XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

ANDRÉ CORDEIRO LEAL

MARIA DOS REMÉDIOS FONTES SILVA

VALESCA RAIZER BORGES MOSCHEN

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: André Cordeiro Leal, Maria Dos Remédios Fontes Silva, Valesca Raizer Borges Moschen – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-133-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetivação da justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG). CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

O XXIV Congresso do CONPEDI, realizado em parceria com os Programas de Pós-graduação em Direito da UFMG, da Universidade Fumec e da Escola Superior Dom Helder Câmara, ocorreu em Belo Horizonte, Minas Gerais, entre os dias 11 e 14 de novembro de 2015, sob a temática Direito e Política: da Vulnerabilidade à Sustentabilidade.

O Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II desenvolveu suas atividades no dia 13 de novembro, na sede da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde da Universidade FUMEC, e contou com a apresentação de vinte e nove textos que, por seus diferentes enfoques e fundamentos teóricos, oportunizaram acalorados debates acerca dos seus conteúdos.

Como verá o leitor, a pluralidade das abordagens permite conjecturar sobre interfaces entre as diversas concepções de jurisdição e de processo, principalmente quanto ao novo Código de Processo Civil, seus fundamentos, exposição de motivos e desdobramentos. Aliás, os escritos que tratam dessa instigante temática vão dos negócios processuais à admissibilidade recursal, passando pela principiologia constitucional do processo e suas relações com a legitimidade decisória no estado democrático de direito. Há também considerações acerca da cooperação processual, da coisa julgada e da segurança jurídica, da proteção de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, das tutelas de urgência e de evidência e da sumarização da cognição.

Também há, nos textos apresentados, férteis discussões sobre as tensões entre o direito processual tradicional e suas insuficiências, com apresentação das controvérsias sobre aspectos procedimentais na adoção intuitu personae e na proteção do meio ambiente, bem como na ação de prestação de contas em face do guardião responsável pela administração dos alimentos. Tratam, ademais, do neoconstitucionalismo e do papel e atividade dos tribunais brasileiros, havendo escritos que, quanto a esse último tema, discorrem sobre a jurisprudência defensiva, sobre o ativismo judicial, sobre a inaplicabilidade do marco civil da internet pelos tribunais e sobre as súmulas vinculantes.

Não obstante a diversidade de temas, o que se colhe dos textos, além da fidelidade temática à proposta do Grupo de Trabalho, é o compromisso inegociável com o enfrentamento dos

problemas que convocam a comunidade jurídica à instigante e inafastável tarefa de teorizar o direito que, por suas bases constitucionais, precisa ser democraticamente pensado e operacionalizado.

Por fim, os coordenadores do GT - Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II agradecem aos autores dos trabalhos pela valiosa contribuição científica de cada um, permitindo assim a elaboração do presente Livro, que certamente será uma leitura interessante e útil para todos os que integram a nossa comunidade acadêmica: professores/pesquisadores, discentes da Pós-¬graduação, bem como aos cidadãos interessados na referida temática.

Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen - UFES

Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva - UFRN

Prof. Dr. André Cordeiro Leal - FUMEC

Coordenadores do Grupo de Trabalho

AS QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

THE MATTERS OF PUBLIC ORDER IN THE BRAZILIAN CIVIL PROCEDURAL LAW AND THE ADVERSARIAL PRINCIPLE

Marciley Boldrini da Silva

Resumo

O presente artigo tem por objetivo analisar o tratamento recebido pelas questões de ordem pública no Direito Processual Civil brasileiro, especialmente no que tange à possibilidade de decisão sem prévia oitiva das partes. Nesse estudo, o tema será enfrentado sob a ótica do princípio constitucional do Contraditório, considerando a evolução de seu conceito e expressão tanto no Código de Processo Civil de 1973 quanto no recentemente aprovado. As atenções estarão voltadas para a inovação trazida pelo do artigo 10 do novo código, que procurou atender à demanda dos operadores do direito a fim de compatibilizar a legislação infraconstitucional com os preceitos fundamentais do ordenamento jurídico. Na oportunidade, também serão abordados eventuais argumentos contrários a essa nova postura, normalmente apoiados sob uma perspectiva equivocada do princípio da razoável duração do processo.

