

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS**  
**Programa de Pós-Graduação em Direito**

**O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO:  
uma reconstrução sob a ótica do paradigma do  
Estado Democrático de Direito**

Kelen Cristina Fonseca de Sousa

Belo Horizonte  
2009

Kelen Cristina Fonseca de Sousa

**O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO:  
uma reconstrução sob a ótica do paradigma do  
Estado Democrático de Direito**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Processual da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Processual

Orientadora: Prof. Dr<sup>a</sup> Flaviane de Magalhães Barros

Belo Horizonte  
2009

FICHA CATALOGRÁFICA  
Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

S725p	<p>Sousa, Kelen Cristina Fonseca de O princípio do contraditório: uma reconstrução sob a ótica do paradigma do estado democrático de direito / Kelen Cristina Fonseca de Sousa. Belo Horizonte, 2009. 132f.</p> <p>Orientadora: Flaviane de Magalhães Barros Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.</p> <p>1. Contraditório no processo judicial. 2. Estado de direito. 3. Juízes 4. Decisão (Direito). I. Barros, Flaviane de Magalhães. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.</p>
CDU: 347.9	

Kelen Cristina Fonseca de Sousa

***O princípio do contraditório: uma reconstrução sob a ótica do paradigma do Estado Democrático de Direito***

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Processual, área de concentração: Direito Processual - O Processo na Construção do Estado Democrático de Direito, da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito para obtenção do título de Mestre.

---

Prof. Dr<sup>a</sup> Flaviane de Magalhães Barros (Orientadora) - PUC Minas

---

(Professor convidado)

---

(Professor convidado)

Belo Horizonte, 02 de março de 2009

Aos meus queridos pais (*in memoriam*),  
que sempre me incentivaram a buscar o conhecimento.

# *Agradecimentos*

*A Professora Doutora Flaviane de Magalhães Barros, esperando corresponder às valiosas lições que recebi no decorrer desta pesquisa.*

*A todos que estiveram ao meu lado, me apoiaram e contribuíram para que esta conquista fosse possível.*

*“Se vedi un confini, attraversalo. Poi voltati: scoprirai che non esisteva”*

(Michele Tarruffo - del diário apocrifo di Gengis Khan)

## RESUMO

A presente dissertação defende uma interpretação democrática do princípio do contraditório de forma a compatibilizá-lo com o paradigma do Estado Democrático de Direito. Para tanto, optou-se por fazer um resgate de sua compreensão desde o período pré-moderno (direito comum) à modernidade, perpassando pelos paradigmas liberal, social até sua compreensão num viés democrático, feita com base no paradigma do Estado Democrático de Direito. A leitura democrática do contraditório somente foi possível a partir das apropriações da teoria do processo como procedimento realizado em contraditório, idealizada por Elio Fazzalari, do modelo constitucional de processo conforme proposta pelos italianos Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera, analisadas em conjunto com a Teoria do discurso de Jürgen Habermas. Definido o contraditório em bases democráticas, verificou-se a necessidade de redefinir o papel dos sujeitos processuais, com destaque para a atividade do juiz, rompendo com a proposta dos instrumentalistas, pautada pela teoria da relação jurídica, que defende o protagonismo judicial, com enorme enfraquecimento do papel das partes. A proposta de redefinição teve como referencial a teoria fazzalariana que coloca o contraditório como elemento essencial do processo e viabiliza a participação dos afetados no procedimento de formação da decisão, tratando-se de função-dever do juiz. A partir dessa perspectiva, apropriando-se da noção do modelo constitucional de processo, em que o contraditório é compreendido como princípio constitucional, constatou que ao juiz fora concebido o papel democrático de garantir que sobre todas as questões - inclusive as suscitadas de ofício -, seja oportunizado o contraditório, pois a decisão não pode conter questões sobre as quais as partes não tiveram conhecimento e não tiveram a oportunidade de se manifestar. Definidas as bases democráticas, tanto do contraditório, quanto do papel do juiz, verificou-se que quando o juiz suscita novas questões para o debate em contraditório não se torna um contraditor, pois como terceiro imparcial não tem interesse nos resultados do provimento, nem sofrerá seus efeitos. Agindo assim, o juiz cumpre sua função democrática: a de fomentar o contraditório e a participação dos afetados. Numa análise de direito comparado, a partir de uma reflexão com base nos ordenamentos francês, alemão e português, tendo como pano de fundo o estudo de um caso concreto da jurisprudência

brasileira, foi possível formular uma crítica ao modelo tradicional de formação dos provimentos no Brasil - especificamente nos casos em que o juiz suscita de ofício questão que não fora levantada pelas partes mas que influirá no julgamento -, como forma de justificar a proposta inicial de reconstrução do princípio do contraditório num viés democrático.

Palavras-Chave: Estado Democrático de Direito. Contraditório. Papel do juiz. Decisão de ofício.

## ABSTRACT

The present dissertation defends a democratic interpretation of the principle of the contradictory, until becomes it compatible with the paradigm of the Democratic State of Law. For so much, it opted for make a rescue of its understanding since the pre-modern period (common law) to the modernity, passing along by the liberal, social paradigms until its understanding in a democratic bias, it makes on the basis of the paradigm of the Democratic State of Law. The democratic reading of the contradictory was possible only from the appropriations of the theory of process, as procedure carried out on contradictory, idealized by Elio Fazzalari, of the constitutional model of process, according to it was proposed by the Italians Italo Andolina and Giuseppe Vignera, they were analyzed jointly with the Speech Theory of Jürgen Habermas. The contradictory defined on democratic bases, the necessity of redefine the role of the processual subjects was verified, with highlight for the judge activity, breaking up the instrumentalists' proposal, guided by the legal relation theory that defends the judicial protagonism, with enormous weakening of the role of the parts. The proposal of redefinition had as reference the fazzalariana theory, that puts the contradictory as essential element of the process, and enables the participation of the affected on the procedure of formation of the decision, being a matter of function-obligation of the judge. From this perspective, appropriating of the notions of the process constitutional model, in that the contradictory is understudy as constitutional principle, it noticed that to the judge was conceived the democratic role of guarantee that about all of questions – including the raised questions of office -, the contradictory be given, as, the decision can not contain questions about the which the parts did not have the opportunity of manifest. The democratic bases defined, as much of the contradictory as of the judge role, it checked that, when the judge raises new questions for the debate on contradictory, he do not become a contradictor, as, like impartial third, he do not have interest in the results of the offering, he never will suffer their effects. Acting like that, the judge carries out his democratic function: to foment the contradictory and the participation of the affected. In an analyze of compared law, from a reflection based on the French, German and Portuguese standards, having as backdrop the study of a concrete case of the Brazilian jurisprudence, it possible to formulate a critique to the traditional model of

formation of the offering in Brazil – specifically, in the cases in which the judge remember of question office that was not raised by the parts, but, that will influence in the judgment -, as way of justify the initial proposal of rebuilding of the contradictory principle, in a democratic bias.

Key-words: Democratic State of Law; Contradictory; Judge role; Office decision

## RIASSUNTO

La presente dissertazione difende un'interpretazione democratica del principio del contraddittorio, in modo da renderlo compatibile con il paradigma dello Stato Democratico di Diritto. A tal fine, si è scelto di riscattarne la comprensione a partire dal periodo pre-moderno (diritto comune) per arrivare all'epoca moderna, passando attraverso paradigmi liberali e sociali fino a comprenderlo da un punto di vista democratico, basandosi sul paradigma dello Stato Democratico di Diritto. È stato possibile fare una lettura democratica del contraddittorio soltanto a partire dalle appropriazioni della teoria del processo come procedimento realizzato in contraddittorio, idealizzata da Elio Fazzalari, del modello costituzionale di processo, come proposta dagli italiani Italo Andolina e Giuseppe Vignera, analizzate insieme alla *"Teoria del discorso"* di Jürgen Habermas. Definendo il contraddittorio su basi democratiche, si è reso necessario ridefinire il ruolo dei soggetti nel processo, dando maggior rilievo all'attività del giudice, rompendo con la proposta degli strumentalisti, definita dalla teoria della relazione giuridica, che difende il ruolo di protagonista del giudice, con accentuato indebolimento del ruolo delle parti. La proposta di una nuova definizione ha come punto di riferimento la teoria fazzalariana, che vede il contraddittorio come elemento essenziale del processo e rende possibile la partecipazione delle parti in causa nel procedimento di formazione della decisione, trattandosi di funzione/dovere del giudice. Partendo da questa prospettiva, appropriandosi della nozione del modello costituzionale di processo, in cui il contraddittorio è compreso come principio costituzionale, si è constatato che al giudice è stato concesso il ruolo democratico di garantire che su tutte le questioni – comprese quelle sollevate d'ufficio – si rendesse opportuno il contraddittorio, non potendo la decisione contenere questioni delle quali le parti non siano a conoscenza e sulle quali non abbiano avuto l'opportunità di manifestarsi. Una volta definite le basi democratiche tanto del contraddittorio quanto del ruolo del giudice, si è osservato che, quando il giudice solleva nuovi argomenti per il dibattito in contraddittorio, non diventa un contraddittore, dato che, come terzo imparziale, non è interessato ai risultati del provvedimento e non ne subirà gli effetti. Agendo in tal modo, il giudice adempie alla sua funzione democratica, consistente nel fomentare il contraddittorio e la partecipazione degli interessati. In un'analisi di diritto comparato, partendo da una

riflessione basata sull'ordinamento francese, tedesco e portoghese, mantenendo come sfondo lo studio di un caso concreto della giurisprudenza brasiliana, è stato possibile formulare una critica al modello tradizionale di formazione dei provvedimenti in Brasile - in maniera specifica nei casi in cui il giudice solleva d'ufficio questioni non sollevate dalle parti, ma che avranno influenza nel giudizio - come modo di giustificare la proposta iniziale di ricostruzione del principio del contraddittorio da un punto di vista democratico.

Parole chiave: Stato Democratico di Diritto; Contraddittorio; Ruolo del giudice;  
Decisione d'ufficio

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>14</b>
<b>2 DA RECONSTRUÇÃO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO .....</b>	<b>19</b>
<b>2.1 O princípio do contraditório: avanços e retrocessos .....</b>	<b>19</b>
2.1.1 O contraditório no direito comum .....	20
2.1.2 O princípio do contraditório em declínio: transição de uma ordem isonômica para uma ordem assimétrica .....	24
<b>2.2 A compreensão do princípio do contraditório nos paradigmas de direito ..</b>	<b>27</b>
<b>2.3 O paradigma de direito do Estado liberal.....</b>	<b>30</b>
2.3.1 A ressonância do liberalismo no processo: o princípio do contraditório como mero debate entre as partes .....	32
<b>2.4 O paradigma de direito do Estado social .....</b>	<b>37</b>
2.4.1 O declínio do princípio do contraditório no paradigma do Estado social .....	39
<b>2.5 O paradigma do Estado Democrático de Direito .....</b>	<b>42</b>
2.5.1 Teoria Discursiva do Direito: para uma compreensão democrática do processo .....	45
2.5.2 O princípio do contraditório no Estado Democrático de Direito: revalorização ..	47
<b>3 A (RE)DEFINIÇÃO DA FUNÇÃO DO JUIZ NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....</b>	<b>56</b>
<b>3.1 O papel do juiz na teoria instrumentalista: protagonista do processo jurisdicional .....</b>	<b>57</b>
<b>3.2 O papel do juiz na Teoria de Elio Fazzalari: garantidor e oportunizador do princípio do contraditório.....</b>	<b>66</b>
<b>3.3 Juiz contraditor? .....</b>	<b>72</b>
<b>3.4 O papel do juiz: uma análise a partir do Estado Democrático do Direito.....</b>	<b>75</b>
<b>4 DECISÃO DE OFÍCIO E CONTRADITÓRIO: O PAPEL DOS SUJEITOS PROCESSUAIS NA CONSTRUÇÃO DA DECISÃO .....</b>	<b>80</b>
<b>4.1 O tratamento das decisões de ofício analisadas sob a ótica do novo Código de Processo Civil francês e as legislações européias posteriores .....</b>	<b>80</b>
<b>4.2 Questões de conhecimento oficioso e a formação de decisões: uma reflexão do caso brasileiro.....</b>	<b>92</b>
<b>4.3 A formação do provimento no ordenamento brasileiro: por uma interpretação conforme o paradigma do Estado Democrático de Direito.....</b>	<b>97</b>
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>104</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>114</b>

<b>ANEXO .....</b>	<b>122</b>
<b>ANEXO A - EMENTA.....</b>	<b>123</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O princípio do contraditório vem expresso em vários ordenamentos processuais e, em alguns deles, possui previsão constitucional, como por exemplo, no Brasil, conforme norma contida no artigo 5, inciso LV da Constituição da República de 1988.

Esse princípio, em face de sua relevância para o ordenamento processual, é ainda objeto de constantes discussões, notadamente diante das várias interpretações que lhe são conferidas.

Desde o seu surgimento, o contraditório esboça avanços e retrocessos, dependendo do paradigma o qual está inserido. Assim, o contraditório deve ser interpretado de acordo com o paradigma de direito vigente. Uma vez superados os paradigmas de Direito do Estado Liberal e do Estado Social, estando vigente, na atualidade o paradigma do Estado Democrático de Direito, o princípio do contraditório deve ser interpretado de acordo com este paradigma. E, quando lhe é conferido tratamento diverso do paradigma o qual está inserido, instaura-se a necessidade de repensar ou mesmo reconstruir esse princípio.

Dessa forma para a compreensão do contraditório num viés democrático - isto é, no contexto do paradigma do Estado Democrático de Direito -, necessária uma análise paradigmática, posto que a estruturação do Direito está relacionada com a própria organização estatal implementada em determinado período histórico, criando um horizonte interpretativo com base no paradigma jurídico vigente.

No contexto normativo brasileiro, a crítica que se faz é que apesar do contraditório ser concebido como princípio constitucional, bem como, inserido num paradigma democrático, não possui uma interpretação, pela dogmática brasileira, em conformidade com o paradigma do Estado Democrático de Direito,

Verifica-se que a dogmática brasileira, apoiada na linha teórica da instrumentalidade, compartilha do entendimento de que a função jurisdicional trata-se de papel-missão do juiz na busca de uma aplicação solitária dos valores da sociedade. Essa atividade estrutura-se na predominância do papel dos juízes, sendo o processo legitimador de seus entendimentos, que devem ser aceitos e obedecidos (DINAMARCO, 2008, p.138-139), notadamente diante dos escopos metajurídicos do

processo, vez que possibilita que a decisão se sustente em argumentos diversos dos discutidos pelas partes.

A proposta elaborada pelos instrumentalistas, pautada pela teoria da relação jurídica, sustenta-se no procedimento jurisdicional como instrumento para aplicação de um ideal predefinido (DINAMARCO, 2001, p.137), trazendo como centro um juiz com habilidades diferenciadas e uma teleologia vocacionada para os escopos (metajurídicos) já perseguidos pelos socializadores (NUNES, 2008b, p.147), abrindo a possibilidade para que a formação de decisões seja com base apenas na racionalidade do juiz.

Assim, justifica-se a necessidade de se proceder a uma análise de forma crítica-reflexiva acerca da formação das decisões baseadas unicamente em argumentos levantados pelo juiz, de forma subjetiva e solipsista.

Dessa forma, a proposta da presente pesquisa consiste na reconstrução do contraditório numa perspectiva adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito, posto que verificada a necessidade de romper com a dogmática processual, sustentada no papel preponderante do juiz e numa leitura do contraditório como bilateralidade de audiência.

Não se pretende impedir que os juízes atuem no procedimento de formação das decisões - suscitando questões de conhecimento oficioso, ou qualquer outra questão relevante, mesmo sem a provocação das partes -, contudo, deve a questão ser tratada em observância à garantia do contraditório interpretado no contexto do paradigma do Estado Democrático de Direito.

Justifica-se uma interpretação do contraditório com base no paradigma do Estado Democrático de Direito, posto importante se torna a participação dos indivíduos afetados na garantia de autodeterminação dos direitos fundamentais, pois a proposta desse novo paradigma consiste que o indivíduo tenha a oportunidade de influir nas decisões.

A leitura democrática do contraditório somente fora possível a partir das apropriações da teoria do processo como procedimento realizado em contraditório, idealizada por Elio Fazzalari (1992), do modelo constitucional de processo conforme proposta pelos italianos Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera (1997), analisadas em conjunto com a Teoria do discurso de Jürgen Habermas (2003).

A Teoria do Discurso proposta por Habermas (2003) fornece as bases que conferem uma visão democrática ao estudo do processo, na medida em que de acordo com a Teoria do Discurso, para o Direito ser legítimo, necessária a participação do cidadão na formação da opinião.

Com o surgimento do Estado Democrático de Direito, possibilitou-se a participação dos afetados nos processos de formação das decisões e é com base nessa perspectiva democrática que o contraditório deve ser compreendido.

Por sua vez, a Teoria do processo como procedimento em contraditório é um referencial importante para o Direito Processual, uma vez que estabelece o contraditório como garantia de simétrica paridade de participação no processo (GONÇALVES, 2001, p.127), bem como, insere a participação dos afetados como elemento essencial do processo conferindo-lhe bases mais democráticas.

Entretanto, quando da estruturação desta teoria, verifica-se que Fazzalari não se preocupou com a aplicação dinâmica dos princípios constitucionais, permanecendo sua teoria no campo da técnica processual (NUNES, 2008b, p.207), ou seja, o processo, na concepção de Fazzalari possui função técnica preparatória do provimento, não como garantia constitutiva de direitos fundamentais (BARROS, 2009b), bem como, sua teoria não estava assentada em concepções constitucionais, ou seja, não lhe atribuiu *status* de princípio constitucional (NEGRI, 2003, p.62).

Assim, para a consolidação do processo como garantia, e aí incluída a noção de contraditório em bases democráticas, apropria-se além dos conceitos de processo como procedimento realizado em contraditório de Fazzalari (1992), o modelo constitucional de processo proposto por Andolina e Vignera (1997).

Embasado pelo modelo constitucional de processo (ANDOLINA; VIGNERA, 1997), torna-se possível estruturar o processo, no plano constitucional e da técnica processual, como efetiva garantia democrática.

O processo compreendido a partir do modelo constitucional, não pode mais ser entendido apenas como procedimento realizado em contraditório, porque vários outros princípios processuais configuram a base para uma compreensão constitucionalmente adequada do processo, havendo uma co-dependência entre eles, formando uma base uníssona, pois cada princípio é condição para o respeito aos demais (BARROS, 2008b, p.135).

Em face disso, verifica-se que o contraditório tem seu conceito ampliado como o espaço argumentativo para a construção participada da decisão pelos afetados, não podendo mais ser concebido apenas como simétrica paridade ou igualdade de participação. Verifica-se que lhe é conferido uma conotação de garantia de influência, ou seja, os argumentos das partes devem ser observados quando da formação do provimento.

Assim, para que uma decisão seja válida e legítima, necessário que quando de sua construção sejam respeitados além do contraditório, a fundamentação das decisões, o que impede que o provimento seja um ato isolado do terceiro imparcial (juiz) (BARROS, 2009a, p. 18). Essa relação entre os princípios garante argumentativamente a aplicação das normas jurídicas de forma que o provimento seja produto de um esforço reconstrutivo do caso concreto pelas partes afetadas (BARROS, 2009a, p. 18), sob pena de nulidade.

Portanto, a melhor justificação teórica para a superação do modelo tradicional de formação das decisões decorre da compreensão do contraditório sob a ótica do paradigma do Estado Democrático de Direito.

Nessa perspectiva, o presente trabalho tem como objetivo reconstruir o princípio do contraditório de forma a lhe conferir uma interpretação democrática compatível com o paradigma o qual está inserido, qual seja, o do Estado Democrático de Direito.

Desse modo a presente dissertação inicia-se com uma proposta de reconstrução do princípio do contraditório para adequá-lo ao paradigma do Estado Democrático de Direito, e o trabalho foi dividido em três partes.

Assim, na primeira parte, que se refere ao Capítulo 2, optou-se por fazer um resgate da compreensão do contraditório desde o período pré-moderno (direito comum) à modernidade, perpassando pelos paradigmas liberal, social até sua compreensão num viés democrático, feita com base no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Reconstruído o princípio do contraditório numa perspectiva constitucionalmente adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito, verificou-se a necessidade de uma análise dos papéis desempenhados pelos sujeitos processuais como forma de (re)definir o papel desempenhado pelo juiz sob a ótica do princípio do contraditório, questão objeto de abordagem no Capítulo 3,

referente à segunda parte da dissertação.

O objetivo da redefinição torna-se importante, pois a exata fixação do papel das partes e do juiz, analisadas sob o prisma do contraditório permitirá sua compatibilização com o processo no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Definido o papel do juiz em relação ao contraditório, optou-se como proposta para o Capítulo 4, que se trata da última parte do trabalho, analisar de forma crítica-reflexiva como o princípio do contraditório é interpretado e aplicado nos diferentes ordenamentos processuais, especificamente nos casos em que o juiz suscita de ofício questão que não fora levantada pelas partes, mas que poderá influir no julgamento.

Para tanto, optou-se pela análise de um caso concreto, de forma a se conferir uma interpretação constitucionalmente adequada ao princípio do contraditório, demonstrando os reflexos sobre o papel desempenhado pelos sujeitos processuais nos procedimentos de formação das decisões pelos tribunais, levando em consideração o modelo constitucional de processo.

É nesse quadro que o presente trabalho busca reconstruir o princípio do contraditório de forma a superar com a concepção da dogmática brasileira, que não conseguiu romper com uma interpretação baseada no paradigma do Estado social, fundada na teoria da relação jurídica. Busca-se dessa forma conferir ao princípio uma interpretação compatível com o paradigma do Estado Democrático de Direito de forma a justificar a proposta de reconstrução democrática compatível com o modelo constitucional de processo.

## **2 DA RECONSTRUÇÃO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO**

### **2.1 O princípio do contraditório: avanços e retrocessos**

O presente capítulo tem como proposta analisar as bases do que hoje concebemos como princípio do contraditório, demonstrando os avanços e retrocessos desse princípio.

A abordagem será implementada a partir da concepção dos paradigmas de Direito, sendo este estudo relevante, pois os paradigmas exercem influência na formação e aplicação do princípio do contraditório.

Para tanto, será utilizado o conceito de paradigma de Direito proposto por Habermas (2003).

Por fim, será objeto de abordagem a Teoria do processo como procedimento realizado em contraditório (FAZZALARI, 2006) e o modelo constitucional de processo (ANDOLINA; VIGNERA, 1997), analisados em conjunto com a Teoria do discurso (HABERMAS, 2003) que servirão de fundamentação teórica para a compreensão do princípio do contraditório no contexto do paradigma do Estado Democrático do Direito com o objetivo de proceder à sua análise num viés democrático.

Ressalte-se que a reconstrução do princípio do contraditório não pode ser feita de forma dissociada do processo. Assim o estudo do processo será abordado apenas no que for importante para compreensão do resgate histórico do princípio do contraditório nos paradigmas o qual está inserido.

### 2.1.1 O contraditório no direito comum<sup>1</sup>

A existência do princípio do contraditório no processo não é recente (GONÇALVES, 2001, p.119), surgindo de forma lenta e gradativa, esboçando avanços e retrocessos, constituindo atualmente objeto de constantes discussões.

A idéia do contraditório originou-se do adágio “*audiatur et altera pars*”<sup>2</sup> (PICARDI, 2003, p.10), surgindo, inicialmente, de uma reelaboração de textos literários de origem grega.

Este rico aforisma jurídico, com toda a probabilidade, representava uma reelaboração direta dos textos literários de origem latina. De fato, Seneca escreveu: “*aquele que estabelece algo, sem ter ouvido a outra parte, embora tenha estabelecido de forma justa, não o terá feito de forma alguma*”. Mas a máxima, possivelmente, é de origem grega. Tal conceito, encontra-se, de fato, em *Os Zangões* (conhecido também como *A Vespa*), nas *Vespas*, comédia de ambiente judiciário de Aristófane e, ainda, antes, *Os Erácides* de Eurípedes. (PICARDI, 2003, p.10, tradução nossa).<sup>3</sup>

Contudo, essa definição histórico-literária do brocardo além de concisa é insuficiente para o estudo do surgimento do contraditório, sendo necessária uma análise de seu fundamento jurídico.

O contraditório (*audiatur et altera pars*) fundava-se numa concepção jusnaturalista<sup>4</sup> (PICARDI; OLIVEIRA, 2008, p.132), elevado a símbolo dos direitos

<sup>1</sup> O direito comum, nomenclatura utilizada por Picardi (2008) e Nunes (2008) e apropriada neste trabalho, refere-se ao período pré-moderno (CARVALHO NETTO, 2004), no qual o direito possuía uma fundamentação religiosa, consubstanciada pelas tradições e costumes de uma época, identificando-se com normas concretas e individuais (PELLEGRINI, 2004).

<sup>2</sup> Expressão latina que significa “seja ouvida também a outra parte”.

<sup>3</sup> Questo fortunato aforisma giuridico, con ogni probabilità, rappresentava una diretta rielaborazione di testi letterari latini. In effetti, Seneca aveva scritto: “*qui statuit aliquid, parte inaudita et altera, aequum licet satuerit haud aequus fuerit*”. Ma la massima, verosilmente, è di origine greca. Tale concetto si ritrova, infatti, in *I calabroni* (conosciuto anche *La Vespa*), nella *Vespe*, commedia di ambiente giudiziario di Aristofane e, ancora prima *Gli Eraclidi* di Euripidi.

<sup>4</sup> Trata-se de uma teoria do direito natural configurada nos séculos XVII e XVIII (ABBAGNAMO, 2007, p.682). Para esta teoria, o direito natural trata-se do conjunto de todas as leis, que por meio da razão fizeram-se conhecer tanto pela natureza, quanto por aquelas coisas que a natureza humana requer como condições e meios de consecução dos próprios objetivos (BOBBIO *apud* GLUCK, 1995, p.21), ou seja, o direito é decorrente da natureza ou do próprio Deus, sendo apriorístico. (BOBBIO, 1995, p.19). Um traço distintivo do direito natural e positivo, é que este, ao contrário, trata-se do conjunto de leis que se fundam apenas na vontade do legislador, pois somente através de sua declaração é que se torna conhecido (BOBBIO *apud* Gluck, 1995, p.21). No positivismo jurídico - concebido a partir do

naturais, encontrando seu fundamento em um princípio de razão natural, sendo imanente ao processo (NUNES, 2008a, p.154).

No período histórico do procedimento comum, de acordo com Picardi e Oliveira (2008, p. 128-129), prevalecia o denominado “*ordo iudiciarius*”, sendo o processo considerado como manifestação de uma razão prática e social, que se realizava com a colaboração da praxe dos tribunais e da doutrina (PICARDI; OLIVEIRA, 2008, p.59).

Reconhecia-se ao tribunal o poder de estabelecer o seu próprio modo de atuar, com seu caráter público e argumentativo, através da dialética<sup>5</sup>, bem como, no respeito aos denominados princípios comuns (*ordo substantialis*), e dentre eles, encontra-se o contraditório, que possuía uma conotação distinta da atual, pois tinha como fim a pesquisa da verdade.

O fundamento do processo medieval - o verdadeiro *ordo substantialis* - é representado pelo complexo de regras que hoje retomamos na fórmula “princípio do contraditório”, e que se constitui mais propriamente em uma metodologia de investigação da verdade. (PICARDI, 2003, p.9, tradução nossa).<sup>6</sup>

Impunha-se a observância do *ordo iudicarium*, diante de sua natureza originária e extra-estatal, sendo que dele ninguém poderia prescindir (PICARDI; OLIVEIRA, 2008, p.61).

O “*ordo iudiciarius*” ou “*ordo ius*” do direito comum era entendido como verdadeiro “*ordo questionum*”, ou seja, como um modo de resolver questões, e diante de seu caráter extra-estatal, não dependia de uma vontade ordenadora externa, mas, sim dos princípios da dialética, buscando uma garantia de igualdade entre governantes e governados (NUNES 2008a, p.154).

---

século XVIII - o “direito natural” e o “direito positivo” não são considerados como direito em sentido próprio, pois para os positivistas, o direito natural é excluído da categoria de direito, sendo apenas o direito positivo concedido como tal (BOBBIO, 1995, p.26) Em síntese, o direito natural é aquele que conhecemos através de nossa própria razão, critério este que se liga a uma concepção racionalista, característica do jusnaturalismo. (BOBBIO, 1995, p.23).

<sup>5</sup> Para Picardi (2008, p.46) a dialética consiste essencialmente no diálogo, na discussão e persuasão.

<sup>6</sup> Il perno della procedura medioevale - il vero *ordo substantialis* - è rappresentato da quel complesso di regole che oggi riassumiamo nella formula “princípio del contraddittorio” e che costituisce più propriamente una metodologia di ricerca della verità.

No mesmo sentido, Picardi:

O *ordo quaestionum*, enquanto *substantialis*, traduzia-se, depois, em toda uma série de *iura naturalia* referentes ao processo. Em linha com o seu caráter extra-estatal, o *ordo* constituía, assim, um instrumento de tutela da parte no confronto, seja do juiz, seja do príncipe. A invocação aos textos sacros tinha permitido, antes de tudo, qualificar a citação “*ordo iudicarii fundamentum*” e de elevá-la a símbolo dos direitos naturais: “*Nec etiam Regia legitima auctoritate praetermitti faz est*”. Mas as mesmas regras da *citatio* se estendiam à *defensio*, ao direito de recusar o juiz e, em geral, a todas as articulações do que na linguagem moderna, chamamos de princípio do contraditório. (PICARDI; OLIVEIRA, 2008, p.61-62).

Vê-se que o processo comum europeu tinha como eixo central o que hoje denominamos de contraditório (PICARDI; OLIVEIRA, 2008, p.62), que se resolvia no *ars opponendi et respondendi*, representando assim uma estrutura para a investigação da verdade (provável), bem como, assegurava igualdade às partes (PICARDI; OLIVEIRA, 2008, p.129).

Falava-se em verdade “provável” por se tratar de uma verdade que ninguém poderia conhecer em sua totalidade e, com a refutação recíproca das partes - *ars opponendi et respondendi* - ampliava-se o campo de informação, favorecendo sua busca. (PICARDI, 2003, p.9).

O contraditório constituía a estrutura condutora também no que se refere ao *ordo probationum*: nenhuma prova pode ser colocada como fundamento do julgamento se não é submetida preventivamente ao seu crivo crítico. Na mentalidade dialética não há evidência que escape ao contraditório. Portanto, como se disse, não é possível proceder à experiência probatória senão depois da *litis contestatio*. Antes, a fim de reduzir a complexidade da causa o *ordo iudicarius* era fracionado em dois estágios autônomos: *ante litem contestatam/post litem contestatam*. O primeiro estágio, relativo aos *praeparatoria indicii* tinha caráter preclusivo e era dedicado, dentre outras coisas, à delimitação dos fatos constitutivos em contraditório entre as partes e, assim, à determinação do próprio *thema probandum*. Somente *post litem contestatam* se procedia à realização probatória e, por fim, à decisão. (PICARDI, 2003, p.9, tradução nossa).<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Il contraddittorio costituiva la struttura portante anche a proposito dell'*ordo probationum*: nessuna prova può essere posta a fondamento del giudizio se non è stata sottoposta preventivamente al suo vaglio critico. Nella mentalità dialettica non vi è evidenza che sfugga al contraddittorio. Pertanto, come si è detto, non è dato procedere all'esperimento probatorio se non dopo la *litis contestatio*. Anzi, al fine di ridurre la complessità della causa, l'*ordo iudicarius* veniva frazionato in due stadi autonomi: *ante litem contestatam/post litem contestatam*. Il primo stadio, relativo ai *praeparatoria indicii* aveva carattere preclusivo ed era dedicato, fra le parti e, quindi, alla determinazione del solo *thema probandum*. Solo *post litem constestatam* se precedeva all'esperimento probatorio ed, infine, alla decisione.

O *ordo iudicarium* tinha como objetivo assegurar a igualdade, não apenas entre as partes, mas também entre o juiz e as partes (PICARDI; OLIVEIRA, 2008, p.130) e, enquanto garantia de igualdade, podia, assim, ser definido como um exemplo típico de ordem isonômica (PICARDI; OLIVEIRA, 2008, p.63).

Cabe aqui ressaltar que nesse contexto, fundamental era a noção de ordem, sendo o processo medieval caracterizado como “ordem isonômica”, e o *processus* em sentido moderno, definido pela “ordem assimétrica”<sup>8</sup> (PICARDI, 2003, p.8), questão que será melhor analisada no decorrer deste capítulo.

Verifica-se que o procedimento medieval era marcado por uma versão forte do contraditório, época em que a ordem isonômica estava estabelecida de forma plena, possuindo o procedimento uma função compensadora ante as diversas formas de desigualdades apresentadas no processo (PICARDI; OLIVEIRA, 2008, p.130).

Portanto, a compensação das desigualdades existentes no processo foi a primeira regra de aplicação do contraditório (NUNES, 2008a, p.155).

Contudo, a partir do século XVIII esse tipo de procedimento que era concebido por uma ordem isonômica e sob uma versão forte do contraditório entrou em declínio, marcando, dessa forma, sua transição para uma ordem assimétrica, sendo esta o fundamento do processo no sentido moderno (PICARDI; OLIVEIRA, 2008, p.128).

Importante ressaltar que nesse período do processo comum (séculos XIII a XVI), apesar dessa visão embrionária do contraditório, tratava-se de privilégio apenas de uma casta social e não um direito de indivíduos e cidadãos. A interpretação de uma ordem isonômica, nos moldes atuais, diferentemente do que ocorria no período do processo comum, está lastreada numa teoria de direitos fundamentais, algo impensável naquela época (NUNES, 2008b, p.67).

