

O DIREITO FUNDAMENTAL AO CONTRADITÓRIO COMO “DIREITO DE INFLUÊNCIA” NA PERSPECTIVA DO NOVO CPC

COLOMBO, Juliano*

RESUMO: O presente artigo estuda a perspectiva do direito fundamental ao contraditório como direito de influenciar a decisão judicial. Através da análise dos dispositivos do Código de Processo Civil de 2015, bem como pela ideia de ‘efetivo contraditório’ e da ‘proibição da decisão surpresa’ almeja responder os seguintes problemas de pesquisa: ‘Age corretamente o magistrado que invoca na sentença uma norma não referida pelas partes e debatida no processo? Haveria necessidade de prévia intimação? Seria uma ‘decisão surpresa’ proibida pelo art. 10 do Código de Processo Civil de 2015? Haveria uma superação dos brocardos *da mihi factum, dabo tibi ius* e *iura novit curia*?’

PALAVRAS-CHAVE: Direito fundamental ao contraditório. Contraditório substancial. Direito de influência. Proibição de decisão surpresa.

SUMÁRIO: Introdução; 1. O direito fundamental ao contraditório como garantia de democratização do processo; 2. O direito fundamental ao contraditório como direito de influenciar a decisão judicial; Conclusão; Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O direito fundamental ao contraditório é densificado com vigor no Código de Processo Civil de 2015. Dada a sua posição no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal, o contraditório restou alocado no novel estatuto processual no capítulo das ‘Normas Fundamentais’, sendo refletido nos arts. 9º e 10, elevando a ideia de ‘efetivo contraditório’ e ‘proibição da decisão surpresa’.¹ Nesta linha, Darci Guimarães Ribeiro, ao afirmar a importância do tema refere que “sem lugar a dúvidas, o princípio processual constitucional mais valorizado dentro do projeto do novo CPC foi o contraditório”.² É neste ambiente de ‘infraconstitucionalização’³ do direito fundamental ao contraditório que fica constatada a importância do tema a ser estudado, sobretudo nos limites de sua aplicabilidade no *iter* processual e no momento da decisão. O estudo é justificado dada a

* Mestrando PPGD PUC-RS. Área de Concentração: Teoria Geral da Jurisdição e Processo. Advogado. E-mail: juliano@colomboadvocacia.com.br.

¹ Neste sentido MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

² RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. *Revista de Processo*, vol. 232, p. 13-35, jun. 2014. p. 5.

³ No sentido da infraconstitucionalização de direitos e garantias fundamentais operado pelo novo estatuto processual, assim refere Sérgio Gilberto Porto : “Como se vê, com eventuais variações, aqui ou ali, o novo CPC reproduz expressamente parcela do que consta da Constituição Federal e, por conseguinte, mais uma vez reafirma o desejo de estabelecer sintonia fina com o Estado constitucional, deixando claro que não há como compreender o processo contemporâneo senão através da incidência de valores constitucionais. Há, pois, como dito, verdadeira infraconstitucionalização de direitos e garantias fundamentais.” *In*: PORTO, Sérgio Gilberto. *Cidadania Processual: Processo Constitucional e o Novo Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 46.

sua relevância para a exata contribuição a ser dada na correta interpretação e aplicação dos arts. 9º e 10º do Código de Processo Civil de 2015, inseridos em um modelo permeado pela colaboração/cooperação.⁴ Ao referir no art. 9º que “Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”, importa analisar justamente as situações de relativização ou não da exigência deste efetivo contraditório. Por sua vez, no que tange ao art. 10, este dispõe que “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, [...]”, tornando imperioso analisar a necessidade de ser evitada a decisão surpresa e em que termos isto poderá comprometer os fins do processo. Efetivamente, o problema a ser respondido passa pela análise do seguinte questionamento: ‘Age corretamente o magistrado que invoca na sentença uma norma jurídica não referida pelas partes e debatida no processo? Há necessidade de prévia intimação? Seria uma ‘decisão surpresa’ proibida pelo art. 10 do Código de Processo Civil de 2015? Haveria uma superação dos brocardos *da mihi factum, dabo tibi ius* e *iura novit curia*?’