Palavras-chave: Direito processual civil, Questões de ordem pública, Contraditório, Novo código de processo civil

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze the treatment received by the matters of public order in the Brazilian civil procedural law, especially concerning the possibility of a decision rendered without hearing the parties in advance. In this study, the theme will be addressed from the perspective of the constitutional adversarial principle, considering the evolution of its concept and expression, both in the Brazilian Civil Procedure Code of 1973 and in the recently approved. Attention will be focused on the innovation introduced by Article 10 of the new code, which sought to meet the demand of the right parties in order to reconcile the infra-constitutional legislation with the fundamental principles of law. On that occasion, also comes will address any arguments against this new position, usually supported under the mistaken perspective of the principle of reasonable duration of the process.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil procedural law, Matters of public order, Adversarial principle, Brazilian new code of civil procedure

1 INTRODUÇÃO

O conceito de "ordem pública" é fluido e pode ser apresentado de diversas formas no ordenamento jurídico nacional, a depender do ramo do Direito a ser operado. Trata-se de verdadeiro conceito jurídico indeterminado a ser interpretado conforme o quadro histórico e cultural do país.

No processo civil, ele se apresenta por meio de normas que primam pelo acesso à justiça, ao devido processo legal e à celeridade processual. Dessa forma, quando violada uma dessas normas, surgem as *questões de ordem pública* que devem ser corrigidas pelo juízo, regularizando a marcha processual e evitando o andamento anômalo da causa.

Apesar de sua significância, as questões de ordem pública não são um dos assuntos mais bem trabalhados pelo Código de Processo Civil de 1973. Encontram-se esparsas no texto legal, o que dá margem a interpretações equivocadas sobre o seu regime jurídico e a forma que são conduzidas pelos práticos do direito, principalmente quando confrontadas como princípio constitucional do Contraditório.

Face a essa timidez da legislação atual e diante da oportunidade ímpar criada pela tramitação de um novo código de processo civil, a doutrina atuou na promoção de ajustes na legislação para harmonizar o regime jurídico das questões de ordem pública com as diretrizes constitucionais.

Porém, questiona-se se essas modificações eram mesmo necessárias, frente ao neoprocessualismo, e quais os efeitos que elas produzirão com a recente aprovação da lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, especialmente o décimo artigo.

Para responder essas indagações, o estudo passará por uma breve análise das características das questões de ordem pública por meio de sua expressão no Direito Processual Civil, a partir das condições da ação, dos pressupostos processuais e das nulidades absolutas.

Também será abordada a evolução do conceito do Princípio do Contraditório e a forma com que a doutrina o relaciona com as questões de ordem pública, tanto no Código de Processo Civil de 1973 como o texto recentemente aprovado. Por fim, serão identificados os possíveis

reflexos na tramitação das ações, especialmente sob o aspecto da duração razoável do processo.

2 QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA

Analisando os diversos institutos do Direito, nota-se uma corriqueira dificuldade em construir conceitos e classificações que compreendam de forma coerente e exaustiva todos os parâmetros para se definir o objeto que se pretende estudar.

Diferente não ocorre com as questões de ordem pública, especialmente pela interface que elas apresentam nos diversos ramos de estudo do Direito.

De uma forma geral, pode-se dizer que compreendem temas que suplantam os interesses individuais diretamente tratados na lide, estando afetas ao interesse público, bem como protegem a relação público-processual e a organização do sistema jurídico.

Adquirem concretude através de um conjunto de regras que prezam pela higidez do instrumento processual com a finalidade de adequá-lo à eficaz garantia dos direitos do jurisdicionados, garantindo o amplo acesso à Justiça e traçando limites à atuação do poder estatal (ROQUE, 2011, p. 263).

Sob a ótica do direito material, as questões de ordem pública agem na limitação da autonomia da vontade das partes, prestigiando o princípio da segurança jurídica face à inércia dos interessados, pois primam pela estabilização de situações jurídicas consolidadas pelo decurso do tempo, não comungando com a eternização de pendências administrativas ou judiciais, bem como garantindo a previsibilidade das decisões.

Já no plano processual, campo de estudo do presente trabalho, surgem a partir da violação de normas de ordem pública, cujo caráter impositivo e a cogência são as principais características, pois não podem ser deixadas ao arbítrio individual (APRIGLIANO, 2011, p. 18). A ocorrência da situação concreta de violação da ordem pública gera a questão de ordem pública, devendo ser solucionada pelo juiz anteriormente ao mérito da causa.