---

<sup>8</sup> Nello Studio del processo, fondamentale è la nozione di “ordine”: “*iudicium [...] habet oridennm, qui dicitur ordo iudicarius*”. L’idea di ordine, uma delle più complesse della nostra tradizione filosofica, assume, pero, significati opposti che sono alla base di distinti modelli di processo. È stato definito “ordine isonômico” la tessitura interna del processo medioevale, l’*oro iudicarius*; “ordine assimétrico” il perno del *processus* in senso moderno.

### 2.1.2 O princípio do contraditório em declínio: transição de uma ordem isonômica para uma ordem assimétrica

Com a formação dos Estados modernos, os soberanos reivindicaram o monopólio da legislação em matéria processual (NUNES, 2008b, p.65).

No século XVII foram realizados os dois primeiros códigos de processo: o saxão e o francês, este denominado *Ordonnance Civile*, de 1667, ou *Code Louis* (PICARDI; OLIVEIRA, 2008, p.60), que geraram um efeito abrogativo das praxes.

Em linhas gerais, a passagem do *iudicium* ao *processus*, não se tratou apenas de um problema terminológico (PICARDI; OLIVEIRA, 2008, p.43), mas revelou uma ruptura entre a concepção medieval e a concepção moderna de processo, e teve como ponto mais relevante a passagem de uma ordem extra-estatal para uma ordem estatal e publicista (PICARDI; OLIVEIRA, 2008, p.34), entrevendo uma mudança radical no modo de conceber o fenômeno processual.

De acordo com Picardi (2008, p.135) o declínio do contraditório ocorreu nesse contexto - notadamente nos séculos XVII e XVIII, da passagem do *ordo iudiciarius* medieval ao processo moderno (*processus*) - sendo o processo compreendido não mais a partir de uma ordem isonômica, mas sim, de uma ordem assimétrica, alterando a concepção do contraditório e do papel do juiz (PICARDI; OLIVEIRA, 2008, p.65).

Acerca desta questão Nunes dispõe que:

Mas a decadência da concepção de “ordine isonomico” começa a ocorrer verdadeiramente a partir do séc. XIII com a atribuição ao juiz de poderes probatórios inquisitoriais de modo a desenvolver um comportamento persecutório em face dos inimigos da Igreja, do Estado e da Sociedade. Muito em função de um modelo teleológico de processo que permitiria a um juiz onisciente o conhecimento mesmo da verdade sem a necessidade de produção de provas. (NUNES, 2008a, p.155).

Nesse contexto, inevitável o rebaixamento do contraditório ao papel secundário, permanecendo à margem do processo (PICARDI; OLIVEIRA, 2008, p.137-138).

O processo não se pautava mais em uma lógica argumentativa, mas sim, em uma racionalidade objetiva, formal e calculada<sup>9</sup>. (PICARDI, 2003, p.15).

O novo *ordo* sob a direção do juiz, apresenta, de maneira definitiva, um caráter “assimétrico”, na medida em que fundamentalmente apoiado sob a autoridade, a hierarquia e a lógica burocrática. De resto, já Leibniz havia redimensionado a função do advogado, sustentando que o juiz é, de ofício, o advogado geral das partes. (PICARDI, 2003, p.16, tradução nossa).<sup>10</sup>

Depreende-se que, nessa fase de declínio, o contraditório passou a ser concebido apenas como uma bilateralidade de audiência, ou seja, consistia no direito de ser ouvido pelo juiz, bastando apenas o dizer e o contradizer para sua observância, tratando-se de mera “participação fictícia e aparente” (NUNES, 2004, p.75-76) no processo.

Como demonstram Picardi e Oliveira:

Efetivamente, com o jusnaturalismo moderno já se evidencia uma linha de decadência do princípio do contraditório. Abandonada a metodologia dialética da investigação, o contraditório tendia então a se resolver em uma mecânica contraposição de teses e, em última análise, em uma prova de forças. Iniciava assim o processo de formalização e transcrição do diálogo em termos direitos e obrigações. À concepção clássica de verdade “provável” sucedia-se a confiança na existência de uma verdade objetiva, absoluta, preconstituída. [...] Seja como for, tinha-se que tais verdades poderiam ser alcançadas mesmo sem o contraditório. (PICARDI; OLIVEIRA, 2008. p.136-137)

O abandono da lógica argumentativa alterou o papel do juiz que passou a ser o condutor do processo e o contraditório ficou rebaixado ao papel secundário.

O papel do juiz era radicalmente mudado. A função judiciária vinha despersonalizada e atribuída a um juiz concebido como *Homo burocraticus*, que agia, assim, segundo a lógica burocrática, e cuja atividade era previsível, fungível e controlável. A *iurisdictio* era agora concedida como *pars summi imperii*. O juiz perdia a função de simples controlador e tutor do *ordo iudiciarius* e assumia a direção de um processo ancorado no *iuris iurisdictionis*, com caráter decisivamente publicístico. (PICARDI, 2003. p.15,

---

<sup>9</sup> Alla sua base non si scorge più un orientamento problemático ed una lógica argomentativa, ma una racionalità oggettiva, formale e calcolante.

<sup>10</sup> Il nuovo “*ordo*”, sotto la direxione del giudice, presenta, in definitiva, un carattere “assimetrico” in quanti fundamentalmente imposta sull’aautirtà, sulla gerarchia e sulla lógica burocraica. De resto, già Leibniz aveva ridimensionato la funzione dell’avvocato, sostenendo che il giuidce è, d’ufficio, l’avvocato generale delle parti.

tradução nossa).<sup>11</sup>

A criação do *Code Louis*<sup>12</sup>, de 1667, representou, assim, um dos modelos mais significativos do processo “assimétrico” e um momento constitutivo da passagem do *ordo iudiciarius* medieval ao *processus* continental da Idade Moderna (PICARDI; OLIVEIRA, 2008, p.119).

Essas mudanças verificadas no modo de conceber o processo e, conseqüentemente o contraditório, verificadas nos séculos XVII e XVIII, substituiu por completo o *ordo iudiciarius* pelo *Prozess-ordnung* prussiana de 1781, marcando a adoção de um processo constituído sob o princípio da investigação da verdade pelo juiz (PICARDI; OLIVEIRA, 2008, p.66).

Delineava-se nessa época uma intuitiva desconfiança gerada pela controvérsia, pelo diálogo, pelo testemunho (PICARDI, 2003, p.16) e desvalorização da prova testemunhal, privilegiando-se o documento, a prova pré-constituída e a prova legal (PICARDI; OLIVEIRA, 2008, p.66), marcando “a passagem da arte do diálogo à arte da razão”. (PICARDI, 2003. p.16).

Nesta fase, apesar de ainda se falar em “princípio do contraditório” tal fórmula já havia perdido toda a sua carga ético-ideológica em referência originária ao direito natural (PICARDI; OLIVEIRA, 2008, p.137).

Nesse quadro, baseado na adoção dos princípios da sujeição do juiz à lei e da separação dos poderes na versão que Luís XIV pretendia introduzir, indispensável uma revisão dos equilíbrios constitucionais e o redimensionamento das competências dos juízes (PICARDI; OLIVEIRA, 2008, p. 85).

A sujeição do juiz à lei tratava-se de um princípio que não assumia um valor de garantia - para o cidadão e para o juiz -, inserida no quadro de uma ideologia que reconhecia ao rei a soberania absoluta sendo o direito reduzido à lei, e a lei à

---

<sup>11</sup> Il ruolo del giudice era radicalmente mutato. La funzione giudiziaria veniva spersonalizzata ed attribuita ad un giudice concepito come *Homo burocraticus*, che agiva, quindi, secondo la lógica burocratica e a cui attività era prevedibile, fungibile e controllabile. La *iurisdictio* era ormai concepita come *pars summi imperii*. Il giudice perdeva la funzione di semplice controllore e tutore dell'*ordo iudiciarius* ed assumeva la direzione di un processo ancorato alla *ius iurisdictionis*, con carattere decisamente pubblicistico.

<sup>12</sup> Para Picardi (2008, p.121) o *Code Louis* e as grandes *Ordonnances* de Luís XIV, constituíram as verdadeiras codificações, providas de todos os requisitos, inclusive técnicos, que se fizeram, também presentes nas codificações napoleônicas. Apesar de ser controversa esta questão, em se atribuir à Revolução Francesa a inauguração de um novo movimento de idéias em tema de legislação processual, para Picardi a única novidade implementada seria a codificação imputada ao povo, e não mais ao soberano, conforme proposto pela Ordenança francesa de Luís XIV.

vontade do soberano que, posteriormente se revestirá no modelo liberal oitocentista (PICARDI, 2008, p.82-83) que surge da necessidade de se estabelecer um limite ao poder do soberano, ocasionado o colapso do absolutismo.

Com o surgimento do Estado moderno, o direito tornou-se o único ordenamento de normas gerais e abstratas válidas para todos. Rompeu-se o liame do direito com normas morais, religiosas e costumeiras, consagradores dos privilégios de castas sociais, sendo, até então, aplicado casuisticamente como normas concretas e individuais. (CARVALHO NETTO, 2004, p.30).

O Estado moderno surgiu no século XVIII diante da necessidade de consolidar valores fundamentais da pessoa humana, em razão, dentre outros motivos, da “frustração gerada pelo governo absolutista que associou a idéia de que o poder público era inimigo da vontade individual” (PRATES, 2008, p.387).

Conforme acima exposto, o fato do soberano ter se apropriado do *ordo* e principalmente diante do monopólio da legislação processual, sendo “o direito reduzido à lei, e a lei à vontade do soberano” (PICARDI; OLIVEIRA, 2008, p.83), fez surgir diversas tensões entre vários setores sociais, criando as bases para o paradigma de Estado liberal.

## **2.2 A compreensão do princípio do contraditório nos paradigmas de direito**

Delineado o contraditório no contexto do direito comum, necessário compreendê-lo quando do surgimento do Estado moderno, analisando-o a partir dos paradigmas de direito do Estado de liberal, Estado social até o Estado Democrático de Direito.

Inicialmente necessário esclarecer o que vem a ser um paradigma.

Como assevera Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, a acepção do vocábulo paradigma foi introduzida inicialmente por Thomas Kuhn:

O termo “paradigma” foi introduzido na discussão epistemológica contemporânea, com o sentido, por exemplo, utilizado por Gomes Canotilho, ou seja, como “consenso científico’ enraizado quanto às teorias modelos e métodos de compreensão do mundo”, a partir do conceito concebido por Thomas Kuhn:

[...] paradigmas são realizações científicas universalmente reconhecidas que durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência. (OLIVEIRA, 2002. p.52)

Apesar do conceito de paradigma elaborado por Thomas Kuhn ser largamente utilizado, não nos parece adequado para esta proposta de estudo.

Acompanhando a crítica proposta por Marcelo Campos Galuppo (2006, p.515-516), o abandono do conceito adotado por Thomas Kuhn se justifica por três razões: primeiramente, ele próprio não está certo se o termo “paradigma” pode ser aplicado fora dos domínios das ciências naturais; para ele o conceito de paradigma pressupõe uma refutação definitiva de um paradigma por outro, partindo de uma idéia equivocada de sucessão cronológica, que se identifica com uma superação de teorias.

Quanto a esta segunda crítica Galuppo (2006, p.515) a refuta ao fundamento de que não ocorre uma ruptura, pois os pensamentos (as teorias), por exemplo, de Kant e Aristóteles, coexistem e são utilizados para fundamentar posições.

A terceira crítica consiste no fato de que para Thomas Kuhn, paradigma é aquilo que uma comunidade de cientistas considera como sendo científico.

As críticas elaboradas por Galuppo (2006) foram apropriadas apenas como fundamento para justificar esse abandono do conceito de paradigma adotado por T. Khun.

Contudo, a solução apontada por Galuppo que tem como proposta a utilização do termo “matriz” para substituir o termo “paradigma” (GALUPPO, 2006, p.516), não será adotada neste trabalho.

A discordância não se refere apenas a questões metodológicas, mas pelo fato de que será adotado o conceito de paradigma de direito a partir das reflexões propostas por Habermas (2003), o qual aceita a ocorrência de uma ruptura quanto a compreensão das normas jurídicas, ou seja, de como serão reinterpretadas.

A explicação de como as normas jurídicas devem ser concebidas e implementadas para que cumpram, em determinado contexto histórico, as funções que lhes são atribuídas pelo direito é feita pelos paradigmas jurídicos.

Para a compreensão dos paradigmas Habermas (2003) utiliza-se de uma teoria social que serve como pano de fundo para a compreensão paradigmática do Direito (HABERMAS, 2003, p.129).

A esse respeito Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira dispõe que:

Por paradigmas do Direito, considero as visões exemplares de uma comunidade jurídica acerca de como o mesmo sistema de direitos e princípios constitucionais podem ser considerados no contexto *percebido* de uma dada sociedade. [...] Um paradigma de Direito delinea um modelo de sociedade contemporânea para explicar como princípios e direitos constitucionais devem ser considerados e implementados para que cumpram num dado contexto as funções a eles normativamente atribuídas. (OLIVEIRA *apud* HABERMAS, 2002, p.82)<sup>13</sup>

As compreensões paradigmáticas de uma época, numa reflexão dinâmica das ordens jurídicas concretas, referem-se às visões que se tem da própria sociedade, ou seja, um conhecimento de fundo, que confere às práticas de criação e aplicação do Direito uma perspectiva orientando o projeto de realização de uma comunidade jurídica (OLIVEIRA, 2002, p.82).

Prossegue o referido autor afirmado que:

O uso da noção de paradigma jurídico pretende, portanto, estabilizar a tensão entre realidade e idealidade, ao defender a tese de que haveria um horizonte histórico de sentido, ainda que mutável, para a prática jurídica concreta, que pressuporia uma determinada “percepção” do contexto social do Direito, a fim de se compreender em que perspectiva as questões jurídicas devem ser interpretadas para que o Direito possa cumprir seu papel nos processos de integração social. (OLIVEIRA, 2002, p.82-83).

Sobre a percepção do contexto social na construção, aplicação e interpretação do direito e do processo, Mauro Cappelletti escreve:

É uma realidade que o direito processual, e também a própria técnica do processo, não é nunca algo arbitrário, mas algo que traz sua própria medida de exigências práticas e culturais de um determinado tempo. O direito processual, resumindo, pode ser considerado, em certo sentido, se nos permite a metáfora, um espelho no qual, com extrema fidelidade, se refletem os movimentos do pensamento, da filosofia e da economia de um determinado período histórico (CAPPELLETTI, 2001, p.18).

A estruturação do Direito está relacionada com a própria organização estatal implementada em determinado período histórico, criando um horizonte interpretativo peculiar com base nesse paradigma jurídico (NUNES, 2008b, p.68).

---

<sup>13</sup> Justifica-se a utilização da citação de Oliveira, pois a tradução do texto em inglês da obra de Habermas mais se aproximou da obra original.

Verifica-se a importância dos paradigmas, posto que evidenciam como a organização das sociedades, implementadas em determinadas épocas, influenciam na formação dos sistemas processuais, tendo relevância sua análise, pois os contextos sociais os quais estão inseridos o processo exercem influência na sua formação e aplicação.

### **2.3 O paradigma de direito do Estado liberal**

O surgimento do Estado moderno marcou o reconhecimento de que o indivíduo era dotado de direitos e deveres<sup>14</sup>, tendo como marco a Revolução Francesa (1789) que criou o alicerce para o Estado liberal, buscando sua legitimação através da positivação dos direitos denominados fundamentais - liberdade, igualdade e propriedade privada -, estruturantes da autonomia da vontade dos indivíduos.

Como pressuposto para afirmação da igualdade, princípio fundamental evocado na época, introduzia-se um novo termo, até então não reconhecido: “indivíduo”, conceito este tipicamente moderno (BAHIA, 2004, p.303-304).

Com a vigência do paradigma liberal o indivíduo assumiu o papel de sujeito de direitos sendo-lhe reconhecidos direitos e garantias processuais que até então não lhe eram conferidos, em prol de sua autonomia individual.

Conforme afirma Tornaghi (1987 p.13), partindo de uma análise com base no microsistema do processo penal, as relações entre o acusado, o acusador e o juiz, de forma oposta ao que acontecia nas ordenações antigas, passam a ser reguladas em lei, tornam-se relações jurídicas<sup>15</sup> com a existência de direitos, faculdades, encargos e obrigações de cada um. No dizer do autor “destarte, o acusado já não é

---

<sup>14</sup> Sobre esta alteração do modo de conceber a sociedade, Alexandre Bahia (2004, p.303-304) afirma que até a Idade Média, o que mantinha os homens unidos em torno do mesmo reino, clã, polis, era a referência a uma base legitimante transcendental e, com o Iluminismo, essas idéias foram subvertidas. Refutava-se tudo o que não podia ser apreendido racionalmente. Acreditava-se na razão compartilhada por todos para conhecer e dominar as coisas. Os postulados do racionalismo acabaram com uma estrutura de castas que estratificava as comunidades. Assim, a afirmação de que todos eram racionais levou à afirmação da igualdade e da liberdade de cada um, somando-se à idéia de que todos eram proprietários, pelo menos, do seu próprio corpo.

<sup>15</sup> Foi com a concepção de processo como relação jurídica que o indivíduo passou a ser sujeitos de direitos. A teoria do processo como relação jurídica será objeto de análise posteriormente.

mero objeto do processo, senão nele aparece como verdadeiro sujeito de direitos, vinculado às determinações da lei e não à descrição do juiz” (TORNAGHI, 1987, p.13).

Definido o papel do indivíduo como sujeito de direitos, a sociedade nesse paradigma é dividida em duas grandes esferas: sociedade civil e sociedade política. A primeira representada pela esfera privada, em que se reconhecem direitos naturais, vida, liberdade e propriedade. A segunda, representada pela esfera pública, convencionam-se os direitos perante o Estado e perante a comunidade estatal, como indivíduos membros (nacionalidade), igualdade de todos perante a lei, certeza nas relações jurídicas, tutela jurisdicional, dentre outros (OLIVEIRA, 2002, p.55).

A atuação estatal restringia-se ao mínimo necessário para garantir os direitos conquistados pelos indivíduos, ou seja, garantir a sua maior liberdade possível, sendo esta a função da Constituição no paradigma liberal, manter uma separação entre os indivíduos que buscavam livremente seus interesses e o Estado que buscava o bem comum (BAHIA, 2004, p.304).

Acerca do constitucionalismo nessa época, Oliveira dispõe que:

A Constituição é, então, compreendida como “instrumento de governo” (*instrument of government*) como o estatuto jurídico-político fundamental da organização da sociedade política, do Estado. É através da Constituição, compreendida como organização e limitação do poder político, que se juridifica o Estado, que, legitimado pelo Direito e pelo regime representativo, passa a ser concebido como Estado de Direito, como Estado Constitucional (OLIVEIRA, 2002, p.56)

Com o objetivo de garantir os direitos privados (individuais), Habermas (2003) explica a separação implementada entre Estado e sociedade, objetivando a mínima intervenção estatal:

Sob a premissa da separação entre Estado e sociedade, a estrutura doutrinária partia da idéia de que o direito privado, ao passar pela organização de uma sociedade econômica despolitizada e subtraída das intromissões do Estado, tinha que garantir o *status negativo* da liberdade de sujeitos de direito e, com isso, o princípio da liberdade jurídica; ao passo que o direito público dada uma peculiar divisão de trabalho, estaria subordinado à esfera do Estado autoritário, a fim de manter sob controle a administração que operava sob reserva de intervenção e ao mesmo tempo garantir o *status jurídico negativo* das pessoas privadas, mantendo a proteção do direito individual (HABERMAS, 2003, p. 132).

O paradigma liberal pautou-se pela mínima intervenção estatal, devendo o Estado se restringir ao mínimo necessário a garantir os direitos conquistados pela burguesia, ou seja, garantir a sua maior liberdade possível (BAHIA, 2004, p.304), tendo ressonância na forma como o processo era estruturado, dimensionado-se numa estrutura privatística (NUNES, 2008b, p.73), ponto este que era analisado no próximo item.

### 2.3.1 A ressonância do liberalismo no processo: o princípio do contraditório como mero debate entre as partes

As bases do paradigma do Estado liberal pautaram-se na instituição de direitos fundamentais de caráter individual e na separação de poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário (BARROS, 2008a, p.24).

Essa tripartição de poderes garantia que a esfera privada dos indivíduos fosse protegida das intervenções dos diversos órgãos estatais (LEAL, 2002, p.26).

Nesse paradigma competia ao Legislativo a elaboração das leis, ao Judiciário dirimir os conflitos intraparticulares e ao Executivo, a implementação dos direitos, havendo entres estes órgãos o denominado sistema de “freios e contrapesos” (OLIVEIRA, 2002, p.57).

O órgão jurisdicional<sup>16</sup> detinha o poder de dirimir os conflitos (entre particulares e entre esse e a administração pública), com a aplicação do direito positivo

...através de processos lógico-dedutivos de subsunção do caso concreto as hipóteses normativas, sob os ditames da igualdade formal, estando sempre vinculados ao sentido literal, no máximo lógico, da lei, enfim, sendo a “boca da lei” (Montesquieu). (OLIVEIRA, 2002, p. 57).

---

<sup>16</sup> No paradigma jurídico do Estado Liberal, adotou-se o princípio da separação de poderes, criada pelo Baron de la Brède et de Montesquieu, em que se atribui aos órgãos estatais diferentes poderes “dentro de um sistema de controle recíprocos” (OLIVEIRA, 2002, p.56). Sobre a locução “separação de poderes”, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2004) explica que se trata de interpretação equivocada, devendo esta locução ser substituída por “separação das funções do Estado” (2004, p.67) residindo o fundamento no fato de que o Estado é reconhecido como unidade o que decorre da indivisibilidade do poder estatal.

Nesse contexto dimensionado por uma perspectiva privatística, o processo é marcado pela dominação das partes, que possuíam completo domínio da atividade processual (NUNES, 2006, p.2). O juiz exercia a atividade mecânica de aplicador da lei, e nesse período a atividade hermenêutica era limitada.

É claro que sob este primeiro paradigma constitucional, o do Estado de Direito, a questão da atividade hermenêutica do juiz só poderia ser vista como uma atividade mecânica, resultado de uma leitura direta dos textos que deveriam ser claros e distintos, e a interpretação algo a ser evitado até mesmo pela consulta ao legislador na hipótese de dúvidas do juiz diante de textos obscuros ou intrincados. Ao juiz é reservado o papel de mera *bouche de la loi*. (CARVALHO NETO, 2004, p.34).

O processo tinha como objetivo a mera resolução de conflitos, visto apenas como instrumento das partes. A função do órgão jurisdicional consistia apenas na aplicação das normas, não havendo possibilidade de interferir nas funções do Legislativo (NUNES, 2008b, p.74), reminiscência do período em que o juiz agia apenas como *longa manus* dos reis e demais nobres, sendo o juiz absolutamente *preso à lei* (BAHIA, 2004, p.305).

Nunes (2006) explica que essa atividade passiva do juiz em contraposição a uma atividade ativa das partes como característica do Estado Liberal decorre da desconfiança em relação aos órgãos judiciais, o que explica este abstencionismo característico do paradigma liberal, inclusive na esfera jurisdicional.

Esta fase histórica em que os juízes eram meras figuras inertes e passivas do sistema processual traduz uma desconfiança com os órgãos judiciais e, a partir do final do século XVIII, um "abstencionismo" característico do Estado liberal, em que os "direitos liberais" tentam proteger os sujeitos privados das ingerências ilegais desse "Estado" na vida, liberdade e propriedade dos cidadãos. (NUNES, 2006, p.4).

A autonomia técnica das partes era muito acentuada nesse paradigma e permitia-se uma auto-suficiência das partes, inclusive com a possibilidade de defesa endoprocessual (DAMÂSKA *apud* NUNES, 2008b, p.74). Isso se projetava no domínio das partes privadas sobre o desenvolvimento do processo e da técnica processual, ou seja, estabeleciam o modo de ser do processo (CAPPELLETTI, 2001, p.39).

O juiz permanecia totalmente alheio ao processo, sendo esta fase marcada pelo *princípio da escritura* (CAPPELLETTI, 2001, p.40), princípio este segundo o

qual o juiz devia julgar apenas com base nos escritos, sem entrar em contato direto com as partes, como forma de garantir sua imparcialidade.

A escritura era considerada quase como um escudo do juiz contra as tentações e os perigos da parcialidade. Era, na realidade, a barreira, o diafragma que separava o juiz do processo e daqueles que do processo são os verdadeiros protagonistas privados: sobretudo as partes e as testemunhas (CAPPELLETI, 2001, p. 40).

O contraditório, desenvolvido apenas entre as partes, limitava-se ao dizer e contradizer, ou seja, reduzia-se a uma mecânica contraposição de teses, numa verdadeira prova de forças (PICARDI, 2008, p.136), tendo o juiz, a função de julgar apenas com base nos escritos.

O juiz, nessa perspectiva liberal, apresentava-se como um estranho em relação ao objeto litigioso, cumprindo a função de expectador passivo e imparcial do debate, sem quaisquer ingerências interpretativas que pudessem causar embaraços às partes e às relações (especialmente contratuais e econômicas) que os envolviam (NUNES, 2008b, p. 77).

A forma como o processo e o contraditório foram concebidos no período do liberalismo processual, teve forte influência do princípio dispositivo tratando-se de princípio fundamental do processo liberal (CAPPELLETTI, 2001, p.19), relacionado com a existência de um monopólio das partes em deduzir suas pretensões em juízo (NUNES, 2008b, p.75).

Esse princípio, conforme dispõe Cappelletti (2001, p.24-32) manifesta-se em uma série de regras e de princípios ulteriores, tais como, o princípio da demanda, segundo o qual o juiz, de regra, não pode instaurar de ofício uma ação (*nemo iudex sine actore*). Outra manifestação refere-se ao princípio da exceção, ou seja, a aplicação do princípio dispositivo em relação ao demandado, o que significa que o juiz não pode levar em consideração exceções (*exceptiones juris*) que caibam à parte requerer ou alegar.

Um terceira manifestação do princípio dispositivo refere-se ao fato de que o juiz está adstrito aos limites da demanda, sendo estes limites fixados pelas partes, expressa pelo antigo brocardo *ne eat iudex ultra petita partium* (CAPPELLETTI, 2001, p.29).

Acerca da influência do princípio dispositivo no processo liberal, Aroca citado por Nunes (2008b, p.76-77) afirma que produziu como conseqüência o protagonismo

processual das partes, pois competiam à elas, desde a proposição do procedimento até o impulso processual, incluindo também a tramitação processual e o término das fases do procedimento.

No mesmo sentido, Luigi Paolo Comoglio também ressalta o protagonismo das partes decorrente da aplicação do princípio dispositivo:

[...] os modelos de processo ordinário [...] nos quais prevalecem os poderes das partes no desenvolvimento e na instrução da causa (em homenagem ao *princípio dispositivo*) - assumem como ponto principal o papel inativo e “não intervencionista” do órgão jurisdicional. O juiz é realmente independente e imparcial - na lógica destes modelos - apenas não seja obrigado a desenvolver um papel de relevo na condução da lide e possa assim decidir-la como um árbitro *super partes*<sup>17</sup>. (COMOGLIO, 1998 p.120-121, tradução nossa).<sup>18</sup>

Ainda, destaca-se que:

O ônus e a conseguinte responsabilidade seja em promover o juízo, seja em dar sucessivo impulso para a duração da atividade processual, irão pesar sobre as partes e seus defensores. A decisão final do juiz, em pronunciar sobre a demanda e em acordar (ou negar) a forma de tutela requerida, está estritamente vinculada aos fatos alegados e às questões prospectadas pelas partes nos atos defensivos (segundo as máximas tradicionais *ne iudex ultra petita partium* e *iudex secundum alligata et probata partium decidere debet*) (COMOGLIO, 1998 p.121, tradução nossa).<sup>19</sup>

Pautando-se o liberalismo processual pela prevalência dos princípios da escritura<sup>20</sup>, dispositivo e igualdade formal, facilitava a esperteza das partes e seus

<sup>17</sup>A expressão “super partes” deve ser entendida como acima das partes, no sentido de equidistância, típica do papel do juiz no paradigma do Estado Liberal.

<sup>18</sup> [...] i modelli di processo ordinario [...] in cui prevalgono i poteri delle parti nella trattazione e nell'istruzione della causa (in ossequio al *principio dispositivo*) - assumono quale chiave di volta il ruolo inattivo e “non interventista” dell'organo giurisdizionale. Il giudice è realmente indipendente e imparziale – nella logica di questi modelli - solo se non sia tenuto a svolgere un ruolo di rilievo nella conduzione della lite e possa quindi deciderla come un arbitro *super partes*.

<sup>19</sup> L'onere e la conseguente responsabilità sia nel promuovere il giudizio, sia nel darvi successivo impulso per l'intero arco delle attività processuali, vengono a gravare sulle parti e sui loro difensori. La decisione finale del giudice, nel pronunciare sulla domanda e nell'acordare (o nel negare) la forma di tutela richiesta, è strettamente vincolato ai fatti allegati ed alle questioni prospettate dalle parti nei loro atti difensivi (secondo le massime tradizionali *ne eat iudex ultra petita partium* e *iudex secundum alligata et probata partium decidere debet*).

<sup>20</sup> Cabe ressaltar que o princípio da escritura não se trata de uma inovação, ao contrário, apesar de ser estranho ao processo romano clássico, firmou-se no processo justiniano e depois no processo canônico da Idade Média (CAPPELLETTI, 2001, p.41), o que sugere um retrocesso do processo liberalismo que funda seus pilares nesse princípio.

advogados em detrimento dos menos hábeis, sendo o contraditório conduzido pelos defensores como um jogo dialético (CAPPELLETTI, 2001, p.55). As partes e seus defensores assumiam uma função de verdadeira e própria luta entre eles “na qual, presumivelmente, tem grande importância a habilidade pessoal das partes e sobretudo dos defensores.” (CAPPELLETTI, 2001, p.54-55).

Acerca da definição do processo como um verdadeiro jogo, Ivan Riggi (198-) dispõe que o resultado do processo estava sujeito à sagacidade e a diligência das partes e de seus procuradores. E citando Calamandrei, dispõe que “o cliente não sabe que, muitas vezes depois da vitória, deveria abraçar comovido não o seu advogado, mas, mesmo, o defensor da contraparte”<sup>21</sup> (CALAMANDREI *apud* RIGGI, 198- p.143).

Fundado o liberalismo processual no princípio dispositivo, o juiz ficava totalmente vinculado ao pedido, isentando-se de qualquer interferência no debate das partes, cujo papel se circunscrevia apenas à aplicação das normas ao caso concreto. O processo era concebido em bases privatísticas, como coisa das partes, sendo o contraditório, igualmente idealizado nesses moldes, como simples possibilidade de dizer e contradizer, com o intuito, simplesmente, de conferir uma atuação (das partes) igualitária. Contudo, essa igualdade de atuação é estabelecida em moldes puramente formais, e o contraditório possuía uma aplicação estática, como mera contraposição de teses. Assim, conforme já exposto, a parte que tivesse melhores condições para se defender encontrava-se numa situação privilegiada.

Esgotadas as propostas liberais ainda no decorrer do século XIX, buscou-se melhores técnicas processuais, idealizada com a criação de um novo modelo, o da socialização processual (NUNES, 2008b, p.77), no qual buscava estabelecer uma igualdade material entre as partes, havendo ressonância na forma como o contraditório passou a ser concebido.

Diante da incapacidade de suprir as exigências de seu período, o paradigma liberal entrou em crise no fim da I Guerra Mundial. Sob o enfoque jurídico, a crise do paradigma liberal decorreu da inaplicabilidade dos direitos, pois não bastava apenas a mera previsão normativa dos denominados direitos individuais - igualdade,

---

<sup>21</sup> Lo stesso Calamandrei, critica della teoria del processo come situazione giuridica há riconosciuto l'aspetto di “concezione realistica” e, inoltre, há scritto, nel “Elogio dei giudici” che, “Il cliente non sa che, molte volte dopo la vittoria, dovrebbe abbracciare commosso non il suo avvocato, ma, proprio, il difensore della controparte.”

liberdade e propriedade -, havendo necessidade de serem efetivamente garantidos, tratando-se de reivindicações da sociedade de massa (BARROS, 2004, p.5), abrindo espaço para o surgimento de um novo paradigma, o do Estado Social.

Apesar da superação do absolutismo e diante da formação dos Estados modernos, o que em tese sugeriria um avanço sobre a forma como o princípio do contraditório seria concebido, uma vez que o indivíduo passou a ser sujeito de direitos, sendo-lhe conferidas garantias, tem-se que o princípio do contraditório no paradigma jurídico do Estado liberal não comportou um progresso em relação ao processo comum, pois ainda era concebido como mera contraposição de teses, incapaz de oportunizar a efetiva igualdade das partes no campo processual.

Tendo em vista a insuficiência do paradigma liberal responder as demandas sociais (BARROS, 2008a, p.25) abriu-se a possibilidade para o surgimento do paradigma do Estado social.

## **2.4 O paradigma de direito do Estado social**

O marco do paradigma jurídico do Estado social ocorre com a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de *Weimar* (Alemanha) de 1919 (OLIVEIRA, 2002, p.58) tratando-se de uma nova fase do constitucionalismo.

Tornou-se necessária uma releitura do que até então se entedia por “liberdade, igualdade e propriedade”, em razão da busca da materialização desses direitos (BAHIA, 2004, p.307), posto que não bastava sua mera previsão, sendo imperioso que fossem concretamente garantidos.

