

PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO: ASPECTO SUBSTANCIAL E A PROIBIÇÃO DE DECISÕES SURPRESA

Maira de Carvalho Pereira Mesquita

(Defensora Pública Federal. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Pós Graduada em Direito Civil e Processual Civil. Mestranda em Direito na Universidade Federal de Pernambuco)

RESUMO

O presente texto busca estudar a compatibilização entre o aspecto substancial do princípio do contraditório e a possibilidade de conhecimento de matérias de mérito ou de rito *ex officio* no processo civil. Sob o prisma do Estado Constitucional – Estado de Direito e Estado Democrático, o processo deve ser baseado na igualdade, cooperação e diálogo entre as partes e o juiz. Nesse panorama, não é mais possível conceber o princípio do contraditório como mera ciência dos atos processuais (aspecto formal); é imperioso reconhecer também a faceta substancial, entendida como o direito de influência da parte na construção da decisão judicial, cuja consequência é a vedação a decisões surpresa.

Palavras-chaves: Contraditório. Aspecto substancial. Influência. Decisões surpresa.

ABSTRACT

This paper seeks to study the compatibility between the substantial aspect of the adversarial principle and the possibility of the judge knowledge matters of substance or of legal procedure *ex officio*. From the perspective of the Constitutional State - rule of law and democratic state, the law suit must be based on equality, cooperation and dialogue between the part and judge. In this scenario, it is no longer possible to conceive the adversarial principle as a mere science of procedural acts (formal aspect); it is imperative to see also the substantial aspect, understood as the part right to influence the construction of the

judgment, which consequence is the forbiddance of surprise decisions.

Keywords: Contradictory. Substantial aspect. Influence. Surprise decisions.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 2. O PROCESSO COMO FENÔMENO CULTURAL, NEOCONSTITUCIONALISMO E ESTADO CONSTITUCIONAL 3. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO 3.1. Noções gerais. 3.2. A faceta substancial do contraditório no Estado Constitucional 4. CONTRADITÓRIO E CONHECIMENTO DE OFÍCIO DE MATÉRIAS PELO JUIZ 5. CONCLUSÃO 6. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 prevê, no artigo 5º, inciso XXXV, inserido no rol de direitos e garantias fundamentais, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, tradicionalmente chamado de cláusula do acesso à justiça, ou do direito de ação. Trata-se, em poucas palavras, da possibilidade de provocar a prestação jurisdicional para garantir a tutela de direitos, ou, segundo Canotilho, consiste em direito fundamental formal cuja densificação se dá através de outros direitos fundamentais materiais¹.

No Estado Constitucional, o processo, além de efetivo e equânime, deve permitir o constante diálogo entre as partes e o juiz, a fim de que, mediante a participação de todos, construa-se a decisão judicial mais justa ao caso concreto. Em suma, o processo contemporâneo deve ser democrático, baseado no diálogo e equilíbrio.

A noção de que o processo é um instrumento para concretização dos direi-

1 CANOTILHO, 2003, p. 496.

tos materiais é revista: demanda-se um processo efetivo, equilibrado e cooperativo entre as partes e o órgão julgador. Nessa nova roupagem, ganha destaque o princípio do contraditório, entendido como expressão da democracia no processo civil, a fim de garantir a igualdade processual e a participação das partes na construção do provimento jurisdicional.

O princípio do contraditório não é mais visto exclusivamente sob o aspecto formal - conhecimento dos atos processuais -, mas demanda também a observância da faceta substancial, consistente na efetiva possibilidade de influenciar na formação das decisões judiciais. Por outro lado, é sabido que, na condução do processo, o juiz pode conhecer matérias de fato ou de direito de ofício, atividade comumente relacionada aos brocados *da mihi factum, dabo tibi jus* (dá-me o fato e te darei o Direito) e *iura novit curia* (o juiz conhece o direito).

Diante do exposto, indaga-se: qual a postura a ser adotada pelo magistrado nos casos de reconhecimento de matérias de ofício? A intimação prévia das partes é obrigatória? Em caso positivo, não haveria adiantamento do julgamento? E, em caso negativo, as partes não seriam surpreendidas por um argumento sobre o qual não tiveram oportunidade de debater? Haveria ofensa ao contraditório?

Nesse contexto, o presente trabalho busca fazer uma análise acerca do princípio do contraditório à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, nova roupagem do acesso à justiça. Busca não apenas a concepção da doutrina tradicional do contraditório como mera ciência dos atos processuais, mas principalmente trazer à tona o seu aspecto substancial, identificado como poder de influência das partes. Aliado a isto, busca contrapor a faceta substancial do princípio do contraditório à possibilidade de conhecimento de matérias de ofício pelo órgão julgador no processo civil contemporâneo.

2. O PROCESSO COMO FENÔMENO CULTURAL, NEOCONSTITUCIONALISMO E ESTADO CONSTITUCIONAL

Diferentemente do início do século XX, época em que se pensava ser o processo um fenômeno neutro, o processo atualmente é concebido como fenômeno cultural, reflexo da sociedade em que está inserido. O processo, como os demais ramos do Direito, absorve as tendências do momento histórico e da ideologia dominante, o que traz grandes repercussões na formatação e compreensão dos institutos processuais.

