

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

VINÍCIUS RORIGUES GIMENES

**O CONTRADITÓRIO
Uma perspectiva da reforma do processo executivo**

Rio de Janeiro

2008

VINÍCIUS RODRIGUES GIMENES

O CONTRADITÓRIO
Uma perspectiva da reforma do processo executivo

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Rubens Takashi Tsubone.

Rio de Janeiro

2008

Gimenes, Vinícius Rodrigues.

O contraditório: uma perspectiva da reforma do processo executivo/
Vinícius Rodrigues Gimenes. – 2008.

81 f.

Orientador: Rubens Takashi Tsubone

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 79 à 81.

1. Processo Civil – Monografias. 2. Processo de execução. I. Tsubone, Rubens Takashi. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

341.46

VINÍCIUS RODRIGUES GIMENES

O CONTRADITÓRIO
Uma perspectiva da reforma do processo executivo

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

DATA DE APROVAÇÃO: ___ - ___ - 2008.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Rubens Takashi Tsubone

Prof.

Prof.

NOTA: _____

A minha grande companheira e amiga
Renata por ter me apoiado em todos os
momentos.

Agradeço ao meu orientador Rubens Takashi por suas sugestões precisas e pela compreensão; e a minha família pelo apoio incondicional e pelas cobranças que me fazem progredir.

*“Cuando el jilguero no puede cantar.
Cuando el poeta es un peregrino,
cuando de nada nos sirve rezar.
Caminante no hay camino,
se hace camino al andar...”*

Antonio Machado.
(*Caminante no hay camino*)

RESUMO

GIMENES. Vinícius Rodrigues . *O CONTRADITÓRIO: uma perspectiva da reforma do processo executivo*. 2008. 81 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2008.

O contraditório, garantia de um justo fim de processo, formado da combinação de elementos, a saber: isonomia, ampla defesa, audiência bilateral, razoabilidade de prazos, os quais se prestam a manutenção do Estado Democrático de Direito, é imanente ao próprio conceito de processo, e não pode dele ser dissociado. Neste sentido, há que se verificar pela aplicabilidade ampla e irrestrita da garantia, que, logicamente abarca o procedimento executivo. É neste diapasão que se impõe a análise de alguns institutos da nova sistemática executiva e a verificação da possibilidade de sua aceitação diante dos preceitos constitucionalmente assegurados, do que depende mesmo a sua legitimidade jurídica. Neste compasso, analisa-se a possibilidade de penhora on-line, nitidamente uma medida constritiva que, apesar de seu viés satisfativo, não se coaduna com os preceitos do contraditório; a questão da averbação da demanda no momento da propositura da ação, que em verdade configura uma regressão do avanço social e democrático; e por fim, a intimação de que trata o artigo 475-J, que, em verdade, por si só não apresenta irregularidades de adequação à sistemática constitucional, mas a sua interpretação, ainda não uníssona, deve se dar de acordo com os ditames da garantia do contraditório, ou seja, deve-se preconizar a intimação pessoal.

Palavras-chaves: contraditório; garantia; execução; Estado; Democrático; reforma; intimação; 475-J; penhora; *on-line*; averbação.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 JURISDIÇÃO.....	13
2.1 Breve relato sobre a evolução e as origens da jurisdição.....	13
2.2 Jurisdição como instrumento de consecução do justo fim de Direito.....	16
3 O CONTRADITÓRIO.....	19
3.1 As origens e a evolução histórica do contraditório.....	19
3.2 Conceito.....	23
3.2.1 <u>Uma visão jurídica do contraditório</u>	24
3.2.1.1 <i>Audiência bilateral</i>	26
3.2.1.2 <i>Ampla defesa</i>	28
3.2.1.3 <i>Flexibilização dos prazos</i>	29
3.2.1.4 <i>Igualdade das partes</i>	30
3.2.2 <u>Garantia política</u>	32
3.3 O contraditório como meio de consecução do <i>due process of law</i>	33
4 O CONTRADITÓRIO NO PROCEDIMENTO EXECUTIVO	37
5 ANÁLISE PONTUAL DO CONTRADITÓRIO NA NOVA SISTEMÁTICA EXECUTIVA.....	46
5.1 Breves comentários sobre a reforma do procedimento executório.....	46
5.2 A intimação para o cumprimento da sentença.....	49
5.2.1 <u>Intimação dirigida ao advogado do devedor</u>	51
5.2.2 <u>Intimação de natureza dúplice</u>	55
5.2.3 <u>Ausência de intimação</u>	56
5.2.3.1 <i>Início a partir do trânsito em julgado</i>	56
5.2.3.2 <i>Início a partir da exeqüibilidade da sentença</i>	58
5.2.4 <u>Intimação pessoal da parte executada</u>	60
5.3 Possibilidade de averbação da demanda no momento de sua propositura	63
5.4 Penhora on-line.....	67
6 EFEITOS DA INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.....	72
7 CONCLUSÃO.....	75
REFERÊNCIAS.....	79

INTRODUÇÃO

Desde a retomada dos conceitos de civilidade e humanidade, perdidos com a elevação de regimes políticos totalitários, tem-se visto no seio da sociedade brasileira uma preocupação com a manutenção das garantias que assegurem a vigência destes conceitos, e a manutenção da ordem social.

Neste esteio, surge o contraditório, fundamento de validação e legitimação dos atos da Administração Pública como um todo, inclusive, e principalmente do poder judiciário, como âncora da democracia como se concebe.

A manutenção do Estado Democrático de Direito encontra íntima relação com a garantia de efetividade dos direitos fundamentais sociais, dentre os quais, certamente se destaca o direito à prestação de uma tutela jurisdicional justa e efetiva, o que somente se alcança mediante a observância das garantias fundamentais dos indivíduos.

Vale dizer, é através do contraditório que se possibilita o acesso a uma ordem jurídica justa, e sua observância é uma chave reguladora da democracia, uma vez que se desdobra em múltiplos aspectos que se confundem mesmo com a noção de justiça.

Esta preocupação foi, invariavelmente, abjeto de cuidado do legislador que, sempre ao propor modificação aos textos leis, ou na própria atividade da gênese legal, sempre, via de regra, buscou o apreço e a contemplação do contraditório, como não poderia deixar de ser, posto ser este um dos mais importantes preceitos reguladores da justiça e, acima de tudo, garantia fundamental individual constitucionalmente assegurada.

Ocorre que com a evolução natural do pensamento social, observa-se uma tendência, preocupante, de flexibilização das garantias fundamentais dos indivíduos em prol de outros valores surgidos socialmente e alguns outros emanados mesmo da própria constituição, dentre os quais destaca-se o princípio da celeridade processual, corolário lógico da garantia da efetividade da prestação da tutela jurisdicional.

Tal revolução de pensamento embasou-se, pelo que se percebe, na fundamentação de que se estaria, com a morosidade do poder judiciário, provocando a ineficácia da prestação jurisdicional, o que, alega-se, justificaria a mitigação de garantias constitucionais em favor de outra.

As garantias devem ser respeitadas. O argumento de que se deve compor as garantias para garantir a concretização de ambas é fraco e infundado, posto que as garantias não são contraditórias, pelo contrário: as garantias fundamentais constitucionalmente asseguradas devem ser observadas em conjunto para que se lhe atinjam o fim almejado: a democracia e a justiça para com os jurisdicionados, e não cabe a adução acerca da configuração de um Estado justo onde seja vedada a prestação de informações, ou onde os cidadãos não tenham direito de expressar seus ideais, ou que, expressando-os estes sejam ignorados pela máquina Estatal. Tampouco há justiça processual em procedimento onde as partes não tenham voz, ou que não lhes seja facultada a possibilidade e reação aos atos e termos do processo que se entendam destoantes da ordem jurídica.

O implementação da reforma do processo de execução foi um marco neste sentido. A evidente preocupação do legislador com a concretização da celeridade demonstra uma guinada nos fundamentos legislativos.

O norte da produção legislativa, que até então era o indivíduo, e, especificamente no processo, as partes, passa a ser o processo e o procedimento.

A visão que antes era de cautela, agora passa a ser mais prática, visando o desenvolvimento de mecanismos processuais que lhe garantam um fim rápido, e em alguns momentos assusta pelo desapego à justiça processual.

A desvinculação do processo do conceito de justiça, por óbvio, não é uma realidade (ou não é uma realidade atual), mas ainda que de forma pontual e em alguns casos restritos se observe a possibilidade de flexibilização da garantia do contraditório, garante da justiça processual, é necessário que se realize uma profunda investigação dos fundamentos que visam a redução de sua abrangência, sob pena de banalização do instituto com a conseqüente banalização da própria justiça contratual, o que levaria a absoluta derrocada de todo o sistema democrático.

Claro que a inflexibilidade absoluta não é uma possibilidade viável, posto que o contraditório é meio, e não fim, de maneira que, se por outros meios se poderá alcançar de forma mais eficaz a justiça processual, é evidente que deve-se permitir, sob argumentos contundentes, e , apenas diante da perpetração de atos ou fatos que, por ventura, propiciem o perecimento de direitos materiais, há que se atenuar a aplicação da garantia, que, todavia, não pode jamais ser afastada do processo, autorizando-se, maximamente, a sua postergação.

Para tanto, ou seja, para que se proceda à análise da aplicação do contraditório na nova sistemática da reforma, mister que, inicialmente se verifique a possibilidade de aplicação da garantia do contraditório no âmbito da execução.

Ultrapassada esta etapa, passa-se a uma criteriosa análise de pontos problemáticos da nova sistemática executiva, revelando-se pontos cuja interpretação equivocada possa trazer conseqüências funestas para a sistemática processual.

A importância da análise que se busca com dita verificação reside na incipiência das ilações interpretativas das normas recentes, que, justamente em virtude de seus conceitos ainda não fechados, ainda admitem aperfeiçoamento, o que deve ser aproveitado para a adequação de seus fundamentos aos moldes de justiça processual, e é esta busca que interessa ao presente trabalho.

2

JURISDIÇÃO

2.1 – Breve relato sobre a evolução e as origens da jurisdição.

O caráter iminente gregário do ser humano e sua inexorável busca por bens que lhes viabilizem ou tornem mais agradável o convívio social ou a própria vida, enseja, inevitavelmente, o surgimento de relações conflituosas decorrentes da contraposição de interesses acerca de um mesmo bem.

A origem de dita contraposição de interesses encontra feliz explanação nas palavras do ilustre jurista Francesco Carnelutti, que a este propósito narra:

o interesse é uma situação favorável à satisfação de uma necessidade; se as necessidades humanas são ilimitadas; se, ao invés, limitadas são os ‘bens’, ou seja, a porção do mundo exterior apta a satisfazê-las, produto necessário da convivência do homem com outros homens é o ‘conflito de interesses’¹.

No limiar da ciência processual a existência de conflitos entre indivíduos era solucionada através da auto-tutela, isentando-se o Estado do papel de interveniente. A guisa de exemplo, o código de Hamurabi, primeira compilação de normas jurídicas de que se tem conhecimento, que remonta do século 18 a.c. e que hoje adorna os corredores do museu do Louvre, em Paris, previa como solução dos litígios, a aplicação da *Lex Talionis*², o que é de fácil constatação mesmo pela inteligência dos artigos 229 a 232 daquele código (*in verbis*):

“229 - Se um arquiteto constrói para alguém e não o faz solidamente e a casa que ele construiu cai e fere de morte o proprietário, esse arquiteto deverá ser morto.

230 - Se fere de morte o filho do proprietário, deverá ser morto o filho do arquiteto.

231 - Se mata um escravo do proprietário ele deverá dar ao proprietário da casa escravo por escravo.

232 - Se destrói bens, deverá indenizar tudo que destruiu e porque não executou solidamente a casa por ele construída, assim que essa é abatida, ele deverá refazer à sua custa a casa abatida.”

Com o desenvolvimento social e filosófico, percebeu-se a necessidade de intervenção do Estado na aplicação das normas, extenuando-se assim, as mazelas geradas pelas relações conflituosa dos indivíduos, ou mesmo pela tentativa, vã em determinadas circunstâncias, de “composição” entre estes.

¹ CARNELUTTI, Francesco. Lezioni di diritto. v. 1/13, n. 8, *apud* Assis, Araken de. **Manual da execução**. 11 ed., rev., ampl. e atualizada com a Reforma Processual 2006/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 69.

² “olho por olho, dente por dente, sangue por sangue, vida por vida”

Dita evolução, todavia, ocorreu de forma gradual. Na antiga Roma, por exemplo, o modelo normativo, que ainda apresentava traços fortes de auto-tutela, já sinalizava no sentido de instalar-se um aparato jurisdicional através da substitutividade Estatal.

A própria lei das doze tábuas, que remonta ao ano 460 a.c., e que vigorava naquele Estado, já trazia em seu bojo previsões de imposição da intervenção do Estado em busca da solução de litígios, como se denota dos artigos 4,6,7,8,9 da tabua terceira, que continha normas processuais (*in verbis*):

- “4. Aquele que confessar dívida perante o magistrado, ou for condenado, terá 30 dias para pagar.
- 5. Esgotados os 30 dias e não tendo pago, que seja agarrado e levado à presença do magistrado.
- 6. Se não pagar e ninguém se apresentar como fiador, que o devedor seja levado pelo seu credor e amarrado pelo pescoço e pés com cadeias com peso máximo de 15 libras; ou menos, se assim o quiser o credor.
- 7. O devedor preso viverá à sua custa, se quiser; se não quiser, o credor que o mantém preso dar-lhe-á por dia uma libra de pão ou mais, a seu critério.
- 8. Se não houver conciliação, que o devedor fique preso por 60 dias, durante os quais será conduzido em três dias de feira ao comitium, onde se proclamará, em altas vozes, o valor da dívida.
- 9. Se não muitos os credores, será permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos sejam os credores, não importando cortar mais ou menos; se os credores preferirem poderão vender o devedor a um estrangeiro, além do Tibre.”.

Evidentemente, por esta época ainda não se havia por extinta a aplicação da auto-tutela como forma de solução de conflitos, o que só se deu séculos mais tarde em virtude da evolução natural do pensamento e a adequação do ordenamento jurídico aos anseios sociais de justiça (obviamente modificados com o transcurso dos anos).

Fato é que o conceito de lide sempre esteve muito ligado à própria noção de jurisdição, ou à necessidade desta, o que levou inclusive à elaboração, pelo brilhante jurista Francesco Carnelutti, do entendimento, até hoje acompanhado por alguns juristas, de que a jurisdição existiria em função da lide, ou seja, não houvesse conflitos sociais, ainda que em abstrato, desnecessária seria a existência jurisdicional.

Em sua obra, Carnelutti cita uma das maiores obras da literatura inglesa, intitulada “*A Vida e as Estranhas Aventuras de Robinson Crusoe*”, que narra a história de Robinson Crusoe, que, sobrevivendo a um naufrágio, vive isolado em uma ilha durante vinte e oito anos, período em que vive independente de regras, e livre de conceitos pré-concebidos, e se vê permitido a fazer tudo quanto lhe seja conveniente. A certa altura do romance, Crusoe encontra-se com “Sexta-feira”, a quem salva de perseguidores que lhe intencionavam a morte, e, em sinal de gratidão, Sexta-feira passa a lhe servir. Do convívio, advém, em determinados

momentos, o conflito de interesses sobre determinados bens, o que gera a necessidade de estipulação de determinadas regras de convívio, que, antes, não se faziam necessárias³.

Carnelutti conclui seu raciocínio através de seu conceito clássico de jurisdição, segundo o qual, a jurisdição seria a função do Estado de obter a justa composição da lide; teoria esta que nos dias atuais não prevalece, eis que é sabido que nem sempre o Estado compõe as lides, como nem sempre há lides para se compor; para que se perceba tal circunstancia, basta pensarmos na possibilidade de um ação de usucapião, por exemplo, em que Autor e Réu concordem que deva ser conferida a propriedade ao possuidor direto, o que, ainda assim, não afastaria a intervenção do Estado-juiz para sua declaração, como preconiza o artigo 941 do Código de Processo Civil⁴, combinado com o artigo 1.241 do Código Civil⁵.

Entende-se hoje pela maior precisão da teoria desenvolvida pelo, também italiano, jurista Giuseppe Chiovenda, para quem, a jurisdição seria a ação do estado de atuar a vontade concreta da lei.

