

ANÁLISE CRÍTICA DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA ORALIDADE

BIANCA DE OLIVEIRA FARIAS

Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professora de Direito Processual Civil da Universidade Federal Fluminense. Advogada.

1- Introdução e delimitação do tema:

Vivemos, atualmente, no denominado Estado Democrático de Direito, nos termos do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil. Ainda que possuidor de imperfeições, este sistema consagra a dialética e destaca conceitos e valores fundamentais em nossa sociedade, tais como o princípio da igualdade e a tutela das liberdades de culto e de expressão nas suas mais variadas formas.¹

Como é cediço, o Estado, no exercício de sua soberania, desempenha, basicamente três funções: administrativa, legislativa e jurisdicional². A última, também denominada de jurisdição, guarda estreita pertinência com o tema ora estudado. Diversas são as conceituações atribuídas a essa função no intuito de melhor defini-la. Assim, Chiovenda define a jurisdição como:

“função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva”.³

Outra importante definição⁴ é apontada por Carnelutti, que assim se expressa: *“a jurisdição é a função de busca da justa composição da lide”*.⁵

¹ Não temos por objetivo, no presente trabalho, traçar um estudo mais aprofundado acerca do Estado, sua organização, evolução e princípios fundamentais. Para este fim, veja-se BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade, Para uma teoria geral da política*, 7ª edição, São Paulo: Ed. Paz e Terra, 1999, bem como, DALLARI, Dalmo de Abreu, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 18ª edição, São Paulo: Saraiva, 1994 e BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 1999.

² Para análise mais detalhada acerca das três funções supracitadas, confira-se: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 5ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, trad. Bras. de J. Guimarães Menegale, 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 1969, página 3.

⁴ Em que pese a existência, em sede doutrinária, de inúmeras outras definições de jurisdição, tais como as apresentadas por Ugo Rocco, Jaime Guasp Delgado e Afranio Silva Jardim, nos eximiremos de citá-las e examiná-las, posto que esse não é o escopo do presente trabalho. Para análise da conceituação de jurisdição apresentada pelos autores mencionados, veja-se: DELGADO, Jaime Guasp. *La Pretensión Procesal*, 2ª edição, Madri: Civitas, 1985, página 91, bem como: JARDIM, Afranio Silva. *Direito Processual Penal*, 4ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1992, página 10 e, por fim, ROCCO, Ugo. *Derecho Procesal Civil*, trad. esp. de Felipe de J. Tena, versão apresentada por Alexandre Freitas Câmara, México: Porrúa, 1939, página 29.

⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Estudios de Derecho Procesal*, vol. II, trad. esp. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: EJE, 1952, página 62.

A doutrina brasileira, em sua maioria, mescla as definições de jurisdição apresentadas pelos dois juristas supramencionados. Em que pese a opinião de doutrinadores de renome, como Ada Pellegrini Grinover, Vicente Greco Filho, Moacyr Amaral Santos e Humberto Theodoro Júnior⁶, pensamos que as definições referidas não se complementam, mas, ao contrário, são antagônicas, posto que denotam concepções diferentes do ordenamento jurídico. A primeira de natureza constitutiva e a segunda declaratória.

Ao invocar para si o monopólio da função jurisdicional, visou o Estado coibir a chamada “justiça de mãos-próprias”.⁷ Mas, nem sempre foi assim⁸.

Em primeiro momento, vigorou a chamada autodefesa ou autotutela. Era a época da vingança privada, da justiça de mãos-próprias. Não havia um juiz distinto das partes e ocorria a imposição da decisão por uma das partes à outra.

Parece evidente a incompatibilidade desse sistema com os postulados do Estado Democrático de Direito, onde o bem-estar social e os interesses da coletividade devem, invariavelmente, estar sobrepostos ao interesse e à tutela dos interesses individuais. Dessa forma, apenas em caráter excepcional continuamos a admitir a autotutela como forma de composição dos litígios, o que se dá quando ocorrem casos de legítima defesa e do chamado desforço possessório.

Momento seguinte, passa a ser adotada a autocomposição como forma de solução de litígios. Buscava-se, por meio desta, a solução dos conflitos por meio da desistência, renúncia ou transação. Sem dúvida, tal método é infinitamente superior ao anteriormente adotado, de caráter marcadamente desagregador e plenamente incompatível com os preceitos orientadores da vida em sociedade.

Contudo, não obstante a evolução ocorrida, problemas continuavam a existir. Isto porque, a parcialidade continuava a caracterizar as decisões e o que freqüentemente se observava era o predomínio do mais forte em conseqüente detrimento do hipossuficiente. É a partir daí, que se percebe a necessidade de atribuir-se o poder decisório a um agente equidistante das partes, capaz de conferir ao caso concreto a justa decisão, posto que dotado da devida neutralidade. Transfere-se, então, ao Estado o exercício da função jurisdicional.

Acreditava-se que, com tal atitude, todos os problemas relativos à solução dos litígios estariam definitivamente resolvidos, pois os agentes estatais se incumbiriam de aplicar a lei aos casos concretos com imparcialidade sem, contudo, perceber-se que, nem os diplomas legais eram capazes de prever soluções para todos os problemas porventura existentes, nem tampouco possuíam tais agentes os instrumentos processuais necessários para conferir às lides a rápida e justa solução que se reclamava. Tais limitações culminam no panorama que hoje se vislumbra em que o Estado, e

⁶ Conferir, por todos, GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, vol. I, 11ª edição, São Paulo: Saraiva, 1995, página 167.

⁷ Hodiernamente, o exercício da chamada vingança privada, ainda que legítima, constitui crime tipificado no artigo 345, do Código Penal.

⁸ Para estudo aprofundado do tema, confira-se: ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de Teoria Geral do Processo*, 6ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.10 e seguintes e GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 14ª edição, São Paulo: Malheiros, 1998, p.20 e seguintes.

conseqüentemente a função jurisdicional, vêm sendo muito criticados. A globalização, que muitos pensavam ser o prenúncio de imenso progresso, a constante opressão de classes menos favorecidas e a constante diminuição dos direitos trabalhistas contribuem para aumentar a crise instalada.

Logicamente, há um nítido reflexo dessa situação na prestação jurisdicional, que se torna morosa e comprometida com ideais outros que não os da justiça social.

Dessa análise, pode-se inferir que o processo, enquanto instrumento de atuação estatal da administração da justiça, também está em crise. O professor Leonardo Greco, irretocavelmente assim se manifesta:

“Se o Estado e a Justiça estão em crise, conseqüentemente o Processo, como instrumento de solução de conflitos e de administração estatal de interesses privados, também reflete essa mesma insatisfação, pois o sistema jurídico e os ordenamentos positivos, engendrados pela sua teoria geral em mais de cem anos, tornaram-se incapazes de atender às exigências de rapidez e eficiência na entrega da prestação jurisdicional e de instaurar um verdadeiro diálogo humano capaz de satisfazer às aspirações democráticas infundidas na consciência jurídica dos cidadãos do nosso tempo”.⁹

Nesse diapasão, surge a necessidade dos juristas repensarem os fundamentos constitutivos do processo na tentativa de atribuir aos princípios processuais novos valores capazes de lhes assegurar plena eficácia e, por conseguinte, melhorar a qualidade da prestação jurisdicional.

