

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Augusto Caballero Fleck

O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL  
BRASILEIRO

Análise Histórica e Dogmática

Porto Alegre

2017

AUGUSTO CABALLERO FLECK

O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL  
BRASILEIRO

Análise Histórica e Dogmática

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Adjunto Dr. Daniel Mitidiero

Porto Alegre

2017

AUGUSTO CABALLERO FLECK

**O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL  
BRASILEIRO**

Análise Histórica e Dogmática

Trabalho de Conclusão de Curso da Faculdade de Direito da  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para  
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA:

---

Prof. Dr. Daniel Mitidiero  
Orientador

---

Prof. Dr. Daisson Flach

---

Prof. Dr. Eduardo Kochenborger Scarparo

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço aos meus pais, Fernando e Maria Victoria, e à minha irmã Regina por todo o apoio que sempre me deram e, principalmente, pelo exemplo de amor ao justo e ao verdadeiro.

À Laura, minha namorada, pela alegria e motivação que me traz todos os dias.

Aos meus amigos Wilson, Daniel e Gustavo, pelo diálogo sincero.

Ao Professor Dr. Daniel Mitidiero, por ter despertado em mim, como em tantos outros, um novo entusiasmo para o estudo e a prática do Direito – e por todos os livros emprestados.

*Ad Deum Qui laetificat iuventutem meam.*

“O verdadeiro é o todo.”

Hegel, *Fenomenologia do Espírito*

“*Ex intima philosophia haurienda iuris disciplina.*”

Cícero, *De Legibus*

## RESUMO

O presente trabalho analisa o princípio do contraditório no direito processual civil brasileiro contemporâneo. Seu propósito é esclarecer o conceito do contraditório tanto em si mesmo como com respeito aos fins que o fundamentam e delimitar a sua eficácia ao longo do procedimento comum. Para cumpri-lo, parte-se do levantamento histórico de sua manifestação no pensamento jurídico ocidental para depois proceder às suas análises conceitual, funcional e estrutural. O princípio do contraditório é norma que ordena o comportamento dos sujeitos processuais segundo a sua necessidade para a prolação de decisões judiciais fundamentadas em pontos sobre os quais as partes puderam se pronunciar (proibição de decisão-surpresa) e que respondam racionalmente aos argumentos das partes aptos, em tese, a fundamentar uma decisão oposta (dever de debate). Serve, pela promoção de decisões judiciais mais certas e da administração democrática da justiça, à realização do processo justo. É o eixo em torno do qual se estrutura a fase de conhecimento e mantém sua eficácia consistente na fase de cumprimento de sentença. Mesmo em sua concepção forte, não implica o direito ao recurso; informa, porém, os que são instituídos pelo ordenamento jurídico. A antecipação da tutela não restringe *per se* o princípio do contraditório.

**Palavras-chave:** contraditório; proibição de decisões-surpresa, dever de debate.

## ABSTRACT

The present work analyses the principle of fair hearing in contemporary Brazilian civil procedure. It aims at clarifying the concept of fair hearing, both in itself and with regard to the ends that justify it, as well as at delimiting its legal efficacy throughout Brazilian standard procedure. In order to achieve this, we present an historical research on its occurrence in Western legal thought, followed by conceptual, functional and structural analyses. The principle of fair hearing prescribes behaviours which are necessary to promote the delivery of judgements based on points about which both parties had the opportunity to manifest themselves (prohibition of surprise-decisions) and which answer rationally their relevant arguments (right to a reasoned judgement). By promoting more accurate court decisions and democratic administration of justice, it serves to enable a fair trial. It is the axis around which the trial is structured and it keeps its efficacy consistent throughout the execution proceedings. Even in its strong conception, it does not imply double degree of jurisdiction; it informs the latter, however, when instituted by law. Temporary relief does not restrict, per se, the fair hearing.

**Keywords:** fair hearing; prohibition of surprise-decisions; right to a reasoned judgement.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>8</b>
<b>PRIMEIRA PARTE. ANÁLISE HISTÓRICA.</b> .....	<b>11</b>
<b>1 PRIMEIROS REGISTROS NO OCIDENTE</b> .....	<b>11</b>
<b>2 PROCESSO CIVIL ROMANO</b> .....	<b>15</b>
2.1 PROCESSO DAS LEGIS ACTIONES .....	16
2.2 PROCESSO FORMULAR .....	17
2.3 PROCESSO DA COGNITIO EXTRA ORDINEM.....	19
<b>3 ORDO IUDICIARIUS MEDIEVAL</b> .....	<b>20</b>
<b>4 PROCESSUS MODERNO</b> .....	<b>21</b>
<b>SEGUNDA PARTE: ANÁLISE DOGMÁTICA</b> .....	<b>24</b>
<b>1 CONCEITO</b> .....	<b>24</b>
1.1 DISTINÇÕES PRELIMINARES: VERDADE, LÓGICA E CERTEZA .....	24
1.1.1 A verdade possível.....	24
1.1.2 Lógica e processo .....	26
1.1.3 Os graus de certeza segundo a tradição aristotélica .....	27
1.2 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DIREITO AO CONTRADITÓRIO ..	31
1.3 O CONTRADITÓRIO COMO AUDIÊNCIA BILATERAL .....	33
1.4 O CONTRADITÓRIO COMO INFLUÊNCIA .....	35
<b>2 FUNÇÃO</b> .....	<b>38</b>
2.1 CONTRADITÓRIO E PROCESSO JUSTO .....	40
2.2 CONTRADITÓRIO E VERDADE .....	42
2.3 CONTRADITÓRIO E IGUALDADE.....	44
2.4 CONTRADITÓRIO E DEMOCRACIA .....	45
<b>3 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO PROCEDIMENTO COMUM</b> ...47	
3.1 PARTE GERAL DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL .....	48
3.2 FASE POSTULATÓRIA.....	50
3.3 FASE ORGANIZATÓRIA.....	52
3.4 FASE INSTRUTÓRIA.....	53
3.5 FASE DECISÓRIA.....	56
3.6 FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA.....	57
3.7 FASE RECURSAL.....	59
3.8 CONTRADITÓRIO E ANTECIPAÇÃO DA TUTELA.....	61
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	Erro! Indicador não definido.
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>67</b>



## INTRODUÇÃO

O assunto deste trabalho é novo e é velho. O Código de Processo Civil de 2015, especialmente por meio dos seus artigos 10 e 489, § 1º, inciso IV, adotou um novo conceito de contraditório. Mais do que uma promessa romântica à sociedade ou um empecilho adicional à Justiça já sobrecarregada, essa inovação legislativa é um desafio aos profissionais do direito e à sociedade em geral para que renove a sua compreensão sobre a natureza do direito e da jurisdição. Esse desafio, porém, não nasceu da pena do legislado; já circulava nas universidades e nos tribunais ao menos desde a publicação, em 1953, do estudo de Theodor Viehweg (*Topik und Jurisprudenz*), o qual, por sua vez, apenas aceitaria ser chamado de seu inventor se advertida a origem da palavra em *venire in (aliquid)*, chegar diante de algo. Na verdade, a concepção dos problemas jurídicos como matéria incerta tratável adequadamente apenas por métodos retóricos e dialéticos é tão antiga quanto a própria *jurisprudencia*, e, reencontrando-a, o processo civil deixa para trás certas ilusões para prosseguir o seu giro ascendente.<sup>1</sup>

O propósito deste trabalho é, pois, analisar o novo conceito do contraditório como se apresenta no direito processual civil brasileiro contemporâneo lançando luz sobre suas origens históricas, sobre os fins que lhe conferem sentido e sobre a sua estruturação prática.

Tendo isso em vista, é dividido em duas partes. Na primeira, sob o título de análise histórica, é estudada a história desse princípio: interpretam-se seus primeiros registros no Ocidente, consideram-se os problemas práticos que ensejava no processo civil romano, analisa-se a sua posição central no *ordo iudicarius* medieval e explicam-se as causas de sua desvalorização no *processus* moderno. Na segunda parte, sob o título de análise dogmática, o problema proposto é enfrentado diretamente. Suposto que a dogmática jurídica não se deve restringir à paráfrase das fontes, mas deve esclarecer os seus conceitos e explicá-lo em termos de fins, essa análise é subdividida em três partes. Na primeira, analisam-se certas questões e conceitos preliminares – a possibilidade do discurso verdadeiro, a afinidade entre

---

<sup>1</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 33.

lógica e processo, a distinção aristotélica entre os quatro graus de certeza –, bem como questões concernentes ao próprio conceito do contraditório, tomado como princípio ou como direito subjetivo, como audiência bilateral ou como influência. Na segunda, especificamos as diferentes funções que são atribuídas ao contraditório: compor o processo justo, propiciar decisões judiciais mais certas, tratar igualmente as partes no processo e promover uma administração democrática da justiça. Isso, pois:

Discernir o jogo combinado de diferentes normas ou de diferentes complexos normativos, e com isso as funções que determinado conceito jurídico desempenha, é uma tarefa fundamental da ciência jurídica sistemática, de que depende a possibilidade da já referida interpretação sistemática e teleológica da lei (interpretação segundo o ‘conjunto de fins’).<sup>2</sup>

Finalmente, à luz das conclusões anteriores, delimita-se a eficácia do princípio do contraditório ao longo do procedimento comum a fim de que se antevejam o modo e os limites de sua aplicação. A fase de conhecimento, sob essa perspectiva, revela-se como um mecanismo dialético estruturado em torno do eixo do contraditório. Seus diferentes estágios ordenam-se, cada um segundo um modo específico, à superação da parcialidade em direção à obtenção de uma decisão mais justa. Na fase de cumprimento de sentença, o contraditório deixa de governar o procedimento e retira-se a um posto lateral, de onde, porém, intervém consistentemente; toma o seu lugar a efetividade. Analisam-se ainda as relações entre a fase recursal e a técnica da antecipação de tutela com o contraditório.

Ao longo do trabalho será seguido um método dialético de investigação. Com efeito, Aristóteles, o primeiro expositor do método, dava o nome *historia* (ἱστορία) não à ciência do passado, mas ao acúmulo de material prévio à ordenação racional de uma disciplina, como em “história natural”.<sup>3</sup> Relatando a história do contraditório, superam-se certos vícios de perspectiva causados pela unilateralidade da

---

<sup>2</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1978, p. 557.

<sup>3</sup> ARISTOTE. *Les Premiers Analytiques*. Tradução de Jules Tricot. Paris: Vrin, 1982, p. 158.

experiência contemporânea e se ganha o impulso necessário a uma fundamentação mais penetrante do tema, a qual é desenvolvida sob seus três aspectos na segunda parte do trabalho. Na conclusão, formulamos a síntese final das análises desenvolvidas.

Este trabalho é animado pelo juízo de que toda ordem institucional provém da ordem da consciência daqueles que a instituíram e daqueles que zelam pela sua conservação e pelo seu desenvolvimento.

## PRIMEIRA PARTE. ANÁLISE HISTÓRICA.

“A história do princípio do contraditório confunde-se, em verdade, com a própria história do processo civil, desde o direito romano primitivo.”<sup>4</sup> Com efeito, o princípio do contraditório é talvez o mais óbvio princípio formativo do processo<sup>5</sup> e, segundo parte da doutrina contemporânea, constitui mesmo nota integrante de sua definição.<sup>6</sup>

A análise histórica desenvolvida a seguir não visa à pura teorização da evolução do princípio do contraditório na consciência jurídica das sociedades, mas antes ao levantamento de opiniões relevantes a seu respeito. É subdividida em quatro seções. Na primeira, interpretam-se alguns dos registros primitivos do princípio do contraditório no Ocidente atendendo-se principalmente à sua primeira afirmação contra o estado anômico primitivo. São eles um verso hexâmetro atribuído a Focílides de Mileto, o drama judicial da *Orésteia* de Ésquilo e as informações fragmentárias a respeito do processo grego antigo. Na seção seguinte, analisam-se os problemas práticos ocasionados pela concepção do contraditório que vigorava no processo civil romano – portanto, em uma cultura jurídica altamente diferenciada e influente sobre a brasileira – nos períodos do processo das *legis actiones*, do processo formular e do processo da *cognitio extra ordinem*. Na terceira, analisa-se a posição central que o contraditório assumia no *ordo iudicarius* medieval, o qual, por seus traços isonômicos e dialéticos, tem recebido atenção crescente nas últimas décadas. Por fim, consideram-se as causas da desvalorização do contraditório com o advento do *processus* moderno, o qual, por sua oposição ao *ordo* medieval e por seu caráter paradigmático de ordem assimétrica, permitirá angularizar melhor a questão.

### 1 PRIMEIROS REGISTROS NO OCIDENTE

---

<sup>4</sup> BATISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 55.

<sup>5</sup> MILLAR, Robert Wyness. “*The Formative Principles of Civil Procedure*”. In: ENGELMANN, Arthur. *History of Continental Civil Procedure*. Boston: Little, Brown & Company, 1927, p. 6.

<sup>6</sup> MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 143-145.

A mais antiga formulação diferenciada do princípio do contraditório é atribuída ao poeta gnômico Focílides de Mileto (*fl.* VI a.C.)<sup>7</sup>: “Não julgues demanda nenhuma, antes de ouvir o que narram (*mýthos*) ambas as partes.”<sup>8</sup>. Nesse verso, a audiência de ambas as partes aparece como um dever moral do juiz e, mais fundamentalmente, como uma regra prudencial que o preserva de ser persuadido pela primeira narrativa (*mýthos*) que lhe é apresentada. Se a simples instituição do julgamento das lides por um terceiro – seja um juiz privado, seja um representante do Poder Público – afirma-se contra a autotutela do direito e, desse modo, contra o abuso do poder físico na comunidade, o contraditório afirma-se contra o abuso do poder de persuasão no processo judicial, acautelando o juiz quanto à possibilidade de ser persuadido do falso, seja pela má-fé da parte, seja pela natural incompletude do conhecimento humano<sup>9</sup>.

Uma fonte especialmente eloquente a respeito do contraditório na Antiguidade é a trilogia *Orésteia* de Ésquilo, “*impregnada de um profundo simbolismo jurídico*”<sup>10</sup> e encenada pela primeira vez na Dionísia de 458 a.C.<sup>11</sup> Desde sua origem, na instituição do culto oficial de Dioniso em Atenas por Pisístrato, as tragédias elaboravam o material mítico tradicional sob a forma de um *áition* (αἴτιον), isto é, do mito fundacional de um instituto social ou originário de um fenômeno natural.<sup>12</sup> Obediente a esse cânon, a *Orésteia* retrata a fundação do Areópago<sup>13</sup>, o mais nobre e antigo tribunal de Atenas<sup>14</sup>, pela divina patrona da cidade por ocasião do julgamento de Orestes, acusado do crime de matricídio. O poeta trágico, no entanto, não é um historiador dedicado a investigar as circunstâncias em torno da fundação desta ou daquela instituição<sup>15</sup>; sua intenção, de ordem universal, é a de representar paradigmaticamente o *páthos* (πάθος), a experiência virtualmente comum a toda a

<sup>7</sup> PICARDI, Nicola. “*Audiatur et altera pars: as Matrizes Histórico-Culturais do Contraditório*”. In: PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*, organizador e revisor técnico da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 131.

<sup>8</sup> Em grego: “Μηδέ δίκην δικάσης, πριν αμφοίν μύθον ακούσης” (*Medé díken dikáses prin amphóin mýthos akóuses*). BERGK, Theodorus (organizador). *Poetae Lyrici Graeci*. v. II, Leipzig: Teubner, 1866, p. 464.

<sup>9</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “*A Garantia do Contraditório na Atividade de Instrução*”. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Rruda Alvim (Organizadores). *Doutrinas Essenciais do Processo Civil, São Paulo*, v. IV: RT.. p. 232.

<sup>10</sup> HERRERO, Juan Palao. *El Sistema Jurídico Ático Clásico*. Madrid: Dykinson, 2007, p. 41

<sup>11</sup> JARDÉ, Auguste. *A Grécia Antiga e a Vida Grega*. São Paulo: EPU e EDUSP, 1977, p. 72.

<sup>12</sup> MURRAY, Gilbert. *Aeschylus: the Creator of Tragedy*. Oxford: Clarendon Press, 1940, p. 2.

<sup>13</sup> HERRERO, Juan Palao. *Op. cit.*, p. 41.

<sup>14</sup> JARDÉ, Auguste. *Op. cit.* p. 191.

<sup>15</sup> ARISTÓTELES. *Poética*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian. 2011. p. 54 (1451 a 38).

humanidade que lhe insufla sentido<sup>16</sup>. Isso é feito por Ésquilo pela dramatização da tensão entre o mandamento dogmático da lei, personificado pelas Erínias<sup>17</sup>, que exigem inflexivelmente a condenação de Orestes pelo crime de matricídio, e a justiça substantiva, defendida por Apolo, o qual primeiro inspira o príncipe de Micenas a vingar seu pai, Agamênon, e depois testemunha em seu favor perante Atena.

Ao presente trabalho interessa a passagem em que Atena, após ouvir a acusação das Erínias, mostra-se insatisfeita com a unilateralidade das alegações, declarando: “Estão aqui neste momento duas partes, e ouvi apenas a metade da história” (vv. 558-559)<sup>18</sup>. As Erínias redarguem, alegando que Orestes não jurou nem exigiu que elas próprias jurassem, de modo que seria desnecessário prolongar o debate. Nisso, são censuradas pela julgadora, que as acusa de tentarem parecer justas sem o serem de fato. Assim, Ésquilo cobre de infâmia a justiça primitiva e a técnica processual do juramento, à qual aquela dava primazia<sup>19</sup>. Com efeito, o réu Orestes não contesta que tirou a vida à mãe, nem que o matricídio, em regra, seja um crime abominável; sua contestação não poderia ser a negação direta das imputações e, se assim jurasse, incorreria em perjúrio. Sua contestação pretende superar o mandamento da lei à luz de um senso de justiça superior, simbolizado por Apolo, pela alegação das circunstâncias excepcionais do seu caso. O contraditório em Ésquilo, portanto, já aparece sob forma mais diferenciada que a da mera faculdade do réu de negar sob juramento as acusações sofridas: é facultado ao réu negar a própria validade da lei para o caso concreto, em razão de elementos excepcionais não previstos pelo legislador, reconhecíveis à luz de um parâmetro jurídico superior à lei invocada.