No Estado Liberal Clássico, o processo refletia a neutralidade do Estado, e era permeado pela faceta formal da igualdade, considerando-se as partes iguais perante a lei. O juiz adotava uma postura de passividade, com predomínio das partes no processo. O processo, na visão liberal, tinha por características: 1) visão formal da igualdade; 2) neutralidade axiológica; 3) postura passiva e distante do juiz, e predomínio da atividade das partes; 4) distribuição estática do ônus da prova; 5) primazia da tutela pecuniária (não se falava em tutela específica)².

Com a industrialização e o surgimento de relações sociais mais complexas, passou-se a entender que o Estado não poderia se limitar a declarar os direitos formalmente: surgem dos direitos fundamentais de segunda geração, direitos sociais que exigem ações positivas do Estado, tais como a prestação de serviços públicos de previdência e assistência sociais, educação e saúde. Nesta segunda dimensão, o direito à igualdade material ganha realce, não sendo suficiente a posição absentéista do Estado, o qual tem o dever de garantir a justiça social.

A ideia de igualdade substancial também permeou o direito processual, cujo objeto deixou de ser apenas o poder-dever do exercício da jurisdição e os institutos a ela correlatos. Nesse contexto, o direito fundamental de acesso à justiça passou a ser entendido como meio de efetivação dos direitos fundamentais:

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar direitos de todos. [...] O

2 SANTOS, 2011 p. 47-75.

“acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística.³

Ultrapassados o Estado Liberal e o Estado Social – representantes, respectivamente, do constitucionalismo moderno e social -, atualmente se vive o Estado Constitucional, sob o paradigma filosófico do neoconstitucionalismo.

Apesar dos traços distintivos entre os países, o estágio atual do constitucionalismo – o chamado neoconstitucionalismo – tem por característica básica a combinação entre a supremacia normativa da Constituição, na qual está previsto um rol de direitos fundamentais (não mais apenas na vertente individual), e um sistema de controle de constitucionalidade, normalmente jurisdicional, para garantir esta supremacia⁴.

Entende-se por Estado Constitucional não simplesmente um Estado que possui Constituição (fenômeno quase universal), mas um Estado com qualidades identificadas pelo constitucionalismo contemporâneo: trata-se de um Estado de direito e um Estado democrático, sendo necessárias essas duas qualidades. Segundo Canotilho, o Estado Constitucional busca estabelecer uma conexão entre o Estado de Direito e a democracia, fonte de legitimação do poder político⁵.

Este é o paradigma vivenciado pelo sistema jurídico atual. Tais tendências – neoconstitucionalismo, neoprocessualismo e Estado Constitucional – estão interligadas e influenciam diretamente na concepção do acesso à justiça e na maneira de condução do processo civil. Há uma releitura dos institutos processuais, com a adoção de um “modelo constitucional do direito processual civil”, cujo resultado prático é a aplicação da teoria dos direitos fundamentais ao processo. Por esta razão, entende-se ser mais adequada a expressão “devido processo cons-

3 CAPPELLETTI, 1988, p. 12-13.

4 BAYÓN, 2011, p. 66.

5 CANOTILHO, 2003, p. 93 e 100.

titucional”, e não apenas devido processo legal⁶.

Além de reconhecer a necessidade da releitura do processo civil à luz dos direitos fundamentais, Daniel Mitidiero ressalta que o marco metodológico do Estado Constitucional transferiu o centro da teoria do processo da jurisdição (foco centrado no juiz, visão um tanto unilateral) para o próprio processo, ressaltando a sua dimensão essencialmente participativa. Reconhece-se ser o processo ato de três pessoas (*iudicium est actum trium personarum* - autor, juiz e réu), potencializando-se o valor participação, considerado uma manifestação da democracia⁷.

Assim, sob a ótica do Estado Constitucional, para ser legítimo, o processo deve ser fundado no diálogo, razão pela qual o princípio do contraditório, entendido como participação e influência, é considerado essencial. O processo não é mais visto como um duelo entre as partes e assistido pelo juiz, mas, pelo contrário, os sujeitos processuais são coautores da decisão final a ser tomada, constituindo uma comunidade de trabalho, em que todos possuem deveres, ônus e direitos.

3. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

3.1. Noções gerais

Na vigência da Constituição de 1967, a alteração trazida pela EC nº 01/69 dispôs no capítulo IV, a partir do artigo 153, sobre os direitos e garantias individuais. Entre outros, era previsto o direito à igualdade, à segurança jurídica, e ao princípio da legalidade. Nesse rol também estava previsto o processo em contraditório na instrução criminal, nos seguintes termos:

6 BUENO, 2011, p. 45.

7 MITIDIERO, 2011, p. 48-49.

Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 16. A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu. (BRASIL, 1969)

Sob a égide da Constituição de 1967, época da ditadura militar, foi promulgado o Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/73) até hoje vigente no país. Trata-se de diploma permeado pela visão liberal do processo, o que foi parcialmente modificado pelas reformas ocorridas ao longo dos anos, sem, contudo, ter havido uma mudança na essência do Código.

