

NOTAS SOBRE O CONTRADITÓRIO NO NOVO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL

LUIZ RODRIGUES WAMBIER

DOUTOR EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL PELA PUC-SP.

PROFESSOR DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL.

O sistema processual inaugurado pelo Código de Processo Civil promulgado em 2015, em vigor a partir deste ano, trouxe inúmeras alterações importantes. Sem qualquer sombra de dúvidas, um dos pontos que merece nossa observação e reflexão é o que trata da sensível ampliação do contraditório. Certamente, os novos contornos dados a esse princípio trarão profunda simplificação do sistema, com inegáveis resultados no alcance da efetividade do processo.

O art. 5º da CF, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, dispõe, no inciso LV, expressamente que: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

É, portanto, garantia de índole constitucional, dotado daquilo que a doutrina chama de *eficácia plena*, constituindo-se em vetor indicativo da conduta a ser observada tanto pelo legislador quanto pelo juiz ou por quem tenha poderes decisórios, no plano administrativo, público ou privado.¹ Embora, por um lado, a proteção constitucional torne a previsão

¹ Para Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, o princípio do contraditório “também indica garantia fundamental de justiça: absolutamente inseparável da distribuição da justiça organizada, o princípio da audiência bilateral encontra expressão no brocardo romano *audiatur et altera pars*. Ele é tão intimamente ligado ao exercício do poder, sempre influente sobre a esfera jurídica das pessoas, que a doutrina moderna o considera inerente mesmo à própria noção de processo” (*Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 79). No mesmo sentido, Leonardo Carneiro da Cunha sustenta que “o princípio do contraditório constitui uma necessidade inerente ao procedimento, ostentando a natureza de direito inviolável em todos os seus estágios e graus, como condição de paridade entre as partes. Um procedimento em que não se assegure o contraditório não é um procedimento jurisdicional; poderá ser uma sequência de atos, mas não um procedimento jurisdicional, nem mesmo um processo” (*A atendibilidade dos fatos supervenientes no Processo Civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 59). Ainda, no entender de Fredie Didie Jr., “o princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como exigência para o exercício democrá-

infraconstitucional dispensável, por outro, o novo CPC não se limita à mera repetição da norma constitucional. Ele reitera, especifica e aprofunda a regulação dos princípios constitucionais, contendo amplo conjunto de regras que dão maior concreção ao contraditório.

A primeira delas é a que está prevista no art. 9.º, segundo o qual não se proferirá decisão contra uma das partes sem que seja esta previamente ouvida. É a garantia da audiência prévia, diante de qualquer movimento capaz de resultar em decisão que contrarie os interesses da parte.

Inserido no mesmo contexto das garantias de acesso à justiça, igualdade e ampla defesa, o contraditório desvincula-se da noção de mera *ciência* e *reação* e passa a representar também a oportunidade de *plena participação* e de *efetiva influência* na formação do convencimento do órgão julgador, observando-se, ainda, a *paridade de armas*. Ou seja, deve-se dar às partes as mesmas condições para que possam influenciar a convicção judicial.² A paridade de tratamento, todavia, não pode ser meramente formal. É preciso observar se as partes estão em situação de igualdade dentro do processo, concedendo-se a elas tratamento *substancialmente* igualitário.

Por isso, tanto a legislação constitucional quanto a infraconstitucional contêm dispositivos destinados a nivelar o contraditório nos casos em que não há essa igualdade substancial. É caso da assistência jurídica aos que dela necessitem; da nomeação de curador especial para o revel; da dilação dos prazos processuais quando, por exemplo, uma das partes apresentar um vasto número de documentos, tornando-se impossível para a parte contrária sobre eles se manifestar no exíguo prazo legal; da distribuição dinâmica do ônus da prova; da nomeação de intérprete para o depoimento da parte com deficiência auditiva que se comunique por meio da Língua Brasileira de Sinais etc.

Em suma, contraditório quer dizer que há, para os envolvidos no processo judicial ou administrativo, direito a dialogar com quem vá decidir,

tico de um poder” (Curso de Direito Processual Civil. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 1, p. 81).