A peça dá espaço ainda à réplica das Erínias, apresentada sob a forma de ameaça e maldição. Ainda que se conceda que a aplicação inflexível da lei possa resultar em injustiças em casos concretos, incomparavelmente maior será o mal resultante de sua flexibilização: um crime justificará outros incontáveis, o temor da lei

<sup>16</sup> VOEGELIN, Eric. *Platão e Aristóteles*. São Paulo: Loyola, 2009, p. 90-91.

<sup>17</sup> HERRERO, Juan Palao. *Op. cit.*, p. 41-44.

<sup>18</sup> “δυσὶν παρόντων ἡμισυς λόγου πάρα” (*duóin paróntoin émisus lógou pára*). ÉSQUILO. *Orésteia*. Tradução de Mário Gama Kury. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 162.

<sup>19</sup> HERRERO, Juan Palao. *Op. cit.*, p. 42.

desaparecerá e toda a ordem pública ruirá. Em sua forma geral, é o *tópos* retórico-forense do perigoso precedente, que se funda sobre o princípio da paz jurídica. Com efeito, as Erínias, personificando a justiça primitiva, zelam antes pela manutenção da ordem que pela justiça equitativa, pois conservam viva a memória do estado de anomia. Após a inquirição de Orestes e de Apolo, sua testemunha, votam os areopagitas e, diante do empate, prevalece o voto de Minerva. A presidente, no entanto, não encerra a sessão sem antes tratar de dissuadir as Erínias de seus propósitos vingativos. Não devem “se considerar vencidas”<sup>20</sup> nem “obedecer aos próprios ímpetos”<sup>21</sup>, “não foram humilhadas”<sup>22</sup>; ao invés, a sentença quer tão somente “dar força à verdade”<sup>23</sup>, e, acatando à “sagrada Persuasão” (*Peitho*)<sup>24</sup>, serão recebidas para sempre como suas hóspedes. Embora Atena tenha acesso aos raios de Zeus<sup>25</sup>, isto é, ao poder de impor pela força a sua vontade, prefere valer-se da Persuasão, ciente de que a ordem que não se funda na concórdia íntima é precária. Assim, Ésquilo representa o juiz que, atento à dignidade dos litigantes, vale-se, em primeiro lugar, da persuasão para impor a sua sentença às partes. O acatamento das Erínias e sua consequente conversão em Eumênides simboliza a docilidade do súdito à ordem justa da autoridade. A restauração da concórdia pela persuasão veraz, antes que a mera atuação material da lei, aparece assim como o fim da Justiça.

Não obstante a forma diferenciada que o contraditório assume em Ésquilo, é mais problemático saber em que medida o *páthos* experimentado pelo povo de Atenas no teatro se refletia na prática jurisdicional grega. No processo pré-homérico, conforme a clássica interpretação de Platão, a sinceridade da crença do povo nos deuses<sup>26</sup> justificava um procedimento sumaríssimo no qual o juramento era um meio adequado à apuração da verdade e o temor da desordem somado à sacralidade das leis motivava a proibição de sua interpretação (mais propriamente: a proibição da superação de sua interpretação literal).<sup>27</sup> No processo pré-solônico, o juramento perde a sua eficácia probatória que adstringia todo o procedimento, e a prova

<sup>20</sup> ÉSQUILO. *Op. cit.*, p. 179.

<sup>21</sup> *Id. Ibid.*

<sup>22</sup> *Id.* p. 180.

<sup>23</sup> *Id. Ibid.*

<sup>24</sup> VOEGELIN, Eric. *O Mundo da Pólis*. São Paulo: Loyola, 2009, p. 332.

<sup>25</sup> ÉSQUILO. *Op. Cit.* p. 180.

<sup>26</sup> HERRERO, Juan Palao. *Op. cit.*, p. 37.

<sup>27</sup> *Id.* p. 41.

testemunhal adquire maior relevância<sup>28</sup>, ainda que revestida de formas tachadas já por Aristóteles de ingênuas, como, por exemplo, a exigência de certo número de testemunhas para a condenação por homicídio. O processo permanecia, portanto, naquela situação em que a sentença “é pronunciada depois de uma série de formalidades sem qualquer relação, do ponto de vista racional, com a questão a ser resolvida”<sup>29</sup>.

As reformas democráticas de Sólon afetaram significativamente a administração da justiça. Ampliando a participação do povo nos tribunais, mediante sorteio, reduziu a assimetria entre partes e juiz e, em consequência a isso, surgiu a possibilidade da apelação das sentenças dos arcontes para o júri popular da Heliaia.<sup>30</sup> Certamente, porém, mesmo nas fases mais avançadas do processo grego antigo, a sensibilidade de Ésquilo quanto à jurisdição justa jamais se traduziu no plano pragmático.

## 2 PROCESSO CIVIL ROMANO

A audição de ambas as partes é um dos princípios que conformou o direito processual civil romano.<sup>31</sup> Sua disciplina, no entanto, sofreu variações significativas ao longo da história.<sup>32</sup> Se no período clássico – aí compreendidos o processo civil das *legis actiones* e o processo formular –, exigia-se para o desenvolvimento do processo a presença física de ambas as partes diante do magistrado e sua participação ativa<sup>33</sup>, no período pós-clássico, com o processo da *cognitio extra ordinem*, essa exigência é superada pela instituição do processo contumacial<sup>34</sup>.

O problema prático com o qual o direito processual civil romano lutou ao longo de sua história, a partir de sua concepção sobre o contraditório, foi o de como coagir

---

<sup>28</sup> *Id.* p. 68.

<sup>29</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, 39.

<sup>30</sup> HERRERO, Juan Palao. *Op. cit.*, p. 89

<sup>31</sup> KASER, Max. *Direito Privado Romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 199, p. 455.

<sup>32</sup> PROVERA, Giuseppe. *Il Principio Del Contraddittorio nel Processo Civile Romano*. Torino: G. Giappichelli, 1970, p. 6.

<sup>33</sup> À exceção do rito da *pignoris capio*, cuja natureza de *actio* era, por isso mesmo, controvertida. Cf. *Id. ibid.*

<sup>34</sup> *Id. ibid.*



o réu a comparecer e participar ativamente do processo e, se a coação falhasse, como tutelar o direito do autor.<sup>35</sup>

## 2.1 PROCESSO DAS LEGIS ACTIONES

No processo das *legis actiones*, exigia-se a presença física de ambas as partes diante do magistrado, à exceção do já mencionado rito da *pignoris capio*, cuja natureza de *legis actio* era, por isso mesmo, controvertida. Essa exigência concretizava-se pelo regime arcaico da *in ius vocatio*, no qual incumbia ao privado citar pessoalmente o adversário para que comparecesse em juízo e, assim, o processo pudesse ter início.<sup>36</sup> Não era prevista nenhuma intervenção de órgãos estatais para assegurar a citação. Em vista da possibilidade de o adversário recusar-se a aderir à intimação e impedir assim o cumprimento do rito processual, era facultado ao autor valer-se de sua força privada.<sup>37</sup>

Granjeada a presença de ambas as partes *in iure*, isto é, perante o magistrado judicial, iniciava-se o rito processual, que se distinguia conforme se tratasse de um direito de real ou obrigacional.<sup>38</sup> O ritualismo simbólico, típico da fase das *legis actiones*<sup>39</sup>, exigia que as partes pronunciassem fórmulas solenes acompanhadas por gestos<sup>40</sup> para simbolizar a oposição entre suas postulações.<sup>41</sup> Essa oposição culminava na *litis contestatio*, ato pelo qual as partes solenizavam “*mediante invocazione di testimoni la instaurazione di un contraddittorio*”<sup>42</sup> e que manifestava o aceite de ambas as partes do processo como meio de resolução da lide<sup>43</sup>, marcando o fim da fase *in iure*, ordenada à definição da controvérsia, à qual se seguia a fase *apud iudicem*, isto é, perante um juiz privado, destinada à instrução

<sup>35</sup> *Id.* p. 7.

<sup>36</sup> *Id.* p. 12.

<sup>37</sup> KASER, Max. *Op. Cit.* p. 477.

<sup>38</sup> PROVERA, Giuseppe. *Op. cit.* p. 6.

<sup>39</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 39.

<sup>40</sup> Na *legis actio sacramento in rem*, exigia-se a presença física ou, quando isso não era possível, ao menos simbólico da coisa objeto do litígio diante do magistrado. Por meio de palavras e gestos solenes, as partes renunciavam a qualquer contato físico com a coisa e, em consequência, eram constringidas a dar seguimento ao processo. PROVERA, Giuseppe. *Op. cit.* p. 44.

<sup>41</sup> PROVERA, Giuseppe. *Op. cit.* p. 83.

<sup>42</sup> BISCARDI. *La litis contestatio nella procedur aper legis actiones*, in *Studi Arangio-Ruiz*, III, p. 461 ss. *apud* PROVERA, Giuseppe. *Op. cit.* p. 38.

<sup>43</sup> PROVERA, Giuseppe. *Op. cit.* p. 85.

e ao julgamento.<sup>44</sup> A presença física de ambas as partes também era exigida na fase *apud iudicem*, sob pena de que se proferisse decisão necessariamente favorável à parte presente.<sup>45</sup>

O princípio do contraditório vigorava nessa fase com uma “*intensità del tutto sconosciutta ai sistemi processuali odierni*”<sup>46</sup>. O predomínio do ritualismo simbólico, característico das primeiras civilizações, era uma das causas que tornava inconcebível o processo sem a presença física de ambas as partes<sup>47</sup> e que fazia a solenidade do rito prevalecer sobre a sua racionalidade.

## 2.2 PROCESSO FORMULAR

O princípio do contraditório continuou a vigorar com essa mesma intensidade no processo formular, na medida em que ainda se exigia, para a declaração do direito, a presença física de ambas as partes perante o magistrado e a sua participação ativa.<sup>48</sup> No entanto, a solenidade do rito *in iure* é reduzida, concentrando-se sobre a *litis contestatio*, ato por sua natureza bilateral e que era condição para o prosseguimento do processo.<sup>49</sup> O magistrado dispunha agora de certo número de medidas predispostas em edito para forçar a presença *in iure* do contraditor.<sup>50</sup>

No âmbito das *actiones in personam*, ao autor que demonstrasse dever-se o insucesso da *in ius vocatio* à contumácia do adversário ou à sua ausência era autorizado imitir-se na posse dos seus bens (*missio in bona rei servandae causae*) e, mediante um procedimento longo e complexo, proceder à sua venda (*bonorum venditio*). Tratava-se de uma sanção executiva, idêntica à que tinha lugar após a condenação do devedor<sup>51</sup>, ordenada, porém, à coerção do *vocatus* ou mesmo de um terceiro legitimado para comparecer *in iure* e participar ativamente no processo.<sup>52</sup>

---

<sup>44</sup> *Id.* p. 38.

<sup>45</sup> *Id.* p. 82.

<sup>46</sup> *Id. ibid.*

<sup>47</sup> *Id.* p. 83.

<sup>48</sup> *Id.* p. 180.

<sup>49</sup> *Id.* p. 86.

<sup>50</sup> *Id.* p. 86.

<sup>51</sup> *Id.* p. 121.

<sup>52</sup> *Id.* p. 92.

Por sua vez, o *indefensus* – isto é, o *vocatus* que, presente *in iure*, recusava-se a aderir à *litis contestatio* – era equiparado ao condenado (*damnatus*), tinha prazo de trinta dias para pagar, findo o qual estava sujeito à *actio iudicati*. Se novamente não aderisse à *litis contestatio*, estaria sujeito às execuções pessoal e patrimonial, respectivamente por meio da *ductio* e da *missio in bona*.

No âmbito das *actiones in rem*, exigia-se igualmente a presença física de ambas as partes *in iure* e sua participação ativa para a declaração do direito.<sup>53</sup> Ao contrário do que acontecia nas *actiones in personam*, porém, a não adesão à *litis contestatio* não acarretava a aplicação imediata de sanções executivas.<sup>54</sup> Eram necessários meios de coação específicos ordenados a atuar sobre o réu que conservasse a posse da coisa negando-se a participar do processo. Preferiu-se valer-se de outros meios processuais como o *interdictum quem fundum* e a *actio ad exhibendum*, os quais conseguiam apenas por via indireta e eventual constranger o réu aderir à *litis contestatio*.<sup>55</sup> Lançava-se mão do *interdictum quem fundum* a partir da premissa de que a omissão da *contra vindicatio* importava em abandono do bem nas mãos do autor; se o réu novamente não aderisse à *litis contestatio*, tinha lugar a aplicação da *ductio* e da *missio in bona*.<sup>56</sup> A *actio ad exhibendum* era o meio disponível para superar o obstrucionismo do réu que não trazia o bem móvel fisicamente a juízo. Nessa ação, o juiz deveria declarar se nenhum se o réu detinha efetivamente a coisa ou cessou dolosamente de detê-la. Se a decisão era favorável ao autor, sucedida a condenação pecuniária por *ius iurandum in lite* seguida, no caso de inadimplemento da *obligatio iudicati*, a *ductio* e a *missio in bona*.

Assim, durante o período clássico do processo civil romano, jamais foi superada a concepção do contraditório que exigia a presença física e participação ativa dos contraditores no processo para a declaração do direito. Para obter a satisfação dos seus interesses era necessário lançar mão de sucedâneos processuais. A necessidade da audiência efetiva de ambas as partes para que o processo se desenvolvesse não se explica simplesmente como uma herança do ritualismo primitivo, mas se deve igualmente à ausência, nesse período, de uma

---

<sup>53</sup> *Id.* p. 132.

<sup>54</sup> *Id.* *Ibid.*

<sup>55</sup> *Id.* p. 139 e ss.

<sup>56</sup> *Id.* p. 151.

disparidade tão intensa entre governantes e governados, a qual viria a existir apenas com a “*nuova autorità del principe*”, que inspirou o processo da *cognitio extra ordinem*.<sup>57</sup>

### 2.3 PROCESSO DA COGNITIO EXTRA ORDINEM

Diferentemente do que acontecia no processo formular, na *cognitio extra ordinem*, o não comparecimento *in iure* do réu devidamente citado não impedia a prolação de decisão de mérito.<sup>58</sup> Ao insucesso da citação privada (*denuntiatio*) seguia-se uma espécie de citação oficial feita pelo magistrado (*evocatio*)<sup>59</sup> que consistia em uma ordem de comparecimento, cuja transgressão importava no ilícito de *contumacia*, figura concebida à semelhança da desobediência voluntária a um imperativo do órgão jurisdicional ou da insubordinação militar.<sup>60</sup> Para a configuração da *contumacia*, era preciso estar demonstrado o conhecimento efetivo da ordem pelo destinatário; na hipótese de simples ausência, preservava-se o procedimento da *missio in bona* herdado processo formular.<sup>61</sup>

A sentença proferida no processo contumacial não necessariamente era favorável ao autor<sup>62</sup>. Com a *cognitio extra ordinem*, a *actio* deixa de se apresentar como um poder de execução forçada; o autor não tinha senão o poder de promover, mediante o processo, uma declaração vinculante das próprias razões.<sup>63</sup> As fontes relativas à *cognitio* não indicam nenhuma distinção entre a sentença contumacial nas *actiones in rem* e nas *actiones in personam*. Assim, por exemplo, se no período formular o requisito para a *translatio possessionis* verificava-se quando o réu recusava-se a aderir à *litis contestatio* e era de competência do pretor em sede de *interdictum quem fundum*, no processo da *cognitio*, bastava a declaração de contumácia e era de competência do mesmo juiz da *rei vindicatio*.

---

<sup>57</sup> MITIDIÉRO, Daniel. Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos. p. 58.

<sup>58</sup> PROVERA, Giuseppe. *Op. cit.* p. 183.

<sup>59</sup> *Id. ibid.*

<sup>60</sup> *Id.* p. 184.

<sup>61</sup> *Id.* p. 190.

<sup>62</sup> *Id.* p. 204.

<sup>63</sup> *Id. ibid.*

A assimetria implantada, no período da *cognitio extra ordinem*, entre o juiz-funcionário e súditos abriu espaço para a maior racionalização do processo a partir do seu escopo público e ao abandono do formalismo simbólico tradicional<sup>64</sup>. O processo torna-se, assim, o instrumento de eliminação de controvérsias segundo o direito posto pelo Imperador.<sup>65</sup>

### 3 ORDO IUDICIARIUS MEDIEVAL

O século XII – “*the most legal century*”, segundo Maitland<sup>66</sup> – oferece-nos um modelo de ordem processual isonômica.<sup>67</sup> A vigência histórica desse modelo pode ser explicada a partir de certas circunstâncias culturais, notadamente, da concepção extraestatal do processo, então dominante, e da utilização da lógica dialética para o tratamento das questões do processo<sup>68</sup>. Vale dizer: entendia-se que o *ordo iudiciarius* “não dependia de uma vontade ordenadora externa, mas dos princípios da dialética”<sup>69</sup>, cujo conhecimento, em razão da hegemonia da tradição pedagógica baseada no *trivium* (gramática, lógica e retórica), era comum entre a classe letrada<sup>70</sup>.

O Cardeal Durando, cujo *Speculum Iudiciale* (1271) “está para a ciência processual anterior como a glosa de Accursio para a ciência jurídica em geral”<sup>71</sup>, tendo influenciado profundamente a legislação europeia nos séculos seguintes<sup>72</sup>, atribui à citação a dignidade de fundamento do *ordo iudiciarius*.<sup>73</sup> A essencialidade da participação da *altera pars* no processo, isto é, a sua pertinência ao núcleo essencial do processo que recebia o nome de *ordo substantialis*, não se restringe,

<sup>64</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 43-44.

<sup>65</sup> MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 59.