Note-se todavia, que a expressão “vontade concreta da lei”, que outrora se adequaria ao jargão jurídico praticado, não mais corresponde ao sentido que aquele brilhante jurista pretendeu dar ao seu pensamento, que hoje melhor seria traduzido pela conceito de que a jurisdição seria a ação do Estado de atuar a vontade concreta do Direito objetivo.

Surge ainda, como terceira forma de conceituação da jurisdição, um entendimento misto, pouco difundido, que define a jurisdição como a ação do Estado de atuar a vontade do Estado a fim de alcançar a justa solução da lide, conceito este que se torna inviável posto que busca a reunião de pensamentos antagônicos.

Mister destacar-se que o desenvolvimento de um modelo jurisdicional nada mais é que a busca pelo aperfeiçoamento da consecução do anseio social de justiça, que, somente se torna tangível através de medidas adotadas pelo Estado, e que assegurem a aplicação efetiva das leis de forma justa e imparcial (processo), e assegure meios de acesso aos provimentos jurisdicionais (ação)⁶.

Desnecessário dizer que não bastariam à consecução dos ideais de justiça a mera elaboração de parâmetros formais de avaliação e ponderação dos interesses contrapostos se

³ DEFOE, Daniel. **A Vida e as Estranhas Aventuras de Robinson Crusóe**. 1719.

⁴ Art. 941 do Código de Processo Civil: “Compete a ação de usucapião ao possuidor para que se lhe declare, nos termos da lei, o domínio do imóvel ou a servidão predial”.

⁵ Art. 1.241 do Código Civil: “Poderá o possuidor requerer ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel.

Parágrafo único. A declaração obtida na forma deste artigo constituirá título hábil para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.”

⁶ Dada a importância destes elementos (ação, processo e jurisdição), e a sua indissociabilidade da formação e concretização do Direito justo, passou-se a intitular tais elementos de trilogia fundamental do Direito.

esses parâmetros formais não fossem orientados por uma estrutura normativa de que o conduzisse de forma justa, ou seja, não bastava que a jurisdição apontasse para a solução justa do conflito se o processo estivesse eivado de mazelas que se contrapusessem àquele ideal; era necessário garantir-se um processo justo de direito.

2.2 – Jurisdição como instrumento de consecução do justo fim de Direito

Verificada a imprescindibilidade da jurisdição como meio de consecução da justiça social, importa analisar os instrumento de que dispõe a jurisdição para concretizar este seu fim, o que só se alcançaria garantindo-se, precipuamente, o acesso amplo aos instrumentos da jurisdição, garantindo-se a adoção de meios justos de processamento e julgamento das demandas, a participação inafastável das partes na produção e desenvolvimento deste processo e a possibilidade de intervenção em cada uma de suas etapas, que, atendidas, conduzirão, fatidicamente a uma solução justa e efetiva de Direito.

Assim, a inobservância de tais preceitos, implicaria na invalidação de toda a atividade jurisdicional, distanciando-se mesmo do conceito de jurisdição. Nesta esteira, informa a ilustre professora Ada Pellegrini Grinover:

A ordem jurídico-positiva (Constituição e leis ordinárias) e o labor dos processualistas modernos tem posto em destaque uma série de princípios e garantias que, somados e interpretados harmoniosamente, constituem o traçado do caminho que conduz as partes à ordem jurídica justa. O acesso à justiça é, pois, a idéia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias. Assim, (a) oferece-se a mais ampla admissão de pessoas e causas ao processo (universalidade da jurisdição), depois (b) garante-se a todas elas, no cível e no criminal a observância das regras que consubstanciar o devido processo legal, para que (c) possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do contraditório), podendo exigir dele a (d) efetividade de uma participação em diálogo -, tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação. Eis a dinâmica dos princípios e garantias do processo, na sua interação: teleológica apontada para a pacificação com justiça⁷.

Tais princípios, vale dizer, não apenas informam o conceito de jurisdição, mas realizam com ele uma relação simbiótica, posto que, para os parâmetros sociais atuais, não seria sequer concebível a existência daquela sem estes ou vice-versa, inobstante a constatação de que a consecução de um resultado justo do processo depende sobremaneira da aplicação destes institutos.

⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo. **Net**, São Paulo, 2003. LFG – Rede de ensino Luiz Flavio Gomes. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. acesso em 23 maio 2008.

É de se notar, que estudar o Direito e seus fenômenos, bem como aplicá-lo baseado exclusivamente em seus aspectos dogmáticos, é limitar seus institutos à mera formalidade do Direito positivo, o que não deve prevalecer sob pena de forçar-se os “operadores” do Direito à limitação mesmo da própria formalidade conotativa da norma⁸. Impõe-se, pois, um estudo conjuntural das normas positivas com os princípios e fundamentos elementares da jurisdição para que se alcance o fim concreto da norma. Assim o é, que continua a professora Ada Grinover sua argumentação no sentido de que para que o processo alcance a sua efetividade, eliminando os conflitos de forma justa é indispensável a conscientização acerca da importância política do direito, bem como é necessário um esforço genérico a fim de se superarem os entraves que obstam a boa qualidade da prestação jurisdicional.

O primeiro dos entraves apontados é a dificuldade do acesso à justiça consubstanciados nas barreiras econômicas que se impõe à apreciação do poder judiciário. Demais disso, também a dificuldade de instituição de mecanismos de defesa coletiva, na opinião daquela doutrinadora, em determinados momentos faz perpetrar uma série de injustiças cuja apresentação ao judiciário, individualmente, não seriam viáveis.

O segundo aspecto a ser observado seria a imposição do devido processo legal. Isto importa dizer que às partes deve ser assegurado o respeito ao contraditório e à ampla defesa, devendo o juiz impor que algumas medidas sejam adotadas para que o processo se desenvolva dentro desses parâmetros.

O terceiro elemento é a necessidade de que o juiz se pautar na estrita busca pela justiça. Não seria razoável permitir-se que, em prol da observância de elementos formais possa-se evitar a realização da prestação material e, conseqüentemente o perecimento do direito material das partes.

Por fim, o quarto elemento que se deve observar é a efetividade processual. Por óbvio, o fim do processo não pode ser outro que não a prestação efetiva da tutela jurisdicional. Não se pode permitir que o processo se desvirtue ou se estenda mais que o necessário para o deslinde da causa sob pena de ter sido mero desperdício de energia processual.⁹

Os elementos que norteiam a jurisdição permeiam o conceito de processo, e também dele são indissociáveis, de maneira que a carência de algum destes elementos ensejaria a marcha irregular do processo (instrumento da jurisdição).

⁸ JORGE, André Guilherme Lemos. *A efetividade dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa no inquérito civil*. 2007. 105 f. Dissertação. (mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. Net, São Paulo, 2003. LFG – Rede de ensino Luiz Flavio Gomes. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. acesso em 23 maio 2008

Logicamente, a análise de todos os princípios componentes da jurisdição tais como inércia, substitutividade, natureza declaratória, lide, definitividade¹⁰, etc, demandaria um estudo mais profundo, que fugiria ao escopo deste estudo, que se aterá à observação daquele que, nas palavras do brilhante jurista e professor Leonardo Greco, é o mais importante princípio geral do processo, qual seja, o contraditório, que implanta no seio do processo judicial a participação democrática das partes, garantindo que não se produzam, por atos de autoridade, afeitos capazes de atingir qualquer indivíduo ou seu patrimônio sem que se lhe permita a participação na decisão¹¹.

¹⁰ Lide e definitividade não são aceitos por todos os doutrinadores como elementos da jurisdição, que se opõe aos mesmos sob a alegação de que não seria, a despeito das teorias desenvolvidas por Crnelutti, a lide um elemento essencial à instrumentalização da jurisdição, como já o propunha Chiovenda; tampouco seria a jurisdição uma meio de conferir definitividade às soluções das demandas judiciais de uma modo geral e irrestrito, o que se verifica, v.g., nas ações de alimentos, em que o provimento jurisdicional não tem cunho definitivo.

¹¹ GRECO, Leonardo. A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos dos Goytacazes, Ano VII, Nº 9, p. 121, Dezembro de 2006.

3

CONTRADITÓRIO**3.1 As origens e a evolução histórica do contraditório**

O princípio do contraditório, representado pelo diálogo das partes é, reconhecidamente, meio precípuo de composição justa de conflitos e instrumento da justiça social, e suas raízes remotas foram erigidas ao compasso da criação do próprio Direito.

O código de Hamurabi, primeira compilação legal de que se tem notícia, já previa, ainda que de forma primitiva, e em determinadas circunstâncias específicas, a realização do que seria uma forma incipiente da audiência bilateral, utilizada como meio possível de solução de litígios, como ocorria nos casos em que, por exemplo, um negociante e um comissionário divergissem acerca da restituição de valores por este em face daquele, circunstância em que, uma vez insurgido o comerciante, ambos (comerciante e comissionário) eram levados diante dos anciãos, e, perante testemunhas, o comissionário apresentava sua antítese à tese do comerciante a fim de convencer ao comerciante e aos anciãos de que seria a sua a versão verídica dos fatos, a fim de que se pudesse alcançar uma composição adequada e justa, quando possível¹².

Tal procedimento, ululantemente, se orientava pelos preceitos que, à época, se tinha de “jurisdição” e de solução de litígios. A aplicação do que se poderia chamar de “o embrião do princípio do contraditório” com a realização da audiência bilateral, era deveras restrita, e não bastaria para a satisfação do conceito que hoje se tem de justiça.

Para José Cretella Neto, que afirma serem o contraditório e a ampla defesa de origem remota, a própria Bíblia apresenta duas passagens que ilustrariam a existência do contraditório: “a) Perguntou Jeová a Adão, antes de puni-lo pelo pecado original: ‘Adão, onde estás?’; e b) o Evangelho de São João adverte: *nemo inauditus damnari potest*”¹³

Na Grécia antiga, donde promana o brocardo *audiatur et altera pars*, sobre o qual considera-se erigir o princípio do contraditório, chegou-se a considerar que tal princípio seria

¹² Código de Hamurabi, artigo 107: “Se o negociante engana o comissionário pois que este restituiu tudo que o negociante lhe dera, mas, o negociante contesta o que o comissionário lhe restituiu, o comissionário diante de Deus e dos anciãos deverá convencer o negociante e este, por ter negado ao comissionário o que recebeu, deverá dar seis vezes tanto”

¹³ CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 68

um símbolo do Direito natural, sendo reputado por alguns autores da época como um fundamento de direito natural, e, conseqüentemente, inextricável do processo¹⁴.

Ainda na antiguidade, na Europa, os anseios por uma solução precisa para os processos judiciais desaguavam na busca pela verdade, que, por sua vez, se calcava na possibilidade de, através do contraditório, estabelecerem-se parâmetros fulcrados na ponderação do resultado da dialética estabelecida entre as partes, que, assim, forneceriam informações às quais o juiz não teria acesso pela mera análise objetiva do direito positivado, qual seja, a verdade das partes sobre os fatos¹⁵.

Em consonância com este entendimento, encontra-se, por exemplo, o posicionamento expressado por Picardi, que a este respeito aduziu que, para a concepção medieval, citação e defesa seriam instrumentos de diálogo das partes, entendendo que seria impossível alcançar-se uma verdade absolutamente coesa no âmbito judicial, posto que a única verdade possível seria a provável, e que, mesmo esta, somente se alcançaria através do diálogo das partes, que lhes asseguraria a reciprocidade através do *ars opponendi* e do *ars respondendi*¹⁶.

A evolução dos elementos e dos conceitos de jurisdição e processo, bem como a evolução da mentalidade social e filosófica aliada à preocupação com a contemplação das garantias individuais e da aproximação do processo à justiça, apontavam no sentido de se desenvolverem, cada vez mais, mecanismos capazes de transformar a atividade jurisdicional, exercida através do processo, em um meio de concretização da justiça através do processo, o que passaria, inevitavelmente pela busca da legitimação processual, e pela busca da verdade, que somente se alcançariam por meio do contraditório.

Assim, o processo passa a assumir um papel de meio de análise dos interesses contrapostos das partes conflitantes para, à luz do ordenamento jurídico em que se inserem, verificar-se qual desses interesses melhor se encaixa nos anseios do ordenamento jurídico vigente, ou seja, o processo é o instrumento de que dispõe o Estado-Juiz para, analisando interesses, contrapostos ou não, definir qual dentre os interesses manifestados pelas partes deve prevalecer por ser mais afim ao ordenamento jurídico, definindo-o através de um resultado justo do processo.

¹⁴ NUNES, Dierle José Coelho. **Teoria do Processo (panorama doutrinário mundial)**. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). Teoria do processo: panorama doutrinário mundial. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2008. p. 154

¹⁵ GRECO, Leonardo. **Estudos de direito processual**. Coleção José do Patrocínio. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos. p. 542.

¹⁶ PICARDI, Nicola. Processo Civile (Dirito moderno). *Enciclopedia del diritto*. Milano: guffre, 1987. p. 115. *apud* NUNES, Dierle José Coelho. Op. Cit. p. 154.

O modelo de jurisdição voltada para a busca da verdade, e, portanto baseado na busca da verdade, realizada basicamente através da instauração do contraditório, perdurou até meados do século XVIII, quando a situação política e social europeia impedia a manutenção de um sistema processual voltado para a consecução da justiça. Passou-se a ter um juiz a quem o Estado (absoluto) conferia poderes investigativos e inquisitoriais, e cujo juízo se pautava não mais na busca pela verdade factual, mas pela verdade fictícia, que seria aquela que melhor aprovesse ao Estado.

A figura do julgador saiu do juiz e se corporificou num mandatário do próprio Estado cuja parcialidade se proclamava, o que acabou por dar início à decadência do princípio do contraditório, que não mais tinha vez, haja vista que não se buscava mais, através do processo, a “verdade real”, mas a “verdade interessante”, e assim, limitava-se a aplicação do princípio à mera faculdade de manifestação das partes, que, todavia, não tinham o condão de interferir na solução da questão conflituosa¹⁷.

Já na segunda metade do século XIX, as correntes juspositivistas passam a ganhar força no cenário jurídico internacional, fazendo com que, através do desprendimento das questões morais do direito, e pelo afastamento da busca da justiça social, ou justiça individualizada, que dava lugar à justiça objetiva das normas postas, a aplicação do contraditório, e sua própria interpretação diante da necessidade de busca por um resultado justo de direito se, distanciasse da proposição inicial do conceito, o que faz com que o axioma da bilateralidade processual deixasse de ser regra processual para ocupar espaço de elemento eventual, restringindo-se sua aplicação a apenas uma parcela dos procedimentos e não mais aplicando-o de forma genérica.¹⁸

Na Alemanha, durante o regime nazista, algumas correntes doutrinárias ligadas à concepção autoritária de direito implementada naquele país, chegaram a propor a extinção da aplicação do princípio do contraditório¹⁹, como meio de se assegurar a consecução dos fins imperativos daquele regime, cujas proposições eram ou foram, diametralmente opostas aos fins do princípio em comento.

¹⁷ NUNES, Dierle José Coelho. **Teoria do Processo (panorama doutrinário mundial)**. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). Teoria do processo: panorama doutrinário mundial. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2008. p. 155.

¹⁸ GRECO, Leonardo. **Estudos de direito processual**. Coleção José do Patrocínio. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos. p. 543.

¹⁹ BAUMBACH. *Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit. Zeitschrift der akademie für Dutsches Recht*. 1938. p. 583, *apud* Picardi, Nicola. *Il Principio del Contraddittorio*. p. 67, *apud* NUNES, Dierle José Coelho. **Teoria do Processo (panorama doutrinário mundial)**. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). Teoria do processo: panorama doutrinário mundial. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2008.p.158.

Com o fim da segunda guerra mundial e a conseqüente queda dos regimes autoritários, inicia-se um processo amplo de constitucionalização das garantias processuais, fazendo ressurgir na sociedade mundial, sobretudo na Europa, os anseios pela reconstrução de um sistema jurídico-administrativo que velasse pela igualdade dos indivíduos e pela justiça dos institutos jurídicos e administrativos, fazendo emergir o contraditório como elemento basilar do processo, guiado pelo interesse na colaboração das partes na sistemática processual, que proporcionam mesmo, nova análise ao princípio²⁰.

É a necessidade de conferência de concretude às tendências racionais humanitárias da sociedade e a evolução filosófica do reconhecimento da própria dignidade humana que impõe de maneira incisiva a ampliação do instituto do contraditório, representado pelo diálogo das partes como instrumento da justiça processual.