² A respeito, v. Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini. *Curso avançado de Processo Civil*. 16. ed. São Paulo: RT, 2016, v. 1, p. 76-77.

com o objetivo de efetivamente influir na construção do processo mental de tomada da decisão. E esse diálogo compreende também o dever de ciência e o correspondente direito de reação, tanto no que diz respeito ao pedido inicial quanto no que se refere aos atos do procedimento que ocorreram em seguida. Além do dever de dar ao réu ciência da existência da ação contra si ajuizada, deve-se dar ciência de todos os atos processuais que se seguirem a todos os envolvidos no processo, *i.e.*, partes, assistentes simples e litisconsorcial, Ministério Público etc., concedendo-lhes a oportunidade de manifestação e de produção de prova e de contraprova.

Apesar do *iuria novit curia*, a garantia do contraditório implica não apenas a oportunidade de se alegarem questões de fato, mas também dar às partes condições de influenciar o convencimento do juiz quanto às questões de direito.

Esse “dever de diálogo” do juiz com as partes é enfatizado no art. 10 do CPC/2015. Trata-se de regra que assimila o que parte da doutrina e setores da jurisprudência preconizam já há algum tempo. Prevê o dispositivo que nenhum órgão jurisdicional poderá decidir com base em fundamento de que não se tenha dado às partes conhecimento (direito à informação) e oportunidade de manifestação, mesmo que de matéria de ordem pública se trate. Ou seja, mesmo em matérias de que o juiz pode conhecer de ofício, a decisão somente poderá ocorrer posteriormente à informação para as partes e à abertura de prazo para eventual manifestação. Essa regra é novidade, pois até recentemente se considerava inexistir qualquer necessidade de o juiz oportunizar o contraditório quando de decisão relativa a matéria de ordem pública. De fato, o processo civil não deve admitir mecanismos com potencialidade de surpreender a parte e a garantia do contraditório, como barreira que permite às partes se proteger contra qualquer *decisão surpresa*, alcança inclusive as questões que possam ser conhecidas de ofício pelo juiz.³

³ Humberto Theodoro Júnior assevera que “o contraditório do processo justo vai além da bilateralidade e da igualdade de oportunidades proporcionadas aos litigantes, para instaurar um diálogo entre o juiz e as partes, garantindo ao processo ‘uma atividade verdadeiramente dialética’, em proporções que possam redundar não só em um procedimento justo, mas também em uma decisão justa, quanto possível” (*Curso de Direito Processual Civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v.1, p. 86).

Atos praticados sorrateiramente constituem verdadeira afronta ao art. 5.º, LV, da CF, e acarretam nulidade. Tanto é assim, que até mesmo o segredo de justiça não pode alcançar aqueles que integram a relação jurídica processual. Às partes e a seus procuradores é assegurado o acesso aos autos, inclusive obtendo certidões.

A rigor, poder o juiz decidir de ofício não implica dizer que possa ele decidir sem conceder a oportunidade de prévia manifestação às partes. Nesse sentido, além da regra geral da parte final do art. 10 do CPC, o parágrafo único do art. 493 determina que, se o juiz constatar de ofício algum fato novo que possa influir no julgamento do mérito, antes de decidir, deverá a respeito desse fato ouvir as partes. Essa mesma orientação aplica-se na instância recursal. Conforme dispõe o art. 933, se o relator constatar a ocorrência de fato posterior à decisão recorrida ou a existência de questão que possa ser apreciada de ofício, deverá intimar as partes para que sobre isso se manifestem no prazo de cinco dias.

Se antes o juiz assumia posição passiva em relação às partes, exige-se, agora, que ele aja ativamente para que o processo cumpra adequadamente sua função instrumental.⁴ É possível dizer que contraditório é a garantia de que haverá, entre juiz e partes, efetiva cooperação para que o processo alcance seus próprios objetivos, dentre os quais o da efetividade da jurisdição. Embora não se possa afirmar que a cooperação integra o contraditório, pode-se dizer, sem medo de errar, que se trata de princípios “coirmãos”.

Outra inovação introduzida pelo novo Código que consagra o princípio do contraditório e que merece destaque diz respeito à metodologia de fundamentação das decisões, prevista no art. 489. Como já dito, o contraditório vai muito além do que mera *ciência e reação*. É o direito à plena par-

4 Para Cândido Rangel Dinamarco, a garantia do contraditório “significa em primeiro lugar que a lei deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo e o juiz deve franquear-lhes esses meios; Significa também que o próprio juiz deve participar da preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório. A garantia deste resolve-se portanto em um direito das partes e uma série de deveres do juiz. É do passado a afirmação do contraditório exclusivamente como abertura para as partes, desconsiderada a participação do juiz” (*Instituições de Direito Processual Civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, v. 1, p. 344).

ticipação e à efetiva influência sobre a formação do convencimento do juiz. No entanto, seria inócuo garantir às partes a oportunidade de participar e de influenciar a formação da convicção judicial se ao juiz não coubesse o dever de enfrentar todas as alegações relevantes trazidas ao processo.