Tendem a influenciar o funcionamento dos órgãos jurisdicionais por meio de regras de

observância obrigatória e vinculativa, que orientam a regularidade processual e a admissibilidade de ações e recursos, além de garantir os elementos mínimos a serem observados para que se chegue a uma tutela efetiva e justa.

Ressalta-se que, uma vez que observados esses regramentos, é possível o encerramento prematuro da lide, não se atingindo o direito material. Por isso, uma das principais características das questões de ordem pública é que elas não estão sujeitas à preclusão, podendo ser reconhecidas a qualquer tempo e grau de jurisdição, independente de provocação da parte.

2.1 QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA NO PROCESSO CIVIL

As questões processuais podem ser divididas em condições da ação, pressupostos processuais e nulidades, que estão diretamente ligadas ao direito de ação, ao processo e direito ao procedimento, respectivamente.

As condições da ação surgem a partir da dissociação da ideia do direito à prestação jurisdicional a do direito a um provimento de mérito. Compreendidas a partir da Teoria Asserção, serão objeto de verificação em abstrato no momento da apresentação da peça inicial dos demandantes, que deverão comprovar seu preenchimento de forma perfunctória, sob pena de rejeição da ação. Traduzem um conteúdo mínimo para que as ações possam caminhar rumo à sentença de mérito, prestigiando a economia processual. Estão aqui incluídas a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade *ad causa*.

A possibilidade jurídica do pedido, ainda sob a ótica do Código de Processo Civil de 1973, consiste no fato de a pretensão do autor ser protegida pelo ordenamento jurídico ou não ser por ele vedada. É a garantia da viabilidade, ao menos em tese, em se conceder à parte o objeto da ação.

Ressalta-se que a classificação deste instituto sempre gerou diversas controvérsias na doutrina brasileira, que rejeita a enumeração da possibilidade jurídica do pedido como uma das formas de inadmissibilidade da ação, mas a admitindo como causa de decisão de mérito. Nesse sentido, Calmon de Passos (2005, p. 245) afirma que “o tema tem merecido a atenção de mestres do melhor quilate, todos desafiados para conseguir apresentar como problema de

carência de ação o que é das mais evidentes espécies de improcedência".

Acrescenta-se que no novo código (Lei nº 13.105/2015), o artigo 330[1], que trata do indeferimento da petição inicial, não mais trouxe a possibilidade jurídica como uma das hipóteses determinantes de rejeição da ação, o que revela a adoção da atual concepção doutrinária sobre o tema, ainda que de forma silenciosa.

Por sua vez, o Interesse de Agir se relaciona com verificação da necessidade e da utilidade do provimento judicial para a resolução da lide. A necessidade apresenta a prestação jurisdicional como última forma de se demandar pelo fim almejado, quando não for possível alcançá-lo de forma espontânea. Reputa-se útil a ação quando ela é apta a proteger o direito tutelado, ou seja, quando for capaz de garantir juridicamente aquilo desejado pelo demandante.

A doutrina soma a esta condição, ainda, o critério da adequação, consistente na eleição da via apta a tutelar o objeto da lide, justificando que o autor deve escolher o procedimento jurídico adequado a buscar o provimento judicial desejado.

Já a Legitimidade para a causa implica na existência de relação das partes da demanda com o poder de buscar ou prestar o direito material protegido. Nos termos de Fredie Didier Júnior (2008, p. 176-177):

> A legitimidade para agir (*ad causam petendi ou ad agendum*) é condição da ação que se precisa investigar no elemento subjetivo da demanda: os sujeitos. […] É necessário, ainda, que os sujeitos da demanda estejam em determinada situação jurídica que lhes autorize a conduzir o processo em que se discuta aquela relação jurídica de direito material deduzida em juízo.

Nas palavras de Marinoni (2007, p. 185), quando se vê o preenchimento das condições da ação, há a garantia que o processo não se desenvolverá de forma inútil, motivo pelo qual sua análise deve ser feita no momento da proposição da demanda, com base nas informações inicialmente trazidas aos autos.

O citado autor faz as mesmas ponderações a respeito dos pressupostos processuais, que

[1] Art. 330. A petição inicial será indeferida quando: I - for inepta; II - a parte for manifestamente ilegítima; III - o autor carecer de interesse processual; IV - não atendidas as prescrições dos arts. 106 e 321.

disciplinam a construção do procedimento adequado, não só garantido ao sujeito o direito à ação, mas também o poder de participar do processo, exercendo o direito à tutela jurisdicional segundo a técnica processual idônea e uma organização justa e democrática (MARINONI, 2007, p. 472-474).