Por outro lado, a promulgação da Constituição Federal de 1988 representou, além da vitória da democracia, a adoção pelo Brasil da concepção do Estado Constitucional, mediante a conjugação das qualidades de Estado de Direito e Estado Democrático (artigo 1º, *caput*, Constituição Federal). Aliado a isto, no paradigma neoconstitucionalista, reconhece-se a força normativa dos preceitos constitucionais, com profundas influências no direito processual.

O artigo 5º, inciso LV da Constituição de 1988 alargou de maneira considerável o direito ao contraditório, ao estender o âmbito de incidência a todos os processos judiciais e administrativos (antes restrito à instrução criminal): “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o **contraditório e ampla defesa**, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O princípio do contraditório passa a ser identificado como manifestação do princípio do Estado de democrático de Direito, intimamente ligado ao direito de ação, participação e à igualdade entre as partes.

Para Nelson Nery, o contraditório possui dois elementos: 1) a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e dos atos processuais; e 2) a possibilidade de reação pelas partes (conceito entendido em sentido amplo, de qualquer

pessoa que ostente uma pretensão no processo) em face dos atos que lhes sejam desfavoráveis. Nas palavras do autor:

Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis.⁸

Para Cintra, Grinover e Dinamarco, o princípio do contraditório ou da audiência bilateral relaciona-se à garantia fundamental de justiça e está intimamente ligado ao exercício do poder. O princípio da audiência bilateral (*audiatur et altera pars*) seria uma decorrência do dever de imparcialidade e equidistância do juiz em relação às partes: em um processo dialético, o magistrado escuta a tese, a antítese e, depois, chega à síntese (decisão). Apesar de as partes defenderem seus interesses, não possuem papéis antagônicos, mas de “colaboradores necessários” para a eliminação do conflito ou controvérsia que os envolve. O contraditório, para tais autores, possui dois elementos: informação e reação⁹.

Assim, para a doutrina tradicional, o contraditório é concebido como o direito à ciência/informação/comunicação ou bilateralidade de audiência das partes. A tempestiva citação do réu e a intimação do autor dos atos processuais são consideradas, para a doutrina clássica, mecanismos suficientes para a fiel observância do contraditório. Nesse paradigma, o primeiro elemento do contraditório é a informação, e a segunda faceta, a possibilidade de reação contra atos desfavoráveis.

Limitar o conteúdo do princípio do contraditório a esses dois elementos pressupõe, entretanto, uma visão individualista do processo, uma vez que esta garantia processual teria por finalidade apenas possibilitar às partes reagir ou

8 NERY JUNIOR, 2004, p. 172.

9 CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2003, p. 55-57.

evitar posições desfavoráveis aos seus interesses. Em outras palavras, sob essa perspectiva, o contraditório destina-se exclusivamente àqueles que podem ter a esfera jurídica afetada pelo processo; justifica-se a necessidade de citação, intimação ou comparecimento da parte para que ela, de alguma forma, possa se defender contra situações desvantajosas, seja prévia ou repressivamente.

Nessa concepção, o exercício do contraditório relaciona-se a um dano potencial a ser suportado pela parte com a decisão judicial. O contraditório estaria vinculado à possibilidade da ocorrência de um dano patrimonial; para quem não corre o “risco” de suportar qualquer dano (quem não será afetado pelo processo), não há que se falar em contraditório. Resta evidenciada, portanto, a conotação individualista do contraditório clássico, visto que estaria relacionado à proteção da esfera de direitos das partes envolvidas, e não à participação na construção das decisões ou à legitimação dos provimentos jurisdicionais.

Além disso, a concepção tradicional, ao restringir o princípio do contraditório ao binômio informação-reação, considera ser a aplicação do direito tarefa exclusiva do magistrado, e não fruto de uma construção legitimada pelo diálogo cujos coautores são todos os sujeitos processuais. De fato, da célebre afirmação de que o autor traz aos autos a tese, o réu a antítese, e o juiz chega à síntese pode-se extrair o retrato do modelo assimétrico do processo civil, em que as partes fornecem os subsídios para a resolução do conflito, a qual é alcançada ou descoberta de maneira solitária pelo juiz. Esta é a visão do contraditório *estático*, que “somente pode atender a uma estrutura procedimental monologicamente dirigida pela perspectiva unilateral de formação de provimento pelo juiz.”¹⁰

Por outro lado, no Estado Constitucional, o processo revela a feição participativa da democracia, razão pela qual o direito à tutela jurídica efetiva também consiste em uma garantia fundamental de participação. Busca-se um processo

10 THEODORO JÚNIOR; NUNES, 2011, p. 289.

efetivo e equânime, interpretado à luz da Constituição e dos direitos fundamentais. Contraditório e isonomia são direitos informativos do processo civil intimamente relacionados, uma vez que o caráter dialético do processo deve atuar com igualdade de oportunidades, com intervenção constante e equilibrada das partes.

