

ANO II - Número II - NOV/DEZ 2014 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

## 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 ADVERSARIAL PRINCIPLE

**KARIME SILVA SIVIERO**

*Advogada do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Vila Velha (NUPRAJUR/UVV) e mestranda em  
Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Ordem pública; 1.1. Condições da Ação; 1.2. Pressupostos processuais; 1.3. Nulidades processuais; 2. O princípio do contraditório e as questões de ordem pública; 3. O tratamento dispensado às questões de ordem pública no projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro; Considerações finais; Referências bibliográficas.

**RESUMO:** Desde o advento do Projeto do novo Código de Processo Civil, propalou-se no cenário jurídico o debate sobre questões até então pouco exploradas, mas imprescindíveis para o desenvolvimento da ciência do Direito, dentre as quais se inserem os mecanismos de controle da regularidade do processo. Nesse contexto, o presente estudo investiga a natureza jurídica e as modalidades da ordem pública processual, a forma como este instituto se relaciona com o princípio do contraditório e o tratamento dispensado à matéria pelo Projeto de Lei nº 8.046/2010.

**PALAVRAS-CHAVE:** QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS. CONDIÇÕES DA AÇÃO. NULIDADES PROCESSUAIS. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

**ABSTRACT:** Since the advent of Design Code of Civil Procedure, issues hitherto little discussed assumed a prominent role on Brazilian legal context, such as those associated to the mechanisms of control of the proceedings. This article analyzes legal and procedural modalities of issues of public interest, how it relates to the adversarial principle and also the treatment given to these issues by the bill n. 8.046/2010.

**KEYWORDS:** ISSUES OF PUBLIC INTEREST. ASSUMPTIONS OF PROCEDURE. CONDITIONS OF ACTION. PROCEDURAL NONENTITIES. ADVERSARIAL PRINCIPLE. BRAZILIAN DISIGN CODE OF CIVIL PROCEDURE.

## Introdução

A comunidade jurídica brasileira vive um momento privilegiado: tramita na Câmara dos Deputados desde dezembro de 2010 o Projeto de Lei n.º 8.046<sup>1</sup>, que materializa a proposta de um novo Código de Processo Civil.

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, de imprimir efetividade ao trâmite das demandas processuais, permitindo ao juiz “centrar sua atenção, de modo mais intenso, no mérito da causa<sup>2</sup>”.

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 à finalidade de institutos e categorias que há muito tempo permanecem inquestionados.

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 no campo 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 esclarece.

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 a legislação processual civil projetada, caso seja aprovada, consignará expressamente que a análise de “matéria de ordem

---

<sup>1</sup> No Senado Federal, casa em que teve início o processo legislativo, o projeto de Lei tramitou sob o n.º 166/2010.

<sup>2</sup> BRASIL. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*, p. 14.

pública não dispensa a obediência ao princípio do contraditório<sup>3</sup>. 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 da 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 CPC à matéria.

## 1. Ordem pública

A ordem pública é sem dúvida um instituto difícil de ser conceituado. Isso acontece porque embora seja utilizado em larga escala em todas as áreas jurídicas, adquire em cada ramo características e propriedades peculiares, que não podem ser transportadas acriticamente para os demais.

No âmbito do Direito Civil, por exemplo, a ordem pública possui como finalidade principal 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<sup>4</sup>.

Contudo, apesar das particularidades que apresenta nos diversos campos do Direito, a ordem pública conserva certas características próprias e que permitem distingui-las das outras questões, independentemente do contexto em que estejam inseridas.

A ordem pública costuma ser identificada como um conjunto de valores, normalmente associados com aspectos sociais, econômicos, morais e religiosos que, por sua importância, são tidos como verdadeiros princípios norteadores do ordenamento jurídico.

---

<sup>3</sup> Idem, p. 15.

<sup>4</sup> Em 2005 o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o pedido de homologação de sentença estrangeira arbitral, objetada pelo requerido ao argumento de suposta violação à ordem pública brasileira, tratou de elencar as matérias que estariam contidas na denominação "ordem pública", fazendo-o a partir das lições da doutrinadora civilista Maria Helena Diniz. O extenso rol incluía como matérias de ordem pública as normas de diferentes naturezas, como constitucionais, administrativas, penais, processuais etc.

Apesar da tentativa de sistematização da questão, a solução apresentada não resiste a uma análise mais crítica, uma vez que não se pode conceber que diplomas inteiros sejam marcados pela nota da ordem pública.