Neste momento de recondicionamento processual com a reorganização dos institutos basilares e a substituição dos institutos autoritários por princípios democráticos, o contraditório assume papel de elemento chave, representando uma garantia mais ampla, que se desliga da noção de processo judicial, elevando-se sobre esta e figurando como elemento da jurisdição e, portanto, amplamente aplicável não apenas aos processos judiciais mas a todo e qualquer processo.

Tão perceptível é a elevação do princípio da contradição, que alguns autores chegam a propor a sua aplicação até mesmo de forma desvinculada da jurisdição, ou seja, seria impositiva a observância ao princípio mesmo em processos não-jurispcionais²¹.

A partir deste ponto, notou-se uma preocupação de proporções mundiais no que tange à constitucionalização do contraditório, com vias a dar maior efetividade ao princípio, e impedir a sua sobreposição.

No Brasil não foi diferente. A Constituição de 1988, erigida sob necessidade patente de devolução das garantias mínimas de cidadania e humanidade das quais foi privada a sociedade através de duas décadas de ditadura militar, adotou uma linha de orientação que passa pela afirmação dos direitos e garantias fundamentais, o que rendeu à carta magna vigente o título, muito comumente empregado, de “constituição cidadã”.

Como não poderia deixar de ser, a Constituição ao ocupar-se da consolidação dos elementos básicos que garantissem a tão almejada justiça social, trouxe estampada em seu

²⁰ NUNES, Dierle José Coelho. **Teoria do Processo (panorama doutrinário mundial)**. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). Teoria do processo: panorama doutrinário mundial. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2008. p.159

²¹ “A garantia do contraditório estende-se a todos os tipos de processo – civil, penal, trabalhista, ou mesmo não-jurisprudencial” CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 69.

artigo 5º, LVI, a imposição da adoção dos princípios do contraditório e da ampla defesa (corolário lógico daquele primeiro), insertos em seu Título II, que trata dos “Direitos e Garantias Fundamentais”.

Daí o contraditório, que na Constituição de 1967 apenas era assegurado à instrução criminal nos moldes do seu artigo 150, § 16²², passa a figurar como garantia fundamental, elevando-se sobre a sua condição anterior de princípio legal e passando a garantia constitucional, trazido a cargo do artigo 5º, LV da CRFB/88²³.

Este, como bem aponta o brilhante professor Leonardo Greco, é o fastígio do até então princípio processual do contraditório: sua elevação à condição de garantia fundamental²⁴.

3.2 Conceito

É possível afirmar-se sem dúvida que o contraditório é o mais importante corolário do devido processo legal, servindo como sustentáculo da jurisdição no âmbito jurídico e exercendo papel fundamental na esfera política como condição inexorável à manutenção do Estado Democrático de Direito.

As origens da garantia do contraditório, ou seja, as razões políticas e sociais que conduziram a elevação do pensamento do legislador à positivação da garantia, demonstram a sua índole de garante da ordem social e da dignidade humana.

Através do contraditório permite-se o controle do exercício das demais garantias fundamentais, posto que, sem a realização do contraditório as demais garantias seriam meras proclamações superficiais e inócuas, o que levou alguns autores a denominarem o contraditório como o “princípio político da participação democrática”.²⁵

²² Artigo 150 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1967: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”

§ 16 - A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu.”

²³ Artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

²⁴ GRECO, Leonardo. **Estudos de direito processual**. Coleção José do Patrocínio. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos. p. 544.

²⁵ Loc. cit.

3.2.1 Uma visão jurídica do contraditório

No âmbito judicial, com a elevação do princípio à condição de garantia fundamental, os reflexos foram notórios: o contraditório deixa de ser mero direito material das partes e passa a ser elemento fundamental e inextrincável da jurisdição, devendo, pois, o Estado, ocupar-se de sua aplicação, e garantir-lhe em absolutamente todos os seus atos.

A necessidade de impor-se a aplicação do princípio do contraditório de forma perene no curso da instrução processual se deve à necessidade de legitimação dos atos do poder judiciário, que somente são alcançados através da ampla aplicação do contraditório. Isto porque, como se verá adiante, o poder judiciário não possui legitimação previa para atuar em nome da sociedade, pelo que, a não observância do princípio em comento acarreta, invariavelmente em um resultado ilegítimo, fruto de um processo não verdadeiro.

Se por um lado é fatídico o alargamento da garantia do contraditório, de outro, seria impossível a efetivação desta expansão pela pura e simples declaração, ainda que constitucional, desta garantia, que, pela perspectiva anterior, encontrava limites que transcendiam às partes e a sua possibilidade de evocar a aplicação de seus direitos materiais. Esta limitação era a forma da prestação jurisdicional, mais precisamente, a limitação a aplicação do princípio do contraditório se traduzia no afastamento do juiz e das partes.

A visão de contraditório como abertura exclusiva das partes é pretérita, já não se encaixa mais nos moldes sociais atuais, e deve ser repelida a todo custo para que se evite o retrocesso²⁶.

Neste ponto da evolução da garantia do contraditório, era necessário transpor a as barreiras procedimentais e garantir que o contraditório não se limitasse ao simples diálogo das partes, mas que fosse encarado como elemento de convalidação ampla de toda a atividade processual. Restringir o contraditório à bilateralidade é aceitar que a legitimação dos atos jurisdicionais poderia se dar pela livre expressão de vontades das partes, sem necessariamente depender da atividade que se pretende validar pela nova amplitude do contraditório, que é a atividade do juiz.

Vale dizer, garantir o direito à voz ativa não assegura, por si só, a estrutura democrática do Estado, que não se funda apenas na liberdade de expressão, a exemplo do que ocorria na Colônia Cecília, no Paraná, no final do século XIX, onde a experiência anarquista que se propunha garantia a máxima liberdade de expressão, sem que, contudo, tal expressão tivesse qualquer interferência na regência do destino da sociedade ou nos rumos da

²⁶ CRETELLA NETO, José. Op. Cit. p. 70

coletividade, o que, aliás, é motivo característico da falência do regime anarquista, onde não há sopesamento dos interesses sociais, que, apesar de existirem, são ignorados pela coletividade por absoluta inexistência de quem os contraponha.

Não cabe no momento jurídico, filosófico e sociológico nacional, admitir-se a indiferença do Poder Público ante às manifestações sociais, e o elo entre o poder público e a manifestação social não poderia ser outro que não o contraditório

É inevitável, para a manutenção do Estado Democrático de Direito, a conclusão pela necessidade de garantir-se, além da manifestação das partes, a possibilidade de manifestação do juízo acerca destas manifestações, do que deve decorrer a possibilidade de intervenção no curso das atividades judiciais.

Assim, para que se alcancem as proporções vislumbradas pelo legislador, seria necessário a implementação de uma nova visão do contraditório, onde fossem envolvidas não apenas as partes como possuidores do direito ao contraditório, mas também o Estado, corporificado na figura do juiz como fiscal da aplicação da garantia, incluído-se ele também como elemento do próprio contraditório. É dessa visão democrática que emerge o conceito moderno de contraditório: o contraditório participativo.

Sobre o tema, o professor Leonardo Greco assevera:

Instaura-se na segunda metade do século XX, o que poderíamos chamar de contraditório participativo, ou seja, o contraditório que, não só alarga todas as faculdades de as partes atuarem no processo em favor dos seus interesses, mas que impõe ao juiz o dever de abandonar a postura burocrática e meramente receptícia, para ativamente envolver as partes num diálogo humano construtivo, em que o julgador não se limite a ouvir e as partes não se limitem a falar sem saber se estão sendo ouvidas, mas em que uns e outros, em comunicação de dupla via, construam juntos a solução da causa. Como diz Picardí, o contraditório deixou de ser um simples instrumento de luta entre as partes para transformar-se num instrumento operacional do juiz, ou melhor, um pressuposto fundamental do próprio julgamento.²⁷

Ainda relativamente à expansão do campo de abrangência do princípio do contraditório, como se anuncia em boa sede doutrinária, pode-se perceber que o contraditório extrapola os planos intra e extraprocessual, dissociando-se a idéia de elemento processual do contraditório, e portanto, afastando a sua sujeição à forma e ao procedimento empregados no processo, passa-se a encarar a garantia como uma prerrogativa, ou ainda, uma garantia individual constitucionalmente assegurada às partes do processo, e um poder-dever do Estado.

A garantia do contraditório é inerente às partes litigantes – autor, réu, litisdenunciado, oponente, chamado ao processo – assim, como também ao

²⁷GRECO, Leonardo. **Estudos de direito processual**. Coleção José do Patrocínio. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos. p. 544 a 545.

assistente litisconsorcial e simples e ao ministério público, ainda que atue na função de fiscal da lei. Todos aqueles que tiverem alguma pretensão de direito material a ser deduzida no processo tem direito de invocar o princípio do contraditório em seu favor.²⁸

Pela amplitude de seus conceitos, sempre voltados à justiça processual e à garantia da dignidade humana, alguns doutrinadores chegaram a afirmar que seria o contraditório equivalente às garantias de defesa e de igualdade formal das partes, o que não se justifica no ordenamento jurídico pátrio, onde o conceito de contraditório, após a sua elevação à condição de garantia fundamental, não apenas superou aqueles outros, como passou a ser encarado como meio para a sua consecução.

Tal entendimento seria cabível, por exemplo, no ordenamento italiano, onde o princípio do contraditório não encontra respaldo constitucional específico, sendo a sua comparação com os princípios da igualdade e da ampla defesa decorrente de interpretação analógica que se extrai do § 2º do artigo 24 (que estabelece a garantia de defesa), ou do § 1º do artigo 3º (que estabelece a igualdade) da constituição daquele país, o que é utilizado como uma espécie de subterfúgio doutrinário para a conferência de contornos de garantia constitucional ao princípio do contraditório.²⁹

A amplitude do contraditório é mais facilmente perceptível pela análise de seus fundamentos e elementos, que dão a dimensão exata de sua presteza.

3.2.1.1 *Audiência bilateral*

Não por acaso passa-se a analisar inicialmente a característica da bilateralidade. Trata-se do mais relevante fundamento da garantia do contraditório, responsável pela imposição da prestação de informação às partes sobre todos os atos e termos do processo.

Como se percebe, esta é a própria essência do contraditório, que, como é de se supor, não se limita à mera imposição da prestação de informações. Para que se assegure a atuação da garantia do contraditório, é imprescindível que tais informações sejam prestadas em tempo razoável, entendendo-se por “razoável” a garantia de manifestação das partes acerca dos elementos lançados no bojo processual.

²⁸ CALAVROS, Constantin. *Urteilswirkungem zu lasten Dritter*, Biefeld, 1978, p. 39-40; SCHLOSSER, Peter. *Urteilswirkungen und rechtliches Gehör*, JZ 1967, p. 431 et seq. *apud* NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 8 ed., rev., ampl. e atualizada e atualizada com as novas súmulas do STF e com a análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 171

²⁹ COLESANTI, Vittorio. *Principio Del contraddittorio e procedimenti speciali*. Revista di dirittoprocessuale. Padova: Cedam, n. 4. p. 577-619, 1975 *apud* NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2008. p.160

Tal constatação emana mesmo da interpretação do conceito de contraditório participativo, onde, como visto, não basta assegurar-se as partes em litígio a possibilidade de manifestação, mas sim, é necessário que desta manifestação advenha a possibilidade de intervenção o curso processual, e para tanto, é desnecessário dizer que a informação precisa ser prestada em tempo hábil.

Evidentemente, há circunstâncias em que, a urgência da medida que se pretende adotar no curso do processo, e os riscos que possivelmente advenham de sua não adoção, ensejam a necessidade de postergação da realização do contraditório, como é o caso, por exemplo da antecipação de tutela *inaudita altera parte*, onde a parte em face de quem se realiza a constrição somente toma conhecimento do ato após a sua concretização.

Importante frisar, entretanto, que em hipótese alguma a realização do contraditório pode ser desprezada; no exemplo supra, como em outras hipóteses de deferimento de tutela ou de promoção e atos ao arrepio do conhecimento da parte adversa, o contraditório ocorre de maneira ulterior, mas também nestes casos é assegurado.

Neste ponto, é necessário muito acuro do magistrado, que, ao proceder a determinado ato processual, ou autorizar sua feitura afastando o conhecimento das demais partes processuais incorre no risco de eivar a instrução de ilegitimidade, dando-lhe contornos inquisitoriais.

Para afastar a possibilidade do vício, ou reduzir a possibilidade de sua incidência sem, todavia, impedir a prestação da tutela urgente, é que se restringiu o leque de possibilidades de produção processual unilateral, limitando-se tal procedimento às situações em que reste cabalmente demonstrada a possibilidade de que, da demora na prestação jurisdicional advenha dano injusto, grave e de difícil, impossível ou incerta reparação, em hipótese alguma pode ser afastado.

Nestas, e somente nestas situações de urgência, a fim de evitar-se o perecimento e um direito material, é que se privilegia a atuação do magistrado em detrimento da ação plena da garantia do contraditório, que, repita-se a exaustão: não é obstado, mas apenas postergado.

A natureza da garantia, entretanto, impõe, através do elemento que ora se comenta, a informação adequada, prestada em tempo hábil a possibilitar a eventual manifestação das partes, sendo esta a regra. A preterição da informação, e assim, da instauração do contraditório, é, e precisa ser, excepcional, sob pena de desvirtuar-se a aplicação da garantia que se analisa.

Outrossim, não basta que seja tempestiva a ciência dada as partes, é necessário que esta seja adequada ao procedimento e aos objetivos processuais almejados. Isto significa, que

é através da observância do elemento da audiência bilateral que se impõe que as notificações, intimações e citações sejam feitas de modo a, realmente, transmitir-se às partes, ciência dos atos praticados, não bastando que a ciência seja meramente formal.

Em suma, o elemento da audiência bilateral é a ciência prévia, eficaz e necessária dos atos e termos processuais, que visam possibilitar eventual manifestação das partes no processo.

3.2.1.2 *Ampla defesa*

O aspecto da ampla defesa é a garantia da continuidade da observância da bilateralidade do contraditório, ou seja, a ampla defesa é a possibilidade conferida às partes de que, diante do ato ou termo processual noticiado, se lhe faculte a possibilidade de manifestação.

Vale dizer, esta manifestação é na verdade a via através da qual as partes podem, real e concretamente, agir no processo, alterando-lhe o curso e influenciando nas decisões e no sistema valorativo do magistrado.

Alexandre de Moraes, em sua obra intitulada “Direito Constitucional” tratou por definir a ampla defesa como “o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade, ou mesmo de omitir-se ou calar-se se entender necessário”.³⁰

Com efeito, a garantia da ampla defesa de fato assegura, como dito, ao réu a possibilidade e defesa em a ser realizada em prol da consecução da justiça processual e da busca pela verdade. Entretanto, não se pode limitar o instituto a esta concepção.

Para que a instauração do contraditório alcance a projeção intencionada pelo legislador, que é aquela que, não-obstante, satisfaz o anseio social de justiça, liberdade e igualdade, é mister que se encare a ampla defesa de forma mais abrangente.

Assim, primeiramente, há que se salientar a defasagem da nomenclatura, posto que o instituto da “ampla defesa” não visa à defesa de maneira exclusiva, mas a manifestação processual de uma forma geral. Assim o é, que seria inconcebível o acatamento à idéia de que a ampla defesa seria prerrogativa do réu. Tal inferência corresponderia a afirmar que a garantia d contraditório em si somente socorreria ao réu, o que configura verdadeira falácia jurídica.

³⁰ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 125.

Melhor seria que ao instituto se referisse o legislador como “ampla intercessão”, já que na verdade, nem todas as matérias deduzidas em virtude da aplicação da ampla defesa são, de fato, defensivas, e, tampouco as deduções promanam sempre do réu.

Nesta esteira, a guisa de exemplo, destaca-se segmento da obra do ilustre professor Leonardo Greco, que acerca do tema aduziu ser possível a síntese do elemento da ampla defesa “no direito de apresentar alegações, propor e produzir provas, participar da produção das provas requeridas pelo adversário ou determinadas de ofício pelo juiz e exigir a adoção de todas as providencias que possam ter utilidade na defesa dos seus interesses”³¹

A ampla defesa não pode, sob pena de mitigação da própria garantia, se restringida à mera defesa. Este é o elemento da atividade das partes, é a ferramenta de que dispõe as partes para atuar, em conjunto com o juízo, para o deslinde da causa.