Assim, o contraditório não é mais concebido apenas como bilateralidade de audiência e possibilidade de reação. A ciência ou comunicação dos atos processuais é considerada a faceta formal do contraditório, ao lado da faceta substancial, consistente na participação com possibilidade de influência na decisão judicial. O aspecto substancial consiste, portanto, no poder de influência para construção da decisão, com nítido caráter preventivo na formação do convencimento.

3.2. A faceta substancial do contraditório no Estado Constitucional

O contraditório é considerado a manifestação do regime democrático no processo. Por esta razão, o trâmite processual deve necessariamente contar com a possibilidade de participação efetiva das partes envolvidas, não apenas restrita à comunicação ou ciência dos atos processuais, mas entendida também como a possibilidade de influência no convencimento do juiz.

Para Marinoni, o contraditório consiste em uma expressão técnico-jurídica do princípio da participação, uma vez que o poder para ser legitimamente exercido deve estar aberto à participação, forma de legitimação das democracias¹¹. Na mesma linha, Hermes Zanetti Junior considera o contraditório elemento essencial para o conceito de processo, por se apresentar como “valor-fonte do processo democrático”, estando intrínseca à noção de contraditório a possibilidade de “interveniência do destinatário na formação da decisão”.

De fato, partindo da premissa de que a participação integra o conteúdo do contraditório, e que este princípio é a expressão da democracia do processo,

11 MARINONI, 2011, p. 319.

chega-se à conclusão de que a faceta puramente formal do contraditório (comunicação/ciência) não é suficiente para definir este princípio. Tal afirmação ganha mais força se inserida no contexto do neoprocessualismo, cujo enfoque reside na proteção dos direitos fundamentais processuais.

Assim, o princípio do contraditório deve ser entendido sob dois aspectos: formal ou básico e substancial ou material.

O aspecto formal do contraditório relaciona-se com a comunicação no processo - audiência, informação, ciência dos atos processuais – e a possibilidade de reação. Consoante visto, a doutrina clássica comumente entende que a efetivação do contraditório se dá unicamente pela observância do binômio informação-reação.

A faceta substantiva da garantia consiste, por sua vez, na possibilidade de influência no convencimento do órgão julgador. O contraditório não se implementa apenas com a ouvida ou ciência da parte, sendo necessário também lhe assegurar a possibilidade de influenciar na decisão a ser tomada pelo juiz, a fim de evitar “decisões surpresa”. A democracia pressupõe participação para legitimar o Estado e o exercício do poder. Transmutada esta noção para o processo civil, as partes têm o direito de participação e de influência na construção da decisão judicial, sendo coautoras deste produto juntamente com o órgão julgador.

No Estado Constitucional – Estado de Direito e Estado Democrático –, a decisão não é vista como fruto do saber solitário do juiz. Pelo contrário, para se falar em decisão legítima, é preciso haver participação das partes, destinatárias da decisão e coautoras dela:

A necessária participação das partes em simétrica paridade para uma jurisdição efetivamente justa [...] passa pela questão da qualidade das decisões judiciais, e, consequentemente, pela legitimidade de tais decisões. É tal legitimidade só é efetivada por via de um procedimento realizado em contraditório, para que seja superada a visão de que a justiça seja produto da ‘clarividência do julgador, sua ideologia ou

magnanimidade¹².

Assim, além da preocupação com a prestação jurisdicional tempestiva e eficiente, o processo deve ter um caráter eminentemente dialético, com ampla participação das partes. Essas e o juiz devem cooperar na busca da solução para o litígio, formando uma “comunidade de trabalho”, em que o magistrado e as partes adotem uma postura ativa, equilibrada e cooperativa. O monólogo judicial é, então, substituído pelo diálogo participativo.

Nesse contexto, o juiz não ocupa mais o lugar central da prestação jurisdicional; ao contrário, é um dos componentes necessários, mas não o único ou principal. Por esta razão, defende-se que a decisão judicial, para ser legítima, deixou de ser verticalizada e heterônoma, passando a ser horizontal e autônoma, construída em simétrica paridade de participação entre as partes, advogados, Defensores Públicos e Ministério Público¹³.

Para Antônio do Passo Cabral, a ruptura com o conceito tradicional do contraditório (binômio informação-reação) está relacionada ao exercício da democracia através do discurso, a adoção da democracia deliberativa. Sob este paradigma, os indivíduos não são considerados objetos das decisões estatais, uma vez que estas são produto de uma:

discussão argumentativa pluralista, retirando do indivíduo a condição de súdito (que se submete) para o *status* de ativo co-autor da elaboração da norma, verdadeiramente cidadão e partícipe desse processo¹⁴.

O princípio do contraditório deve, então, ser visto sob este enfoque: consiste na manifestação da democracia no processo; impõe ao juiz o dever de dialogar

12 AZEREDO, 2010, p. 37.

13 SOARES, 2004, p. 171.

14 CABRAL, 2009, p. 115.

com os demais sujeitos processuais (o juiz também é sujeito do contraditório)¹⁵; e garante o exercício do direito de influência, além do binômio tradicional ciência-reação.