Para Didier (2008, p. 208), pressupostos processuais são todos os elementos de existência, os requisitos de validade e as condições de eficácia do procedimento, aspecto formal do processo, que é ato complexo de formação sucessiva.

Os pressupostos processuais de existência são aqueles necessários para a formação da relação jurídica processual, identificados como o pedido, as partes e órgão jurisdicional. Para que o processo se forme é necessário que alguém apresente uma demanda ao Estado-juiz requerendo o objeto litigioso. Marinoni (2007, p. 480) acrescenta a necessidade de citação do réu sob pena de a relação jurídica ficar restrita ao autor e ao juízo, além da capacidade postulatória do representante das partes, salvo nos casos em que a lei assim a dispense.

Já os pressupostos processuais de validade são necessários ao desenvolvimento válido do processo, seja pela qualificação positiva de um dos pressupostos de existência ou pela ausência de algum elemento que possa obstar a ação.

Os pressupostos de validade positivos, também denominados de intrínsecos, são representados pela capacidade da parte para estar em juízo, petição inicial regular, citação válida, juízo competente e imparcial. Já nos pressupostos negativo, ou extrínsecos, estão elencados a coisa julgada, a litispendência, a perempção e o compromisso arbitral.

No que tange às nulidades, tema que por si só gera discussões, pode-se relacioná-las às questões de ordem pública quando o ato maculado não atingir o fim desejado e não for passível de saneamento.

Trata-se de verdadeira sanção para os atos processuais que não seguiram o modelo proposto pela lei e, por isso, não foram capazes de atingir o resultado prático que se buscava a partir dele. É a ineficácia imposta aos atos por força da relevância de sua imperfeição (PASSOS, 2005, p. 446).

Em síntese, essas questões de ordem pública estabelecem requisitos necessários para que a relação processual se instaure e se desenvolva dentro dos parâmetros de legalidade. Busca-se, com isso, a resolução célere das questões técnico-formais, evitando-se o funcionamento desnecessário ou inadequado do Poder Judiciário, resolvendo o quanto antes as inconsistências que podem dar fim inesperado ao processo.

3 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Como explanado, justamente pela possibilidade de resolução imediata da demanda é que as questões de ordem pública estão intimamente ligadas ao princípio constitucional do Contraditório, já que este possibilita às partes a influência na decisão do juízo a partir de um debate prévio sobre o ponto a ser julgado.

Antes de ir mais fundo no tema, breves considerações sobre o citado princípio se fazem necessárias, especialmente a partir da evolução de sua expressão no ordenamento pátrio.

Inicialmente, sob uma visão tradicional, o Contraditório era vinculado à ideia de bilateralidade, marcado pelo dever de conferir às partes a chance de se manifestar no processo, seja lançando fatos ou uma tese, seja simplesmente rebatendo o argumento levantado pelo adversário.

O Contraditório era representado pelo direito à informação e à reação das partes, num processo dialético no qual tomam ciência dos fatos e argumentos lançado nos autos e lhes é possibilitado contra-argumentar e provar suas alegações. Entretanto, não promovia qualquer vinculação do juízo àquilo que foi debatido, poderia ele decidir por outros argumentos que julgar cabíveis para solucionar a lide, na expressão extrema do brocardo *iuri novit cuira*. Consiste em uma visão formal do princípio constitucional.

Com o avanço dos estudos e a extensão de garantias, surge a concepção moderna deste princípio, na qual o Contraditório passa a agregar a figura do juízo como parte integrante da ação, cabendo a este atuação ativa na demanda, permitindo a participação na construção da decisão judicial a partir de contribuição com a tese jurídica que orientará a solução do litígio. Permite-se o efetivo direito à influência na decisão, visto que aos litigantes é garantido o direito à informação, à reação e ao diálogo - pedir, alegar, provar (DINAMARCO, 2000, p.

519).

Passa-se para uma visão tridimensional do princípio, na qual os direitos de informação e reação são complementados pelo direito à influência. Não basta a possibilidade de se manifestar nos autos, é resguardado aos litigantes o poder de interferir na decisão judicial, que deverá considerar os argumentos trazidos, ainda que para afastá-los, e também não poderá conter tese inovadora sem prévia comunicação dos interessados.