Tais princípios adquirem concretude através de regras marcadas pela presença de expressivo interesse público, imperatividade e cogência absoluta de seus comandos, infensas a qualquer tipo de transação, ressalvados os seus aspectos econômicos<sup>5</sup>.

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.

Portanto, no processo civil a ordem pública só pode ser utilizada para atender aos objetivos da jurisdição. Como a legislação civil adjetiva é pautada pelos princípios da economia, da instrumentalidade das formas e da finalidade, decorre do sistema uma restrição lógica à aplicação da ordem pública quando os valores jurisdicionais que ela tutela puderem ser atingidos de outra forma, ainda que isto implique em descumprimento das regras formais<sup>6</sup>.

Os mecanismos instituídos pelo sistema processual brasileiro para garantir o desenvolvimento válido e regular do processo e, conseqüentemente, a prolação da sentença de mérito, são conhecidos como pressupostos de admissibilidade do julgamento de mérito, subdivididos em duas categorias: condições da ação e pressupostos processuais.

Além destes, a doutrina enquadra outras categorias nesta rubrica, seja porque constituem uma projeção, em nova etapa procedimental, daquelas categorias primárias (como os requisitos de admissibilidade dos recursos), seja porque também foram pensadas para permitir que o processo alcance o seu

---

<sup>5</sup> APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem Pública e Processo*. O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Processual Civil, p. 18. "No universo de direitos indisponíveis haverá, em muitas situações, componentes que se revelam disponíveis, e tal disponibilidade está, no mais das vezes, atrelada à sua expressão econômica, de forma que o modo de fruição destes direitos admite composição, transação e até renúncia, em cada caso e individualmente considerados. Entretanto, isto não significa dizer que tais direitos possam ser *a priori* suprimidos, justamente porque possuem esta natureza de ordem pública".

<sup>6</sup> Para Cândido Rangel Dinamarco, "mediante a utilização do sistema processual, propõe-se o Estado, antes de tudo, a realizar objetivos que são seus. Quer se pense na pacificação social, educação para o exercício e respeito a direitos, ou na manutenção da autoridade do ordenamento jurídico-substancial e da sua própria, nas garantias à liberdade, na oferta de meios de participação democrática, ou mesmo no objetivo jurídico-instrumental de atuar a vontade da lei (e tais são os escopos da ordem processual) -, sempre é algo ligado ao interesse público que prepondera na justificação da própria existência da ordem processual e dos institutos, princípios e normas que a integram." DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 90-91.

desiderato de conduzir a sentenças definitivas. Nesta última categoria, o professor Ricardo de Carvalho Aprigliano insere as nulidades processuais<sup>7</sup>.

Dedicaremos o próximo tópico ao estudo das três modalidades de ordem pública processual consagradas no ordenamento jurídico brasileiro, de modo a identificar suas principais características.

### 1.1. Condições da Ação

O tema das condições da ação é dotado de grande importância, pois foi a partir da identificação dos 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.

A par de sua inegável relevância, o tema é bastante polêmico, havendo dissensos doutrinários quanto à sua exata definição.

Entre as diversas concepções de ação existentes, destaca-se 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 simples prolongamento do Direito Civil –, a ação era vista como a defesa em juízo do próprio direito material, quando infringido<sup>8</sup>.

A superação da referida teoria somente foi possível após a famosa polêmica envolvendo os juristas alemães Bernard Windscheid 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 entendido como o direito à prestação jurisdicional. Estabelecida a premissa sobre a autonomia do direito de ação, muitas outras teorias foram desenvolvidas, todas elas apresentando o caráter dualista sustentado por Windscheid.

No Brasil, 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 possua o direito material alegado. Porém, o exercício do direito de ação dependeria das chamadas condições da ação, verdadeiros requisitos para a existência do direito de postular em juízo.

<sup>7</sup> APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Obra citada, p. 84.

<sup>8</sup> A teoria imanentista da ação contou com importantes defensores, dentre eles o alemão Friedrich Karl von Savigny e os brasileiros Clóvis Beviláqua e João Monteiro.

O condicionamento do direito de ação à presença das condições da ação defendido por Liebman recebeu críticas contundentes, posto 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 que conviver com uma contradição insuperável, em que há a prestação jurisdicional sem o correlato exercício do direito de demandar.