Ao enfatizar a importância do contraditório e a necessidade de se garantir a paridade de armas ou a “paridade de condições”, Igor Raatz dos Santos defende ser o processo cooperativo uma alternativa para redução das desigualdades na relação processual. Para ele, sem a utilização constante de mecanismos com vistas a diminuir as desigualdades entre as partes, não apenas o contraditório será ineficaz, mas todos os direitos fundamentais de um processo justo correm o risco de serem artificiais e insuficientes para assegurar a efetiva participação no processo.¹⁶

Acrescente-se como consequência lógica da faceta substancial do contraditório o direito de a parte ver seus argumentos considerados e apreciados pelo órgão julgador ao proferir a decisão, com íntima conexão com o dever de fundamentação das decisões judiciais (artigo 93, IX da Constituição Federal).

15 Neste sentido, considerando ser o juiz também sujeito do contraditório, a título exemplificativo: “O princípio do contraditório tem abrangência dupla. [...] Mas significa também que o próprio juiz deve participar da preparação e do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório. A garantia resolve-se, portanto, num direito das partes e em deveres do juiz.” (BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 109); Também: CABRAL, Antônio do Passo. Nulidades no Processo Moderno. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 235. Em sentido contrário, considerando ser impossível considerar o juiz sujeito do contraditório: “No debate processual o juiz não se situa em posição paritária com as partes simplesmente porque não é destinatário dos atos decisórios. Não é contraditor [...]. O contraditório é exercido unicamente pelos contraditores (leia-se partes e seus advogados) [...]. A expressão juiz contraditor denota então – reafirme-se em outros termos – um oxímoro: aproxima conceitos que não combinam, com significados opostos e que verdadeiramente se repelem [...]” DELFINO, Lúcio; ROSSI, Fernando F. Juiz contraditor? Revista Brasileira de Direito Processual, Belo Horizonte, v. 21, n. 82, p. 239, abr.-jun. 2013.

16 SANTOS, 2011, p. 48 e 58.

Sendo assim, pode-se afirmar que o contraditório consiste na manifestação processual do direito de participação e de influência (características da democracia) na busca do processo em um sistema dialético e de cooperação, evitando-se surpresas processuais às partes.

4. CONTRADITÓRIO E CONHECIMENTO DE OFÍCIO DE MATÉRIAS PELO JUIZ

No processo civil, o juiz pode conhecer de ofício matérias de fato e de direito, e apreciar livremente a prova produzida nos autos pelas partes, desde que indique de maneira fundamentada as razões do seu convencimento. Trata-se da adoção do princípio do livre convencimento motivado do órgão julgador. Sobre o assunto, os artigos 131 e 462 do Código de Processo Civil (CPC) (PESSOA, 2006) assim dispõem:

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, **ainda que não alegados pelas partes**; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973) (grifo nosso)

Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, **de ofício** ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973) (grifo nosso)

Os dispositivos acima transcritos não deixam dúvidas de que o juiz pode considerar matérias de fato e de direito *ex officio*. Entretanto, questiona-se se, ao conhecer de ofício matéria ainda não discutida nos autos, o magistrado precisa ouvir previamente as partes ou não. Por muito tempo – e talvez até hoje – defendeu-se ser desnecessária a prévia intimação das partes nesses casos, postura que não mais se sustenta no âmbito da proteção dos direitos fundamentais processuais.

ais e do processo cooperativo.

Em relação ao reconhecimento de ofício de questões jurídicas pelo magistrado, usualmente são lembrados os brocados romanos *da mihi factum, dabo tibi jus* (dá-me o fato e te darei o Direito) e *iura novit curia* (o juiz conhece o direito). Tais postulados seriam suficientes para justificar a possibilidade de o julgador conhecer de ofício questões jurídicas não ventiladas pelas partes. O juiz, diante do dever de decidir (proibição do *non liquet*), tem o poder-dever de aplicar ao caso a norma jurídica que entender mais pertinente, mesmo que ela não tenha sido suscitada pelas partes.

A possibilidade de o juiz conhecer matérias fáticas ou de direito não trazidas pelas partes não se confunde, entretanto, com a necessidade de observância do contraditório também nesses casos. O juiz não pode decidir com base em questão sobre a qual as partes não tiveram a oportunidade de se manifestar, pois quanto a isto não houve participação, nem possibilidade de influência na construção da decisão.

Em observância ao aspecto substancial do contraditório, os litigantes não podem ser surpreendidos com uma decisão que leve em conta matéria não discutida nos autos, razão pela qual o juiz deve possibilitar a manifestação das partes e o exercício do direito de influenciar a formação do convencimento, para, apenas depois, proferir a sentença/decisão.

A proteção contra decisões surpresa, ou proteção contra a surpresa é vista como o direito da parte à previsibilidade do processo em relação ao conteúdo da decisão jurisdicional. Trata-se de limite imposto ao órgão julgador: somente pode servir de fundamento da decisão aquele elemento que tiver sido previamente discutido pelas partes no processo. Este limite incide também nos casos de conhecimento de matérias de ofício.