Há, aqui, a vedação a decisões surpresa, ou seja, aquelas decisões que poderiam surpreender as partes com questões não debatidas nos autos a partir da inovação da fundamentação por parte do juízo. A parte sai da posição de mera espectadora da decisão do juízo para a posição de contribuinte para a decisão judicial.

Hermes Zaneti Júnior (2007, p. 191) confirma esse entendimento ao dizer que:

> é justamente no Contraditório, ampliado pela Carta do Estado Democrático brasileiro, que se irá apoiar a noção de processo democrático, o processo como procedimento em contraditório, que tem na sua matriz substancial a "máxima cooperação" […] O contraditório surge então renovado, não mais unicamente como garantia do direito de resposta, mas sim como direito de influência e dever de debate.

Essa evolução não se restringiu aos aspectos doutrinários sobre o tema, deixando marcas também no direito positivo brasileiro, mais especificamente no âmbito do processo civil, como passa-se a expor.

4 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AS QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA

A partir das ponderações relativas às diferentes abordagens ao Princípio do Contraditório, pode-se compreender melhor a problemática envolvendo a possibilidade de reconhecimento de ofício das questões de ordem pública e a forma como ela foi tratada na legislação infraconstitucional, que passou por diversas influências até chegar ao texto aprovado em 2015.

4.1 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973: PANORAMA

O atual Código de Processo Civil (CPC), aprovado sem a influência da Constituição Federal de 1988, portanto ainda sob a visão tradicional do Contraditório, não esboçou maiores preocupações na defesa dessa garantia.

Essa abordagem normativa atingiu diretamente a disciplina das questões de ordem pública. Embora o atual CPC estabeleça que o juiz pode reconhecer as tais questões de ofício, a qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 219, § 5º, e art. 267, § 3º, todos do CPC), silenciou quanto à necessidade de se ouvir ou não as partes sobre eventual decisão a respeito.

Esta ausência por muito tempo, e ainda na atualidade, levou alguns juristas a uma conclusão precipitada, indicando pela dispensabilidade de reação dos litigantes quanto à atuação *ex officio* do magistrado. E por muito tempo essa foi e, eventualmente ainda é, a prática adotada pelo Poder Judiciário nacional.

Não raro nos deparamos com decisões que, em busca de uma ideia equivocada de celeridade processual e, usando da suposta prerrogativa de decisão imediata, resolvem as questões de ordem pública, normalmente extinguindo o processo, seja com ou sem resolução de mérito, sem a prévia oitiva dos interessados.

O julgado abaixo é um dos diversos exemplos que encontramos na jurisprudência, que evidencia a cultura de decisões sem abertura de prazo para manifestação da parte contrária, sendo frequentemente objeto de recurso e reforma pelos tribunais:

> PROCESSO CIVIL - TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - TERMO INICIAL - SÚMULA 314/STJ - ARGÜIÇÃO PELO EXECUTADO - OITIVA DA FAZENDA PÚBLICA - INEXISTÊNCIA - CONTRADITÓRIO - DESRESPEITO.
> 1. A prescrição intercorrente, passível de ocorrência no bojo do processo executivo, conta-se da data do arquivamento da execução fiscal, após findo o prazo de um ano da suspensão determinada pelo magistrado. Inteligência da Súmula n. 314/STJ.
> 2. O contraditório é princípio que deve ser respeitado em todas as manifestações do Poder Judiciário, que deve zelar pela sua observância, e não só nas hipóteses de declaração da prescrição ex officio.
> 3. Cabível a prescrição intercorrente em execução fiscal desde que a Fazenda Pública seja previamente intimada do decreto que a declarar, para opor algum fato impeditivo à incidência da prescrição. (grifo nosso)
> 4. Recurso especial provido.[2]

[2] STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 963.317 - RS (2007/0144622-2), Relator: Ministra Eliana Calmon, Data de Julgamento: 05/08/2008, T2 - Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 01.09.2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200701446222&dt_publicacao=01/09/2008>

Todavia, como advento da Constituição Federal, o Princípio do Contraditório surge como diretriz para todas as decisões judiciais e administrativas, atingindo, inclusive, a problemática envolvendo as questões de ordem pública.