Como objetivo do presente estudo, na perspectiva geral, será observada a dimensão formal e substancial do contraditório, em especial diante da disposição estabelecida pela nova Lei de Ritos. Identificar a preponderância de uma ou outra dimensão, permeada por todo aparato doutrinário acerca da matéria. Assim, a análise do contraditório ultrapassará o mero texto legal, atingindo a esfera do direito, como um princípio democrático na estruturação do processo.⁵

1. O DIREITO FUNDAMENTAL AO CONTRADITÓRIO COMO GARANTIA DE DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO

O direito fundamental ao contraditório está vinculado diretamente à democratização do processo. A efetiva participação das partes no debate judicial, em pleno conhecimento-reação, mas sobretudo no direito de influenciar a decisão judicial, elevam o processo como instrumento democrático. Nesta esteira refere Cândido Rangel Dinamarco, a saber:

O contraditório é, portanto, inerente ao conceito de processo, entendendo-se como imposição do Estado democrático a participação de cada um na formação dos provimentos que de alguma forma virão a atingir a sua esfera de direitos (assim como no processo político hão de participar os cidadãos interessados nos destinos do Estado, assim no processo jurisdicional ou administrativo têm oportunidade de participação aqueles a quem interessam, caso por caso, os resultados da atividade pública que ali se desenrola.⁶

⁴ Neste sentido GRASSO, Eduardo. *La Collaborazione nel Processo Civile. Rivista di Diritto Processuale*, vol. 21, 1966, p. 580-609. p. 580-609.

⁵ Neste sentido DIDIER Jr, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v.1, 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 19.

Revela-se inerente ao processo contemporâneo a plena realização do contraditório, com a total garantia de um processo judicial livre do arbítrio, almejando a realização dos objetivos do Estado Constitucional.⁷ Neste contexto, os direitos e garantias fundamentais formam um Estado Constitucional, realizado através do processo como instrumento democrático. Darci Guimarães Ribeiro e Felipe Scalabrin assim referem sobre o tema:

A verdadeira práxis democrática, configuradora de um autêntico Estado de Direito, reside principalmente na efetiva concretização dos direitos e garantias fundamentais e não em meras abstrações legais contidas em um texto normativo. Estes direitos e garantias fundamentais, por sua vez, somente ganham vida através do mais afinado instrumento democrático: o processo. Ele, o processo, se constitui no mais valioso elemento vivificador das aspirações de uma sociedade reprimida de justiça social, pois encontra no irrestrito acesso ao judiciário, no contraditório, na publicidade e na fundamentação os mais altos desígnios da verdadeira democracia.⁸

A participação no convencimento judicial efetiva os preceitos constitucionais, eleva o processo e legitima a sentença e a autoridade do Estado-juiz, além de alcançar conformação ao meio social, propiciando e incentivando o cumprimento do comando sentencial, seja de forma espontânea ou provocada. Em outras palavras, a realização plena do contraditório faz com que o jurisdicionado esteja conformado com a decisão, presente o marco inicial para um possível cumprimento, em um ambiente que propicia a efetividade da tutela jurisdicional.⁹ Ainda nesta perspectiva, em ambientação ao tema aqui desenvolvido, Elaine Macedo comenta, na perspectiva do ‘processo do terceiro milênio’, a existência de quatro traços basilares em contraposição àqueles que sustentaram o antigo paradigma, em especial o ‘repensar o papel dos sujeitos da relação processual’, vinculado diretamente ao objeto do presente estudo. Assim refere Elaine

⁷ PORTO, Sérgio Gilberto. *Cidadania Processual: Processo Constitucional e o Novo Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016

⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. *O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa*. *Revista Scientia Iuris*, vol. 13, p. 155-168, nov. 2009.

⁹ Nesta perspectiva segue a autorizada doutrina contemporânea de Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni: “Semelhante exigência, de um lado, encontra evidente respaldo no *interesse público* de chegar a uma *solução bem amadurecida* para o caso levado a juízo, não podendo ser identificada de modo nenhum como uma providência erigida no interesse exclusivo das partes. Consoante observa a doutrina, o debate judicial amplia necessariamente o quadro de análise, constrange ao cotejo de argumentos diversos, atenua o perigo de opiniões pré-concebidas e favorece a formação de uma decisão mais aberta e ponderada. Funciona, pois, como um evidente instrumento de ‘democratização do processo’. De outro, conspira para reforçar a confiança do cidadão no Poder Judiciário, que espera, legitimamente, que a decisão judicial leve em consideração apenas proposições sobre as quais pode exercer o seu direito de conformar o juízo” *In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 733.