A doutrina brasileira, apesar de ainda pouco expressiva, começa a defender a existência no processo cooperativo do dever de consulta do juiz, segundo

o qual se impõe ao órgão julgador a prévia consulta às partes antes conhecer matéria de fato ou de direito sobre a qual elas não tenham tido a oportunidade de se pronunciar. O objetivo é, justamente, evitar “decisões surpresa”, e, com isso, resguardar a faceta substancial do contraditório e o direito de participação das partes¹⁷.

O dever de consulta do juiz está intimamente ligado ao princípio do contraditório, cujo núcleo essencial é a participação não apenas fictícia, mas também compreende o direito de a parte se pronunciar e influir na formação do provimento jurisdicional. Nesse sentido, o juiz deve colocar para as partes as questões de fato reveladas de ofício *antes* de decidir sobre elas, bem como submeter aos litigantes a norma por eles não suscitada, dando ensejo à discussão sobre a possibilidade de aplicá-la ao caso concreto.

Podem-se citar, sobre o assunto, alguns exemplos: a declaração incidental de inconstitucionalidade de uma norma e o reconhecimento de ofício da prescrição.

O juiz pode, como fundamento da decisão, declarar a inconstitucionalidade de uma norma, visto que o Brasil adotou o sistema misto de controle de constitucionalidade – concentrado e difuso. O magistrado pode fazer isto mesmo que as partes não tenham alegado a inconstitucionalidade em qualquer momento no curso do processo, mas, para tanto, deve intimá-las para que se manifestem sobre a constitucionalidade da norma, sob pena de afronta ao princípio do contraditório. Esta intimação não significa prejudicar o caso, mas efetivar o contraditório substancial, possibilitando que as partes influenciem na formação da decisão.

Da mesma forma, nos termos do artigo 219 § 5º do Código de Processo Civil, o juiz pronunciará de ofício a prescrição. Entretanto, se as partes em momento algum do processo mencionaram esta matéria e o juiz verificar o transcur-

17 SANTOS, 2011, p. 71.

so do lapso prescricional ao sentenciar, em respeito ao princípio do contraditório, ele não pode extinguir o processo com base na prescrição sem antes ouvir as partes. A observância da faceta substancial do contraditório impõe a prévia oitiva das partes para que elas possam influenciar no convencimento ou trazerem, por exemplo, uma causa suspensiva ou interruptiva da prescrição¹⁸.

Assim, antes de proferir a decisão – de mérito ou processual - com base em matéria jurídica ou fática não trazida aos autos, deve ser oportunizada a manifestação das partes, para que exerçam o direito à participação e influência no processo.

Interessante a observação trazida por Didier Junior de que, nesses casos, a simples possibilidade de a parte apresentar recurso contra a sentença que se utilizou de fundamento jurídico não discutido nos autos não sana a violação ao contraditório¹⁹. Isto porque o recurso é uma forma de discutir novamente a matéria, e não de discuti-la pela primeira vez. Não se está falando que o duplo grau de jurisdição é um princípio obrigatório, mas, quando houver previsão de dois (ou mais) graus de jurisdição para análise da causa, esse direito não deve ser negado à parte.

Na legislação estrangeira, o Código de Processo Civil de Portugal (PORTUGAL, 1961) traz sobre o assunto interessante dispositivo (artigo 3º, número 3)²⁰:

18 É importante salientar que, no microsistema das execuções fiscais, o artigo 40 § 4º da Lei nº 6.830/80, acrescentado pela Lei nº 11.051/2004, prevê expressamente a necessidade de o juiz, antes de decretar de ofício a prescrição intercorrente do débito, ouvir a Fazenda Pública. Trata-se de dispositivo que determina a prévia intimação da parte antes do reconhecimento de ofício da prescrição, o que aparenta ser um indicativo da legislação especial no sentido da consagração do poder de influência na formação do provimento jurisdicional. Entretanto, não há qualquer dispositivo no CPC vigente neste sentido.

19 DIDIER JUNIOR, 2009, p. 61.

20 Eis o teor de todo o artigo 3º do CPC português: **Necessidade do pedido e da contradição**
1 - O tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a acção pressupõe sem que a resolução lhe seja pedida por uma das partes e a outra seja devidamente chamada para deduzir oposição.

O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, **o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito**, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir **questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso**, sem que as partes tenham tido a **possibilidade de sobre elas se pronunciarem**.

(Grifo nosso).

Percebe-se que o diploma português diferencia adequadamente duas questões: 1) possibilidade de conhecimento de ofício de questões de fato e de direito, e 2) necessidade de efetivar o contraditório (ciência e oportunidade de influência) antes da decisão. Além disso, explicita que o conteúdo mínimo do princípio do contraditório não se limita à ciência bilateral dos atos e à possibilidade de contraditá-los, mas também inclui necessariamente a (possibilidade de) influência efetiva das partes na formação do provimento judicial. Para tanto, deve-se oportunizar a prévia apresentação de provas, alegações e manifestações sobre matérias de fato e de direito, relativas ao mérito ou ao rito processual.