Por meio de uma análise sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, especialmente à luz do art. 5º, LV[3], da Constituição Federal, chega-se à conclusão diversa da acima delineada, indicando para o dever do magistrado em assegurar o direito de manifestação sobre qualquer ponto que possa influenciar na resolução da causa.

Essa também é a conclusão da doutrina, que defende a ampla possibilidade das partes participarem do processo, integrando a ideia de democracia à prestação jurisdicional. Ao decidir questões de ordem pública, cabe antes ao magistrado elucidar às partes o que irá decidir, sobre o quê irá fazê-lo, e o porquê de tal decisão, garantindo o esclarecimento e o contraditório quanto ao ponto.

No mesmo sentido, adverte Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (1993, p. 9) que:

> impõe-se ao Juiz prudente diálogo com as partes, seja chamando-as a seu gabinete para uma conversa informal, seja suscitando nos autos a possibilidade de aplicação de tal ou qual norma, ou o exame da questão sob determinada perspectiva jurídica inovadora, ou informando ainda da possibilidade de ser apreciada, de ofício, questão totalmente nova e desconhecida dos litigantes.

Em citação ao *nouveau code de procédure civile* francês, que traz dispositivo expresso sobre a necessidade de oitiva das partes no caso de possível declaração de ofício de questão de ordem pública, Cândido Rangel Dinamarco (2000, p. 528) lembra que o juiz que ouve a parte contrária sobre determinado ponto a ser decidido sem provocação da parte não está manifestando uma posição de parcialidade, "ao contrário, ele está oferecendo ao próprio autor uma oportunidade para, alegando, dissuadi-lo daquela impressão inicial".

Dessa forma, é inequívoco que sob a égide do CPC de 1973, mesmo sem previsão expressa, o Princípio do Contraditório já deveria ser observado quando o magistrado tendesse a decidir sobre questão de ordem pública, ainda que não provocado por alguma das partes. Isso se deve

[3] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - 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

em razão da leitura contextualizada do CPC com a Constituição Federal, que garante meios para as partes participarem do processo, franqueando-lhe os instrumentos processuais cabíveis para isso.

A doutrina ainda destaca a participação ativa do Judiciário que, em uma postura democrática e cooperativa, deveria contribuir efetivamente para a formação do processo, oportunizando a atuação das partes na construção das teses jurídicas, libertando-se de qualquer resquício de autoritarismo ou arbitrariedade.

Assim, mesmo que nosso ordenamento atual permita ao juízo decidir certas matéria sem a prévia provocação das partes, a doutrina já defendia que esse poder é balizado pelo Princípio do Contraditório, ainda que inexista dispositivo legal que imponha a abertura de prazo para manifestação. A orientação constitucional advém como instrumento equalizador do poder *iura novit curiaI* (PINTO, 2007, p.78).

4.2 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: REPERCUSSÕES RELATIVAS ÀS QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA

Em resposta positiva à posição doutrinária sobre o tema, o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015), em seus primeiros artigos, normatizou os pilares da concepção moderna do Princípio do Contraditório.

Baseou-se na cooperação entre os sujeitos do processo, dentre os quais se inclui o magistrado, deixando expresso o dever deste assegurar a paridade de tratamento entre as partes, a garantia da possibilidade de oitiva e a proibição em prolatar decisões antes que a parte prejudicada possa ser previamente ouvida.

Nota-se a concretização da visão contemporânea do Princípio do Contraditório, que passa da ideia de bilateralidade para a de trilateralidade/cooperação, e sedimenta-se a dupla destinação deste princípio, segundo a qual

> A garantia do contraditório, imposta pela Constituição com relação a todo e qualquer processo – civil, penal, trabalhista, ou mesmo não-jurisdicional (art. 5º, LV) -, 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. Mas 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, num direito das partes e deveres do juiz. (DINAMARCO, 2000, p. 124)

A problemática relacionada à decisão *ex officio* sobre questões de ordem pública também foi abarcada pelo legislador, que pôs fim à possibilidade de aplicação restritiva ao Princípio do Contraditório neste ponto.

O novo CPC passou a estabelecer de forma taxativa, em seu nono e décimo artigos:

> Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.
> Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:
> I - à tutela provisória de urgência;
> II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;
> III - à decisão prevista no art. 701.
> Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Essa inclusão não se deu por mero acaso. Foi fruto de ampla discussão e do esforço direto dos juristas que trabalharam na aprovação do novo código.