Demais disso, a visão do conceito de ampla defesa como elemento de ação negativa, ou seja, não se pode supor que seu emprego seja condicionado ao ataque adversário, ou mesmo à manifestação adversária, ou à manifestação do magistrado. A ampla defesa é elemento de ação e não de reação.³²

3.2.1.3 *Flexibilização dos prazos*

Como visto, a aplicação da garantia do contraditório, inicialmente, depende da ciência dos atos e termos processuais, que em nada aproveitariam às partes se não se lhe assegurassem a faculdade de intervenção no curso processual; é a dicotomia ciência necessária e reação possível. Esta possibilidade de manifestação se materializa na viabilização de instrumentos de interferência das partes na instrução processual. Com estes elementos, o contraditório ainda não se completa; é necessário que o prazo assinado para a manifestação das partes seja condizente com as circunstâncias mundanas, e não uma mera estipulação virtual. É necessário que o prazo concedido para manifestação seja razoável.

É sabido que a definição das formas e procedimentos de manifestação processual é definida em lei, nos termos do artigo 22 da Constituição da República Federativa do Brasil. Entretanto, no que tange à estipulação dos prazos processuais, é imprescindível, para que se garanta o contraditório aplicado de maneira idônea, que se observe, como ocorre, uma

³¹ GRECO, Leonardo. **Estudos de direito processual**. Coleção José do Patrocínio. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos. p. 548.

³² Ibid. p. 549.

margem de discricionabilidade do magistrado no que pertine à flexibilização da aplicação e regência destes prazos.

Assim, não é apenas possível, mas recomendável, que, no advento de fortuito de fato que torne inviável a atenção ao prazo firmado para determinado ato, devolva-se ou renove-se o prazo que cabia a parte para manifestação. Sobre o tema:

O processo justo, que trata as partes com dignidade, confere ao juiz o poder de, sem prejuízo da sua celeridade, dosar os prazos de acordo com as necessidades defensivas da parte, que variam em função das circunstâncias da causa e as imposições do próprio direito material. Impossibilitada de praticar o ato no prazo que lhe for conferido por motivo alheio à sua vontade, deve a parte ter esse prazo prorrogado ou devolvido, independentemente da imprevisibilidade ou imprevisão do fato impeditivo.³³

Obviamente, esta flexibilização deve se dar nos limites legais, até mesmo em respeito a garantia do próprio contraditório que também socorre à parte adversa, entretanto, o que se impõe não é uma dilação de prazos, mas sim o direito de exigir-se do magistrado que os prazos sejam palpáveis, possibilitando, de fato, a manifestação adequada sobre a questão posta.

3.2.1.4 *Igualdade das partes*

Por fim, o quarto aspecto que emana da garantia do contraditório é a imposição de igualdade de condições entre as partes, que na prática, atua como o fiel da balança equilibrada da justiça e os reflexos desta atuação incidem diretamente sobre a qualidade (justiça) da instrução do feito.

Desta forma, é imprescindível que o juiz não seja mero expectador do debate processual. não há como se garantir um processo paritário sem a intervenção do juiz.

O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra; somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz. Somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a tese e a outra antítese) o juiz pode corporificar a síntese, em um processo dialético. É por isso que foi dito que, as partes em relação ao juiz, não têm papel de antagonistas, mas sim de “colaboradores necessários”: cada um dos contendores age no processo tendo em vista o próprio interesse, mas a ação combinada dos dois serve à justiça na eliminação do conflito ou controvérsia que os envolve.³⁴

³³ Loc. cit.

³⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO; Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 20. ed. rev. atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 55.

É evidente que a isonomia das partes requer que sejam dispensados tratamentos isonômicos entre as partes, o que não significa, todavia, dizer que devam ser iguais os tratamentos.

A propósito, o tratamento diferenciado é pré-requisito para a concretização da isonomia, o que se justifica mesmo pela necessidade do juiz de atuar no feito suprindo as carências (na medida do possível e do razoável) das partes, de maneira a manter equilibrada a relação travada.

O juiz não deve e não pode usar medidas diferentes para analisar casos ou circunstâncias análogas, entretanto, é mais que razoável, é justo, que o juiz interceda na relação processual quando se encontre evidentemente díspares as condições de atuação das partes em litígio. É o que se verifica por exemplo com a concessão do benefício da gratuidade de justiça ou com a nomeação de curador especial.

Vale dizer, o princípio da igualdade não afeta unicamente o juiz como autoridade pública e intérprete da lei, mas também se dirige ao legislador e ao particular.³⁵

O interprete, ou aquele que deve aplicar as normas deve negar a aplicação das normas de forma a criar uma situação de discrepância entre as partes, diminuindo e não aumentando as desigualdades. O legislador, como parece claro, não poderá agir no processo de criação legislativa em desatenção ao princípio da igualdade das partes, sob pena de criar instruções normativas incompatíveis com a constituição. Enquanto os particulares não poderão atuar de forma discriminatória, preconceituosa ou racista, podendo, se assim o fizer, ser responsabilizado civil e criminalmente.

Tão grande é a intimidade do princípio da isonomia com o contraditório e com a própria noção de processo justo, que alguns doutrinadores chegaram a sustentar que a garantia do contraditório seria facilmente confundida com a isonomia das partes, ou ainda, que o contraditório seria a própria garantia de igualdade das partes.³⁶

Enfim, a igualdade, especialmente no âmbito processual, deve ser interpretada como um contrapeso, que, detectada a desigualdade no mundo fático, atuando de modo a impor que, no âmbito processual, estas desigualdades sejam extenuadas, possibilitando-se que as partes tenham iguais condições de êxito.

3.2.2 Garantia política

³⁵ MORAES, Alexandre de (Coord.). **Direito constitucional**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 67.

³⁶ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes, In: TUCCI, José Rogério Cruz e. (Coord.). **Garantias constitucionais do processo civil: Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 104.

A segunda perspectiva da garantia do contraditório é relativa à sua função social, ou, em outras palavras, é a perspectiva social do contraditório: a perspectiva política.

O viés político do contraditório se revela à medida em que se observa a necessidade de legitimação, através da participação de todos os interessados, nos atos provenientes da administração Pública, seja do Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário. O contraditório, como garantia política, constitui requisito de legitimidade de todos os atos do Poder Público através da participação, em sua elaboração e execução, de todos os que possam vir a ser direta ou indiretamente afetados por suas conseqüências.

Percebe-se assim, que a garantia do contraditório, como expressão do princípio político da participação democrática exorbitou o âmbito processual passando a ser fundamento de todas as atividades do Poder Público que possam vir influenciar direta, ou indiretamente a vida, os bens ou a liberdade de determinado jurisdicionado, circunstância em que, independente da existência de processo, deve ser facultada a manifestação ao interessado que deve poder influenciar o resultado da atividade que lhe atinge.³⁷

Nas esferas legislativa e executiva a constatação da legitimação se dá pela necessidade de processo eletivo para provimento dos cargos (eleição dos prefeitos, vereadores, deputados e senadores), o que gera uma forma de pré-legitimação para a prática dos atos legislativos ou executivos, ou seja, a legitimidade advém dos votos recebidos pelo candidato.

Na esfera do poder judiciário é diferente. O viés político se manifesta, igualmente, pela necessidade de legitimação dos atos daquela esfera do poder, todavia o processo de legitimação dos atos judiciais, ao contrário do que ocorre nas demais esferas, se dá com a prévia participação dos interessados (as partes no processo) de cada ato ou termo realizado. Assim, fica nítido que, ao passo em que a legitimação nas esferas Executiva e Legislativa é prévia, autorizando-se os legitimados para a prática de atos futuros, no exercício do Poder Judicial a legitimação deve ser renovada a cada ato, sob pena de se subverter a ordem democrática do Estado.

Colhe-se a este respeito à lição do eminente professor Alexandre Câmara:

Como se sabe, em um Estado Democrático de Direito o exercício do poder deve ser não apenas legal, mas também legítimo. Tal legitimidade é exigida em todas as manifestações do exercício do poder, inclusive quando do exercício da função jurisdicional. Em outras palavras, cada ato ou

³⁷ GRECO, Leonardo. **Estudos de direito processual**. Coleção José do Patrocínio. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos. p. 546

procedimento estatal para o exercício de poder deve ser encarado como um microcosmo do Estado Democrático de Direito.³⁸

Ainda no sentir do mestre, não se pode conceber, em dias atuais, que se tenha uma visão dispare dos conceitos de Direito e política. O Direito é uma ciência política.

É na condição de elemento político e garante da justiça social e da democracia que se revela o contraditório como elemento indissociável da construção de manutenção do Estado Democrático de Direito.

3.3 O contraditório como meio de consecução do *due process of law*

O princípio do devido processo legal tem origem na magna carta inglesa, promulgada em 1215, mais precisamente em seu artigo 39, que, todavia, não apontava de forma direta a incidência do princípio, mas trazia consubstanciado em seu texto a necessidade de julgamento prévio à adoção de qualquer medida que resultasse em constrição ao patrimônio, da vida ou a liberdade dos indivíduos

Demais disso, o julgamento deveria se dar diante dos pares do julgado, e mediante as leis de sua terra, donde surgiu a expressão *the law of the land*, mais tarde substituída pelo brocardo *due process of law*.

O conceito moderno do *due process of law*, ou na expressão traduzida para o português, “devido processo legal”, aponta para uma visão dicotômica da garantia, que pode ser definida pelos aspectos procedimentais e substanciais. Em outras palavras, o devido processo legal divide-se em *procedural due process* e *substantial due process*, como bem destaca o professor Alexandre Câmara:

A garantia do devido processo legal surgiu como sendo de índole exclusivamente processual mas, depois, passou a ter também um aspecto de direito material, o que levou a doutrina a considerar a existência de um substantive *due process of law* ao lado de um *procedural due process of law*.³⁹

O *substantive due process*, ou devido processo material, ou substancial, diz respeito à própria formação das leis, e é a imposição de uma estruturação de normas que garantam a finalidade justa do Direito.

A forma substantiva do devido processo legal, na verdade, traz em seu bojo um conteúdo negativo, uma imposição ao Poder Público, que não poderia intervir em determinadas áreas sensíveis do Direito, mais especificamente no que tange aos direitos e

³⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 9 ed, rev. e atualizada, vol II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 53

³⁹ Ibid, p. 33

garantias fundamentais, sendo possível, unicamente, o confronto destas garantias com outros direitos materiais e com o próprio interesse público, desde que previamente comprovado e verificada a sua concretude.⁴⁰

Interessa aqui o estudo do aspecto material da garantia, segundo o qual, a prestação da tutela jurisdicional deve se dar de forma justa, atendendo às justas estipuladas em conformidade com o *substantive due process*. Em outras palavras, “o devido processo legal procedimental refere-se à maneira pela qual a lei, o regulamento, o ato administrativo ou a ordem judicial são executados”.⁴¹

Daí surge a compreensão de que o justo fim do processo na composição das lides, e a consecução do *due process of law*, ou do *substantive due process*, apenas se obtém através de uma instrução processual hialina, que respeite os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

Neste esteio, surge o princípio do contraditório como principal ferramenta de alcance do princípio em comento, como se verificará.

O processo de solução de litígios se dá, em regra, através da constatação da existência de argumentos e pretensões que apontam em direções opostas, o que impõe ao Estado a audiência de ambas as partes litigantes sobre todo e qualquer ponto processual para a formulação de tese e antítese, impelindo o ao magistrada a elaboração de uma tese, donde se verifica a presença da garantia constitucional do contraditório (ou princípio da contradição⁴²), estampado no artigo 5º, LV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como elemento indissociável ao desenvolvimento justo do processo.

Desta forma, há que se salientar que o princípio do contraditório não é apenas direito das partes, mas dever do Estado-juiz, que negando a audiência bilateral das partes sobre determinada questão processual, age de forma parcial, tomando por válida determinada tese, sem que contra esta seja facultada a apresentação da antítese correspondente, negando-se, em outras palavras, a garantia de informação necessária, e reação possível, imanentes ao contraditório⁴³, e gerando, invariavelmente, um resultado processualmente injusto, por restringir a faculdade de defesa ou mesmo de manifestação das partes, colidindo frontalmente com o aspecto *procedural* do princípio do *due process*.

⁴⁰ SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal** (due process of law). 3 ed. rev., atual. e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 245.

⁴¹ Ibid. p. 242.

⁴² CRETILLA NETO, José. Op. cit. p. 69.

⁴³ CAMARA, Alexandre Freitas. Op. cit. p. 166

Neste sentido apontam os entendimentos de ilustres doutrinadores como Candido Rangel Dinamarco, segundo o qual o juiz tem o dever de participar do julgamento a ser realizado, exercendo ele também o contraditório⁴⁴.

O brocardo latino *audiatur et altera pars*, se confunde mesmo com o princípio em comento, e representa a imposição de audiência das partes em todas as etapas processuais, e por isso se enlaça ao princípio da imparcialidade do juízo, como bem destaca José Cretella Neto:

Com efeito, o dever de imparcialidade do juiz obriga-o a ouvir ambas as partes litigantes: uma delas apresentará a sua visão, necessariamente facciosa, dos fatos e do direito (tese), e a outra, visão contrária à primeira (antítese), num procedimento dialético, que levará o juiz a realizar uma síntese, para poder decidir.⁴⁵

Neste Sentido, Werner Goldschmidt, muito objetivamente aduziu que “quem não dá audiência a uma das partes, só por isso comete uma imparcialidade, já que só investigou metade daquilo que devia indagar”⁴⁶.

Partindo, pois, da idéia de que a observância ao princípio do contraditório é, antes de um direito das partes, um dever do juízo, e meio inevitável para a consecução do *due process of law*, resta evidenciado que a instauração de tal princípio independe da condição das partes, ou das circunstâncias em que se dá ou desenvolve a lide, bastando a existência da figura processual para que sua aplicação seja impositiva. Pode-se afirmar assim, que a própria existência de uma relação processual justa depende da observância do princípio do contraditório, sob pena de subversão de toda a ordem jurídica.

Qualquer procedimento dissociado do contraditório se afasta da noção de processo, atribuindo-lhe contornos inquisitivos, como v.g. os inquéritos policiais, que se distanciam do conceito de processo à medida em que seus atos não se apóiam no princípio do contraditório⁴⁷, razão pela qual o inquérito policial é encarado por parcela significativa da doutrina como mero procedimento administrativo, e não como fase ou etapa processual.

Assim, tem-se que a participação ativa do magistrado no desenvolvimento da relação processual é a única forma possível de atingir-se o justo fim do Direito, posto que somente

⁴⁴ DINAMARCO, Candido Rangel. Fundamentos do Processo Civil moderno. 3ª ed. Malheiros. 2000. p 14. *apud* CRETELLA NETO, José. Op. cit p. 70.

⁴⁵ Loc. cit.

⁴⁶ Loc. cit.

⁴⁷ Há que se mencionar aqui, que mesmo no que tange ao inquérito policial, encontram-se posicionamentos contrários ao afastamento da incidência do princípio do contraditório, como o faz v.g. a brilhante jurista Ada Pellegrini Grinover, que defende que em determinados atos do inquérito faz-se imperiosa a adoção da contradição, como, por exemplo, na produção da prova pericial, posto que tal ato servirá de suporte para o debate da causa. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO; Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 20. ed. rev. atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p.57

verdadeiramente envolvido na questão litigiosa, colhendo as alegações deduzidas de parte a parte, poderá o juiz decidir de maneira justa.

Sobre a questão da necessidade de envolvimento ativo do juiz para a concretização do *due process of law*, colhe-se o seguinte ensinamento:

Investigações sociológicas e sócio-políticas sobre o processo levaram a doutrina a afirmar que a observância do procedimento constitui fator de legitimação do ato imperativo proferido a final pelo juiz (provimento jurisdicional, esp. sentença de mérito). Como o juiz não decide sobre negócios seus, mas para outrem, valendo-se do poder estatal e não da autonomia da vontade (poder de auto-regulação de interesse, aplicáveis aos negócios jurídicos), é compreensível a exigência de legalidade no processo, para que o material preparatório do julgamento final seja recolhido e elaborado segundo regras conhecidas de todos. Essa idéia é uma projeção da garantia constitucional do devido processo legal.⁴⁸

É direito das partes exigir do magistrado uma atuação proba, e esse direito decorre não apenas do direito que as partes têm de acessar o judiciário e dele obter um provimento justo, mas também do dever do magistrado com a observância do *due process of law*, o que se confunde mesmo com a manutenção do próprio estado democrático de direito.

⁴⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO; Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 20 ed. rev. atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 286.

