

UMA ANÁLISE DAS QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA À LUZ DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

AN ANALYSIS OF ISSUES OF PUBLIC INTEREST IN THE LIGHT OF THE PRINCIPLE OF DUE PROCESS

Karime Silva Siviero¹

Resumo: Com o advento do Projeto do novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei nº 8.046/10), propalou-se no cenário jurídico brasileiro o debate sobre questões até então pouco exploradas, mas imprescindíveis para o progresso da ciência do Direito, como aquelas relacionadas aos mecanismos de controle da regularidade do processo. Nesse contexto, o presente estudo objetiva investigar a natureza jurídica e as modalidades da ordem pública processual, bem como o modo como este instituto se relaciona com o princípio do contraditório. Finalmente, pretende-se analisar se as alterações legislativas propostas refletem o atual estágio de desenvolvimento do processo civil contemporâneo e se, portanto, estão aptas a conferir maior efetividade às demandas submetidas ao Judiciário.

Palavras-chave: Questões de ordem pública. Pressupostos processuais. Condições da ação. Princípio do contraditório. Projeto do novo CPC.

Abstract: Since the advent of Design Code of Civil Procedure (bill n. 8.046/10), issues hitherto little discussed assumed a prominent role on Brazilian legal context, such as those associated to the mechanisms of control of the proceedings. The present article aims to analyse legal and procedural modalities of issues of public interest, as well as how it relates to the principle of due process. Finally, it also intends to examine whether the proposed legislative changes reflects the current stage of development of contemporary procedural science and, therefore, if they are able to provide greater effectiveness to demands submitted to the Judiciary.

Keywords: Issues of public interest. Assumptions of procedure. Conditions of action. Principle of due process. Brazilian design Code of Civil Procedure.

Sumário: Introdução, 1. Ordem Pública; 1.1. Condições da Ação; 1.2. Pressupostos processuais; 1.2. Nulidades Processuais; 2. O princípio do contraditório e as questões cognoscíveis de ofício; 3. O princípio do contraditório e às questões de ordem pública no projeto do novo código de processo civil brasileiro; Conclusão.

INTRODUÇÃO

A comunidade jurídica brasileira vive um momento privilegiado: tramita no Congresso Nacional desde 2009 o Projeto de Lei nº. 8.046/2010, que materializa a proposta de um novo Código de Processo Civil.

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Advogada do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Vila Velha (UVV-ES). Vila Velha/ES – Brasil. Email: karimesiviero@hotmail.com.

Dentre os motivos que ensejaram esta onda de renovação está a necessidade premente de simplificação do procedimento, mediante a adoção de mecanismos capazes de proporcionar um processo mais célere, justo e condizente com as necessidades sociais. Quem se aventura na Exposição de Motivos percebe um importante compromisso assumido pelo legislador brasileiro, de imprimir efetividade ao trâmite das demandas processuais, permitindo ao juiz centrar sua atenção no mérito da causa.

Imersos na atmosfera de transformação, estudiosos e operadores do direito são provocados a repensar, substancialmente, antigos conceitos ligados à dogmática do direito e à teoria geral do processo civil, como também a finalidade de institutos e categorias que há muito tempo permanecem inquestionadas.

A ordem pública traduz-se num destes princípios fundamentais explorados em profundidade em outros campos do direito, mas que, a despeito de sua enorme importância, não recebeu a atenção devida na seara processual.

E não bastasse a timidez na abordagem do tema, convém sublinhar que a ordem pública costuma ser equivocadamente identificada como o conjunto de questões cognoscíveis de ofício, que por sua vez são conceituadas como questões de ordem pública, numa remissão tautológica que nada explica e nada define.

Mas afinal, em que consiste a ordem pública processual e quais as suas modalidades? Que motivos determinaram a sua inserção no sistema? Existem, na prática, situações em que a ordem pública deve ceder lugar a outros valores constitucionalmente assegurados?

Veja-se, ainda, que o novel Código de Processo, caso seja aprovado, consignará expressamente que a análise de matéria de ordem pública não dispensa a obediência ao princípio do contraditório. Portanto, fica também a dúvida: qual a relação havida entre as questões de ordem pública processual e o princípio do contraditório?