Macedo: “As partes, seus procuradores, todos aqueles que, de alguma forma, atuam na relação processual devem ser chamados à responsabilidade de seus atos [...]”.¹⁰

Conforme refere Antonio do Passo Cabral em artigo publicado na *Rivista di Diritto Processuale*, o contraditório é visto como “*obbligo dele parti di collaborazione alla decisione e dovere del magistrato di promuovere, nel processo, un ambiente di discussione pluralista e completa*”.¹¹

Formam-se, assim, “condições aptas à concretização do direito e de seu escopo na realização dos fins e fundamentos do Estado, constitucionalmente adotadas e asseguradas”.¹²

Entretanto, a mera visão do contraditório como conhecimento-reação, sem a nota grave do ‘direito de influência’, retira do contraditório a sua real extensão. Nestes moldes, o direito fundamental ao contraditório é realizado plenamente a partir da visão deste como conhecimento-reação e sobretudo como um direito de influenciar a decisão judicial, sendo o processo o espaço democrático para tanto na perspectiva de um ‘processo justo’.¹³

¹⁰ Nesta linha, Elaine Macedo afirma: “Partindo do princípio que a jurisdição é, essencialmente, atividade pública, em exercício de mandato, porque a soberania é popular, devendo estar comprometida com os fins e fundamentos do Estado, o processo que determinará o seu exercício e a criação do direito concreto a que todo o cidadão faz jus, presente o conflito ou simplesmente a insatisfação dos direitos e garantias que lhe são assegurados pelo pacto que a todos vincula, deve estar alimentado por, no mínimo, quatro traços basilares, contrapostos àqueles que hoje alimentam o paradigma vigente”. In: MACEDO, Elaine Harzheim. *Jurisdição e Processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 279. Os quatro traços basilares, contrapostos àqueles que alimentam o antigo paradigma processual, comentados na vigência do Código de Processo Civil de 1973 seriam, no pensamento de Elaine Macedo: a superação da ordinariedade, a valorização dos juízos de primeiro grau, a partir de um novo pensamento sobre o sistema recursal, repensar o papel dos sujeitos da relação processual e repensar a sentença, não mais como uma operação lógica e dedutiva, como ato formal e abstrato, com caráter meramente normatizador.

¹¹ CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 2, n. 2, 2005. p. 464.

¹² Assim refere Elaine Harzheim Macedo ao analisar o processo no terceiro milênio, vejamos: “Em um modelo de Estado democrático de Direito, toda e qualquer discussão a respeito da jurisdição e do Poder Judiciário passa, necessariamente, pelo filtro da Constituição, que representa o pacto social que rege o povo que a subscreveu. Dizendo de outra forma, a jurisdição deve ser gerada a partir do próprio texto constitucional, guardando harmonia com os princípios fundamentais nele consagrados, porquanto seu papel de administração da justiça no caso concreto só pode ser revelado à luz de tais preceitos. Não é diferente em relação ao paradigma de processo que o sistema acolhe ou deve acolher, na medida em que sendo ele o espaço legítimo onde a jurisdição se realiza, deve qualificar-se por características aptas à concretização do direito e de seu escopo na realização dos fins e fundamentos do Estado, constitucionalmente adotados e assegurados.” In: MACEDO, Elaine Harzheim. *Jurisdição e Processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 278.

¹³ O ‘processo justo’ é desenvolvido a partir do exercício dos direitos fundamentais das partes. Sobre o ‘processo justo’ Marinoni e Mitidiero assim afirmam: “O direito ao processo justo é um *modelo mínimo* de conformação do processo. Com rastro fundado na história e desconhecendo cada vez mais fronteiras, o direito ao processo justo é reconhecido pela doutrina como um modelo em *expansão* (tem o condão de *conformar a atuação* do legislador infraconstitucional), *variável* (pode assumir *formas diversas*, moldando-se às exigências do direito material e do caso concreto) e *perfectibilizável* (passível de *aperfeiçoamento* pelo legislador infraconstitucional). É tarefa de todos os que se encontram empenhados no império do Estado Constitucional delinear-lo e densificá-lo.” In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 2. ed., São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2013. p. 701.