A doutrina processual contemporânea entende que as condições da ação constituem uma técnica processual adequada para controlar a regularidade processual, permitindo que o processo culmine com uma decisão de mérito ou, quando ausentes as condições mínimas de procedibilidade, que seja proferida uma sentença terminativa até a fase de saneamento do feito, evitando-se o dispêndio de energia e a custosa movimentação do Judiciário.

As ideias acima estão alinhadas com a teoria da asserção, 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 determina-se pela profundidade da cognição exercida pelo magistrado. Ou seja: o processo deverá ser extinto sem resolução de mérito quando sua inviabilidade puder ser aferida da simples análise dos fatos alegados. Contrariamente, havendo necessidade de investigar outras questões (dilação probatória), deve-se priorizar o julgamento definitivo da ação.

Portanto, a teoria da asserção assume o papel de viabilizar o julgamento antecipado do processo que não reunir condições para resolver a *quaestio meritis* nele contida, em homenagem ao princípio da economia processual.

## 1.2. Pressupostos Processuais

Os pressupostos processuais são 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, da legislação processual civil, quais sejam os pressupostos de constituição e os pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo.

Os pressupostos processuais objetivam a preservação de alguns interesses, ora relacionados à jurisdição, ora voltados à proteção da posição processual assumida por uma das partes<sup>9</sup>.

Sem descurar da finalidade do instituto, é possível que em algumas circunstâncias a proteção da situação de vantagem de uma parte – a quem aproveitaria o julgamento de mérito, 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 a nulidade do ato não será pronunciada quando inexistir prejuízo àquele a quem o ato aproveita.

Portanto, a categoria dos pressupostos processuais, como espécie de requisitos para obtenção da tutela jurisdicional do direito<sup>10</sup>, também deve observar os 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, 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.

Todavia, 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 são conhecidas de ofício pelo magistrado. Por outro lado, as nulidades relativas, previstas no artigo 245 do Código de Processo Civil, precisam ser constatadas 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 sustentam que os atos processuais maculados podem ser desconsiderados, independentemente da gravidade do vício, mesmo que a nulidade esteja

<sup>9</sup> Esta ideia foi defendida pela primeira vez pelo processualista português Miguel Teixeira de Souza, em sua obra "*Estudos sobre o novo processo civil*". Lisboa: Lex, 1997.

<sup>10</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*, p. 475.

ANO II - Número II - NOV/DEZ 2014 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

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<sup>11</sup>.

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. Ao contrário, os princípios que informam o regime jurídico das nulidades têm plena incidência também nestas situações.

Consoante 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, mesmo que infringidas 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.

Advirta-se, no entanto, que alguns vícios processuais mais graves não podem ser superados. A falta de citação do litisconsorte, por exemplo, sequer pode ser retificada, pois os litisconsortes devem participar do processo desde o primeiro grau de jurisdição, resguardando-se lhes o direito à ampla defesa e ao exercício pleno do contraditório<sup>12</sup>.

Pelas mesmas razões, o vício decorrente de irregularidade da citação enseja não somente a nulidade da citação, mas também a impossibilidade de convalidação do vício, que subsiste inclusive após o trânsito em julgado da decisão.

Seja como for, estas são exceções à regra da possibilidade de convalidação dos atos processuais praticados em desacordo com a forma prescrita e que reforçam a importância do princípio da instrumentalidade das formas, pelo qual o formalismo das normas processuais – inclusive as de

---

<sup>11</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Regularização da representação processual. Limite temporal, p. 240.

<sup>12</sup> Consoante nos ensina Robert Wyness Millar, "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'). MILLAR, Robert Wyness. *Los principios formativos del procedimiento civil*, p. 47.



ordem pública –, deve ceder lugar ao julgamento de mérito das demandas sempre que possível.

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 temática, o professor Ricardo de Carvalho Aprigliano defendeu a existência de um verdadeiro “princípio da prevalência da decisão de mérito<sup>13</sup>”, na esteira de superação da ordem obrigatória de enfrentamento do trinômio “pressupostos processuais-condições da ação-mérito” pretendida por José Roberto Bedaque<sup>14</sup> e Cássio Scarpinella Bueno, dentre outros.

Estabelecidas estas premissas, estudaremos no próximo tópico como as questões de ordem pública processual se relacionam com o princípio do contraditório.

## 2. O princípio do contraditório e as questões de ordem pública

O princípio do contraditório é tido como a maior conquista da processualística dos países civilizados; consiste em regra de ouro que “encarna no seio das mais diferentes culturas jurídicas, dois mil anos de história processual”<sup>15</sup>.