Estas são precisamente as indagações que se pretende responder.

O estudo terá início com a investigação das características assumidas pela ordem pública processual e de suas três modalidades: os pressupostos processuais, as condições da ação e as nulidades processuais. Em seguida, investigaremos como o princípio do contraditório se comporta em tempos de processo colaborativo, e a forma como ele se

relaciona com as questões de ordem pública. Finalmente, o último tópico do artigo será destinado à análise do tratamento dispensado pelo Projeto do novo Código de Ritos à matéria.

1 ORDEM PÚBLICA

Dentre tantas categorias e institutos do Direito, é possível afirmar, sem espaço para dúvidas, que a ordem pública pode ser encartada entre aqueles de mais difícil conceituação. Isso acontece porque embora seja utilizada em larga escala por todos os ordenamentos jurídicos, referido instituto assume em cada ramo do direito características e propriedades diferentes, que não podem ser transportadas acriticamente para os demais.

No campo do Direito Civil, por exemplo, a ordem pública possui como finalidade precípua impor limites à autonomia privada e condicionamentos a algumas relações jurídicas. Importa em restrições à liberdade de celebrar contratos, impõe a observância obrigatória de determinadas cláusulas e a preservação de situações jurídicas.

29

Todavia, apesar das diferentes peculiaridades que a ordem pública apresenta nos variados quadrantes do Direito, pode-se identificar algumas características que lhe são precípua e que, por isto mesmo, permitem distingui-las das demais questões, sem importar o contexto em que estejam inseridas.

Dessa forma, a doutrina costuma qualificar a ordem pública como um conjunto de valores, geralmente associados com aspectos sociais, econômicos, morais e religiosos que, em razão de sua importância para dada sociedade, individualizada no espaço e no tempo, são alçados à categoria de verdadeiro princípio norteador do ordenamento jurídico.

Esse princípio adquire concretude através de um conjunto de regras marcadas pela presença de expressivo interesse público, imperatividade e cogência absoluta de seu comando, infensas a qualquer tipo de transação, ressalvados os seus aspectos puramente econômicos (APRIGLIANO, 2011, p. 18).

No plano do direito processual – cuja investigação nos interessa mais de perto para os fins deste artigo –, a ordem pública assume duas particularidades: em primeiro lugar, os valores que formam o interesse público processual estão inseridos em regras taxativas

vocacionadas para o controle de admissibilidade e regularidade do processo; em segundo lugar, a ordem pública processual vincula-se aos objetivos da atividade jurisdicional, sintetizados na outorga de tutela justa e efetiva, atribuição do bem da vida e pacificação social.

A ordem pública neste domínio distancia-se das demais concepções do instituto e somente poderá ser utilizada quando for capaz de dar cumprimento aos objetivos da jurisdição. Como no processo civil ganham relevo os princípios da economia, da instrumentalidade das formas e da finalidade, decorrem do sistema uma restrição lógica à aplicação da ordem pública processual, que deverá ceder sempre que os valores jurisdicionais que ela pretende tutelar puderem ser atingidos, ainda em prejuízo ao cumprimento de regras formais.

Assim, as questões de ordem pública desempenham uma função relevante no sistema, traduzível no controle da regularidade do processo civil. O seu manejo constitui-se na ferramenta adequada e eficaz para a superação dos obstáculos à entrega da prestação jurisdicional pretendida pelas partes, com rapidez e economia.

O mesmo raciocínio é empregado pelo eminente professor JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA. Para o autor, o processo só é efetivo quando dispõe de meios adequados para atingir as finalidades da jurisdição, de modo que deve ser capaz de assegurar a quem tem uma posição jurídica de vantagem, na medida do possível, tudo aquilo, e precisamente aquilo, a que fez jus, assegurando-se-lhe o pleno gozo da específica utilidade a quem tem direito; cumpre assegurar que tal resultado seja alcançado com o mínimo dispêndio de tempo e energia (1984, p. 27-28).

Os mecanismos que o sistema processual brasileiro instituiu para garantir que o processo se desenvolva normalmente e culmine na prolação de uma sentença de mérito, capaz de solucionar a lide posta à apreciação do Judiciário, são conhecidos como pressupostos de admissibilidade do julgamento de mérito, subdivididos em duas categorias principais: condições da ação e pressupostos processuais.