Necessita-se, assim, de um ‘contraditório participativo’ capaz de responder aos anseios do Estado Democrático de Direito.¹⁴ Antonio do Passo Cabral assim refere:

Tuttavia, di fronte alla pubblicità del diritto processuale, e all’interno del contesto di democrazia partecipativa e deliberativa, il contraddittorio assume la funzione di principio guida di um vero dibattito giudiziario, rendendo possibile l’esercizio del diritto di influenzare la formazione della volontà statale e, d’altra parte, imponendo doveri.¹⁵

Nesta linha, a cooperação e o próprio contraditório na perspectiva do formalismo-valorativo, conforme Carlos Aberto Alvaro de Oliveira, ganha novo papel, com a distribuição dos poderes, faculdades de deveres processuais, a saber:

Mostra-se imperiosa, como facilmente se intui, a participação dos interessados no *iter* de formação do provimento judicial destinado a interferir em sua esfera jurídica. E essa participação deverá ocorrer, à evidência, da forma mais paritária possível de modo que permita a intervenção dos interessados mediante equitativa distribuição dos respectivos poderes, faculdades e ônus, com efetiva correspondência e equivalência entes as posições contrapostas.¹⁶

Importa referir, ainda, que caso a parte não exerça o contraditório no prazo legal que lhe fora previamente oportunizado, não haverá qualquer afronta ao direito

Ainda, sobre o ‘processo justo e sua exata extensão ver CHIARLONI, Sérgio. Giusto Processo (Diritto Processuale Civile). *Revista de Processo*, vol. 219, p. 119-152, maio 2013.

¹⁴ Neste sentido Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, vejamos: “O diálogo judicial torna-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 à efetiva e correta aplicação do direito e à justiça do caso.” *in* (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Garantia do Contraditório. *In: Garantias Constitucionais do Processo Civil*. José Rogério Cruz e Tucci (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 143.). Ainda neste sentido: “Ao binômio conhecimento-reação tem-se oposto a ideia de *cabal participação como núcleo-duro do direito ao contraditório*. É lógico que o contraditório, no processo civil do Estado Constitucional, tem significado completamente diverso daquele que lhe era atribuído à época do direito liberal”. *In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2013. p. 731.

¹⁵ CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 2, n. 2, 2005. p.464.

¹⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 132.

fundamental,¹⁷ operando-se a preclusão, como instituto que confere a adequada concatenação dos atos processuais e efetiva a razoável duração do processo.¹⁸

2. O DIREITO FUNDAMENTAL AO CONTRADITÓRIO COMO DIREITO DE INFLUENCIAR A DECISÃO JUDICIAL

Seguindo a perspectiva anteriormente tratada, impõe-se uma superação da visão do contraditório apenas como conhecimento-reação, vislumbrando-se o viés substancial deste direito fundamental. A dimensão substancial do contraditório como direito de influenciar a decisão judicial é ambientada por um novo sistema processual que exige a divisão de trabalho, própria da cooperação processual, bem como proíbe a decisão surpresa. Ovídio Baptista da Silva, ao seu tempo, já ultrapassava a visão do contraditório como mera bilateralidade da audiência, restando vinculado à isonomia processual, senão vejamos:

O princípio do contraditório, por outro lado, implica um outro princípio fundamental, sem o qual ele nem sequer pode existir, que é o princípio da igualdade das partes na relação processual. Para a completa realização do princípio do contraditório, é mister que a lei assegure a efetiva igualdade das partes no processo, não bastando a formal e retórica igualdade de oportunidades.¹⁹

Na mesma linha, elevando o contraditório como direito de influenciar a decisão judicial, assim lecionam Daniel Ustároz e Sérgio Gilberto Porto, senão vejamos:

O contraditório vai além e exige que, antes de tomada a posição pelo juiz dentro do processo, as partes tenham tido efetiva possibilidade de influenciar a formação de seu convencimento. Nesse sentido, tendo como norte auxiliar a cognição do juízo, aproximando-o da realidade da causa, o contraditório permite que ambas as partes influenciem o convencimento judicial, através de intenso debate. Em linha de princípio, o magistrado

¹⁷ Comentando o contraditório e o seu não exercício, assim refere Paulo Cezar Pinheiro Carneiro: “O fato de as partes não se desincumbirem adequadamente de exercitar o contraditório e os ônus a ele inerentes, não infirma tal princípio. O processo tem um procedimento estabelecido na lei e um tempo de duração, que não volta atrás, com fases preclusivas. A perda de oportunidade pelo decurso do prazo, a falta de produção de prova adequada e mesmo de alegações fundadas, fazem parte das regras do jogo que informam o devido processo legal. O contraditório, nestas situações, não foi executado por vontade das próprias partes, a qual ele poderia aproveitar”. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Comentários aos artigos 1º ao 12. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.); DIDIER Jr., Fredie (Coord.); TALAMINI, Eduardo (Coord.); DANTAS, Bruno (Coord.) *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil: de acordo com as alterações da Lei 13.256/2016*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 91-92.