<sup>66</sup> *Apud*. GIULIANI, Alessandro. “*Ordo iudicarius medioevale*.”. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1998, p. 609.

<sup>67</sup> GIULIANI, Alessandro. *Op. Cit.* p. 598-614.

<sup>68</sup> MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.* p. 57.

<sup>69</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 51.

<sup>70</sup> A respeito da influência da tradição pedagógica liberal sobre a formação da ciência jurídica europeia, WIEACKER, Franz. *Op. cit.* p. 18-20.

<sup>71</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 105.

<sup>72</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 52.

<sup>73</sup> DURANDI, Guglielmo. *Speculi cum notis... Joan. Andrae onon., Baldi de Ubaldis Perusini, compluriumq. Iurisperitorum ecc.* Venetiis, 1564, II, 1. *De citatione*, rubrica a, p. 113, *apud* PICARDI, Nicola. *Audiatur et Altera Pars: As Matrizes Histórico-Culturais do Contraditório*, in PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*, organizador e revisor técnico da tradução ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 127.

porém, à citação, verificando-se sobretudo na *litis contestatio*.<sup>74</sup> A autoridade natural e mesmo divina que se atribuía aos elementos do *ordo substantialis*<sup>75</sup> implicava, por exemplo, que “*princeps citationis defectum supplere non potest*”<sup>76</sup>, pois isso constituiria uma *perversio ordinis*.

O caráter divino e natural que se atribuía a diferentes regras que hoje são reconduzidas ao princípio do contraditório revela a *intima philosophia* subjacente ao processo baixo-medieval. A essência do processo era o *ordo substantialis*, e o contraditório estava compreendido no *ordo*. Mais que isso: o contraditório era o *ordo*<sup>77</sup>. Era o método para encontrar a verdade provável<sup>78</sup>, e a idéia de uma *nova methodus*<sup>79</sup> que possibilitaria aos homens uma certeza superior ainda não havia ocorrido a ninguém. Em síntese: os problemas jurídicos são, para a consciência medieval, – como todos os problemas práticos – por natureza incertos, nenhum homem é capaz de os equacionar e resolver integralmente; logo, o método mais adequado para abordá-los é o dialético, que possibilita ao menos a ampliação do quadro de dados e razões disponíveis.<sup>80</sup>

#### 4 PROCESSUS MODERNO

As transformações radicais por que passou o espírito europeu no princípio da Modernidade refletiram-se também no direito processual. A influência direta da filosofia jusnaturalista sobre a legislação e a jurisprudência que caracteriza os séculos XVII e XVIII<sup>81</sup>, os novos métodos lógicos com que humanistas e racionalistas pretendiam desbancar o método escolástico<sup>82</sup>, a ascensão do Estado Moderno<sup>83</sup> – todos esses fatores confluíram para o abandono do *iudicium* isonômico e dialético em favor do *processus* assimétrico e demonstrativo.

<sup>74</sup> PICARDI, Nicola. *Op. cit.* p. 132.

<sup>75</sup> *Id.* p. 132.

<sup>76</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 51.

<sup>77</sup> PICARDI, Nicola. *Op. cit.* p. 129.

<sup>78</sup> *Id. ibid.*

<sup>79</sup> *Id.* p. 50.

<sup>80</sup> PICARDI, Nicola. p. 129.

<sup>81</sup> WIEACKER, Franz. *Op. cit.*, p. 279.

<sup>82</sup> As polêmicas lógicas não eram indiferentes aos conflitos religiosos que dividiram a Europa à época. Pierre de La Ramée era converso ao calvinismo e foi morto na Noite de São Bartolomeu, Leibniz era de família luterana.

<sup>83</sup> MITIDIÉRO, Daniel. *Op. cit.*, p. 61.

Coube a Johannes Althusius, jurista calvinista, um dos precursores, senão fundadores do jusnaturalismo moderno<sup>84</sup>, importar o método dicotômico de Pierre de La Ramée também para a processualística (“*dicaeocritica*”)<sup>85</sup>. Essa viragem metódica é caracterizada pelo abandono do pensamento voltado ao tratamento dialético de problemas particulares em favor do pensamento voltado à sistematização total.<sup>86</sup> O esforço do jurista deixa de ser o de encontrar argumentos persuasivos em torno de um problema, confrontá-los e chegar a uma opinião provável e passa a ser o de encontrar e formular rigorosamente os axiomas de toda uma disciplina e demonstrar seus teoremas inatacáveis por qualquer objeção possível.<sup>87</sup>

Suprimidos os pressupostos filosóficos que embasavam o *ordo substantialis*, não espanta que o contraditório se enfraquecesse no *processus* moderno.<sup>88</sup> Com efeito, se é possível, valendo-se do método adequado, erigir o direito natural em um sistema lógico, então é possível que o arquiteto desse sistema seja o próprio Rei, ou ao menos um conselheiro seu; e se a jurisdição não é senão a aplicação da lei assim concebida – a qual o juiz conhece por dever de ofício (*iura novit curia*)<sup>89</sup> –, então não cabe às partes no processo senão lhe noticiar os fatos (*da mihi factum, dabo tibi ius*)<sup>90</sup>. O movimento que vai da esperança na factibilidade do *systema iuris* à declaração pelo Estado Moderno da posse de tal sistema culminou, no século XVIII, na abolição da profissão de advogado por Frederico, o Grande<sup>91</sup>, prenunciada em Leibniz pela concepção do juiz como advogado geral das partes.

O *esprit positiviste* do século XIX não foi menos hostil ao contraditório, uma vez que era animado por semelhante esperança na factibilidade de um direito certo.<sup>92</sup> Pelo contrário, contribuiu para retirar qualquer pretensão de dignidade de direito natural que ainda lhe pudesse restar.<sup>93</sup> Apenas na segunda metade do século

<sup>84</sup> WIEACKER, Franz. *Op. cit.*, p. 323.

<sup>85</sup> PICARDI, Nicola. *Op. cit.*, p. 49.

<sup>86</sup> *Id. Ibid.*

<sup>87</sup> *Id. p. 54.*

<sup>88</sup> MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 85.

<sup>89</sup> *Id. Ibid.*

<sup>90</sup> *Id. Ibid.*

<sup>91</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O juiz e o princípio do contraditório*. In: Revista de Processo. São Paulo: RT. 1991. p. 90.

<sup>92</sup> PICARDI, Nicola. *Op. cit.*, p. 137.

<sup>93</sup> *Id. Ibid.*

XX, possivelmente como uma manifestação do chamado *pensiero debole* que se difundiu no Ocidente após a vitória dos Aliados, é que o contraditório começou a ser revalorizado como princípio ordenado à constituição democrática do Estado e à investigação da verdade.<sup>94</sup>

---

<sup>94</sup> Id., p. 141.



## SEGUNDA PARTE: ANÁLISE DOGMÁTICA

A ciência dogmática do direito, para merecer seu nome, não pode se restringir ao conhecimento de textos, mas deve apreender os conceitos que lhe são subjacentes; caso contrário, será mera memória dogmática, não ciência. Para ser ciência, isto é, *cognitio per causas*, tampouco pode se restringir ao conhecimento de normas, mas deve buscar os seus fundamentos; e, por ser o direito uma coisa prática, a ciência que por antonomásia recebe o nome de jurídica<sup>95</sup> também deve ser prática, de modo que as causas ou fundamentos de que trate não sejam aquelas da ordem natural entre causas e efeitos, mas as da ordem moral entre meios e fins.<sup>96</sup> Por isso, é necessário que a análise dogmática seja mais que a paráfrase didática das fontes. Para cumprir o seu ofício de equacionar e responder com maior certeza os problemas jurídicos, deve iluminar os conceitos a partir dos quais o direito foi elaborado e revelar os fins que o fundamentam.

Assim, esta análise dogmática do princípio do contraditório é dividida em três partes: na primeira, analisam-se certas questões e conceitos preliminares – a possibilidade do discurso verdadeiro, a afinidade entre lógica e processo, a distinção aristotélica entre os quatro graus de certeza – e questões concernentes ao próprio conceito do contraditório, tomado como direito subjetivo ou como princípio, como audiência bilateral ou como influência. Com efeito, o direito é um fenômeno do espírito, e a clareza conceitual é, para os problemas jurídicos, como a visão. Na segunda, especificamos as diferentes funções que são atribuídas ao contraditório: compor o processo justo, propiciar decisões judiciais mais certas, tratar igualmente as partes no processo e promover uma administração democrática da justiça.

### 1 CONCEITO

#### 1.1 DISTINÇÕES PRELIMINARES: VERDADE, LÓGICA E CERTEZA

##### 1.1.1 A verdade possível

---

<sup>95</sup> LARENZ, Karl. *Op. Cit.* p. IX.

<sup>96</sup> *Id.* p. 103.

Se não há verdade alguma, se o direito não é senão a vantagem do mais forte<sup>97</sup>, se os fatos são a cada um como lhe parecem<sup>98</sup>, então todo debate judicial não passa de uma *mise-en-scène*, de um diálogo farsesco que se resolve em *libido possidendi* e mais nada. O sensato, portanto, nas disputas judiciais como em quaisquer outras, seria tomar o partido que mais aproveita e impulsioná-lo por todos os meios disponíveis.

Ainda que as contradições do ceticismo universal sejam evidentes, a sua demonstração não surte efeito sobre os seus partidários. Com efeito, não é possível, valendo-se da razão, demonstrar a validade da própria razão contra aqueles que a negam; “*contra negantem principia non est disputandum*”. Por isso, a origem da repugnância à ideia da verdade (*verifobia*<sup>99</sup>) e aos discursos (*misologia*) é estudada por Platão no *Fédon* sob o aspecto psicológico. Pela boca de Sócrates, propõe que “a misologia e a misantropia têm a mesma origem”<sup>100</sup>: assim como quem busca o convívio humano sem conhecer devidamente a natureza humana termina, após decepções reiteradas, por aborrecê-lo, quem ouve discursos sem ser versado na arte lógica (*lógous tekhné*)<sup>101</sup> termina por negar-lhes qualquer verdade ou estabilidade. A ignorância cria expectativas excessivas, e a desilusão sedimenta-se em hostilidade.

Em escala histórica, ao menos desde o tempo do jusnaturalismo clássico fomentou-se ostensivamente a esperança de uma ciência jurídica certa no Ocidente<sup>102</sup>, a qual, repaginada pelo ideal da codificação livre de lacunas e contradições<sup>103</sup>, ainda exerce influência sobre o nosso tempo. Não obstante as conquistas inegáveis que sob a sua égide se acumularam, semelhante expectativa é, por si só, um descarrilamento na utopia.<sup>104</sup> A contrapartida natural, conforme se

<sup>97</sup> “τοῦ κρείττονος συμφέρον” (*toú kréittonos symphéron*). PLATÃO, *República*. Tradução de Carlos Alberto Nunes. Belém: ED.UFPA, 2017, p. 108 (338 c 2)

<sup>98</sup> *Id.* PLATO. “*Cratylus*”, tradução de G. M. A. Grube. In: PLATO, *Complete Works*, editor John Cooper. Indianapolis/Cambridge: Hackett. 1997.

<sup>99</sup> PAULA RAMOS, Vitor de. *Ônus da Prova no Processo Civil*. São Paulo: RT. p. 23.

<sup>100</sup> PLATÃO, *República*. Tradução de Carlos Alberto Nunes. Belém: EDUFPA, 2017, p. 139 (89 d 1)

<sup>101</sup> *Id.* p. 141 (90 b 7)

<sup>102</sup> WIEACKER, Franz. *Op. cit.*, p. 279 e ss

<sup>103</sup> *Id.* p. 365 e ss.

<sup>104</sup> “Com isto, entra-se já na apreciação do contributo do juracionalismo para a história do direito europeu. Este contributo foi, antes de mais, uma ideologização total e impregnante da vida pública. Se o *Corpus Iuris* ensinou os juristas europeus a descobrir a problemática material específica do caso

assomasse com o passar das gerações o sentimento de seu fracasso, era o ativismo irracionalista<sup>105</sup>.

Conforme Platão, o remédio contra as expectativas e desilusões desmedidas quanto à capacidade da razão é a arte lógica, que nos habitua às suas grandezas e misérias.<sup>106</sup>

### 1.1.2 Lógica e processo

“*Toute la forme de procédures en justice*”, escreve Leibniz, “*n’est autre chose en effet qu’une espèce de logique, appliquée aux questions de droit.*”<sup>107</sup> Com efeito, um dos fins principais do processo é a certificação de questões, isto é, a obtenção e a justificação das respostas mais certas – vale dizer, com o maior grau de certeza possível – às questões do processo. É, portanto, natural que haja especial afinidade entre o direito processual e a lógica, tradicionalmente ligada ao uso ordenado da razão para a investigação e demonstração da verdade.

A ciência da lógica (λογική ἐπιστήμη, *logiké epistémē*) era chamada na Antiguidade de “orgânica”, porque era concebida como o instrumento (ὄργανον, *ôrganon*) das demais ciências. Essa concepção é confirmada pela autoridade de Aristóteles, fundador da disciplina, que nos seus *Tópicos* diferencia os problemas

---

jurídico, o jusracionalismo ordena agora toda a actividade social de acordo com um *logos* apreensível pela razão, e, portanto, comum a todos os homens, isto, quer tal actividade dissesse respeito às finalidades dos soberanos e das nações, das comunidades religiosas, das ordens e corporações ou dos indivíduos. Esta mutação não trouxe apenas benefícios. Ela aprofundou, é certo, a perspectiva dos juristas medievais de que a norma jurídica logicamente fundada tornava os conflitos humanos em algo objetivo e, com isso libertá-los [*sic*] do arbítrio da força e dos interesses dos homens; mas ela fez também surgir o perigo de endoutrinar e fanatizar os conflitos quer na ordem internacional, quer na ordem interna-constitucional e foi mesmo ela quem pela primeira vez abriu o caminho para as utopias políticas e sociais.” WIEACKER, Franz. *Op. cit.*, p. 305.

<sup>105</sup> “Em segundo lugar, o neoconstitucionalismo, fiel ao espírito desiludido de nossa época, proclama que ‘o importante não é fundamentar os direitos do homem, mas protegê-los’. Buscar os fundamentos é entregar-se à experiência frustrante de ter de lidar com uma ‘crise dos fundamentos’ que é também ‘um aspecto da crise da filosofia’. Assim, o neoconstitucionalista, de consciência tranquila, entrega-se à árdua missão de efetivar os direitos, mesmo sem saber porque deve fazê-lo. Mas isto é inquietante, do ponto de vista moral: pessoas são convidadas a militar em causas que não podem justificar racionalmente e que não devem querer justificar, porque isso ‘não é importante’. Mas com esta postura não estamos diante da própria definição de fanatismo, que é o de se dedicar a causas que não podem ser articuladas em razões?”. BARZOTTO, Luís Fernando. *Teoria do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 27.

<sup>106</sup> Taruffo, *La Prueba de los Hecos*, p. 21-87. Trotta. 2011.

<sup>107</sup> Tradução livre: “Toda a forma dos processos judiciais não é, com efeito, outra coisa senão uma espécie de lógica aplicada às questões jurídicas.”

que são investigados por si mesmos dos que o são como um auxílio para resolver outros; semelhantes problemas auxiliares ou instrumentais são, em sua concepção, os próprios da lógica.<sup>108</sup> A lógica, portanto, é caracterizada por sua utilidade geral para as ciências, que é a de instrumento para a descoberta (εὔρεσις, *heuresis*; *inventio*) e justificação (δίθεσις, *diáthesis*; *dispositio*) das melhores respostas possíveis aos seus problemas.

A questão da utilidade da lógica foi analisada pormenorizadamente pela tradição aristotélica. O escolástico português João de Santo Tomás, distinguia três usos seus, dos quais dois são relevantes para o presente trabalho. O primeiro é o de imprimir a forma lógica sobre as diferentes matérias científicas<sup>109</sup>; o outro, o de introduzir seus conceitos e suas teses em outras disciplinas para realizar certas demonstrações<sup>110</sup>. Se o primeiro uso é comum a todas as disciplinas jurídicas, na medida em que todas devem oferecer boas definições, divisões e argumentações sobre seus objetos, o outro parece especialmente importante para o direito processual, em razão da afinidade especial já assinalada entre as disciplinas. Com efeito, a fim de promover a certificação de questões mediante a atribuição de posições jurídicas aos sujeitos do processo, é natural que o direito processual se valha de conceitos lógicos, como os de indeterminação e determinação conceitual<sup>111</sup>, afirmação<sup>112</sup> e negação, contradição<sup>113</sup> e coerência<sup>114</sup>, prova e decorrência<sup>115</sup>, verossimilhança<sup>116</sup> e probabilidade<sup>117</sup>, bem como das teses lógicas a seu respeito.

### 1.1.3 Os graus de certeza segundo a tradição aristotélica

<sup>108</sup> ARISTOTE. *Les Topiques*, tradução de Jules Tricot. Paris: Vrin, 1984. p. 25 (104 b).

<sup>109</sup> “*Primus [usus logicae] est, quo praebet aliis scientiis modum procedendi artificiose per formam syllogisticam; siquidem ad ipsam pertinet modum procedendi praebere aliis scientiis, ne errent, et opera rationis dirigere instrumenta speculationis praebendo.*”. POINSOT, John. *Cursus Philosophicus Thomisticus*, v. 1., Hildesheim: Georg Olms., p. 278.

<sup>110</sup> “*Secundus usus est ipsius Logicae docentes, quando praebet aliis scientiis principia, et non solum formam syllogisticam, ad probationes aliquas deducendas, sicut etiam aliae scientiae ex aliis adiuvantur assumendo illarum principia, praesertim a Metaphysica*”. *Id. Ibid.*

<sup>111</sup> *E.g.*, art. 140, art. 489, § 1º, inciso II, e art. 1.022, CPC.

<sup>112</sup> *E.g.*, art. 319, incisos III e IV, art. 336 e art. 374, inciso II, CPC.

<sup>113</sup> *E.g.*, art. 356, inciso I, art. 374, inciso III, CPC.