Além destes, a doutrina costuma reconhecer outras categorias enquadráveis nesta mesma rubrica, seja porque constituam uma projeção, em nova etapa procedimental, daquelas

categorias primárias (de que são exemplo os requisitos de admissibilidade dos recursos), seja porque também foram concebidas para permitir que o processo alcance o seu desiderato de conduzir a uma sentença definitiva. Nesta última categoria, o renomado professor RICARDO DE CARVALHO APRIGLIANO (2011, p. 84) insere as nulidades processuais.

O próximo tópico será destinado a um breve estudo das três modalidades de ordem pública processual consagradas no ordenamento brasileiro, de modo a identificar as suas principais características.

1.1 Condições da ação

O tema das condições da ação é dotado de grande importância, principalmente porque foi a partir da identificação dos chamados pressupostos de admissibilidade do julgamento de mérito e de sua separação conceitual do mérito da lide que foi possível o desenvolvimento do Direito Processual Civil como disciplina autônoma, dissociada do estudo do direito material.

31

A par de sua inegável relevância teórica e prática, impende destacar que o tema é bastante polêmico, provocando dissensos doutrinários quanto à sua exata definição.

Dentre as inúmeras concepções de ação existentes, merece relevo a chamada teoria civilista ou imanentista da ação, amplamente aceita pelos estudiosos até a metade do século XIX. Segundo esta teoria – concebida na época em que o direito processual era tido como um mero prolongamento do Direito Civil –, a ação era vista como a defesa em juízo do próprio direito material, quando infringido.

A superação da referida teoria somente foi possível após a famosa polêmica envolvendo os juristas alemães BERNARD WINSCHIED e THEODOR MÜTHER. Para o primeiro autor, ao contrário do que pensava MÜTHER, o instituto da *actio*, cujas origens remontam ao direito romano, não equivalia ao conceito de ação, porém ao conceito de pretensão (*Anspruch*).

Dos embates acadêmicos entre os dois autores surgiu para a comunidade jurídica a percepção de que o direito material não se confundia com o direito de ação, este último entendido como o direito à prestação jurisdicional. Fincada a premissa fundamental sobre a

autonomia do direito de ação, muitas outras teorias foram desenvolvidas, todas elas apresentando o caráter dualista a que se referia WINSCHIED.

Em terras brasileiras, a construção doutrinária predominante recebeu influência direta do Professor ENRICO TULLIO LIEBMAN e de sua teoria eclética da ação, segundo a qual o direito à ação existe ainda que o demandante não ostente o direito material alegado. Contudo, o exercício do direito de ação dependeria das chamadas condições da ação, verdadeiros requisitos para a existência do direito de postular em juízo.

Ainda que não se possam negar os méritos das ideias Liebmanianas e dos avanços que elas proporcionaram para a ciência processual pátria, certo é que críticas contundentes podem ser tecidas quanto a elas. Antes de tudo, porque é inegável que a função jurisdicional é exercida mesmo quando o magistrado profere uma sentença terminativa; neste caso, ou bem se reconhece o direito de ação ou o sistema terá de conviver com uma contradição insuperável, onde haverá a prestação jurisdicional sem o correspondente exercício do direito de demandar.

Em que pesem as críticas à teoria, é importante observar, na esteira dos ensinamentos do Professor RICARDO DE CARVALHO APRIGLIANO que "a premissa fundamental da construção teórica das condições da ação está associada à economia processual" (2011, p. 78).

Trata-se, na verdade, de uma técnica processual concebida para que o processo, sempre que possível, caminhe em direção ao desfecho esperado, de solucionar o mérito dos litígios. Ou então, caso a ação não possua condições mínimas de procedibilidade, que o processo seja extinto desde logo, evitando-se o dispêndio de energia e a custosa movimentação do aparato estatal.

As ideias aqui defendidas são plenamente compatíveis com a teoria da asserção, que se consubstancia em verdadeira chave de leitura para a compreensão das condições da ação.