4

O CONTRADITÓRIO NO PROCEDIMENTO EXECUTIVO

Ainda que de aparente singeleza a absoluta aplicação processual do princípio do contraditório, quando se analisa a questão à luz do processo (ou da fase) de execução forçada, inúmeras são as controvérsias surgidas, havendo doutrinadores que sustentem a inaplicabilidade do princípio do contraditório no processo executivo, ou mesmo uma forma de aplicação mitigada ou parcial.

A discussão se desenvolve alicerçada no choque entre dois valores processuais: a segurança e a efetividade. É patente a necessidade de ser ter um processo seguro, com resultado igualmente seguro, e, sobretudo, eficaz. Em outras palavras, o processo deve, através de seus mecanismos, promover a prestação jurisdicional justa a quem de direito, e deve fazê-lo de forma a conferir um viés prático e efetivo a esta prestação⁴⁹.

Evidentemente, situações há, em que a urgência na prestação da tutela, e o risco de construção de dano de difícil ou impossível reparação a uma das partes avulta de tal maneira, que o Estado-juiz se vê obrigado a adotar determinadas providências que garantam o equilíbrio processual, ainda que para tanto aja em aparente detrimento da garantia do contraditório. É o caso, v.g., da concessão de liminar *initio litis*, deferida antes da citação daquele em face de quem se efetivará a medida, e da tutela antecipada deferida *inaudita altera pars*.

Tais medidas, entretanto, têm caráter excepcional⁵⁰, cuja existência se limita à urgência, e por esta razão, não podem ser transformadas em uma eliminação definitiva do contraditório⁵¹, que, em condições normais, deverá ser observado sob pena de não ser verdadeiro o processo⁵².

Ainda assim, mesmo nos casos em que a medida liminar se mostre inevitável, à parte em face da qual se promoveu a medida assegura-se o direito ao contraditório mesmo *a posteriori*, o que se dá através da provocação do reexame da questão decidida com a

⁴⁹ JORGE, Flávio Cheim. **A terceira etapa da reforma processual civil**: comentários às Leis n. 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.280/2006. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 97

⁵⁰ Para que se conclua pela excepcionalidade e, principalmente, pela transitoriedade de tais atos, basta observar seu caráter nitidamente precário, que possibilita ao juízo a revogação de tal provimento a qualquer tempo desde que constatada sua desnecessidade ou descaracterizado algum dos elementos que autorizavam a sua concessão.

⁵¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: Processo de execução e cumprimento da sentença processo cautelar e tutela de urgência. 39 ed., vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 25

⁵² CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 11 ed, rev. e atualizada, vol I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p .52

possibilidade, inclusive, de ver reconsiderada ou mesmo cassada a decisão que concedeu a liminar⁵³.

Neste ponto, vale mencionar o caráter antitético da idéia de concepção do processo dissociada do contraditório, entendimento que não é acompanhado por doutrinadores ilustres como Enrico Tullio Liebman, que sustentou a idéia de que o processo de execução, em virtude de determinadas condições específicas, não comportaria a aplicação do princípio do contraditório⁵⁴.

Argumenta este doutrinador, inicialmente, que a impossibilidade de aplicação do princípio do contraditório nos processos executórios se deve a descaracterização de um dos sustentáculos daquela garantia, admitindo que em se tratando de procedimento executório, a igualdade entre as partes que norteia o processo de conhecimento não mais existiria, surgindo em seu lugar a desigualdade, conseqüência natural do tipo de relação estabelecida em sede de execução, onde, invariavelmente, o executado estaria em posição de desvantagem frente ao exeqüente⁵⁵.

Quanto a esta aparente condição de desvantagem, há que se considerar, que o contraditório é, antes de direito das partes, dever do juiz, e não decorre da condição das partes, mas da atuação do judiciário, de maneira que a suposta condição de desvantagem do executado em face do exeqüente não pode obstar a implementação de condições intrínsecas à própria noção de processo.

Saliente-se que a referida desvantagem não é absoluta, como também não o é no processo de conhecimento, onde o réu, de acordo com tal raciocínio, em tese, ocupa situação tão desvantajosa quanto a do executado no procedimento executório; para que se constate a relatividade da desvantagem aludida, basta perceber que o objetivo do Estado-juiz é o de, através de justo processo, restabelecer o *status quo ante*, de maneira que, em verdade, a

⁵³ GRECO, **Estudos de direito processual**. Coleção José do Patrocínio. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos. p. 548.

⁵⁴ LIEBMAN, Enrico Túlio. *Processo de Execução*. Ed. Saraiva. São Paulo. 1980. 4ª ed. p. 44 *apud* GRECO, Leonardo. **O processo de execução**. vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 266.

⁵⁵ Neste sentido, no direito comparado, a doutrina alemã, a princípio, nega a vigência do contraditório no âmbito da execução com a mesma amplitude que se o deve na ação cognitiva, posto que, segundo informam, as características da execução não comportariam a irrestrita vigência do princípio, seriam assim limitações naturais. Seriam, por outro lado, manifestação do contraditório o direito à nomeação de bens à penhora, a interposição de recursos e outros atos cuja prática a lei confere ao devedor. ROSEMBERG, Leo; GAUL, Hans Friedhelm; SCHILKEN, Ebbard. *Zwangsvollstreckungsrecht*. 10 ed., München, 1987. § 28, II, p. 357; BLOMEYER, ARWED. *Zivilprozeßrecht. – Vollstreckungsverfahren*, Berlin – Heidelberg – New York, 1975, § 21, p. 70-71; Baur, Fritz e STUNER, Rolf. *Zwangsvollstreckungs Kankurs und Vergleichsrechts*. 11ª ed., Heidelberg, 1983, § 5º. N. 103, p. 62; GRUNSKY, Wolfgang. *Einführung in das Zwangsvolltreckungs und Konkursrecht, Tübingen*, 1992. § 1º. Nº II, p. 13. *apud* NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 8 ed., rev., ampl. e atualizada e atualizada com as novas súmulas do STF e com a análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 180.

hipotética situação de desvantagem seria a do exequente, que, prejudicado, buscaria através do processo de execução o restabelecimento de sua condição original de igualdade.

Outro argumento no sentido da inaplicabilidade da referida garantia, refere-se à desnecessidade de audiência das partes, que, a despeito do que ocorre no processo de conhecimento, no processo de execução seria dispensável, haja vista que o executado não poderia, nos próprios autos da execução, se opor à obtenção da prestação jurisdicional pretendida pelo exequente, somente cabendo a audiência do executado em situações nas quais sua intervenção possa ser útil ao fim pretendido pelo executado.

A este respeito, impende-se, sem mais, destacar que o interesse pela efetivação da execução é exclusivo do exequente, e não do Estado-juiz, a quem interessa, como dito, a restauração do *status quo ante*. Apenas o Estado-juiz tem compromisso com o estabelecimento da justiça entre as partes, e com a verdade. As partes não.

Disto decorre que, ainda que seja a intenção do exequente a dilapidação de todo o patrimônio do executado para a satisfação de supostos créditos, é dever do Estado-juiz impedir que se adote qualquer providência neste sentido sem que antes seja informado o executado para que este tome as providências que entenda necessárias, ou mesmo pare que não as tome.

Inobstante isso, é importante destacar que, como visto, a garantia em comento não se limita à audiência bilateral ou mesmo à isonomia das partes como sugerem implicitamente aqueles que defendem a inaplicação do contraditório em sede de execução.

O viés político da garantia, que exige sua observância como elemento de validação do próprio sistema jurídico, não pode ser transposto em hipótese alguma sob pena de não se ter, ao final da instrução, um provimento justo, e engajado no sistema Democrático de Direito, o que afastaria o processo mesmo do conceito de jurisdição.

O conceito de jurisdição, vale dizer, é indissociável da garantia do contraditório, que se confunde mesmo com a própria noção de justiça na prestação jurisdicional, não havendo que se falar em processo sem contraditório, independentemente das condições em que este se desenvolva, como bem destaca o eminente doutrinador Leonardo Greco:

O contraditório e a ampla defesa, consagrados como direitos fundamentais (Constituição, artigo 5º, inciso LV), não distinguem processos ou fases, de modo que o direito de ser previamente ouvido e de influir eficazmente nas decisões que o juiz deva adotar para dar cumprimento à decisão, bem como o de oferecer alegações e provas que possam ilidir a execução ou torná-la menos onerosa, ainda que através de uma cognição sumária, independem de

previsão legal, porque têm eficácia imediata que decorre da própria Constituição (artigo 5º, § 1º)⁵⁶.

Ainda contrários à aplicação irrestrita da garantia do contraditório no âmbito executivo, sem todavia negar sua incidência, apresentam-se autores como José Frederico Marques, que defende a existência, na execução, em virtude da inegável lide constituída pelas partes, e pela nítida interferência jurisdicional, um contraditório mitigado, reconhecendo que o executado é autor de direitos subjetivos processuais, e como tal, apesar de não poder opor-se ao cumprimento da prestação constante do título executivo, pode intervir no que tange a forma de aplicação dos atos executórios⁵⁷.

Este entendimento é aperfeiçoado pela tese de que, em sede de execução, o executado seria apenas chamado a colaborar com o juízo, não lhe sendo facultada a defesa, posto que para tanto não disporia de meios adequados.

É fato que a oposição do executado à execução deve, em regra, dar-se por meio de ação de conhecimento incidental⁵⁸, todavia, não procede o entendimento de que seria a via dos embargos ou a da impugnação a única forma de que dispõe o executado para opor-se ao cumprimento da obrigação constante do título, tampouco merece acolhida o entendimento de que sequer disporia, o executado, de meios para sua defesa.

Com efeito, é perfeitamente plausível, por exemplo, a possibilidade de arguição de prescrição do título exequendo por parte do executado através de simples petição, sem que para isso precise se socorrer dos embargos, posto que a prescrição, por ser matéria de ordem pública, pode ser reconhecida de ofício pelo juiz, que, demais disso, em apreço os princípios da instrumentalidade do processo, efetividade e economia processual (que decorre do próprio princípio da efetividade) tem o dever de, verificada a prescrição, independente do fato da alegação ter sido lançada em sede de embargos, decretar a extinção do feito com base no artigo 269, IV do Código de Processo Civil.

Neste sentido, já em 1997, o Superior Tribunal de Justiça havia se manifestado através do voto vencido do ministro Waldemar Zveiter ao ensejo do julgamento do REsp 61606 / MG recurso especial nº 1995/0010174-2 cujo resumo do julgamento se segue (*verbis*):

IMPOSSIBILIDADE, ALEGAÇÃO, PRESCRIÇÃO, PETIÇÃO,
PROCESSO DE EXECUÇÃO, TÍTULO EXECUTIVO
EXTRAJUDICIAL, HIPOTESE, INEXISTENCIA, OPOSIÇÃO,

⁵⁶ GRECO, Leonardo. A defesa na execução imediata. In: DIDIER JR., Fredie. **Execução Civil**: Estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 174 e 175

⁵⁷ MARQUES, José Frederico. Instituições de Direito Processual Civil. vol. V. 2ª ed. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 1963. p. 83 *apud* GRECO, Leonardo. **O processo de execução**. vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 267.

⁵⁸ Impugnação à execução na execução de títulos judiciais, ou embargos de executado na execução de títulos extrajudiciais.

EMBARGOS A EXECUÇÃO, FALTA, INDICAÇÃO, BEM, GARANTIA, PENHORA. VOTO VENCIDO, POSSIBILIDADE, PETIÇÃO, ALEGAÇÃO, PRESCRIÇÃO, AUTOS, PROCESSO DE EXECUÇÃO, DIVERSIDADE, FASE, PROCESSO JUDICIAL, INEXIGIBILIDADE, OPOSIÇÃO, EMBARGOS A EXECUÇÃO, PREVALENCIA, PRINCIPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL⁵⁹.
(grifo nosso)

Note-se ainda, que ao ensejo do julgamento do recurso supracitado, o fundamento aduzido para o afastamento da possibilidade de arguição da prescrição por via de simples petição dirigida ao juízo foi simplesmente a ausência de garantia do juízo, que, na vigência da sistemática executiva anterior era requisito para a apresentação de defesa do executado, o que não se justifica mais, haja vista a nova regra contida no artigo 736 do Código de Processo Civil, que desvincula mesmo o oferecimento de embargos da efetivação da penhora.

Inobstante isso, há que se atentar também para a inovação introduzida pelo artigo 3º da lei 11.280/06, que alterou o § 5º do artigo 219 do Código de Processo Civil.

Sob a égide da legislação anterior - circunstância sob a qual fora proferido o acórdão supra referendado - o juiz somente estava autorizado (e o termo é mesmo autorização, posto que era uma faculdade do juiz) a conhecer de ofício a prescrição que não trata-se de direitos patrimoniais.

Com a alteração, o dispositivo aludido, cuja redação era: “Não se tratando de direitos patrimoniais, o juiz poderá, de ofício, conhecer da prescrição e decreta-la de imediato” passa a vigorar com a seguinte redação: “o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”. A alteração tornou mais evidente a possibilidade de defesa do executado através de simples petição através da qual aponte a prescrição do título, posto que se no regime legal atual, é dever do juiz reconhecer e declarar de ofício a prescrição, portanto, com muito mais propriedade, pode fazê-lo quando, não percebendo a prescrição, é alertado pela parte.

Com efeito, mesmo sob a égide da legislação anterior, já se encontravam posicionamentos jurisprudenciais no sentido de possibilitar-se a indicação do executado, através de simples petição, da ocorrência da prescrição do título independente da oposição de embargos de executado, como se verifica do *decisum* cuja ementa ora se transcreve, que data de 1997, proferido do egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, da lavra do eminente Desembargador Ilton Carlos Dellandrea ao ensejo do julgamento da apelação cível nº 197178932 (*verbis*):

EXECUCAO. CHEQUE. PRESCRICAO. A PARTIR DO TERMINO DO PRAZO DE APRESENTACAO DO CHEQUE AO SACADO COMECA A FLUIR O DE PRESCRICAO, QUE E DE SEIS MESES,

⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 61606/MG, Terceira Turma, Relator: Waldemar Zveiter, Julgado em 22/04/1997. disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. acesso em 01 jun 2008

CONSOANTE ARTIGOS 52 E 53, DA LEI UNIFORME DO CHEQUE, E 33 E 59, DA LEI 7357, DE 02.09FACE A NATUREZA DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO, QUE FULMINA APRIORISTICAMENTE A POSSIBILIDADE EXECUTORIA, POR SE TRATAR DE PRELIMINAR AO MERITO, QUE ATINGE O PRÓPRIO DIREITO ACIONÁRIO, E **DESNECESSARIA A INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS, COM GARANTIA DO JUÍZO, PARA PROPOSIÇÃO DA MATÉRIA PELO DEVEDOR, BASTANDO SIMPLES PETIÇÃO NOS PRÓPRIOS AUTOS DA EXECUÇÃO. APELO IMPROVIDO. DECISÃO MANTIDA.**⁶⁰ (grifo nosso)

Outrossim, a indicação da prescrição não é o único exemplo que se pode citar de defesa do executado na execução.

O artigo 214 do Código de Processo Civil aduz a indispensabilidade de citação inicial do réu para a validade do processo. É de comezinha sabença que, na execução de título extrajudicial, processo autônomo, utiliza-se da citação para chamar o executado a juízo. Ocorre que, desenvolvendo-se o processo à revelia do executado por vício da citação, a este é facultada a prerrogativa destacada pelo § 2º do referido dispositivo legal, através do qual faculta-se ao réu o comparecimento em juízo para mera alegação da nulidade de citação, que pode se dar através de simples petição, sem necessidade de oposição de embargos.

Na jurisprudência o entendimento pela possibilidade de decretação da nulidade de citação na ação de execução de título extrajudicial através de requerimento formulado em petição simples dirigida ao juízo da causa é largamente difundido, como se denota mesmo da leitura da ementa do acórdão proferido de forma unânime pela Décima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul ao ensejo do julgamento do Agravo de Instrumento nº 70022251490 realizado em 20/03/2008, do qual foi Relator o ilustre Desembargador Nelson José Gonzaga⁶¹ (*verbis*):

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PENHORA DE BENS DEPOSITADOS EM AÇÃO CAUTELAR DE SEQUESTRO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CABIMENTO. FALTA DE CITAÇÃO. ACOLHIMENTO DA EXCEÇÃO PORQUE NULOS OS ATOS PRATICADOS CONTRA O DEVEDOR, EM PROCESSO NO QUAL NÃO FIGURAVA NO PÓLO PASSIVO. A exceção de pré-executividade é instrumento hábil para arguição de nulidade no processo de execução. Pode ser ajuizada por terceiro, quando detentor de interesse jurídico na causa. **Alegação de vício insanável na execução. Não supre a falta de citação o comparecimento aos autos apenas para argüir a nulidade da execução, a teor do disposto no art. 214, § 2º, do CPC.** A coisa julgada, em regra, atinge somente os participantes da relação processual, não beneficiando, nem prejudicando

⁶⁰ BRASIL. Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 197178932, Sexta Câmara Cível, Relator: Ilton Carlos Dellandrea, Julgado em 23/10/1997. disponível em: <<http://www.rs.gov.br>>. acesso em 01 jun 2008.