A legislação alemã também positivou o contraditório substancial e a necessidade de o juiz intimar as partes acerca de questões de fato e de direito a serem conhecidas de ofício:

§ 139 do ZPO: (2) O órgão judicial só poderá apoiar sua

-
- 2 - Só nos casos excepcionais previstos na lei se podem tomar providências contra determinada pessoa sem que esta seja previamente ouvida.
- 3 - O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.
- 4 - Às exceções deduzidas no último articulado admissível pode a parte contrária responder na audiência preliminar ou, não havendo lugar a ela, no início da audiência final.

decisão numa visão fática ou jurídica que não tenha a parte, aparentemente, se dado conta ou considerado irrelevante, **se tiver chamado a sua atenção para o ponto e lhe dado oportunidade de discuti-lo**, salvo se se tratar de questão secundária. O mesmo vale para o entendimento do órgão judicial sobre uma questão de fato ou de direito, que divirja da compreensão de ambas as partes. (3) **O órgão judicial deve chamar a atenção sobre as dúvidas que existam a respeito de questões a serem consideradas de ofício**²¹. (grifo nosso)

Trata-se de dispositivo bastante claro quanto à consagração das facetas formal e substancial do contraditório, bem como da imperiosa necessidade de as partes se manifestarem acerca de questões a serem reconhecidas de ofício pelo juiz.

Da mesma forma, o Código de Processo Civil francês dispõe:

Artigo 16

O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele mesmo o princípio do contraditório. Ele só pode considerar em sua decisão os recursos, as explicações e os documentos invocados ou produzidos pelas partes que foram capazes de serem debatidas contraditoriamente. **Ele não pode fundamentar sua decisão sobre os recursos de direito que ele obteve sem previamente ter convidado as partes a apresentar suas observações**²².

Interessante perceber que a legislação francesa, além de determinar ser vedado ao juiz fundamentar a decisão em elemento sobre o qual as partes não tiveram a oportunidade de se manifestar, explicita que o magistrado, ele próprio, deve observar o princípio do contraditório. Significa estar o juiz inserido no diá-

21 Apud PESSOA, p. 76-80, maio, 2006. Original sem grifos

22 Tradução livre da autora. No original: “Article 16. Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction.

Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d’en débattre contradictoirement.

Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu’il a relevés d’office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations.”

logo processual, devendo debater os pontos controvertidos com as partes, e não apenas assistir ao duelo entre elas e depois proferir a decisão construída solitariamente. Pelo contrário, o juiz deve dialogar em condição de paridade com as partes, assumindo postura assimétrica apenas no momento da decisão.

Por esta razão, entende-se acertada a distinção feita por Daniel Mitidiero sobre a dupla posição do juiz em relação às partes no processo cooperativo. Na condução feito, deve-se ter um juiz isonômico e paritário no diálogo; na decisão das questões processuais e materiais, ele assume uma postura assimétrica²³, em decorrência de ser a decisão judicial um ato de poder do Estado. A assimetria na tomada de decisões não deve ser compreendida como construção isolada da decisão, mas como consequência do caráter imperativo das decisões judiciais, apesar de terem as partes tido oportunidade de discutir os fatos e elementos normativos relevantes para formação do convencimento.

Percebe-se que o dever de diálogo do juiz já é reconhecido pela doutrina, em virtude da adoção do modelo constitucional do processo, bem como do seu caráter democrático e participativo. De fato, a ausência de previsão legal expressa quanto ao dever de consulta não significa estarem permitidas no processo civil brasileiro as decisões surpresa, visto que a necessidade de prévia intimação das partes acerca de matéria ainda não discutida nos autos decorre diretamente do aspecto substantivo do princípio do contraditório, que consagra o direito de influência.

Em outras palavras, o fato de o CPC vigente não conter previsão expressa sobre a necessidade de intimação das partes antes de o juiz proferir decisão com base em matéria reconhecida *ex officio* e não discutida nos autos não dispensa tal providência. Isto porque a previsão constitucional do contraditório contém força normativa incidente sobre o processo civil. E, conforme visto, a faceta substan-

23 MITIDIERO, 2011, p. 53.

cial do princípio do contraditório consiste na possibilidade de a parte influenciar na formação do provimento judicial, ostentando condição de coautora, e não apenas destinatária da decisão. Restam vedadas, em suma, as decisões surpresa, diante do direito conferido às partes de participarem em simétricas condições na resolução do conflito.

Por outro giro, uma boa notícia é que o projeto de novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei nº 166/2010) prevê expressamente a faceta substancial do contraditório no artigo 10, apesar de não utilizar esta nomenclatura. De acordo com o referido projeto de lei e no caminho já trilhado por legislações estrangeiras, é vedado a qualquer órgão jurisdicional decidir com base em fundamento sobre o qual as partes não tenham tido oportunidade de se manifestar, mesmo que se trate de matéria de reconhecimento de ofício²⁴.