Feito esse breve intróito passo à delimitação do tema.

O presente trabalho pretende tratar dos princípios do contraditório e da oralidade destacando a relevância de sua correta aplicação para a obtenção de uma prestação jurisdicional mais eficiente.

Introduziremos na abordagem questão acerca das matérias que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz tecendo críticas ao conservadorismo que por vezes se manifesta no nosso sistema e também em sistemas alienígenas. Criticaremos, também, a subutilização desses princípios, mormente ao princípio da oralidade, sem qualquer aplicação no direito brasileiro no bojo de processos de execução e em grau recursal.

Conferimos maior destaque aos aspectos que nos parecem, até mesmo pelo caráter polêmico que possuem, mais relevantes.

Por fim, destacamos que o estudo dos princípios do contraditório e da oralidade será feito tomando-se por base o tratamento conferido pelo direito brasileiro e italiano à matéria.

A escolha justifica-se frente aos inúmeros trabalhos desenvolvidos em ambos os países em torno do tema, o que denota a grande relevância dada ao assunto nos citados sistemas.

⁹ GRECO, Leonardo. *O Processo de Execução*, vol.I, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.3.

2- Considerações acerca do princípio da bilateralidade da audiência ou do contraditório:

Os princípios processuais constituem um conjunto de idéias, inter-relacionadas e interdependentes, que expressam a visão que um povo, como comunidade jurídica, tem do processo.

Sob esse aspecto, foi muito feliz a Constituição brasileira de 1988, de que se extraem, como princípios fundamentais do processo, o da inafastabilidade do Poder Judiciário, do juiz natural, da imparcialidade, da ação, do contraditório, da publicidade, da licitude das provas, da persuasão racional, do devido processo legal, da representação por advogado e do controle hierárquico.

A Carta Magna contemplou as *garantias do contraditório e da ampla defesa* num só dispositivo (art. 5º, inciso LV), sem restringi-las ao processo judicial, daí porque aplica-se aos processos de qualquer natureza (judicial ou administrativo).

O processo deve assegurar igualdade de oportunidades para as partes se manifestarem na audiência.

Como ensina o festejado professor Vicente Greco Filho, o contraditório se efetiva na medida em que atende aos seguintes elementos:

- 1) o conhecimento da demanda por meio de ato formal de citação;
- 2) a oportunidade, em prazo razoável, de se contrariar o pedido inicial;
- 3) a oportunidade de produzir prova e se manifestar sobre a prova produzida pelo adversário;
- 4) a oportunidade de estar presente a todos os atos processuais orais, fazendo consignar as observações que desejar;
- 5) a oportunidade de recorrer da decisão desfavorável.

Vê-se que o contraditório assegura a oportunidade de participação ativa do réu em sua defesa. Se a parte abre mão dessa garantia legal, por inércia ou omissão, sofre as consequências dessa decisão.

Pode-se dizer que o contraditório, como decorrência do princípio da paridade das partes, significa dar as mesmas oportunidades para as partes, como criado no direito alemão *Chancengleichheit*, e também os mesmos instrumentos processuais (*Waffengleichheit*), o que exige uma vigilância constante do juiz sobre os processos.

Porém ressalte-se que essa igualdade de armas não significa paridade absoluta, mas sim na medida em que as partes estiverem diante da mesma realidade em igualdade de situações processuais.

Podemos encontrar expressões do princípio do contraditório no Código de Processo Civil, entre outros, os dispositivos relativos à citação e resposta do réu, o dever do juiz de assegurar a igualdade das partes (artigo 125, I), as normas relativas à participação e conhecimento das partes quanto às provas etc.

Destaque-se que, quanto aos elementos elencados pelo professor Greco, os itens 1) e 3) atendem ao princípio da ampla defesa assegurado ao réu pelo legislador pátrio e o item 4) nos remete ao princípio da oralidade.

Esses dois princípios também regem a audiência e somam-se a um outro, não de menos importância, o princípio da publicidade.

Conclui-se, portanto, que o contraditório no processo civil tem o significado da bilateralidade da audiência, isto é, implica possibilitar-se às partes que, em todas as fases do procedimento, possam se fazer ouvir.

Compete-nos destacar que o contraditório deve existir em qualquer espécie de processo, até mesmo nos processos de execução¹⁰, onde o administrador age pautado em um juízo de conveniência e oportunidade, posição que se coaduna com o Estado de Direito Contemporâneo.¹¹ Nesse novo Estado de Direito, nenhuma decisão de qualquer autoridade pública, que possa atingir a esfera de interesses de algum particular, deve ser adotada sem que tenha sido antecedida da garantia ao interessado da ampla oportunidade de influir eficazmente na sua elaboração. Esse é o princípio da participação democrática ou da democracia participativa, que rege as relações entre o Estado e os cidadãos nas atividades de todos os poderes do Estado e que tem como seu instrumento no processo judicial o princípio do contraditório.

O contraditório, como expressão do princípio da participação democrática e reflexo da dignidade humana no processo, não deve sofrer qualquer limitação no processo de execução para que o patrimônio do devedor não seja atingido mais do que é devido.¹²

Entretanto, até chegarmos a esse moderno conceito de contraditório, algumas etapas precisaram ser vencidas. Num primeiro momento, onde vigorava o jusnaturalismo, não havia jurisdição sem contraditório. Este era considerado um princípio da razão natural.

Em um segundo momento, o contraditório experimenta significativa desvalorização que começa com o advento da Primeira Guerra Mundial. Nesse período, o contraditório passa a ser tido como uma categoria acidental do processo.

Em uma terceira etapa evolutiva, que se inicia após a Segunda Guerra Mundial, há a revalorização do contraditório e busca-se o resgate de sua idéia clássica por meio de uma nova compreensão do acesso à justiça. É exatamente nesse momento que o contraditório é elevado à garantia

¹⁰ No Brasil, ainda hoje, o contraditório não tem lugar amplo na execução, ao contrário do que acontece em sistemas legais como os da Itália, Alemanha e França.

¹¹ Esse entendimento não é acatado por toda a doutrina. Há que sustente que no processo de execução não há mais equilíbrio entre as partes, razão pela qual também não há contraditório. Vide por todos LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*, Saraiva, São Paulo, 1980, 4ª edição, p.44.

¹² Nesse sentido, veja-se GRECO, Leonardo, op. cit, volume I, Renovar, 1999, Rio de Janeiro, pp.267 e 268.

constitucional e desenvolve-se a idéia de que na sentença não deve ter eficácia o que o juiz não construiu com a colaboração das partes.¹³

A partir daí a doutrina passa a sustentar que toda atividade do juiz que colabora para a formação da sua opinião deve ser feita com a participação dos interessados devendo os mesmos atuar durante toda a colheita de provas. Isso porque, a atividade cognitiva não acontece só na sentença, mas em todas as etapas de desenvolvimento do processo¹⁴.