De acordo com a teoria da asserção, a distinção entre as condições e o mérito da causa é determinada pela profundidade da cognição exercida pelo magistrado. Se da simples análise dos fatos alegados pelas partes for possível aferir a inviabilidade da ação, será possível o seu julgamento terminativo. Contrariamente, se for preciso investigar outras questões (produção

de provas, oitiva de testemunhas etc.), estaremos diante de um julgamento definitivo, de procedência ou improcedência.

Sob esta ótica, a teoria da asserção assume o importante papel de viabilizar o julgamento antecipado da lide, com plena aplicação do princípio da economia processual, evitando que o processo se desenvolva inutilmente, sem reunir condições de resolver a *quaestio meritis* que *lhe deu causa*.

Portanto, fazendo coro a importantes autores nacionais, impõe-se uma releitura do instituto das condições da ação, para que o seu reconhecimento ocorra até a fase de saneamento do processo.

Fora desta hipótese, tendo sido percorridas todas as etapas de instrução probatória e estando o processo pronto para julgamento, impõe-se a solução definitiva da lide.

1.2 Pressupostos processuais

33

Os pressupostos processuais costumam ser definidos como os requisitos necessários para que a relação processual exista e se desenvolva validamente. Na realidade, os elementos reunidos sob a rubrica de pressupostos processuais são bastante heterogêneos: alguns deles são capazes de conduzir o processo à extinção anômala; outros determinam a modificação da competência; finalmente, um terceiro grupo de pressupostos processuais destina-se a corrigir irregularidades apuradas ao longo do procedimento.

O ordenamento jurídico brasileiro contempla expressamente duas categorias de pressupostos processuais no artigo 267, IV, do Código de Ritos, quais sejam os pressupostos de constituição e os pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo.

Ainda que a doutrina não seja uníssona quanto à enumeração dos pressupostos processuais, é amplamente aceito entre os estudiosos que este instituto tem como finalidade a preservação de certos interesses, sejam eles inerentes à jurisdição ou voltados à proteção da posição processual ostentada por uma das partes.

Sem descurar, portanto, da finalidade do instituto, é possível que o magistrado se depare com circunstâncias em que a proteção da situação de vantagem de uma parte – a quem

o julgamento de mérito aproveitaria, por exemplo –, beneficiada igualmente por certo pressuposto processual, exija a inversão da ordem de análise das questões, com a prolação de uma sentença definitiva.

Quer-se com isso dizer que os pressupostos processuais devem ser analisados à luz do artigo 249, § 2º, do Código de Processo Civil, onde se lê que as nulidades do ato não serão pronunciadas quando inexistir prejuízo àquele a quem o ato aproveita.

Como conclusão do tópico, repise-se que a categoria dos pressupostos processuais, como espécie de requisitos para obtenção da tutela jurisdicional do direito (MARINONI, 2006, p. 475) também deve prestar reverências aos objetivos pretendidos pela jurisdição, bem como dos princípios que permitem ao processo caminhar no sentido de uma decisão definitiva.

1.3 Nulidades Processuais

No que concerne às nulidades, importa sublinhar que prevalece no direito brasileiro a noção de que, em linha de princípio, todos os vícios podem ser sanados, desde que isto seja materialmente possível. É muito comum, aliás, o emprego da expressão francesa *pas de nullité sans grief*, que condensa e materializa o princípio da conservação dos atos processuais.

Contudo, ainda que o regramento das nulidades processuais seja marcado pela possibilidade de convalidação dos vícios, devem-se apresentar as distinções havidas na matéria, mormente porque nem todas as nulidades podem ser classificadas como questões de ordem pública.

Costuma-se identificar como nulidades absolutas aquelas que podem ser argüidas em qualquer tempo e que podem ser conhecidas de ofício pelo magistrado. Diferentemente, as nulidades relativas, previstas no artigo 245 do Código de Processo Civil, são as que precisam ser apontadas na primeira oportunidade de manifestação da parte interessada, sob pena de preclusão.

Alguns autores, como EGAZ MONIZ DE ARAGÃO, entendem que as nulidades absolutas não podem ser sanadas em tempo algum. Outros autores, no entanto, sustentam que os atos processuais maculados podem ser desconsiderados, independentemente da gravidade do vício, mesmo que a nulidade esteja expressamente prevista em lei. Dentre os adeptos da

última corrente insere-se a ilustre professora TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, para quem, em matéria de nulidades, convém extrair o máximo de rendimento dos atos com a menor movimentação possível do da máquina judiciária (2000, p. 240).