Acerca dessa ruptura de paradigmas, Steiner citado por Habermas (2003, p.143), aduz que ocasionou uma mudança do pensamento liberal que passou da visão de uma sociedade pautada numa ideologia individualista, que privilegia um Estado que facilita a atividade privada, para uma visão e ideologia de um Estado mais dirigista e redistribuidor, qual seja, o Estado do bem-estar social.

Nesse contexto, a sociedade era compreendida não apenas em uma sociedade de indivíduos-proprietários, mas dividida em sociedade civil e Estado, e este não era visto apenas como Estado “neutro”, sendo seu papel modificado,

passando a ser intervencionista (OLIVEIRA, 2002, p.59).

A função jurisdicional não mais se restringia à literalidade da lei, mas em aplicar o direito material, de modo construtivo, sendo possibilitada uma atividade interpretativa de forma mais ampla<sup>22</sup>.

Dadas as condições sociais do paradigma jurídico do Estado social, que somente poderiam ser implementadas através da materialização de direitos existentes, o direito privado não poderia, tão-somente, limitar-se à garantia da autodeterminação individual, devendo também colocar-se à serviço da realização da denominada “justiça social” (HABERMAS, 2003, p.134).

Com a materialização dos direitos, o Estado tem ampliado seu campo de atuação (CARVALHO NETTO, 2004, p.36) e, o sujeito de direitos do paradigma do Estado liberal, que antes encontrava limites apenas nas condições da situação natural da sociedade, agora choca-se com os projetos paternalistas de uma vontade superior, dada a ampliação de seu campo de atuação.

Neste paradigma, o juiz também teve seu campo de atuação estendido. Seu papel que antes era reduzido à mera aplicação mecânica da lei, com a materialização do direito, surgem novas formas de interpretação, requerendo a hermenêutica jurídica novas técnicas, refletindo na atuação do juiz (CARVALHO NETTO, 2004, p.36).

A esse respeito Menelick de Carvalho Netto afirma que “aqui o trabalho do juiz já tem que ser visto como algo mais complexo a garantir as dinâmicas e amplas finalidades sociais que recaem sobre os ombros do Estado.” (CARVALHO NETTO, 2004, p.36).

No Estado Social compete ao juiz, no exercício da função jurisdicional, uma tarefa densificadora e concretizadora do Direito, de forma a garantir, com base no princípio da igualdade material, “a Justiça no caso concreto” (OLIVEIRA, 2002, p.61).

O processo, na perspectiva socializadora, é visto como instrumento de transformação social (NUNES, 2008a, p.79) cujo objetivo era a pacificação social<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Ressalte-se que é a partir da Constituição de Weimar que surge e se desenvolve o controle de constitucionalidade (BAHIA, 2004, p.308).

<sup>23</sup> A socialização processual teve seu ápice com o denominado “movimento de acesso à justiça”, o qual buscou equacionar as relações entre processo civil e justiça social, igualdade jurídico-formal e desigualdade socioeconômica, tendo como base a concepção de um Estado protetivo, interventor, ou seja, o Estado do bem-estar social (NUNES, 2008a, p.115-116). Assim o denominado “Projeto Florença” que se desenvolveu no decorrer da década de 70, difundido por Mauro Cappelletti e Bryan Garth, ocorreu na tentativa de propiciar um efetivo “acesso à ordem jurídica justa”, aos cidadãos que

Tal fato conduzia ao fortalecimento do papel do juiz (protagonismo judicial) e conseqüente esvaziamento do papel das partes, tendência decorrente do paternalismo estatal que terá seus reflexos no princípio do contraditório.

#### 2.4.1 O declínio do princípio do contraditório no paradigma do Estado social

A concepção do processo como instituto de bem estar social foi idealizado, em termos legislativos, com a ÖZPO (ordenança processual civil austríaca), de 1985, elaborado pelo jurista austríaco Franz Klein<sup>24</sup> (NUNES, 2008a, p.157), marcada pela acentuação da função social do processo, estruturando, para tanto, um modelo técnico de processo oral em que se atribui reforço aos poderes do juiz, para que participe mais ativamente da direção do processo e influa no acerto dos fatos (NUNES, 2008b, p.85).

Acerca do processo como instituto de bem estar social, Nunes afirma que:

Esta visão permitiu um acentuamento dos poderes judiciais com a atribuição da direção do processo por parte do juiz (*richterliche Prozessleitung*) entendida não somente no aspecto formal (*formelle Prozessleitung*), de regular e promover a ordem e o ritmo dos atos do processo, mas também em seu aspecto material (*materielle Prozessleitung*) ofertando ao órgão judicial controle e iniciativa oficiosa no recolhimento do material que formará o objeto do juízo sobre o mérito. (NUNES, 2008a, p. 157).

Diante do esgotamento do paradigma do Estado liberal, que no campo processual delineou-se numa linha doutrinária embasada pelo domínio das partes, pela escritura e pela passividade judicial, foi suplantada pela tendência socializadora. Essa tendência, no campo processual, defende o protagonismo judicial, tendo o juiz uma atividade compensadora dos déficits de igualdade material por meio de um processo marcado pela oralidade (NUNES, 2008b, p.48).

---

buscavam soluções “efetivas” para as questões submetidas ao judiciário, pois o “velho” Direito Processual não correspondia aos anseios da sociedade (TAVARES, 2009, p.266).

<sup>24</sup> Franz Klein, nascido em 24.04.1854 em Viena, foi advogado e professor de Direito Processual Civil e Romano. Foi Secretário ministerial do Ministro da Justiça em 1891, e criou uma legislação processual com novos perfis (sociais), embasado nas idéias de seu professor, Anton Menger. Menger foi um dos principais críticos dos ideais liberais com a edição em 1890 da obra *Das Bürgerliche Recht und die Besitzlosen Volksklassen (O direito civil e os pobres)*. (NUNES, 2008b, p.79-80).

O protagonismo judicial nesse período, que em consonância com a oralidade, parte da premissa de que a função do juiz não é apenas de um árbitro que vigia as “regras do jogo”, atuando ativamente a fim de se evitar que uma parte perca a lide por causa de sua escassa habilidade processual (CAPPELLETTI, 2001, p.57).

A esse respeito:

Falou-se, a este respeito, mais do que em uma “publicidade”, de uma “democratização” ou diretamente de uma “socialização” do processo civil, no sentido de que se tratou de tornar *efetiva* a igualdade das partes, atenuando as conseqüências que poderiam derivar do fato de que uma parte e seu *counsel* sejam menos hábeis, menos ágeis, menos astutos que a parte adversária e seu defensor. (CAPPELLETTI, 2001, p.55)

O processo, numa perspectiva socializadora, estruturava-se em um modelo técnico de procedimento oral e em uma reestruturação do papel das partes e dos juízes no *iter* procedimental, conferindo ao magistrado o papel de protagonista (NUNES, 2008b, p.82).

Verifica-se, assim, uma nítida ruptura com os modelos liberais, partindo-se de uma suposta função assistencial que o juiz desempenharia, e instituindo-se, paulatinamente, no âmbito processual moderno, a partir do modelo legislativo de Klein, a implementação do discurso do protagonismo judicial. (NUNES, 2008b, p.86).

O ativismo judicial neutralizou o papel das partes e o contraditório permaneceu à margem do fenômeno processual, posto que com o intuito de garantir a igualdade, o juiz realizava uma função eminentemente assistencial que, de acordo com Nunes (2008b, p.112) conduzia a uma substituição de seus papéis.

Em combate a uma concepção liberal de processo, implementava-se uma intervenção ativa do Estado no processo, mediante a formulação de um papel ativo do juiz (NUNES, 2008b, p.97), e respectivamente, de uma certa limitação dos poderes processuais das partes (CAPPELLETTI, 2001, p.50).

Nesse período o contraditório era entendido apenas como direito à bilateralidade da audiência em que se conferia às partes a devida informação e reação, atendendo-se somente a uma estrutura procedimental dirigida por uma perspectiva unilateral do juiz (NUNES, 2008a, p.159).

O juiz assumia um papel de “engenheiro social” (NUNES, 2008a), cuja função consistia em proferir uma decisão “justa”, colocava o contraditório apenas como um

acidente no *iter* processual (PICARDI, 2008, p.139).

A falta do contraditório poderia, a princípio, ser prejudicial, mas não o seria em todos os casos, sendo útil apenas se existisse razões para contradizer e, não as havendo, o contraditório tratava-se de um obstáculo (PICARDI, 2008, p.139-140), posto que, alcançado os escopos do processo sem a observância desse princípio, ter-se-ia atingido seu fim social.

Nesse sentido, “[...] a falta efetiva do contraditório não se coloca em contraste lógico com o fim do processo, porque a atuação da lei, através de uma decisão justa pode ser obtida sem a cooperação das partes.” (BETTI *apud* PICARDI, 2008, p.140).

Picardi (2008, p.140) afirma que o último ato de desvalorização do princípio do contraditório, ocorrido na Alemanha ao final dos anos 30, foi sua abolição do processo civil, com a absorção do “*processo das partes*” no procedimento oficial de jurisdição voluntária.

Ao juiz foi atribuído um papel de “super-parte”, diante da ampliação de suas funções, o que ocasionou o esvaziamento do contraditório, em nome de uma decisão “justa”.

Não se assegurava um tratamento igual às partes. O órgão julgante ativo poderia em algumas circunstâncias favorecer a parte que possuísse, na concepção do juiz, a tese que parecesse ser a mais fundada, auxiliando-a caso ela não conseguisse formular suas razões de forma a torná-las eficazes (DÂMASKA *apud* NUNES, 2008b, p.87).

Em suma, o aspecto socializante que fora implementado, consistiu no reforço do papel da magistratura e na credulidade de sua superioridade, partindo-se de um suposto privilégio cognitivo do juiz (NUNES, 2008b, p.98) e esvaziamento do contraditório. Tal fato, conforme se verá, serviu de alicerce para a teoria do processo como relação jurídica, idealizada por Oskar Bülow, tema este que será objeto de estudo no decorrer deste trabalho.

No paradigma do Estado social, balizado na oralidade processual, fora conferido ao juiz amplos poderes de direção do processo, ocasionando, conseqüentemente a separação de papéis dentro da estrutura processual. O princípio do contraditório foi abarcado pelo ativismo judicial - pois foi conferido ao juiz um acesso privilegiado ao que seria o bem comum (NUNES, 2008b, p.158).

Houve um completo esvaziamento desse princípio, pois, a estrutura procedimental era desenvolvida monologicamente, dirigida por uma perspectiva unilateral de formação do provimento pelo juiz (NUNES, 2008a, p.159).

O processo no paradigma social foi marcado por um período de desvalorização do contraditório, situação esta que após o segundo pós-guerra<sup>25</sup>, diante de um fenômeno de ampla constitucionalização de garantias processuais, começou a sofrer alterações. O Estado passou a ser questionado e fiscalizado, exigindo a sociedade constante participação nos debates, tanto das coisas públicas quanto das questões fundamentais (BARROS, 2008a, p.27).

A política compensatória do Estado social não atendia os anseios de uma cidadania participativa (NUNES, 2008b, p.202), o que gerou a necessidade de se pensar numa nova postura para o processo e o princípio do contraditório.

Nessa perspectiva de superação das propostas do Estado social, o conceito de contraditório foi ampliando, passando a ser compreendido “como o espaço procedimentalizado para a garantia da participação dos afetados na construção do provimento” (BARROS, 2008b, p.135), rompendo com uma estrutura unilateral (seja pelas partes ou pelo juiz) de formação das decisões.

## **2.5 O paradigma do Estado Democrático de Direito**

Diante da crise de legitimidade do paradigma do Estado social, o qual não teve efetivada sua maior proposta, a de, a partir de condições materiais conferidas pelo Estado, formar cidadãos livres e ativos, bem como, autoconscientes de seu papel na esfera pública (BAHIA, 2004, p.313), suscitou-se uma questão acerca do paternalismo do Estado social: será que esse paradigma é compatível com a garantia dos direitos fundamentais?

---

<sup>25</sup> De acordo com Barros (2008a, p.26), o paradigma do Estado social serviu de base para a mudança para o paradigma do Estado Democrático de Direito, notadamente após a Segunda Guerra Mundial, diante das lembranças do holocausto e da bomba atômica, bem como, dos movimentos contraculturais dos anos 60 e 70, tais como, os movimentos estudantis, *hippie*, que formaram a base questionadora do paradigma anterior.

A resposta é no sentido de ser necessária a superação de tal paradigma, posto que ao invés de promover a cidadania<sup>26</sup> - meta final do Estado social – o que se verificou foi um Estado que tomou para si toda a dimensão do público, deixando os indivíduos na posição de clientes (BAHIA, 2004, p.313), numa situação inativa, pois não se reconheciam como construtores das decisões.

A proposta do Estado Democrático de Direito parte de pressupostos distintos dos paradigmas anteriores: o reconhecimento formal, bem como a materialização dos direitos individuais representou um grande avanço para época. Contudo, se o mero reconhecimento formal não é suficiente para garantir a autonomia privada dos cidadãos, a simples materialização desses direitos em direitos ditos “sociais” também não o é (BAHIA, 2004, p.315).

Nesse sentido, bem destaca José Luis Bolzan de Moraes:

Com efeito, o Estado Democrático de Direito apresenta-se como uma nova fase histórica do Estado de Direito, o qual já havia passado por seu nascedouro no Estado Liberal de Direito, após, como Estado Social de Direito, marcado pelo enfrentamento de dilemas irresolvidos. (MORAES, 2008, p.224).

A garantia da autonomia privada, através do direito formal revelou-se insuficiente e, sua regulação social através da materialização do direito, ao invés de reconstruir a autonomia privada, transformou-se em uma ameaça para ela (HABERMAS, 2003, p.147). Uma ordem jurídica é legítima na medida em que assegura a autonomia privada e a autonomia cidadã de seus membros, que são co-originárias, ou seja, não se excluem como nos paradigmas anteriores (HABERMAS, 2003, p.147).

Destaca Habermas:

Entretanto, a disputa entre os dois paradigmas [liberal e social], que ainda perdura, limita-se à determinação dos pressupostos fáticos para o *status* de pessoas do direito em seu papel de destinatárias da ordem jurídica. Todavia, elas somente serão autônomas na medida em que pretenderem se entender também como autoras do direito, ao qual se submetem enquanto destinatárias. (HABERMAS, 2003, p.146).

---

<sup>26</sup> Sobre o conceito de cidadania Rosemiro Pereira Leal dispõe que “*Cidadania* é um deliberado vínculo jurídico-político-constitucional que qualifica o indivíduo como condutor de *decisões*, construtor e reconstrutor do ordenamento jurídico da sociedade política a que se filiou, porém o exercício desse direito só se torna possível e efetivo pela irrestrita condição legitimada ao devido processo constitucional.” (LEAL, 2002, p.151).

Como forma de demonstrar como o Estado paternalista tornou-se uma ameaça e até mesmo prejudicial para os indivíduos, Habermas (2003, p.163) exemplifica esta questão ao tratar das políticas feministas que visavam à igualdade entre os sexos. A materialização do direito, por meio da criação de várias garantias, que a princípio tinha como objetivo eliminar a discriminação das mulheres agravou o risco de seu desemprego “[...] uma vez que normas de proteção do trabalho reforçaram a segregação do mercado de trabalho, situando-as nos grupos de salário mais baixo [...]” (HABERMAS, 2003, p.163) ocasionando a “feminização da pobreza” (BARROS, 2008a, p.36).

Os próprios beneficiários não mais se contentavam em apenas gozar das prestações garantidas de modo paternalista (HABERMAS, 2003, p.170), reivindicavam a participação nos processos de discussão e formação das decisões, os quais seriam os principais afetados.

Acerca dessa questão Habermas afirma que:

Hoje em dia, essas construções sociais têm que ser formadas de modo consciente; elas necessitam de uma articulação dos pontos de vista relativos à comparação e à fundamentação dos aspectos relevantes, a serem *desenvolvidas pelos próprios afetados* em discursos públicos. (HABERMAS, 2003, p.167).

O paradigma do Estado Democrático de Direito surgiu como alternativa para solucionar os problemas dos paradigmas anteriores.

Nesse paradigma, importante se torna a participação dos indivíduos afetados na garantia de autodeterminação dos direitos fundamentais, numa relação complementar entre autonomia privada e pública (BARROS, 2008a, p.37).

Como conclui Habermas:

Todavia, divergindo do paradigma liberal e do Estado social, este paradigma de direito não antecipa mais um determinado ideal de sociedade, nem uma determinada visão de vida boa ou uma determinada opção política. Pois ele é formal no sentido de que apenas formula as condições necessárias segundo as quais os sujeitos do direito podem, enquanto cidadãos, entender-se entre si para descobrir os seus problemas e o modo de solucioná-los. Evidentemente, o paradigma procedimental do direito nutre a expectativa de poder influenciar, não somente a autocompreensão das elites que operam o direito na qualidade de especialistas, mas também a *de todos* os atingidos. (HABERMAS, 2003, p.190).

A compreensão do paradigma do Estado Democrático de Direito dá-se por meio de condições de discussão contínua entre os atingidos. Tal formulação, de acordo com Habermas, é a seguinte:

...na medida em que ele conseguisse cunhar o horizonte da pré-compreensão de todos os que participam, de algum modo e à sua maneira, da interpretação da constituição, toda transformação histórica do contexto social poderia ser entendida como um desafio para um reexame da compreensão paradigmática do direito. Essa compreensão, aliás como o próprio Estado de direito, conserva um núcleo dogmático, ou seja, a idéia da autonomia, segundo o qual os homens agem como sujeitos livres na medida em que obedecem às leis que eles mesmos estabeleceram, servindo-se de noções adquiridas num processo intersubjetivo. (HABERMAS, 2003, p.190)

A proposta desse novo paradigma consiste que o indivíduo tenha a oportunidade de influir nas decisões, não se resumindo o público ao estatal, pois o paradigma do Estado Democrático de Direito, requer um “direito participativo, pluralista e aberto” (CARVALHO NETTO, 2004, p.37).

A ressonância desse novo paradigma no campo processual, a partir de uma análise democrática do processo, vislumbra o contraditório como garantia dinâmica (NUNES, 2006, p.145), e “pela adoção de uma visão policêntrica [do processo] que não pode, nem deve, privilegiar nenhum dos sujeitos processuais.” (NUNES, 2006, p.142).

### 2.5.1 Teoria Discursiva do Direito: para uma compreensão democrática do processo

Antes de retomar o tema central deste trabalho, importante ressaltar que a Teoria do Discurso, proposta por Habermas (2003), servirá como fundamentação teórica para compreensão do processo no Estado Democrático do Direito.

A partir de um processo de racionalização do direito, proposto pela teoria do discurso, sua legitimidade não mais advém da submissão à uma moral superior ou a fundamentos éticos, e sim pelo fato de que os afetados pelas normas jurídicas se reconhecem como seus co-autores:

O direito não consegue o seu sentido normativo pleno *per se* através de sua forma, ou através de um conteúdo moral dado *a priori*, mas através de um

procedimento que instaura o direito, gerando legitimidade. (HABERMAS, 2003, p. 172).

Habermas abandona o entendimento de Direito como espécie de norma moral, na medida em que propõe uma releitura acerca da legitimidade do Direito, partindo de dois elementos justificadores: a soberania popular e os direitos fundamentais, que são coexistentes, ou seja, os direitos fundamentais são considerados legítimos quando os afetados participam de sua formação por meio de um discurso racional, fazendo uma interligação entre o princípio democrático e forma jurídica (BARROS PELLEGRINI, 2004, p.11).

Acerca da interligação entre o princípio do discurso e a forma jurídica, Habermas afirma:

Esse princípio [do discurso] deve assumir - pela vida da institucionalização jurídica - a figura de um princípio da democracia, o qual passa a conferir força legitimadora ao processo de normatização. A idéia básica é a seguinte: o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento como *gênese lógica de direitos*, a qual pode ser reconstruída passo a passo. Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas em geral - constitutivo para a forma jurídica enquanto tal - e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equiparar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um *sistema* de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção do direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de *modo co-origiário*. (HABERMAS, 2003, p.158)

O processo de formação democrática da opinião depende da realização das liberdades subjetivas, permitindo a participação dos cidadãos no procedimento de tomada de decisão (BARROS PELLEGRINI, 2004, p.11).

Ao mesmo tempo em que os cidadãos são os destinatários das normas garantidoras dos direitos fundamentais, participam de sua formulação, reconhecendo-se como autores do direito, pois “enquanto sujeitos de direitos, eles só conseguirão autonomia se se entenderem e agirem como autores dos direitos aos quais desejam submeter-se como destinatários.”(HABERMAS, 2003, p.163).

De acordo com a Teoria do Discurso para o Direito ser legítimo, e ainda, como forma de efetivação da autonomia pública, necessária a participação do cidadão na formação da opinião.

Nesse sentido, afirma Flaviane de Magalhães de Barros:

[...] é imprescindível a atuação dos sujeitos de direitos, seja mediante a opinião pública, como agente controlador da atuação estatal, mas, principalmente, mediante sua participação no processo decisório, seja também na atuação legislativa, por meio de direitos políticos, participando das eleições, referendos análise ou plebiscitos, ou, ainda, no âmbito administrativo, na definição de pautas de atuação prioritária, mediante audiências públicas com os interessados, ou mesmo no âmbito judiciário. (BARROS, 2008a, p.33)

Essa exigência de participação direta dos afetados nos processos de formação de opinião da vontade conforme proposto pela Teoria discursiva, está em conexão com o paradigma do Estado Democrático de Direito. Esta teoria serve, portanto, como base para o estudo do contraditório numa perspectiva democrática, em que se permite uma ampla participação dos sujeitos de direito nas esferas decisórias do sistema jurídico (NUNES, 2008b, p.137).

#### 2.5.2 O princípio do contraditório no Estado Democrático de Direito: revalorização

Com o surgimento do Estado Democrático de Direito, possibilitou-se a participação dos afetados nos processos de formação de opinião. E é com base nessa perspectiva democrática que o contraditório deve ser compreendido. Portanto, necessária sua reconstrução, rompendo com a concepção dos paradigmas anteriores, que o concebiam como simples possibilidade de ação e reação.

Nessa linha de reconstrução, a Teoria do processo como procedimento em contraditório (FAZZALARI, 1992), formulada por Elio Fazzalari em 1958, apresenta-se adequada como referencial para que se torne possível reconstruir o princípio do contraditório, numa perspectiva democrática.

A noção de contraditório empreendida pela teoria fazzalariana “consolida a proposta de garantia de participação em simétrica paridade dos afetados pelo provimento” (BARROS, 2009a, p.13), o que significa que garante a participação das partes no procedimento de formação da decisão, afastando a idéia de que apenas um dos sujeitos processuais tem a titularidade quanto à formação da decisão.

Esta teoria rompeu com a noção de processo como relação jurídica<sup>27</sup>, diante da elaboração de um novo conceito, concebendo-o como procedimento realizado em contraditório (NUNES, 2008b, p.201).

Para Fazzalari (1992, p.80) o procedimento consiste numa seqüência de normas, atos e posições subjetivas. Assim, não se trata de uma atividade que se esgota no cumprimento de um único ato, porque requer toda uma série de atos e uma série de normas que os disciplinam, em conexão entre elas, regendo a seqüência de seu desenvolvimento (GONÇALVES, 2001, p.108).

O processo é considerado como espécie do gênero procedimento, especificado pela presença imprescindível do contraditório (FAZZALARI, 1992), na construção das decisões jurisdicionais.

Se pois o procedimento é regulado de modo que participam também aqueles dos quais na sua esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver seus efeitos (de tal forma que o autor desse deva ter em conta a atividade deles), e se tal participação é combinada de modo que os 'interessados' - em sentido estrito - e aqueles que querem evitá-la - 'contra-interessados' estejam em plano de simétrica paridade; então o procedimento compreende o 'contraditório', faz-se mais articulado e complexo, e do gênero 'procedimento', é dado enuclear a espécie 'processo'. (FAZZALARI, 1992, p.60, tradução nossa).<sup>28</sup>

Existe processo, quando em uma ou mais fases de formação do ato final contempla-se a participação, não apenas do autor do ato (juiz), mas também dos destinatários desse ato, em contraditório, de forma que possam desenvolver as atividades que o autor do ato determinar, cujos resultados ele pode desatender, mas não ignorar (FAZZALARI, 1992, p.83)<sup>29</sup>

<sup>27</sup> A Teoria do processo como relação jurídica entre pessoas (elaborada por Bülow em 1868), que serviu de pressuposto para a Teoria Instrumentalista (DINAMARCO, 2008), não se mostra adequada para fundamentar a reconstrução do contraditório num viés democrático. A base desta teoria está na existência de vínculos de sujeição entre os sujeitos do processo, numa posição hierarquizada, sendo inadequada com a idéia de contraditório, como simétrica paridade entre os afetados (BARROS, 2008,b p.133). Esta teoria será melhor analisada no próximo capítulo.

<sup>28</sup> Se poi, il procedimento è regolato in modo che vi partecipino anche coloro nella cui sfera giuridica l'atto finale è destinato a svolgere effetti (talché l'autore di esso debba tener conto della loro attività), e se tale partecipazione è congegnata in modo che i contrapposti interessati (quelli che aspirano alla emanazione dell'atto finale - interessati in senso stretto - e quelli che vogliono evitarla - controinteressati) siano sul piano di simmetrica parità; allora il procedimento comprende il contraddittorio, si fa più articolato e complesso, e dal genus procedimento è consentito enucleare la species processo.

<sup>29</sup> C'è, insomma, "processo" quando in una o più fase dell'*iter* di formazione di un atto è contemplata la partecipazione non solo - ed ovviamente - del suo autore, ma anche dei destinatari dei suoi effetti,

Ao estabelecer a imprescindibilidade do princípio do contraditório para o processo, garante-se, via de consequência, uma efetiva participação dos interessados no *iter* de formação do provimento.

Fazzalari percebe que a participação técnica das partes no *iter* de formação das decisões é de suma importância, elevando-a a elemento estruturante e legitimante das atividades processuais (NUNES, 2008b, p.207).

A Teoria do processo como procedimento realizado em contraditório, nos fornece elementos para o início da reconstrução do contraditório. É com Fazzalari que o contraditório passa a ser visto como uma garantia de participação, ou seja, participação em simétrica paridade, sendo conferida às partes igual oportunidade e tratamento em todo o *iter* de formação do provimento, pois sofrerão seus efeitos.

Ressalte-se que a garantia do contraditório não se resume à mera audiência bilateral entre autor e réu, como contraditório estático, pois essa visão somente pode ser aceita em um procedimento conduzido solitariamente pelo órgão julgador, no qual prevalece unicamente o seu ponto de vista unilateral (NUNES, 2004, p. 76).

Acerca do contraditório, Aroldo Plínio Gonçalves, a partir da obra de Fazzalari, afirma que:

O conceito de contraditório evoluiu. Já não se limita ao direito da parte de ser ouvida, ao direito de se defender, mas erigiu-se como uma garantia dos destinatários da decisão de participar do processo, em simétrica igualdade, na etapa preparatória do ato imperativo do Estado - a sentença -, para influir em sua formação. (GONÇALVES, 2001, p.191).

Esclarecendo melhor o conteúdo do contraditório, Gonçalves relata que:

O contraditório não é o dizer e o contradizer sobre a matéria convertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo do ato final. Essa será a sua matéria, o seu conteúdo possível.

O contraditório é a igualdade de oportunidades que compõem a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo. (GONÇALVES, 2001, p.127).

O contraditório, como garantia de participação dever ser redefinido com bases democráticas, em que as partes não devem ser vistas como puramente opostas ou antagônicas, mas como detentoras de iguais oportunidades de participação para construção do provimento.

A Teoria do processo como procedimento em contraditório é um referencial importante para o Direito Processual, uma vez que estabelece o contraditório como garantia de simétrica paridade de participação no processo (GONÇALVES, 2001, p.127), bem como, insere a participação dos afetados como elemento essencial do processo conferindo-lhe bases mais democráticas.

Entretanto, quando da estruturação desta teoria, Fazzalari não se preocupou com a aplicação dinâmica dos princípios constitucionais, permanecendo sua teoria no campo da técnica processual (NUNES, 2008b, p.207), ou seja, o processo, na concepção de Fazzalari possui função técnica preparatória do provimento, não como garantia constitutiva de direitos fundamentais (BARROS, 2009b).

Apesar de Fazzalari ter conferido contornos democráticos ao processo e ao contraditório, superando as equivocidades entre os conceitos de processo e procedimento, bem como, concebendo o contraditório como garantia de participação das partes no *iter* de formação do provimento – sendo elemento estruturante do processo -, sua teoria não estava assentada em concepções constitucionais, ou seja, não lhe atribuiu *status* de princípio constitucional (NEGRI, 2003, p.62).

Contudo, não se pode olvidar que a Teoria do processo como procedimento em contraditório ao garantir a importância técnica da participação endoprocessual das partes, permite, juntamente com as novas bases do constitucionalismo, uma procedimental democratização do processo (NUNES, 2008b, p.208).

A relação entre o Processo e a Constituição resultou no surgimento de teses constitucionalistas, passando o processo a ocupar o centro das garantias constitucionais, conforme consagrado, a partir da Segunda Guerra Mundial, pelas Constituições da Alemanha, França, Itália, Espanha (NEGRI, 2003, p.63).

Esse fenômeno de constitucionalização dos princípios de direito processual, passou a ser definido pelos processualistas italianos Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera (1997) nomeado de “modelo constitucional de processo”<sup>30</sup>. Para esses

---

<sup>30</sup> Ressalte-se que apesar do modelo constitucional de processo proposto por Andolina e Vignera (1997) ter sido elaborado no contexto do processo civil, pode ser apropriado para uma teoria geral do processo, posto ser estruturado por uma base constitucional fundada nos princípios processuais,

autores “o processo jurisdicional coloca-se ao centro de toda a estrutura de atuação das garantias constitucionais. (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 87).

Os princípios constitucionais passaram a integrar o processo. (NEGRI, 2003, p.64), assim, qualquer análise da Teoria do Processo tem que se remeter aos ditames constitucionais, pois são estes que traçam e delimitam seu desenvolvimento.

A partir dessas considerações, José Alfredo de Oliveira Baracho assinala que:

As garantias constitucionais do processo alcançam todos os seus participantes. O processo como garantia constitucional consolida-se nas constituições do século XX, através da consagração de princípios de direito processual, com o reconhecimento e a enumeração de direitos da pessoa humana, sendo que estes consolidam-se pelas garantias que os tornam efetivos e exeqüíveis. (BARACHO, 2000, p.50)

Assim, para a consolidação do processo como garantia, e aí incluída a noção de contraditório em bases democráticas, apropria-se dos conceitos de processo como procedimento realizada em contraditório de Fazzalari (1992) e do modelo constitucional de processo proposto por Andolina e Vignera (1997).

Embasado pelo modelo constitucional de processo (ANDOLINA; VIGNERA, 1997), torna-se possível estruturar o processo, no plano constitucional e da técnica processual, como efetiva garantia democrática.

Percebe-se, no entanto, que o processo constitui, na atualidade, uma verdadeira garantia contra o exercício ilegítimo de poderes públicos e privados em todos os campos (jurisdicional, administrativo, legislativo), com o fim de controlar os provimentos dos agentes políticos e garantir a legitimidade discursiva e democrática das decisões. (NUNES, 2008b, p.209).

O processo jurisdicional coloca-se no centro de toda a estrutura de atuação das garantias constitucionais, sendo definido como “o instrumento *dinâmico* de leitura e releitura contínua, e portanto evolutiva, dos preceitos constitucionais e a idéia-força de sua atuação concreta.” (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p.657).

Qualquer sistema processual deve conter em sua estrutura não apenas o princípio do contraditório, mas também deve garantir a observância do princípio do juiz natural e imparcial; da ampla defesa; da motivação das decisões; da

---

aplicando-se tanto aos processos jurisdicional, legislativo, administrativo e arbitral (BARROS, 2009a, p.14)

possibilidade de impugnar a decisão pelo duplo grau de jurisdição, entre outros. (BARROS, 2008a, p.176). Portanto, tem-se que o modelo constitucional de processo trata-se de um “esquema geral de processo” (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p.9), constituído por uma base constitucional fundada nos princípios do processo (BARROS, 2009a, p.14).

Isso decorre de três características gerais apresentadas pelo Modelo Constitucional do processo definidas por Andolina e Vignera (1997, p.9), quais sejam: a expansividade, que garante que a norma processual seja expandida para os diversos microssistemas; variabilidade, que consiste na possibilidade das normas processuais assumirem formas diversas em função das peculiaridades específicas dos microssistemas, e por fim, a perfectibilidade, que se refere à capacidade do modelo constitucional de processo aperfeiçoar-se de forma a definir novos institutos por meio do processo legislativo<sup>31</sup>.

Importante destacar que essas características gerais devem sempre estar em conformidade com o esquema geral de processo.