Importante ressaltar-se que o contraditório, de acordo com a moderna concepção que lhe é atribuída, não implica apenas num diálogo entre as partes mas entre estas e o juiz devendo tal diálogo ter o condão de influenciar na formação do convencimento do magistrado.

Surge, assim, o contraditório como expressão do diálogo humano, como vínculo de solidariedade capaz de formar uma ponte de ouro apta a superar o abismo existente entre as partes e o juiz. Em outras palavras, a oralidade constitui, indubitavelmente, pressuposto do contraditório participativo.

Ademais, convém destacarmos que o contraditório amplo é sempre prévio, o contraditório *a posteriori* é apenas uma sombra, uma mistificação do verdadeiro contraditório, só devendo ocorrer quando for inevitável frente a uma ponderação de valores.

Encerrando essa parte de nosso trabalho, acrescentamos que o contraditório participativo tem inegável efeito na teoria da coisa julgada. É preciso repensarmos esse instituto a fim de garantirmos aos terceiros que vierem a sofrer os efeitos da sentença, meios de buscar, através do contraditório, a tutela dos seus direitos. Em síntese, o contraditório participativo nos obriga a fazer uma reflexão crítica acerca de todo o ordenamento processual em face dos efeitos que produz.

3- *Sucinta análise do princípio da oralidade:*

De acordo com o princípio da oralidade, como ensina Chiovenda¹⁵ (principal defensor do processo oral), "as deduções das partes devem normalmente fazer-se a viva voz na audiência, isto é, no momento e lugar em que o juiz se assenta para ouvir as partes e dirigir a marcha da causa".

Em sentido oposto à oralidade, coloca-se o chamado "princípio da escritura ou da documentação", de acordo com o qual todos os atos processuais são documentados. Neste sistema, inclusive os depoimentos orais (das partes e das testemunhas) e os debates orais ficam registrados em termos escritos.

¹³ Para melhor estudo da evolução do contraditório ao longo da história, veja-se PICARDI, Nicola, *Il Principio del Contradditorio* in Rivista di Diritto Processuale, ano LIII, CEDAM, Padova, págs. 673/681.

¹⁴ Nesse sentido, veja-se TROCKER, Nicòlo, *Processo Civile e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1974, págs. 367/383 e 384/422.

¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *O Valor Atual do Princípio da Oralidade*, in Revista Jurídica, nº 297, julho de 2002, p. 12-18.

No Brasil, nota-se que o nosso modelo processual mais se aproxima do sistema da escritura, embora não se possa dizer que o seja o mesmo adotado com exclusividade, tanto que nos julgamentos de segunda instância não são transcritos os termos dos debates orais.

Além disso, no Juizado Especial adota-se um procedimento que atende em grande parte o sistema da oralidade.

Não obstante, é hoje difícil conceber um processo oral que não admita em certo grau a escrita, daí falar-se num sistema “misto”, que conjuga a oralidade com o “princípio da escritura”. Ambos os sistemas (da escritura e da oralidade) apresentam vantagens. A predominância de um sistema ou de outro varia conforme o contexto histórico e cultural do país analisado.

Assim, o que hoje verificamos no contexto dos processos anglo-americanos, é a predominância da oralidade por força do chamado *discovery* (fase procedimental em que as partes dedicam-se á busca e reunião de provas) e do *trial* (onde o júri, a fim de analisar e decidir a causa precisa realizar uma cognição imediata). Em face dessa sistemática, o processo precisa ser concentrado no menor número de audiências possível devendo as mesmas serem realizadas num mínimo espaço de tempo.

Também não é diferente a condução processual realizada em países como a Suécia e a Áustria onde processos cíveis duram em média um mês, tornando incontestável a celeridade do rito processual, fenômeno atribuído, dentre outros fatores, à adoção do princípio da oralidade.

O princípio da oralidade tem como corolários outros princípios, que precisam ser também observados: o da identidade física do juiz, da publicidade, pois só esta garante respeito àquela, e o da concentração, ou seja, tais princípios atuam interligados no mesmo sistema. O significado da oralidade vai além de sua literalidade, implicando também em amplo diálogo e em concentração. A oralidade socializa o processo, o litígio e constitui importante reação à tarifação das provas.

Em seus aprofundados estudos acerca do tema, Mauro Cappelletti procura responder, essencialmente, a três questões¹⁶:

Como se misturam as questões orais e escritas hoje?

Como ocorreu a evolução histórica do princípio da oralidade?

Quais são as tendências atuais?

Para uma melhor compreensão do princípio da oralidade, podemos tentar sintetizar os pontos identificadores desse sistema, que nos são apresentados por autor suprarreferido:

¹⁶ Neste sentido, confira-se CAPPELLETTI, Mauro, *Procedure Orale et Procedure Ecrite*, Giuffrè, Milano, 1971.

a) Prova oral – Cappelletti refere-se à prova testemunhal *lato sensu*, que abrange tanto os depoimentos pessoais (prestados pelas próprias partes), como também os depoimentos de testemunhas, ou seja, depoimentos de terceiros que apresentam uma declaração-narração do fato a provar. Por outro lado, tem-se a prova testemunhal *stricto sensu* que consistiria apenas nos depoimentos das testemunhas (terceiros), com exclusão das pessoas que a lei proíbe de depor¹⁷.

Segundo explica Cappelletti, a prova testemunhal é tida como prova “mediata”, no sentido de que o fato (a provar) é representado mediante um fato (probatório) ulterior, ou seja, mediante a declaração-narração do terceiro ou da parte. Assim, o juiz não realiza uma observação imediata do fato a provar, tampouco julga com base no fato (probatório) representativo do fato a provar, e sim, com base em um fato posterior – quais sejam, os termos em que ficaram registrados os depoimentos, que por sua vez representam o fato representativo. E ninguém duvida dos perigos ínsitos a esse meio de prova, tendo em vista a inexatidão, a incompletude, a distorção, quiçá inconsciente (quando não culposa ou dolosa) da realidade¹⁸.

b) Distinção entre a prova pré-constituída e a prova a ser constituída – Em determinadas ações, notadamente na ação de mandado de segurança, sabe-se que somente se admite a prova pré-constituída, ou seja, a prova documental já existente por ocasião do ajuizamento da ação. Nesta espécie de processo, não se permite a produção de prova oral (não se realizando audiência), justamente porque se trata de remédio processual destinado à proteção do direito líquido e certo, que precisa vir comprovado através de documentos anexados à inicial.