Elevada ao nível constitucional brasileiro desde a Constituição de 1946 (art. 141, §25), encontra-se atualmente inserido no artigo 5º, LV da Carta Magna, com a seguinte redação: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Atualmente, para atender às exigências de um processo civil acentuadamente dialético, o contraditório passa a ser entendido não como garantia de paridade de atuação aos sujeitos parciais do processo em momentos episódicos, senão como direito de influenciar efetivamente o juízo

<sup>13</sup> APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Obra citada, pp. 94-104.

<sup>14</sup> José Roberto Bedaque leciona que “a visão instrumentalista do direito processual faz com que, na análise do tema nulidades, ganhe destaque especial o princípio da instrumentalidade das formas. Na medida em que todo o sistema processual deve ser estudado à vista do seu escopo, da sua função perante o direito material e para a pacificação social, também os atos processuais devem ser analisados em face do objetivo que têm a alcançar. E é por isso, e somente por isso, que necessitam eles atender à forma previamente estabelecida em lei. A forma do ato serve como meio para a consecução de seu escopo; as regras que dispõem sobre a forma do ato processual não têm um fim em si mesmas”. BEDAQUE, José Roberto. *Nulidade processual e instrumentalidade do processo (a não intervenção do Ministério Público e a nulidade do processo)*, p. 55.

<sup>15</sup> Cf. HABSCHEID, Walter J. *Introduzione al diritto processuale civile comparato*, § 20, p. 151

ANO II - Número II - NOV/DEZ 2014 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

sobre as questões da causa (fáticas, jurídicas e mistas, materiais e processuais). Contraditório em *sensu forte*, como observa Nicola Picardi<sup>16</sup>.

O contraditório em sentido forte exige que as partes sejam ouvidas sempre que alguma situação jurídica possa ensejar a restrição de direitos processuais. Conseqüentemente, antes de decidir sobre alguma questão de ordem pública, deve o magistrado oportunizar aos interessados a produção de ampla defesa (*nemo inauditus damnari potest*).

Sobre a necessidade de ouvir as partes sobre as questões de ordem pública, importante lembrar as lições do professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, proferidas no já distante ano de 1993, 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 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”<sup>17</sup>.

Na mesma linha, Daniel Mitidiero defende que o processo civil colaborativo<sup>18</sup> exige que o órgão jurisdicional conceda às partes oportunidade para suscitarem questões que possam, eventualmente, provocar a extinção do processo sem resolução de mérito. Para o autor, “trata-se, novamente, de o órgão judicial obedecer ao dever de consulta que o grava inexoravelmente em um processo organizado a partir da ideia de colaboração”<sup>19</sup>.

Opinião semelhante é sustentada por Cândido Rangel Dinamarco, cujas palavras não poderiam ser mais pertinentes:

“[...] Nem decai o juiz de sua dignidade quando, sentindo a existência de motivos para emitir de ofício uma decisão particularmente gravosa, antes chama às 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.

<sup>16</sup> Cf. PICARDI, Nicola. *Il principio del contraddittorio*.

<sup>17</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O juiz e o princípio do contraditório*, p. 35.

<sup>18</sup> Para Daniel Mitidiero, “o processo vai hoje informado pelo formalismo-valorativo porque, antes de tudo, encerra um formalismo cuja estruturação responde a valores, notadamente aos valores encartados em nossa Constituição. Com efeito, o processo vai dominado pelos valores justiça, participação leal, segurança e efetividade, base axiológica da qual ressaem princípios, regras e postulados para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação. Vele dizer: do plano axiológico ao plano deontológico”. MITIDIERO, Daniel. Obra citada, p. 51.

<sup>19</sup> MITIDIERO, Daniel. Obra citada, p. 137.

ANO II - Número II - NOV/DEZ 2014 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

Esta última alternativa é também oriunda do art. 16 do *nouveau code 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"<sup>20</sup>.

Finalmente, cumpre enfatizar as lições de Junior Alexandre Moreira Pinto, para quem é impossível 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*. Aduz 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"<sup>21</sup>.