A distinção entre nulidades importa porque são justamente as nulidades absolutas, decorrentes de violações mais gravosas à forma estabelecida, que compõem o universo de questões de ordem pública processual.

Ressalve-se, no entanto, que não há uma necessária relação de causa e efeito entre a infração às questões de ordem pública e o reconhecimento da nulidade do ato. Bem diferente disso, os princípios que informam o regime jurídico das nulidades terão plena incidência também nestas situações.

Assim, conforme determina o princípio da finalidade (artigo 244 do Código de Processo Civil), a nulidade não poderá ser decretada se o ato alcançou o seu objetivo, ainda que tenha sido praticado sem observar as formalidades legais impostas à sua realização. Segue na mesma linha o princípio do prejuízo (artigo 249, §§ 1º e 2º do CPC), que determina a preservação do ato viciado quando não houver prejuízo às posições processuais assumidas pelas partes.

A despeito da clara opção política adotada pelo legislador de 1973, no sentido de empreender esforços para salvar o processo em todas as situações possíveis, cabe advertir que nem sempre o vício formal poderá ser suplantado.

Alguns vícios apresentam tamanha gravidade que não há possibilidade de saná-los. Neste rol inclui-se, por exemplo, a falta de citação do litisconsorte necessário, que não comporta sequer retificação, posto que os litisconsortes devem participar do processo desde o primeiro grau de jurisdição para que lhes seja resguardado o direito à ampla defesa e ao exercício pleno do contraditório.

Não se pode deixar de mencionar, ainda, o vício decorrente da irregularidade de citação, hipótese que enseja não somente a nulidade da citação, mas também a impossibilidade de convalidação do vício, que subsiste mesmo com o trânsito em julgado da decisão.

Seja como for, estas são exceções à regra da possibilidade de convalidação dos atos praticados em desconformidade à forma prescrita e que apenas reforçam a importância da aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, pelo qual o formalismo das normas processuais – inclusive as de ordem pública –, deve ceder lugar ao julgamento de mérito das demandas.

O estudo das modalidades de ordem pública processual à luz dos escopos da jurisdição demonstra a dimensão exata que estas ferramentas técnicas devem assumir no ordenamento jurídico.

Debruçando-se sobre a mesma temática, RICARDO DE CARVALHO APRIGLIANO (2011, pp. 94-104) defendeu a existência de um verdadeiro “princípio da prevalência da decisão de mérito”, na esteira de superação da ordem obrigatória de enfrentamento do trinômio “pressupostos processuais-condições da ação-mérito” pretendida por JOSÉ ROBERTO BEDAQUE (1990, p. 55), dentre outros.

Estabelecidas estas premissas, dedicaremos o próximo tópico ao estudo da importância assumida pelo princípio do contraditório no reconhecimento das questões de ordem pública processuais.

2 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AS QUESTÕES COGNOSCÍVEIS DE OFÍCIO

A leitura sistemática do ordenamento jurídico brasileiro evidencia o dever do magistrado de assegurar às partes o direito de se manifestarem previamente sobre todas as questões de ordem pública; não só aquelas identificadas e discutidas pelas partes ao longo do procedimento, mas principalmente aquelas inferidas pelo julgador.

Apesar disso, é absolutamente comum na prática forense que as questões de ordem pública sejam decididas sem a oitiva das partes, à justificativa de serem conhecíveis de ofício e, portanto, prescindirem da manifestação dos envolvidos no litígio.

É como se os poderes oficiosos do juiz pudessem restaurar as noções já superadas de contraditório como mera ciência obrigatória e bilateral dos atos praticados e a possibilidade de

irresignação das partes diante daqueles que lhes sejam desfavoráveis (LIEBMAN, 1935, p. 10-11).