A preocupação em extirpar qualquer tipo de dúvida quanto à observância do Contraditório no que tange à problemática tratada neste trabalho se revelou na Exposição de Motivos[4] do ante projeto do Senado Federal, que consignou com orientação para os trabalhos a seguinte diretriz:

> 1) A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual. Por outro lado, muitas regras foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais, como, por exemplo, as que prevêem um procedimento, com contraditório e produção de provas, prévio à decisão que desconsidera da pessoa jurídica, em sua versão tradicional, ou "às avessas".
>
> Está expressamente formulada a regra no sentido de que o fato de o juiz estar diante de matéria de ordem pública não dispensa a obediência ao princípio do contraditório. (grifo nosso)

Vê-se, portanto, que a intenção do legislador ao instituir os citados artigos foi a de consolidar a interpretação constitucional já defendida pela doutrina mas afastada por parte dos operadores do direito, não deixando espaço para a discricionariedade do julgador, que agora

[4] Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>

se vê compelido em promover o debate de todos os pontos relevantes da demanda.

Segundo a lição de Cruz e Tucci (2010, p. 06), o artigo décimo afasta a hipótese de eventual surpresa aos litigantes decorrente de decisão fundada em ponto jurídico fundamental por eles não alvitrado. Consiste em verdadeira democratização do processo, reduzindo o espaço para decisões arbitrárias ou a obstrução do acesso à justiça.

Nota-se o cuidado do Legislativo em se deixar expresso a priorização da natureza democrática do processo, no qual a vontade do juiz nunca é totalmente soberana, restando condicionada à participação dos litigantes, processualmente representada de diferentes formas, como a iniciativa, o estímulo, a resistência ou concordância propriamente dita.

Com isso, o novel código enfatizou o dever de cooperação entre os sujeitos do processo, deixando clara a inclusão do juízo nessa tarefa, já que este deve priorizar o direito de participação e influência das partes em todos os meandros que a lide apresenta, evitando-se que sejam surpreendidas por decisões baseadas em argumentos jurídicos que não tenham sido combatidos (MITIDIERO, 2009, p. 136).

Frisa-se que o dever de cooperar não se refere somente às partes, como imaginado por alguns juristas, mas também ao juiz, visto que este é essencial na definição dos rumos da ação, promovendo verdadeiro equilíbrio em todo o processo, com a eliminação de qualquer fator de desigualdade (BEDAQUE, 2002, p. 22).

Com bem cita Alvaro de Oliveira (1993, p. 7):

> O juiz, quando examina de ofício, encontra-se, no concernente à exigência do contraditório, na mesma posição da parte. E se a determinação do objeto do Juízo decorre do exercício de um específico poder processual do Juiz e das partes, o ato de exercício de tal poder não pode deixar de ter idêntica natureza, como ato de impulso processual, homólogo à demanda. Assim, se é inafastável o contraditório em relação às exceções examináveis de ofício: ambas, efetivamente, enquanto dão lugar a questões prejudiciais, ampliam o *thema decidedum* sobre o qual as partes têm direito de se manifestar.

Resta claro que o nono e o décimo artigos do novo CPC são reflexo da tentativa do legislador em harmonizar a legislação nacional com os direitos constitucionais, dentre eles o Princípio do Contraditório, como direito de influência e de não surpresa. Não é por acaso que a diretriz

contida no primeiro artigo deste *codex* estabelece que o Processo Civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil.

Por fim, não se podem afirmar que a instituição dessa nova diretriz seja unânime no meio jurídico, especialmente entre os práticos, que argumentam que as decisões de ofício sem prévia manifestação têm como objetivo a tão buscada celeridade processual, outro escopo do novo código, porquanto evitaria a abertura reiterada de prazos para manifestação.

Em contraponto a este argumento, lembra-se que o descontentamento do litigante prejudicado pela omissão do juízo certamente refletirá na seara recursal, já que ele se insurgirá contra a decisão prematura ou defeituosa, de forma que a celeridade objetivada pelo juízo se esvairá na prorrogação indevida do processo em fase recursal apenas para o reconhecimento de eventual nulidade da ação por violação ao contraditório.

Dessa forma, a simples abertura de prazo para manifestação antes da decisão sobre eventual questão de ordem pública é essencial para, justamente, dar ao processo duração razoável sem atropelo a nenhuma garantia, evitando-se o prolongamento indevido da ação, uma vez que se estará evitando recursos exclusivamente com o fim de corrigir *erro in procedendo*.