⁶¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de instrumento. nº 70022251490, Décima oitava Câmara Cível, Relator: Dês. Nelson José Gonzaga, Julgado em 20/03/2008. disponível em: <<http://www.rs.gov.br>>. acesso em 01 jun 2008.

terceiros. Se a formação do título executivo se deu em processo no qual não houve participação do agravante, contra ele não poderá ser argüida a existência de coisa julgada. Cabível a fixação de honorários quando acolhida a exceção de pré-executividade. DERAM PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME. (grifo nosso)

Ainda pelo cabimento de manifestação de defesa do executado além da ação de embargos nas hipóteses de nulidade de citação, o acórdão proferido pela egrégia Décima Segunda Câmara Cível do Estado do Rio de Janeiro, à ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento n° 2007.002.31900, em sessão realizada em 17 de março de 2008, tendo como relatora a Desembargadora Norma Suely Fonseca Quintes⁶² que assim o ementou (verbis):

AGRAVO DE INSTRUMENTO.PROCESSO CIVIL. **EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL. NULIDADE DE CITAÇÃO.** ATO PROCESSUAL LEVADO A EFEITO POR OFICIAL DE JUSTIÇA, NO ENDEREÇO COMERCIAL DA SOCIEDADE EXECUTADA, NA PESSOA DE TERCEIRO, ESTRANHO À RELAÇÃO PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA DE IDENTIFICAÇÃO E QUALIFICAÇÃO DO RECEPTOR: “MINEIRO”. RESSALVA DAQUELA SERVENTUÁRIA ACERCA DE POSSÍVEL OCULTAÇÃO POR PARTE DO SÓCIO. A SUSPEITA, PELO AUXILIAR DO JUÍZO, DE OCULTAÇÃO DO CITANDO DEMANDA A CITAÇÃO PREVISTA NO ART. 227, DO C.P.C., O QUE NÃO FOI OBSERVADO. **VÍCIO INSANÁVEL. ATO INVÁLIDO. EXECUÇÃO NULA** – ART. 618, DO C.P.C. PROVIMENTO DO RECURSO. (grifo nosso)

Ainda que se levantem dúvidas acerca da incidência ou não do contraditório em sede de execução, não se pode negar o dever do juiz de, independente do oferecimento de embargos, independente mesmo do rito adotado, fiscalizar o processo e a regularidade da instrução, devendo, a qualquer tempo ainda que, em sede de execução haja transcorrido o prazo para embargos⁶³.

A dúvida que ronda a questão da possibilidade de incidência do contraditório no âmbito da execução passa pela “inexistência de juízo de mérito como, via de regra, na ação executiva”⁶⁴, fato que não pode, em hipótese alguma, sobrepujar o caráter justo do processo, em outras palavras, o fato de não realizar-se análise de questões de mérito no bojo da execução, não dispensa a incidência do contraditório, até porque, dispensar o contraditório é dispensar a própria justiça processual, a ordem democrática, e a validade da instrução e consequentemente da tutela jurisdicional alcançada.

⁶² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n° 2007.002.31900, Décima Segunda Câmara Cível, Relator: Norma Suely Fonseca Quintes, Julgado em 17/03/2008. disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. acesso em 01 jun 2008

⁶³ Assis, Araken de. O manual do Processo de Execução. I, n. 242, esp. p. 79. *apud* Dinamarco, Candido Rangel. **Execução Civil**. 6ª ed. São Paulo: MALHEIROS. 1998. p. 172.

⁶⁴ BUZAID, Alfredo: em aulas a nível de pós-graduação no largo de São Francisco (“fundamentos doutrinários da reforma processual”) *apud* DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 6 ed. rev. e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 172.

Ainda, o fato de haver julgamento de mérito de forma incidental não afasta a necessidade de apreciação judicial sobre os atos processuais. Neste sentido:

É preciso lembrar que, embora o mérito não se julgue no processo executivo, deixar absolutamente de julgar o juiz não deixa. Nem só de mérito existem sentenças; nem só sentenças profere o juiz (*cf.* CPC, art. 162). Pois seria inconcebível um juiz *robot*, sem participação inteligente e sem poder decisório algum. O juiz é seguidamente chamado a proferir juízos de valor no processo de execução, seja acerca dos pressupostos processuais, condições da ação ou dos pressupostos específicos dos diversos atos levados ou a levar a efeito.⁶⁵

Sobre o tema, em defesa de uma ampla aplicação do princípio do contraditório em sede de execução, tem-se o posicionamento de juristas ilustres como Candido Rangel Dinamarco, que define de forma sucinta e assaz contundente a negativa de aplicação de tal garantia ao reconhecer que há na doutrina tradicionalista posicionamentos ideológicos que negariam total ou parcialmente o desenvolvimento do processo de execução em contradição, o que, todavia, deve-se a “uma série de preconceitos e desvios de perspectivas”⁶⁶.

Inobstante, pode-se verificar a presença do contraditório no processo de execução mesmo no direito objetivo pela simples leitura do artigo 599 do Código de Processo Civil, situado no capítulo V do livro II daquela lei, e que, tratando das disposições gerais do processo de execução, faculta ao juiz, em qualquer momento do processo ordenar o comparecimento das partes⁶⁷.

Outro ponto em que se percebe a intenção do legislador em fazer inserir o contraditório no processo executivo foi o advento da lei 8.953 de 1994, através da qual substituiu-se a antiga redação do artigo 601 do Código de Processo Civil⁶⁸, que previa como pena pela prática de atos então considerados atentatórios à dignidade da justiça que o executado não mais pudesse falar nos autos, proibindo-o de se manifestar ou interagir de qualquer forma ou sobre qualquer ato a menos que a pena fosse relevada.

Tal ordenamento, de cunho claramente inquisitivo, desvirtuava o conceito de processo, eis que acabava por vedar a audiência bilateral das partes e, por conseguinte, afastava a incidência do contraditório no processo de execução. Percebendo isto, o legislador retirou tal preceito do ordenamento, logicamente por entender a necessidade de se estabelecer

⁶⁵ *Ibid.* p. 173.

⁶⁶ *Ibid.* p. 170

⁶⁷ Artigo 599 do Código de Processo Civil: “O juiz pode, em qualquer momento do processo: I – ordenar o comparecimento das partes”.

⁶⁸ Artigo 601 do Código de Processo Civil com redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973: “Se, advertido, o devedor perseverar na prática de atos definidos ao artigo antecedente, o juiz, por decisão, lhe proibirá que daí por diante fale nos autos. Preclusa esta decisão, é defeso ao devedor requerer, reclamar, recorrer, ou praticar no processo quaisquer atos, enquanto não lhe for relevada a pena”.

o processo em contraditório em busca de um resultado válido independentemente de seu rito, natureza ou juízo.

É notável a preocupação do legislador de ter, inserto no ordenamento, o comando de aplicação irrestrita do princípio do contraditório, inclusive no processo de execução, o que, a propósito, se coaduna com uma tendência internacional como se observa.

O ordenamento jurídico Italiano, a exemplo, faculta a audiência das partes no curso da execução, o que é determinado ao exclusivo alvedrio do juiz, como preconiza o artigo 485 do Código de Processo Civil Italiano. Ademais, nos casos de concurso particular de credores, antes da arrematação é marcada audiência em cuja ausência das partes por duas oportunidades acarreta em extinção do feito (artigo 631 do Código de Processo Italiano).

Também na Alemanha o legislador optou pela adoção do princípio do contraditório em sede de execução ao impor que somente após debate oral realizado em audiência se concederia a execução provisória.

Na França, o procedimento da execução imobiliária é oral, sendo facultada a apresentação de defesa pelo executado em audiência⁶⁹.

Mesmo a corte Européia de Direitos Humanos, se pronunciando sobre o tema, decidiu pela aplicação do contraditório como meio através do qual se faculta a uma das partes o conhecimento de observações e eventuais peças trazidas aos autos pela parte adversa, e discuti-las⁷⁰.

Por fim, a condição da garantia do contraditório de elemento de verificação e de legitimação dos atos, não apenas jurisdicionais, mas do Poder Público como um todo, e a indissociabilidade desta garantia do próprio conceito que hoje se tem de jurisdição e de processo, impõe a conclusão de que não há processo ou jurisdição senão pelo contraditório, e assim, sustentar que não há contraditório em sede de execução é conceber a tutela de interesses à margem da jurisdição e do processo, o que remeteria a sociedade aos primórdios da evolução filosófica do direito, negando-se mesmo a existência do Estado Democrático de Direito.

⁶⁹ GRECO, Leonardo. **O processo de execução**. vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 269 a 270.

⁷⁰ Decisão datada de 24.02.1995 nos seguintes termos: “o direito a um processo equitativo contraditório implica, por princípio, para uma das partes, a faculdade de tomar conhecimento das observações ou das peças apresentadas pela parte contrária, e de discuti-las”. CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 75.

5

ANÁLISE PONTUAL DO CONTRADITÓRIO NA NOVA SISTEMÁTICA EXECUTIVA**5.1 Breves comentários sobre a reforma do procedimento executório**

A reforma do poder judiciário, iniciada pela Emenda Constitucional nº 45/05, tinha, a princípio, a intenção de purificação do poder, sendo mediata, mas premente, a reforma da aplicação de tais poderes de maneira a viabilizar a efetiva prestação da tutela jurisdicional⁷¹.

Com efeito, até aqui, as sucessivas reformas do judiciário apontaram, invariavelmente para o resguardo das garantias fundamentais e da dignidade humana, num processo de resgate de civilidade obstada pela ditadura militar.

O que se observa com esta nova etapa da reforma do processo civil é uma transmutação do pensamento do legislador e da sociedade como um todo no que tange à insegurança política e à estabilidade do Estado democrático de Direito.

É fato que, de certo modo, a implementação das leis 11.232/05 e 11.382/06 buscou o resgate de valores morais e sociais, como a efetividade da prestação jurisdicional e a garantia de acesso à justiça. Entretanto, diferentemente das reformas de outrora, não se percebe neste momento, a ressalva impositiva do resguardo de garantias individuais de uma forma ampla.

É claro que o acesso a uma efetiva prestação jurisdicional é direito fundamental; não se quer aqui, inquinando de inquisitório ou ditatorial o processo reformista implementado, até porque, como dito, é evidente a preocupação do legislador com prestação efetiva da tutela jurisdicional e seu acerto quanto aos fundamentos da reforma.

Entretanto, percebe-se que, em alguns momentos, a efetividade buscada se desvirtua, e se restringe à mera celeridade. Vale dizer, efetividade da tutela jurisdicional é na verdade a expressão do binômio celeridade e eficiência, que impõe que a tutela seja prestada de maneira célere, mas eficiente, ou seja, a prestação deve levar o tempo necessário para que se produza no processo um resultado justo de Direito.

Assim, percebe-se que, no afã de atender ao fundado clamor doutrinário e social pela conferência de maior efetividade à tutela jurisdicional, minimizando-se os efeitos da morosidade do judiciário, entendeu por bem o legislador em adotar uma série de medidas que,

⁷¹ FUX, Luiz. **A reforma do processo civil**: comentários e análise crítica da reforma infraconstitucional do poder judiciário e da reforma do CPC. Niterói: Impetus, 2006. apresentação do autor.

em dados momentos, privilegiaram a celeridade processual em detrimento de outras garantias, dentre as quais o contraditório que ora se analisa.

Como é óbvio, a pedra de torque da reforma não poderia ser outra senão a reforma da dinâmica da execução, instrumento da concretização da prestação jurisdicional, e cuja sistemática anterior permitia que se a utilizasse não como meio de consecução e materialização do provimento jurisdicional, mas sim como uma couraça sob a qual escudava-se o executado que, com o respaldo dos institutos do próprio procedimento obstava de forma intransponível a satisfação da obrigação que se lhe impunha.

Percebendo tal condição, e impulsionado pelas insistentes críticas doutrinárias, o legislador fez inserir no procedimento executivo, a cargo das leis 11.232/05 e 11.382/06 elementos que garantissem a efetividade da prestação, tornando mais célere a instrução executiva.

E neste ponto, são inegáveis as melhoras trazidas ao procedimento executivo pelo advento das leis em comento, como a reunião dos procedimentos cognitivo e executivo em um único processo (sincrético), principal alteração implementada pela lei 11.232/05, ou mesmo, as mudanças trazidas a cargo da lei 11.382/06: a concentração dos atos de penhora e avaliação em uma mesma oportunidade; a alienação que passa a ser feita preferencialmente pela via privada, deixando a cargo do credor a sua adjudicação, a atualização das regras de penhorabilidade e impenhorabilidade; a abolição do instituto da remição; etc.

Em que pese o louvor que se deve prestar ao legislador pela iniciativa da reforma e seus notórios acertos, é imperiosa a análise de alguns pontos específicos da reforma, nos quais a busca pela efetividade, como dito, tenha se desvinculado da busca pela efetividade e enveredado pela busca da celeridade desproporcional, ferindo algumas garantias fundamentais da sociedade, a saber: o contraditório.

Vale observar, a guisa de curiosidade, que, uma reforma promovida há cerca de duas décadas atrás, por óbvio, teria um cunho diverso da ora analisada. Isto porque o contexto político evidentemente era outro, e outras também eram as preocupações sociais, que, àquela época, voltavam-se para a exigência das autoridades públicas de uma consolidação de garantias que garantissem, antes de mais nada, a manutenção do Estado Democrático de Direito. Naquele contexto, uma reforma como a que se operou através das leis 11.232/05 e 11.382/06 seria vista sob uma outra perspectiva, pois naquele momento, a insegurança gerada pela aparente fragilidade dos sistemas políticos que regiam a sociedade impunha que se relegasse a um segundo plano as questões de ordem processual quando faceadas à um direito fundamental.

Não resta dúvida quanto ao fato de que cada elemento de fortificação das garantias de humanidade foi inspirado no desengano gerado pelo descaso e pelo desprezo pela condição humana, em particular da população brasileira, e sua construção não apenas marca o surgimento de uma nova era do Direito brasileiro, mas também é o emblema da superação de uma fase de escuridão. Assim surgiram as garantias fundamentais, reconhecidas legitimamente como elementos inextrincáveis da progressão social e garantia de manutenção do Estado Democrático de Direito.

Com o transcurso do tempo e a relativa estabilidade política que se firmou, a preocupação social com a manutenção do Estado Democrático de Direito, aliada a conscientização dos órgãos jurisdicionais acerca da relevância do respeito às garantias fundamentais, faz com que a imposição à observância de direitos e garantias fundamentais perca seu lugar de destaque na pauta da administração pública e na própria sociedade, que, por não sentir ameaçada a sua liberdade seus direitos, ou o Estado social Democrático, passa a aceitar de forma passiva algumas restrições àquelas garantias, pelas quais tanto lutou outrora, em prol da aplicação de outros institutos, que, ilusoriamente, afiguram-se mais relevantes diante da conjuntura jus-político-social.

Esta situação pode levar a crer que a criação dos direitos e garantias fundamentais não passava de um reflexo do medo social de retomada dos regimes autoritários, e não caracterizariam, como se supunha, um reconhecimento de condições imanentes ao ser humano que impunham o reconhecimento e o respeito de uma série de institutos, filosofias e metodologias que lhe garantissem a dignidade em sentido amplo, o que não pode prevalecer sob pena de enfraquecimento dos institutos e garantias fundamentais que norteiam a própria noção de Direito.

É claro que crer, apesar das considerações acima alinhavadas, no intento de desmantelamento imediato da ordem democrática, ou em sua derrocada pela implantação das leis de reforma do procedimento executivo é de todo absurdo, mas permitir o enfraquecimento das garantias fundamentais, ainda que em prol de uma mais célere prestação da tutela do Direito, é fragilizar toda a ordem social, e a evolução natural desta metodologia interpretativa de ponderação dos direitos fundamentais, levará, incontestavelmente, a degeneração daqueles institutos, e assim, à degeneração dos sustentáculos da ordem democrática.