Quanto à exata dimensão que o princípio do contraditório deve assumir diante das questões de ordem pública, sobretudo em tempos de processo colaborativo, vale transcrever as irretorquíveis palavras de CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA (1993, p. 35), proferidas há mais de vinte anos, mas ainda extremamente atuais:

Mesmo a matéria que o Juiz deva conhecer de ofício impõe-se pronunciada apenas com a prévia manifestação das partes, pena de infringência da garantia. Por sinal, é bem possível recolha o órgão judicial, dessa audiência, elementos que o convençam da desnecessidade, inadequação ou improcedência da decisão que iria tomar. Ainda aqui o diálogo pode ser proveitoso, porque o Juiz ou o Tribunal, mesmo por hipótese imparcial, muita vez não se apercebe ou não dispõe de informações ou elementos capazes de serem fornecidos apenas pelos participantes do contraditório.

Os ensinamentos do professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul ganharam novo fôlego através de DANIEL MITIDIERO (2011, p. 137), cuja tese de doutoramento é referência no âmbito jurídico. Senão vejamos:

(...) em um ambiente processual pautado pela cooperação, tem o órgão jurisdicional de possibilitar às partes oportunidade para que argumentem a propósito de eventual deslinde da causa sem resolução de mérito por esse ou aquele motivo, inclusive indicando o Estado-juiz a sua possível visão jurídica do material do processo. Caso não tenham ainda se pronunciado em suas manifestações escritas sobre o tema, têm as partes de ser instadas a fazê-lo de maneira prévia à decisão a fim de que se mantenha paritário desenvolvimento do diálogo no processo. Trata-se, novamente, de o órgão jurisdicional obedecer ao dever de consulta que o grava inexoravelmente em um processo organizado a partir da ideia de colaboração.

Diante de lições tão contundentes, é difícil acreditar que ainda hoje poucos doutrinadores defendam a obrigatoriedade de o juiz assegurar às partes o contraditório pleno diante das questões de ordem pública. Permanece enraizado na mentalidade dos autores e operadores do direito o senso comum de que as questões de ordem pública são de tal modo importantes que justificam, por si sós, a extinção imediata do processo, mesmo sem prévia consulta aos diretamente interessados no deslinde das questões ali versadas.

Trata-se de um equívoco que merece reparação. Sobre o assunto, bem se posicionou CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (2000, p. 135):

(...) Nem decai o juiz de sua dignidade quando, sentindo a existência de motivos para emitir de ofício uma decisão particularmente gravosa, antes chama as partes à manifestação sobre esse ponto. O juiz mudo tem também algo de Pilatos e, por temor ou vaidade, afasta-se do compromisso de fazer justiça.

Esta última alternativa é também oriunda do art. 16 do nouveau còde de procédure civile francês, segundo o qual o juiz 'não pode fundamentar sua decisão sobre pontos de direito que ele próprio haja suscitado de ofício, sem ter previamente chamado as partes a apresentar suas alegações'. A riqueza dessa sábia disposição tem levado a doutrina a erigi-la também em mandamento universal, inerente à garantia constitucional do contraditório e ao correto exercício da jurisdição.

Opinião semelhante é defendida por JUNIOR ALEXANDRE MOREIRA PINTO, em obra destinada ao estudo da relação entre a causa petendi e o contraditório. Para o autor, não há como transpor para o campo processual o regime jurídico das questões de ordem pública de direito material e decidir pela procedência ou improcedência da demanda a partir de motivos não ventilados na inicial ou arguidos pelo réu como causa excipienda. E prossegue, sustentando que "esta atitude preconizada pela lei material somente se legitima com o prévio debate entre as partes destas causas, mesmo que a iniciativa desta introdução tenha se dado por intermédio do juiz" (2007, p. 90).

Logo, não é exagero afirmar que a inobservância ao princípio do contraditório mostra-se ainda mais gravosa quando lidamos com as questões de ordem pública processual, cuja função principal de garantir o controle efetivo da regularidade do processo acaba sendo desvirtuada através do emprego distorcido do método.

‘Tratando especificamente da importância do princípio do contraditório, ROBERT WYNESS MILLAR (s.d., p. 47) manifestou-se da seguinte forma:

el más destacado de los principios cuestionados acaso sea el concepto de que han de ser oídas ambas partes: el principio de la audiencia bilateral (Grundsatz des beiderseitigen Geboers) Inseparable en absoluto de la administración de justicia organizada, encuentra igualmente expresión en el precepto romano: audiatur et altera pars y en el proverbio en rima de Alemania medieval: 'Eines mannes res ist keine red, der richter soo die deel verboeren beed' ('la alegación de un solo hombre no es alegación; el juez debe oír a ambas partes.