<sup>114</sup> *E.g.*, art. 926, *caput*, art. 1.022, inciso I, CPC.

<sup>115</sup> *E.g.*, art. 330, inciso III, art. 489, § 1º, inciso I, CPC.

<sup>116</sup> *E.g.*, art. 345, IV, CPC

<sup>117</sup> *E.g.*, art. 300, art. 1.012, § 4º, CPC.

Modernamente dá-se o nome “lógica formal” ao estudo das inferências válidas em linguagens artificiais, indicando pelo adjetivo sua diferença em relação à lógica informal, o estudo das relações lógicas na linguagem natural.<sup>118</sup> No entanto, originalmente por esse nome significava-se a parte da lógica que atende à forma, ou antes, à consequência do discurso (a se o consequente se segue verdadeiramente das premissas), indicando sua diferença em relação à lógica material, que atende à matéria, ou antes, à certeza do discurso (a quão certas são as premissas e o que delas se segue).<sup>119</sup> A lógica material subdividia-se em analítica (ou demonstrativa), dialética, retórica e, segundo uma tradição relevante, poética, em razão do grau de certeza com que o discurso trata o seu objeto.

A divisão da lógica material em suas quatro partes pode ser exposta sumariamente da seguinte forma: ou o objeto do discurso é comparado à realidade, ou não<sup>120</sup>; se não, é matéria meramente possível, objeto da poética<sup>121</sup> e funda o assentimento imaginativo<sup>122</sup>. Se comparado, ou o é segundo as razões favoráveis a apenas uma das partes da contradição, ou segundo as razões favoráveis a ambas; na primeira hipótese, é matéria persuasiva<sup>123</sup>, objeto da retórica<sup>124</sup> e funda a suspeita<sup>125</sup>. Se é comparado à realidade considerando-se as razões em favor de ambas as partes da contradição<sup>126</sup>, ou se resolvem as contradições, ou não se

<sup>118</sup> MATES, Benson. *Lógica Elementar*. São Paulo: EDUSP, 1968, p. 19.

<sup>119</sup> POINSOT, John. *Id.* p. 6.

<sup>120</sup> AVICENNA. *Commentary on the Poetics of Aristotle*. Leiden: Brill, 1974. p. 63.

<sup>121</sup> ARISTÓTELES. *Poética*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian. 2011. p. 54 (1451 a 38).

<sup>122</sup> “*Imaginative assent*”. Chamada *sola existimatio* (mera apreciação) por Tomás de Aquino e *suspension of disbelief* pelo crítico literário Samuel Coleridge. AVICENNA. *Op. cit.*, p. 63.

<sup>123</sup> Na doutrina corrente, chama-se verossímil a alegação que é conforme com o que normalmente acontece (*id quod pleumque accidit*). Nesse contexto, porém, significa qualquer objeto de inquirição considerado unilateralmente, isto é, apenas segundo as razões favoráveis a uma das partes da contradição.

<sup>124</sup> “*Let rhetoric be [defined as] an ability, in each [particular] case, to see the aviable means of persuasion.*” (1355 b). ARISTOTLE, *On rhetoric*, tradução de George Kennedy. New York : Oxford University Press, 2007., p. 37.

<sup>125</sup> “*suspicio quaedam*”. AQUINO, Tomás. *Expositio in libro analytica posteriora. lib. 1, lect. 1, n. 6.*

<sup>126</sup> “*Le but de ce traité est de trouver une méthode qui nous mette en mesure d’argumenter sur tout problème proposé, em partant de premisses probables, et d’éviter, quand nous soutenons um argument, de rien dire nous-mêmes qui y soit contraire.*” (100 a 18). Essa passagem de interpretação controversa, se, em seu sentido literal, parece se referir exclusivamente à prática social da dialética em discussões casuais e como exercício – segundo a prática da Academia de Platão – assumindo, assim, mesmo um sentido sofístico, pode, contudo, ser interpretada analogicamente à luz da terceira função atribuída por Aristóteles à dialética. Nesse caso, “nada dizer que nos seja contrário” não significa simplesmente prevalecer em debates mesmo que por meio de expedientes enganosos, mas estar em posse de um discurso cuja depuração o torna infenso a objeções. ARISTOTE. *Les Topiques*, tradução de Jules Tricot. Paris: Vrin, 1984. p. 1.

resolvem; se não se resolvem, a matéria é provável<sup>127</sup>, objeto da dialética e funda a opinião. Se as contradições se resolvem, é matéria certa, objeto da analítica e funda a certeza.

Importa notar que o conceito de contradição serve de fundamento para a distinção tanto entre o discurso retórico e o dialético, conforme a sua consideração, como entre o discurso dialético e o analítico, conforme a sua resolução. A contradição é a relação entre um enunciado e a sua negação, e os enunciados que se contrapõem em uma contradição são chamados *partes* (*partes contradictionis*). O ofício da retórica é encontrar todos os meios de persuasão em favor de uma parte; o da dialética, encontrar, pela análise de ambas das partes e das razões em seu favor, a resposta mais íntegra à questão subjacente à contradição<sup>128</sup>; o da lógica analítica, dispor os conceitos já perfeitamente analisados em forma demonstrativa.

O ideal clássico da certeza científica consiste na posse dos elementos de uma matéria científica, isto é, dos conceitos de uma ciência já perfeitamente analisados. Originando-se a contradição da concepção imperfeita da realidade e extinguindo-se pela análise, aquele que estivesse em posse dos conceitos elementares estaria apto a fazer demonstrações apodícticas, isto é, indestrutíveis – vale dizer, irrefutáveis por qualquer objeção possível.

Ainda que se possa discutir se semelhante certeza é alcançável em alguma matéria, a opinião comum dos estudiosos é que, na ciência jurídica e na compreensão jurídica dos casos não. As razões disso são expostas cuidadosamente por Larenz:

Compete à lei abranger uma enorme multiplicidade de fatos da vida, extremamente complexos e variados, que deverão ser

<sup>127</sup> O adjetivo “provável” pode explicar-se etimologicamente tanto como sendo aquilo a que se pode dar uma razão, como aquilo que é digno de ser posto à prova.

<sup>128</sup> Nesse sentido deve ser interpretada a sentença hegeliana “O verdadeiro é o todo” (“*Das Wahre ist das Ganze*”). A oposição entre o verdadeiro e o falso assemelha-se menos à contradição entre o positivo e o negativo e mais à relação entre o todo e a parte. Em consequência, o verdadeiro prevalece sobre o falso não por aniquilação, mas por suprassunção (*Aufhebung*). A prática da suprassunção é ilustrada clara e abundantemente nas *quaestiones disputatae* medievais; o autor, em primeiro lugar, põe a questão, depois expõe os argumentos relevantes em favor de ambas as partes, em terceiro lugar, expõe a sua resposta à questão e, por fim, responde às objeções. A resposta à questão deve já suprassumir, isto é, conter os elementos para responder as objeções, e essa suprassunção é provada por meio de respostas explícitas às objeções.

descritos por forma que todas as situações de fato que possam ser consideradas 'idênticas' desencadeiem as mesmas consequências jurídicas. Para dominar de algum modo tarefa tamanha, não há outro caminho senão destacar, dentre a multidão dos aspectos concretos que se vão reiterando, aqueles que têm relevância para a valoração jurídica, e erigi-los em conceitos abstratos formados com as suas características. Se alguma vez se conseguisse fazer isto de maneira perfeita, ter-se-ia alcançado o ideal de uma legislação não só desprovida de lacunas, portanto exaustiva, mas também sem lugar para dúvidas e dificuldades de interpretação. Sabemos, porém, que isso é impossível: em primeiro lugar, porque por este processo nunca se poderá dar em razão de todos os múltiplos pontos de vista que são relevantes para o Direito; depois, porque a vida produz constantemente novas formas, e não se conseguem determinações conceituais rigorosas de transições fugidias ou de fenômenos altamente complexos, muitas vezes incompatíveis com as próprias possibilidades expressivas da linguagem; finalmente, porque como já vimos, na construção das previsões legais não se pode prescindir de conceitos de valor, que se furtam a uma definição exata.<sup>129</sup>

Dificuldades oriundas tanto da matéria que se pretende ordenar (complexidade e mutabilidade da vida social), do conhecimento concreto que se tem dessa (caráter fragmentário do conhecimento factual), dos meios pelos quais se a pretende ordenar (inexatidão dos conceitos), dos meios pelos quais se pretende comunicar essa ordem (limites da expressão verbal) – a consideração de todos esses fatores deve pôr termo a qualquer esperança sensata de alcançar efetivamente a certeza absoluta em matéria jurídica.

Não obstante, ainda que a certeza jurídica *absoluta* não seja mais que um fantasma, não se segue disso que as questões jurídicas sejam suscetíveis apenas de tomadas de posição arbitrárias mais ou menos envernizadas – ou, de modo mais contundente, não se segue daí que o direito, enquanto limite ao arbítrio por uma lei comum, não exista. Isso porque, entre a razão retórica que encontra todos os argumentos possíveis em favor de uma posição prévia e a razão demonstrativa que

---

<sup>129</sup> LARENZ, Karl. *Op. cit.* p. 510-511.

Em termos semelhante, Platão: "É que a lei jamais seria capaz de estabelecer, ao mesmo tempo, o melhor e o mais justo para todos, de modo a ordenar as prescrições mais convenientes. A diversidade que há entre os homens e as ações, e por assim dizer, a permanente instabilidade das coisas humanas, não admite em nenhuma técnica, e em assunto algum, um absoluto que valha para todos os casos e para todos os tempos. Creio que estamos de acordo sobre esse ponto?".

expõe *more geometrico* a verdade apodíctica, há a razão dialética<sup>130</sup>, que considera os argumentos de ambas as partes e não toma partido por uma antes de rebater as razões da outra e, ainda assim, apenas na medida em que as razões daquela se verificam.

Que também os conceitos lógicos dos graus de certeza sejam relevantes para o direito processual é patente. O foro judicial é um dos lugares naturais para o exercício da razão retórica, porque as partes, em razão de seu interesse na causa, são naturalmente propensas a encontrar os argumentos mais verossímeis, isto é, mais persuasivos em favor de suas teses. O juiz, por sua vez, na medida em que não tem interesse na decisão do caso neste ou naquele sentido, mais facilmente assume uma postura dialética, ouvindo e considerando seriamente as razões de ambas as partes.

## 1.2 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DIREITO AO CONTRADITÓRIO

A clareza de uma ciência supõe o conhecimento de suas *categorias*, isto é, dos *summa genera* sob os quais seus conceitos, bem analisados, se distribuem.<sup>131</sup> Entre as categorias jurídicas estão os conceitos de norma e de relação jurídica. Sem dificuldade, é possível particularizar essas categorias comuns a toda a ciência jurídica para a ciência processual, distinguindo normas processuais e relações jurídicas processuais.

Fala-se de *princípio* do contraditório e de *direito* ao contraditório. Os conceitos distinguem-se categorialmente: o princípio do contraditório pertence ao gênero dos princípios jurídicos, o qual, por sua vez, pertence à categoria das normas jurídicas; o direito ao contraditório pertence ao gênero dos direitos subjetivos que, por sua vez, pertence à categoria das relações jurídicas. A relação entre ambos em razão da qual recebem o mesmo nome é aquela que há entre o direito objetivo e o direito subjetivo, isto é, entre a norma que distribui as relações jurídicas dos sujeitos sobre

---

<sup>130</sup> BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial (uma visão dialética)*. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 31.

<sup>131</sup> POINSOT, John. *Op. cit.*, p. 500 e ss.



os objetos e as relações dos sujeitos sobre os objetos que são distribuídas pelas normas.

Princípios são normas que ordenam<sup>132</sup> comportamentos descrevendo *per se primo* um estado de coisas<sup>133</sup> a ser promovido, e não os próprios comportamentos ordenados. Assim, o princípio do contraditório – supondo-se que seja efetivamente um princípio – deve descrever primariamente um estado de coisas. A partir dele, o intérprete pode descrever os comportamentos ordenados pelo princípio, incumbindo-lhe demonstrar a relação causal entre estas e aquele.<sup>134</sup> Nas subseções seguintes, cuidaremos de definir esse estado de coisas e, na terceira seção deste trabalho, de descrever e justificar devidamente esses comportamentos como aparecem no procedimento comum.

O direito ao contraditório, por sua vez, é uma relação jurídica complexa. Isso significa: não é *uma* relação jurídica, mas muitas que se ordenam entre si de algum modo. Compreende o direito de ser comunicado da existência de ação contra si, o direito de pronunciar-se a seu respeito em prazo razoável, o direito de produzir provas de suas alegações, o direito de ter os seus argumentos relevantes respondidos pelo juiz na fundamentação da sentença, entre outros. Esses vários direitos recebem o mesmo nome, “direito ao contraditório”, evidentemente não em razão da unidade de uma definição intrínseca comum (como se todos fossem a mesma espécie de comportamento), mas em razão de uma unidade finalística, a saber, em razão do estado de coisas que promovem. O direito ao contraditório é o complexo dos direitos decorrentes do princípio do contraditório. Ao lado desse complexo de *direitos*, é possível, portanto, falar igualmente de *deveres* do contraditório e de *ônus* do contraditório.

A principal fonte do princípio do contraditório no ordenamento jurídico brasileiro é o art. 5º, inciso LV, da Constituição da República, onde lemos que “aos

---

<sup>132</sup> Utiliza-se aqui o verbo “ordenar” na acepção ampla de “conferir ordem”, designando, assim, qualquer imposição deontológica (obrigatória, proibitiva ou permissiva).

<sup>133</sup> “Estado de coisas” pode ser definido como uma situação qualificada por determinadas qualidades. O estado de coisas transforma-se em *fim* quando alguém aspira conseguir, gozar ou possuir as qualidades presentes naquela situação.” ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 95.

<sup>134</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. p. 98.

litigantes (...) [é] assegurado o contraditório”<sup>135</sup>. O dispositivo atribui a determinados sujeitos – vale dizer: aos litigantes – um direito. Pareceria, à luz de uma interpretação puramente literal do dispositivo, que esse direito é atribuído pela descrição de um comportamento, a saber, o de contradizer. No entanto, conforme a interpretação comum, o termo “contraditório” compreende múltiplos outros comportamentos prescritos sob a forma de direitos, deveres e ônus processuais, cuja designação sob um nome comum deve proceder da unidade de um mesmo fim. É à definição precisa desse fim que nos voltaremos agora.

### 1.3 O CONTRADITÓRIO COMO AUDIÊNCIA BILATERAL

Uma antiga definição do contraditório resolve-o no binômio ciência (*right to notice*, *Recht auf Benachrichtigung*) e reação (*right to be heard*, *Recht auf Äusserung*).<sup>136</sup> Toma-se aqui como paradigma dessa análise, a exposição feita por Joaquim Canuto Mendes de Almeida em sua tese de concurso à livre-docência, “A Contrariedade na Instrução Criminal”. O professor paulistano define o contraditório como “a ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los”<sup>137</sup>. Quanto à primeira parte da definição, explica:

A primeira nota processual do contraditório, podemos identificá-la na ciência, que a cada litigante deve ser dada, dos atos praticados pelo contendor. Estimulado pela notícia desses atos é que, conhecendo-os, o interessado em contrariá-los pode efetivar essa contrariedade. Quando os ignore, é flagrante a impossibilidade de contrariá-los a tempos de lhes tolher os efeitos.

São meios, entre nós, de dar ciência às partes da prática dos vários atos processuais, a citação às partes da prática maneira, e a intimação. Deles a contrariedade recebe o decisivo

<sup>135</sup> No nosso país, o princípio do contraditório foi positivado pela primeira vez como direito constitucional na Constituição de 1937 (art. 122, § 11), porém restrito ao processo penal. Essa restrição foi mantida nas Constituições de 1946 (art. 141, § 25) e de 1967 (art. 150, § 16). A Constituição de 1988 estendeu-o expressamente a todo “processo judicial ou administrativo” (art. 5º, LV). CABRAL, Antônio do Passo. *Il Principio del Contradditorio come Diritto d'influenza e Doveri di Dibattito*. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LX, n. 2, Padova: CEDAM, p. 450.

<sup>136</sup> CABRAL, Antônio do Passo. *Op. cit.*, p. 449.

<sup>137</sup> ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes. “A Contrariedade na Instrução Criminal”. In: *Princípios Fundamentais do Processo Penal*. São Paulo: RT, 1973, p. 82.

estímulo e deles, não raro, depende, como de condições indispensáveis para existir de fato e de direito.<sup>138</sup>

Note-se, que o direito à ciência é expressamente subordinado ao direito à reação como sua consequência necessária. Para que a parte possa contrariar, é necessário que tenha ciência daquilo a ser contrariado. Acrescenta ainda:

Convém observar, desde logo, que, sendo a citação, a notificação, sob certo aspecto, ou a intimação meios de estimular a contrariedade, hão de estar subordinadas a certos requisitos de validade, cuja inobservância implicaria a imprestabilidade da notícia que dos atos contrariar devesse ter qualquer dos litigantes. A notícia tardia é um forte exemplo de imprestabilidade. E, assim, autor e réu, quando citados, notificados ou intimados, devem sê-lo a tempo de poderem contrariar os efeitos do ato de que então recebem notícia. *Esse termo para contrariedade* – segunda nota formal do contraditório – varia com a diversidade de natureza dos atos processuais contrariáveis. Mas constitui um complemento necessário dos institutos da citação, notificação e intimação, para que possam estas ser havidas como expressão prática do princípio contraditório.<sup>139</sup>

Nos limites da análise desenvolvida por Mendes de Almeida, o estado de coisas cuja promoção é ordenada pelo princípio do contraditório pode ser definido como *que as decisões definitivas sejam tomadas após a oportunidade das partes para contrariar os atos e termos do processo*. Com efeito, a própria ciência dos atos e termos do processo já é um corolário desse estado de coisas, uma vez que não é possível haver a oportunidade para contrariar aquilo de que não se tem ciência. A oportunidade para contrariar é, em regra, anterior à decisão da questão disputada; porém, não é absoluto o impedimento a que a oportunidade seja postergada em benefício da eficiência do processo.<sup>140</sup> O contraditório é, em uma fórmula, audiência bilateral.