Não obstante, na grande maioria dos processos, essas duas espécies de provas (pré-constituída e a ser constituída) convivem no cenário dos autos, de modo que a prova oral surge aí com grande importância, mormente como prova complementar e que pode muitas vezes decidir a sorte da lide.

c) Direito da parte de ser ouvida pelo julgador – Segundo Cappelletti, é direito da parte ser ouvida pelo juiz, a fim de que possa, a viva voz, levar-lhe os fatos com os quais pretende ver reconhecido o seu direito. Todavia, o depoimento pessoal da parte, em nosso sistema processual, tem sido tratado com uma espécie de prova que somente pode beneficiar a parte contrária, ou seja, quando a parte, ao prestar depoimento, fornece informações que venham beneficiar à parte adversa. Neste particular, adverte Cappelletti que devem-se distinguir duas situações:

a) a *contra se declaratio* (confissão) da parte, ou seja, em seu depoimento pessoal, a parte confessa fatos ou fornece informações favoráveis à parte adversa, situação em que a prova oral tem eficácia probatória vinculante;

¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *O Valor Atual do Princípio da Oralidade*, in *Revista Jurídica*, nº 297, julho de 2002, p. 12-18.

¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro, op. cit., p. 16.

b) a *pro se declaratio* da parte – situação em que a parte, ao depor, relata fatos a seu favor, ou seja, que vêm afirmar o direito por ela alegado, caso em que, de acordo com o sistema processual brasileiro, haverá exclusão da eficácia probatória.

Na visão de Cappelletti, não há razão para se excluir aprioristicamente qualquer valor probatório do depoimento pessoal *pro se declaratio* (mormente nas legislações em que o depoimento é prestado mediante juramento), o qual pode ser levado em conta no conjunto probatório e valorado sob o prudente arbítrio do juiz¹⁹.

c) Dispensa de termos de depoimentos – O sistema da oralidade, aplicado de forma pura, implicaria na dispensa de serem tomados por termo os depoimentos das partes e das testemunhas, podendo-se consignar apenas uma breve síntese do ocorrido no processo.

Em sentido oposto, o processo escrito exige que os depoimentos sejam transcritos integralmente em termos que passam a integrar os autos. E, se aplicado o processo escrito dentro de um rigor mais excessivo ainda, a prova oral sequer é colhida pelo julgador, visto que esse trabalho fica confiado a um “instrutor”, daí porque o juiz, ao examinar os autos para proferir a sentença, limitar-se a ler os termos dos depoimentos.

d) Dispensa de registros escritos dos debates orais – No sistema processual brasileiro, os debates orais, realizados em primeira instância, são transcritos, ainda que resumidamente, na ata da audiência. Já em segunda instância, a palavra dos advogados não fica registrada, constando apenas da ata da sessão da Câmara, o fato de ter sido ou não apresentada a sustentação oral, mas sem transcrição dos termos do discurso.

e) A valoração dos depoimentos prestados perante o julgador. O sistema adotado em nosso país.

Enfim, como se vê, o princípio da oralidade defendido por Chiovenda não encontra eco em nosso regime processual. Tal sistema oral, em seu sentido mais puro, consistiria numa espécie de processo, hoje utópico, em que as partes, seus advogados e testemunhas, compareceriam diante do juiz, quando seria colhida a prova e proferida a sentença. Isto implicaria, necessariamente, na renovação do processo em segunda instância, visto que a prova oral teria que ser repetida diante dos julgadores de segundo grau.

De todo o exposto, constata-se que no ordenamento jurídico de nosso país, tem-se um sistema escrito em que se busca conciliar a forma oral com a escrita, embora prevaleça esta.

Outrossim, note-se que o princípio da oralidade fica sacrificado quando se permite a colheita de prova oral por carta precatória, visto que neste caso, o juiz que ouve as testemunhas não é o mesmo que irá julgar. Sabe-se que o depoimento prestado diretamente ao juiz que irá proferir a decisão é melhor avaliado pelo julgador, que tem a oportunidade de “sentir” de perto as reações da pessoa no momento em que fala, observando a sua firmeza ou as suas indecisões e demais manifestações (choro, por exemplo) que contribuem muito para que o juiz possa melhor firmar a sua convicção.

¹⁹ No sentido do texto, CAPPELLETTI, Mauro, op cit., p. 15.

Mas, enfim, diante de nossa realidade, seria impossível exigir o deslocamento das testemunhas de locais distantes até a sede do juízo onde tramita o processo. Mas, ao menos se deve manter os depoimentos pessoais das partes diante do julgador, em prestígio ao princípio da oralidade.

Isso porque, ainda seguindo os ensinamentos de Cappelletti, não podemos nos esquecer de que a oralidade constitui um instrumento importante não só para resolver o problema da excessiva demora dos processos, mas também para melhorar a qualidade da Justiça civil, dada sua importância, conforme já demonstramos, principalmente no que diz respeito à realização da prova e a formação da convicção do juiz, daí a importância do testemunho da própria parte. Além do mais, a oralidade cria a atmosfera necessária para a atuação da livre convicção, pela singeleza e espontaneidade dos atos de produção das provas, favorecendo a sua apreciação através de uma metodologia concreta e empírico-dedutiva.

É certo que a forma escrita define com mais clareza os elementos individualizadores da demanda, permite a elaboração mais serena e meditada das argumentações jurídicas e documenta os atos relevantes com maior precisão. Entretanto, como ensina o professor Leonardo Greco²⁰, a excelência da oralidade é inigualável no plano da cognição aprofundada e completa sobre os fatos e provas. E é justamente nesse plano, pois a atividade do juiz na execução, por exemplo, é eminentemente prática, que a oralidade é imperiosa. Aliás, nenhum outro ato oferecerá ao juiz elementos de convicção mais seguros e completos para a seleção das providências concretas a serem determinadas no processo de execução do que uma audiência oral, daí porque a oralidade mostra-se como princípio geral do processo, inclusive do processo de execução.

Impende acrescentarmos, que na mesma época em que Cappelletti defendia os posicionamentos supracitados, fora escrita a esplêndida Tese de Cátedra, *La Testimonianza della Parte nel Sistema dell'Oralità* (Contributo alla Teoria della Utilizzazione Probatoria del Sapere delle Parti nel Processo Civile), Milano, Giuffrè, 1962, a que se seguiu *Procédure Orale et Procédure Écrite*, Milano-New York, Giuffrè-Oceana, 1971²¹.

Em síntese, o que hoje se percebe é um crescente aumento da consciência acerca da importância da oralidade para o bom desenvolvimento dos processos, o que vem ocorrendo em países do oriente e do ocidente. Hoje, há três constituições que incluem a oralidade em seus textos, expressamente, como garantia fundamental: a da Áustria, Espanha e Dinamarca.

²⁰ Confira-se para um estudo mais aprofundado acerca da aplicação do princípio da oralidade ao processo de execução, GRECO, Leonardo, op. cit, pp.300 e 301.