Por essa razão, conforme preveem os incisos do § 1.º desse dispositivo, não pode o juiz apenas indicar, reproduzir ou parafrasear ato normativo, sem demonstrar a relação com a causa ou a questão decidida. Considera-se também não fundamentada a decisão quando o juiz utiliza conceitos jurídicos indeterminados, sem indicar a relação com a situação concreta. Proíbe-se, igualmente, a prolação de decisão abstrata, em que o juiz lança mão de motivos que poderiam ser utilizados em qualquer outra situação. Ainda, não se considera fundamentada a decisão que não enfrenta todos os argumentos postos que poderiam ser capazes de influenciar a convicção judicial. Por fim, reputa-se não fundamentada a decisão que aplica precedente ou enunciado de súmula sem identificar os respectivos fundamentos nem demonstrar a adequação deles ao caso. Da mesma forma, não pode o juiz deixar de aplicar enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente, sem demonstrar as razões pelas quais o caso se distingue do paradigma ou, ainda, por que a tese fixada se encontra superada.

O contraditório deve ser assegurado não somente no processo de conhecimento e na ação de conhecimento.⁵ No que diz respeito ao processo de execução, é dado ao devedor, por exemplo, ajuizar ação de nulidade do título ou oferecer embargos à execução. Já na ação de execução encartada no bojo do processo sincrético, oportuniza-se ao réu a apresentação de impugnação ao cumprimento de sentença.

Há situações, contudo, em que se questiona se há ou não um enfraquecimento da garantia do contraditório. Optamos, neste espaço, por tratar de apenas algumas delas.

A primeira é a revelia. Assegurar o contraditório, em um primeiro momento, significa dar ao réu ciência da ação contra ele promovida e dar-lhe

5 Nesse sentido, cf. Leonardo Carneiro da Cunha. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no Processo Civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 58.

oportunidade de ser ouvido, ainda que não haja, por parte desse último, a efetiva manifestação. Há, isso sim, o dever de informar ao réu acerca das consequências da não apresentação de defesa tempestivamente. O contraditório se concretiza, nesse caso, quando o réu é citado para responder à ação e expressamente informado sobre a incidência dos efeitos da revelia caso permaneça inerte. Mas, ainda que revel, não está o réu impedido de se manifestar no processo. Conforme dispõe o parágrafo único do art. 346, o revel está autorizado a intervir no processo a qualquer momento, recebendo-o no estado em que se encontra, sendo-lhe assegurada, inclusive, a produção de contraprova (art. 349). Além disso, em relação ao revel citado por edital ou com hora certa enquanto não for constituído advogado, casos em que inexiste a certeza de que o réu efetivamente tenha tido ciência da existência da ação, e também para o réu preso revel, prevê o Código que o juiz lhes nomeará curador especial (art. 72).⁶

O mesmo se diga em relação ao julgamento antecipado do mérito quando o réu for revel. O contraditório, nessa hipótese, já terá sido assegurado ao réu quando citado e devidamente informado das consequências que sofreria caso não respondesse tempestivamente à ação. Segundo prevê o art. 355, II, o julgamento antecipado somente acontecerá quando ocorrerem os efeitos da revelia e não houver requerimento de prova. Os efeitos da revelia não incidem, a teor do que dispõe o art. 344, quando: havendo litisconsórcio passivo, algum dos réus apresentar contestação; o litígio versar sobre direitos indisponíveis; o autor não juntar instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato; ou as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos.