Em lugar de o mecanismo processual ser usado em hipóteses excepcionais e nos momentos adequados para o saneamento dos vícios, as questões de ordem pública acabam desaguando na extinção anômala dos feitos, sem que as partes tenham a chance de falar a respeito e influir na formação do convencimento do magistrado. Ou seja, funcionam como

uma verdadeira válvula de escape para os juízes, que, sobrecarregados, invocam as questões de ordem pública para abreviar o tempo de vida dos processos e atender às metas do Conselho Nacional de Justiça, em detrimento dos litigantes, pois a ninguém aproveita uma decisão terminativa, inservível aos fins da jurisdição.

Os defensores desta prática argumentam que a intimação prévia das partes para falar sobre as questões de ordem pública poderia representar um forte indicativo de prejulgamento da causa, pois o magistrado já se mostraria propenso a decidir em tal ou qual sentido.

Este argumento carece de sustentação, posto que a oitiva das partes serviria exatamente ao propósito de levar ao conhecimento do órgão julgador informações ou elementos que dificilmente poderiam ser acessados sem a colaboração dos envolvidos. Vislumbra-se uma oportunidade para que o juiz revise a decisão que iria tomar, convencendo-se de seu acerto ou, se for o caso, de seu desacerto ou inadequação.

3 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E ÀS QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Bem andou o legislador do projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro, particularmente preocupado com a preservação do princípio do contraditório em todos os âmbitos de aplicação, ao cuidar do tema em inúmeros artigos – incluindo neste extenso rol o tratamento dispensado às questões de ordem pública processuais.

Realmente, o desejo de explicitar a importância do exercício do contraditório em relação a todas as questões decididas no processo, ainda que sejam cognoscíveis de ofício, transparece já na leitura da Exposição de Motivos do projeto, assim redigida:

Esta Exposição de Motivos obedece à ordem de objetivos acima listados.

1) A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual. Por outro lado, muitas regras foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais, como, por exemplo, as que prevêm um procedimento, com contraditório e produção de provas, prévio à decisão que desconsidera da pessoa jurídica, em sua versão tradicional, ou “às avessas”.

Está expressamente formulada a regra no sentido de que o fato de o juiz estar diante de matéria de ordem pública não dispensa a obediência ao princípio do contraditório.

Na sequência, merecem transcrição integral os artigos 9º e 10º, inseridos no Capítulo intitulado "Dos Princípios e das Garantias Fundamentais do Processo Civil". In verbis:

Art. 9º. Não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida, salvo se se tratar de medida de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento do direito.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestarem, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício.

Impossível deixar de referenciar, ainda, o parágrafo único do artigo 110 do projeto, que determina a oitiva prévia das partes a respeito das matérias que o juiz deve conhecer de ofício.

A aprovação do projeto nestes termos significará a consagração expressa, pelo legislador brasileiro, do entendimento já manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos REsp 153828/SP e REsp 1196342/PE (no sentido de que ocorre violação ao princípio do contraditório quando uma providência jurisdicional determinada de ofício surpreende as partes no curso do processo) e também dos ensinamentos proferidos pela melhor doutrina.

40

Consoante leciona o professor NICOLA PICARDI (2008, p. 143):

O contraditório vem, de novo, deslocado das margens ao centro do fenômeno processual: não é mais uma prova de força, mas se torna um instrumento de investigação da verdade provável. Podemos falar, de novo, de um princípio do contraditório; mas, com a expressão 'princípio' aqui não entendemos mais os axiomas lógicos da tradição iluminista, nem os princípios gerais dos ordenamentos positivos. O princípio do contraditório representa, acima de tudo, uma daquelas *regulae juris* recolhidas no último livro do *Digesto*, qual seja um daqueles princípios de uma lógica do senso comum, destinados a facilitar a *interpretatio* baseada sobre a equidade. Estamos, com toda probabilidade, nas matrizes da noção de justo processo.