Transpondo o campo de análise para a jurisprudência brasileira, observa-se que apesar de ainda ser comum que Tribunais de 2ª instância admitam a decisão de questões de ordem pública sem a oitiva das partes a pretexto de serem cognoscíveis de ofício e, portanto, dispensarem a manifestação dos litigantes<sup>22</sup>, o Superior Tribunal Federal já demonstrou franca inclinação em reconhecer o contraditório em sua máxima expressividade. Confira-se no emblemático julgado abaixo transcrito:

EMENTA: Mandado de Segurança. 2. Decisão do Presidente da República que, em processo administrativo, indeferiu recurso hierárquico e, por consequência, manteve decisão que declarou a caducidade da concessão outorgada à Transbrasil S.A Linhas Aéreas para a prestação de serviço de transporte aéreo. 3. Alegada violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, assim como a dispositivos da Lei nº 9.784/99, pois a impetrante não teria sido comunicada da instauração do processo administrativo ou de qualquer ato nele praticado, não lhe tendo sido concedida oportunidade de proferir defesa de forma adequada. 4. Os documentos juntados aos autos pela própria impetrante, porém, demonstram cabalmente que lhe foram asseguradas todas as garantias da ampla defesa e do contraditório, **como os direitos de informação sobre os atos produzidos no processo, de**

<sup>20</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, p. 135.

<sup>21</sup> PINTO, Junior Alexandre Moreira. *A causa petendi e o contraditório*, p. 90.

<sup>22</sup> Nesse sentido, confira-se: TJPB; AC 023.2008.002100-1/001; Primeira Câmara Especializada Cível; Rel. Juiz Conv. Aluizio Bezerra Filho; DJPB 02/08/2012; Pág. 7; TRF 2ª R.; EDcl-AC 2002.02.01.011160-1; Sexta Turma Especializada; Rel. Des. Fernando Marques; Julg. 16/11/2005; DJU 09/01/2006; Pág. 122; TRF 4ª R.; AC 0011484-87.2010.404.9999; RS; Segunda Turma; Relª Desª Fed. Luciane Amaral Correa; Julg. 21/09/2010; DEJF 30/09/2010; Pág. 126.

manifestação sobre seu conteúdo e de ter seus argumentos devidamente considerados pela autoridade administrativa. 5. Mandado de Segurança indeferido. (MS 25787, Relator(a): Min. GILMAR MÊNDES, Tribunal Pleno, julgado em 08/11/2006, DJe-101 DIVULG 13-09-2007 PUBLIC 14-09-2007 DJ 14-09-2007 PP-00032 EMENT VOL-02289-02 PP-00198 RTJ VOL-00205-03 PP-01160 LEXSTF v. 29, n. 345, 2007, p. 217-254).

Alinhando-se igualmente a esta tendência, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu, no julgamento dos Resp. 153828/SP e Resp. 1196342/PE, que há violação ao princípio do contraditório quando uma providência jurisdicional determinada de ofício surpreende as partes no curso do processo<sup>23</sup>.

O contraditório pleno, traduzível no *direito de audiência* das partes ao longo de todo o *iter* de formação do processo decisório faz-se ínsita à administração da justiça. Nenhuma restrição a direitos pode ser admitida sem que se propicie aos envolvidos a produção de ampla defesa, principalmente quando se decide sobre as questões de ordem pública que, se mal administradas, acabam conduzindo à extinção anômala dos processos, quando o seu desiderato é precisamente servir como mecanismo de saneamento dos vícios processuais<sup>24</sup>.

### 3. O tratamento dispensado às questões de ordem pública no projeto do novo código de processo civil brasileiro

O legislador do projeto do novo Código de Processo Civil demonstrou especial preocupação com a preservação do princípio do contraditório em todos os seus níveis de aplicação, incluindo-se no extenso rol de artigos

---

<sup>23</sup> RESP 153828/SP; Primeira Turma; Rel. Min. Demócrito Ramos Reinaldo; Data do Julgamento: 01/12/1998; Data da Publicação/Fonte: DJU 01/03/1999; pág. 00229. RESP 1196342/PE, Segunda Turma; Rel. Min. Castro Meira, Data da Publicação/Fonte: DJe de 10.12.2010

<sup>24</sup> Para Alfredo Buzaid, “o legislador compreendeu que, se os pressupostos processuais e as condições da ação podem reunir-se sob a categoria de *requisitos de admissibilidade de julgamento do mérito* e que se tais questões devem ser examinadas pelo juiz *ex officio*, uma regra elementar de política legislativa aconselhava que a verificação de tais elementos não fosse diferida para o momento de proferir a sentença definitiva, quando já todas as provas tinham sido produzidas, porque a falta de qualquer deles, longe de permitir a composição do conflito de interesses, daria lugar à terminação do processo sem resolução do mérito. Haveria apenas uma *absolutio ad instantia*. Tais questões, por sua natureza, são prévias e se contrapõem, assim, à questão principal, que é a do mérito (...)”. BUZAID, Alfredo. *Estudos de Direito. Origem do Despacho Saneador*, pp. 7-8.