Em desfecho, há que se considerar que esta etapa da reforma marca uma nova era do Direito: a era da busca pela prestação rápida e efetiva da tutela jurisdicional; mas esta busca precisa pautar-se, antes de mais, na observância e manutenção dos direitos e garantias fundamentais, pelo que se faz necessária a realização de uma análise pontual da reforma

executiva com o fim de averiguar-se a existência destes preceitos inculpidos no novo procedimento que se impõe.

5.2 A intimação para o cumprimento da sentença

O novel artigo 475-J introduzido no Código de Processo Civil pela lei 11.232/05, fixa a obrigação do devedor condenado ao pagamento de valor certo ou já liquidado a efetuar o pagamento no prazo de 15 dias sob pena de multa no valor de dez por cento sobre o valor total da condenação.⁷² Todavia, decorre da leitura do dispositivo a dificuldade de definição acerca da natureza da intimação a que o mesmo se refere.

Despicienda a afirmação de que da validade da intimação ora analisada dependerá a validade de todos os atos executórios promovidas na fase de cumprimento da sentença, haja vista que não proporcionar a correta ciência do ato processual à parte é negar-lhe o contraditório (ciência necessária para reação possível) e operar o cerceamento de defesa, que invalida toda a instrução posterior.

O referido dispositivo apresenta o que se poderia chamar de uma lacuna de reconhecimento, ou seja, a norma existe, todavia, devido à dificuldade semântica que decorre da leitura de seu texto, resta prejudicada a aplicação do comando normativo que dela deflui.⁷³

A Doutrina, neste ponto, se divide, havendo doutrinadores que entendam que a intimação para cumprimento da sentença deva ser pessoal a fim de garantir-se o contraditório, enquanto outros doutrinadores alegam que a intimação deve ser feita por publicação na imprensa oficial endereçada ao advogado da parte interessada, e há os que adotam um posicionamento misto, defendendo que a intimação pode ser feita por publicação no Diário Oficial, dirigida ao advogado, todavia, sua validade se condicionaria ao oferecimento de impugnação à execução. Por fim, há ainda entendimento em sede de doutrina de que o prazo de quinze dias de que trata o artigo 475-J do Código de Processo Civil teria início a partir da intimação da sentença.

O espírito de celeridade processual trazido pela reforma introduzida pelas leis 11.382/06 e 11.232/05 no Código de Processo Civil fez surgir, em parte da doutrina, a impressão de que seria o procedimento executório um meio de atingir-se, simplesmente, ao

⁷² Artigo 475-J do Código de Processo Civil: “Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação”.

⁷³ Alchourron; Bulygin. *Normative systems*. SPRINGER-VERLAG. Nova York. 1971. *apud* Struchiner, Noel. **Uma análise da noção de casos difíceis do Direito em um contexto positivista**. p.88, In: Direito, Estado e sociedade – v9 – m.17 – p. 83 a 93 – ago/dez 2000.

“pagamento do valor exequendo”, quando, na verdade, a tutela executiva não se limita ao pagamento, aliás, o fim da tutela executiva não é o mero pagamento, mas sim, o fim da tutela executiva é tornar efetiva a prestação jurisdicional alcançada através de um processo justo de direito, o que, muitas vezes, culmina com o não pagamento do valor exequendo, o que, de maneira alguma, desvirtua o caráter justo da prestação.

Ocorre que, a preocupação em atingir-se a todo custo a celeridade processual (que integra o princípio da efetividade processual, mas com ela não se confunde), acaba por negar a aplicação de outros institutos inerentes à consecução do justo fim do processo.

Outrossim, é evidente que a intenção de precípua da intimação a que se refere o mencionado dispositivo legal não é a de impor o pagamento, pois a imposição do pagamento é feita pela sentença; tampouco se diga que a intimação se presta à coagir a parte devedora ao pagamento sob pena de imposição de multa, posto que existem situações onde, da intimação em análise, sequer deve decorrer o pagamento de multa⁷⁴, e ainda assim, impõe-se a realização da intimação; também não seria razoável crer que a intimação em análise se preste a facultar o pagamento espontâneo do devedor, posto que, como é notório, o pagamento espontâneo, com o perdão da obviação, é espontâneo, ou seja, se a intenção é pagar espontaneamente, é, evidentemente dispicienda a intimação para que se o faça.

Como é notório, não pode ser outra a finalidade da intimação de que trata o artigo 475 –J que não a instauração do contraditório acerca do ato processual, ou da fase processual que se inicia, qual seja: a fase de execução. Em outras palavras, a intimação de que trata o artigo 475-J do Código de Processo Civil é o ato através do qual se dá conhecimento ao vencido na fase cognitiva do processo “sincrético” de sua condição de devedor, pelo que se faz necessário o início da fase executória do processo “sincrético” para a obtenção do cumprimento da obrigação⁷⁵; assegurando-lhe, assim, o exercício das prerrogativas asseguradas pelo contraditório.

Nesta esteira, mister destacar que a intimação do executado para o início da fase de execução deve, antes de mais nada, garantir a aplicação do contraditório, cuja inobservância enseja irremediável nulidade processual, impondo a retomada do processo a partir do ponto

⁷⁴ Guilherme Rizzo Amaral sustenta que a não-aplicação da multa nos casos em que devedor não disponha de patrimônio passível de penhora seria uma manifestação clara do princípio da adequação do processo às peculiaridades da causa. Amaral, Guilherme Rizzo. *In: Oliveira, Carlos Alberto Álvaro de (Coord.) A nova Execução*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 124-125 *apud* Didier Jr., Fredie. Notas sobre a fase inicial do cumprimento de sentença. *In* SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Execução civil**: Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 145.

⁷⁵ “o executado não é intimado para pagar ou nomear bens à penhora, mas simplesmente para cumprir a obrigação” (Wambier, Luiz Rodrigues; Wambier, Teresa Arruda Alvim e Medina, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. v. 2, Revistas dos Tribunais, 2006. p. 146).

em que se verifica a transgressão, o que, como é evidente, opera em desfavor da própria celeridade pretendida.

É à luz desta simples percepção que se deve estudar as possibilidades procedimentais advindas da interpretação do comando normativo do artigo 475-J.

5.2.1 Intimação dirigida ao advogado do devedor

A verificação da validade da intimação dirigida ao advogado do devedor passa, e não poderia ser diferente, pela verificação da instauração do contraditório.

Assim, há que se atentar para o fato e que a sistemática processual impõe dois gêneros de intimações, que, em linhas gerais, podem ser divididas entre aquelas dirigidas às partes, e portanto, feitas, em regra, pessoalmente por meio de oficial de justiça, e intimações dirigidas aos advogados das partes, feitas, em regra, por meio de publicação no Diário Oficial.

As modalidades de intimação são, como é lógico, destinadas a fins diferentes, do contrário não haveria a necessidade da multiplicidade de gêneros. A diferença reside no intento da intimação; ou seja, a intimação para a realização de atos que dependam de capacidade postulatória deve ser dirigida ao advogado da parte, enquanto que os atos cuja execução dependam de ação da própria parte, como a prática de atos pessoais da parte, atos subjetivos que dependem de sua participação, bem como os inerentes ao cumprimento da obrigação que é objeto do litígio, devem ser dirigidos a ela (a própria parte).⁷⁶

Tal entendimento coaduna-se mesmo com o entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça, que, sobre o tema, manifestou-se ao ensejo do julgamento do recurso especial nº 36265, como se constata da análise do acórdão cuja ementa se transcreve:

PROCESSUAL CIVIL. INTIMAÇÃO. NULIDADE. OMISSÃO DO NOME DO ADVOGADO ART. 236, PAR-1., CPC. **A INTIMAÇÃO PARA A PRÁTICA DOS ATOS PROCESSUAIS TEM COMO DESTINATÁRIO O ADVOGADO E NÃO A PARTE, EIS QUE APENAS AQUELE POSSUI O "IUS POSTULANDI"**. ASSIM, A OMISSÃO DO NOME DO PATRONO DE UM DOS LITIGANTES COMPROMETE A IDENTIFICAÇÃO DO PROCESSO, ACARRETANDO EVIDENTE PREJUÍZO A PARTE, ENSEJANDO A NULIDADE DA INTIMAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.⁷⁷
(grifo nosso)

⁷⁶ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Sobre a necessidade de intimação pessoal do réu para o cumprimento da sentença, no caso do art. 475-J do CPC** (inserido pela lei 11.232/2005).Panóptica. ano 1, nº 1. p. 4.. disponível em: <<http://www.panoptica.org/setembro2006pdf/3Sobreanecessidadedeintimaopessoaldoreu.pdf>>

⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 36265/MG, Terceira Turma, Relator: Cláudio Santos, Julgado em 29.03.1994.disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. acesso em 01 jun 2008

A guisa de exemplo, pode-se citar a intimação da parte para depoimento pessoal, que é feita pessoalmente consoante disposição do artigo 343, § 1º do Código de Processo Civil; ou a intimação para ciência da antecipação da data da audiência, que é feita pessoalmente ao advogado, como impõe o artigo 242, § 2º do Código de Processo Civil.

Enfim, é nítida a distinção entre os casos em que se impõe a intimação do da pessoal da parte dos casos em que a intimação deve ser dirigida ao advogado.

A possibilidade de intimação da parte por meio de imprensa oficial, dirigida ao seu advogado é sustentada, entre outros, por Fredie Didier Júnior, que aduz que a intimação do devedor deve se dar preferencialmente por meio da imprensa oficial, somente se justificando nos casos em que o devedor desconstitua seu patrono ao término da fase de conhecimento, circunstância em que teria aplicabilidade o dispositivo do artigo 39 do Código de Processo Civil, reputando-se válida a comunicação encaminhada ao endereço constante dos autos.

Tal teoria, a princípio muito tentadora, parece contemplar de forma sincronizada a aplicação da celeridade pretendida pelo legislador, aliada à garantia do contraditório, posto que, mesmo prevendo a regra de intimação do devedor por meio de seu advogado, cria o subterfúgio da intimação pessoal nos casos em que não for possível proceder-se à intimação por meio da imprensa oficial.

Todavia, uma vez que a intimação de que trata o artigo 475 do Código de Processo Civil tem a intenção nítida de estabelecer o contraditório, proporcionando à parte devedora ciência da nova fase processual que se inicia, há que se definir qual a melhor maneira de se assegurar que serão atingidos os objetivos precípuos do dispositivo, ou seja, é necessário verificar-se qual a modalidade de intimação que, atendendo à necessidade de se conferir maior celeridade ao processo, garante o contraditório. Não basta que se proceda à intimação, é necessário que se a realize da melhor forma possível.

Noutras palavras, para que o contraditório seja garantido, é imprescindível que se dê a chance de reação sobre todos os atos e termos processuais através da ciência efetiva dos atos e termos do processo, ou seja, garantir-se o contraditório e, assim, a legitimidade do processo, é proporcionar-se a ciência real dos atos processuais, e não a simples prática de um ato formal⁷⁸; até mesmo porque o que se busca ao dar-se cumprimento do caput do artigo 475-J não é a intimação em si, mas garantia efetiva de comunicação que dela decorre.

A intimação feita, como via de regra na pessoa do advogado da parte devedora não se coaduna com a lógica do sistema processual, haja vista que a intimação de que trata o artigo

⁷⁸ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 8 ed., rev., ampl. e atualizada e atualizada com as novas súmulas do STF e com a análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004 p. 174.

475-J visa dar ciência à parte do início da nova fase processual e de sua condição de devedora. Assim sendo, é dela, e somente dela, o interesse pela ciência dada por tal notificação.

Note-se que, corroborando com o argumento ora lançado, a intimação dirigida ao advogado não tem, para este, qualquer relevância. A mera intimação ensejada pelo dispositivo do artigo 475-J não traz consigo a necessidade de prática de qualquer ato que dependa de capacidade postulatória, o que, a propósito, descarta mesmo a necessidade de comunicação do ato ao advogado da parte, posto que este nada tem a fazer diante de tal notificação além de comunica-la a seu mandante.

Assim, ao dirigir o ato intimatório ao advogado da parte devedora, o judiciário, na verdade, estaria transferindo para o advogado a responsabilidade de dar ciência à parte sobre determinado ato processual, *in casu*, o início da fase de execução do processo sincrético, posto que é esta a única ação que caberia ao advogado nesta situação.

Demais disso, diante da linha argumentativa ora expendida resta hialina a conclusão pela inadequação da teoria sob análise à garantia do contraditório.

A conclusão decorre, primeiramente da inadequação do ato à modalidade de intimação feita por publicação em imprensa oficial dirigida ao advogado da parte, que não pode ser o responsável por suprir atividade que compete ao judiciário (comunicação às partes de fato ou ato processual), e admitir-se o contrário seria admitir mesmo que se possa intimar o advogado por meio da imprensa oficial para que avise ao seu mandante que deverá prestar depoimento pessoal em audiência de instrução e julgamento, a despeito do que informa o artigo 343, § 1º do Código de Processo Civil.

Vale dizer, o artigo 234 do Código de Processo Civil traz o conceito de intimação, definindo-a como sendo o “ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa”, sendo certo que no que pertine à intimação referente ao *caput* do artigo 475-J, não cabe ao advogado, usando as palavras do próprio artigo 234, “fazer ou deixar de fazer” coisa alguma, o que evidencia que não é ele, o advogado, o “destinatário” da intimação.

E ainda, importante observar que o artigo 234 encontra-se inserto no “TÍTULO V” do Código de Processo Civil, que trata “DOS ATOS PROCESSUAIS”; ora, é evidente que a conversa na qual o advogado avisa ao seu mandante que será iniciada a fase executória do processo no qual o mesmo restou vencido não se trata de ato processual.

O segundo argumento que se contrapõe a esta forma interpretativa, decorre do conceito do contraditório e de sua estrutura. É razoável conceber-se que, ainda que, “imbuído

das prerrogativas de oficial de justiça” o advogado proceda à “intimação” da parte devedora, tal atitude não necessariamente, se dará no mesmo dia em que é notificado, ao revés, muito provavelmente se dará alguns dias depois⁷⁹. Essa simples possibilidade de transcurso de tempo entre a intimação do advogado e a comunicação ao seu mandante, afeta diretamente a “terceira projeção indispensável ao contraditório”⁸⁰, qual seja, a garantia, processualmente assegurada de conferência às partes de prazos razoáveis, o que, no caso em tela, deixa de ser assegurado pelo aparato jurisdicional e passa a ser responsabilidade do advogado.

Admitir-se que ao advogado compete assegurar a notificação da parte é responsabilizá-lo pela garantia do contraditório, o que é juridicamente absurdo.

Não bastassem os argumentos já trazidos à lume, destaque-se que é perfeitamente plausível nos tempos atuais, com o aumento vertiginoso do grau de impessoalidade das relações humanas, sobretudo as profissionais, que o advogado não tenha ciência do paradeiro de seu cliente, a quem, não raro, o advogado sequer chega a conhecer. É comum hoje, que relações entre o advogado e seu mandante se dêem quase que exclusivamente por telefone, *e-mails*, etc., de maneira que mesmo que fosse possível ao advogado transmitir imediatamente o conteúdo da intimação ao seu cliente, não há como garantir que, na totalidade das vezes, este possa fazê-lo.

Assim, há que se concluir que a mera intimação, feita de forma inadequada, ou seja, por meio de publicação na imprensa oficial dirigida ao advogado da parte, não assegura o contraditório, pois não garante a ciência da parte sobre o ato processual, tampouco, como visto no caso em estudo, assegura processualmente a razoabilidade dos prazos.

5.2.2 Intimação de natureza dúplice

O ilustre professor José Eduardo Carreira Alvim, em demonstração de zelo pela ordem processual, chega a admitir que a intimação feita por meio de publicação na imprensa oficial

⁷⁹ Para que se visualize o risco da demora na comunicação do advogado ao seu mandante, basta imaginar que no cotidiano de grandes escritórios de advocacia, que atuam simultaneamente em milhares de procedimentos, representando um sem número de partes, seria inviável exigir-se que, diariamente, fossem feitas centenas de comunicações aos mandantes cujos processos de que são partes tenham iniciado a fase executiva.