De acordo com Andolina e Vignera (1997, p.11), o modelo constitucional de processo deve ser compreendido como um “modelo único e de tipologia plúrima”,

---

<sup>31</sup> Nesse sentido, Andolina e Vignera assim dispõem: “Antes de tomar em consideração os elementos (objetivos e subjetivos) do modelo constitucional do processo civil, deve-se evidenciar nesta sede suas características gerais, que podem ser individuadas: a) na expansividade, consistente na sua idoneidade (da posição primária das normas constitucionais na hierarquia das fontes) para condicionar a fisionomia dos procedimentos jurisdicionais singulares introduzidos pelo legislador ordinário, a qual (fisionomia) deve ser comumente compatível com as conotações de tal modelo; b) na variabilidade, indicada pela sua atitude de assumir formas diversas, de modo que a adequação ao modelo constitucional (por obra do legislador ordinário) das figuras processuais concretamente funcionais possam acontecer segundo várias modalidades em vista da realização de finalidades particulares; c) na perfectibilidade, a designar sua idoneidade a ser aperfeiçoada pela legislação infra-constitucional, a qual (isto é: no respeito, comum, de qual modelo e em função da consecução de objetivos particulares) podem construir procedimentos jurisdicionais caracterizados por (ulteriores) garantias e institutos ignorados pelo modelo constitucional. (tradução livre). No original: Prima di prendere in considerazione i singoli elementi (oggettivi e soggettivi) del modello costituzionale del processo civile, è doveroso evidenziare in questa sede i suoi caratteri generali, che possono individuarsi: a) nella *espansività*, consistente nella sua idoneità (conseguente alla posizione primaria delle norme costituzionali nella gerarchia delle fonti) a condizionare la fisionomia dei singoli procedimenti giurisdizionali introdotti dal legislatore ordinario, la quale (fisionomia) deve essere comunque compatibile coi connotati di quel modello; b) nella *variabilità*, indicate la sua attitudine ad assumere forme diverse, di guisa che l'adeguamento al modello costituzionale (adopera del legislatore ordinario) delle figure processuali concretamente funzionanti può avvenire secondo varie modalità in vista del perseguimento di particolari scopi; c) nella *perfettibilità*, designante la sua idoneità ad essere perfezionato dalla legislazione sub-costituzionale, la quale (*scilicet*: nel rispetto, comunque, di quel modello ed in funzione del conseguimento di obiettivi particolari) ben può costruire procedimenti giurisdizionali caratterizzati da (ulteriori) garanzie ed istituti ignoti al modello costituzionale; si pensi, per esempio, al principio di economia processuale, a quello del doppio grado di giurisdizione, a quello della collegialità ed açç'istituto della cosa giudicata.

que exprime a idéia de que se existe apenas um paradigma constitucional de processo, pode existir no ordenamento uma pluralidade de procedimentos jurisdicionais<sup>32</sup>.

Como bem define Barros (2009a, p.15) essa compreensão se adequa à noção de que na Constituição se encontra a base uníssona de princípios que define o processo como garantia e, como modelo único se expande, aperfeiçoa e se especializa. Assim, exige-se que o intérprete compreenda-o “tanto a partir dos princípios bases como também, de acordo com as características próprias daquele processo.” (BARROS, 2009b, p.335).

Essas características podem assim ser sintetizadas:

O Modelo Constitucional do Processo possibilita a compreensão de um esquema de processo, formando a exposição unitária do processo, o qual pode ser expandido para outros microssistemas, variando de acordo com diferentes escopos, desde que respeite em sua fisionomia o modelo geral estabelecido pelo legislador constituinte, que pode ser aperfeiçoado para a consecução de um objetivo específico ou, mesmo, a partir de institutos ignorados no modelo constitucional mas que seguem em regra o referido sistema. (BARROS, 2008a, p.176).

O processo compreendido a partir do modelo constitucional, não pode mais ser entendido apenas como procedimento realizado em contraditório (LEAL, 2002, p.88), porque vários outros princípios processuais configuram a base para uma compreensão constitucionalmente adequada do processo, havendo uma co-dependência entre eles, formando uma base uníssona, pois cada princípio é condição para o respeito aos demais (BARROS, 2008b, p.135).

Nesse sentido:

Tomando como base o marco procedimentalista do Estado Democrático de Direito, a partir do qual se pensa o processo como garantia constitutiva de direitos fundamentais e se apropriando de forma crítica da noção de modelo constitucional de processo, que possui como características a expansividade, a variabilidade e a perfectibilidade, é possível se verificar que o processo tem um modelo único de tipologia plúrima. A base uníssona formada pelos princípios do contraditório, da ampla argumentação, da fundamentação da decisão e do terceiro imparcial faz com que distingue processo de procedimento em razão da característica específica do processo, seja um processo de base única, fundada na

---

<sup>32</sup> Tutto cio permette di dire che dopo il 1948 il processo in Italia è diventato un'entità “a modello unico ed a tipologia plurima”: espressione che (nella sua aparente contraddittorietà) esprime efficacemente - ci sembra - l'idea che, se esiste um solo paradigma costituzionale di processo, esiste (*recte*: può esistere) altresì nell'ordenamento una pluralità di procedimenti giurisdizionali.

Constituição. (BARROS, 2009b, p.342-343).

Acerca da compreensão de co-dependência dos princípios, o contraditório, no modelo constitucional de processo deve ser interpretado em consonância com os demais princípios processuais:

Deste modo, a fundamentação da decisão é indissociável do contraditório, visto que garantir a participação dos afetados na construção do provimento, base da compreensão do contraditório, só será plenamente garantida se a referida decisão apresentar em sua fundamentação a argumentação dos respectivos afetados, que podem, justamente pela fundamentação, fiscalizar o respeito ao contraditório e garantir a aceitabilidade racional da decisão. (BARROS, 2008b, p.135).

A Teoria do processo como procedimento em contraditório (FAZZALARI, 1992) e o modelo constitucional de processo (ANDOLINA; VIGNERA, 1997), apropriados a partir da noção da Teoria do discurso (HABERMAS, 2003) servem de base para reconstrução do princípio do contraditório, demonstrando sua revalorização e posição de fundamental importância para o processo, no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Não se admite, com base numa compreensão do modelo constitucional de processo, que o contraditório seja apenas o “dizer” e o “contradizer” sobre matéria controvertida, ou que se trata da discussão acerca da relação de direito material, pois essa será a sua matéria, ou seja, seu conteúdo (GONÇALVES, 2001, p.127).

Tendo como base a noção de processo como garantia, não pode ser definido apenas como garantia de participação em simétrica paridade no processo, pois não basta que às partes sejam dadas iguais oportunidade de pronunciamento (LEAL, 2002, p.104), mas tem a conotação de garantia de que os argumentos levantados e discutidos por elas sejam observados quando da formação do provimento final.

A esse respeito André Cordeiro Leal afirma que:

Mais do que garantia de participação das partes em simétrica paridade, portanto, o contraditório deve efetivamente ser entrelaçado com o princípio (requisito) da fundamentação das decisões de forma a gerar as bases argumentativas acerca dos fatos e do direito debatido para a motivação das decisões.

Uma decisão que desconsidere, ao seu embasamento, os argumentos produzidos pelas partes no *iter* procedimental será inconstitucional e, a rigor, não será sequer pronunciamento jurisdicional, tendo em vista que lhe faltaria a necessária legitimidade [...]. (LEAL, 2002 p.105).

Segundo dispõe Barros (2008b, p.135), o contraditório deve ter se conceito ampliado como o espaço argumentativo para a construção participada da decisão pelos afetados. Não pode ser concebido apenas como simétrica paridade ou igualdade de participação, mas deve ter a conotação de garantia de influência, ou seja, os argumentos das partes devem ser observados quando da formação do provimento.

Para que uma decisão seja válida e legítima, necessário que quando de sua construção sejam respeitados o contraditório e fundamentação das decisões, o que impede que o provimento seja um ato isolado do terceiro imparcial (juiz) (BARROS, 2009a, p. 18). Essa relação entre os princípios garante argumentativamente a aplicação das normas jurídicas de forma que o provimento seja produto de um esforço reconstrutivo do caso concreto pelas partes afetadas (BARROS, 2009a, p. 18).

Pensado dessa forma, ou seja, numa perspectiva constitucional, José Luis Bolzan (2009, p.124) afirma que o processo se adequado ao projeto de democracia constitucional, marcado por uma lógica construtiva e participativa, rompe, pois, com o modelo tradicional de processo individualista, posto que tem como base uma perspectiva mais ampla, qual seja, do ponto de vista dos atingidos pela decisão.

Assim, o contraditório, numa leitura democrática, trata-se de uma garantia de influência e não-surpresa<sup>33</sup> (NUNES, 2008a, p.170) Constitui verdadeira garantia de influência das partes no resultado do processo (NUNES, 2008b, p.227), impondo ao juiz o dever de garanti-lo e observá-lo ele mesmo (FAZZALARI, 1992).

Deve provocar e oportunizar o debate acerca de todas as questões – inclusive as suscitadas de ofício - pois, no Estado Democrático de Direito, somente assim, a decisão judicial se adequa à noção de que o sujeito de direitos é autor e destinatário da norma jurídica (HABERMAS, 2003), pois participa através de seus argumentos na sua construção (BARROS, 2008b, p.147).

---

<sup>33</sup> O contraditório como garantia de não-surpresa impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões – inclusive as de conhecimento oficioso - de forma que a decisão não seja proferida com base em argumentos estranhos ao debate das partes (FERRI, 1988, p.781-782). Esta questão será objeto de análise específica no Capítulo 4.

### 3 A (RE)DEFINIÇÃO DA FUNÇÃO DO JUIZ NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Reconstruído o princípio do contraditório numa perspectiva constitucionalmente adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito, necessária uma análise das funções processuais dos sujeitos<sup>34</sup> como forma de (re)definir o papel desempenhado pelo juiz sob a ótica do princípio do contraditório.

Para tanto, os papéis desempenhados pelos sujeitos processuais nos paradigmas do Estado liberal e social serão objeto de uma reflexão crítica. Nesses paradigmas jurídicos o reforço da atividade de um dos sujeitos gerava como conseqüência a mitigação das atividades do outro, pelo que, a reflexão de seus papéis não pode ser feita de forma dissociada uma da outra.

O papel do juiz será analisado com base na Teoria instrumentalista (DINAMARCO, 2008) e, uma vez definido, verificar-se-à sua adequabilidade ao processo no paradigma do Estado Democrático de Direito, como forma de justificar a proposta de (re) definição.

A Teoria do processo como procedimento realizado em contraditório (FAZZALARI, 1992) será adotada como referencial para a (re) definição do papel exercido pelo juiz, na medida em que esta teoria rompe com a noção de relação jurídica e a subordinação nela pressuposta, abandonando o monopólio de apenas um dos sujeitos processuais ao inserir a participação dos afetados no *iter* de formação do provimento.

O objetivo da (re)definição torna-se importante, pois a exata fixação do papel das partes e do juiz, analisada sob o prisma de atuação em relação ao contraditório permitirá sua compatibilização com o processo no paradigma do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>34</sup> Os sujeitos processuais que serão objeto de estudo restringem-se apenas às partes e ao juiz, não sendo objetivo (re)definir as funções do Ministério Público, auxiliares de justiça e outros.

### 3.1 O papel do juiz na teoria instrumentalista: protagonista do processo jurisdicional

Verificou-se que o papel desempenhado pelo juiz e pelas partes modificava de acordo com o paradigma jurídico vigente.

No liberalismo processual, atuação do juiz era tipicamente passiva e as partes tinham completo domínio sobre o desenvolvimento do processo, vigorando o princípio dispositivo, conforme já exposto no capítulo anterior.

Os papéis se definiam em termos aparentemente simples, ou seja, a divisão das atividades do juiz e das partes efetuava-se segundo uma nítida contraposição entre o fato e o direito<sup>35</sup>: o fato dependia das partes e a aplicação do direito competia ao juiz.

Acerca do papel dos sujeitos no processo liberal, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2003, p.56) dispõe que:

A concepção liberal ainda não imbuída claramente do caráter público do processo, atribuía as partes não só amplos poderes para o início e fim do processo e o estabelecimento de seu objeto, como também sujeitava à exclusiva vontade destas o seu andamento e desenvolvimento, atribuindo-lhes total responsabilidade no que diz respeito à própria instrução probatória. Os poderes do órgão judicial eram, portanto significativamente restringidos. (OLIVEIRA, 2003, p.56).

Com o socialismo, o juiz teve ampliado seu papel gerando como conseqüência a redução das atividades das partes. Ao juiz fora conferido o papel de condutor do procedimento, “ultrapassando a posição de mero árbitro fiscalizador da observância das “regras do jogo”, para alcançar status de ativo participante” (OLIVEIRA, 2003, p.58).

Definido, nesse período o processo como instrumento de pacificação social foi conferido ao juiz, representante do Estado, a função de eliminar as desigualdades das partes no âmbito jurisdicional.

Esse ativismo decorre em grande parte da tomada de consciência de que o juiz é também um agente político do Estado, portador do poder deste e expressão da democracia indireta praticada nos estados ocidentais

---

<sup>35</sup>Sobre a distinção entre matéria de fato e de direito, como definidora das funções dos sujeitos, será melhor analisada posteriormente.

contemporâneos, inexistindo razões para enclausurá-lo em cubículos formais do procedimento, sem liberdade de movimento com pouquíssima liberdade criativa. (OLIVEIRA, 2003, p.60).

A transição do paradigma liberal para o social teve significativa influência nas atividades desempenhadas pelos sujeitos do processo. Essa transição desencadeou em conferir ao juiz uma participação mais ativa no processo (WAMBIER; SANTOS, 2008, p.155).

Acerca desta variação de papéis, José Carlos Barbosa Moreira (1989a, p.35) afirma que a “divisão do trabalho” no processo, entre o juiz e as partes, costuma variar no tempo e no espaço, sob a influência de diversos fatores, em que ora se concebe maior relevo ao papel do órgão judicial, ora ao papel dos litigantes.

Essa “espécie de gangorra” (MOREIRA, 1989b, p.50) entre os papéis das partes e do juiz no processo, em que uma maior atuação de um dos sujeitos corresponde à mitigação da atuação do outro, é objeto de crítica.

Segundo Barbosa Moreira (1989b, p.50) a atuação mais intensa de um dos sujeitos não coloca o outro numa posição de passividade, pois as atividades processuais desenvolvidas por cada um não podem ser vistas como disputa ou competição. O juiz e as partes não atuam em contraposição, bem como, não se permite a opressão das partes pelo juiz.

Apesar da crítica referente à posição de subordinação de um dos sujeitos em relação ao outro, Barbosa Moreira concebe o processo no viés do Estado Social, preconizando “o papel *criativo* de que se reveste a função judicante” (MOREIRA, 1988, p.9), ressaltando o papel preponderante do juiz no processo (MOREIRA, 1989a, p.46), colocando as partes em posição de sujeição.

Essa idéia de vínculo de sujeição configura a base da Teoria da relação jurídica, idealizada por Oskar Büllow em 1868.

O conceito de relação jurídica surgiu da noção de direito subjetivo (GONÇALVES, 2001, p.77), que consiste na existência de vínculos de sujeição entre o juiz e as partes, atribuindo contornos hierárquicos entre os sujeitos processuais (BARROS, 2008b, p.133).

Desde Büllow que o processo é compreendido como relação jurídica entre o juiz e as partes, entendida como vínculo subjetivo (BARROS, 2009a, p.12).

O processo na Teoria da relação jurídica é uma relação de direitos e obrigações recíprocos entre os sujeitos, estando pressuposta a subordinação. A relação jurídica se define pelo “vínculo de exigibilidade, de subordinação, de supra e infra-ordenação, de sujeição”. (GONÇALVES, 2001, p.132)

Definida nestes termos, a teoria do processo como relação jurídica, trata-se da teoria mais aceita:

Por último, a corrente mais aceita é a intitulada de “relação triangular”, desenvolvida por Bulow e Wach e, entre nós, aceita por Gabriel Rezende, Hélio Tornaghi, Alfredo Buzaid, Galeno de Lacerda, Luiz Eulálio Vidigal, Adhemar Raimundo da Silva, Ada Pellegrini Grinover, José Frederico Marques, Moacir Amaral dos Santos, Cândido Rangel Dinamarco e outros. A relação é triangular: entre autor e o juiz, e entre este o réu (e vice-versa) e entre o autor e réu reciprocamente. (DELGADO, 1983, p.66).

Ao se conceber o processo como relação jurídica, admite-se, conseqüentemente a existência de vínculos constituídos entre sujeitos, em que um pode exigir do outro uma determinada prestação ou conduta (GONÇALVES, 2001, p.97).

Conforme afirma Gonçalves (2001, p.97) “o problema que se coloca ao considerar o processo como uma relação jurídica é o problema da própria relação jurídica”, pois o vínculo de exigibilidade entre os sujeitos está pressuposto.

Não há como conceber a existência de vínculo entre os sujeitos, pois nenhum deles pode impor, juridicamente, ao outro, a prática de qualquer ato processual (GONÇALVES, 2001, p.98)

Nesse sentido, Aroldo Plínio Gonçalves afirma que:

No exercício das faculdades ou poderes, nos atos processuais, a parte sequer se dirige à outra, mas sim ao juiz, que conduz o processo. E, do juiz, as partes não exigem conduta ou atos. Mesmo a doutrina tradicional já via a dificuldade de sustentar o poder da parte sobre a conduta do juiz, resolvendo a questão pela concepção de que a “relação” entre eles, juiz e parte, seria de “subordinação”. Não há relação jurídica entre o juiz e a parte, ou ambas as partes, porque ele não pode exigir delas qualquer conduta, ou a prática de qualquer ato, podendo, qualquer das partes, resolver suas faculdades, poderes e deveres em ônus, ao suportar as conseqüências desfavoráveis que possam advir de sua omissão. (GONÇALVES, 2001, p.98-99).

A relação jurídica sempre estará ligada à idéia de sujeição, contudo, este conceito de direito subjetivo, como vínculo de sujeição não pode ser aplicado ao processo, pois “onde está o vínculo de sujeição entre a conduta do autor frente ao

réu, ou mesmo do réu frente ao juiz e deste frente ao autor? (BARROS PELLEGRINI, 2003, p.11-12).

Não bastasse essa idéia de subordinação, Nunes (2008b, p.100) ressalta ainda a aplicação livre e, de certa forma, subjetiva do direito pelos juízes, implementando, assim, o protagonismo judicial, idéia essa defendida por Bülow.

Essa questão é objeto de muitas críticas:

Se colocada a Escola da Relação Jurídica em face da crítica científica, destaca-se uma teoria incompreensível e deformizante pela influência genocida do Movimento do Direito Livre. Nesse cenário, tendo à frente Bülow, preocupado em assegurar uma ampla liberdade ao juiz no valorar pessoalmente os casos concretos independentemente da lei, tornou-se um descalabro em escala mundial irradiando seus efeitos nocivos para os diversos ordenamentos jurídicos de forma irrefletida. (NEGRI, 2003, p.59).

O juiz, para os relacionistas, atua como “super-parte”, possuindo papel preponderante no processo jurisdicional, pelo que fez surgir as posições subjetivas que consistem no poder-dever do juiz e de sujeição das partes (BARROS, 2009a, p.12).

Acerca do papel conferido ao juiz:

[...] a teoria de Bülow deve sofrer críticas também em seu fruto mais discutível, qual seja a implementação de um protagonismo judicial, que conduz ao solipsismo judicial e a esvaziamento do papel técnico e institucional do processo, sob um discurso moderno de funcionalização do sistema jurídico. (NUNES, 2008b, p.100).

Não obstante as críticas empreendidas à Teoria do processo como relação jurídica, Cândido Rangel Dinamarco alicerçado nas concepções de Bülow criou a Teoria instrumentalista do processo, que teve como marco a edição da obra *Instrumentalidade do Processo* publicada em 1987.

Essa teoria defende a separação de papéis no procedimento, conferindo ao juiz uma posição de superioridade diante da função que lhe é atribuída: a de “efetiva assunção do comando do processo” (DINAMARCO, 2008, p.156), possuindo as partes uma posição secundária e de subordinação.

Como informa Dinamarco:

Essa participação possui postulado inafastável da democracia e o processo é em si mesmo democrático e participativo, sob pena de não ser legítimo. E

falar de participação significa no direito processual moderno, falar também no ativismo judiciário, que é a expressão da postura participativa do juiz - seja através das iniciativas probatórias, seja da efetiva assunção do comando do processo, seja do diálogo a que o juiz tradicional se recusa - e principalmente mediante o profundo envolvimento nos pontos controvertidos e questões que serão relevantes para o julgamento da causa, etc. (DINAMARCO, 2008, p.156).

O papel do juiz na Teoria instrumentalista é supervalorizado, na medida em que possui “habilidade diferenciadas com uma teleologia vocacionada aos escopos já perseguidos pelos socializadores” (NUNES, 2008b, p.104), trata-se dos escopos metajurídicos, o que justifica os poderes conferidos ao juiz para solucionar as desigualdades existentes dentro e fora da “relação jurídica procesual”.

O processo é instrumento de pacificação social, tendo como fim, os próprios escopos da jurisdição: sociais, jurídico e político (CÂMARA, 2007, p.38), que são assim definidos:

Escopos sociais da jurisdição são pacificação com justiça e educação. Escopo jurídico é a atuação da vontade concreta do direito objetivo. Escopos políticos são afirmar a capacidade estatal de decidir imperativamente (poder), concretizar o culto à liberdade e assegurar a participação nos destinos da sociedade. (CÂMARA, 2007. p.39).

A posição de destaque ocupada pelo juiz encontra seu fundamento nos escopos metajurídicos, pois o processo é instrumento de pacificação social e ao juiz, condutor do procedimento é conferido “poderes” para o desempenho dos poderes que lhes são atribuídas.

Ademais a instrumentalidade sustenta-se pela concepção do Estado Social, tendo o magistrado a tarefa de conformador e executor de uma justiça social (BARROS, 2008b, p.132).

Nesse sentido, Dinamarco afirma que:

Como a todo intérprete, incumbe ao juiz postar-se como canal de comunicação entre a carga axiológica atual da sociedade em que vive e os textos, de modo que estes fiquem iluminados pelos valores reconhecidos e assim possa transparecer a realidade de norma que contém no momento presente. O juiz que não assuma essa postura perde a noção dos fins de sua própria atividade, a qual poderá ser exercida até de modo bem mais cômodo, mas não corresponderá às exigências de justiça. (DINAMARCO, 2008. p.347-348).

O protagonismo judicial permite um papel de suplência das partes (NUNES, 2008a, p.158), numa atuação solipsista e, diante disso, a formação de provimentos tem como base apenas a racionalidade e autoridade do decisor.

A formação solitária do provimento pelo juiz pode ser evidenciada na situação em que o magistrado ao suscitar questão de ofício – por exemplo, prescrição -, não a coloca para conhecimento e discussão das partes antes da formação do provimento<sup>36</sup>.

Para a Teoria instrumentalista, a atuação de ofício trata-se de poderes inerentes à própria função do órgão judicial (MOREIRA, 1984, p.52) e, alguns autores entendem que a atuação oficiosa é um dever do juiz (WAMBIER; SANTOS, 2008, p.160).

O protagonismo judicial decorre, ainda dos escopos metajurídicos, em que se permite ao juiz suprir a hipossuficiência econômica das partes, tendo o processo a finalidade de promover a igualdade entre as partes (BEDAQUE, 1994, p.73), ou seja, “evitar que a desigualdade econômica implique em desigualdade jurídica” (LOPES, 2008, p.266).

Em linhas gerais, a idéia de propiciar, dentro do processo, ambiente no qual as partes possam litigar em igualdade substancial. Isto é que, qualquer vantagem de uma sobre a outra decorra, exclusivamente de seu direito. Essa seria a expressão de um processo socialmente efetivo, na exata medida em que não deve servir apenas às partes, mas, também, à sociedade. (WAMBIER; SANTOS, 2008. p.164).

Dinamarco (2005, p.352) enfatiza que os poderes do juiz são incrementados para suprir as deficiências das partes e seus procuradores, principalmente em matéria probatória. E, conforme já ressaltado no capítulo anterior a supressão da hipossuficiência das partes como função do juiz possui caráter nitidamente assistencialista e identifica-se com o perfil do processo social conforme idealizado por Franz Klein. Assim, a finalidade social do processo reflete o “papel-missão” do juiz, que atua como compensador dos déficits de igualdade no campo processual (NUNES, 2008b, p.142).

---

<sup>36</sup> Este tema será objeto de análise mais detalhada no próximo capítulo. Contudo, importante ressaltar que a reflexão não reside em questionar o aumento dos “poderes” do juiz (antes da reforma, a arguição da prescrição era função exclusiva das partes), mas sim como essa atuação oficiosa é interpretada, o que justifica a proposta de (re) definição do papel do juiz.

O protagonismo judicial repercute, também, no campo da instrução probatória e decorre do papel que lhe fora atribuído, o de supra-ordenação no desenvolvimento do procedimento. Essa atuação encontra eco no impulso oficial e, principalmente na participação ativa do julgador na apuração dos fatos (WAMBIER; SANTOS, 2008, p.155).

A esse respeito Bedaque afirma que:

Se o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, deve o magistrado desenvolver todos os esforços para alcançá-lo, pois somente se tal ocorrer, a jurisdição terá cumprido sua função social. E, como resultado da prova e, na grande maioria dos casos, fator decisivo para a conclusão do órgão jurisdicional deve ele assumir posição ativa na fase investigatória, não se limitando a analisar elementos fornecidos pelas partes, mas procurá-los, quando entender necessário. Ninguém melhor que o juiz, a quem está afeto o julgamento, para decidir sobre a necessidade de produzir determinada prova. A colheita de elementos probatórios é ato privativo do julgador. [...] Quanto maior sua participação na atividade instrutória, mais perto da certeza ele chegará. Ou seja, deve o juiz ir a procura da verdade; tentar descobri-la. Por isso, não se pode admitir que a vontade dos litigantes seja um empecilho a atividade instrutória oficial. (BEDAQUE, 1994, p. 13-14).

Ainda:

A concessão de poderes instrutórios ao juiz significa subtrair das partes o poder de direção formal do processo, que não pode mais ser considerado coisa das partes. [...] Poderão elas, nesse aspecto, ser colaboradoras do juiz. Assim, o modo de buscar a verdade, a escolha dos meios de prova, não deve permanecer em poder das partes, pois embora privado o objeto do processo, a função jurisdicional é pública e como tal deve ser regulamentada. (BEDAQUE, 1994, p. 96).

É conferida ao juiz uma atividade investigatória, pois “o processo civil moderno repudia a idéia do juiz Pilatos, que, em face de uma instrução mal feita, resigna-se a fazer injustiça atribuindo falha aos litigantes” (DINAMARCO, 2005, p.224). Isso deve-se ao fato de que o processo na concepção da Teoria instrumentalista, não deve servir apenas às partes, mas também à sociedade (WAMBIER, SANTOS, 2008, p.164), tendo o juiz um papel de conformador social no âmbito jurisdicional.

Tanto quanto as partes o juiz tem interesse que sua atividade atinja determinados objetivos, consistentes nos escopos da jurisdição de forma a suprir a hipossuficiência. Portanto, não se admite que o juiz adote uma postura de

passividade, “pois da mesma forma que as partes, ele está à busca dos resultados” (BEDAQUE, 2002, p.21-22).

No propósito de conferir legitimidade ao papel ativo e preponderante do juiz, os instrumentalistas defendem que a atuação judicial encontra limites no princípio do contraditório:

É claro que a mais larga atribuição de poderes exercitáveis de ofício, na instrução do feito de modo algum dispensa ao órgão judicial de respeitar, na realização de quaisquer diligências, a garantia do contraditório, indispensável à salvaguarda dos direitos de defesa. Menos ainda, exonera o dever de motivar a sentença, mediante a análise dos elementos probatórios colhidos e a justificação do valor atribuído a cada qual. No controle da observância dessas imposições legais, e não no cerceamento da iniciativa do juiz, é que consiste o melhor antídoto contra as eventuais tentações de parcialidade. (MOREIRA, 1989b, p.49)

Contudo, o contraditório para esta teoria não perdeu o significado de ação e reação, ou seja, de bilateralidade de audiência das partes, pelo que no procedimento a atuação da parte limita-se em ação e defesa.

Por outro lado, o juiz possui uma atuação ativa de preponderância em relação às partes, reflexo do conceito de direito subjetivo, que é a base da teoria da relação jurídica, ou seja, a existência de vínculos de sujeição, bem como, diante dos escopos do processo, como defendem os instrumentalistas.

Pois a efetivação da exigência política do contraditório, no procedimento, dá-se pela outorga de situações jurídicas aos litigantes: situações jurídicas ativas, que lhes permitem atos de combate na defesa de seus interesses, e situações jurídicas passivas, que lhes exigem a realização de atos ou impõem abstenções ou sujeição a eficácia dos atos alheios. São, em suma, o substrato jurídico das regras do combate civilizado através do procedimento. E o conjunto dessas situações jurídicas processuais ativas e passivas (poderes, faculdades, deveres, ônus, sujeição) traduz-se em um complexo e dinâmico vínculo entre os sujeitos do processo, definido como relação jurídica processual. (DINAMARCO, 2008, p.159).

Para os instrumentalistas, o contraditório não se trata apenas do direito das partes de dizer e contradizer, vai além disso, posto que se traduz em baliza intensificadora das atividades do juiz, com poderes que até então não se reconheciam nem exerciam (DINAMARCO, 2005, p.352), ou seja, trata-se de princípio que visa garantir uma atuação mais ativa do juiz.

Concebido dessa forma, o contraditório possui uma interpretação nos moldes a conferir uma “participação ativa do juiz no desenvolvimento da relação processual

e na construção do conjunto probatório, como fator importante de equilíbrio do processo.” (BEDAQUE, 2002, p.22). Possibilita, assim, uma maior atuação do juiz, de forma a cumprir sua tarefa: a de realizar a justiça social no âmbito processual.

Portanto, a introdução do contraditório no conceito de processo, conforme preconizado pela Teoria Instrumentalista não resulta na exclusão da relação jurídica processual (DINAMARCO, 2008, p.371), pois se trata apenas de uma exigência política e de sua instrumentação no processo, que se configura pela efetivação da ação e reação, por meio de um combate civilizado no procedimento (DINAMARCO, 2008, p.159).

A forma como os instrumentalistas concebem o contraditório, somente atende uma estrutura procedimental de formação da decisão com bases subjetivistas, sendo fruto da concepção solipsista do juiz, excluindo a efetiva participação dos interessados na construção do provimento.

A formação da decisão não se trata de atividade exclusiva do juiz nos termos da linha teórica da instrumentalidade, pois essa perspectiva às partes não é conferida a oportunidade de participar na construção da decisão, justificando assim, a proposta de (re) definição do papel dos sujeitos processuais

Dessa forma, é possível formular uma crítica à teoria do processo como relação jurídica, justamente em razão do lugar conferido ao juiz, como “super-parte”, de atuação preponderante no processo jurisdicional, vez que possibilita que a decisão seja formada com base numa fundamentação sem observância da argumentação expendida pelas partes (BARROS, 2008b, p.133-134).

Portanto, necessária a (re)definição do papel dos sujeitos processuais, e em especial o papel do juiz, de forma a torná-las compatíveis com a compreensão do processo no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Nessa perspectiva reconstrutiva, a Teoria do processo como procedimento realizado em contraditório (FAZZALARI, 1992) será adotada como referencial para a (re) definição do papel exercido pelo juiz, na medida que esta teoria rompe com a noção de relação jurídica e a subordinação nela pressuposta, abandonando o monopólio de apenas um dos sujeitos processuais, pois viabiliza, pela observância do contraditório, a participação das partes na formação do provimento.

### 3.2 O papel do juiz na Teoria de Elio Fazzalari: garantidor e oportunizador do princípio do contraditório

A proposta da (re)definição do papel do juiz terá como ponto de partida a Teoria do processo como procedimento realizado em contraditório (FAZZALARI, 1992).

Esta teoria rompe com a concepção de processo como instrumento de pacificação social; abandona a noção de relação jurídica concebida com base no direito subjetivo, que pressupõe a idéia de subordinação e insere o contraditório como elemento essencial e definidor do processo.

Trata-se de um referencial importante para a (re)definição do papel do juiz no procedimento justamente diante da presença do contraditório como elemento essencial do processo. Consolida-se nesta teoria que a decisão seja construída de forma participada pelos afetados, o que se torna possível diante da presença do contraditório como garantia de participação.

A participação em simétrica paridade dos afetados abandona a concepção de que o provimento seja obra solitária do juiz, conforme defendido pela instrumentalidade. Atribui-se às partes a possibilidade de participar de forma simétrica na construção do provimento, tratando-se de garantia assegurada pela observância do contraditório.

Essa participação representa uma conotação necessária do processo, contudo não se exaure aí, pois a noção de processo é individuada não pela simples participação, mas como tal participação ocorre (FAZZALARI, 1958, p.862)<sup>37</sup>, ou seja, em contraditório.

A respeito da idéia de participação como elemento integrante do contraditório, Fazzalari assim elucida:

---

<sup>37</sup> In generale, tende a diffondersi il fenomeno della partecipazione degli interessati all'*iter* di formazione del provvedimento (intendosi per tali coloro nella cui sfera l'atto è destinato ad incidere) più precisamente, il fenomeno della partecipazione degli interessati alla fase di ricognizione dei presupposti del provvedimento: talchè il suo autore possa e debba tener conto anche dei risultati delle attività da essi svolte. Questa partecipazione, appunto, rappresenta un connotato necessario del processo, anche se non ne esaurisce il profilo (si vedrà più innanzi che la nozione di processo è individuata non dall'*an* ma dal *come* di tale partecipazione)

É necessário algo mais e diverso; algo que a observação dos arquétipos do processo consiste em colher. É a estrutura dialética do procedimento. A qual consiste no fato de que, no processo, os poderes através dos quais seu exercício atua a participação dos interessados na fase preparatória do provimento, são distribuídos de forma entre os participantes de maneira a atuarem numa efetiva correspondência e equivalência entre as várias posições. A estrutura corresponde ao desenvolvimento dialético do processo: a simetria das posições subjetivas, a suas mútuas implicações, a sua possibilidade de interloquir não episodicamente e, sobretudo de exercitar um conjunto - amplo ou modesto não importa - de controles, de reações e de escolhas. E na necessidade de sofrer os controles e as reações alheias. (FAZZALARI, 1958, p.869, tradução nossa).<sup>38</sup>

Não basta a mera participação formal das partes, elas devem participar como construtoras do provimento, em contraditório, pois irão sofrer os efeitos do provimento.