ANO II - Número II - NOV/DEZ 2014 - PORTO ALEGRE/RS - BRASIL

relacionados à matéria aqueles voltados às questões de ordem pública processual.

O desejo de preservar o exercício do contraditório também no que concerne às questões de ordem sobressai já na 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”.

No mesmo capítulo I da Parte Geral da legislação processual projetada, intitulado “Dos Princípios e Garantias Fundamentais do Processo Civil”, também merecem reprodução os artigos 9º e 10º. *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 tenha dado às partes oportunidade de se manifestarem, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício”.

Na sequência, destaca-se o comando do parágrafo único do artigo 110, que determina a oitiva prévia das partes sobre as matérias que o juiz deve conhecer de ofício<sup>25</sup>.

Finalmente, ainda alinhados à mesma *mens legislatoris*, determina o parágrafo único do artigo 469 que: “A prescrição e a decadência não serão decretadas sem que antes seja dada às partes oportunidade de se manifestar”, enquanto o parágrafo único do artigo 475 dispõe que: “Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre eles antes de decidir”.

A simples leitura dos artigos acima mostra que o novo CPC está em sintonia com a ótica da ciência processual contemporânea, situada no marco

---

<sup>25</sup> Art. 110. [...]

Parágrafo único. “As partes deverão ser previamente ouvidas a respeito das matérias de que deve o juiz conhecer de ofício”.

teórico do formalismo-valorativo e pautada pela máxima eficiência processual (processo de resultados), que só pode ser alcançada mediante a participação preordenada e simétrica dos sujeitos parciais do processo no curso do procedimento.

Se os rumos traçados pela legislação civil projetada serão suficientes para inibir o mau costume dos julgamentos terminativos e permitir o pleno diálogo e a colaboração na construção dos provimentos decisórios, somente o tempo dirá. Certo apenas é que a inserção deste regramento no novo CPC constitui um avanço importante na construção de um processo mais justo e efetivo<sup>26</sup>.

### Considerações finais

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 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 consistem no conjunto de normas voltadas ao controle tempestivo da admissibilidade e regularidade do processo, de maneira a privilegiar as soluções de mérito do processo e, conseqüentemente, permitir que os objetivos da jurisdição sejam alcançados.

A partir da conceituação estabelecida, 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

---

<sup>26</sup> Consoante nos ensina Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “o diálogo judicial e a cooperação, acima preconizada, tornam-se, no fundo, dentro dessa perspectiva, autêntica garantia de democratização do processo, a impedir que o órgão judicial e a aplicação da regra *iura novit curia* redundem em instrumento de opressão e autoritarismo, servindo às vezes a um mal explicado tecnicismo, com obstrução á efetiva e correta aplicação do direito e à justiça do caso”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*, p. 194.

em sede de questões de ordem pública, na linha dos precedentes já firmados pelos Tribunais Superiores e seguindo a recomendação da mais autorizada doutrina.

### Referências bibliográficas

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem Pública e Processo*. O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Processual Civil, p. 18.

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.

\_\_\_\_\_. José Carlos. *Sobre pressupostos processuais*. *In: Temas de direito processual. 4ª série*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BRASIL. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>. Acesso em 05 jan. 2014.

BUZAID, Alfredo. *Origem do Despacho Saneador*. *In: \_\_\_\_\_*. Estudos de Direito. São Paulo: Saraiva, 1972.

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.

CALMON DE PASSOS, J.J. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 3.

CIVININI, Maria Giuliana. Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione. Rilievo ufficioso 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.

DELGADO, José Augusto. *A ordem pública como fator de segurança*, p. 20. Brasília: BDJur, 2007. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/10215>

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.

\_\_\_\_\_. A instrumentalidade do processo. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

HABSCHEID, Walter J. *Introduzione al diritto processuale civile comparato*. Rimini: Maggioli, 1985.

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 di diritto processuale* n.4/2000. Padova: CEDAM, p.931.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O juiz e o princípio do contraditório*. In: RePro n. 71. São Paulo: RT, 1993.

\_\_\_\_\_. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. 44, 2003.

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

\_\_\_\_\_. Il principio del contraddittorio. In *Rivista di diritto processuale* n.3. Padova: CEDAM, 1998.

\_\_\_\_\_. *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.

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. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 25, nº 100, p. 235-245, out./dez. 2000.