¹⁸ Acerca da preclusão e de seu papel na sistemática processual, assim afirma Fernando Rubin: “A partir, então, desses elementos centrais que configuram a razão de ser do processo estatal – seu procedimento em contraditório, onde se desenvolvem as relações múltiplas entre o Estado-juiz e as partes litigantes, pautados pela mecânica dos prazos (com seus termos preestabelecidos em lei) -, é que aparece a respeitável imagem da *preclusão processual*, em todas as etapas, como instituto limitador da atividade processual dos sujeitos envolvidos, trazendo ordem ao feito e celeridade no seus desfecho.” In: RUBIN, Fernando. *A preclusão na Dinâmica do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 32-33.

¹⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de Processo Civil*. vol. 1. Processo de Conhecimento. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 69.

somente poderá se pronunciar sobre temas que tenham sido previamente discutidos dentro do processo, pois a consideração de fatos ou de direito não analisados pelas partes ofende a perspectiva constitucional do contraditório.²⁰

Necessária, portanto, a revisão do conceito meramente formal do contraditório, assim entendido como mera ciência bilateral dos atos do processo e possibilidade de contraditá-los. Como ponto de partida à resolução do problema proposto, o contraditório não deverá ser visto apenas conforme propõe o modelo adversarial, ou seja, ‘conhecimento-reação’, mas um contraditório “como permanente disquisição em conjunto do órgão judicial e dos participantes do litígio processual”.²¹ Este desejado papel dos litigantes dentro de uma perspectiva dialética do processo é evidenciado por Luis Alberto Reichelt, vejamos:

Durante a marcha do processo, convergem todas as atividades desenvolvidas nos autos em uma mesma direção: a construção do quadro de elementos a partir dos qual será concebida a sentença. Deixa de ser importante o fato de serem os sujeitos vistos um em relação ao outro, e ganha lugar uma visão na qual cada um exerce um papel dentro de uma estrutura dialética em constante movimento. Autor e réu deixam de ser apenas atores considerados lado a lado em um retrato estático no qual figuram em posição secundária em relação à do magistrado, mas passam a ser vistos como pessoas que exercem funções dentro de uma mecânica destinada à construção conjunta da decisão a ser respeitada por todos.²²

Neste sentido, vislumbra-se a vinculação com o princípio da cooperação, ocorrendo, de igual forma, a submissão do juiz ao contraditório. Conforme Daniel Mitidiero “os deveres cooperativos do juiz para com as partes informam toda a condução do processo civil. A necessidade de o juiz ser paritário no diálogo e assimétrico na decisão”.²³

Nesta perspectiva, não poderia o magistrado invocar fundamento como razão de decidir que não foi previamente submetido às partes, oportunizando o debate e o direito dos litigantes de influenciarem a decisão e as razões de decidir.²⁴ O brocardo *iura novit curia* ganha um novo contorno, ambientado e submetido em um processo cooperativo, em

²⁰ PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de Direitos Fundamentais no Processo Civil: o conteúdo processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 53.

²¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O Juiz e o Princípio do Contraditório. *Revista de Processo*, vol. 71, p. 195-205, jul. 1993.

²² REICHELTL, Luis Alberto. O conteúdo da garantia do contraditório no direito processual civil. *Revista de Processo*, vol. 162, p. 330-351, ago. 2008.

²³ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015. p. 108.

²⁴ Neste sentido Antonio do Passo Cabral: “Il principio del contraddittorio abbandona il semplice significato di una contraposizione di interessi e danni potenzialim per comprendere l’argomentazione e l’influenza, e tradurre il diritto di indignarsi ed essere ascoltato.” in (CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 2, n. 2, 2005. p.464).

um contraditório participativo, onde o juiz conhece o direito após propiciar o efetivo diálogo judicial sobre este que será o fundamento da decisão.