O conceito do contraditório como audiência bilateral sofre, no entanto, de limitações relevantes. Se, por um lado, ordena que o juiz decida de modo definitivo apenas após ouvir ambas as partes, por outro, não assegura que essa decisão

---

<sup>138</sup> *Id.*, p. 79-80.

<sup>139</sup> *Id.*, p. 81.

<sup>140</sup> Como o Código de Processo Civil de 1939 previa em certos procedimentos especiais.

tomada a após a audiência das partes na ordem do tempo lhe seja de fato superior na ordem da razão, isto é, que considere seriamente as razões trazidas pelas partes, – como presumindo que *post hoc, ergo propter hoc*. Isso por duas razões: a primeira é porque não proíbe o juiz de decidir com base em ponto a respeito do qual nenhuma das partes se pronunciou. Sem o pronunciamento das partes, que, por seu interesse na causa e por sua proximidade aos fatos, têm maior propensão a encontrar argumentos e provas mais persuasivos, a decisão é tendencialmente menos madura, ou antes, menos certa. A segunda razão é porque não ordena que o juiz responda aos argumentos relevantes das partes. Por essas duas razões, o conceito do contraditório como audiência bilateral pode ser qualificado como conceito *fraco* do contraditório, porque assegura a sua funcionalidade por meio de menos deveres.

A insensibilidade da antiga doutrina a esses pontos tem origem na concepção do ordenamento jurídico como um sistema completo e consistente, própria do período tipificado como Estado Legislativo. Se o direito é certo, e *iura novit curia*, segue-se que o debate do direito entre as partes é uma dilação dificilmente justificável, e a resposta do juiz aos seus argumentos, um mero favor, uma atividade de ensino mais apropriada aos livros e às salas de aula que ao foro.

Acrescente-se a isso que, à luz da própria fonte constitucional do princípio, o conceito do contraditório como audiência bilateral é deficiente. Com efeito, ordenando que o contraditório seja “assegurado”, o Constituinte põe acento sobre a efetividade do princípio. Ora, o mero direito de ser ouvido, sem o recíproco dever de debate de parte do juiz e a vedação de decisões-surpresa, tem a sua efetividade seriamente ameaçada. Além disso, como será demonstrado na segunda seção desta parte do trabalho, o processo justo, a busca da certeza, a democracia – que supõe a igual dignidade entre governantes e governados –, exercendo sua função interpretativa sobre o princípio do contraditório, indicam igualmente a deficiência de sua concepção como mera audiência bilateral.

#### 1.4 O CONTRADITÓRIO COMO INFLUÊNCIA

Outra concepção do direito do contraditório foi introduzida na doutrina brasileira por influência do direito positivo estrangeiro, notadamente, do art. 16 do *Côde de Procédure Civile* francês e do art. 3º, n. 3, do Código de Processo Civil português.<sup>141</sup> Tomaremos como paradigma dessa outra análise as exposições feitas por Alvaro de Oliveira em seus ensaios “O Juiz e o Princípio do Contraditório” e “Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo”.<sup>142</sup>

Para o professor gaúcho, o princípio do contraditório, além de atribuir às partes os direitos de ciência e reação, atribui também ao juiz o dever de lhes oportunizar o pronunciamento, em prazo razoável, sobre todas as questões de fato e de direito essenciais para a decisão da causa, ainda quando seu exame decorra de decisão voluntária do órgão judicial ou por imposição da regra *iura novit curia*. Desse modo, atribui-se ao princípio do contraditório uma eficácia “*inter partes et erga iudicem*”<sup>143</sup>. Assim, o estado de coisas cuja promoção é ordenada pelo princípio do contraditório deixa de ser simplesmente aquele em que as decisões definitivas são tomadas após a oportunidade das partes para contrariar os atos e termos processuais e passa a ser *que as decisões judiciais sejam fundadas sobre pontos a respeito dos quais as partes tiveram oportunidade para se pronunciar*. A simples audiência bilateral, como atrás definida, converte-se em corolário da nova definição, uma vez que não é possível que as decisões se fundem sobre pontos a respeito dos quais as partes tiveram oportunidade para se manifestar se, antes disso, não se oportunizou o seu pronunciamento *tout court*.

A superação da antiga concepção foi consciente e se expressou nos seguintes termos:

Torna-se, assim, palpável a insuficiência do conceito do contraditório, tal como geralmente entrevisto na doutrina brasileira, ou seja, como mera ciência bilateral dos atos do processo e possibilidade de contraditá-los.

---

<sup>141</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do processo Civil Moderno. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 126.

<sup>142</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “O Juiz e o Princípio do Contraditório”. In: Revista de Processo, vol. 71, 1993. p. 95-105.

<sup>143</sup> CADIET, Loïc; NORMAND, Jacques; MEKKI, Soraya Amrani.. *Theorie Générale du Procès*. Paris: PUF, 2010, p. 644.

Tal concepção, convém sublinhar, encontra-se ainda fortemente atrelada ao prejuízo antigo de que o direito deveria ser dito exclusivamente pelo Juiz, sem a interferência das partes. A realidade, porém, é muito mais complexa, a impor permanente disquisição em conjunto do órgão judicial e dos participantes do litígio processual.<sup>144</sup>

A reinterpretação do princípio do contraditório foi motivada, como se observa, pelo reconhecimento da incerteza da matéria jurídica, não apenas quanto aos fatos, mas também quanto ao direito objetivo, e da função do discurso retórico das partes como ponto de partida para o trabalho dialético do juiz. Essa nova concepção pode ser condensada na fórmula da proibição das decisões-surpresa (*Verbot von Überraschungseinscheidungen, proibizione decisione di terza via*), e veio a ser positivada expressamente no art. 10, CPC.

Todavia, ainda que estendida a todos os fundamentos da decisão, a mera audiência bilateral não assegura efetivamente o contraditório contra o risco de se converter em mera formalidade. Para que se assegure a ordenação do contraditório à maior certificação dos fatos e do direito e à administração democrática da justiça, é preciso que seja garantida de algum modo a efetiva *influência* das partes sobre as decisões, isto é, que o órgão jurisdicional considere seriamente as razões das partes.<sup>145</sup> O direito ao contraditório como direito à influência supõe o direito à ciência e o direito à reação, mas acrescenta ao binômio uma terceira situação jurídica: o direito à influência que se consubstancia no respectivo dever de debate do juiz. O juiz deve responder. Fundamentação das decisões é banco de prova do direito ao contraditório. A motivação das decisões judiciais constitui o último momento de manifestação do direito ao contraditório e fornece seguro parâmetro para aferição da submissão do juízo ao contraditório e ao dever de debate que dele dimana. Sem contraditório e sem motivação adequados não há processo justo.<sup>146</sup> Assim, pois, o estado de coisas que é objeto do princípio do contraditório é aquele em que as decisões no processo são fundadas em pontos sobre os quais as partes tiveram oportunidade de se manifestar (art. 10, CPC/2015) e que respondem aos

<sup>144</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 99.

<sup>145</sup> No sentido do dever do órgão jurisdicional de “considerar seriamente as razões apresentadas pelas partes em seus arrazoados”, STF, Pleno, MS 25.787/DF, rel. Min Gilmar Mendes, DJ 14.09.2007, p. 32.

<sup>146</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio, MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*, v. 1. São Paulo: RT, p. 510.

fundamentos das partes (art. 489, § 1º, IV, CPC/2015). Aos antigos direitos de informação e de ciência, somam-se o direito de influência e de debate, que correspondem, respectivamente, ao dever de fundamentação e ao dever colaborativo de debate, com a proibição de decisão surpresa. Essa concepção do princípio do contraditório é adequada à natureza dialética da matéria jurídica e ao Estado Democrático. Essa formulação do estado de coisas exige que o juiz busque a síntese entre as teses opostas das partes. Oferece uma garantia mais forte a que o discurso do juiz sobrevenha aos discursos das partes, notadamente retóricos, não como um terceiro discurso retórico (e, portanto, parcial), mas como verdadeiro discurso dialético, que se elabore sobre a tensão contraditória. Por essas duas razões, o conceito do contraditório como audiência bilateral pode ser qualificado como conceito *fraco* do contraditório, uma vez que assegura a sua funcionalidade por meio de menos deveres.

Seria possível objetar que a proibição das decisões-surpresa, como disposta no art. 10, do CPC, não é norma consequente do princípio do contraditório, mas do princípio da colaboração. Isso porque o dever de consulta<sup>147</sup> que a assegura funda-se claramente sobre o princípio da colaboração, pois conforma um juiz que dirige o processo em relativa paridade com as partes visando à obtenção de uma decisão o mais próxima da verdade. Responde-se a essa objeção dizendo que tampouco o princípio da colaboração sem o do contraditório fundamentaria a proibição; não se trata de descobrir qual dos dois princípios processuais a fundamenta, mas de que modo ambos se articulam em sua conformação. Em uma frase: o juiz colabora com as partes para a efetivação do contraditório, e o contraditório efetiva-se pela colaboração do juiz com as partes.

## 2 FUNÇÃO

A doutrina costuma enaltecer o princípio do contraditório por seu caráter fundamental para todo o processo civil. Assim, segundo Cadiet, o direito a um processo informado pelo contraditório “*est au coeur des droits de la défense car la*

---

<sup>147</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 145-146.

*contradiction est l'âme du process*”, e, segundo Carnelutti, “[i]l contraddittorio è il fondamento dell’istituto vigente del processo civile”<sup>148</sup>.

O princípio do contraditório, porém, não é um princípio absoluto do direito e nem mesmo do direito processual.<sup>149</sup> Subordina-se, segundo uma relação de meio a fim, a princípios superiores que remontam ao princípio do processo justo (art. 5º, LV, CF/88) e, em última análise, aos princípios do bem comum ou da ideia de Direito, segundo respectivamente a filosofia tradicional<sup>150</sup> ou certa filosofia moderna<sup>151</sup> do direito. Sinal disso é que o direito ao contraditório pode sofrer restrições, mais comumente em nome da tempestividade e da efetividade.<sup>152</sup>

Diferentes funções são atribuídas pela doutrina ao princípio do contraditório. Propomo-nos agora analisar essas diferentes funções, isto é, as diferentes relações de meio a fim que há entre o estado de coisas cuja realização é prescrita pelo princípio do contraditório e aqueles descritos por seus sobreprincípios. Com isso, visamos a determinar os elementos para o esclarecimento do sentido do princípio em estudo (função interpretativa), para o afastamento de elementos expressamente previstos que sejam incompatíveis (função bloqueadora) e para sua rearticulação com outros princípios do processo civil (função rearticuladora).<sup>153</sup>

<sup>148</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1933, vol. II, p. 155, *apud* MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. *op. cit.*, p.79.

<sup>149</sup> Nesse sentido, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, p. 238.

<sup>150</sup> SUÁREZ, Francisco. *De Legibus*, v. I. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1972. p. 128-129. (“*In quaestione ergo proposita nulla est inter auctores controversia, sed omnium axioma est de ratione et substantia legis esse ut pro communi bono feratur, ita ut propter illud praecipue traditur. Ita docet divus Thomas (dicta quaest. 90) ubi Caietanus, Conradus et alii moderni, Soto (libro I, De iustitia, quaest. 1, art. 2), Castro, Antoninus (prima parte, tit. 11, cap. 2, § 1 et tit. 17, § 3) et summistae omnes verbo Lex. Et bene Navvarus in commentarium De finibus, num. 28, Gregorius Lopez, in lege 9, tit. 1, Partitae Primae, ubi Aphonsus, Hispaniae rex, eandem conditionem in suis legibus requirit. Et ita etiam intelligunt iuris civilis interpretes lege prima ff. De legibus, dicentes legem debere esse commune praeceptum, id est pro communi utilitate statutum, ut ibi Glossa exponit, quam Bartolus, Iason et alii sequuntur.*”).

<sup>151</sup> LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de Ética Jurídica*. Madrid: Civitas, 1993, p. 38. (“*Si recordamos que los principios del Derecho justo deben ser causas de justificación de las regulaciones, sólo pueden serlo aquellos que se caractericen ante todo por remitir una carga de sentido inmediata a un sentido de base o final o, si nos referimos al carácter teleológico de todas las regulaciones, a un objetivo o fin último de todo el Derecho, en el cual contemplamos al mismo tiempo la última causa de el cual contemplamos al mismo tiempo la última causa de justificación de su pretensión normativa. Para designar este sentido fundamental o fin último la moderna filosofía del derecho ha adoptado la expresión ‘idea del Derecho’.*”).

<sup>152</sup> ALVARO DO OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, p. 165.

<sup>153</sup> ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 122 e ss.



Andrea Proto Pisani atribui duas funções ao princípio do contraditório: a garantia da igualdade entre as partes e a satisfação do interesse público na descoberta da verdade e realização da justiça.<sup>154</sup> A doutrina ainda distingue a função legitimadora dos atos do Estado<sup>155</sup> e a sua subordinação ao princípio do processo justo<sup>156</sup>.

## 2.1 CONTRADITÓRIO E PROCESSO JUSTO

O princípio do processo justo, enquanto fundamento de todo o direito processual<sup>157</sup>, possui naturalmente pouca determinação conceitual. Seu significado pode ser esclarecido por ao menos dois métodos: pela análise dos seus termos, tendente à obtenção de uma definição essencial, e pela enumeração de suas propriedades mais certas e indisputáveis (pela descrição de um “perfil mínimo”<sup>158</sup>). Para o nosso propósito, o primeiro método é o mais adequado, porque nos fornecerá, na medida do possível, uma definição do fim a partir do qual se poderá aferir a funcionalidade do princípio do contraditório com respeito ao princípio do processo justo.

Para esclarecer o conteúdo do princípio do processo justo, portanto, precisaremos esclarecer o significado dos seus termos. Quer seja definido como um procedimento, quer como uma relação jurídica em movimento<sup>159</sup>, é certo que o processo judicial é instituído tendo em vista um fim. Se esse fim já foi identificado com a “*attuazione della legge (rispetto a un bene che si pretende da questa garantito nel caso concreto), per parte degli organi della giurisdizione ordinaria*”<sup>160</sup>, o atual modelo de Estado Constitucional parece indicar que o fim é a tutela dos direitos pelo Estado contra a sua violação. O significado do termo “justo” na expressão, por sua vez, pode ser esclarecido por sua oposição ao processo injusto.

---

<sup>154</sup> PROTO PISANI, Andrea, “*Dell’esercizio dell’azione*”, in *Commentario del Codice di procedure Civile*, dirigido por E. Allorio, Torino, UTET, 1973. *Apud* ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 159.

<sup>155</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 124-125.

<sup>156</sup> ÁVILA, Humberto. *O que é “devido processo legal”* In: Revista de Processo, v. 163. São Paulo: RT, 2008, p. 57.

<sup>157</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 127.

<sup>158</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio, MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 150.

<sup>159</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 60.

<sup>160</sup> CHIOVENDA, Giuseppe *apud* MITIDIERO, Daniel. “*A tutela do dos direitos como fim do processo civil*”. In: Revista de Processo, vol. 229. São Paulo: RT, 2014.

O processo injusto, segundo a opinião comum, é o que não se ordena realmente ao fim em vista do qual foi instituído, mas se estrutura sem ordem ou ordenado a outro fim. Mais concretamente, o outro fim em vista do qual o processo se ordena é o interesse de uma das partes que de algum modo possui mais poder sobre o processo, ou o dos próprios representantes do Poder Público. O processo justo é seja a sequência de atos, seja a relação jurídica complexa e dinâmica que se ordena realmente à tutela do Direito pelo Estado. Assim, por exemplo, não é justo o processo que se vale de meios de prova aleatórios, porque não se ordena ao conhecimento dos fatos alegados nem, portanto, à tutela do Direito, nem é justo o processo conduzido por juiz imparcial, porque não se ordena à tutela do Direito, mas à tutela do mero interesse de uma das partes.

Comumente, o princípio do processo justo é reconduzido ao art. 5º, inciso LIV, da Constituição. Contudo, sua positivação é meramente expletiva. Isso porque, uma vez que a tutelabilidade pelo Estado é um elemento necessário do direito subjetivo positivo, a simples vigência de normas que atribuam direitos a sujeitos implica a vigência de outra norma que atribua igualmente direito a um instrumento para sua tutela, o qual deverá ser proporcional e razoável.<sup>161</sup>

Esclarecido, na medida do possível, o fim descrito pelo princípio do processo justo, cumpre aferir a funcionalidade do princípio do contraditório. Trata-se de investigar se há e, havendo, qual é a relação entre o fim descrito pelo princípio do contraditório e o fim descrito pelo princípio do processo justo.

Na seção anterior deste trabalho, definimos o estado de coisas ideal cuja realização é prescrita como pelo princípio do contraditório como aquele em que as decisões judiciais se fundamentam em pontos sobre os quais as partes tiveram a oportunidade de se pronunciar e que integram os argumentos relevantes expostos pelas partes, acolhendo-os ou refutando-os. Uma decisão assim prolatada é tendencialmente mais certa, tanto com respeito aos fatos como com respeito ao direito. Ora, para que o processo esteja realmente ordenado à tutela do direito pelo

---

<sup>161</sup> ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 54.

Com isso, demonstra-se o brocardo *ubi ius, ibi remedium*, uma vez que “remédio” não significa outra coisa que meio adequado à restauração da ordem.

Estado, é necessário que o representante do Estado certifique-se o máximo possível a respeito dos fatos e do direito aplicável.

Não há dúvida que a necessidade de um *processo justo* encontra fundamento na necessidade de obter-se uma *decisão justa* – sendo considerado mesmo seu pressuposto. Nessa perspectiva, assume o contraditório o papel de um verdadeiro ‘*cardine della ricerca dialettica*’ pela justiça do caso concreto, funcionando como uma norma de absoluta imprescindibilidade para formação da decisão judicial.<sup>162</sup>

A partir da análise do princípio do processo justo, vê-se que o contraditório serve ao princípio do processo justo, cujo objeto é a tutelabilidade do direito, na medida em que serve à aproximação da verdade por meio de um tratamento igualitário das partes. Passa-se agora a analisar de que modo o contraditório no processo serve à aproximação da verdade.