Em linhas conclusivas, impende reiterar que mesmo o Código de Processo vigente permite inferir a necessidade de observância do contraditório pleno, sem importar os poderes oficiosos conferidos ao juiz ou a natureza da matéria versada. Todavia, o reforço, no plano

infraconstitucional, de princípio tão importante como é o contraditório, significa um avanço na construção de um processo mais justo e efetivo.

Se a medida será suficiente para inibir o mau costume dos julgamentos terminativos e incentivar a resolução adequada das demandas, oportunizando-se às partes espaço para o diálogo e a colaboração, só o tempo dirá. Certo apenas é que caminhamos na direção correta.

CONCLUSÃO

O presente artigo ocupou-se da problemática envolvendo a correta conceituação e o dimensionamento das funções exercidas pela ordem pública processual. Cuidou ainda de investigar a maneira como este instituto se relaciona com o princípio do contraditório nos domínios do processo civil, marcadamente influenciado pelos valores justiça, participação e efetividade.

No transcorrer do estudo, verificou-se que as questões de ordem pública processual constituem o conjunto de normas voltadas ao controle tempestivo da admissibilidade e regularidade do processo, com o objetivo de privilegiar as soluções de mérito do litígio e, conseqüentemente, permitir que os objetivos da jurisdição sejam alcançados.

Nessa linha, mostrou-se inconcebível a utilização desta categoria processual como justificativa a priori para o julgamento anômalo de processos. Identificou-se como função do magistrado a prolação de sentenças definitivas sempre que possível, mesmo em prejuízo às questões processuais porventura pendentes.

Constatou-se ainda que o reconhecimento de questões de ordem pública deve ser precedido de consulta às partes, a quem é assegurado o direito de influenciar efetivamente na formação do convencimento do Juízo.

Finalmente, a análise do projeto do novo Código de Processo Civil demonstrou o anseio do legislador em regulamentar o exercício do contraditório em sede de questões de ordem pública, na linha dos precedentes já firmados pelo Superior Tribunal de Justiça e seguindo a recomendação da mais autorizada doutrina.

REFERÊNCIAS

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

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

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Les principes fondamentaux de le procedure civile dans la nouvelle Constitution brésilienne. In: **Temas de direito processual (quinta série)**. Saraiva, 1994.

_____. José Carlos. Notas sobre o problema da 'Efetividade do Processo'. In: **Temas de Direito Processual**, Terceira Série, São Paulo: Saraiva, 1984, pp.27-28.

BEDAQUE, José Roberto. Nulidade processual e instrumentalidade do processo (a não intervenção do Ministério Público e a nulidade do processo). *Justitia*, São Paulo, n° 52, p. 55, abr./jun. 1990.

CIVININI, Maria Giuliana. Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione. Rilievo officioso delle questioni e contraddittorio. In **Foro italiano (Parte Quinta)**, 1999. v. CXXII.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Contraddittorio. In: **Digesto delle discipline privatistiche (sezione civile)**. 4. ed. Torino: UTET, 1989. t. IV.

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

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1935.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: RT, 2006.

MILLAR, Robert Wyness. **Los principios formativos del procedimiento civil**. Buenos Aires: Ediar, s/d. p. 44-55.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MONTESANO, Luigi. La garanzia costituzionale del contraddittorio e giudizi civili di “terza via”. In: **Rivista dil diritto processuale** n.4/2000. Padova: CEDAM, p.931.

PICARDI, Nicola. Audiatur et altera pars: as matrizes histórico-culturais do contraditório. In: **Jurisdição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Jurisdição e Processo**. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PINTO, Junior Alexandre Moreira. **A causa petendi e o contraditório**. São Paulo: RT, 2007.

SENADO FEDERAL, **Anteprojeto do novo Código de Processo Civil**. Disponível em <http://www.senado.gov.br>, acesso em 15/07/2013.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **O direito de defesa no processo civil brasileiro**: um estudo sobre a posição do réu. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2011. v. 1.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Regularização da representação processual. Limite temporal. In: **Revista de Processo**, São Paulo, v. 25, nº 100, p. 235-245, out./dez. 2000.

Data de submissão: 09/10/2014

Data de aprovação: 13/01/2015.