O processo é um procedimento, mas não qualquer procedimento; é o procedimento de que participam aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo, por ele preparado, mas não apenas participam; participam de uma forma especial, em contraditório entre eles, porque seus interesses em relação ao ato final são opostos. (GONÇALVES, 2001, p.68).

Diante da garantia de participar na formação do provimento, as partes tiveram ampliados seus papéis, decorrente da consolidação do contraditório, que rompe com a idéia de que apenas o juiz participa do iter procedimental, pois garante a participação das partes, o que sugere uma redefinição de seus papéis.

Portanto, na perspectiva das partes, o contraditório trata-se de uma garantia. Sob o ângulo do juiz, trata-se de um dever, conforme restará demonstrado.

Como sujeito processual, o juiz participa do processo: possui a titularidade não apenas do ato final (autor do ato final), mas de emitir provimentos no decorrer do procedimento, e de tantos outros atos processuais para a preparação do ato final, enquanto investido desta função jurisdicional, a de autor do provimento (GONÇALVES, 2001, p.120).

---

<sup>38</sup> Ocorre qualche cosa di più e di diverso; qualche cosa che l'oservazione degli archetipi del processo consente di cogliere. Ed è la struttura dialettica del procedimento. La quale consiste in cio che, nel processo, i poteri, attraverso il cui esercizio si attua lapartecipazione degli interessati alla fase preparatória del provvedimento, sono distribuiti dalla norma fra i partecipanti in maniera da attuare una effettiva corripsondenza ad equivalenza fra Le varie posizioni. Alla struttura corrisponde lo svolgimentodialettico del processo: la simetria delle posizioni soggettive, la loro mutua implicazione, la loro sostanziale parità si traducono, per ciascuno ndei partecipanti, nella possibilita di interloquire non episodicamente e, soprattutto di esercitare um insieme - cospicuo o modesto non importa - di controlli, di reazioni e di scelte, e nella necessita di subire i controlli e le reazioni altrui.

A participação do juiz no *iter* processual para a Teoria fazzalariana possui uma importante conotação, pois o juiz ao exercer uma atividade jurisdicional de natureza pública, possui função<sup>39</sup>, pois sua atuação compreende a realização de atos e cumprimento de deveres (BARROS PELLEGRINI, 2003, p.26) e, dentre um dos deveres, está compreendido garantir o contraditório, questão que será objeto de análise especial.

E, como sujeito de atos processuais, legitimado ao processo e autor do provimento, deve ser terceiro em relação aos efeitos que a decisão irá produzir no *universum ius* das partes (GONÇALVES, 2001, p.121).

Sobre o papel do juiz como terceiro, Gonçalves assevera:

O juiz, perante os interesses em jogo, é terceiro, e deve ter essa posição para poder comparecer como sujeito de atos de um determinado processo e como autor do provimento. Essa é uma garantia das partes, que se expressa tanto pelo princípio do juízo natural, e não pós-constituído, tanto pelas normas que controlam a competência do juiz. (GONÇALVES, 2001, p.121-122).

A condição de terceiro é em relação aos efeitos do provimento<sup>40</sup> pois em relação ao *iter* processual e ao provimento, o juiz não atua como terceiro (GONÇALVES, 2001, p.125), mas participa, contudo, como terceiro imparcial.

A compreensão do juiz como terceiro imparcial não pode ser vista em termos de neutralidade (BARROS, 2008b, p.136), visto que a imparcialidade não se garante com a qualidade do magistrado estar isento ou tentar um distanciamento do caso, mas sim pelo exercício do contraditório e pela exigência da fundamentação da decisão (BARROS, 2008b, p.141).

A imparcialidade trata-se, na verdade, de um mito que surgiu da desconfiança

---

<sup>39</sup> Ao estabelecer que o juiz, no exercício de sua atividade jurisdicional exerce “função” decorre do fato de que Fazzalari ao elaborar sua teoria, propõe um novo conceito de ação, que se relaciona com o provimento, rompendo com a concepção de ação relacionada ao pedido e à demanda. Assim, todos os participantes do processo tem ação, contudo, a legitimação para agir do juiz é denominada “função” e das partes a tradicional nomenclatura de “ação”, contudo, sem a carga de tradições pandectistas. Nesse sentido Fazzalari assim enuncia: “La posizione composita che fa capo alla parte bem può indicarsi col nome “azione”; quella che fa capo al giudice (o ad um suo ausiliare) col nome di “fuzione””. (FAZZALARI, 1992, p.416) Tradução livre: As diversas posições referentes às partes podem bem ser indicada com o nome de “ação”; e aquelas referentes ao juiz (ou a um seu auxiliar) com o nome de “função”. Sobre o conceito de ação em Fazzalari, consultar Fazzalari (1992), Gonçalves (2001) Barros Pelegrini (2003).

<sup>40</sup> Na Itália há norma expressa contida no artigo 111, parágrafo segundo do texto constitucional estabelecendo que o processo se desenvolve em contraditório, entre as partes, diante de um juiz terceiro e imparcial (NUNES, 2006, p.148).

do juiz atuar no *iter* processual, porquanto devia se manter longe dos fatos trazidos ao processo, até o último momento (BIRCHAL, 2006, p.29), mito este que preponderava no período liberal (item2.3.1)<sup>41</sup>.

Na Itália, para designar o papel de terceiro do juiz, utiliza-se a expressão *terzietà*, que define a atribuição ao juiz de certa função, negando sua condição de parte. No direito alemão, utiliza-se do termo *Unparteilichkeit* o que significa, igualmente, a condição de “não-parte” (CABRAL, 2008, p. 105).

Acerca da imparcialidade, Andolina e Vignera (1997, p.40) dispõem que se trata de um dos requisitos constitucionais conferidos ao juiz. Esses autores informam que a noção de imparcialidade individua a sua pessoal indiferença sobre o resultado do processo (provimento final) no qual é chamado a exercitar as suas funções.

Mais especificamente, a imparcialidade do juiz pode ser definida como a sua indiferença pessoal quanto ao êxito do processo que lhe fora confiado e se resolve na inexistência de vínculos subjetivos, objetivos e psicológicos suscetíveis de condicionar o conteúdo de sua decisão. (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p.85, tradução nossa).

Essa noção indica que a posição do magistrado deve ser *super-partes*<sup>42</sup>, que possui o significado de equidistância e o máximo de despersonalização em relação aos sujeitos e aos objetos do processo.

O juiz é estranho aos confrontos das partes do procedimento (ANDOLINA; VIGNERA, 1997. p.43). Por não ser afetado pelos efeitos da decisão final, figura como terceiro, mas não um simples terceiro, e sim um terceiro imparcial (*terzietà*).

Deve ser estranho em relação à situação substancial a ser criada pelo provimento, bem como, deve sê-lo, igualmente, em relação aos seus titulares, ou seja, aos destinatários dos efeitos da medida jurisdicional (FAZZALARI, 1992, p.307).

Essa “estranheza” ou *terzietà* de acordo com Fazzalari (1992, p.307-308) é a base sobre a qual se apóia a imparcialidade do juiz, requisito essencial imposto pela norma constitucional italiana (artigo 111 da Constituição italiana), bem como, pela

<sup>41</sup> Più esattamente, l'imparzialità del giudice può essere definita come la sua indifferenza personale all'esito del processo affidatogli e si risolve nell'insussistenza di vincoli soggettivi, oggettivi e psicologici suscetibili di condizionare il contenuto della sua decisione.

<sup>42</sup> A expressão “super-partes” possui aqui significado distinto daquela utilizada para definir a posição que o juiz ocupa conforme preconizado pela teoria instrumentalista, possuindo conotação de superioridade, ou seja, no sentido de estar o juiz acima das partes.

Convenção europeia dos direitos do homem (artigo 6)<sup>43</sup>.

Verificada a condição do juiz como terceiro imparcial não o exclui de atuar no procedimento - mas não numa atuação de preponderância em relação às partes (supra-ordenação), conforme delineado pelos instrumentalistas.

Apesar do autor do provimento (juiz) estar entre os protagonistas do *iter* processual e, em regra, como o condutor do desenvolvimento do contraditório, não significa que seja parte da situação para qual aquele ato deseja criar (FAZZALARI, 1992, p.85)<sup>44</sup>. O juiz é estranho aos efeitos do provimento final, que deve ser construído com a participação das partes, pois são elas quem irão sofrer seus efeitos

O juiz não é um estranho no desenvolvimento do *iter* procedimental, deve estar presente e atuante, pois sua atividade consiste em participar dos atos de formação do provimento para assegurar o desenvolvimento do contraditório. Deve ele participar dos atos judiciais que visem a assegurar o desenvolvimento correto e pleno do princípio do contraditório. (GONÇALVES, 2001, p.125-126).

Na teoria fazzalariana ao juiz fora conferido a função (que compreende a realização de atos e cumprimento de deveres) de garantir, assegurar e observar o princípio do contraditório:

Gonçalves assim dispõe:

O contraditório realizado entre as partes não exclui que o juiz participe atentamente do processo, mas ao contrário, o exige, porquanto, sendo o contraditório um princípio jurídico, é necessário que o juiz a ele se atenha, adote as providências necessárias para garanti-lo, determine as medidas adequadas para assegurá-lo, para fazê-lo observar e observar ele mesmo. (GONÇALVES, 2001, p.122-123).

Definido o contraditório como participação das partes, em simétrica paridade, na formação do provimento (GONÇALVES, 2001, p.127), ao juiz fora conferido o papel-dever de assegurá-lo em todo o *iter* procedimental.

---

<sup>43</sup> Più esattamente, l'imparzialità del giudice può essere definita come la sua indifferenza personale all'esito del processo affidatogli e si risolve nell'insussistenza di vincoli soggettivi, oggettivi e psicologici suscetibili di confizionare il contenuto della sua decisione.

<sup>44</sup> Invero, che l'autore del provvedimento sai sempre, in quanto tale, fra i protagonisti dell'*iter* processuale, quindi, di regola, guidi lo svolgimento del contraddittorio, possa fissarne gli oggetti, ne recepisca, infine, i risultati non vuole diri che egli si "parte" della situazione che quell'atto è volto a creare.

Fazê-lo observar significará cumprir o dever da jurisdição, para assegurar que o contraditório não seja negligenciado, violado, que a participação das partes em simétrica paridade seja eficazmente garantida. Observá-lo, ele mesmo, significará que o juiz se submete às normas do processo pelas quais os atos das partes são garantidos, que o juiz não pode se recusar ao cumprimento da norma que instituiu o direito de igual participação das partes em simétrica paridade. (GONÇALVES, 2001, p.126).

Portanto, como garantidor do contraditório, verifica-se que o juiz tem (re)definido seu papel, perdendo a conotação de protagonista central do procedimento, rompendo com a possibilidade da decisão ser com base unicamente em seus argumentos, na medida em que deve, também, ele mesmo observar o contraditório, ou seja, submete-se às normas do processo, dentre elas a de garantir o contraditório.

É exatamente o contraditório que vai proporcionar, quanto às oportunidades de pronunciamento, uma atuação equitativa dos partícipes nos procedimentos judiciais. Vai também garantir, em conexão com o princípio (requisito) da fundamentação das decisões jurisdicionais, que a decisão se fundamente no Direito debatido pelas partes e nos fatos por elas reconstruídos. (LEAL, 2002, p.77).

Assim, o juiz, para Fazzalari (1992) não participa em contraditório "com as partes", no sentido de ser contraditor, pois não tem interesse e nem será afetado pela decisão final. Ele tem o papel-dever de oportunizar, garantir, bem como, observar, ele mesmo, o contraditório.

E, conforme acima exposto, o contraditório é garantia para as partes e dever para o juiz, nos termos da teoria fazzalariana.

Dessa forma, no caso do juiz introduzir de ofício novos argumentos, ele deve exercer seu dever: o de garantir e observar o contraditório, ou seja, deve assegurar que as partes tenham conhecimento de todas as questões (inclusive as colocadas de ofício) e coloque-as em condições de discussão. E esse dever não o coloca na posição de atuar em contraditório com as partes, porque, ao contrário ele se tornaria contraditor - que conforme será demonstrado no próximo item, a posição de contraditor se refere aos destinatários do provimento.

Ele é legítimo para "participar" do contraditório diante de seu dever-função de garanti-lo e observá-lo.

Contudo, esta teoria não fornece todos os elementos para uma (re)definição do papel do juiz em consonância com o paradigma do Estado Democrático de

Direito, pois a teoria fazzalariana, apesar de conferir às partes a possibilidade de participar em contraditório na formação da decisão e definir sua observância (do contraditório) como o papel-função do juiz, não possui uma conotação de que os resultados da discussão em contraditório sejam considerados na formação da decisão.

Ademais, o contraditório, para Fazzalari, não é compreendido em bases principiológicas, ou seja, como princípio constitucional. Da mesma forma, concebe-se o processo sem qualquer ligação entre o contraditório com os demais princípios constitucionais - ampla argumentação, fundamentação das decisões e terceiro imparcial - que formam a base do modelo constitucional de processo.

Portanto, a teoria fazzalariana serve apenas como referencial para redefinição, posto que, a função do juiz deve ser analisada tomando como marco o paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito, em consonância com o modelo constitucional de processo (ANDOLINA; VIGNERA, 1997) o que torna possível estabelecer uma nova perspectiva de participação dos sujeitos e, assim (re)definir o papel do juiz nesses moldes.

Entretanto, antes de (re)definir o papel do juiz de forma a adequá-lo ao modelo constitucional de processo, necessário verificar se a atuação do juiz no *iter* procedimental, notadamente quando introduz questões de ofício, que não foram levantadas pelas partes, para discussão em contraditório, o torna um contraditor.

### **3.3 Juiz contraditor?**

Demonstrou-se que, para a Teoria do processo como procedimento realizado em contraditório, o juiz possui como dever-função garanti-lo e observá-lo. Em outras palavras, deve garantir às partes iguais oportunidades, o que na verdade, trata-se de um dever, o de assegurar o direito de igual participação (GONÇALVES, 2001, p.126), bem como, observar esse princípio, no sentido de que deve oportunizar o contraditório sobre todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso.

Contudo, essa participação do juiz no *iter* processual, introduzindo novas questões (de ofício) para discussão em contraditório, o transforma em contraditor? O

seja, ele se torna um “interessado” ou “contra interessado” em relação ao ato final?

A figura do contraditor define-se pela posição de ser afetado pelo provimento (GONÇALVES, 2001, p.121).

Barros ao comentar a obra de Fazzalari, dispõe que:

Para se definir os contraditores, ou seja, quem participará do processo em contraditório, que serão os sujeitos destinatários do provimento, é necessário verificar quais sujeitos serão afetados pelo ato final, quais serão os sujeitos destinatários do provimento. (BARROS PELLEGRINI, 2003, p.7)

Partindo da concepção de que a figura do contraditor está relacionada aos sujeitos que serão os destinatários da eficácia do provimento, de fato, o juiz não pode ser contraditor, visto que é estranho em relação aos resultados da discussão posta em contraditório, pois não será afetado pela decisão.

Em verdade, que o autor do provimento esteja sempre, em quanto tal, entre os protagonistas do *iter* processual, assim, de regra, guie o desenvolvimento do contraditório, possa fixar os objetos, acolher, enfim, até os resultados, não quer dizer que ele seja “parte” da situação que aquele ato está dirigido a criar. (FAZZALARI, 1992, p.85, tradução nossa)<sup>45</sup>.

Para Fazzalari a participação dos sujeitos, entendendo-os como os prováveis destinatários da eficácia do ato emanado estabelece sua legitimação para atuar em contraditório, o que os tornam contraditores.

Posto que o provimento *de quo* (quando for emanado) ou, melhor, os seus efeitos incidirem no patrimônio de tais sujeitos (veremos como), e já que é óbvia a exigência que eles, enquanto estão para se tornar destinatários da eficácia do provimento jurisdicional, participam do *iter* de sua formação; por esta razão - isto é, enquanto são, por hipótese, *legitimados passivos em relação ao provimento* requerido - tais sujeitos são “contraditores”, legitimados a “dizer e contradizer” no curso do procedimento: “*legitimados ao processo*” em suma. Justamente em virtude de tal participação, o procedimento é “processo”. (FAZZALARI, 1992, p.301-302, tradução nossa)<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> Invero, che l'autore del provvedimento sai sempre, in quanto tale, fra i protagonisti dell'*iter* processuale, quindi, di regola, guidi lo svolgimento del contraddittorio, possa fissarne gli oggetti, ne recepisca, infine, i risultati non vuol dire che egli sai “parte” della situazione che quell'atto è volto a creare.

<sup>46</sup> Poiché il provvedimento *de quo* (quando fosse per essere emanato) o, meglio, i suoi effetti inciderebbero nel patrimonio di taluni soggetti (vedremo come) e, poiché é ovvia l'esigenza che costoro, in quanto siano per divenire destinatari dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale, partecipino all'*iter* di formazione del medesimo; per queste ragioni - cioè in quanto siano, in ipotesi, *legittimati passivi rispetto al provvedimento* richiesto - tali soggetti sono “*contraddittori*”, legittimati a

A qualidade de contraditor reside na posição do sujeito em face do provimento, ou melhor, em ser afetado pelos efeitos da decisão. Assim, os contraditores são sujeitos distintos do autor do ato, e isso se verifica todas as vezes que o autor do provimento seja estranho aos interesses em contenda (FAZZALARI, 1958, p.870)<sup>47</sup>, justamente diante do fato de que não será afetado pela decisão final.

Contudo, mesmo em algumas situações em que a qualidade de contraditor concorre com a do autor do ato, por exemplo, no caso do administrador decisor (órgãos públicos nos casos dos procedimentos administrativos), Fazzalari (1992, p.87) dispõe que importa em uma conseqüência essencial: mesmo quando se trate de um órgão público munido de império, o autor (do ato) é posto em simétrica paridade em relação ao outro contraditor (ou outros contraditores, caso concorra com mais de um). É colocado no mesmo plano do próprio contraditor, ou seja, em uma posição que corresponda e se equivale com a posição daquele:

E sob este perfil, a posição do autor do ato final e aquela de interessado colocado em contraditório continuam a se distinguir quando também pertençam à mesma pessoa: a estrutura processual fica marcada pela posição de paridade dos interessados no contraditório, distinta da melhor posição que se coloca o órgão público na fase em que - tendo em conta os resultados do contraditório - origina o ato final. (FAZZALARI, 1992, p.86, tradução nossa)<sup>48</sup>.

Isso decorre da necessária observância do contraditório, porque, se ao invés, àquele que se coloca diante do autor do ato fosse reservada uma posição inferior, reduzido à categoria de um episódico interlocutor, não poderia ao certo falar-se de contraditório, nem mesmo de processo (FAZZALARI, 1958, p.870).

Vê-se que em todos os procedimentos, sejam eles jurisdicionais, administrativos ou legislativos, o contraditório deve ser observado, mesmo quando o autor do provimento seja também contraditor.

---

“dizer e contradizer” nelcorso del procedimento: “*legittimati al processo*”, insomma. Proprio in virtù di tale partecipazione il procedimento è “processo”.

<sup>47</sup> Di solito, i contraddittori sono soggetti distinti dall'autore dell'atto ...ciò si verifica quante volte l'autore del provvedimento sia estraneo agli interessi in contesa (così il giudice) o sia atteggiato come tale, pur senza esserlo effettivamente (così la p.a. in sede di riesame).

<sup>48</sup> E sotto questo profilo, la posizione dell'autore dell'atto finale e quella dell'interessato posto in contraddittorio continuano a distinguersi quando anche pertengano alla stessa persona: la struttura processuale resta contrassegnata dalla posizione di parità degli interessati nel contraddittorio, distinta dalla posizione superiore in cui si colloca l'organo pubblico nella fase in cui - tenuto conto dei risultati del contraddittorio - pone in essere l'atto finale.

Nos processos jurisdicionais, o autor do ato final (juiz) não é um contraditor, justamente diante do fato de ser estranho aos interesses em discussão, pois o juiz não tem interesse na causa e nem defende qualquer posicionamento, pois atua como terceiro em relação ao resultado do provimento final, na medida em que não sofrerá seus efeitos.

O autor do ato final não é, ao contrário, um contraditor, sendo estranho aos interesses em contenda, não sendo parte daquela situação (como o juiz, o árbitro) ou ainda que tenha se comportado como tal, mesmos sem efetivamente sê-lo (como a administração em sede de controle) (FAZZALARI, 1992, p.86, tradução nossa)<sup>49</sup>.

Portanto, a qualidade de contraditor decorre da condição de interessado no resultado do provimento, quem sofrerá os efeitos da decisão. Diante disso, conclui-se que o fato do juiz participar do *iter* processual, inclusive quando introduz de ofício novos argumentos (questões que pode conhecer de ofício) não faz dele um contraditor, pois o juiz atua no processo jurisdicional exercendo sua função, a de garantir e observar o contraditório, participando apenas de forma a inserir as questões para o debate das partes, sendo estranho em relação aos efeitos do provimento.

Assim, quando o juiz participa do contraditório, ele está exercendo seu dever: o de garanti-lo e observá-lo, ou seja, deve assegurar que as partes tenham conhecimento de todas as questões (inclusive as suscitadas de ofício) e coloque-as em condições de discussão. Entretanto esse dever não o coloca na posição de atuar em contraditório com as partes, porque ele não é contraditor (não é destinatário do provimento), contudo, isso não o exclui de participar juntamente com as partes no processo de formação da decisão, de forma a fomentar o debate preventivo.

### **3.4 O papel do juiz: uma análise a partir do Estado Democrático do Direito**

Conforme já exposto, embora a teoria fazzalariana seja um marco importante

---

<sup>49</sup> L'attore dell'atto finale non è, invence, un contraddittore quante volte sia estraneo agli interessi in contesa, cio non sai parte di quella situazione (così il giudice, l'arbitro) o sia atteggiato come tale, pur senza esserlo effettivamente (così la pubblica amministrazione in sede di controllo).

para o reconhecimento da estrutura dialética do procedimento, na fase preparatória do provimento, com a exigência da participação das partes (NEGRI, 2003, p.89), esta teoria não fornece todos os elementos para uma (re)definição do papel do juiz em consonância com o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Apesar de nessa teoria ser conferida a possibilidade de participação das partes em contraditório na formação da decisão e definir a observância do contraditório como papel-função do juiz, não possui uma conotação de que os resultados da discussão em contraditório sejam considerados na formação da decisão, justamente diante do fato de que sua teoria não estava assentada em concepções constitucionais, ou seja, não se atribuía ao contraditório *status* de princípio constitucional, bem como, não havia uma percepção de que o processo fundava-se em outros princípios que são co-dependentes (ampla argumentação, fundamentação das decisões e terceiro imparcial), formando uma base uníssona, pois cada princípio é condição para o respeito aos demais (BARROS, 2008b, p.135).

Deste modo, necessário se faz (re)definir seu papel nos moldes do paradigma do Estado Democrático de Direito numa compreensão a partir do modelo constitucional de processo (ANOLINA; VIGNERA, 1997) que é constituído por uma base constitucional fundada nos princípios do processo (BARROS, 2009a, p.14).

Numa perspectiva democrática, o contraditório passa a ser compreendido não apenas como garantia de participação em simétrica paridade nos atos preparatórios do provimento pelos afetados, mas como princípio constitucional, definido em moldes processuais, como o espaço argumentativo para construção participada da decisão, em observância não apenas ao contraditório, mas aos outros princípios que formam a base no modelo constitucional de processo.

Nunes (2008b, p.207) explicita que quando da estruturação de sua teoria, Fazzalari não se preocupou com uma aplicação dinâmica dos princípios constitucionais, pautando-se apenas no campo da técnica processual. Diante disso, o papel do juiz em relação ao contraditório, não pode ser definido como simples garantidor da participação das partes.

Assim, a teoria fazzalariana, ao garantir uma percepção da importância técnica da participação endoprocessual das partes, permite, juntamente com as novas bases do constitucionalismo e da teoria do discurso (NUNES, 2008b, p.208) (re)definir o papel do juiz nos moldes democráticos, mediante uma leitura dinâmica

dos princípios que formam o modelo constitucional de processo (ANDOLINA; VIGNERA, 1997), e servem como base normativa para as tomadas de decisões, na medida em que “cobram co-responsabilidade de todos os sujeitos processuais, não privilegiando qualquer um destes” (NUNES, 2008b, p.223).

Diante disso, o juiz além de garantir o contraditório (a participação das partes na construção do provimento), deve, também, garantir de que as questões discutidas de forma participada pelos sujeitos processuais (partes, juiz, ministério público, auxiliares, etc) sejam observadas quando da formação da decisão.

Nesse sentido:

Do ponto de vista de uma teoria discursiva da democracia, no entanto, não basta a mera oportunização da participação das partes no procedimento, ainda que em simétrica paridade, porque o conteúdo normativo do contraditório impõe, ainda, que os argumentos produzidos pelas partes em simétrica paridade sejam efetivamente considerados pela decisão prolatada, sob pena de transformar-se o contraditório em técnica de legitimação de uma decisão que, no fim das contas, reduz-se a ato solitário do julgador. (LEAL; SOARES, 2009, p.375-376).

Essa (re)definição estabelecida nos moldes democráticos, com base no modelo constitucional de processo revela-se pela “necessidade de resgatar a discussão, no âmbito jurisdicional, entre os sujeitos processuais, mediante a implementação dos direitos fundamentais” (NUNES, 2008b, p.223).

E, reconstruído o princípio do contraditório nos moldes democráticos (item 2.5.2), tem-se que o papel do juiz não reside apenas no dever-função de garantia e observância do contraditório, vai além disso, ou seja, deve garantir além da participação das partes no procedimento de formação da decisão, que os resultados decorrentes da participação em contraditório sejam observados na formação da decisão, sendo o juiz na verdade, garantidor dos direitos fundamentais no âmbito processual.

Deste modo, a fundamentação da decisão é indissociável do contraditório, visto que garantir a participação dos afetados na construção do provimento, base da compreensão do contraditório, só será plenamente garantida se a referida decisão apresentar em sua fundamentação a argumentação dos respectivos afetados, que podem, justamente pela fundamentação, fiscalizar o respeito ao contraditório e garantir a aceitabilidade racional da decisão. (BARROS, 2008b, p.135).

Ocasiona-se, desse modo, um resgate da importância técnica e legitimadora do processo, pois por meio desse princípio faz-se possível a implementação da discursividade necessária para um debate participativo entre todos os sujeitos processuais (NUNES, 2008b, p.230-231), de forma que o resultado de todas as questões discutidas (levantadas por qualquer dos sujeitos processuais) e relevantes para a decisão sejam observadas na formação do provimento.

Portanto Nunes (2008b, p.53) não defende uma participação, mas uma comparticipação entre os sujeitos processuais de forma que atuem em condições paritárias de forma que possam fiscalizar e contribuir na construção (de qualquer) provimento.

E conforme ressalta Nunes:

Evidentemente, isso não ocorrerá mediante o aumento total dos poderes das partes ou dos juízes, mas, sim, mediante a divisão de atuação entres estes, de modo a absorver os aspectos benéficos tanto dos movimentos liberais quanto dos sociais e a verificação de que a defendida democratização do processo exige a clara percepção de interdependência entre os sujeitos processuais. (NUNES, 2008b, p.224).

Ao se defender uma comparticipação entre os sujeitos processuais, com a garantia do contraditório em todo o *iter* processual, tanto em relação às atividades das partes quanto às atividades judiciais (NUNES, 2008a, p.168), o juiz tem aumentado seu papel, não apenas o de garantir que a construção ocorra de forma participada, mas que os resultados da discussão sejam observados na decisão.

Ao magistrado cumpre, na alta modernidade, o papel democrático de garantidor dos direitos fundamentais, não podendo ser omissor em relação à realidade social e devendo assumir sua função institucional decisória num sistema de regras e princípios embasado no debate endoprocessual, e no espaço público processual, no qual todos os sujeitos processuais e seus argumentos são considerados e influenciam a formação dos provimentos. Tal perspectiva não importa num esvaziamento do papel do magistrado, mas, sim. Em sua redefinição. (NUNES, 2008b, p.256).

Assim, o papel do juiz, no paradigma do Estado Democrático de Direito não se exaure como mero garantidor e observador do contraditório devendo garantir que seu conteúdo normativo seja observado, ou seja, que os resultados das atividades desenvolvidas pelos interessados - das questões discutidas pelas partes em contraditório - sejam utilizadas para fundamentar a decisão, pois somente assim, a

decisão será produto de construção participada de todos os sujeitos processuais.

Nessa ótica democrática, há o resgate da participação no espaço público estatal, permitindo assim, que o provimento seja fruto de uma construção participativa, de forma a assegurar que na decisão sejam observados os argumentos sustentados por todos os sujeitos processuais, de forma que não apareçam fundamentos que não foram submetidos ao espaço público processual (NUNES, 2008b, p.258).

Isso somente é possível por meio de uma compreensão do processo adequada ao Estado Democrático de Direito, como garantia constitutiva dos direitos fundamentais. Portanto, o juiz não apenas garante o contraditório como espaço argumentativo para construção da decisão pelos afetados, mas além de garanti-lo (o contraditório) deve também garantir a ampla argumentação, de forma que as partes possam reconstruir o discurso dialético (BARROS, 2009a, p.20), bem como, a fundamentação racional das decisões, devendo levar em consideração os argumentos colocados em contraditório. Isso decorre do fato de que, esses princípios são co-dependentes e compõem a base do modelo constitucional do processo (conforme demonstrado no item 2.5.2).

Reconstruído o contraditório numa perspectiva de democrática como espaço procedimentalizado para garantia da participação dos afetados na construção do provimento (BARROS, 2008b, p.135) bem como, definido o papel do juiz em relação ao contraditório, como garantidor de que todas as questões discutidas pelas partes em contraditório sejam observadas na fundamentação da decisão de forma que seja produto de um esforço reconstrutivo pelos sujeitos processuais, optou-se como proposta para o próximo capítulo, por meio da análise de um caso concreto, conferir uma interpretação constitucionalmente adequada ao princípio do contraditório, demonstrando os reflexos sobre o papel desempenhado pelos sujeitos processuais nos procedimentos de formação das decisões pelos tribunais, levando em consideração o modelo constitucional de processo.

## **4 DECISÃO DE OFÍCIO E CONTRADITÓRIO: O PAPEL DOS SUJEITOS PROCESSUAIS NA CONSTRUÇÃO DA DECISÃO**

O objetivo do presente capítulo consiste numa análise crítica-reflexiva acerca de como o princípio do contraditório é interpretado e aplicado nos diferentes ordenamentos processuais, especificamente nos casos em que o juiz suscita de ofício questão que não fora levantada pelas partes, mas que poderá influir no julgamento.

Como pano de fundo para essa discussão, para que ela não se afaste de uma teoria que tenha resultados práticos, optou-se por analisar um caso concreto, tomando como base a jurisprudência brasileira, sobre a aplicação da prescrição, notadamente quando esta questão é suscitada de ofício pelo juiz.

Essa reflexão será feita com base nos ordenamentos francês e legislação européia, bem como, no ordenamento brasileiro.

Nessa perspectiva comparatística será possível formular uma crítica ao modelo tradicional de formação dos provimentos no Brasil (nos termos preconizados pelos instrumentalistas), conforme prática reiterada pelos Tribunais, bem como, justificar a proposta de reconstrução democrática do princípio do contraditório compatível com o modelo constitucional de processo.

### **4.1 O tratamento das decisões de ofício analisadas sob a ótica do novo Código de Processo Civil francês e as legislações européias posteriores**

O princípio do contraditório e o papel dos sujeitos que o exercitam possui interpretações distintas, dependendo do paradigma de direito o qual está inserido.

É assim natural que, historicamente o papel do juiz no processo e sua relação com as partes tenha variado de acordo com as ideologias dominantes na organização do Estado: - o liberalismo clássico, de inspiração burguesa e capitalista, construiu um processo dominado pelas partes e caracterizado pela passividade do juiz; - as várias ideologias não liberais, sejam elas de caráter autoritário ou de orientação democrática e social, conduziram a um processo submetido, ou pelo menos,

comparticipado pela actividade do juiz. (SOUSA, 1997, p.174).

Conforme já demonstrado, o processo é definido no paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito, como “procedimento discursivo que garante a geração de decisão participada” (OLIVEIRA, 2008, p.361). Nessa mesma linha, o contraditório trata-se de garantia de participação das partes na construção da decisão, sendo compreendidas no processo tanto como autores, como destinatários da norma jurídica (BARROS, 2008b, p.134).

Em que pese os ordenamentos jurídicos de vários países estarem inseridos, na atualidade, no contexto do paradigma do Estado Democrático de Direito, o que sugeriria uma única forma de interpretação e aplicação do contraditório, em conformação com o paradigma democrático, o que se verifica é que a leitura desse princípio - se comparada com o Brasil - é um tanto diversa nos diferentes ordenamentos.

A reflexão acerca de como o princípio do contraditório é interpretado será feita, inicialmente, a partir do exame das legislações francesa e européias.

Na França, o artigo 16 do *Nouveau Code de Procédure Civile*<sup>50</sup> estabelece que o juiz não pode fundamentar sua decisão sobre questões que suscitou de ofício sem que tenha oportunizado às partes manifestarem sobre elas (NUNES, 2008a, p.161).