²¹ Para uma análise mais detalhada do tema, vide o relatório geral apresentado ao VIII Congresso Internacional de Direito Comparado, organizado pela Academia Internacional de Direito Comparado, realizado em Pescara, entre 25 de agosto e 5 de setembro de 1970. Sobre o tema, entre outros, ver também: *Interrogatorio della parte e principii fondamentali del processo civile nell'Europa comunista*, Rivista di Diritto Processuale, XIV(1959):39-59; *Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*, Rivista di Diritto Civile, VII-I(1961):556-575; *Giuramento*, in Enciclopedia Forense, vol. III, Milano, Vallardi, 1958, *Il giuramento della parte nel processo litisconsortile*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, IX-4(1955):1151-1195, *Valore attuale del principio di oralità*, relatório apresentado no II Congresso Latino-americano de Direito Processual (Cidade do México, fevereiro de 1960), Giur. It., CXII-IV(1960):89-95. Ainda no volume *Giustizia e società*, Milano, edizioni di Comunità, 1977: *L'oralità nel processo civile italiano: ideale contro realtà*, p. 130-144.

Contudo, o ideal de oralidade ainda é algo a ser alcançado. É preciso que a oralidade seja instituída e assegurada em todas as instâncias, sendo certo que a mesma nos dias atuais é inexistente em grau recursal, o que constitui grave deficiência.

À guisa de fecho, cumpre-nos destacar que a oralidade não deve ser vista como uma obsessão, como pregava Chiovenda, mas não podemos perder de vista que é um direito potestativo das partes ter um contato direto com o juiz que se torna ainda mais significativo se acobertado pela publicidade.

4- Os princípios do contraditório, da oralidade e da ampla defesa no direito italiano:

Como já demonstramos ao analisar de forma genérica o instituto ora em tela, ao princípio do contraditório não foi dada a correta interpretação e amplitude por parte dos doutrinadores nem tampouco o correto tratamento por parte do legislador. As distorções acerca do contraditório são, contudo, um fenômeno mundial. Na Itália a discussão ganha relevo quando da análise do artigo 183, parágrafo segundo do Código de Processo Civil italiano que prevê que o juiz “indique às partes as questões conhecíveis de ofício de que tenha a oportunidade de tratar”²². Debatem os doutrinadores se a norma estaria trazendo um comando ou um conselho, em outras palavras, se trata-se de um dever do juiz, cuja violação gera a nulidade da decisão ou se trata-se de mera faculdade cujo exercício pertence ao poder discricionário do juiz. A maior parte da doutrina italiana ainda hoje sustenta ser cabível o primeiro entendimento o que retrata a fidelidade a um certo tipo de processo cuja atuação é falha, defeituosa, tanto por parte do legislador que redigiu o dispositivo supracitado quanto, e sobretudo, por parte dos intérpretes das normas vigentes que lhe atribuem esse entendimento.

No referido país, Andrioli ressalta, com amargura, que no fundo da exegese do artigo 183, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil Italiano encontravam-se aspirações que, assim como muitas outras a que o Código deu vida não se realizaram e resultaram em meras ilusões.²³

Isso porque, ao interpretarem as normas acerca do contraditório os doutrinadores distorceram-na reconhecendo a necessidade de que o juiz submeta às partes questões de fato que ele poderia conhecer de ofício.

Tal crítica é reafirmada por Grasso que traça um quadro visual do processo em que os estudiosos do direito, ao invés de se reportarem ao critério de igualdade formal entre as partes, na qual realmente se inspira a regra do contraditório prevista no artigo 101 do Código de Processo Civil Italiano²⁴, se

²² Dispõe o artigo 183, parágrafo segundo, do referido *Codex*: “ *Il giudice richiedi alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d’ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione*”.

²³ Vide ANDRIOLI, *Commento al codice di proc.civ.*, 2ª edição, Napoli, 1956, p.81.

²⁴ Dispõe o artigo 101 do Código de Processo Civil italiano: “ *Principio del contraddittorio – Il giudice, salvo que la legge dispona altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa*”.

reportam ao princípio da colaboração entre o juiz e as partes como “instrumento direto de edificação original do processo”.²⁵

Podemos afirmar, a partir do exposto, que a diretriz enunciada pelo legislador fracassou, como aliás fracassaram quase todas aquelas que visavam a atuação do princípio da oralidade.

Entretanto, parece-nos errôneo afirmar-se que a falta de debate entre as partes sobre questões que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz provoque a nulidade da decisão por força da regra que prevê o respeito ao contraditório²⁶. A jurisprudência italiana enfrentou a questão em 1953 e posicionou-se no sentido de que o exercício de apontar às partes questões que poderiam ser conhecidas de ofício pelo magistrado diz respeito à uma faculdade discricionária cuja falta de exercício não enseja qualquer tipo de recurso.

Contudo, os problemas postos pelos intérpretes mais atentos e sensíveis às questões processuais de fundo subsistem como demonstram as experiências de diversos ordenamentos. A existência desses problemas deve-se à limitação interpretativa existente acerca do contraditório. Para resolvê-los é imprescindível que se tenha uma visão mais ampla das relações entre os poderes do juiz e os problemas das partes.

4.1- A limitação das “questões” que podem ser conhecidas de ofício:

Para fazermos considerações mais satisfatórias acerca do problema do contraditório, antes de mais nada, é oportuno esclarecermos o significado do termo “questões” quando se discute o dever do juiz de submeter às partes as questões que poderia conhecer de ofício.

Aqui, dois critérios podem ser adotados²⁷:

- 1) O primeiro pautado na distinção entre questões de fato e questões de direito onde se sustenta que o juiz, em nome do princípio da colaboração, só deveria submeter às partes as questões de fato.
- 2) O segundo critério pauta-se na distinção entre questões simples e prejudiciais.

O direito italiano utiliza esses dois critérios conjuntamente para determinar as questões que efetivamente necessitam da ciência das partes para posterior decisão. Segundo a doutrina italiana²⁸ a distinção entre questões de fato e de direito que para outros fins é importante, apresenta interesse quando se trata de determinar o respectivo âmbito dos poderes do juiz e das partes na busca de material fático que servirá de suporte para a decisão e de estabelecer se a questão conhecível de

²⁵ Nesse sentido, veja-se GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in Rivista, 1966, pp.591 e 608.

²⁶ Destacamos aqui, que no sistema italiano as nulidades têm que ser cominadas.

²⁷ No sentido do texto, confira-se DENTI, Vittorio, *Questioni Rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, Rivista di Diritto Processuale, CEDAM, Padova, 1968, págs. 217/231.

²⁸ Neste sentido vide DENTI, Vittorio, *op. cit.*, in Rivista de Diritto Processuale, p.219.

ofício pelo juiz poderá ser decidida validamente sem que a seu respeito tenham as partes debatido previamente.

É exatamente nesse ponto que surge o cerne da questão de que estamos tratando. Há um determinado grupo de matérias, de questões, que podem se tornar objeto de cognição por iniciativa autônoma do juiz. Nesse contexto enquadrariam-se as questões prejudiciais que são tidas por “questões” a serem conhecidas de ofício não porque formam objeto de litígio, de controvérsia, entre as partes segundo ensinamento tradicional, mas porque são postas e tratadas pelo juiz no exercício de seus poderes como objeto de uma exceção²⁹.