Nos casos de indeferimento da inicial e de improcedência liminar do pedido, embora o juiz possa decidir sem antes mesmo da citação, não há ofensa ao contraditório. Trata-se de situação em que a decisão será invariavelmente favorável ao réu e, por isso, dispensa-se a concessão da prévia

6 A respeito, ver José Roberto dos Santos Bedaque. *Poderes instrutórios do juiz*. 7. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 64-66. Cf. também: Nelson Nery Junior. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 280-281.

oportunidade de manifestação. O processo deve cumprir sua real função, que é meramente instrumental. Não havendo prejuízo, não há que se falar em nulidade. Agora, por outro lado, jamais poderá o juiz proferir decisão de indeferimento da inicial ou de improcedência liminar do pedido sem antes conceder ao autor, que restará prejudicado, a oportunidade de, a respeito disso, se manifestar. Caso contrário, a violação ao contraditório estaria caracterizada e o ato seria nulo de pleno direito.

Outra situação que merece destaque é a concessão de tutela de urgência ou da evidência *inaudita altera pars*. Também nesses casos não há, necessariamente, violação ao contraditório. Embora a medida seja concedida antes mesmo da citação, ao réu é concedida a oportunidade de se manifestar posteriormente, podendo, inclusive, manejar recurso de agravo contra a decisão que concedeu a tutela provisória (art. 1.015, I). O que ocorre, nesses casos, é que o contraditório é diferido, *i.e.*, postergado para um momento posterior, antes de o provimento tornar-se definitivo. Rigorosamente, o caráter provisório desse tipo de provimento também contribui para que não se caracterize ofensa ao contraditório.⁷

O último dos aspectos polêmicos do contraditório que nos propomos a tratar aqui é a prova emprestada. Como regra geral, a prova deve ser produzida no bojo do processo em que foram alegados os fatos. Porém, observadas determinadas condições, autoriza-se a utilização de prova produzida em outro processo (art. 372), conduzida ao segundo processo sob a forma de prova documental, independentemente do meio de prova de que se lançou mão para a sua produção no processo de origem. Para que se considere válida a prova emprestada, exige-se que ela tenha sido regularmente produzida em processo jurisdicional com cognição igual ou superior à do processo para o qual será transportada a prova e que à parte potencialmente prejudicada por tal prova tenha sido assegurado o contraditório nesse primeiro processo. Além disso, o contraditório também deve ser observado para a admissão, nesse segundo processo, da prova

⁷ Sobre o tema, cf. Nelson Nery Junior. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 276-278.

emprestada. Assim sendo, ainda que a prova emprestada seja admitida por razões de economia processual, sua validade depende da verificação das garantias fundamentais, entre as quais o contraditório.⁸

São muitos, portanto, a meu ver, os benefícios desse redimensionamento que o novo CPC dá ao contraditório. Há muitas críticas aos novos dispositivos, fundamentalmente no sentido de que a necessidade de contraditório prévio a decisão a respeito de matéria de que possa o juiz conhecer de ofício causará maior demora no procedimento, com prejuízo para a razoável duração do processo. Discordo dessa afirmação e já sustentei em diversas oportunidades que, se o processo é moroso, isso certamente não se deve a alguns dias a mais, destinados ao exercício pleno de garantia constitucional. Há outras questões estruturais e culturais como, por exemplo, a burocracia ou os “tempos mortos”, de que fala a doutrina, que efetivamente dão causa à morosidade.

Além do mais, deixando de haver decisões não antecedidas de contraditório, haverá, ao menos em tese, possibilidade de redução do volume de recursos interpostos desse tipo de decisão, em que se alega, precipuamente, violação ao contraditório. A redução de recursos por meios legítimos e que não se afastem das garantias constitucionais é desejada por todos que esperam, com isso, maior organização e dinamicidade da atividade jurisdicional.

Bibliografia

ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e Cândido Rangel DINAMARCO. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO. *Instituições de Direito Processual Civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, v. 1.

8 A respeito, cf. Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini. *Curso avançado de Processo Civil*. 16. ed. São Paulo: RT, 2016, v. 2, p. 249-250. Ver também: Nelson Nery Junior. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 281-283.

FREDIE DIDIE JR. *Curso de Direito Processual Civil*. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 1.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR. *Curso de Direito Processual Civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v.1.

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE. *Poderes instrutórios do juiz*. 7. ed. São Paulo: RT, 2013.

LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no Processo Civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012.

LUIZ RODRIGUES WAMBIER e EDUARDO TALAMINI. *Curso avançado de Processo Civil*. 16. ed. São Paulo: RT, 2016, v. 1 e 2.

NELSON NERY JUNIOR. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: RT, 2016.