A legislação processual francesa estabelece que a *contradiction* (a contradição) e suas garantias não operam somente entre as partes, mas trata-se de um dever-ônus do juiz (COMOGLIO, 1998, p.114). Além de garantir sua observância, o juiz deve também, ele mesmo observá-lo, ou seja, provocar de ofício o prévio debate das partes sobre todas as questões de fato ou de direito, que serão determinantes para a decisão (COMOGLIO, 1998, p.114)<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> Article 16 (Décret n° 76-714 du 29 juillet 1976 art. 1 Journal Officiel du 30 juillet 1976)(Conseil n° d'Etat 1875, 1905, 1948 à 1951 du 12 octobre 1979 Rassemblement des nouveaux avocats de France et autres, JCP 1980, II, 19288) (Décret n° 81-500 du 12 mai 1981 art. 6 Journal Officiel du 14 mai 1981) 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.. Tradução livre: O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele mesmo, o princípio do contraditório. Ele não pode fundar sua decisão sobre questões de ordem pública e suscitadas de ofício ou sobre explicações complementares além daquelas já debatidas, sem tê-las submetido à apreciação das partes. Sobre o comentário ao artigo 16 do NCPC Francês consultar Gonçalves (2001).

<sup>51</sup> Peraltro, l'ordenamento italiano differisce, ad. es., dal sistema processuale francese, ove la “contradiction” e le sue garanzie non operano essenzialmente nei confronti delle parti, mas si

Sobre a observância do contraditório, Corrado Ferri dispõe que:

Em um recente escrito, depois de ter reconhecido que sobre todas as questões suscitadas de ofício, sejam elas atinentes à *quaestio facti*, o a *quaestio iuris*, “o contraditório pode ser de grandíssimo auxílio para que o juiz possa dar a correta solução”: percebido que os defensores sentem-se “impotentes” todas as vezes que o juiz decide a causa segundo prospectivas não emersas e não discutidas no decorrer do procedimento; dado por fim “entender as razões” pelas quais o legislador francês reformulou o art. 16 . (FERRI, 1988, p.780, tradução nossa)<sup>52</sup>.

Depois de várias reformas pela qual passou o Novo Código de Processo Civil francês<sup>53</sup>, foi conferido ao juiz a possibilidade de suscitar questões de ofício, tanto sobre os fatos quanto sobre o direito. Restou superada a dicotomia entre questões de fato e de direito como linha de divisão entre o que dependia das partes (os fatos) e o que cabia ao juiz (o direito), como o espaço dado ao princípio do contraditório (NORMAND, 1988, p.724).

A dicotomia entre fato e direito delimita o campo de argumentação dos sujeitos processuais<sup>54</sup>. O juiz não está indiferente aos fatos nem tem absoluto monopólio do direito e, igualmente as partes não possuem o monopólio dos fatos nem são indiferentes à aplicação da norma jurídica ao caso:

Então o magistrado não está constricto a uma total passividade pelo que se refere às alegações dos fatos. De forma secundária, é verdade, e comum

---

convertono pur in un dovere-onere per il giudice. A costui spetta non soltanto di far osservare, ma di osservare egli stesso quel fondamentale principio, si da provocare anche u’fficio il preventivo dibattito delle parti su ogni questione di fatto o di diritto, la cui risoluzione sia determinante nella decisione della controversia.

<sup>52</sup> In um recente scritto, dopo aver riconosciuto che su tutte le questioni rilevabili d’ufficio, siano esse attinenti alla *quaestio facti*, o *quaestio iuris*, “il contraddittorio può essere di grandissimo ausilio affinché il giudice si indirizzi a darne la corretta soluzione”: rilevato che i defensori sono colti da um “senso di disagio” tutte le volte che il giudice decida la causa secondo prospettive non emerse e non discusse nel corso del procedimento; dato atto infine “ di capire le ragioni” per cui il legislatore francese há riformulato l’art. 16.

<sup>53</sup> A legislação processual civil francesa (*Nouveau Code de Procédure Civile*) é resultado de uma evolução lenta e gradativa que se baseia sobretudo nos costumes, que foram compilados até se chegar às Ordenanças de 1667, depois ao CPC de 1806 e posteriormente ao NCP. O artigo 16 foi reestabelecido pelo Decreto de 12.5.1981, depois de várias reformas: Decreto de 9.9.1971; Decreto n.75-1123 de 05.12.1975. As normas processuais não são estabelecidas por lei, mas por Decreto do órgão Executivo. Acerca da legislação processual francesa ver também Picardi (2008).

<sup>54</sup> Está superado no ordenamento francês, em face do caráter discursivo do processo, o alcance do brocardo *da mihi fatcum, dabo tibu ius*, bem como, do brocardo *iura novit curia*, regra esta que permite ao juiz individualar a norma aplicável, sem vinculação às proposições jurídicas das partes (NUNES, 2006, p.152 ). Acerca da dicção *iura novit curia* ver Baur (1976).

que ele contribui para estas questões. Reciprocamente, as partes não são estranhas ao direito. O juiz não tem o monopólio dessas questões, como convém verificar e valorar. (NORMAND, 1988, p.728, tradução nossa)<sup>55</sup>.

Verifica-se que com a reforma perpetrada no ordenamento francês, os “poderes” do juiz foram reforçados diante da possibilidade de conhecer de ofício questões que até então as partes não suscitaram. Em contrapartida lhe fora imposto um novo dever: o de informar as partes das iniciativas que entende tomar e colocá-las em condições de discussão em contraditório (NORMAND, 1988, p.724), nos termos estabelecidos pelo art. 16 do novo CPC francês.

Contudo, esta reforma não fora acolhida em clima de unanimidade, pois se chocou com uma dificuldade: se os juízes tomaram consciência rapidamente de seus novos “poderes” - iniciativa para suscitar de ofício novas questões -, não tiveram, com a mesma rapidez, consciência das conseqüências que impunham o seu exercício (NORMAND, 1988, p.724-725).

A legislação francesa, não apenas reforçou os “poderes” do juiz, mas também, impôs condições (limites) para o seu exercício, que consiste no dever do juiz em observar e garantir o princípio do contraditório, que se trata de um “dever-ônus” para o magistrado (COMOGLIO, 1988, p.114).

Quando o juiz exercita seus “poderes” de ofício recaem sobre ele duas obrigações: a de observância do princípio do contraditório (nos termos do art. 16 do NCPC francês) e, por outro lado, somente pode fundar a decisão sobre “fatos presentes no debate” (art. 7, §1<sup>56</sup>) (NORMAND, 1988, p.735)<sup>57</sup>. Assim, a observância da primeira obrigação, gera por conseqüência, o cumprimento da segunda.

Mas a obrigação do juiz não se limita ao respeito ao contraditório. Ele deve igualmente observar uma segunda exigência. Não deve tomar em

---

<sup>55</sup> Dunque il giudice non è costretto ad una totale passività per cio che concernel'allegazione dei fatti. In modo secondário, é vero, e diffuso egli contribuisce all'apporto di questi ultimi. Reciprocamente, le parti non sono estranee al diritto. Il giudice non há su questo il monopólio, come conviene verificare e valutare.

<sup>56</sup> Article 7: Le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat. Tradução livre: Artigo 7: O juiz não pode fundar sua decisão sobre fatos que não foram debatidos pelas partes. A norma desse artigo é reiterada pelo §3 do art. 16 do novo CPC francês.

<sup>57</sup> Se ci affida ai testi, due tipi di obblighi gravano sul giudice quando esercita i suoi poteri d'ufficio. Deve, da uma parte, rispettare il principio del contraddittorio (art. 16 nuovo c.p.c), dall'altra, non può fondare la sua decisione che sui “fatti che sono nel dibattito” (art. 7, 1 comma).

consideração, para sustentar a sua decisão, algum fato que não esteja presente no debate. (NORMAND, 1988, p.740-741, tradução nossa)<sup>58</sup>.

Esses deveres do juiz estão bem definidos no ordenamento processual francês. Assim o contraditório, conforme dispõe o artigo 16, parágrafo primeiro do novo Código de Procedimento Civil, possui uma regra geral a que determina que o juiz o observe, em todas as circunstâncias. O parágrafo terceiro<sup>59</sup>, por sua vez, determina a segunda obrigação, a de que a decisão não seja fundada sobre questões que suscitou de ofício sem ter previamente convidado as partes a apresentar suas observações.

Em tal situação, o dever do contraditório se impõe de modo sistemático, para as questões processuais como para aquelas de mérito, para as questões de ordem pública como para aquelas que não o são, para questões de puro direito, como para aquelas mistas de fato e de direito. (NORMAND, 1988, p.737, tradução nossa)<sup>60</sup>.

O dever imposto ao juiz de subordinar todas as suas iniciativas à discussão em contraditório com as partes, trata-se de exigência fundamental no direito francês, sem a qual os “poderes” do juiz teriam sido intoleráveis (NORMAND, 1988, p.735)<sup>61</sup>.

A justificativa para que o contraditório seja respeitado, inclusive nos casos em que o juiz suscita questões de ofício, dá-se diante do fato de que a iniciativa do juiz não pode suscitar surpresa (NORMAND, 1988, p.738)<sup>62</sup>, pois não se permite que a decisão seja fundada sobre questões as quais as partes não tiveram conhecimento e não se manifestaram

---

<sup>58</sup> Ma gli obblighi del giudice non si limitano al rispetto del contraddittorio. Egli deve ugualmente piegarsi ad una seconda esigenza. Non deve prendere in considerazione, a sostegno della sua decisione, alcun fatto che non sia nel dibattimento.

<sup>59</sup> Verifica-se que o parágrafo terceiro do art. 16 do novo CPC francês repete a disposição contida no art. 7 do mesmo código.

<sup>60</sup> In tale situazione, il dovere del contraddittorio si impone in modo sistemático, per le questioni processuali come per quelle di mérito, per le questioni di ordini pubblico come per quelle che non lo sono, per le questioni dipuro diritto como per quelle miste di fatto e di diritto.

<sup>61</sup> Si trata di una nuova esigenza, indrotta com la generalità che gli si riconosce oggi, dal decreto del 9 sttembre 1971. Un’esigenza fondamentale, e senza la quale l’estensione dei poteri del giudice srebbe stata del tutto intollerabile.

<sup>62</sup> Si spiega, per giustificare ciò, che l’iniziativa del giudice non dovrebbe suscitare sorpresa.

De tal modo, o ordenamento processual civil francês tem uma aplicação dinâmica do contraditório (ANDOLINA; VIGNERA, 1997), sendo aplicado de maneira intensa, com uma tutela de direitos das partes mais ampla que a existente em muitos outros ordenamentos, inclusive o italiano (TARUFFO, 2006, p.459)<sup>63</sup>.

Trata-se de uma verdadeira garantia de não surpresa, que impõe o juiz o dever de provocar o debate sobre todas as questões, incluindo as de conhecimento oficioso (NUNES, 2008b, p.229).

Essa garantia impede que o juiz escolha a dita *terza via*<sup>64</sup> e assim, somente no momento da decisão - em “solitária onipotência” - decida a causa sobre bases estranhas à dialética defensiva das partes, não apenas aplicando normas jurídicas, mas também decidindo fatos não discutidos por qualquer das partes (FERRI, 1988, p.781-782)<sup>65</sup>. Tal fato implica em violação ao princípio do contraditório. Isso ocorre quando a decisão se fundamenta em questão suscitada de ofício, a qual não fora objeto de conhecimento prévio das partes.

A decisão surpresa (*di terza via*) deve ser declarada nula, por desatendimento ao princípio do contraditório (NUNES, 2008b, p.229), assumindo a nulidade um valor essencialmente “cominatório” de forma que seja possível às partes atuar plenamente o contraditório antes da decisão (FERRI, 1988, p.783)<sup>66</sup>.

O verdadeiro significado da regra do contraditório aqui delineada, que opera e deve aplicar-se sobretudo *ex ante*, antes da decisão; considerá-la ao invés *ex post*, leva a uma distorção do sentido da garantia constitucional em uma inaceitável perspectiva reduzida. (FERRI, 1988, p.782, tradução nossa)<sup>67</sup>.

<sup>63</sup> Sul piano del processo, infatti, non solo legislatore francese attua rigorosamente il principio dispositivo (cfr. ad. es. gli artt. 1, 4 e 5 del codice), ma realizza in maniera particolarmente intensa il principio del contraddittorio (cfr. gli artt. 14 e 16), com una tutela dei diritti delle parti più ampia di quella che esiste in molti altri ordinamenti, incluso il nostro.

<sup>64</sup> A expressão italiana *terza via* surgiu como forma de nomear as situações nas quais o juiz, ao fundamentar a decisão, não escolhe nenhuma das duas “vias” de argumentos propostas pelas partes, mas uma terceira, daí falar-se em decisão de *terza via* ou decisão surpresa.

<sup>65</sup> A questa conclusione si giunge la cosiddetta terza via e quindi solo al momento della decisione – in “solitaria onnipotenza” – studia e imposta la causa in modi e su basi in tutto estranee alla dialettica difensiva delle parti, non solo applicando norme giuridiche, ma anche spesso col porre a base della decisione fatti non discussi da alcuna delle parti.

<sup>66</sup> La nullità assume peraltro un valore essenzialmente “cominatorio” tendendo ad ottenere dal comportamento delle parti la realizzazione delle condizioni migliori perchè si possa attuare pienamente il contraddittorio prima della decisione.

<sup>67</sup> Il vero significato della regola del contraddittorio, qui delineata, che opera e deve applicarsi soprattutto *ex ante*, prima della decisione; considerarla invece *ex post*, porta a distorcere il senso della garanzia costituzionale in una inaccettabile prospettiva riduttiva.

Deve-se distinguir entre o dever do juiz em garantir o contraditório da consequência de sua violação: não se pode reduzir o significado da garantia à este último aspecto (às consequências de sua violação). A sanção da nulidade não é de fato “inútil”, ela se opera como sanção, ou seja, induz o juiz a respeitar o contraditório antes de decidir (FERRI, 1988, p.782)<sup>68</sup>.

Assim, ao juiz francês fora imposto o dever de garantir a observância do contraditório, sob pena de serem nulos os provimentos todas as vezes que não exista a efetiva possibilidade de seu exercício, pois a decisão não pode fundar-se sobre questões as quais as partes não tiveram oportunidade de pronunciar a respeito.

Com a obrigação de respeitar o princípio do contraditório, se encontra uma nova manifestação de que o domínio do juiz sobre o direito não é absoluto. Deve subordinar as iniciativas que acredita tomar às observações e, de consequência, ao exame crítico das partes. Um exame que se refere tanto sobre o direito quanto sobre o fato, e sobre a aplicação do direito ao fato. Não poderia ser de outra forma. O juiz não é infalível. As questões suscitadas de ofício pode se fundar sobre um erro de direito, sobre uma valoração inexata dos fatos. A discussão em contraditório pode evitar os erros grosseiros dos quais apenas as partes seriam prejudicadas. A isso se acrescenta que, informado dos projetos do juiz, o adversário pode tomar em consideração os meios de defesa, de fato ou de direito, cuja oportunidade não lhe era apresentada até então. (NORMAND, 1988, p.740, tradução nossa)<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> Ocorre ben distinguire tra il dovere del giudice di garantire il contraddittorio - e la correlativa affermazione di diritti delle parti - dalla conseguenza della sua violazione: non si può ridurre il significato della garanzia a quest'ultimo aspetto, poichè la sanzione di nullità non è affatto “inutile”, se opera come sanzione deterrente ossia per indurre il giudice a rispettare il contraddittorio prima di decidere.

<sup>69</sup> Com l'obbligo di rispettare il principio del contraddittorio, si trova una nuova manifestazione del fatto che il dominio del giudice sul diritto non è assoluto. Deve subordinare le iniziative che conta di prendere alle osservazioni e, di conseguenza, all'esame critico delle parti. Un esame che verte tanto sul diritto che sul fatto, e sull'applicazione del diritto al fatto. Non potrebbe essere altrimenti. Il giudice non è infallibile. La questione rilevata d'ufficio può fondarsi su un errore di diritto, su una valutazione inesatta dei fatti. La discussione in contraddittorio può evitare dei grossi errori di cui solo le parti farebbero le spese. A ciò se aggiunga che, informato dei progetti del giudice, l'avversario può prendere in considerazione dei mezzi di difesa, di fatto o di diritto, la cui opportunità non gli era fino ad allora apparsa.

Apenas para exemplificar, a norma do art. 1015 do novo Código francês<sup>70</sup> impõe aos juízes da Corte Suprema, indicar às partes as questões que podem suscitar de ofício, convidando-as a apresentarem suas deduções a respeito (FERRI, 1988, p.789)<sup>71</sup>, ou seja, a Corte francesa deve dar vista à parte para que possa apresentar suas alegações, quando suscita de ofício *un moyen* (meios de convencimento) não invocado<sup>72</sup> (GONÇALVES, 2001, p.123). Portanto, o juiz, em qualquer grau de jurisdição, tem o dever de respeitar o princípio do contraditório, não havendo qualquer limitação de aplicabilidade.

Verifica-se, pois, que no ordenamento francês o princípio do contraditório possui uma perspectiva interpretativa adequada a paradigma do Estado Democrático de Direito. Trata-se de verdadeiro espaço argumentativo para a construção participada das decisões pelos afetados (BARROS, 2008). É interpretado como princípio de não surpresa e de influência, pois todas as questões (em uma aplicação ampla: que não há a dicotomia entre questões de fato e de direito; ou questões de ordem pública ou não) devem ser colocadas em discussão para as partes, para que possam se pronunciar a respeito, não sendo legítima uma decisão fundada sobre questões não debatidas, devendo ser construída de forma participada (NUNES, 2008).

Acerca do dever do juiz de provocar de ofício o debate prévio das partes sobre quaisquer questões determinantes para a formação da decisão, em cumprimento ao seu dever de garantir a observância do princípio do contraditório

---

<sup>70</sup> Article 1015 (Décret n° 79-941 du 7 novembre 1979 art. 3 Journal Officiel du 9 novembre 1979 en vigueur le 1er janvier 1980) (Conseil n° d'Etat 21-893 du 5 juillet 1985, Gaz. Pal. 1985, 2, 742)) Le président doit avertir les parties des moyens de cassation qui paraissent pouvoir être relevés d'office et les inviter à présenter leurs observations dans le délai qu'il fixe. Tradução livre: Artigo 1015 O presidente deve advertir as partes dos meios de convencimento que pode suscitar de ofício e as convidar a apresentar as suas observações sobre os temas que ele fixou.

<sup>71</sup> Nel nuovo codice francese non si dubita che il giudice debba in ogni grado far rispettare il principio del previo contraddittorio. La norma dell'art. 1015 impone ad es., ai giudice della stessa Corte suprema, di indicare alle parti questioni che possono essere rilevate d'ufficio, invitandole a presentare entro determinati termini le loro deduzioni: tale disposizione viene considerata applicazione di un principio generale di osservanza di doveri, positivi, indipendentemente dalle eventuali invalidità.

<sup>72</sup> Gonçalves (2001, p.123) ao analisar as notas referentes ao artigo 16 do *Nouveau Code de Procédure Civile* apresenta outros exemplos da observância pelos juízes do princípio do contraditório, dispondo que um juiz francês não pode aplicar uma lei estrangeira, invocada de ofício, sem antes dar vistas às partes, para que, em contraditório, se manifestem sobre sua aplicação e interpretação; não podem reter, nem mesmo a título de informação, contra qualquer das partes, laudos técnicos que não tenham sido elaborados em contraditório; por fim, dispõe que é vedado fundamentar a decisão em peça apresentada por uma parte, que não tenha sido submetida à discussão em contraditório.

possui, na Alemanha, o mesmo tratamento conferido pelo ordenamento francês.

Inicialmente o contraditório era tratado como direito de ser ouvido (*rechtliche Gehör*), nos termos estabelecidos pelo art.103, §3 da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, estabelecido como “pretensão de audição jurídica” (*Anspruch auf Rechtliches Gehör*) (NUNES, 2008b, p.226).

Em conformidade com uma decisão da corte Constitucional Federal Alemã (*Bundesverfassungsgericht*) o direito de ser ouvido era assim definido: “o tribunal não deve utilizar na sua decisão senão fatos e provas sobre as quais as partes puderam tomar posição anteriormente” (HABSCHEID, 1978, p.140-141), ou seja, as questões devem ser conhecidas pelos afetados, antes da decisão, bem como, os argumentos das partes devem ser levados em consideração na decisão, pois “o direito de ser ouvido exige mais que um simples “ouvir falar”. O tribunal deve, na realidade, escutar e estar disposto a ter em conta as exposições feitas no ensejo da decisão” (HABSCHEID, 1978, p.141).

Essa perspectiva participativa, bem como, uma interpretação do contraditório como garantia de influência, encontrou uma ressonância ainda maior após a reforma da Ordenança Processual alemã de 1976, diante dos influxos do Modelo de Stuttgart (NUNES, 2004, p.78)<sup>73</sup>.

A grande inovação da reforma consiste na participação e cooperação das partes na estrutura procedimental (NUNES, 2006, p.35), pois o juiz deve, antes de proferir a decisão, consultar as partes sobre todas as questões, mesmo as de conhecimento oficioso, permitindo um diálogo do juiz com as partes.

Vislumbra-se o dever do juiz de informar as partes da orientação jurídica a ser adotada antes mesmo do proferimento da decisão, para que possam influir diretamente sobre a mesma, evitando-se assim que sejam surpreendidas por fundamentos até então inesperados. (GOUVEIA, 2000, p.260).

O aumento dos poderes judiciais não significou a redução das garantias das partes, pois as questões delineadas por elas devem ser levadas em conta na fundamentação das decisões não sendo possível decidir de ofício sem o anterior e prévio conhecimento das partes (NUNES, 2006, p.41).

---

<sup>73</sup> Para um aprofundamento da reforma alemão ver GRASSO (2000) e NUNES (2006).

Dessa forma, elas não serão surpreendidas por decisão que se apóie em ponto fundamental sobre o qual não tiveram a oportunidade de se manifestarem, de forma que a decisão seja com base nos argumentos discutidos (OLIVEIRA, 1999, p.4).

A garantia do contraditório como dever do magistrado de colocar as questões suscitadas para esclarecimento do litígio (*richterliche Frage und Hinweispflicht*) (HABSCHEID, 1978, p.143-144) fica assim evidenciado pelo §139<sup>74</sup> e §278, II<sup>75</sup> da Ordenança Processual Civil alemã (*Zivilprozessordnung*).

Como ocorre no ordenamento francês, o contraditório no ordenamento alemão converte-se num dever para o juiz, devendo possibilitar às partes se manifestarem sobre qualquer questão, de tal modo a poder influir sobre o resultado do provimento, tratando-se de uma garantia de influência no desenvolvimento e resultado do processo (NUNES, 2008b, p.227).

Na sua nova redação (§139 da ZPO), a norma reforça a idéia de debate, proibindo que o órgão jurisdicional julgue certa matéria controvertida com fundamento em ponto de vista valorado e argumentado de maneira diversa de ambas as partes (ou por elas reputado irrelevante), sem que antes lhes permita manifestação a respeito, e mesmo aquelas questões que poderiam ser conhecidas *ex officio*. Imagine-se a decadência do direito em discussão. Se não foi alegada pelas partes, não poderia o juiz julgar o mérito no sentido do seu reconhecimento. (CABRAL, 2005, p.67).

A colaboração das partes com o juiz, na perspectiva do ordenamento alemão encontra sua razão de ser não apenas na investigação da norma aplicável ao caso,

---

<sup>74</sup> ZPO - Ordenança Processual Civil §139. Direção material do processo. (1) O Tribunal tem de discutir com as partes a questão material e litigiosa, tanto quanto necessário, em seus aspectos fáticos e jurídicos, e tem de colocar questões. Tem, então, de provocar que as partes se manifestem em tempo hábil e plenamente sobre todos os fatos consideráveis, especialmente que possa, completar declarações insuficientes para os fatos que são levados em conta, indicar os meios de prova e colocar proposições relevantes. (2) No caso de a parte não ver ou tomar como irrelevante uma opinião só pode o Tribunal – desde que não se trate de uma demanda reconventional - sustentar sua decisão se isso tiver sido indicado e se ele tiver sido dada oportunidade para exposição. O mesmo vale para uma opinião que o Tribunal avalie diferente das duas partes. (3) O Tribunal tem de chamar a atenção para os equívocos no que concerne aos pontos que ex officio podem ser levados em consideração. (4) Avisos acerca dessas instruções têm de ser transmitidos tão cedo quanto possível e têm de se fazer registrar nos autos. Sua transmissão só pode ser provada por meio do conteúdo dos autos. Contra o conteúdo dos autos só é admissível a prova da falsidade. (5) Se para uma parte não é possível uma pronta explicação para uma posição judicial, então deve o tribunal determinar um prazo no qual a explicação possa ser dada por escrito. (NUNES, 2008)

<sup>75</sup>. ZPO - Ordenança Processual Civil § 278. II O juiz só pode apoiar sua decisão em um aspecto jurídico considerado insignificante pela parte, ou que lhe tenha passado despercebido, se lhe tiver dado oportunidade de manifestar-se a respeito, salvo quando se tratar de uma questão meramente acessória. (NUNES, 2008).

mas estabelecer seu conteúdo e alcance de forma a evitar qualquer surpresa para as partes (OLIVEIRA, 1994, p.10), tratando-se de uma verdadeira democratização processual (OLIVEIRA, 2003, p.69).

A visão participativa, conforme delineado na legislação alemã, em que se permite a todos os sujeitos processuais, potencialmente atingidos pela incidência do julgado, a garantia de contribuir de forma crítica e construtiva para sua formação (TROCKER *apud* NUNES, 2008b, p.227), tem tratamento em algumas legislações européias como princípio da cooperação intersubjetiva dos juízes e tribunais com as partes (GOUVEIA, 2000, p.247).

Seguindo esta mesma linha na qual se estabelece uma relação entre o denominado princípio da cooperação com o do contraditório, o ordenamento processual português estabelece normas para aplicabilidade desse princípio.

O artigo 266 do Código de Processo Civil Português, fruto de reformas na legislação processual portuguesa<sup>76</sup>, dispõe sobre o “Princípio da Cooperação”. Consta do dispositivo legal que na condução e intervenção no processo, devem o magistrado e as partes cooperar entre si, concorrendo para a obtenção, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio (SOUSA, 1997, p.175)

A cooperação entre os sujeitos processuais teve como consequência a intensificação do contraditório, alargando o seu alcance (OLIVEIRA, 1999, p.4), sendo possível às partes influenciarem com seus argumentos na formação da decisão evitando serem surpreendidas com decisão fundamentada em questões que não tiveram conhecimento e entendimentos judiciais predefinidos (NUNES, 2006, p.152).

O dever imposto ao juiz e ao tribunal, de não poder decidir uma questão (de fato ou de direito), mesmo que seja de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de se pronunciarem sobre ela, encontra-se estabelecido de forma expressa no art. 3, item 3 do CPC português<sup>77</sup> (SOUSA, 1997, p.177).

---

<sup>76</sup> O novo Código de Processo Civil português entrou em vigor no dia 01.01.1997 resultante de profundas alterações introduzidas pelos Decretos-leis 329-A/95 de 12/12, e 180/96, de 25/9 (SOUSA, 1997, p.174). Para um estudo mais aprofundado do novo Código de Processo Civil Português (GOUVEIA 2000; SOUSA, 1997).

<sup>77</sup> Artigo 3 (Necessidade do Pedido e da Contradição)...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 questão de direito ou de fato, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciar.

Assim, por exemplo, no caso do tribunal enquadrar juridicamente uma situação de forma diversa da perspectiva das partes ou nos casos em que o órgão jurisdicional pretende conhecer de ofício certo fato relevante para a decisão da causa, deve ser conferido às partes a possibilidade de se manifestarem, pois assim, evitam-se as chamadas “decisões-surpresa” (GOUVEIA, 2000, p.259), que são aquelas decisões proferidas sobre matéria de conhecimento oficioso sem a prévia discussão pelas partes.

O princípio da cooperação evita que as partes fiquem passivamente adstritos à interpretação solitária feita pelo órgão judicial:

Da análise até agora desenvolvida, impõe-se afastar a possibilidade de que a parte possa ser considerada simples “objeto” do pronunciamento judicial, no *iter* procedimental: exhibe-se ineliminável o seu direito de atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo e o seu resultado, desenvolvendo a defesa das próprias razões antes da prolação da decisão. A matéria liga-se ao próprio respeito à dignidade da pessoa humana, encontrando expressão, no âmbito processual, na *Anspruch auf rechtlichen Gehör* (pretensão de audiência jurídica, em tradução livre, mas precisamente no princípio do contraditório). (OLIVEIRA, 1994, p.10).

O resultado da cooperação intersubjetiva (ou comparticipação) conforme adotado nos ordenamentos jurídicos ora analisados é extremamente importante e possui um viés democrático, pois além de afastar as chamadas “decisões-surpresa”, coloca os interessados em condições de atuar eficazmente sobre o desenvolvimento e resultado da decisão.

O desprezo ao contributo crítico e construtivo das partes estimula um uso excessivo de recursos, com todas as suas experiências negativas, pois a cooperação confirma o diálogo e facilita na reconstrução do caso, garantido que a decisão se torne mais aceitável (TROCKER *apud* GOUVEIA, 2000, p.262) por ter sido fruto de uma decisão construída de forma participada pelos sujeitos processuais.

Dessa análise do ordenamento processual estrangeiro, verifica-se que o contraditório possui uma interpretação num viés democrático, em consonância com o paradigma do Estado Democrático de Direito, no qual a decisão é fruto de uma formação comparticipada, não excluindo que qualquer dos sujeitos processuais tenham a possibilidade de participar do *iter* processual de formação da decisão.

Demonstrada a importância que os ordenamentos francês, alemão e português conferem ao contraditório, notadamente em face das decisões de conhecimento oficioso, serão utilizados como parâmetros para se proceder ao questionamento crítico-reflexivo do modelo tradicional de formação dos provimentos no ordenamento brasileiro.

#### **4.2 Questões de conhecimento oficioso e a formação de decisões: uma reflexão do caso brasileiro**

Pretende-se demonstrar o tratamento conferido ao princípio do contraditório no ordenamento brasileiro, especificamente nas situações em que a decisão é formada com base em questão de conhecimento oficioso, assim, optou-se por fazer um estudo de um caso concreto.

Trata-se de uma decisão proferida nos autos de número 1.0024.05.577898-9/002<sup>78</sup>, pela 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na qual o Desembargador Relator, acompanhado pelos demais Desembargadores, extingui a ação com resolução de mérito diante do reconhecimento da prescrição. A questão fora suscitada de ofício pelo Relator, diante da aplicação do parágrafo quinto do art.219 do Código de Processo Civil, com redação determinada pela Lei 11.280/2006.

A análise que se pretende fazer não reside numa discussão acerca da (im)possibilidade do juiz pronunciar de ofício a prescrição, conforme nova redação do §5º do art. 219 do CPC. Objetiva-se com o estudo do caso concreto demonstrar o tratamento conferido ao contraditório nos casos de decisões proferidas com base em questões de conhecimento oficioso.

A decisão do caso analisado foi proferida, nos autos de uma ação ordinária de cobrança de seguro, em que a parte pretende o recebimento de indenização securitária ao fundamento de invalidez decorrente de doença psiquiátrica. O pedido foi negado em primeira instância, e a decisão teve como fundamento o fato de que a doença não é incapacitante, baseando-se no laudo judicial.

---

<sup>78</sup> Inteiro teor da decisão: Anexo I.

Interposto recurso, a parte autora insurgiu quanto à negativa do pedido inicial, ao argumento de que sua incapacidade está demonstrada nos termos do laudo pericial emitido por autarquia previdenciária.

Toda a discussão até então fora em torno da (in)capacidade da parte. Houve, inclusive, questionamentos acerca da validade do laudo judicial - o qual se baseou a decisão proferida em primeira instância -, pelo fato de que não fora realizado por médico especializado (psiquiatria).

Nesse sentido, o Desembargador Vogal, assim se manifestou acerca desta questão:

Assim, tenho que sendo portador de transtorno de doença psiquiátrica, contra ele não corre prazo prescricional, devendo se oportunizar à parte Autora a realização de perícia médica, devendo a mesma ser realizada por médico especializado na área de Psiquiatria.

Assim, DE OFÍCIO, DECLARO A NULIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS A PARTIR DE FLS. 322, para que um médico especializado em Psiquiatria realize perícia médica a fim de se constatar quanto à capacidade ou incapacidade do Autor. (BRASIL, 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2007)

Não obstante toda a discussão ser com base em argumentos sobre a (in)capacidade da parte e à (in)validade do laudo pericial, a decisão proferida pelo Tribunal teve como fundamento questão diversa da discutida nos autos, pois o provimento baseou-se em matéria suscitada de ofício, qual seja a prescrição:

Inicialmente, cumpre salientar que, embora a prescrição não tenha sido argüida pelas partes, com a promulgação da Lei nº 11.280/2006 - a qual revogou o art. 194, do Código Civil de 2002, e alterou a redação do §5º, do art. 219, do Código de Processo Civil -, tal questão é passível de ser pronunciada de ofício pelo Juiz.

É certo que a MM. Juíza a quo não se pronunciou a respeito, no entanto, esse fato não representa óbice ao exame da matéria por este Tribunal, em decorrência do "efeito translativo" inerente ao recurso de apelação, nos termos do art. 515, §1º, do Código de Processo Civil, in verbis:

"Art. 515 - A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 1º - Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro".

Ao tratar do tema, Nelson Nery Júnior assevera que o efeito translativo autoriza o tribunal apreciar questões não suscitadas pelas partes nas razões ou contra-razões do recurso, sem que isso configure julgamento ultra, extra ou infra petita.

Mais adiante, acrescenta que:

"(...) Isto - leia-se efeito translativo - ocorre normalmente com as questões de ordem pública, que devem ser conhecidas de ofício pelo juiz e a cujo respeito não se opera a preclusão. (...) O exame das questões de ordem

pública, ainda que não decididas pelo juízo a quo, fica transferido ao tribunal destinatário do recurso por força do efeito translativo autorizado pelo CPC 515".2

Assim, passo a análise da prejudicial de mérito de prescrição.