A fim de tornar mais clara nossa exposição, é preciso aprofundarmos um pouco mais a segunda distinção entre questões supracitadas. De fato, a iniciativa do juiz se torna relevante para nossos fins não porque ele conhece, mas porque ele julga uma questão. Isso porque, a garantia do contraditório tipicamente considerada diz respeito à atividade decisória dos órgãos jurisdicionais. Daí porque as “questões conhecíveis de ofício” em relação às quais se coloca a questão do respeito ao contraditório são, por definição as “questões prejudiciais”. O Código de Processo Civil Italiano faz expressa referência às questões prejudiciais como questões passíveis de pronúncia autônoma por parte do magistrado (artigos 187, parágrafos segundo e terceiro) bem como aquelas que devem ser deliberadas previamente quando da prolação da decisão (artigo 276, parágrafo segundo).

Entretanto, a doutrina italiana subdivide as questões prejudiciais supracitadas em questões prejudiciais processuais e questões prejudiciais de mérito que possuem idoneidade para definir o juízo. As questões prejudiciais de mérito têm autonomia formal em sede de decisão da causa e podem levar ao esgotamento do conteúdo da sentença; corresponderiam às questões preliminares elencadas no artigo 301 do Código de Processo Civil brasileiro.

Em suma, o problema ora estudado é referente à decisão por parte do juiz acerca de questões prejudiciais que pode conhecer de ofício e se põe pela possibilidade de tais questões virem a se tornar objeto autônomo de pronúncia judicial. Trata-se, uma vez mais, de estabelecer-se se o juiz pode decidir uma questão desse tipo quando a mesma não foi debatida pelas partes.

4.2- A correta interpretação do artigo 101 do Código de Processo Civil italiano:

Para solucionar o problema a doutrina italiana prega a ampliação interpretativa da regra do artigo 101 do C.P.C. italiano. Sustentam os estudiosos que não é possível continuar-se atribuindo a referida norma um significado meramente formal, próprio da tradição da oralidade. O fato de, pela concepção tradicional, a regra supracitada garantir a posição de igualdade entre as partes num processo, não é motivo suficiente para se sustentar que esse deva ser, ainda hoje, seu significado e

²⁹ Costuma-se definir exceções em sentido próprio como “aquelas que entram no âmbito dos poderes do juiz e da sua iniciativa de ofício”. Neste sentido, confira-se PUGLIATTI, *Eccezione (teoria generale)*, in Enc. del dir., XIV, Milano, 1965 e DENTI, *L'eccezione nel processo civile*, in Riv. Trim. Dir. e proc. Civ, 1961, p.33.

que num diferente quadro ideológico seja oportuno substituí-la por princípios diversos como, por exemplo, o princípio da colaboração entre o juiz e as partes.

Conforme observado, a iniciativa do juiz e a regra do contraditório não são necessariamente antagônicos entre si porque mesmo que os fundamentos para a decisão possam ter sido adquiridos no exercício de autônomos poderes judiciais, também chamados de poderes inquisitórios, sua aquisição não se subtrai à regra do contraditório.

Consideramos, de fato, que a mesma regra exprime a exigência de que seja garantida para ambas as partes a possibilidade de desenvolver plenamente a defesa de suas próprias razões e que isso significa a possibilidade constante das partes participarem ativamente no desenvolvimento do processo cooperando tanto na pesquisa dos fatos e na produção das provas, quanto na elaboração e formação do convencimento do juiz.

Em outras palavras, podemos afirmar que a estrutura dos modernos processos civis de diferentes maneiras caracterizadas pelo abandono da neutralidade do juiz, não é incompatível com o contraditório o qual, em nosso ordenamento, deve ser considerado o princípio fundamental no qual se pauta o direito à defesa garantido pela Constituição Federal e que, na realidade, é um aspecto integrante do próprio direito de ação.

É exatamente nesse sentido que a regra supracitada foi interpretada pela Corte Constitucional italiana a qual teve a oportunidade de afirmar que “ o direito à defesa fica comprometido quando o contraditório não é garantido”. Se assim for, o problema verdadeiro reside mesmo, conforme sustentamos, na interpretação a ser dada ao artigo 101 do Codex italiano.

Ainda a esse respeito, vale revelar que mesmo na sua interpretação original, o artigo 101 do C.P.C. italiano nunca foi entendido conforme seu teor literal, isto é, no sentido de que o princípio do contraditório diria respeito apenas à constituição inicial da relação processual. De fato, não apenas nas disposições particulares impõe-se o contraditório, mas também com relação a atos sucessivos o mesmo deve ser observado. A jurisprudência se reporta à violação do contraditório para afirmar, em regra, a ineficácia das provas adquiridas na ausência de uma das partes. Não temos, portanto, dificuldade em admitir que a norma possa ser interpretada e aplicada além de seu teor literal como especificação relativa ao processo civil do direito de defesa garantido pela Constituição Federal e que possa abranger, conseqüentemente, qualquer hipótese de atuação desse direito.

No caso, poderia-se colocar o problema da legitimidade constitucional das normas que derogam o princípio fixado pelo artigo 101 do C.P.C., excluindo, de várias formas, a participação das partes na formação da decisão. De toda maneira, é certo que a violação do princípio do contraditório se traduz na invalidação do exercício por parte do juiz do poder de decisão provocando, por conseguinte, a nulidade do provimento.

Por outro lado, a essa consequência, poder-se-ia chegar, também, prescindindo da aplicação do artigo 101 do C.P.C. italiano e argumentando-se, diretamente, a partir do preceito contido no artigo 24 da Constituição Federal italiana³⁰.

Apesar das dúvidas que forma postas no tocante ao tema não nos parece de fato que deva ser recusada a possibilidade de se construir uma categoria de nulidades processuais oriundas diretamente do contraste com normas constitucionais, apenas considerando-se a existência no ordenamento italiano de vivos não formais dos atos processuais derivantes do exercício inválido dos poderes do juiz e das partes, individualizados, portanto, pelos pressupostos e pelas modalidades de exercício dos mesmos poderes; pressupostos estes que podem ser encontrados também em normas diversas das normas processuais e, portanto, até nas normas constitucionais de caráter meramente preceptivo.

Essa possibilidade é, aliás, uma característica saliente dos ordenamentos de outros países que constitucionalizaram as garantias processuais fundamentais.

Sendo exatas as observações precedentes, e se de fato a violação do contraditório deve ser enxergada num quadro mais amplo daquele que emerge do teor formal do artigo 101 do C.P.C, é necessário perguntarmos em que sentido a decisão de questões prejudiciais conhecidas de ofício sem prévio debate entre as partes pode levar à violação do direito de defesa dessas mesmas partes. A resposta não parece difícil se considerarmos que o ato através do qual é posta na pronúncia uma questão prejudicial é uma exceção e que a regra do contraditório, entendido como direito de defesa, indubitavelmente concerne tanto às demandas quanto às exceções.