De igual forma, o contraditório inserido na perspectiva do formalismo-valorativo, exige a intensa participação dos litigantes, conforme refere Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, a saber:

Vale dizer, com outras palavras, que a simetria, mútua implicação e substancial paridade das posições subjetivas traduzir-se-á na possibilidade de cada um dos participantes intervir de forma não episódica e, sobretudo, no exercício de um conjunto de controles, reações e escolhas, bem como na necessidade de submissão aos controles e reações alheias.²⁵

Observa-se, assim, o contraditório na perspectiva do direito/poder de influenciar/poder de influência, em sua denominada 'dimensão substancial', elevando a possibilidade da parte de influenciar no conteúdo da decisão.²⁶ Conforme explicam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero "significa participar do processo e influir nos seus rumos. Isso é: direito de influência. Com essa nova dimensão, o direito ao contraditório deixou de ser algo cujos destinatários são tão somente as partes e começou gravar igualmente o juiz".²⁷

Na mesma linha, Humberto Theodor Jr. citando Luigi Paolo Comoglio afirma o contraditório no ordenamento constitucional da Alemanha, afinado à ideia de influência:

[...] graças a uma tríplice ordem de situações subjetivas processuais, na qual a qualquer parte vêm reconhecidos: (i) o direito de receber adequadas e tempestivas informações, sobre o desencadear do juízo e as atividades realizadas, as iniciativas empreendidas e os atos de impulso realizados pela contraparte e pelo juiz, durante o inteiro curso de processo; (ii) o direito de defender-se ativamente, posicionando-se sobre cada questão, de fato ou de direito, que seja relevante para a decisão da controvérsia; (iii) o direito de pretender que o juiz, a sua vez, leve em consideração as suas defesas, as suas alegações e as suas provas, no momento da prolação da decisão.²⁸

A valorização desta dimensão substancial do contraditório como 'Ponto Cardeal da Investigação Dialética'²⁹ decorre da natureza essencialmente dialética do processo, conforme refere Alvaro de Oliveira ao reproduzir citação feita por Calamandrei, senão vejamos:

[...] no processo, o Juiz nunca está só. O processo não é um monólogo: é um diálogo, uma conversação, uma troca de propostas, de respostas, de

²⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil – Proposta de um Formalismo-Valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 132.

²⁶ Neste sentido Darci Guimarães Ribeiro, Luiz Guilherme Marinoni, Fredie Didier Jr, Antonio do Passo Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil, Vol. 1: Teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 502.

²⁸ THEODORO JR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. vol. 2, jan./jul. 2010. p. 65.

²⁹ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo (organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira)*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

réplicas; um intercâmbio de ações e reações, de estímulos e de impulsos contrários, de ataques e contra-ataques. Por isso, foi comparado a uma luta ou disputa esportiva; mas cuida-se de uma luta de persuasões e uma disputa argumentativa.³⁰

Esta relação simbiótica entre partes e juiz resta historiada por Darci Guimarães Ribeiro, vejamos:

No entanto, a partir da metade do século XX, o princípio do contraditório voltou a ser revalorizado, especialmente por intermédio de Carnelutti, Satta e Fazzalari, na medida em que ficou evidenciado, ainda mais, o caráter dialético, dialógico do processo, em uma relação simbiótica entre partes e juiz. Desde esta perspectiva, pois, é oportuno destacar a acertada advertência realizada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, segundo a qual o contraditório é “um poderoso fator de contenção do arbítrio do juiz.”³¹

Percebe-se de forma cristalina que os dois artigos inseridos expressamente nas normas fundamentais do processo pelo Código de Processo Civil de 2015, ao elevarem o efetivo contraditório e a proibição de decisão surpresa vão ao encontro desta perspectiva do contraditório como direito de influência conferindo ao brocardo ‘*da mihi factum, dabo tibi ius*’ um novo assento no sistema, pois fato e direito aplicáveis na decisão deverão ser submetidos previamente ao debate entre os litigantes.

Ao tratar do tema, Antonio do Passo Cabral refere:

E, come visto, se il processo è una dele scene dove lo Stato produce le decisioni vincolanti, possiamo affermare che i soggetti del processo, con le loro manifestazioni nel corso dell’istruzione, esercitano una influenza profonda sull’esercizio del potere statale. Nel processo, la dinamica del potere comprende la pratica dell’influenza. Se soltanto le decisioni del magistrato sono vincolanti – manifestazione di potere – gli atti degli altri soggetti sono inclusi nello spettro più ampio d’influenzare la decisione.³²

Comentando a jurisprudência alemã em paralelo ao contraditório como direito de influência, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero afirmam que “na jurisprudência alemã, o *Bundesverfassungsgericht* tem entendido que a *Anspruch aufrechtliches Gehör* (art. 103, *Grundgesetz*) constitui direito de influenciar efetivamente o juízo sobre as questões da causam vedando a prolação de decisões-surpresa”.³³

³⁰ Citação de Calamandrei feita por ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O Juiz e o Princípio do Contraditório. *Revista de Processo*, vol. 71, p. 195-205, jul. 1993. p 1-2.