Marinoni (2007, p. 491) sintetiza com maestria a questão ao defender que não seria racional admitir que o processo prossiga quando apresente defeitos ou irregularidades que possam comprometer a tutela jurisdicional do direito, visto que isso significaria violação à tutela jurisdicional efetiva e à duração razoável do processo.

É, portanto, indiscutível que o processo deve demorar o tempo necessário para atingir o fim a que se deseja sem que isso implique em supressão de garantias ou dilações desnecessárias.

CONCLUSÃO

Inicialmente, o presente trabalho buscou identificar as dificuldades que permeiam as questões de ordem pública, a forma em que elas se apresentam no Direito Processual Civil e a possibilidade de o magistrado decidi-las de ofício.

Fez-se necessária a breve análise das condições da ação, dos pressupostos processuais e das nulidades, bem como dos reflexos danosos que o não atendimento a essas regras imperativas e congentes podem trazer ao andamento processual.

Passou-se pelo posicionamento doutrinário sobre o Princípio do Contraditório, sua evolução, e a maneira que a questão é admitida pelos julgadores e pelo Código de Processo Civil de 1973. O estudo da evolução do princípio foi marcado pela contextualização da ruptura com o paradigma tradicional ligado à bilateralidade da audiência para a construção contemporânea caracterizada por sua dupla destinação (direito X dever).

Já no estudo da abordagem do Novo Código de Processo Civil sobre o tema, identificou-se que o legislador buscou consolidar o entendimento doutrinário que garante a observância ao Princípio do Contraditório ante as decisões sobre questões de ordem pública, fortalecendo o dispositivo constitucional que já regia o sistema processual vigente.

Além disso, abordaram-se os argumentos contrários utilizados por alguns julgadores, normalmente baseados na celeridade processual, para justificar a não aplicação do citado princípio constitucional, refutando-os, pois, como demonstrado, trata-se de aparente vantagem, já que decisões equivocadas e que não respeitem os princípios constitucionais fatalmente acarretarão em reflexos na seara recursal e, consequentemente, prolongamento indevido e desnecessário do processo.

A partir da análise dessas premissas teóricas, é forçoso concluir que o artigo décimo do novo CPC representa uma posição afirmativa dos estudiosos do Direito no sentido de ampliar e resguardar os princípios constitucionais, corriqueiramente negados por interpretações restritivas do Poder Judiciário.

Embora dogmaticamente desnecessário, visto que as diretrizes nele contidas já poderiam ser extraídas por meio de uma interpretação sistemática e constitucionalmente harmônica, a normatização do tema é de suma importância para fortalecer os ideais democráticos no processo e a busca por uma tutela jurisdicional efetiva e justa, reduzindo o arbítrio do magistrado na gestão da causa.

Portanto, não há dúvidas de que ninguém melhor que as partes conhecem o fato litigioso, e é

na fase de conhecimento que isso deve ser levado aos autos, já que oportunizar o Contraditório na análise dos pontos que podem influenciar na decisão do magistrado é essencial para o exercício da ampla defesa e para a duração razoável do processo.

REFERÊNCIAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **O juiz e o princípio do contraditório**. In: Revista de Processo, n 71. São Paulo: RT, 1993.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem Pública e Processo**. O tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 2011.

BEDAQUE, José Roberto. **Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório**. In: Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DIAMARCO, Cândido Rangel. **O princípio do contraditório e sua dupla destinação**. In: Fundamentos do processo civil moderno. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, tomo I.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. Vol. 1. Salvador: Jus Podivm, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: RT, 2006.

_____; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC**. Críticas e propostas. São Paulo: RT, 2010.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. São Paulo: RT, 2009. P. 134-140.

PASSOS. José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol III. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PINTO, Junior Alexandre Moreira. **A causa petendi e o contraditório**. São Paulo: RT, 2009. p. 76-93.

ROQUE, Nathaly Campitelli. **A Ordem Pública e seu regime jurídico do direito processual civil as questões de ordem pública**. Vol 908/2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 263-291.

TUCCI, José Rogério e. **Garantia constitucional do contraditório no projeto do CPC**. Disponível em <http:www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-3545.pdf>

ZANETI JR, Hermes. P**rocesso Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.