## 2.2 CONTRADITÓRIO E VERDADE

“A Administração da Justiça é a área do sistema jurídico na qual se coloca com maior e mais dramática evidência o problema da verdade e de suas conexões com o direito”<sup>163</sup>. Ainda que a verdade certa não seja alcançável no processo, isso não deve implicar a adesão a um ceticismo universal.<sup>164</sup> Isso porque a certeza é suscetível de graus, de modo que, mesmo não havendo verdades absolutamente certas, há verdades relativamente certas, isto é, mais certas que outras. A análise já desenvolvida no presente trabalho permite definir imediatamente esse princípio de busca da máxima certeza como que as decisões sejam proferidas com base nos fundamentos mais certos possíveis. Esse princípio é indispensável para a obtenção de uma decisão justa e para a própria segurança jurídica, uma vez que, se os direitos não são tutelados segundo a verdade dos fatos, a sociedade não tem segurança sobre as consequências de suas ações.

---

<sup>162</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 144.

<sup>163</sup> TARUFFO, Michele. “Verdade e Processo”. In: *Processo civil comparado: ensaios*, apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons. p. 35.

<sup>164</sup> Amplamente, TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos*. Madrid: Trotta. 2011.p p. 27-48.

O contraditório é qualificado como o eixo da investigação dialética (*cardine della ricerca dialetica*).<sup>165</sup> A metáfora sugere a outra, de Carnelutti, do processo como um moinho d'água, pelo qual o interesse das partes é assemelhado à água como sua força motriz.<sup>166</sup> Cumpre esclarecer de que modo o contraditório contribui para a certificação da verdade. As partes, em regra, têm interesse na causa e proximidade com os fatos. Seus advogados suprem o conhecimento jurídico para a defesa dos interesses. O juiz em regra não tem interesse na causa nem proximidade com os fatos, mas tem conhecimento jurídico. Partindo-se de que a maioria das pessoas pensa e age movida por seus interesses, a parte é naturalmente mais propensa a encontrar (*invenire*) as alegações e as provas mais persuasivas em favor de seu pedido. Ao juiz apresentam-se, então, dois discursos retóricos opostos. Com efeito, as partes comumente apresentarão apenas as razões em favor de seu pedido e, se expõem razões contrárias, é para em seguida refutá-las, portanto, com propósito retórico. O juiz deve, então, considerar as razões em ambos os sentidos, submetendo as razões de um às objeções de outro. Desse confronto lógico-dialético, resulta uma verdade mais certa. A exposição desse discurso resultante (dever de motivação) e a resposta aos argumentos relevantes das partes (dever de debate) na fundamentação da decisão são a prova de que o contraditório entre as partes não foi estéril.

Note-se que, ainda que motivado psicologicamente pelo puro interesse privado, o pronunciamento das partes serve ao interesse público, na medida em que fornece o material com o qual o juiz elaborará uma decisão mais madura, ou antes, mais certa. É por essa razão que o juiz deve colaborar com as partes para a realização do contraditório por meio do dever de consulta; não se trata de uma graça que o juiz concede às partes para poupá-las de seus ônus processuais, mas de um dever do juiz ordenado à tutela do direito.

A atuação retórica das partes, não obstante a função que desempenha para a obtenção de decisões judiciais mais maduras, está sujeita a limitações em virtude de sua ordenação à certificação dos fatos e do direito. Assim, o art. 77, inciso I, CPC, atribui às partes o dever de expor os fatos em juízo conforme a verdade, proibindo a

---

<sup>165</sup> PICARDI, Nicola. *Op. cit.* 142.

<sup>166</sup> *Apud.* MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. *Op. cit.*, p. 83.

mentira deliberada, o art. 77, inciso II, CPC, o abuso do direito de defesa, e o inciso III, a produção de provas e a prática de atos inúteis à “declaração ou à defesa do direito”.

A função do contraditório para a busca da verdade no processo, portanto, pode ser definida como a sua ordenação à obtenção de decisões judiciais mais certas pela oposição de argumentos persuasivos pelas partes e sua suprassunção (*Aufhebung*) pelo juiz.

### 2.3 CONTRADITÓRIO E IGUALDADE

Para que o conceito de igualdade possa servir como parâmetro para a análise funcional do contraditório, é preciso antes distinguir os seus significados possíveis. Assim, é corrente na doutrina a distinção entre igualdade *perante* a lei (em sentido amplo) e igualdade *na* lei<sup>167</sup>: a primeira é realizada pela aplicação uniforme das normas jurídicas, “qualquer que seja o conteúdo que esta lei possa ter”<sup>168</sup>, e se afirma contra a aceção de pessoas pelo aplicador; a segunda é realizada pela racionalidade das distinções contidas na norma jurídica e se afirma contra a existência de distinções irracionais feitas pelo legislador e a inexistência de distinções racionais que deveriam ter sido feitas. A particularização dessa distinção para o âmbito do direito processual não é problemática: distinguem-se a aplicação uniforme das normas jurídicas processuais e a racionalidade das distinções nelas contidas. Essa dupla igualdade tem sido compreendida sob a expressão igualdade *no* processo em distinção à igualdade *pelo* processo, isto é, a igualdade diante dos resultados produzidos pelo processo.<sup>169</sup>

A igualdade entre as partes no processo fundamenta o princípio da paridade de armas (*Waffengleichheit, parità delle armi, égalité des armes*): um processo em que as partes são tratadas com igualdade – portanto, um processo justo – supõe que essas disponham de iguais oportunidades e de iguais meios para atuar no

---

<sup>167</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 1. São Paulo: RT, 2016 p. 155.

<sup>168</sup> KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*, tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 79.

<sup>169</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 156-157.

processo.<sup>170</sup> O princípio de paridade de armas impõe deveres tanto ao legislador como ao juiz: ao legislador, que não ordene um tratamento desigual entre as partes sem fundamento em um critério racional e, inversamente, que atenda às desigualdades relevantes entre as partes para ordenar um tratamento proporcionalmente desigual; ao juiz, que aplique uniformemente as normas processuais a ambas as partes e, nas hipóteses em que a lei lhe atribui discricionariedade para decidir diante do caso concreto, que atenda também a critérios racionais.

A função do contraditório para a paridade de armas e, portanto, para a igualdade entre as partes no processo manifesta-se de modo evidente na sua dimensão de audiência bilateral. Ambas as partes devem ser comunicadas dos atos e termos processuais e ter a oportunidade de contrariá-los de igual maneira a não ser quando – e sempre que – haja desigualdades entre elas que o justifiquem racionalmente. Assim, a oportunidade dada ao autor para réplica quando o réu alega fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito (art. 350, CPC), confere ao autor uma oportunidade adicional para se pronunciar no processo, a qual, porém, se justifica pela necessidade de oportunizar a contrariedade em relação aos novos fatos alegados, sem a qual haveria uma desigualdade em favor do réu. A distinção entre as partes para o fim da distribuição fixa do ônus da prova – a saber, ao autor é atribuído o ônus de provar os fatos constitutivos do direito ao passo que ao réu o de provar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito – é justificada pela disponibilidade da prova. Tanto é assim que, nas hipóteses em que a desincumbência do ônus de provar por uma das partes se revela impossível ou excessivamente difícil, ou mesmo apenas mais fácil à outra partes, a lei ordena ao juiz a superação dessa presunção.

## 2.4 CONTRADITÓRIO E DEMOCRACIA

Conforme referido na análise histórica, uma das reformas fundamentais de Sólon para a instituição da democracia em Atenas foi a extensão a todos da participação nos tribunais mediante sorteio, a qual, aproximando o juiz das partes, conduziu à possibilidade da impugnação das sentenças judiciais mediante apelação

---

<sup>170</sup> *Id. Ibid.*

(*ephésis*). Com efeito, a administração da justiça é uma das manifestações mais visíveis do poder público, de modo que a forma que ela assume é determinante para a definição da constituição<sup>171</sup> de uma república.

Se a essência da constituição democrática está na participação de todo o povo nos atos do poder público, seja de modo mais pleno mediante sorteio, seja de modo mitigado mediante representantes eleitos, seu fundamento está na igualdade entre todo o povo, isto é, na inexistência de um indivíduo ou de uma classe de indivíduos tão superiores moral e intelectualmente aos demais a ponto de que lhes delegar o exercício do poder público seja uma exigência do bem comum. Pela participação de todos no exercício do poder público, promove-se o bem comum na medida em que todos podem aportar opiniões relevantes à discussão pública e em que se reduz o risco de o poder público estar a serviço do interesse da minoria que o detém.

A necessidade rígida, no processo civil romano clássico, da *in ius vocatio* representava já um impedimento ao exercício do poder público sem a participação do interessado. A instituição do processo contumacial, se representa uma mitigação da necessidade da participação pelo contraditório no processo, o é em nome de valores relevantes, como a efetividade do processo e do direito mesmo.

Ao contraditório é tradicionalmente atribuída a função de controle pelas partes do arbítrio estatal.<sup>172</sup> Todavia, o contraditório enquanto simples audiência bilateral não traz à constituição de uma república notas especificamente democráticas, sendo compatível com constituições aristocráticas e monárquicas. Isso porque, se o contraditório, em sua concepção fraca como audiência bilateral, já afirma em alguma medida a dignidade humana – pois trata a parte como sujeito do processo, não como mero objeto<sup>173</sup> –, não afirma ainda a igual dignidade entre as partes e o juiz no debate processual.

---

<sup>171</sup> Usamos aqui o termo “constituição” não para significar o documento normativo, mas a forma real da ordem política e social. Cf. SCHMITT, Carl. *Constitutional Theory*. p. 60-61.

<sup>172</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Formalismo no processo civil*. p. 133.

<sup>173</sup> CABRAL, Antônio do Passo. *Op. cit.* p. 449.

O princípio do contraditório como direito de influência promove mais vigorosamente a democracia, na medida em que promove uma participação maior das partes no exercício do poder jurisdicional com fundamento na afirmação mais consequente da igualdade entre as partes (mais frequentemente, privados) e o juiz (representante do poder público). Isso se concretiza pela proibição de que o juiz decida com fundamento em ponto a respeito do qual as partes não tiveram a oportunidade de se pronunciar e pelo dever de responder os seus argumentos capazes, em tese, de infirmar a decisão.

Note-se que não se trata agora de uma justificação do princípio do contraditório segundo a sua utilidade para a obtenção de decisões mais certas, mas segundo a sua utilidade para a constituição de uma república mais democrática. Ambas as funções, no entanto, podem ser articuladas do seguinte modo: a função lógica do contraditório é a sua ordem à obtenção de uma decisão mais certa pela oposição e suprassunção (*Aufhebung*) das objeções relevantes feitas no processo; a função democrática é a sua ordem à maior participação das partes na decisão, fundada na igualdade. É a partir da igualdade entre o povo e os seus representantes para o exercício do poder público que admitimos que os argumentos trazidos pelas partes são relevantes e que, portanto, devem ser oportunizados e respondidos.

Portanto, o princípio democrático, estendendo a igualdade também à relação entre juiz e partes, soma-se à busca de decisões judiciais fundadas sobre bases mais certas na exigência de uma interpretação *forte* do contraditório. Acrescenta ao pressuposto da incerteza da matéria jurídica o da igual dignidade moral e intelectual entre partes e juiz.

### **3 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO PROCEDIMENTO COMUM**

O princípio é a norma que ordena comportamentos descrevendo o estado de coisas a ser por eles promovido. Por isso, não espanta que os princípios processuais possam se manifestar ao longo de todo o procedimento, pois comportamentos em si mesmos diversos podem identificar-se pelo fim comum a que visam. Os princípios processuais manifestam-se ao longo do procedimento por sua eficácia interna, isto é, eficácia sobre outras normas. Podem distinguir-se as funções



integrativa, definitiva, interpretativa, bloqueadora e rearticuladora dos princípios.<sup>174</sup> A função integrativa é a aptidão a agregar elementos inerentes ao estado de coisas descrito que não são previstos por seus subprincípios ou por regras.<sup>175</sup> A função definitiva é a aptidão a especificar a ordem mais geral de seus sobreprincípios.<sup>176</sup> A função interpretativa é a aptidão a fundamentar a interpretação por um dentre os significados possíveis dos textos e elementos não textuais do ordenamento jurídico.<sup>177</sup> A função bloqueadora é aptidão a impedir a afastar elementos expressamente previstos contrários à promoção do estado de coisas.<sup>178</sup> A função rearticuladora é a aptidão a ordenar subprincípios entre si em razão de sua relação com o sobreprincípio.<sup>179</sup>

À luz dessas distinções de grande utilidade metódica e das análises conceituais e funcionais já desenvolvidas neste trabalho, propomo-nos agora analisar a concretização do contraditório ao longo do procedimento comum.

### 3.1 PARTE GERAL DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

O novo Código de Processo Civil, em ao menos três dos doze artigos destinados a suas normas fundamentais, afirma diretamente o princípio do contraditório. São esses os art. 7º, *in fine*, 9º e art. 10. Além desses, referem-se indiretamente ao contraditório os arts. 1º, 6º, 7º, *in principio*, e 11.

Em seu sentido literal, o art. 7º atribui às partes o direito à paridade de tratamento no processo (“em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus e aos deveres e à aplicação de sanções processuais”) e ao juiz o dever de zelar pelo efetivo contraditório. Em relação à paridade de tratamento, o princípio do contraditório exerce função definitiva, pois a paridade de tratamento é uma ordem mais geral, estendendo-se, por exemplo, ao direito à gratuidade da justiça (art. 98, CPC), que nada tem que ver com o princípio do contraditório. O dever de zelar pelo contraditório efetivo, em

---

<sup>174</sup> ÁVILA, Humberto. *Op cit.*. p. 122-124.

<sup>175</sup> *Id.* p. 123.

<sup>176</sup> *Id. ibid.*

<sup>177</sup> *Id. ibid.*

<sup>178</sup> *Id.* p. 124.

<sup>179</sup> *Id. ibid.*

primeiro lugar, explicita que o juiz é destinatário de deveres que procedem do princípio do contraditório. Qualificando o contraditório como efetivo, indica que o juiz deve atuar de modo a que o contraditório não resulte em mera formalidade. No sentido do contraditório efetivo vão a preferência da citação pessoal sobre a ficta, a concessão de prazos adequados para a atuação das partes na hipótese em que isso é dado ao juiz, a proibição das decisões-surpresa e o dever de debate.

O contraditório prévio é a norma geral no processo civil, isto é, o órgão jurisdicional, em regra, não pode proferir decisão contrária a uma das partes sem lhe ter antes oportunizado o pronunciamento (art. 9º, CPC). As três exceções legais previstas no art. 9º, parágrafo único, CPC, pelas quais se autoriza a decisão liminar, isto é, *inaudita altera parte*, dizem todas respeito a decisões provisórias e, portanto, não retiram toda a eficácia do princípio do contraditório (não violam o postulado da proibição de excesso<sup>180</sup>), mas apenas postergam a oportunidade para reagir. Justificam-se em nome da efetividade e da adequação do processo. A primeira hipótese legal de autorização de decisão liminar é a relativa à concessão de tutela de urgência, a qual se funda sobre a probabilidade do direito conjugada com o “perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo” (art. 300, CPC). A segunda hipótese é a relativa à concessão de tutela de evidência quanto a alegações comprovadas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante (art. 311, inciso II), a pedido reipersecutório instruído com prova documental adequada do contrato de depósito (art. 311, inciso II, CPC). A terceira hipótese é a relativa à decisão monitória do art. 701.

O juiz, em nenhum grau de jurisdição, pode proferir decisão fundada sobre ponto que não foi suscitado pelas partes se não lhes dá oportunidade prévia para se pronunciar a seu respeito (art. 10, CPC). Trata-se de positivação expressa de elemento essencial do princípio do contraditório como princípio de influência das partes sobre as decisões judiciais. Se o juiz cogita fundamento que não foi suscitado pelas partes, tem dever de consultá-las a seu respeito. A decisão-surpresa é nula e, como tal, recorrível.

---

<sup>180</sup> ÁVILA, Humberto. *Op. cit.* p. 188 e ss.

O juiz deve fundamentar todas as suas decisões, sob pena de nulidade (art. 11, CPC). Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que não responda aos argumentos deduzidos no processo capazes, em tese, de infirmá-la (art. 489, § 1º, CPC). Vale dizer: o juiz tem dever de dialogar com as partes negando racionalmente os argumentos relevantes das partes e relevando os irrelevantes. Trata-se, como no art. 10, CPC, de positivação de elemento essencial do princípio do contraditório enquanto princípio de influência sobre as decisões judiciais.

### 3.2 FASE POSTULATÓRIA

A primeira fase do procedimento comum tem como atividade predominante a postulação pelas partes.<sup>181</sup> O autor postula tutela jurisdicional, e ao réu é dada a oportunidade de postular seu indeferimento, seja simplesmente contestando (art. 335 e ss., CPC), seja reconvindo (art. 343, CPC). O réu pode ainda responder reconhecendo a procedência do pedido do autor (art. 487, III, a, CPC). Permanecendo inerte, é decretada a sua revelia (art. 344, CPC).

A função principal da fase postulatória é a definição do objeto litigioso do processo, isto é, do mérito da causa.<sup>182</sup> A definição e a estabilização do mérito nesse estágio do processo servem não somente à individualização da ação – e, em consequência, à sua identificação para os juízos sobre coisa julgada, litispendência, cumulação de ações e modificação da demanda –, mas também à concretização do princípio do contraditório enquanto audiência bilateral.<sup>183</sup> Com efeito, é pela dedução das alegações de uma parte no processo que se possibilita à outra, comunicando-lhe e assinando-lhe prazo adequado para se pronunciar, a contrariedade efetiva. Sob outra perspectiva, tanto as alegações do autor como a sua oposição pelo réu, na medida em são relevantes para as decisões judiciais tomadas, implicam para o juiz deverem concretos de debate.