³¹ RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. *Revista de Processo*, vol. 232, p. 13-35, jun. 2014.

³² CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 2, n. 2, 2005. p. 455-456.

³³ In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 2. ed., São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2013. p. 734.

CONCLUSÃO

Dentro destas linhas apontadas, resta cristalina a necessidade de superação de um contraditório meramente formal, com a passagem para um contraditório igualmente substancial, com prevalência da ideia de poder/direito de influência, proibindo que o magistrado invoque na sentença uma norma jurídica até então não referida pelas partes, sem previamente oportunizar o contraditório. Analisar o contraditório na visão formal e substancial implica considerar existente a dimensão do ‘conhecimento-reação’, mas de igual forma, permear o processo pela dimensão substancial do contraditório, pela tese de ‘direito de influência’, exigindo que a norma jurídica que sustente a sentença ou qualquer outro elemento seu, seja previamente exposta ao contraditório. Como dito, o brocardo *iura novit curia* ganha um novo contorno, ambientado e submetido em um processo cooperativo, em um contraditório participativo, onde o juiz conhece o direito após propiciar o efetivo diálogo judicial sobre este que será o fundamento da decisão. Os artigos 9º e 10 do Código de Processo Civil de 2015, elevando o efetivo contraditório e a proibição da decisão surpresa, inseridos expressamente nas normas fundamentais do processo, vão ao encontro desta perspectiva do contraditório como direito de influência conferindo ao brocardo ‘*da mihi factum, dabo tibi ius*’ um novo assento no sistema, pois fato e direito aplicáveis na decisão deverão ser submetidos previamente ao debate entre os litigantes, dentro de uma perspectiva dialética do processo, sob pena de nulidade do comando sentencial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil – Proposta de um Formalismo-Valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. O Juiz e o Princípio do Contraditório. *Revista de Processo*, vol. 71, p. 195-205, Jul./1993.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Garantia do Contraditório. *In: Garantias Constitucionais do Processo Civil*. José Rogério Cruz e Tucci (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de Processo Civil*. vol. 1. Processo de Conhecimento. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 2, n. 2, 2005.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Comentários aos artigos 1º ao 12. *In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.); DIDIER Jr., Fredie (Coord.); TALAMINI, Eduardo (Coord.); DANTAS,*

Bruno (Coord.) *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*: de acordo com as alterações da Lei 13.256/2016. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CHIARLONI, Sérgio. Giusto Processo (Diritto Processuale Civile). *Revista de Processo*, vol. 219, p. 119-152, maio 2013.

COHEN-KOPLIN, Klaus. O novo CPC e os direitos fundamentais processuais: uma visão geral, com destaque para o direito ao contraditório. In: Fernando Rubin; Luis Alberto Reichelt. (Org.). *Grandes temas do novo Código de Processo Civil*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 15-51.

DIDIER Jr, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v.1, 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRASSO, Eduardo. La Collaborazione nel Processo Civile. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 21, 1966, p. 580-609.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O conteúdo da garantia do contraditório*. Novas tendências do direito processual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

MACEDO, Elaine Harzheim. *Jurisdição e Processo*: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Curso de Processo Civil, Vol. 1: Teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo (organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira)*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Cidadania Processual: Processo Constitucional e o Novo Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

_____; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de Direitos Fundamentais no Processo Civil: o conteúdo processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

REICHELDT, Luis Alberto. O conteúdo da garantia do contraditório no direito processual civil. *Revista de Processo*, vol. 162, p. 330-351, ago. 2008. RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. *Revista de Processo*, vol. 232, p. 13-35, jun. 2014.

_____; SCALABRIN, Felipe. *O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa*. *Revista Scientia Iuris*, vol. 13, p. 155-168, nov. 2009.

RUBIN, Fernando. *A preclusão na Dinâmica do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

THEODORO JR, Humberto. *Processo justo e contraditório dinâmico*. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. vol. 2, jan./jul. 2010.