Sendo assim, as conclusões as quais chegamos, embora partam de uma premissa diferente e pelo que parece, mais firmemente pras ao direito positivo. Não se afastam daquelas da doutrina mais recente, sensível à salvaguarda dos direitos constitucionais das partes.

De fato, embora partindo de um diferente ponto de vista, manifestado através do princípio da colaboração, afirmou-se no que diz respeito à regra do iuria novit curia o dever do juiz de propor às partes, antes de decidir, a norma ou as normas que ele considere oportunas para a condução do caso concreto suscitando, dessa forma, uma discussão acerca da aplicabilidade das mesmas e respeitando, por conseguinte, o mandamento do contraditório.

No que diz respeito ao conhecimento de ofício dos casos impeditivos, modificativos e extintivos da relação jurídica em tela, impõe-se ao juiz o dever de indicar às partes constituídas os fatos que não foram por elas deduzidos e que o magistrado considerou oportuno utilizar em sua decisão, suscitando, dessa forma, o debate sobre os mesmos.

Numa ordem análoga de idéias, revelando que o direito de defesa requer que as partes possam discutir, ao menos uma vez, todas as questões para as quais se estende o poder do juiz ao julgar,

³⁰ Reza o artigo 24 da Constituição Federal italiana: *“Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi.*

La difesa è diritto inviolabili in ogni stato e grado Del procedimento.

Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti giurisdizione.

La legge determina le condizioni e modi per la riparazione degli errori giudiziari”.

foram consideradas as impugnações como expressão do direito de defesa para as questões sobre as quais as partes não podem discutir a não ser depois da pronúncia do provimento, isto é, aquelas que dizem respeito aos vícios formais do mesmo provimento.

É importante lembrarmos que o problema do contraditório se põe apenas nas hipóteses em que o juiz decide e não naquelas em que ele simplesmente conhece uma questão. Assim, por exemplo, a individualização de uma norma a ser aplicada diferente daquela que foi indicada pelas partes, pode provocar a necessidade do contraditório nas hipóteses em que da sua aplicação emerge uma questão potencialmente apta a definir a controvérsia.

Em conclusão, podemos afirmar que uma interpretação do artigo 101 do C.P.C. italiano aderente aos princípios constitucionais nos conduz a sustentar o dever do juiz de provocar o contraditório entre as partes acerca de questões prejudiciais conhecíveis de ofício, havendo indubitável invalidade da decisão pronunciada com a violação desse dever.

Uma interpretação nesse sentido, entra na função dita concretizadora dos preceitos constitucionais que, embora pertença institucionalmente à Corte Constitucional num juízo sobre a legitimidade constitucional das leis, não deixa de ser uma das tarefas dos juízes ordinários aos quais cabe o dever de fazer viver o processo segundo o espírito da Constituição.

5- Uma breve análise do tratamento conferido ao contraditório por outros sistemas alienígenas:

Todas as colocações até o momento feitas acerca do princípio do contraditório são confirmadas pela experiência de outros ordenamentos e não apenas por aqueles que há tempos elaboraram um amplo sistema de garantias aos direitos processuais das partes.

Inicialmente, podemos nos referir à longínqua origem do atual artigo 183 do Código de Processo Civil italiano instituído a partir do projeto de reforma de Chiovenda. O referido dispositivo tem sua origem no artigo 139 da Z.P.O. alemã e no artigo 182 da Z.P.O. da Áustria. Essas disposições prevêm um dever, e não apenas uma faculdade discricionária do juiz, de submeter à discussão das partes as questões conhecíveis de ofício. Conforme observa Lent, ao analisar o sistema alemão, nem mesmo com base no princípio inquisitório o juiz pode servir-se de elementos dos quais toma conhecimento sem antes submetê-los à discussão com as partes, não lhe sendo permitido examiná-los pela primeira vez na motivação da sentença.

Analogicamente exprime-se tratando do processo austríaco Pollak, ao afirmar que o Tribunal não deve surpreender as partes na sentença com pontos de vista jurídicos que não foram discutidos. Se o Tribunal violar esse dever, sustenta o jurista suprareferido que o processo seria viciado.

Recentemente, houve manifestações de orientação análoga no direito francês por força das reformas ocorridas no Código de Processo Civil desse país, reformas estas que se inspiraram no princípio do aumento dos poderes do juiz. Uma atuação parcial do princípio em exame verificou-se a partir da modificação do artigo 171 do Código de Processo Civil francês por meio do decreto nº 60-802 em 2

de agosto de 1960, passando a estabelecer o dispositivo que “a incompetência não pode ser pronunciada de ofício sem que as partes tenham sido chamadas a apresentar suas observações sobre o assunto e sem que tenha havido a reabertura dos debates”.³¹

Em semelhante sentido dispõe o texto modificado do artigo 172 do Codex francês no que diz respeito às pronúncias de litispêndências e conexões. De forma complementar ao que dissemos, vale acrescentar o que dispõe o artigo 82 do C.P.C. francês ao tratar da fase colegiada de exame das causas. Reza o dispositivo que: “nenhuma matéria, mesmo que de ordem pública, que não tenha sido discutida pelas partes poderá ser examinada de ofício sem que estas tenham sido chamadas a apresentar suas observações sobre o assunto”.³²

Enfim, nos ordenamentos como os de common law, fundamentalmente inspirados no chamado adversary system, o poder excepcional atribuído ao juiz para conhecer de ofício determinadas questões é acompanhado pelo dever de provocar o debate entre as partes acerca das iniciativas do magistrado.

Nos Estados Unidos, por exemplo, a ampliação progressiva dos poderes judiciais manifestada na extensão do princípio do judicial notice foi acompanhada pela indicação das razões de fairness que impunham ao juiz consentir às partes o debate tanto sobre a admissibilidade desse meio de aquisição processual quanto acerca do material de prova assim conseguido. O fundamento substancial desse princípio traduziu-se na formulação das regras do model code of evidence bem como do uniform rule of evidence.

O ordenamento suprarreferido teve a oportunidade de manifestar-se em particular, acerca do conhecimento por parte do juiz aplicador do direito estrangeiro de matéria não submetida ao debate entre as partes. A hipótese foi considerada pelo direito americano como caso de reversible error e, portanto, motivo de impugnação por desrespeito ao contraditório referente à norma estrangeira que foi objeto de judicial notice.

As recentes e profundas reformas do direito processual federal na matéria, levaram ao abandono da chamada fact characterization do direito estrangeiro, e conduziram à reafirmação da existência da obrigação do juiz de informar às partes quando estiver o mesmo se valendo de matérias consideravelmente diferentes daquelas que foram objeto de debate. Esse dever do juiz foi previsto à luz do que dispõe o due process of law, isto é, do princípio constitucional que exprime o núcleo central da regra do contraditório e que, como é cediço, é também a direta medida de validade de cada ato processual.