Trata-se de avanço significativo no texto da legislação brasileira, o qual demandará mudança de pensamento de vários operadores do direito, que comumente confundem a possibilidade de conhecimento de matérias *ex officio* com a necessidade de respeitar o direito de influência das partes no processo, a chamada faceta substancial do contraditório.

5. CONCLUSÃO

O princípio do contraditório, tradicionalmente identificado como direito à ciência dos atos processuais ou bilateralidade de audiência, não é mais visto sob o enfoque meramente formal. Pelo contrário, sendo um dos componentes do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, demanda também a observân-

24 Eis a redação do dispositivo no Projeto de Lei: “Art. 10. Em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício.”

cia do seu aspecto substantivo, consistente no poder de influência das partes na formação do convencimento do juiz.

Partindo-se do pressuposto de que o princípio do contraditório é constituído pelo binômio participação-influência, buscou-se, através do presente trabalho, discutir o conhecimento de matérias de ofício pelo juiz à luz deste princípio constitucional. Nos termos do artigo 131 e 462 do Código de Processo Civil, não há dúvidas de que, no exercício do livre convencimento motivado, o juiz pode conhecer de ofício matéria de fato e de direito para julgar a causa que lhe é posta.

Nesse contexto, buscou-se diferenciar a possibilidade de conhecimento de questões *ex officio* e o respeito à faceta substancial do contraditório. Viu-se que as legislações de Portugal, da Alemanha e da França fazem esta distinção de maneira expressa, ao consagrarem a necessidade de o magistrado, antes de levar em consideração matéria não discutida anteriormente nos autos, conferir às partes oportunidade de se manifestarem. Trata-se de garantia contra decisões surpresa e de imposição do dever de consulta ao órgão julgador.

No Brasil, apesar de ainda não existir previsão expressa no Código de Processo Civil nesse sentido, a vedação a decisões surpresa pode ser extraída diretamente do princípio constitucional do contraditório em seu aspecto substancial. Por esta razão, o juiz não pode proferir qualquer decisão – de mérito ou de rito - com base em matéria reconhecida de ofício, sem antes determinar a intimação das partes para que possam se manifestar e, com isso, influenciar na formação do provimento.

Para extirpar qualquer dúvida a respeito, em boa hora o Projeto do novo CPC prevê, no artigo 10, a proibição de o juiz decidir com base em questão não discutida nos autos. Tal previsão representa um avanço no texto normativo brasileiro e demandará mudança de pensamento e postura de muitos operadores do direito, ainda distantes da ideia de processo efetivo e em cooperação.

REFERÊNCIAS

AZEREDO, Amanda Helena Guedes. A inconstitucionalidade do *ius postulandi* na Justiça do Trabalho em face do princípio constitucional do contraditório. **Juris Plenum Trabalhista e Previdenciária**, Caxias do Sul/RS, ano 4, n. 28, p. 22-50, fev. 2010.

BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, democracia y constitucion. **Discusiones**, Bahía Blanca, a. 1, n. 1, p. 65-94, 2000. Disponível em: <http://descargas.cervantes-virtual.com/servlet/SirveObras/12925071916700495109213/discusiones1/Voll_05.pdf>. Acesso em: 17 out. 2011.

BRASIL. Constituição (1967). Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Dá nova redação à Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 15 maio 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. In: ANGER, Anne Joyce (Org.). *Vade mecum acadêmico de direito*. 7. ed. São Paulo: Rideel, 2008.

BRASIL. Projeto de Lei n. 166/2010. Dispõe sobre a reforma do Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2013.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

CABRAL, Antônio do Passo. **Nulidades no processo moderno**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., 9. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. Reimpresso 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 19. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

DELFINO, Lúcio; ROSSI, Fernando F. Juiz contraditor? **Revista Brasileira de**

Direito Processual, Belo Horizonte, v. 21, n. 82, p. 229-254, abr.-jun. 2013.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Cláusulas Gerais Processuais. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 44, p. 31-41, set./out. 2011.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. v. 1.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Princípio do contraditório: aspectos práticos. **Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, v. 8, n. 29, p. 505-516, jul./set. 2003.

FRANÇA. **Code de procédure civile français**. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=D574A3BBF91B2E7DBF003BC146378614.tpdjo10v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006149639&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20130517>. Acesso em: 16 maio 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 5. ed, rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed, rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil e Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8. ed, rev., atual e ampl. com as novas Súmulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. Os artigos 462 e 131 do código de processo civil e o contraditório substancial. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, v. 23, n. 269, p. 76-80, maio, 2006.

PORTUGAL. Código de Processo Civil. 1961. Disponível em: <<http://www.portolegal.com/CPCivil.htm>>. Acesso em: 14 abr. 2012.

SANTOS, Igor Raatz dos. Os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 192, p. 47-75, fev. 2011.

SOARES, Carlos Henrique. **O advogado e o processo constitucional**. Belo

Horizonte: Decálogo, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Derle. Princípio do contraditório no direito brasileiro. In: PROCESSO e Constituição: Os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p. 281-310.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do Estado democrático constitucional. 2005. Tese (Doutorado em Direito)—Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4525/000502097.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 10 abr. 2012.