---

<sup>181</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*, v. 2. São Paulo: RT, p. 150.

<sup>182</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2015, p. 108.

<sup>183</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A Causa Petendi no Processo Civil*. São Paulo: RT. 2001. p. 192.

O dever do juiz de dar à parte oportunidade para a emenda da inicial com a indicação daquilo que deve ser sanado (art. 321, CPC) decorre do princípio da colaboração, e não do contraditório. No entanto, o indeferimento da petição inicial fundado em ausência de legitimidade ou de interesse processual sem prévia consulta à parte viola o princípio do contraditório; não se trata, nessa hipótese, de oportunizar o saneamento de vício, mas a influência sobre a decisão judicial.<sup>184</sup>

Nas causas que não requerem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, deve julgar liminarmente certos pedidos (art. 322, CPC). Isso é possível em hipóteses selecionadas pelo legislador em que o direito é suficientemente certo contra o autor, seja porque o seu significado foi definido pelos tribunais (incisos I a IV), seja porque sua aplicação se aproxima de uma aferição aritmética, como é o caso da prescrição de pretensão e da decadência de direito (art. 322, § 1). Assim, em nome da celeridade do processo, o juiz – naturalmente menos inclinado que as partes à descoberta de argumentos favoráveis a uma ou à outra –, após o pronunciamento do autor, já dispendo desses elementos cancelados pelo legislador deve julgar a ação improcedente *in limine*. A sentença liminar de improcedência excetua a proibição de decisão-surpresa postergando o direito ao contraditório do autor (enquanto direito de influência sobre a decisão judicial) à apelação e prevendo oportunidade para a retratação do juiz (art. 332, § 2º). Se o juiz não se retratar, o réu é citado para apresentar contrarrazões. Se o juiz se retratar, o réu é citado para o prosseguimento da fase postulatória.

Não verificadas as hipóteses de indeferimento (art. 330) ou de improcedência liminar do pedido (art. 332), o juiz deve deferir a petição inicial e ordenar a citação do réu. A citação é o ato fundamental da realização do contraditório como audiência bilateral, porque é por ela que a parte toma ciência do processo, possibilitando-a a contrariar a ação. A citação pessoal tem prioridade sobre a ficta a fim de que o juízo tenha maior certeza de que o réu está efetivamente ciente da ação e, portanto, em nome do contraditório efetivo.<sup>185</sup> O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que é nula “a citação em que o oficial de justiça entrega ao réu cópia de inicial relativa a

---

<sup>184</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. IV. São Paulo: RT, 2016, p. 471-472.

<sup>185</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, v. 2., p. 129.

outro processo, que não aquele objeto do mandado”.<sup>186</sup> Pela citação com a entrega de petição inicial, o réu toma conhecimento da ação que é movida contra si; obviamente, é insuficiente a informação de *que* existe a ação, é preciso que seja informado de seus termos exatos.

O Código disciplina o modo de postular. Assim, entre outros requisitos da petição inicial, está a alegação dos fundamentos fáticos e jurídicos da petição (art. 319, III, CPC). Ao réu incumbe alegar toda matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna a petição do autor (art. 336, CPC). Em nome da economia e da celeridade processuais, as partes são gravadas com o ônus de trazer, de uma só vez, os seus argumentos ao processo.

Em síntese, sob o aspecto dialético, a fase postulatória é aquela em que as partes trazem suas alegações fático-jurídicas ao processo. De sua contradição, na medida de sua pertinência e relevância para a decisão do caso, surgem as questões à qual o juiz terá que resolver e os argumentos que terá que enfrentar. O contraditório manifesta-se, nessa fase, predominantemente como audiência bilateral.

### 3.3 FASE ORGANIZATÓRIA

A fase organizatória tem como atividade predominante a ordenação do processo pelo juiz. Essa ordenação é retrospectiva e prospectiva, isto é, volta-se tanto aos atos processuais já praticados, a fim de sanar seus vícios, à preparação da instrução e da decisão, mediante a definição das questões a serem provadas e a distribuição do ônus probatório.<sup>187</sup>

A organização retrospectiva do processo é fundada principalmente no princípio da colaboração do juiz com as partes em prol da obtenção de uma decisão de mérito. O dever de o juiz conceder às partes oportunidade para renovarem atos não decorre do princípio do contraditório; consequência disso é que, ainda que a parte tenha se pronunciado sobre questão processual apta a levar à extinção do processo sem resolução de mérito em suas postulações iniciais, deve o juiz

---

<sup>186</sup> REsp 43.716/GO, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 24.11.1997.

<sup>187</sup> MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 122 e ss.

oportunizar o seu saneamento. Se, no entanto, a parte não se pronunciou sobre questão processual pela qual o juiz entende ser extingüível o processo, deve ser oportunizada não a mera emenda, mas o pronunciamento da parte.

A organização prospectiva volta-se sobretudo à definição das questões que deverão ser objeto de prova, à distribuição do ônus de provar e à admissibilidade da prova (art. 357, incisos II e III, CPC), mas também à delimitação das questões de direito relevantes para a decisão de mérito (inciso IV). Serve à efetividade do contraditório, na medida em que não é possível a uma parte atuar adequadamente em contraditório se não há segurança quanto a se lhe incumbe provar (ônus da prova) e, incumbindo-lhe, *o que* lhe incumbe provar. O dever do juiz de delimitar as questões de direito relevantes para a decisão de mérito é novidade que acompanha a compreensão do próprio direito objetivo como matéria adequada a um tratamento dialético. A fase organizatória, portanto, é o momento oportuno para o juiz antever as questões jurídicas relevantes para a decisão da causa que pode conhecer de ofício e desempenhar seu dever de consulta, a fim de ampliar o quadro argumentativo a seu respeito.

Em síntese, sob o aspecto dialético, a fase organizatória é aquela em que o juiz define as questões de fato a respeito das quais as partes vão ser mais uma vez oportunizadas e atuar em contraditório pela produção de provas, e, sendo-lhe autorizado, suscita novas questões de direito para que as partes possam ampliar o quadro do debate. Nessa fase, predomina o contraditório como proibição de decisões-surpresa, na medida em que o juiz antecipa às partes *a quem incumbe provar o quê e quais os pontos jurídicos em questão*.

### 3.4 FASE INSTRUTÓRIA

A fase instrutória tem com atividade predominante a produção de provas, especialmente as provas orais, periciais e a inspeção judicial, uma vez que a prova documental deve acompanhar as postulações iniciais das partes (art. 434, CPC). Sua função é a certificação das alegações de fato controversas, pertinentes e relevantes (art. 369, CPC).

Na fase instrutória, tem grande relevância “como postulado de boa administração da justiça, o respeito escrupuloso do chamado ‘princípio do contraditório’: *audiatur et altera pars*”<sup>188</sup>. O princípio do contraditório não informa a estágio instrutória apenas enquanto audiência bilateral; conforme disposição expressa do novo Código, o direito de produzir provas em contraditório é verdadeiro direito de “influir eficazmente na decisão do juiz” (art. 369, CPC). Enquanto audiência bilateral, o princípio do contraditório ordena que a parte contra a qual se produzir a prova tenha o direito de conhecê-la e de contrariá-la em prazo razoável antes que o juiz a utilize como fundamento de sua decisão.<sup>189</sup> Enquanto direito de influência, ordena que o juiz não funde a sentença sobre provas colhidas segundo procedimento em que as partes não hajam tido oportunidade real de participar.<sup>190</sup> A participação das partes na instrução deve ser igualitária, não deve haver disparidade de critérios no deferimento ou indeferimento das provas pelo órgão judicial.

Na hipótese de juntada de documentos após a petição inicial ou a contestação, o juiz deve dar oportunidade à outra parte para contrariá-la manifestando-se sobre o documento ou produzindo prova documental que a contrarie (art. 436). O prazo para essa manifestação é, em regra, de quinze dias (art. 437, § 1º), porém o juiz, a requerimento da parte, pode dilatá-lo levando em consideração a quantidade e a complexidade da documentação (art. 437, § 2º). Trata-se de contração do princípio do contraditório quanto ao ato de produção de prova documental. O Superior Tribunal de Justiça entende que a não intimação da parte contrária para reagir ao documento juntado pela parte acarreta ou não a nulidade dos atos subsequentes segundo a sua relevância ou irrelevância.<sup>191</sup>

As provas orais são colhidas, em regra, na audiência de instrução e julgamento (art. 361, CPC), devendo o juiz intimar as partes de sua designação.<sup>192</sup> O novo Código não prevê expressamente o ônus de depositar em cartório o rol de testemunhas ao menos cinco dias antes da audiência (art. 407, CPC/1973); porém,

---

<sup>188</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A Garantia do Contraditório na Atividade de Instrução”. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Organizadores). *Doutrinas Essenciais do Processo Civil, São Paulo*, v. IV: RT, p. 232.

<sup>189</sup> SILVA, Ovídio Batista da. Curso de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense. 2005, p. 329.

<sup>190</sup> *Id.* p. 231.

<sup>191</sup> AgRg no REsp 729.281/SP, REsp 438.188/MG.

<sup>192</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, p. 232.

o princípio do contraditório, por sua função integrativa, ordena que haja lapso de tempo hábil, entre o depósito do rol de testemunhas e a realização da audiência, para que cada litigante possa saber quem são as pessoas que o outro quer fazer ouvir como testemunhas e reagir apropriadamente, arguindo, por exemplo, a incapacidade, o impedimento ou a suspeição (457, § 1º).<sup>193</sup> Mesmo nas hipóteses em que a prova testemunhal é colhida fora da audiência de instrução (arts. 381, 449, parágrafo único, 454, CPC), em todos esses casos, pela função integrativa do contraditório, é dada a oportunidade de participar do ato instrutório, seja qual for o lugar da inquirição.

O perito é auxiliar da justiça que assiste o juiz quanto à prova de alegações de fato que dependa de conhecimento técnico ou científico (art. 156). As partes podem nomear seus assistências técnicos e apresentar quesitos a serem respondidos por esses e pelo perito, assim como impugnar a nomeação do perito ou do assistente técnico do adversário com fundamento em impedimento ou suspeição. Embora não haja previsão expressa da lei, por força do contraditório enquanto direito de influência, as partes podem impugnar quesitos como impertinentes (art. 470, CPC). O laudo pericial deve ser protocolado pelo menos vinte dias antes da audiência de instrução e julgamento (art. 477, *caput*, CPC). Após o protocolo do laudo pericial, o juiz deve intimar as partes para que reajam no prazo mínimo de quinze dias (art. 477, § 1º, CPC). Entre as reações possíveis das partes, o Código refere a nomeação de assistências técnicos para a apresentação de parecer (art. 477, § 1º, CPC), pedir esclarecimento ao perito do juízo sobre o ponto a respeito do qual haja divergência ou dúvida de qualquer das partes, do juiz ou do órgão do Ministério Público ou que divirja do parecer apresentado pelo assistente técnico (art.477, § 2º).

A inspeção judicial de pessoas ou coisas pode realizar-se de ofício ou a requerimento da parte (art. 481, CPC). As partes têm direito de assistir à inspeção prestando esclarecimentos e fazendo observações que considerem de interesse para a causa (art. 484, CPC). Lavrado o auto circunstanciado que retrata a diligência de inspeção, as partes devem ter a oportunidade de se pronunciar a respeito.<sup>194</sup>

---

<sup>193</sup> *Id.*, p. 235.

<sup>194</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, p. 236.



A produção de provas vincula o juiz no momento decisório por meio do “sistema de persuasão racional da prova”. Conforme Ovídio:

A distinção fundamental entre este sistema e o denominado sistema de livre convencimento está em que, naquele, o juiz tem o dever de fundamentar sua decisão, indicando os motivos e as circunstâncias que o levaram a admitir a veracidade dos fatos em que o mesmo baseara a decisão. Cumpre-lhe indicar, na sentença, os elementos de prova com que formou sua convicção, de tal modo que a conclusão sentencial guarde coerência lógica com a prova constante dos autos. Esta exigência naturalmente limita a completa liberdade que o sistema de livre convencimento lhe daria.<sup>195</sup>

Em síntese, sob o aspecto dialético, a fase instrutória é aquela em que as partes são chamadas a atuar novamente em contraditório, produzindo as provas tendencialmente mais persuasivas em seu favor. As provas servirão como medida das alegações de fato das partes, segundo a qual serão acolhidas ou denegadas, analogamente ao que é o ordenamento jurídico (reconstruído, pela interpretação, na consciência do julgador) para as suas alegações jurídicas.

### 3.5 FASE DECISÓRIA

Na fase decisória, o juiz decide o caso levado a juízo.<sup>196</sup> A decisão do caso pode levar à extinção do processo sem resolução de mérito (art. 485) ou à extinção do processo ou da estágio de conhecimento com resolução de mérito (art. 487)<sup>197</sup>; no entanto, os sujeitos do processo devem colaborar entre si para que se obtenha, sempre que possível, uma decisão de mérito (art. 6º). Assim como todas as decisões judiciais, deve ser fundamentada, sob pena de nulidade (art. 11).

À luz do conceito forte do contraditório, como direito de influência, a decisão assume novo relevo, pois se revela o momento do cumprimento pelo juiz do seu dever de debate com as partes. O órgão jurisdicional compromissado com a justiça e, portanto, com a maior certeza de suas decisões (art. 6º) e, ao mesmo tempo,

<sup>195</sup> SILVA, Ovídio Batista da. *Op. cit.*, p. 332.

<sup>196</sup> MARINONI; Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 152.

<sup>197</sup> *Id. Ibid.*

consciente do caráter incerto dos problemas jurídicos e da constituição democrática do Estado, compreende a necessidade de que essas sejam elaboradas a partir do diálogo efetivo com as partes. Assim, o discurso monológico revela-se insuficiente.

São elementos essenciais da sentença o relatório, a fundamentação e o dispositivo (art. 489, CPC). Suas funções, sob o prisma do contraditório, – as quais não esgotam toda a sua funcionalidade dentro do processo civil – são, respectivamente, demonstrar às partes que os julgadores conhecem as alegações das partes e as provas produzidas<sup>198</sup>; analisar dialeticamente as questões fático-jurídicas, expondo as razões de sua decisão, respondendo aos argumentos aptos, em tese, a infirmá-la e ignorando os inaptos; responder diretamente ao pedido do autor por meio de comando.

Em síntese, sob o aspecto dialético, a fase decisória é aquela em que o juiz resolve as questões do processo suprassumindo as alegações opostas pelas partes a partir de seu confronto com as provas e o ordenamento jurídico. Esse ato de síntese deve ser expresso na decisão judicial não apenas sob a forma de um silogismo – expondo a argumentação que melhor resistiu às provas e ao ordenamento jurídico –, mas deve igualmente enfrentar os argumentos relevantes das partes para que a sua *sententia* se prove ser verdadeiramente a mais provável. Nessa fase do procedimento, predomina o contraditório como dever de debate, pois é nela que o juiz desempenha esse seu dever.

### 3.6 FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

A fase de cumprimento de sentença destina-se à efetivação do direito já declarado na sentença. A eficácia do princípio do contraditório é naturalmente menos frequente quando as principais questões do processo já foram decididas e se passa a buscar a efetivação do interesse de uma das partes (art. 797, CPC).

---

<sup>198</sup> CARVALHO, Fabiano. “A função do relatório no julgamento colegiado. Manifestação do princípio do contraditório.” In: Revista de Processo, n. 198. 2011. São Paulo: RT. p. 447 e s.

Assim como nos estágios da fase de conhecimento, porém, a fase de cumprimento de sentença é caracterizada pelo *predomínio* de uma atividade, não por sua exclusividade. O contraditório, na fase de cumprimento de sentença, estabelece-se com respeito às questões que nessa fase têm lugar.<sup>199</sup> “Não há processo sem decisão alguma, não há decisão sem prévio conhecimento e não há conhecimento sem contraditório.”<sup>200</sup> Vale dizer: o contraditório vigora na fase de cumprimento de sentença como na fase de conhecimento, exigindo decisões fundadas em pontos sobre as quais puderam se pronunciar e que respondam aos argumentos relevantes das partes; se sua eficácia é menos frequente, isso se deve à limitação do conhecimento, não do contraditório. Assim, por exemplo, o princípio do contraditório como proibição de decisão-surpresa no processo de execução é expresso no art. 921, § 5º, CPC, que declara expressamente o dever do juiz de consultar as partes a respeito da prescrição intercorrente em fase de cumprimento ou processo de execução.

A vigência do princípio do contraditório na fase de cumprimento de sentença encontra respaldo também na regra geral de que, “quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado” (art. 805, CPC). O executado pode, por exemplo, indicar bens à penhora demonstrando que a constrição será menos onerosa e não trará prejuízo ao exequente (art. 829, § 2º, CPC), requerer a redução da penhora (art. 850), a alienação antecipada (art. 852, CPC), nova avaliação (art. 873, CPC). Ao passo que o exequente pode pedir o reforço da penhora demonstrando a alteração significativa do valor de mercado dos bens (art. 850), a alienação antecipada desde que demonstrado que o bem está sujeito a depreciação ou a manifesta vantagem (art. 852), hipótese em que será oportunizado o contraditório (art. 853, CPC).

Em síntese, uma vez prolatada a decisão definitiva, o contraditório deixa de governar o processo e se retira a um posto secundário de onde intervém episodicamente. Toma o seu lugar a efetividade, que passa a ordenar o processo

---

<sup>199</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op cit.*, p. 128.

<sup>200</sup> *Id. Ibid.*

não mais tendo em mira a prolação da decisão mais certa, mas a concretização do seu comando.

### 3.7 FASE RECURSAL

O procedimento comum está estruturado verticalmente também em *duas grandes fases*, a *fase ordinária* e a *fase extraordinária*. A primeira tem por função viabilizar a prolação de uma *decisão justa e sua adequada e tempestiva efetivação* e está confiada aos juízes de primeiro grau e aos desembargadores do segundo grau que compõem as *Cortes de Justiça*. A segunda tem por função possibilitar a *formação de precedentes* e está confiada aos ministros das *Cortes Supremas*.<sup>201</sup>

O recurso, conforme a definição de Barbosa Moreira, é o “remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna”<sup>202</sup>.