Não é difícil concluirmos, ante o exposto, que o respeito ao contraditório constitui orientação amplamente difundida nos ordenamentos processuais modernos, mesmos nos mais longínquos, por meio de traduções e pressupostos ideológicos. Mesmo quando os ordenamentos demonstram

³¹ Fizemos uma livre tradução do artigo 171 do C.P.C. francês, cuja redação original dispõe: “l’incompétence ne peut être prononcée d’Office sans que les parties aient été appelées à présenter leurs observations à cet égard, au besoin après réouverture des débats”.

³² Mais uma vez, fizemos uma livre tradução da regra do artigo 82 do C.P.C. francês, que originalmente dispõe: “Aucun moyen, même d’ordre public, non soulevé par les parties, ne pourra être examiné d’office sans que celles-ci aient été appelées à présenter leurs observations à cet égard”.

evoluir no sentido de atribuir poderes crescentes ao juiz, estabelece-se a necessidade de serem todas as matérias submetidas ao debate das partes, sob pena de nulidade das decisões. O juiz tem o dever, em qualquer estágio da causa, de chamar a atenção das partes acerca dos pontos que examinou de ofício.

Quanto ao direito italiano já analisado, é certo que as regras do projeto de Chiovenda, a que anteriormente fizemos referência, sofreram atenuações progressivas nos projetos de reforma que o sucederam até aparecerem bastante desfiguradas no atual artigo 183, parágrafo segundo do C.P.C italiano, configurando apenas uma pálida sombra do dispositivo inicialmente previsto. Assim, a obrigação inicialmente imposta ao juiz que tivesse o poder de decisão de submeter às partes qualquer matéria conhecível de ofício, foi transformada em mera faculdade na redação definitiva do Código de Processo Civil. Em outras palavras, a “necessidade” de submeter ao contraditório das partes qualquer questão que o magistrado viesse a conhecer de ofício virou mera “oportunidade” .

Entretanto, conforme já foi exaustivamente afirmado, em que pese a redação defeituosa do dispositivo processual, a doutrina e até mesmo a jurisprudência em nível mundial vêm sustentando que a correta interpretação a ser dada à questão implica na necessidade de se submeter ao contraditório das partes qualquer questão prejudicial que venha a ser conhecida de ofício pelo juiz. A violação deve de fato provocar a nulidade da decisão que será reconduzida à categoria de nulidades decorrentes da violação do artigo 101 do C.P.C. italiano.

6- Conclusão:

Qualquer que seja o sistema processual analisado não parece haver qualquer dúvida acerca da importância dos princípios do contraditório e da oralidade para o regular desenvolvimento processual. O contraditório, intrinsecamente ligado à ampla defesa, mostra-se na maior parte dos sistemas como garantia constitucional das partes posto que é imaginável um processo em que uma ou ambas as partes possam vir a serem surpreendidas por argumentos ou provas que não tiveram a oportunidade de contraditar.

A sistemática atual faz com que o direito ao contraditório surja não apenas nas hipóteses em que uma das partes traz novo argumento ou prova aos autos, mas até mesmo nas hipóteses em que o juiz, por expressa permissão legal, conhece de ofício acerca de questão relevante para fins de decisão do caso. A participação ampla das partes na colheita e produção de provas é desejável e inerente à própria concepção de Estado Democrático de Direito.

Quanto à oralidade, o que ainda hoje se percebe em nível mundial é sua subutilização, sobretudo em procedimentos executórios e em grau recursal. Esse princípio possui fundamental importância não apenas por tornar mais célere procedimentos que se arrastam por anos mas também, por permitir um contato bastante desejável entre as partes e o juiz. Muitas vezes, provas documentais não são capazes de expressar tão fielmente quanto esse contato a realidade sobre os fatos apurados. A emoção de uma das partes, sua tranquilidade ou seu nervosismo são provas tão relevantes e

convincentes quanto àquelas extraídas de documentos, os quais, muitas das vezes são frutos de falsificação.

Ademais, também por meio da oralidade exerce-se a concentração dos feitos, a publicidade que deve ser inerente a qualquer processo, implementa-se a desejada celeridade processual e, sobretudo, a mais ampla defesa dos envolvidos.

Muito já avançamos quanto à interpretação desses dois fundamentais princípios desde que foram concebidos. Entretanto, a aplicação dos mesmos nos moldes reclamados por um Estado Democrático de Direito requer enorme avanço.

No progresso reclamado para que se dê ampla e correta aplicação a esse institutos terá fundamental relevância o desenvolvimento da jurisprudência e da doutrina. Cabe, fundamentalmente aos operadores e estudiosos do direito empregarem constantes esforços na construção e evolução diária desses institutos. O ideal ainda está bastante distante e, talvez, jamais venha a ser alcançado, mas prosseguir é preciso, pois é a observação prática do cotidiano forense que nos aponta as imperfeições processuais ainda existentes e nos indica o caminho a ser percorrido em busca do aperfeiçoamento dos institutos processuais.

7- Bibliografia:

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de Teoria Geral do Processo*, 6ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1997.

ANDRIOLI, *Commento al código di proc.civ*, 2ª edição, Napoli, 1956.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade, Para uma teoria geral da política*, 7ª edição, São Paulo: Ed. Paz e Terra, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. O Valor Atual do Princípio da Oralidade, in *Revista Jurídica*, nº 297, 2002.

_____ *Procedure Orale et Procedure Ecrite*, Giuffrè, Milano, 1971.

CARNELUTTI, Francesco. *Estudios de Derecho Procesal*, vol. II, trad. esp. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: EJEJA, 1952.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 5ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, trad. Bras. de J. Guimarães Menegale, 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 1969.

DALLARI, Dalmo de Abreu, *Elementos de Teoria Geral do Estado, 18ª edição, São Paulo: Saraiva, 1994.*

DELGADO, Jaime Guasp. *La Pretensión Procesal, 2ª edição, Madri: Civitas, 1985.*

DENTI, Vittorio, *Questioni Rilevabili d'ufficio e contradditorio*, Rivista diDiritto Processuale, CEDAM, Padova, 1968.

_____ *L'eccezione nel processo civile*, in Riv. Trim. Dir. e proc. Civ, 1961.

GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in Rivista, 1966.

GRECO, Leonardo. *O Processo de Execução*, vol.I, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, vol. I, 11ª edição, São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 14ª edição, São Paulo: Malheiros, 1998.

JARDIM, Afranio Silva. *Direito Processual Penal*, 4ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1992.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*, Saraiva, São Paulo, 1980, 4ª edição.

PICARDI, Nicola, *Il Principio del Contradditorio* in Rivista di Diritto Processuale, ano LIII, CEDAM, Padova.

PUGLIATTI, *Eccezione (teoria generale)*, in Enc. del dir., XIV, Milano, 1965.

ROCCO. Ugo. *Derecho Procesal Civil*, trad. esp. de Felipe de J. Tena, versão apresentada por Alexandre Freitas Câmara, México: Porrúa, 1939.

TROCKER, Nicòlo, *Processo Civile e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1974.