Quanto ao termo inicial que deflagra a contagem do prazo, importa ressaltar que há entendimento no sentido de que se inicia a partir da ciência inequívoca da incapacidade, ao passo que outros defendem ser da recusa da companhia em pagar o seguro.

Fílio-me à corrente que sustenta que o termo inicial para contagem do prazo é a ciência inequívoca do segurado quanto a sua incapacidade, no entanto, no presente caso, não há, nos autos, prova acerca do pedido de pagamento do seguro pela via administrativa, de forma que tal discussão se apresenta irrelevante ao deslinde da questão.

Dessa forma, não há dúvida de que a contagem do prazo prescricional inicia-se com a ciência do segurado acerca de sua incapacidade, o que, no caso em tela, ocorreu em 12/12/2002, data em que foi concedida a aposentadoria por invalidez ao autor, ora apelante (certidão fls. 20).

...

À considerar o exposto acima, aliado ao fato de que a presente ação foi ajuizada em 06/01/2005, a conclusão a que se chega é que ocorreu a prescrição, pois já se passou mais de um ano entre a entrada em vigor do Código Civil de 2002 (11/01/2003) e a data da propositura da ação.

II - CONCLUSÃO.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO, mas reformo a r. sentença e, via de consequência, julgo extinto o processo, com resolução do mérito, em razão do reconhecimento da prescrição, nos termos do art. 269, IV, do Código de Processo Civil. (BRASIL, 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2007)

Vê-se que a decisão foi produto do entendimento individual do magistrado que, embasado no ordenamento processual, suscitou questões jurídicas de conhecimento oficioso, utilizadas para a fundamentação do provimento.

No início da decisão o Relator dispõe que a questão referente à prescrição - fundamento único para o provimento -, não foi objeto de discussão, contudo, diante de suas convicções jurídicas, ancorado pelos artigos de lei citados (art. 219, §5º e art. 515 §1º, ambos do CPC), conferiu a solução que lhe pareceu a mais "correta".

Esse modelo de formação das decisões, com base apenas em argumentos solitários do julgador, prepondera na dogmática brasileira, tendo o contraditório uma compreensão limitada, apenas como ação e reação, e o juiz é visto como o intérprete da lei, podendo "dizer o direito" (BARROS, 2008b, p.141), de forma subjetiva e solipsista.

Para a linha instrumentalista, não possuindo o contraditório um tratamento de garantia de participação, justifica que a decisão seja fundamentada em questões de conhecimento oficioso, e formada sem a participação das partes. A atuação de ofício, na linha teórica da instrumentalista, trata-se de poder conferido ao juiz, pois como condutor do processo, não necessita de submeter seus argumentos para

apreciação das partes.

A formação do provimento está delineada por uma racionalidade instrumental aplicada pela sabedoria e sensibilidade do juiz (NUNES, 2008b, p.142), pois ele tem a liberdade de escolha da melhor opção que satisfaça seu sentimento de justiça (DINAMARCO, 2008, p.235).

A “grande tarefa” conferida ao juiz no processo justifica a formação dos provimentos com base unicamente em entendimentos monológicos, sendo compatível com a dogmática processual dos tribunais brasileiros:

[...] a realidade da vida que chega ao juiz, no drama de cada processo, é muito mais complexa e intrincada, solicitando dele (do juiz) uma sensibilidade muito grande para a identificação dos fatos e enquadramento em categorias jurídicas, para a descoberta da própria verdade quanto às alegações de fato feitas pelos litigantes e sobretudo para a determinação do preciso e atual significado das palavras contidas na lei. Examinar as provas, intuir o correto enquadramento jurídico e interpretar de modo correto os textos legais à luz dos grandes princípios e das exigências sociais do tempo - eis a grande tarefa do juiz ao sentenciar. (DINAMARCO, 2008, p.231).

Assim, a decisão ora analisada, da forma como fora proferida, é compatível com as bases da instrumentalidade, que defende uma interpretação isolada e solipsista do caso pelo juiz, sem a participação das partes quanto às questões que serão utilizadas para fundamentar o provimento e, conseqüentemente sem a observância do contraditório.

A linha teórica da instrumentalidade, a qual se apóia os tribunais, compartilha do entendimento de que a função jurisdicional trata-se de papel-missão do juiz na busca de uma aplicação solitária dos valores da sociedade. Essa atividade estrutura-se na predominância do papel dos juízes, sendo o processo legitimador de seus entendimentos, que devem ser aceitos e obedecidos (DINAMARCO, 2008, p.138-139), notadamente diante dos escopos metajurídicos do processo, vez que possibilita que a decisão se sustente em argumentos diversos dos discutidos pelas partes.

A proposta elaborada pelos instrumentalistas, sustenta-se no procedimento jurisdicional como instrumento para aplicação de um ideal predefinido (DINAMARCO, 2001, p.137), trazendo como centro um juiz com habilidades diferenciadas e uma teleologia vocacionada para os escopos (metajurídicos) já perseguidos pelos socializadores (NUNES, 2008b, p.147), abre a possibilidade para

a formação de decisões nos termos constantes do caso ora analisado.

Contudo, fiel à proposta da presente pesquisa - que consiste na reconstrução do contraditório numa perspectiva adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito -, pretende-se romper com a dogmática processual, sustentada no papel preponderante do juiz e numa leitura do contraditório como bilateralidade de audiência. Assim, necessário questionar, de forma crítica-reflexiva, a formação das decisões baseadas unicamente em argumentos levantados pelo juiz, de forma subjetiva e solipsista.

Não se pretende impedir que os juízes suscitem questões de conhecimento oficioso, ou qualquer outra questão relevante, mesmo sem a provocação das partes, contudo, deve a questão ser tratada em observância à garantia do contraditório. Ou seja, na possibilidade de garantir no processo espaço para as partes argumentarem sobre todas as questões relevantes para a decisão (BARROS, 2008b, p.141).

No presente caso, fica evidente que as partes foram surpreendidas com a decisão, pois o provimento teve como base questão suscitada de ofício pelo juiz, sem que lhes fosse concedida oportunidade de manifestarem, em desrespeito ao princípio do contraditório<sup>79</sup>.

Nota-se que o procedimento de formação das decisões no Brasil tem tratamento diverso dos ordenamentos europeus. O problema não se refere à deficiência normativa, pois no Brasil o princípio do contraditório trata-se de garantia estabelecida constitucionalmente (art. 5, inciso LV da Constituição da República de 1988). A questão reside em conferir aplicabilidade a esse princípio, bem como, interpretá-lo em conformidade com o modelo constitucional de processo, numa perspectiva compatível como o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Da análise dos ordenamentos europeus, verifica-se que o contraditório possui uma interpretação de conteúdo democrático, em consonância com o paradigma do Estado Democrático de Direito. A decisão nos países como França, Alemanha, Portugal, diferentemente do que ocorre no Brasil, é fruto de uma formação participada, não excluindo que qualquer dos sujeitos processuais tenham a possibilidade de participar de sua construção.

---

<sup>79</sup> A observância do contraditório na formação da decisão deve ser com base numa leitura compatível com o paradigma do Estado Democrático de Direito, ou seja, como espaço argumentativo de participação no processo de formação da decisão e não em sua aceção tradicional – como bilateralidade de audiência.

Demonstrada a importância que os ordenamentos francês, alemão e português conferem ao contraditório - notadamente quando a decisão tem como fundamento questão de conhecimento oficioso -, servirão como parâmetro para se proceder ao questionamento crítico-reflexivo do modelo tradicional de formação dos provimentos no ordenamento brasileiro.

### **4.3 A formação do provimento no ordenamento brasileiro: por uma interpretação conforme o paradigma do Estado Democrático de Direito**

Conforme descrito no item 4.2, prepondera na dogmática brasileira que o procedimento de formação das decisões seja com base apenas em argumentos e interpretação do caso de forma solitária pelo juiz, sendo o princípio do contraditório compreendido como simples “direito” de dizer e contradizer, ou seja, apenas como contraposição de teses.

A linha teórica da instrumentalidade, a qual se apóia os tribunais, não confere ao contraditório um tratamento de garantia de participação, pelo que a decisão pode ser com base em questões (mesmo as de conhecimento oficioso) que não foram submetidas ao conhecimento e discussão pelas partes, ou seja, conduzindo que o provimento seja formado sem a participação dos afetados.

Nessa perspectiva, o papel do juiz é compreendido como o de principal intérprete da lei, sendo-lhe possibilitado proferir decisão de forma subjetiva e solipsista, pois o juiz tem a liberdade de escolha da melhor opção que satisfaça seu sentimento de justiça (DINAMARCO, 2008, p.235). Dessa forma, o processo é instrumento legitimador dos entendimentos do juiz, os quais devem ser aceitos e obedecidos (DINAMARCO, 2008, p.138-139), justificando, assim, que a decisão se sustente em argumentos diversos dos discutidos pelas partes.

Confere-se ao juiz um papel de “super-parte”, o que ocasiona um esvaziamento do contraditório, partindo-se de uma credulidade na sua superioridade e em um suposto privilégio cognitivo (NUNES, 2008b, p.98), de forma que os provimentos sejam formados como base apenas na racionalidade e autoridade do decisor.

Essa formação solitária do provimento restou bem evidenciada na situação em que o magistrado ao suscitar questão de ofício - prescrição -, não a coloca para conhecimento e discussão das partes antes da formação do provimento, como no caso concreto ora analisado (item 4.2).

Contudo, a formação da decisão não se trata de atividade exclusiva do juiz, com base apenas em sua racionalidade, nos termos da linha teórica da instrumentalidade.

Diante da proposta do presente trabalho, que consiste na reconstrução do contraditório numa perspectiva adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito, pretende-se romper com a dogmática processual, sustentada no papel preponderante do juiz e numa leitura do contraditório como bilateralidade de audiência.

Essa ruptura encontra-se sustentação no estudo do processo num viés democrático, bem como, em bases comparatísticas, sendo possível demonstrar que o contraditório possui uma interpretação dinâmica em países como França, Alemanha e Portugal (4.1), o que diverge do tratamento que lhe é conferido no Brasil.

Não se pretende impedir que o juiz participe na interpretação do caso, e suscite questões de conhecimento oficioso, ou qualquer outra questão relevante, mesmo sem a provocação das partes. O que se pretende é que sua atuação esteja em consonância com o princípio do contraditório, numa leitura de acordo com o modelo constitucional de processo, sendo o processo compreendido como garantia constitutiva de direitos fundamentais, sustentando-se numa co-dependência entre os princípios do contraditório, ampla argumentação, terceiro imparcial e fundamentação das decisões (BARROS, 2008; 2009).

O caso concreto, objeto de análise (4.2), tomando como base a jurisprudência brasileira, sobre a aplicação da prescrição, notadamente quando esta questão é suscitada de ofício pelo juiz, restou evidente que a decisão fora objeto de surpresa para as partes, pois o provimento teve como base questão suscitada de ofício pelo juiz, sem que fosse concedida às partes oportunidade de manifestarem, em desrespeito ao princípio do contraditório.

Definido o contraditório como participação das partes, em simétrica paridade, na formação do provimento (GONÇALVES, 2001, p.127), ao juiz fora conferido o

papel-dever de assegurá-lo em todo o *iter* procedimental.

Assim, fazê-lo observar significa que o juiz tem como função de cumprir as normas do processo, de forma a assegurar que o contraditório não seja negligenciado, violado, e que a participação das partes em simétrica paridade seja eficazmente garantida. (GONÇALVES, 2001, p.126).

Ainda, tem o juiz o dever de observar o contraditório, o que significa que ele mesmo se submete às normas do processo pelas quais os atos das partes são garantidos, não podendo o juiz se recusar ao cumprimento da norma que instituiu o direito de igual participação das partes (GONÇALVES, 2001, p.126).

Como garantidor do contraditório, verifica-se que o juiz tem redefinido seu papel, perdendo a conotação de protagonista do procedimento, rompendo com a possibilidade da decisão ser com base unicamente em seus argumentos, na medida em que deve, também, ele mesmo observar o contraditório, ou seja, submeter-se às normas do processo, dentre elas a de garantir o contraditório.

Trata-se de exercer seu dever: o de garantir e observar o princípio do contraditório, ou seja, deve o juiz assegurar que as partes tenham conhecimento de todas as questões (inclusive as suscitadas de ofício) e coloque-as em condições de discussão.

Portanto, quando a decisão jurisdicional é formada em desacordo com os princípios constitucionais, em estrita inobservância ao modelo constitucional de processo, gera-se por conseqüência uma nulidade processual.

A decisão não pode se afastar dos princípios processuais que formam a base do modelo constitucional do processo sob pena de ser nula.

De acordo com BARROS (2009c, p.6) a teoria da nulidade, numa interpretação adequada ao modelo constitucional de processo, não pode ser vista simplesmente como vício intrínseco ao ato.

[...] as nulidades devem ser consideradas como forma de controle dos atos processuais, de sua regularidade e conformidade com o modelo constitucional de processo. Assim, somente pode ser considerada como uma conseqüência do reconhecimento pelo órgão julgador da desconformidade do ato frente ao modelo constitucional de processo, gerando, como conseqüência, a necessidade de se refazer o respectivo ato, declarando-o nulo. Ou seja, a nulidade é uma sanção decorrente da desconformidade com o modelo legal. (BARROS, 2009c, p.6).

Portanto, verificado no caso concreto que a decisão foi formada em desconformidade ao modelo constitucional de processo, ou seja, sem a observância aos princípios constitucionais que compõem a base principiológica processual, deve o provimento ser declarado nulo, pois não fora formado com a garantia do contraditório, da ampla argumentação, do juiz imparcial e da fundamentação racional da decisão (BARROS, 2008; 2009).

Dessa forma, no caso concreto ora analisado, o juiz não pode simplesmente desconsiderar na construção do provimento a participação das partes, pelo que ao verificar a aplicação da norma prevista no artigo 219, §5 do CPC, deve atuar em conformidade ao modelo constitucional de processo, ou seja, não pode desconsiderar no procedimento de formação da decisão, os princípios do contraditório, da ampla argumentação e da fundamentação racional da decisão.

Assim, todas as questões relevantes para a formação do provimento devem ser introduzidas para o debate, ou seja, devem ser submetidas ao contraditório e à ampla argumentação das partes, pois, caso não seja observado, isto é, se o juiz não atuar de forma a garantir que a decisão seja produto de uma construção adequada ao modelo constitucional de processo, resultará em nulidade.

Deveria o juiz, no caso analisado, entendendo que ao caso seria aplicável a prescrição, ter oportunizado um debate sobre esta questão, concedendo às partes a possibilidade de argumentativamente debaterem sobre ela, em contraditório, para que no momento da formação do provimento, a fundamentação da decisão não esteja dissociada do campo argumentativo debatidos nos autos, isto é, não seja produto de um entendimento solitário do juiz.

E, conforme demonstrado pela análise do direito comparado, a justificativa para que o contraditório seja respeitado, inclusive nos casos em que o juiz suscita questões de ofício, dá-se diante do fato de que a iniciativa do juiz não pode suscitar surpresa, pois não se permite que a decisão seja fundada sobre questões as quais as partes não tiveram conhecimento e não se manifestaram. Exigência essa observada pelas legislações européias (4.1).

Essa discursividade entre os sujeitos processuais ocasiona um resgate da importância técnica e legitimadora do processo, pois por meio da observância do princípio do contraditório, possibilita que o resultado de todas as questões discutidas (levantadas por qualquer dos sujeitos processuais) e relevantes para a decisão

sejam observadas na formação do provimento.

O juiz deve provocar de ofício o debate prévio das partes sobre quaisquer questões determinantes para a formação da decisão, em cumprimento ao seu dever de garantir a observância do princípio do contraditório e atuar em conformidade com o modelo constitucional de processo.

Quando o juiz, antes de proferir a decisão, consulta as partes sobre todas as questões, mesmo as de conhecimento oficioso, permite um diálogo com as partes, pelo que não serão surpreendidas por decisão que se apóie em ponto fundamental sobre o qual não tiveram a oportunidade de se manifestarem, sendo a decisão formada com base nos argumentos discutidos (OLIVEIRA, 1999, p.4).

Como ocorre no ordenamento francês, alemão e português, o contraditório converte-se numa obrigação para o juiz, pois deve possibilitar às partes se manifestarem sobre qualquer questão, de tal modo a poder influir sobre o resultado do provimento, tratando-se de uma garantia de influência (NUNES, 2008b, p.227) no desenvolvimento e resultado do processo.

Quando o tribunal enquadra juridicamente uma situação de forma diversa da perspectiva das partes ou quando o órgão jurisdicional de ofício suscita questão relevante para a decisão da causa, deve oportunizar às partes a possibilidade de se manifestarem, evitando as chamadas “decisões-surpresa”, decisões estas proferidas sobre matéria de conhecimento oficioso sem a prévia discussão pelas partes.

A compreensão do processo no paradigma do Estado Democrático de Direito dá-se por meio de condições de discussão contínua entre os atingidos, o que se efetiva pela garantia de efetivação do princípio do contraditório, de forma que o indivíduo tenha a oportunidade de influir nas decisões.

Assim, ao mesmo tempo em que os cidadãos são os destinatários das normas garantidoras dos direitos fundamentais, participam de sua formulação, reconhecendo-se como seus autores (HABERMAS, 2003, p.163).

O contraditório, no modelo constitucional de processo deve ser interpretado em consonância com os demais princípios processuais, de modo que a fundamentação da decisão seja indissociável do contraditório.

Dessa forma para que a decisão seja fruto de uma construção participada, de forma coerente com o modelo constitucional do processo, o juiz não pode simplesmente desconsiderar que a construção da decisão seja fruto da participação

das partes, pois ao se garantir o contraditório e a fundamentação adequada da decisão, garante-se, igualmente, a ampla argumentação, oportunizando que as partes participem no procedimento de formação da decisão (BARROS, 2009a, p.18).

A garantia de participação dos afetados na construção do provimento, é base da compreensão do contraditório, que somente será plenamente garantida se a referida decisão apresentar em sua fundamentação a argumentação dos respectivos afetados, que podem, justamente pela fundamentação, fiscalizar o respeito ao contraditório e garantir a aceitabilidade racional da decisão. (BARROS, 2008b, p.135), posto que no modelo constitucional de processo, percebe-se a co-dependência entre os princípios constitucionais, para a compreensão de uma decisão formada em bases democráticas.

Portanto, o contraditório, não se trata de mera garantia de dizer e contradizer, ou de mera participação das partes, mas tem a conotação de garantia de que os argumentos levantados e discutidos por elas sejam observados quando da formação do provimento final.

Por isso que, quando o juiz verificar que determinada questão, seja de conhecimento oficioso ou não, será importante para a decisão, deve colocá-la para discussão das partes.

Assim, mais do que garantia de participação das partes, o contraditório deve efetivamente ser entrelaçado com o princípio da fundamentação das decisões. Uma decisão que desconsidere, ao seu embasamento, os argumentos produzidos pelas partes no *iter* procedimental será nula e, a rigor, não havia sequer pronunciamento jurisdicional, tendo em vista que lhe faltaria a necessária legitimidade (LEAL, 2002 p.105).

Para que uma decisão seja válida e legítima, necessário que quando de sua construção sejam respeitados o contraditório e fundamentação das decisões, o que impede que o provimento seja um ato isolado do terceiro imparcial (juiz) (BARROS, 2009a, p. 18). Essa relação entre os princípios garante argumentativamente a aplicação das normas jurídicas de forma que o provimento seja produto de um esforço reconstrutivo do caso concreto pelas partes afetadas (BARROS, 2009a, p. 18).

Assim, o contraditório, numa leitura democrática, trata-se de uma garantia de influência e não-surpresa (NUNES, 2008a, p.170) e constitui verdadeira garantia de

influência das partes no resultado do processo (NUNES, 2008b, p.227), impondo ao juiz o dever de garanti-lo e observá-lo ele mesmo (FAZZALARI, 1992).

No caso ora analisado (4.2) deveria o juiz ter oportunizado o debate acerca de todas as questões – inclusive as suscitadas de ofício - pois, no Estado Democrático de Direito, somente assim, a decisão judicial se adequa à noção de que o sujeito de direitos é autor e destinatário da norma jurídica (HABERMAS, 2003), pois participa através de seus argumentos na sua construção (BARROS, 2008b, p.147).

Deste modo, conclui-se a partir do caso concreto objeto de análise, que a decisão fora construída em total dissonância com o processo concebido no paradigma do Estado Democrático de Direito, pois formada apenas com base numa interpretação solitária e subjetiva do juiz. Não se observou os princípios constitucionais que formam a base do modelo constitucional de processo, ou seja, foram inobservados o contraditório, a ampla argumentação e da fundamentação adequada da decisão.

O juiz deve atuar conforme ao modelo constitucional de processo, em que lhe é imposto o dever de oportunizar a discussão sobre todas as questões - mesmo as suscitadas de ofício -, em contraditório, para que as partes possam argumentar discursivamente, posto que, a fundamentação da decisão deve ser com base nas questões objeto da discursividade havida entre as partes, sob pena de nulidade.

Somente a partir da observância dos princípios constitucionais que formam a base do modelo constitucional do constitucional de processo, que é possível garantir que a decisão seja produto de uma construção participada pelos que serão afetados por ela, pois o provimento não é ato exclusivo do juiz.

## 5 CONCLUSÃO

O princípio do contraditório deve ser analisado a partir de uma interpretação constitucionalmente adequada, de forma a garantir, no processo de formação das decisões, a participação dos afetados, pois além de destinatários, figuram também como autores do ato, na medida em que sofrerão seus efeitos.

Demonstra-se inadequada a forma como os instrumentalistas concebem o contraditório, que somente atende uma estrutura procedimental de formação da decisão com bases subjetivistas, sendo fruto da concepção solipsista do juiz, excluindo a efetiva participação dos interessados na construção do provimento.

A formação da decisão não se trata de atividade exclusiva do juiz nos termos da linha teórica da instrumentalidade, pois nessa perspectiva não é conferida às partes o direito de participar na construção da decisão, sendo o contraditório tratado pelos instrumentalistas como simples direito de dizer e contradizer.

Dessa forma, por meio da ruptura da concepção conferida pela dogmática brasileira ao contraditório, que ainda se encontra ligada ao paradigma do Estado social, construída sobre o pilar do protagonismo judicial, verifica-se a necessidade de se romper com essa concepção, posto que, no paradigma jurídico vigente na modernidade – o do Estado Democrático de Direito – o princípio do contraditório deve ser interpretado num viés democrático e não com base no socialismo processual, paradigma este já superado.

Nessa linha reconstrutiva do princípio, verificou-se que desde o seu surgimento o contraditório apresenta avanços e retrocessos. Desde o período do direito comum o processo (*ordo iudicarium*) tinha suas bases na observância do contraditório, sendo este concebido como uma garantia de igualdade. Nesse período o procedimento era marcado por uma versão forte do contraditório, pois possuía uma função compensadora diante as diversas formas de desigualdades apresentadas no processo, sendo essa compensação a primeira regra de aplicação do contraditório.

Contudo, no decorrer dos séculos XVII e XVIII, que se caracteriza pela passagem do *ordo iudicarius* medieval ao processo moderno (*processus*), o contraditório entrou em declínio, permanecendo à margem do fenômeno processual.

Nessa fase de declínio, o contraditório passou a ser concebido apenas como uma bilateralidade de audiência, ou seja, consistia no direito de ser ouvido pelo juiz, bastando apenas o dizer e o contradizer para sua observância.

Importante ressaltar que nesse período do processo comum, apesar dessa visão embrionária do contraditório, tratava-se de privilégio apenas de uma casta social e não um direito de indivíduos e cidadãos. A interpretação do processo e do contraditório, nos moldes atuais, diferentemente do que ocorria no período do processo comum, está lastreada numa teoria de direitos fundamentais, algo impensável naquela época.

Delineado os avanços e retrocessos do contraditório no contexto do direito comum, sua compreensão perpassa quando do surgimento do Estado moderno, a partir de uma análise dos paradigmas de direito do Estado de liberal, Estado social até o Estado Democrático de Direito.

Uma vez superado o absolutismo, o surgimento do Estado moderno marcou o reconhecimento de que o indivíduo era dotado de direitos e deveres, tendo como marco a Revolução Francesa (1789) que criou o alicerce para o Estado liberal, buscando sua legitimação através da positivação dos direitos denominados fundamentais - liberdade, igualdade e propriedade privada -, estruturantes da autonomia da vontade dos indivíduos.

Verificou-se que com a vigência do paradigma liberal o indivíduo assumiu o papel de sujeito de direitos sendo-lhe reconhecidos direitos e garantias processuais que até então não lhe eram conferidos, em prol de sua autonomia individual.

Nesse período a atuação estatal restringia-se ao mínimo necessário para garantir os direitos conquistados pelos indivíduos, ou seja, garantir a sua maior liberdade possível. Nesse contexto dimensionado por uma perspectiva privatística, o processo era marcado pela dominação das partes, que possuíam completo domínio da atividade processual. Ao juiz era conferida a tarefa de uma atividade mecânica de aplicador da lei e permanecia alheio ao processo. Vigorava o princípio da escritura, pelo que o juiz devia julgar apenas com base nos escritos, sem entrar em contato direto com as partes, como forma de garantir sua imparcialidade e o contraditório, desenvolvido apenas entre as partes, limitava-se ao dizer e contradizer, ou seja, reduzia-se a uma mecânica contraposição de teses.

No decorrer do século XIX, buscou-se melhores técnicas processuais, idealizada com a criação de um novo modelo, o da socialização processual, no qual buscava estabelecer uma igualdade material entre as partes, havendo ressonância na forma como o contraditório passou a ser concebido, em face do esgotamento das propostas liberais.

No contexto da socialização processual o juiz também teve seu campo de atuação estendido. Seu papel que antes era reduzido à mera aplicação mecânica da lei, com a materialização do direito, amplia-se a forma de atuação.

O processo, na perspectiva socializadora, visto como instrumento de transformação social tinha como objetivo a pacificação social, conduzindo ao fortalecimento do papel do juiz (protagonismo judicial) e conseqüente esvaziamento do papel das partes, tendência decorrente do paternalismo estatal que teve reflexos no princípio do contraditório.

O ativismo judicial neutralizou o papel das partes e o contraditório permaneceu à margem do fenômeno processual, posto que com o intuito de garantir a igualdade, o juiz realizava uma função eminentemente assistencial conduzindo a uma substituição de seus papéis.

Nesse período o contraditório era entendido apenas como direito à bilateralidade da audiência em que se conferia às partes a devida informação e reação, atendendo-se somente a uma estrutura procedimental dirigida por uma perspectiva unilateral do juiz.

Contudo verificou-se que a política compensatória do Estado social, inclusive no âmbito jurisdicional não atendia os anseios de uma cidadania participativa, o que ocasionou a necessidade de se pensar numa nova postura para o processo e o princípio do contraditório.

Nessa perspectiva reconstrutiva, verifica-se que de acordo com a proposta do Estado Democrático de Direito, o contraditório constitui garantia de participação dos afetados nos processos de discussão e formação das decisões, posto que figuram como os principais afetados.

Nesse paradigma, importante se torna a participação dos indivíduos afetados na garantia de autodeterminação dos direitos fundamentais, pois a proposta desse novo paradigma consiste que o indivíduo tenha a oportunidade de influir nas decisões.

A leitura democrática do contraditório somente fora possível a partir das apropriações da teoria do processo como procedimento realizado em contraditório, idealizada por Elio Fazzalari (1992), do modelo constitucional de processo conforme proposta pelos italianos Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera (1997), analisadas em conjunto com a Teoria do discurso de Jürgen Habermas (2003).

A Teoria do Discurso proposta por Habermas (2003) fornece as bases que conferem uma visão democrática ao estudo do processo, na medida em que de acordo com a Teoria do Discurso para o Direito ser legítimo, necessária a participação do cidadão na formação da opinião.

Com o surgimento do Estado Democrático de Direito, possibilitou-se a participação dos afetados nos processos de formação das decisões e é com base nessa perspectiva democrática que o contraditório deve ser compreendido.

A Teoria do processo como procedimento em contraditório constitui um referencial importante para o Direito Processual, uma vez que estabelece o contraditório como garantia de simétrica paridade de participação no processo, bem como, insere a participação dos afetados como elemento essencial do processo conferindo-lhe bases mais democráticas. E aliada esta teoria (de Fazzalari) a noção ao modelo constitucional de processo, o qual consolida o processo como garantia, foi possível uma leitura do contraditório em bases democráticas.

Assim, embasado pelo modelo constitucional de processo fora possível estruturar o processo, no plano constitucional e da técnica processual, como efetiva garantia democrática.

O processo compreendido a partir do modelo constitucional, não é mais entendido apenas como procedimento realizado em contraditório, porque vários outros princípios processuais configuram a base para uma compreensão constitucionalmente adequada do processo, havendo uma co-dependência entre eles, formando uma base uníssona, pois cada princípio é condição para o respeito aos demais.

Em face disso, verifica-se que o contraditório tem seu conceito ampliado como o espaço argumentativo para a construção participada da decisão pelos afetados, não podendo mais ser concebido apenas como simétrica paridade ou igualdade de participação. Verifica-se que lhe é conferido uma conotação de garantia de influência, ou seja, os argumentos das partes devem ser observados quando da

formação do provimento.

Portanto, para que uma decisão seja válida e legítima, necessário que quando de sua construção sejam respeitados o contraditório e fundamentação adequada das decisões, o que impede que o provimento seja um ato isolado do terceiro imparcial (juiz). Essa relação entre os princípios garante argumentativamente a aplicação das normas jurídicas de forma que o provimento seja produto de um esforço reconstrutivo do caso concreto pelas partes afetadas.

Uma vez reconstruído o contraditório em bases democráticas, conseqüentemente as funções processuais dos sujeitos foram redefinidas como forma de conferir ao juiz uma atuação em relação ao contraditório de forma a compatibilizar com o processo no paradigma do Estado Democrático de Direito.

No liberalismo processual atuação do juiz era tipicamente passiva e as partes tinham completo domínio sobre o desenvolvimento do processo, vigorando o princípio dispositivo e com o socialismo, o juiz teve ampliado seu papel gerando como conseqüência a redução das atividades das partes o que desencadeou em conferir ao juiz uma participação mais ativa no processo.

Esse papel preponderante conferido ao juiz e, via de conseqüência, às partes fora atribuída uma posição de sujeição, exprime a idéia de vínculo de sujeição que configura a base da Teoria da relação jurídica, idealizada por Oskar Büllow em 1868. Essa teoria, que confere contornos hierárquicos à atuação das partes em face da idéia de vínculo de subordinação, trata-se da teoria mais aceita pela dogmática brasileira, e a qual se apóia a teoria instrumentalista.

O papel do juiz na Teoria instrumentalista é supervalorizado, podendo atuar de forma solipsista e, diante disso, a formação de provimentos tem como base apenas a racionalidade e autoridade do decisor.

Contudo, embasado na teoria do processo como procedimento realizado em contraditório e no modelo constitucional de processo, abandona-se a idéia de protagonismo e que o provimento seja obra solitária do juiz, conforme defendido pela instrumentalidade, pois viabiliza, pela observância do contraditório e dos demais princípios que formam a base do processo, a participação das partes na formação do provimento.

Consolida-se que a decisão seja construída de forma participada pelos afetados, o que se torna possível diante da presença do contraditório como garantia

de participação e, em observância aos demais princípios que compõem a base do modelo constitucional de processo.

Assim, a atuação do juiz no *iter* processual para a Teoria fazzalariana possui uma importante conotação, pois o juiz ao exercer uma atividade jurisdicional de natureza pública, possui função, pois sua atuação compreende a realização de atos e cumprimento de deveres e, dentre um dos deveres, está compreendido garantir o contraditório. Diante dessa leitura, ao juiz não é mais conferida a conotação de protagonista central do procedimento, rompendo com a possibilidade da decisão ser com base unicamente em seus argumentos, na medida em que deve, também, ele mesmo observar o contraditório, ou seja, submete-se às normas do processo, dentre elas a de garantir o contraditório.

Assim, o juiz, para Fazzalari não participa em contraditório "com as partes", no sentido de ser contraditor, pois não tem interesse e nem será afetado pela decisão final. Ele tem o papel-dever de oportunizar, garantir, bem como, observar, ele mesmo, o contraditório.

Quando o juiz participa do contraditório, ele está exercendo seu dever: o de garanti-lo e observá-lo, ou seja, deve assegurar que as partes tenham conhecimento de todas as questões (inclusive as suscitadas de ofício) e coloque-as em condições de discussão. Entretanto esse dever não o coloca na posição de atuar em contraditório com as partes, porque ele não é contraditor (não é destinatário do provimento), contudo, isso não o exclui de participar juntamente com as partes no processo de formação da decisão, de forma a fomentar o debate preventivo.

Ainda, numa perspectiva democrática, embasado pela modelo constitucional de processo, o contraditório passa a ser compreendido não apenas como garantia de participação em simétrica paridade nos atos preparatórios do provimento pelos afetados, mas como princípio constitucional, definido em moldes processuais, como o espaço argumentativo para construção participada da decisão, em observância não apenas ao contraditório, mas aos outros princípios que formam a base no modelo constitucional de processo.

Diante disso, o juiz além de garantir o contraditório (a participação das partes na construção do provimento), deve, também, garantir de que as questões discutidas de forma participada pelos sujeitos processuais (partes, juiz, ministério público, auxiliares, etc) sejam observadas quando da formação da decisão.