O poder de recorrer, embora sirva à veiculação de uma contrariedade<sup>203</sup>, não é, em regra, corolário do princípio do contraditório<sup>204</sup>. Constituem exceção os recursos que visam à tutela do próprio direito ao contraditório da parte, pois todo direito implica a existência de um remédio idôneo para tutelá-lo (*ubi ius, ibi remedium*, art. 5º, XXXV, CRFB) e as violações do direito ao contraditório são praticadas, em regra, pelo juiz por atos decisórios. Assim, podem considerar-se corolários do direito ao contraditório o direito à interposição de embargos declaratórios que visem à

---

<sup>201</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio, MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. São Paulo: RT. 2017. p. 153.

<sup>202</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 233. v. V.

<sup>203</sup> CANUTO, Joaquim Mendes de Almeida. *Op. cit.*

<sup>204</sup> Com efeito, o direito ao duplo grau de jurisdição sequer é direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio, MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. XVI. p. 151.

O direito ao recurso tem afinidade com o direito ao contraditório, na medida em que é um meio para a maior certificação das decisões judiciais e para a administração democrática da justiça.

Em sentido contrário, NETO, Franciso Vieira Lima, MADUREIRA, Claudio Penedo. Os Recursos como Exercício do Direito ao Contraditório. In: *Revista de Processo*, v. 210. São Paulo: RT. 2012. p. 127 e ss.

integração de decisão que deixou de responder a argumento relevante da parte e de apelação que vise à anulação de decisão-surpresa, bem como aos demais remédios, em geral, na medida em que são estritamente necessários à sua tutela. Note-se, porém, que não se trata de consequência do conteúdo específico do direito ao contraditório, mas da tutelabilidade que é atributo necessário de todo direito conjugada com a peculiaridade de a lesão ao direito do contraditório consumir-se, via de regra, em decisões judiciais.

Não obstante, uma vez previsto o recurso pelo ordenamento jurídico, o princípio do contraditório atua sobre a sua conformação, na medida em que dele pode resultar nova decisão judicial. Com essa ressalva final, justifica-se o julgamento de embargos declaratórios sem efeitos infringentes sem oportunização do contraditório (art. 1.024, CPC), uma vez que não visa à efetiva alteração da decisão judicial, mas apenas ao seu esclarecimento ou integração.<sup>205</sup> Se o eventual acolhimento dos embargos declaratórios implicar a modificação da decisão embargada, o juiz deve intimar a outra parte para pronunciar-se no prazo de cinco dias (art. 1.023, § 2º), sob pena de nulidade. Nos demais recursos, devem ser intimadas para se pronunciar em prazo razoável<sup>206</sup> e o órgão *ad quem* está igualmente adstrito pela proibição de decisão-surpresa (art. 10, CPC) e pelo dever de debate (art. 489, § 1º, inciso IV).

Em síntese, embora se assemelhem sob vários aspectos – enquanto veiculam uma contrariedade, enquanto têm a função institucional de promover decisões judiciais mais certas, enquanto evidenciam o caráter democrático da administração da justiça –, o direito de recorrer e o direito ao contraditório não se confundem nem se seguem um do outro (a não ser, *per accidens*, o direito de recorrer da decisão que lesa o próprio direito ao contraditório). Isso porque os princípios ordenam somente os comportamentos que são *necessários* à promoção do estado de coisas por eles descritos. A eficácia integrativa do princípio contraditório perfaz-se com a prolação da decisão que respeita a proibição de decisões-surpresa e o dever de

---

<sup>205</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio, MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. XVI. p 222.

<sup>206</sup> Cf. arts. 1.010, § 1º, 1.019, inciso II, 1.021, § 2º, 1.028, § 1º, 1.030, *caput*, e 1.042, § 3º, todos do CPC, art. 335, *caput*, do RISTF, e art. 267, *caput*, RISTJ.

debate. O direito de influência adicional sobre a decisão depende de posituação específica.

### 3.8 CONTRADITÓRIO E ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

A antecipação de tutela é a “técnica direcionada a antecipar de forma provisória mediante cognição sumária a tutela jurisdicional do direito à parte visando à distribuição isonômica do ônus do tempo no processo”<sup>207</sup>. A antecipação da tutela opera antes que se complete o contraditório – seja porque concedida liminarmente, seja porque concedida antes de exaurida a instrução.<sup>208</sup> Deve ser fundamentada, em regra, em um juízo de probabilidade qualitativa, isto é, que submete as alegações das partes ao confronto com máximas de experiência e com as provas disponíveis nos autos para verificar se essas são confirmadas e não refutadas.<sup>209</sup> O legislador acertadamente modificou o termo “verossimilhança” por “probabilidade”, pois nem em seu significado doutrinal corrente de adequação ao que comumente acontece (*id quod plerumque accidit*), nem no significado de corroborado unilateralmente, deve a antecipação de tutela ser concedida com fundamento em um simples juízo de verossimilhança.

Portanto, o grau de certeza – no sentido em que exposto na análise conceitual deste trabalho, como um estágio de resolução interior de uma questão – requerido para a concessão da antecipação da tutela é *essencialmente* o mesmo que o da tutela definitiva, a saber, a probabilidade. Também o que faz o juiz após a cognição exauriente é confrontar as alegações das partes com os parâmetros disponíveis. A diferença entre a probabilidade requerida para a antecipação da tutela e para a decisão definitiva é *acidental*; diz respeito à ausência de atividade instrutória completa e, na hipótese de antecipação de tutela *inaudita altera parte*, da dedução completa dos argumentos. Em outros termos: o grau de certeza é menor, em razão do menor volume de material a ser analisado dialeticamente pelo juiz, mas deve resultar da mesma atividade de análise dialética. Poderia ser objetado que, com base no mesmo material probatório, o juiz pode conceder a antecipação de

---

<sup>207</sup> MITIDIERO, Daniel. *Antecipação de Tutela*. São Paulo: RT, 2017, p. 31.

<sup>208</sup> *Id.*, p. 113.

<sup>209</sup> *Id.* p. 119.

tutela, mas, após a instrução do processo – precisamente por não o ter reforçado –, revogá-la decidindo contra o autor. No entanto, nessa hipótese, o próprio transcurso em branco da instrução é o novo elemento que inverte o juízo de probabilidade. Em confirmação a isso, pode-se fazer a pergunta inversa: de que modo a probabilidade do direito do réu, sem alteração no material probatório, era probabilidade do direito do autor? Como quer que seja formulada – seja como menor exigência de probabilidade para o autor em cognição sumária, seja como maior exigência em cognição exauriente –, a opinião de que há uma diferença entre a probabilidade exigida se opõe à igualdade no processo.

Conforme já referido, o Código autoriza excepcionalmente o juiz a proferir decisão liminar contrária a uma parte nas hipóteses de tutela de urgência e de tutela de evidência do art. 312, incisos II e III. Parte da doutrina entende, com razão, que a autorização de decisão liminar nas hipóteses de tutela de evidência viola o princípio do contraditório.<sup>210</sup> Com efeito, o instituto da tutela da evidência funda-se somente sobre a necessidade da distribuição adequada do ônus do tempo no processo, a qual deve favorecer aquele que provavelmente tem razão. Ora, não é possível obter um juízo maduro da probabilidade do direito do autor antes de ao réu ter sido dada a oportunidade de se pronunciar, porque o réu é o sujeito do processo naturalmente apto a apresentar os argumentos mais fortes contra o pedido autor, sem os quais não é possível submeter as alegações deste a uma prova séria da não refutação<sup>211</sup>. A função bloqueadora do princípio do contraditório, portanto, afasta a concessão liminar de tutela de evidência. Uma vez que o princípio do contraditório é norma constitucional (art. 5º, inciso LV, CRFB), o art. 9º, inciso II, é inconstitucional, e o processo civil deve ser “ordenado, disciplinado e interpretado” conforme as normas constitucionais fundamentais. Se a primeira a concessão de tutela liminar justifica a superação do contraditório prévio em nome da efetividade do processo, e, portanto do princípio do processo justo.

Em síntese, a técnica da antecipação de tutela não constitui *per se* uma limitação do princípio do contraditório. Serve à distribuição igualitária do ônus do

---

<sup>210</sup> Pela inconstitucionalidade do dispositivo, MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio. *Op. Cit.*, p. 311 e ss.

<sup>211</sup> MITIDIÉRO, Daniel. *Antecipação de Tutela*. São Paulo: RT. 2017. p. 122.

tempo no processo e, portanto, à igualdade material no processo, um dos sobreprincípios que informam o contraditório. O direito do réu de produzir provas em seu favor não justifica que o autor, titular de idêntico de direito, tenha que suportar o ônus do tempo do processo quando é este quem, à luz do material probatório disponível, provavelmente tem razão, e aquele, em consequência, quem provavelmente não tem.



## CONCLUSÃO

Uma Justiça Civil verdadeiramente compromissada com a tutela dos direitos, esclarecida quanto à natureza dialética do conhecimento jurídico e fiel à sua instituição democrática não pode conceber o princípio do contraditório senão como fonte de um verdadeiro direito de influência das partes sobre as decisões judiciais. Mais rigorosamente, deve concebê-lo como norma de ordenação dos comportamentos dos sujeitos processuais segundo a sua necessidade para a prolação de decisões judiciais fundamentadas em pontos sobre os quais as partes puderam se pronunciar (proibição de decisão-surpresa) e que respondam racionalmente aos argumentos das partes aptos, em tese, a fundamentar uma decisão oposta no mesmo caso (dever de debate).

O conceito fraco do contraditório como mera audiência bilateral, analisável no binômio ciência e reação, reduz-se, assim, a um corolário seu, pois os comportamentos por ele prescritos são igualmente necessários à promoção do estado de coisas descrito pelo conceito forte. Vale dizer: se as decisões judiciais sofrem a influência do pronunciamento das partes, então necessariamente as partes tiveram ciência dos pontos suscitados no processo e a oportunidade de contrariá-los.

A atual renovação do conceito do contraditório é o capítulo mais recente de uma história que pode ser remontada ao menos até a crise do *ludicium* e à instauração do *Processus* moderno, a qual reflete a própria ascensão da Europa Moderna, inflamada por esperanças científicas e dividida em Estados Burocráticos após a crise da Reforma. Mais ainda: a racionalização da vida social sob a nova *auctoritas principis* ecoa, sob circunstâncias e em proporções diversas, a ascensão Império Romano, cuja *cognitio extra ordinem*, tal qual a sua contraparte moderna, respondia ao formalismo do processo tradicional mediante a imposição vertical da racionalidade. Da esperança moderna na factibilidade de uma ciência demonstrativa do direito – que apenas se precipitou ao conferir ao estamento burocrático a legitimidade para processar e julgar como se já a detivesse – provém a ideia de que, a despeito dos valores democráticos, não há nada de errado em ser surpreendido com uma decisão baseada em algo que jamais fora discutido ou em ter o seu direito

a *your in day in court* apenas para depois ver os seus argumentos sumariamente ignorados.

O princípio do contraditório, mesmo em sua concepção fraca, afirma a igualdade material entre as partes. Porém, por essa não impor maiores obrigações aos órgãos jurisdicionais, sua efetividade como mecanismo para a obtenção de decisões judiciais mais certas e como marco democrático é seriamente fragilizada.

O conceito forte do contraditório é efetivo para a maior certeza das decisões judiciais, porque a matéria jurídica é, quanto a nós, inapelavelmente incerta, e isso porque, por um lado, a vida social, que é regulada pelo direito, é excessivamente complexa e mutável para ser prevista abstratamente, e o conhecimento empírico humano, excessivamente fragmentário para abarcá-la concretamente e, por outro lado, porque os conceitos pelos quais o direito regula a vida social são irremediavelmente vagos e a linguagem em que são expressos equívoca. Excluída, assim, a possibilidade de uma ciência demonstrativa do direito, o método que promove o maior grau de certeza sobre questões jurídicas é o dialético, que, pelo confronto dos argumentos em favor de ambas as partes de uma contradição, alcança a probabilidade. As partes, em razão do seu interesse na decisão do caso num ou noutro sentido, são os sujeitos naturalmente apropriados para encontrar e trazer ao processo os argumentos mais persuasivos. O juiz, em razão de sua ausência de interesse prévio na decisão do caso num ou noutro sentido, é o sujeito naturalmente apropriado para confrontar os argumentos.

O conceito forte do contraditório é efetivo como marco de um Estado democrático, porque é conseqüente com a igualdade entre sociedade civil e representantes do Estado. Isso porque não concebe a Justiça Civil a partir do pressuposto de um julgador detentor de uma ciência em tal medida superior à das partes que o autorize a decidir sem ouvir nem responder.

O princípio do contraditório é o eixo em torno do qual se estrutura a fase de conhecimento do procedimento comum. Sob o aspecto dialético, a fase postulatória visa predominantemente à posição e à oposição de alegações fático-jurídicas; a fase organizatória, à definição das questões; a fase instrutória, à produção das provas

pelas quais as alegações de fato serão verificadas; e a fase decisória, à supressão das alegações fático-jurídicas das partes a partir de seu confronto diante das provas e do ordenamento jurídico. Na fase de cumprimento de sentença, presumindo-se que o mérito da causa já foi resolvido com um grau de certeza justo, o princípio do contraditório deixa de governar o procedimento e passa a uma posto lateral desde onde permanece aplicando-se consistentemente.

Com isso, espera-se ter cumprido o nosso propósito inicial: analisar o novo conceito do contraditório como se apresenta no direito processual civil brasileiro contemporâneo lançando luz sobre suas origens históricas, sobre os fins que lhe conferem sentido e sobre a sua estruturação prática.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. A contrariedade na Instrução Criminal. *In: Princípios Fundamentais do Processo Penal*. São Paulo: RT, 1973.
- AQUINO, Tomás. **Expositio libri posteriorum analyticorum**. Disponível em: <<http://www.corpusthomicum.org/cpa1.html>>. Acesso em: 01 mai. 2017.
- ARISTOTE. **Les premiers analytiques**. 2 ed. Paris: Vrin, 1982.
- ARISTOTE. **Les topiques**. 2 ed. Paris: Vrin, 1984.
- ARISTÓTELES. **Poética**. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.
- AVICENNA. **Commentary on the poetics of aristotle**. Leiden: Brill, 1974.
- ÁVILA, Humberto. O que é "devido processo legal". **Revista de Processo**, São Paulo, v. 163, setembro/2008.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2014
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Garantia do Contraditório na Atividade de Instrução. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 36, p. 231-239, jul./set. 1984.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código De Processo Civil, v. 4**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- BARZOTTO, Luis Fernando. **Teoria do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- BERGK, Theodorus. **Poetae Lyrici Graeci**, v. ii. Leipzig: Teubner, 1866.
- BORGES, José Soto Maior. **O Contraditório no Processo Judicial: uma visão dialética**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- CABRAL, Antônio Do Passo. Il Principio del Contraddittorio come Diritto d'influenza e dovere di dibattito. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 60, n. 2, p. 449-464, jul.2005./set. 2005.
- CADIET, Loïc; NORMAND, Jacques; MEKKI, Soraya Amrani. **Théorie générale du procès**. Paris: PUF, 2010.
- CARVALHO, Fabiano. A Função do relatório no julgamento colegiado. Manifestação do princípio do contraditório. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 198, p. 445-454, ago.2011.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **A causa petendi no processo civil**. 2 ed. São Paulo: RT, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GIULIANI, Alessandro. Ordo Iudiciarius Medieval. **Rivista di Diritto processuale**, Padova, v. 43, p. 598-614, jul.1988./set.1988.

HERRERO, Juan Palao. **El sistema jurídico ático clásico**. Madrid: Dykinson, 2007.

JARDÉ, Auguste. **A Grécia antiga e a vida grega**. São Paulo: EPU e EDUSP, 1977.

KASER, Max. **Direito privado romano**. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural**. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

LARENZ, Karl. **Derecho justo**: fundamentos de ética jurídica. Madrid: Civitas, 1993.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 1 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: RT, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código e Processo Civil**: v. XVI, Artigos 976 ao 1.044. São Paulo: RT, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: v.1, Teoria geral do processo civil. 3 ed. São Paulo: RT, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: v. 2, Tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3 ed. São Paulo: RT, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao código de processo civil, v. 1**. São Paulo: RT, 2016.

MILLAR, Robert Wyness. The formative principles of civil procedure. *In*: ENGELMANN, Arthur. **History of Civil Procedure**. Boston: Little, Brown & Company, 1927.

MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 229, p. 51-74, mar.2014.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da Tutela**: Da tutela cautelar à técnica antecipatória. 3 ed. São Paulo: RT, 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: Pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3 ed. São Paulo: RT, 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro De. **Do formalismo no processo civil**: Proposta de um formalismo-valorativo. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro De. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 71, p. 31-38, jul./set. 1993.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 131 p.

PLATO. Cratylus. In; **Plato: Complete Works**, editor John Cooper. Indianapolis: Hackett, 1997.

PLATÃO. **República**. Tradução de Carlos Alberto Nunes. Belém: EDUFPA, 2017.

POINSOT, John. **Cursus philosophicus thomisticus**. Hildesheim: Georg Olms, 2008.

PROVERA, Giuseppe. **Il principio del contraddittorio nel processo civile romano**. Torino: G. Giappichelli, 1970.

RAMOS, Vitor De Paula. **Ônus da prova no processo civil**: do ônus ao dever de provar. São Paulo: RT, 2015.

SCHMITT, Carl. **Constitutional Theory**. Durham: Duke University Press, 2008.

SILVA, Ovídio Batista da. **Curso de processo civil**, v.1. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SUÁREZ, Francisco. **De legibus**. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones, 1972.

TARUFFO, Michele. Verdade e Processo. *In*: **Processo Civil Comparado**: Ensaios. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. 4 ed. Madrid: Trotta, 2011.