Constatou-se, diante disso, que o juiz não apenas garante o contraditório como espaço argumentativo para construção da decisão pelos afetados, mas além de garanti-lo (o contraditório) deve também garantir a ampla argumentação, de forma que as partes possam reconstruir o discurso, bem como, a fundamentação das decisões, devendo levar em consideração os argumentos colocados em contraditório. Isso decorre do fato de que, esses princípios são co-dependentes e compõem a base do modelo constitucional do processo.

Ao se definir o papel do juiz em relação ao contraditório, numa interpretação constitucionalmente adequada, de forma que deve garantir de que todas as questões discutidas pelas partes em contraditório sejam observadas na fundamentação da decisão, sendo produto de um esforço reconstutivo pelos sujeitos processuais, foi possível, por meio da análise de um caso concreto, conferir uma interpretação constitucionalmente adequada ao princípio do contraditório, demonstrando os reflexos sobre o papel desempenhado pelos sujeitos processuais nos procedimentos de formação das decisões pelos tribunais, levando em consideração o modelo constitucional de processo.

Assim, diante de uma análise crítica-reflexiva de como o princípio do contraditório é interpretado e aplicado nos diferentes ordenamentos processuais, especificamente nos casos em que o juiz suscita de ofício questão que não fora levantada pelas partes, bem como, numa perspectiva comparatística – com base nos ordenamentos europeus - foi possível formular a crítica empreendida ao modelo tradicional de formação dos provimentos no Brasil (nos termos preconizados pelos instrumentalistas), de forma a justificar a proposta de reconstrução democrática do princípio do contraditório compatível com o modelo constitucional de processo.

Para tanto, parte-se de uma reflexão acerca de como o princípio do contraditório é interpretado em outros ordenamentos processuais nos termos das legislações francesa e européias (Alemanha e Portugal).

O que se verificou é que a legislação processual francesa estabelece que o contraditório não se opera somente entre as partes, mas trata-se de um dever-ônus do juiz, pois além de garantir sua observância, o juiz deve também, ele mesmo observá-lo, ou seja, provocar de ofício o prévio debate das partes sobre todas as questões que serão determinantes para a decisão. Assim, o contraditório deve ser garantido, inclusive nos casos em que o juiz suscita questões de ofício, diante do

fato de que a iniciativa do juiz não pode suscitar surpresa, pois não se permite que a decisão seja fundada sobre questões as quais as partes não tiveram conhecimento e não se manifestaram

Como ocorre no ordenamento francês, o contraditório no ordenamento alemão converte-se, igualmente, num dever para o juiz, pois se possibilita às partes manifestarem sobre qualquer questão, de tal modo a poder influir sobre o resultado do provimento, tratando-se de uma garantia de influência no desenvolvimento e resultado do processo.

Seguindo esta mesma linha o ordenamento processual português estabelece normas para aplicabilidade desse princípio. Estabelece a cooperação entre os sujeitos processuais, tendo como consequência a intensificação do contraditório, alargando o seu alcance, sendo possível às partes influenciarem com seus argumentos na formação da decisão evitando serem surpreendidas com decisão fundamentada em questões que não tiveram conhecimento e entendimentos judiciais predefinidos.

Dessa análise comparatística do ordenamento processual estrangeiro, verifica-se que o contraditório possui uma interpretação adequada a paradigma do Estado Democrático de Direito. Trata-se de verdadeiro espaço argumentativo para a construção participada das decisões pelos afetados, sendo interpretado como princípio de não surpresa e de influência, pois todas as questões, pois devem ser colocadas em discussão para as partes, para que possam se pronunciar a respeito. Assim, não é legítima uma decisão fundada sobre questões não debatidas, devendo ser construída de forma participada por todos os sujeitos.

Ressalte-se que ao se conferir uma interpretação constitucionalmente adequada ao contraditório, não se pretende impedir que os juízes participem do processo de formação da decisão - suscitando questões de conhecimento oficioso, ou qualquer outra questão relevante, mesmo sem a provocação das partes -, contudo, o que se pretende é que sua atuação deve observar o princípio do contraditório, ou seja, deve-se garantir no processo espaço para as partes argumentarem sobre todas as questões relevantes para a decisão.

Tal fato decorre de que as partes não podem ser surpreendidas com a decisão, pois a formação do provimento não se trata de atividade exclusiva do juiz, com base apenas em sua racionalidade, nos termos da linha teórica da

instrumentalidade.

Nota-se que o procedimento de formação das decisões no Brasil tem tratamento diverso dos ordenamentos europeus. O problema não se refere à deficiência normativa, pois no Brasil o princípio do contraditório trata-se de garantia estabelecida constitucionalmente (art. 5, inciso LV da Constituição da República de 1988). A questão reside em conferir aplicabilidade a esse princípio, bem como, interpretá-lo em conformidade com o modelo constitucional de processo, numa perspectiva compatível como o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Portanto, diante da proposta do presente trabalho, que consiste na reconstrução do contraditório numa perspectiva adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito, pretendeu-se romper com a dogmática processual, sustentada no papel preponderante do juiz e numa leitura do contraditório como bilateralidade de audiência.

Isso decorre do fato de que, quando uma decisão jurisdicional é formada em desacordo com os princípios constitucionais, em estrita inobservância ao modelo constitucional de processo, ou seja, sem a observância aos princípios constitucionais que compõem a base principiológica processual - contraditório, da ampla argumentação, do juiz imparcial e da fundamentação adequada da decisão -, deve o provimento ser declarado nulo.

Assim, todas as questões relevantes para a formação do provimento devem ser introduzidas para o debate, ou seja, devem ser submetidas ao contraditório e à ampla argumentação das partes, pois, caso não seja observado, isto é, se o juiz não atuar de forma a garantir que a decisão seja produto de uma construção adequada ao modelo constitucional de processo, resultará em nulidade.

O contraditório, no modelo constitucional de processo deve ser interpretado em consonância com os demais princípios processuais, de modo que a fundamentação da decisão seja indissociável do contraditório.

Dessa forma para que a decisão seja fruto de uma construção participada, de forma coerente com o modelo constitucional do processo, o juiz não pode simplesmente desconsiderar que a construção da decisão seja fruto da participação das partes, pois ao se garantir o contraditório e a fundamentação adequada da decisão, garante-se, igualmente, a ampla argumentação, oportunizando que as partes participem no procedimento de formação da decisão.

Portanto, a garantia de participação dos afetados na construção do provimento, é base da compreensão do contraditório, que somente será plenamente garantida se a referida decisão apresentar em sua fundamentação a argumentação dos respectivos afetados, que podem, justamente pela fundamentação, fiscalizar o respeito ao contraditório e garantir a aceitabilidade racional da decisão, posto que no modelo constitucional de processo, percebe-se a co-dependência entre os princípios constitucionais, para a compreensão de uma decisão formada em bases democráticas.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ANDOLINA, Ítalo. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. **Revista de Processo**, São Paulo, v.87, p. 63-69, jul./set. 1997.

ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano**. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997. 275p.

ANDRADE, Odilon de. Os poderes do juiz no processo civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 37, v.54, p.03-14, out. 1940.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Habermas. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004 p.301-357.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Processo Constitucional. **Revista de Direito Comparado da UFMG**, Belo Horizonte, v.4, p. 49-131, 2000  
BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. **Revista de Processo**, São Paulo, n.27, p.186-199.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re) forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas leis n. 11.690/08-11.719/08**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009a. 167p.

BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v.1, n. 6, p.131-148, 2008b.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008a, 214p.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da constituição. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA,

Marcelo Andrade Cattoni de (Org.) **Constituição e processo**: a constituição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009b. Cap. 2, p. 331-345.

BARROS, Flaviane Magalhães. **Nulidades e modelo constitucional de processo**. 2009c, 16p. (No Prelo)

BARROS PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães. O paradigma do Estado Democrático de Direito e as teorias do processo. **Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte: PUC Minas, ano 3, n.1, jun. 2004. Disponível em:

<[http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1\\_2004/o%20paradigma%20do%20estado%20democratico%20de%20direito.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2004/o%20paradigma%20do%20estado%20democratico%20de%20direito.pdf)> Acesso em: 26.abr.2007.

BARROS PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães. O processo, a jurisdição e a ação sob a ótica de Elio Fazzalari. **Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito - Virtualjus**. Belo Horizonte, PUC Minas, v. 1, p.01-29, 2003.

BARROS PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães; CARVALHO, Marius Fernando Cunha de; GUIMARÃES, Natália Chernicharo. O princípio da ampla defesa: uma reconstrução a partir do paradigma do estado democrático de direito. VIII CONGRESSO DA PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. **Anais**. Fortaleza: Boiteuax, 2005.

BAUR, Fritz. Da importância da dicção “iura novit curia”. **Revista de Processo**. São Paulo, n.3, p.169-177, jul/set. 1976.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Causa de pedir e pedido no processo civil**: (questões polêmicas). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.13-52.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, 118p.

BIRCHAL, Alice de Souza. **A sentença da parte incontroversa da demanda**. Belo Horizonte, 2005, 170f. Tese (Doutorado)- Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Biniu, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, 239p.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 15ª Câmara Cível, Apelação Cível 1.0024.05.577898-9/001, Rel. Des. Bittencourt Marcondes, j. em 15-03-2007 disponível em [http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt\\_/inteiro\\_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0024&ano=5&txt\\_processo=577898&complemento=001&sequencial=&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=](http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0024&ano=5&txt_processo=577898&complemento=001&sequencial=&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=)

BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 229p.

CABRAL, Antônio do Passo. **Imparcialidade e imparcialidade**: por uma teoria sobre a repartição e incompatibilidade de funções no processo civil e penal. In: DIDIER JR, Fredie (Org.) **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. 1.ed. Salvador: Jus Podium, 2008. p. 99-124.

CABRAL. Antônio do Passo. O contraditório como dever de boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 30, n. 126, p.59-81, ago. 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. *Revista de Processo*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Ano 32, n.153, nov. 2007, p.33-46.

CAPPELLETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado**. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, 115p.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004 p.25-44.

CÓDIGO de Processo Civil Português. Disponível em:  
<<http://www.portolegal.com/CPCivil.htm>> Acesso em: 07 maio 2008.

CÓDIGO Processo Civil Francês: Nouveau Code de Procédure Civile Disponível em:  
<<http://www.droit.org/codes/CPROCIVO.html>> ou  
<http://www.artnet.com.br/~lqm/ncpc.htm> -acessado em 17.10.2007> - Acesso em:

07 maio 2008.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garantias constitucionais e “giusto processo”: modelos a confronto. **Revista de Processo**, n. 90, ano 23, abril-junho 1998.

DELGADO, José Augusto. Sujeitos do processo. **Revista de Processo**, São Paulo, Ano 7, n.30, p.61-108, abr/jun. 1983.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. 400p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5 ed São Paulo: Malheiros, 2005, v. 2.

FAZZALARI, Elio. Diffusione del processo e compiti della dottrina. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano: Giuffrè, n.3, 1958, p.861-880.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução Elaine Nassif. Campinas. São Paulo: Bookseller, 2006. 780p.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni de diritto processuale**. Padova: CEDAM, 1992. 744p.

FERRI, Corrado. Sull'effettività del contraddittorio. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano: Giuffrè, n.3, 1988, p.780-795.

GALUPPO, Marcelo Campos. Matrizes do pensamento jurídico: um exemplo a partir da literatura. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). **O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático d Direito**. Belo Horizonte: PUC Minas Editora, 2006, p.515-529.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2001. 219p.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. O dever de cooperação dos juízes e tribunais com as partes: uma análise sob a ótica do direito comparado (Alemanha, Portugal e Brasil). **Revista da Esmape**, v. 5, n.11, jan./jun-2000, p.247-273.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, Ano 7, n.27,

p.71-79, jul./set. 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade.** Tradução Flávio Bueno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003 v. 1-2.

HABSCHEID, Walther J. As bases do direito processual civil: Relatório apresentado ao Congresso Internacional de Direito Processual - Gand (Bélgica), pelo Prof. Dr. Walther J. Habscheid. **Revista de Processo.** São Paulo, jul./dez, v. 3, n. 11-12, p.117-145, 1978.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões: no direito processual democrático.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. 111p.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica.** São Paulo: Landy, 2002, 206p.

LOPES, João Batista. Contraditório, paridade de armas e motivação da sentença. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier.** Vários autores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.265-270.

MORAES, José Luis Bolzan de; ESPÍNOLA, Angela Araujo da Silveira. O estado e seus limites: reflexões em torno dos 20 anos da constituição brasileira de 1988. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica.** Porto Alegre, v.6, p.207-238, 2008.

MORAES, José Luis Bolzan de; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNOLA, Angela Araujo da Silveira. Jurisdição constitucional e participação cidadã: por um processo formal e substancialmente vinculado aos princípios político-constitucionais! In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Org.) **Constituição e processo: a constituição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009. Cap. 3, p. 113-141.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e instrução do processo: temas de direito processual.** 2.ed. - Terceira série (do mesmo autor: José Carlos Barbosa Moreira). São Paulo: Saraiva, 1984, p.3-15.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **As bases do direito processual civil**: temas de direito processual. 2.ed. - Primeira série (do mesmo autor: José Carlos Barbosa Moreira). São Paulo: Saraiva, 1988, p.3-15.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O problema da “divisão do trabalho” entre o juiz e as partes**: aspectos terminológicos: temas de direito processual - Quarta série (do mesmo autor: José Carlos Barbosa Moreira). São Paulo: Saraiva, 1989a, p.35-44.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo**: temas de direito processual - Quarta série (do mesmo autor: José Carlos Barbosa Moreira). São Paulo: Saraiva, 1989b, p.45-51.

NEGRI, André Del. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo**: teoria da legitimidade democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2003. 118p.

NORMAND. Jaques. I poteri del giudice e delle parti quanto al fondamento delle pretese controverse. **Rivista Diritto Processuale**, ano 43, n.3, 1988, Padova: Cedam, p.722-750.

NUNES, Dierle José Coelho. **Direito Constitucional ao recurso**: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação das decisões. Com comentários à Lei 11.187-2005 que alterou a sistemática do recurso de agravo. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006, 216p.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, v.5,n.29, maio-jun. 2004 p.73-85.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: DIDIER JR, Fredie (Org.) **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. 1.ed. Salvador: Jus Podium, 2008a. p. 151-174.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008b, 281p.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Garantia do contraditório**. Disponível em: <<http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/olivei1.htm>>, 1999. Acesso em: 12 mar.2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista de**

**Processo**, São Paulo, n.73, p.7-14, jan.mar. 1994.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista da Ajuris**, Ano 30, n.90, p.55-84, jun. 2003.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Devido processo legislativo**: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, 228p.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. 208p.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Processo e jurisdição na constituição da república federativa do Brasil: contribuição para uma reconstrução no marco da teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, 2008, v.6, p.347-366.

PICARDI, Nicola. Audiatur et altera pars. Le matrici storico-culturali del contraddittorio. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano: Giuffrè, ano LVII, p.07-22, 2003.

PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, n.3, p. 673-681, jul./set. 1988.

PICARDI, Nicola; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org). **Jurisdição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 155p.

PRATES, Tatiana de Oliveira. Das formas de estado à constitucionalidade brasileira. In: LEAL, Rosemiro Pereira. (Coord.). **Uma pesquisa institucional de estado, poder público e união na constitucionalidade brasileira**. Belo Horizonte: Editora Universidade Fumec, 2008, p.377-401.

RIGHI, Ivan. L'efficacia probatória del comportamento delle parti nel processo civili brasiliano. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova: Cedam, Ano 41, n.1, p.137-145, [198-].

SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. **Revista de Processo**, ano 22, n.86, abr./jun. 1997, p.174-184.

TARUFFO, Michele. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa. **Rivista Trimestrale do Diritto e Procedura Civile**, Milano Giuffrè, 2006, ano LX, n.2 p.451-482.

TARZIA, Giuseppe. L'art. 111 cost. e le garanzie europee del processo civile. **Revista de Processo**, São Paulo,, Ano 26, n.103, p.156-174, jul./set. 2001.

TAVARES, Fernando Horta. Acesso ao direito, duração razoável do procedimento e tutela jurisdicional efetiva nas Constituições brasileira e portuguesa: um estudo comparativo In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Coord.) **Constituição e processo**: a constituição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 265-279.

TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**. São Paulo: Saraiva, 1987.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; SANTOS, Evaristo Aragão. Sobre o ponto de equilíbrio entre a atividade instrutória do juiz e o ônus da parte de provar. In: MEDINA, José Miguel Garcia *et al.* I(Coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. Vários autores. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.152-177.

**ANEXO**

**ANEXO A - EMENTA****Número do processo: 1.0024.05.577898-9/001****Relator: BITTENCOURT MARCONDES****Relator do Acórdão: BITTENCOURT MARCONDES****Data do Julgamento: 15/03/2007****Data da Publicação: 17/04/2007****Inteiro Teor:**

EMENTA: AÇÃO DE COBRANÇA. INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. PRESCRIÇÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO (ART. 219, §5º, CPC). EFEITO TRANSLATIVO. PRAZO PRESCRICIONAL. TERMO INICIAL. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA INVALIDEZ. ART. 206, §1º, II, "B", CC/02. REGRA DE TRANSIÇÃO: ART. 2.028, CC/02. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. I - A prescrição é matéria passível de ser pronunciada de ofício pelo Juiz, nos termos do art. 219, §5º, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 11.280/2006. II - Em decorrência do efeito translativo inerente ao recurso de apelação (art. 515, §1º, do Código de Processo Civil), o Tribunal pode examinar questões não suscitadas pelas partes nas razões ou contra-razões, e, também, aquelas não apreciadas pelo Juiz a quo. III - O termo inicial do prazo prescricional para a pretensão do segurado contra o segurador é a ciência inequívoca da invalidez. IV - Não se cogita da aplicação da tese segundo a qual o prazo prescricional se inicia a partir da recusa da companhia em pagar o seguro, quando não há provas de que o pagamento da indenização securitária foi requerido na via administrativa. V - Nas hipóteses de redução do prazo prescricional pelo Novo Código Civil - como ocorre com as ações de indenização propostas por segurado contra segurador - aplica-se o prazo previsto na novel lei, se não transcorreu mais da metade do prazo previsto na legislação revogada. Nesse caso, o prazo de um ano estabelecido pelo art. 206, §1º, inciso II, alínea b, do Código Civil de 2002, inicia-se a partir da vigência do Novo Código, isto é, 11/01/2003, sob pena de se conferir efeito retroativo à lei, e, conseqüentemente, malferindo o princípio da segurança jurídica. VI - Passado mais de um ano entre a data da entrada em vigor do Código Civil de 2002 e a propositura da ação de indenização, não há dúvidas acerca da ocorrência da prescrição.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.05.577898-9/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): MIGUEL ARCANJO COTTA DE LIMA - APELADO(A)(S): CIA SEGUROS ALIANCA BRASIL, BANCO BRASIL S/A E OUTRO(A)(S) - RELATOR: EXMO. SR. DES. BITENCOURT MARCONDES

- **ACÓRDÃO**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM REJEITAR A PRELIMINAR SUSCITADA, DE OFÍCIO, PELO VOGAL E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 15 de março de 2007.

DES. BITENCOURT MARCONDES - Relator

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

SESSÃO DO DIA 01.03.2007:

O SR. DES. MOTA E SILVA:

VOTO

**Pela ordem.**

Não corre prescrição contra quem é portador de transtorno de doença psiquiátrica, tanto é que faz uso de medicação psiquiátrica desde 1980, sendo portador de fobia, de transtorno depressão F-33-9 e medo de multidão, quando incapacitante.

Observe-se que o assistente técnico, especialista em Medicina do Trabalho, afirma que o autor é desde 1980 portador de transtorno depressivo de origem psiquiátrica, mas que não o incapacita, fls. 354.

O laudo pericial de fls. 344 diz que desde 1980 o Autor apresenta transtornos de origem psiquiátrica, faz uso de medicação psiquiátrica, sendo portador de fobia, de transtorno depressão F-33 e medo de multidão, mas não concluiu que seu transtorno seja incapacitante.

Contudo, observa-se que o assistente técnico é especialista em Medicina do Trabalho e o perito oficial sequer se qualificou. Ocorre que a perícia deveria ter sido realizada por médico especializado em Psiquiatria para, somente assim, poder se

chegar à conclusão quanto à incapacidade ou não do Autor.

É de se observar, ainda, que tanto o perito quanto o assistente foram incapazes de afirmar que doença mental o autor é portador, o que por si só desqualifica a perícia. Até porque, o perito oficial reportou-se a um outro médico que teria diagnosticado a doença F-33-9.

O mestre Aurélio, em seu famoso dicionário, assim conceitua o termo depressão:

"8.Med. Diminuição de função fisiológica.

9.Psiq. Distúrbio mental caracterizado por adinamia, desânimo, sensação de cansaço, e cujo quadro muitas vezes inclui, também, ansiedade, em grau maior ou menor".

Flamínio Fávero, em sua obra Medicina Legal, 1991, 12ª ed., Villa Rica Editoras Reunidas Ltda., p.904/908, assim expõe:

"As várias formas de alienação ou de psicopatia são abrangidas na seguinte classificação da Sociedade Brasileira de Psiquiatria, Neurologia e Medicina Legal, modificada pelo Serviço Nacional de doenças Mentais.

...

VII - Psicose maníaco-depressiva.

...

A seguir transcrevo a classificação aprovada pelo 5º Congresso Brasileiro de Psiquiatria, Neurologia e Medicina Legal de 6 de novembro de 1948.

...

IX - PSICOSE MANÍACO-DEPRESSIVA:

9 A - Formas maníacas

9 B - Formas melancólicas

9 C - Formas mistas

9 D - Outras formas (marginais, etc.)

...

Tem muita importância, em patologia mental, o chamado intervalo lúcido. Bastante já se tem escrito a respeito, no que interessa à medicina legal e à prática forense, convindo, assim, algumas referências aqui, para as deduções jurídicas possíveis.

É a seguinte a definição que dêle dá, com sua precisão habitual, Heitor Carrilho, tratando de intervalo lúcido da psicose maníaco-depressiva: 'lúcido intervalo da psicose maníaco-depressiva é o desaparecimento total dos sintomas da mania ou da

melancolia durante um lapso de tempo mais ou menos longo, porém, nunca inferior a dois meses, separando dois acessos confirmados dos referidos síndromos mentais'.

...

Não quero dizer, subscrevendo essa doutrina hoje vitoriosa, que eu concorde em que todos os atos da vida civil sejam possíveis. Um deles há que me parece devia ser vedado; não porque faltasse ao ex-doente capacidade legal, mas, por causa das conseqüências futuras para a sua descendência: é o casamento. O casamento do que se restabeleceu de uma psicose maníaco-depressiva, no conceito acima, pode provocar, posteriormente, uma ação de anulação, por erro essencial de pessoa, desde que o mal fosse desconhecido ao outro cônjuge. Mas isso, ao instituto de exame pré-nupcial compete cuidar, sabendo-se que a herança desse mórbido é possível."

Assim, tenho que sendo portador de transtorno de doença psiquiátrica, contra ele não corre prazo prescricional, devendo se oportunizar à parte Autora a realização de perícia médica, devendo a mesma ser realizada por médico especializado na área de Psiquiatria.

Assim, DE OFÍCIO, DECLARO A NULIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS A PARTIR DE FLS. 322, para que um médico especializado em Psiquiatria realize perícia médica a fim de se constatar quanto à capacidade ou incapacidade do Autor.

#### **O SR. DES. BITENCOURT MARCONDES:**

##### **VOTO**

A preliminar de nulidade da sentença e dos atos que antecederam até a fase instrutória, a meu ver, não merece ser acolhida. Sua Excelência, zeloso no seu mister, de ofício contesta a capacidade técnica do perito nomeado pelo juízo, fato que as partes, quando foram devidamente intimadas, quedaram silentes.

No laudo pericial, acostado às fls. 344/348, o perito concluiu que o autor não estava inválido, e que seus sintomas psiquiátricos moderados, não incapacitantes, surgiram em 1980 e seu seguro foi feito pela sua mãe em 1993. Constatou que seu transtorno de origem psiquiátrica era de transtorno depressivo e, ao responder o quesito nº 2 da autora, foi explícito: não incapacitante par a ávida (sic) laborativa, tanto que o

autor relata que trabalha como autônomo.

Não houve qualquer manifestação a respeito da sua hipossuficiência, a ponto de considerá-lo incapaz para os atos da vida civil.

O próprio Vogal, em seu voto, manifesta no sentido de que não há certeza a respeito da incapacidade ou capacidade, apenas entende que o perito não teria capacidade técnica para diagnosticar referida doença. A nossa atividade requer conhecimentos técnicos-jurídicos. Não há como, pelo menos reporto à minha pessoa, dizer que o perito indicado pelo juízo, cujo laudo nesse aspecto fora corroborado pelo assistente às fls. 354, não possui expertise para diagnosticar se a parte está ou não capaz para a vida civil. Se o médico não possui capacidade para tanto, o que dirá nós bacharéis em Direito.

Dessa forma, afasto a preliminar levantada.

**O SR. DES. MOTA E SILVA:**

VOTO

Quero acrescentar que eu não disse que o autor da ação é incapaz ou capaz. O que eu disse, e reafirmo, porque está nos autos, primeiro não há prova que o perito oficial seja um psiquiatra, o outro é médico do trabalho, e se ele se refere que ele está apto para a vida laborativa, ora, a questão não é essa. Se ele usa medicamento desde 1980, diagnosticado com certeza por um psiquiatra, hoje, atualmente, somente um psiquiatra é que poderá dizer, e eu não estou dizendo que ele é capaz nem incapaz, eu estou dizendo que a perícia é imprestável e é imprestável. É isso que eu queria acrescentar.

**O SR. DES. JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTEZ:**

VOTO

Estou pedindo vista.

SESSÃO DO DIA 15.03.2007:

**O SR. DES. JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTEZ:**

VOTO

Estou acompanhando o eminente Relator rejeitando a preliminar suscitada de ofício.

**O SR. DES. BITENCOURT MARCONDES:****VOTO**

Trata-se de apelação interposta por MIGUEL ARCANJO COTTA DE LIMA em face da sentença proferida pela MM. Juíza de Direito Sônia Marlene Rocha Duarte, da 25ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, que julgou improcedente a ação ordinária ajuizada em face de CIA SEGUROS ALIANÇA BRASIL, BANCO DO BRASIL S/A E BB CORRETORA DE SEGUROS E ADMINISTRADORA DE BENS S/A.

Sustenta que faz jus às indenizações previstas nos contratos de seguro de vida dos quais é titular, uma vez que o próprio Estado, por meio do INSS, reconheceu que não possui capacidade para o exercício de atividade laboral.

Alega a inobservância do princípio da transparência, ao argumento de que foi compelido a aceitar a novação dos contratos como proposta, sem ser devidamente informado de que não teria as mesmas coberturas inicialmente contratadas.

Aduz que a conduta das apeladas no sentido de realizar novação dos contratos unilateralmente e trazendo consideráveis perdas para seus direitos, representa ofensa ao Código de Defesa do Consumidor.

Coloca que o laudo pericial acostado aos autos não comprova seu verdadeiro estado clínico, na medida em que a perícia médica foi realizada sem qualquer critério.

Alega que a perícia realizada pelo INSS constitui a maior prova de sua inaptidão para o trabalho.

Sustenta que os valores que percebe, a título de aposentadoria, não são suficientes para sua subsistência, razão pela qual o não pagamento da indenização securitária fere o princípio da dignidade humana.

Conheço do recurso, uma vez presentes os pressupostos de admissibilidade.

**I - DA PRESCRIÇÃO.**

Inicialmente, cumpre salientar que, embora a prescrição não tenha sido argüida pelas partes, com a promulgação da Lei nº 11.280/2006 - a qual revogou o art. 194, do Código Civil de 2002, e alterou a redação do §5º, do art. 219, do Código de

Processo Civil -, tal questão é passível de ser pronunciada de ofício pelo Juiz.

É certo que a MM. Juíza a quo não se pronunciou a respeito, no entanto, esse fato não representa óbice ao exame da matéria por este Tribunal, em decorrência do "efeito translativo" inerente ao recurso de apelação, nos termos do art. 515, §1º, do Código de Processo Civil, in verbis:

"Art. 515 - A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 1º - Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro".

Ao tratar do tema, Nelson Nery Júnior assevera que o efeito translativo autoriza o tribunal apreciar questões não suscitadas pelas partes nas razões ou contra-razões do recurso, sem que isso configure julgamento ultra, extra ou infra petita. 1

Mais adiante, acrescenta que:

"(...) Isto - leia-se efeito translativo - ocorre normalmente com as questões de ordem pública, que devem ser conhecidas de ofício pelo juiz e a cujo respeito não se opera a preclusão. (...) O exame das questões de ordem pública, ainda que não decididas pelo juízo a quo, fica transferido ao tribunal destinatário do recurso por força do efeito translativo autorizado pelo CPC 515".2

Assim, passo a análise da prejudicial de mérito de prescrição.

Quanto ao termo inicial que deflagra a contagem do prazo, importa ressaltar que há entendimento no sentido de que se inicia a partir da ciência inequívoca da incapacidade, ao passo que outros defendem ser da recusa da companhia em pagar o seguro.

Filio-me à corrente que sustenta que o termo inicial para contagem do prazo é a ciência inequívoca do segurado quanto a sua incapacidade, no entanto, no presente caso, não há, nos autos, prova acerca do pedido de pagamento do seguro pela via administrativa, de forma que tal discussão se apresenta irrelevante ao deslinde da questão.

Dessa forma, não há dúvida de que a contagem do prazo prescricional inicia-se com a ciência do segurado acerca de sua incapacidade, o que, no caso em tela, ocorreu em 12/12/2002, data em que foi concedida a aposentadoria por invalidez ao autor, ora apelante (certidão fls. 20).

No que tange ao prazo prescricional aplicável à espécie, tenho que é aquele fixado

no art. 206, §1º, II, "b", do Código Civil de 2002 (1 ano), pois, na data da entrada em vigor deste Código, não havia transcorrido mais da metade do tempo estabelecido pelo Código revogado (art. 177 - 20 anos<sup>4</sup>) e o prazo foi reduzido, conforme disposto no art. 2.028, in verbis:

"Art. 2.028 - Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada".

Entretanto, não é a partir do fato - ciência inequívoca da invalidez - que o prazo prescricional fixado pelo Novo Código Civil tem início, mas sim com a sua entrada em vigor, ou seja, em 11 de janeiro de 2003, pois, do contrário, estar-se-ia conferindo efeito retroativo à lei, e, conseqüentemente, malferindo o princípio da segurança jurídica.

Nesse sentido:

"EMENTA: APELAÇÃO. DANOS MORAIS. CADASTRAMENTO EM ÓRGÃO DE NEGATIVAÇÃO DE CRÉDITO. QUITAÇÃO DO DÉBITO.

Prescrição trienal inócua. As regras do novo Código Civil aplicam-se a partir da data da promulgação do dispositivo legal, sem efeito retroativo, pena de inviabilizar exercício de direito antes garantido.

Não se mostra correta a permanência do registro do nome do autor, em banco de dados de consulta ao crédito, dez meses após a quitação do contrato, embora o cadastramento inicialmente se justificasse.

Dano moral presumido.

Reparação arbitrada em R\$4.000,00. Condenação mantida.

Apelo desprovido".<sup>5</sup>

"EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. REPARAÇÃO CIVIL. PRESCRIÇÃO. NOVO CÓDIGO CIVIL DE 2002. CONFLITO INTERTEMPORAL DE NORMAS. ART. 2.028, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.

Na hipótese se pretensão de reparação civil de ilícito ocorrido na vigência do Código Civil de 1916, o prazo prescricional será o da lei nova (Código Civil de 2002) se, ainda que reduzido, não houver transcorrido mais da metade do prazo estabelecido na lei revogada. Inteligência do art. 2.028 do atual Código Civil. O prazo prescricional estipulado no atual Código Civil, no entanto, deve ser contado a partir da vigência deste, sob pena de se imprimir uma retroatividade exagerada à lei nova, extirpando

completamente a pretensão da vítima.

Agravo não provido".6

A considerar o exposto acima, aliado ao fato de que a presente ação foi ajuizada em 06/01/2005, a conclusão a que se chega é que ocorreu a prescrição, pois já se passou mais de um ano entre a entrada em vigor do Código Civil de 2002 (11/01/2003) e a data da propositura da ação.

## **II - CONCLUSÃO.**

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO, mas reformo a r. sentença e, via de consequência, julgo extinto o processo, com resolução do mérito, em razão do reconhecimento da prescrição, nos termos do art. 269, IV, do Código de Processo Civil.

Custas, ex lege.

O SR. DES. JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTEZ:

VOTO

De acordo.

O SR. DES. MOTA E SILVA:

VOTO

De acordo.

SÚMULA : REJEITARAM A PRELIMINAR SUSCITADA, DE OFÍCIO, PELO VOGAL E NEGARAM PROVIMENTO.

1 NERY JÚNIOR, Nelson. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. São Paulo: ED. RT, 2006. p. 707.

2 Ibidem

3 Art. 206. Prescreve:

§1 Em um ano:

I – (...)

II – a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contando o prazo:

a) (...)

b) quanto aos demais seguros da ciência do fato gerador da pretensão.

4 Art. 177 - As ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em 20 (vinte) anos, as reais em 10 (dez), entre presentes, e entre ausentes em 15 (quinze), contados da data em que poderiam ter sido propostas.

5 TJRS. Apelação Cível nº 70010145811. 12ª CC. Rel. Des. ORLANDO HEEMANN JUNIOR, j. em 17/03/2005.

6 TJDF. Agravo de Instrumento nº 2004.00.2.001329-1. 6ª CC. Rel. Des. Ana Maria Duarte Amarante Brito, j em 05/04/2004.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.05.577898-9/001