⁸⁰ Palavras empregadas pelo mestre Leonardo Greco em obra já citada anteriormente no presente trabalho. (GRECO, Leonardo **Estudos de direito processual**. Coleção José do Patrocínio. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos. p. 549)

endereçada ao advogado da parte executada, mas alerta para o fato da dificuldade de saber-se se realmente o advogado que patrocinou o vencido na fase de conhecimento continua a fazê-lo na fase executiva quando, dirigindo-se a intimação ao advogado, queda-se inerte o executado⁸¹.

Como alternativa a este impasse, Carreira Alvim propõe que o ato subsequente, qual seja, o da intimação da penhora e da avaliação, seja dirigido pessoalmente ao devedor, “para evitar que o mesmo alegue desconhecimento da lavratura do auto de penhora e avaliação, comprometendo a validade do procedimento executório”⁸².

O entendimento do célebre professor é, sem sombra de dúvida, uma saída brilhante para o conflito gerado pela contraposição dos anseios pela celeridade processual e a necessidade de garantir-se o contraditório face aos atos processuais.

Todavia, da aplicação de tal teoria advém uma nova questão: reconhecendo-se a necessidade de intimação pessoal da parte para os atos subsequentes, reconhece-se, por consequência, a invalidade da intimação anterior, feita ao advogado da parte; desta forma, seria imperiosa, a partir do reconhecimento da invalidade, ou mesmo da inexistência do ato, a sua renovação, com o refazimento da diligência intimatória, posto que reconhecer a invalidade da intimação da partes sobre determinado ato processual é reconhecer que contra este ato não se instaurou o contraditório, já que negada a ciência do mesmo.

De outra maneira, a aplicação de uma sistemática dúplice de intimação ainda traria o inconveniente da dificuldade de definição acerca da possibilidade de aplicação da multa de que trata o *caput* do artigo 475-J.

Ora, se o devedor tem o prazo de até quinze dias para pagar o valor líquido a que foi condenado para que não lhe seja imposto o acréscimo de dez por cento sobre este total a ser pago, e se a contagem destes quinze dias se dá a partir de sua intimação, é razoável pressupor-se que, inexistindo a intimação, inexistente será também obrigação de pagamento da multa referida.

Em suma, o que se percebe, é que a possibilidade de considerar-se inválida a intimação para ciência do início da fase executória retira a efetividade do dispositivo, que passaria a ser uma mera faculdade do juízo, já que sua consolidação não dependeria do sucesso da diligência.

Com efeito, em que pese o brilhantismo da tese ora analisada, a qual certamente atende à necessidade social de prestação célere da tutela jurisdicional, não parece ser esta a

⁸¹ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Alterações do código de processo civil**, 2 ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 175

⁸² Loc. cit.

medida que melhor traduz a materialização do contraditório, que, como dito, é função primeira do dispositivo em comento.

5.2.3 Ausência de intimação

Percebe-se a existência de uma tendência doutrinária que, ao interpretar o conteúdo normativo do dispositivo em comento, aponta para a desnecessidade de intimação da parte (seja pessoal ou dirigida ao seu patrono) para os fins ali assinalados.

Tal entendimento se baseia na existência prévia de informações que possibilitem a ciência de determinada condição ou termo cuja realização e presunção de ciência da parte permitiria que se suprisse a formalidade da citação, que, para os que aderem a este corrente doutrinária, seria mera formalidade despicienda.

Conforme aquela interpretação, o prazo “*a quo*” do prazo de 15 dias de que dispõe a parte para proceder ao adimplemento da obrigação sem a incidência de multa equivalente a 10% sobre o valor total devido teria a sua fluência iniciada a partir do trânsito em julgado ou a partir da conferência de contornos de exequibilidade à sentença condenatória, dependendo da vertente adotada.

Nesta esteira, há que se distinguir dois grupos nítidos, a saber: os que entendem pelo início da fruição com a exequibilidade da sentença, e os que entendem que o termo “*a quo*” seria a data do trânsito em julgado da sentença.

5.2.3.1 *Início a partir do trânsito em julgado*

É bastante difundido o entendimento de que o prazo de que trata o artigo 475-J do Código de Processo Civil teria início com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Os defensores desta teoria vão além e sustentam a idéia de que, ainda que ocorra o trânsito em julgado em concomitância com o curso da execução provisória, deve ser observada a abertura do referido prazo.⁸³

Tal pensamento se aperfeiçoa pelo argumento de que caberia à parte vencida, então devedora, diligenciar no sentido de obter a informação da data do trânsito em julgado da sentença, a partir da qual estaria configurada a sua condição efetiva de devedora, não sendo necessária para tanto sequer a intimação das partes mesmo dirigida aos advogados.

⁸³ Por todos: SANTOS, Ernane Fidélis dos. **As reformas de 2005 do código de processo civil**: Execução dos títulos judiciais e agravo de instrumento. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006. p. 56.

Os argumentos tangentes à defesa desta interpretação podem ser colhidos do acórdão infra, cuja ementa se transcreve:

LEI 11.232/2005. **ARTIGO 475-J, CPC. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. MULTA. TERMO INICIAL. INTIMAÇÃO DA PARTE VENCIDA. DESNECESSIDADE.** 1. A intimação da sentença que condena ao pagamento de quantia certa consuma-se mediante publicação, pelos meios ordinários, a fim de que tenha início o prazo recursal. Desnecessária a intimação pessoal do devedor. 2. **Transitada em julgado a sentença condenatória, não é necessário que a parte vencida, pessoalmente ou por seu advogado, seja intimada para cumpri-la.** 3. Cabe ao vencido cumprir espontaneamente a obrigação, em quinze dias, sob pena de ver sua dívida automaticamente acrescida de 10%.⁸⁴ (grifo nosso)

Com efeito, de uma primeira análise, parecem bastante contundentes os argumentos lançados, que seduzem pelos contornos de celeridade e economia processual que, inegavelmente, conferem ao procedimento. Entretanto, um estudo mais desvelado da questão aponta para alguns óbices até então intransponíveis.

À luz do contraditório, é sabido que os atos e termos processuais devem ser previa, e eficazmente comunicado às partes sob pena de ilegitimidade dos atos praticados, o que ensejaria nulidade dos mesmos.

Assim, ainda que se admitisse a possibilidade da abertura da contagem do prazo para cumprimento da obrigação sem incidência de multa a partir do trânsito em julgado da sentença, seria indispensável, sob pena de mitigação ao princípio do contraditório no aspecto da audiência bilateral, posto que a ciência dos atos, deve ser, via de regra, real, e não presumida.

Demais disso, outra controvérsia que surge do entendimento pela fluência do referido prazo diz respeito a uma questão de ordem prática, qual seja, a dificuldade de fixação precisa da data do trânsito em julgado da sentença, sobretudo quando daquela advém recurso ao qual se nega conhecimento.

A este respeito, aduz Fredie Didier Jr. (*verbis*):

(...) isto porque podem surgir dúvidas sobre a data do trânsito em julgado (se o último recurso não foi conhecido há grande controvérsia sobre o tema) e sobre o montante da dívida, que, muitas vezes exige no mínimo, a elaboração prévia de cálculos aritméticos pelo próprio credor (art. 475-B do CPC)⁸⁵.

⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 954.859, Terceira Turma, Relator: HUMBERTO GOMES DE BARROS, Julgado em 27/08/2007. disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. acesso em 01 jun 2008 (apesar do entendimento estampado no acórdão ora transcrito, vale dizer que não representa, tal aresto, o posicionamento daquele tribunal superior quanto ao tema, acerca do qual, aliás, não firmou posicionamento unânime, sendo possível encontrarem-se decisões em sentidos diversos deste)

⁸⁵ DIDIER Júnior, Fredie. Notas Sobre a Fase Inicial de cumprimento da Sentença (Execução de sentença que imponha pagamento de quantia) In SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Execução civil: Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 145.

Assim, é de se notar que tal entendimento interpretativo ofende o contraditório também em seu fundamento de garantia da razoabilidade dos prazos, posto que a imprecisão quanto a data de início da contagem do prazo impossibilita mesmo um virtual recurso ou manifestação, uma vez que a parte que, por ventura, compartilhe de entendimento doutrinário diverso do magistrado no que pertine à configuração do coisa julgada estará, irremediavelmente fadada à intempestividade de sua manifestação, e, ainda que seja sua intenção proceder ao adimplemento da obrigação tão logo esta se torne “exigível”, afastando assim a incidência da multa, tal conduta não será possível, posto que à ocasião em que entenda iniciar-se o prazo para que se o faça, é possível que o mesmo já tenha transcorrido em *albis*.

Em apertada síntese, há que se concluir que, ao adotar tal posicionamento doutrinário, faz-se um a opção nítida pela celeridade processual em detrimento da aplicação da garantia do contraditório, com a qual este entendimento colide frontalmente, e, sendo adotado, imporá a não recepção do dispositivo contido no artigo 475-J do Código de Processo Civil pela Constituição por colisão com princípio nela estampado.

5.2.3.2 *Início a partir da exequibilidade da sentença*

Há também, em sede de melhor doutrina, o posicionamento defendido, entre outros, por Athos Gusmão carneiro, Araken de Assis e Cássio Scarpinella Bueno no sentido de que a abertura do prazo ora analisado teria seu termo *a quo* fixado no momento em que se tornaria exequível.

Tal entendimento parte do princípio de que, uma vez condenado, o devedor tem o dever de pagar o valor estipulado em sentença tão logo esta esteja liquidada e sobre esta não penda nenhuma condição suspensiva, estando, pois, passível de produzir seus devidos efeitos.⁸⁶

É de se notar, todavia, que este posicionamento, em verdade, apesar de impor a data a partir da qual a sentença se torna exequível como termo inicial do prazo, não negam a necessidade de realizar-se a intimação da parte para a ciência da efetiva abertura do prazo, intimação esta que deve ser feita através de publicação na imprensa oficial e dirigida ao advogado da parte⁸⁷.

⁸⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. **A nova etapa da reforma do código de processo civil**: Comentários sistemáticos às leis n. 11.187, de 19-10-2005, e 11.232, de 22-12-2005. 2 ed. rev., atual. e ampliada, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 83

⁸⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Cumprimento da sentença civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.. p. 53 a 54.

Salta aos olhos a similaridade com posicionamento já explanado no presente trabalho, no qual a intimação se daria na pessoa do advogado da parte. Com efeito, a discrepância entre esta e aquela reside precisamente no momento da intimação.

Enquanto uma (a anterior) prevê que a intimação se dê por meio de publicação na imprensa oficial dirigida ao advogado da parte mediante pedido do vencedor na fase cognitiva do processo, a outra corrente (esta) prevê que não seria necessário o pedido formulado pela parte, e, tampouco um despacho específico que imponha o adimplemento da obrigação sob pena de multa, mas sim, bastaria para tanto o rotineiro despacho “cumpra-se o v. acórdão” para que se inicie o prazo.⁸⁸

Tal alegação se baseia no argumento de que, para esta concepção exegética, o prazo se inicia com o trânsito em julgado da decisão, ainda que esta seja impugnada por recurso ao qual não se atribua efeito suspensivo.⁸⁹

Curioso é notar que, apesar de reconhecer a necessidade de intimação da parte pela impossibilidade de fruição do prazo partida de uma condição processual tão subjetiva, não reconheçam os doutrinadores a subjetividade contida na possibilidade de impor-se ao devedor que de um despacho de teor “cumpra-se o v. acórdão”, extraia-se “cumpra-se o v. acórdão no prazo de 15 dias sob pena de multa de 10% conforme preceito do artigo 475-J do Código de Processo Civil”.

Com a devida *venia* dos ilustres defensores da tese ora apontada, não parece ser esta a interpretação mais adequada a se adotar para a norma do artigo 475-J.

Como é lógico, dispensa-se aqui as mesmas críticas lançadas ao ensejo da contemplação da tese de intimação dirigida ao advogado da parte mediante pedido da parte, que, como visto, não deve prevalecer por absoluta incongruência com o aspecto da bilateralidade que informa a garantia do contraditório; outrossim, acrescenta-se àquelas críticas a da impossibilidade de imposição de qualquer postura a ser adotada por qualquer das partes com base em determinação implícita.

As informações processuais devem ser claras e diretas. O próprio Código de Processo Civil, impõe às partes a vedação à adução de argumentos implícitos ou interlineares, sendo por óbvio, também ao magistrado, vedado impor às partes a percepção da mesma subjetividade que a elas é negada.⁹⁰

⁸⁸ SANTOS, Ernane Fidélis dos. **As reformas de 2005 do código de processo civil**: Execução dos títulos judiciais e agravo de instrumento. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006. p. 58

⁸⁹ Ibid. p. 56

⁹⁰ Artigo 161 do Código de Processo Civil: “É defeso lançar, nos autos, cotas marginais ou interlineares; o juiz mandará riscá-las, impondo a quem as escrever multa correspondente à metade do salário mínimo vigente na sede do juízo”.

Vale dizer, não se pode considerar cumprida a garantia do contraditório através de intimação implícita. A magnitude da garantia impõe que à parte se dê ciência precisa e efetiva dos atos e termos, e não uma ciência presumida.

Assim, não há outra conclusão senão a de que, na verdade, crer-se que a intimação estaria implícita em despacho que nada menciona a respeito do contido no dispositivo do artigo 475-J, equivale à constatação de que, em verdade, não houve intimação, posto que, como é claro, não se deu ciência alguma sobre ato algum.

5.2.4 Intimação pessoal da parte executada

Inicialmente destaque-se, reiterando o já dito, que a intimação de que trata o artigo 475-J tem finalidade específica de informar ao vencido na fase cognitiva do processo sincrético que se iniciará a fase executiva, pelo que deverá cumprir a obrigação contida no título judicial sob pena de multa de 10% sobre o valor da condenação, o que, por si só, já faz denotar a necessidade de que a intimação se dê na pessoa do devedor, posto que a ele incumbe a adoção de uma ou outra postura, não sendo cabível o entendimento de a intimação para ato da parte seja dirigida ao seu patrono – como visto ao ensejo da diferenciação das intimações.

De outra forma, o artigo em análise não menciona a possibilidade de intimação feita através do advogado da parte, como, aliás, é feito no § 1º deste mesmo artigo, segundo o qual a intimação do executado para ciência do auto de penhora e avaliação, onde se alude à possibilidade de intimação a ser realizada na pessoa do advogado da parte.

Ademais, sobre o tema há manifestações de ilustres doutrinadores como se vê:

Não bastasse, a intimação, no caso, justifica-se que seja feita na pessoa do advogado, porque o ato a ser realizado – apresentação de impugnação à execução – é ato para o qual se exige capacidade postulatória, isto é, a parte apresentará a impugnação através de advogado, o que explica plenamente haver disposição legal expressa no sentido de que a intimação se dê na pessoa deste. O mesmo ocorre no caso do art. 475-A, § 1º, também inserido pela Lei 11.232/2005.

(Omissis)

No caso ora analisado, a mera intimação do advogado, pelo Diário da Justiça, não pode ser considerada como instrumento hábil e adequado à imprescindível comunicação da parte, sob pena de se perpetrar nova ruptura do sistema constitucional de garantias processuais.⁹¹

Parece de todo desnecessário repetir-se aqui os argumentos anteriormente lançados no sentido de definir-se a natureza das intimações e sua conseqüente divisão entre aquelas

⁹¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Sobre a necessidade de intimação pessoal do réu para o cumprimento da sentença, no caso do art. 475-J do CPC** (inserido pela Lei 11.232/2005). *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 1, set. 2006, p. 15-21. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em: 06/04/08

dirigidas aos advogados e as dirigidas pessoalmente à parte, que deve dar-se na medida em que sejam, os atos informados, correspondentes à atos a serem praticados pela parte ou por seu advogado, como bem destaca Egas Dirceu Moniz de Aragão: “A parte somente será intimada quando deve, ela própria, ter ciência de algo, a fim de fazer ou não fazer alguma coisa”⁹²

Com efeito, a única forma de estabelecer-se o contraditório de maneira fiel aos seus institutos, é dando ciência precisa as partes, da forma mais adequada de cada ato ou termo processual, entendendo-se como adequada a ciência que se dá de forma a garantir a transmissão da informação de forma precisa a quem dela necessita para a tomada de uma ou outra atitude.

O entendimento ora expendido está de acordo mesmo com o entendimento que vem sendo adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, como se verifica do acórdão cuja ementa se transcreve:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. **LEI 11.232/05. PRAZO DE 15 DIAS PARA PAGAMENTO DO DÉBITO SOB PENA DE MULTA DE 10% SOBRE O VALOR DA EXECUÇÃO. TERMO INICIAL PARA A CONFIGURAÇÃO DA MORA. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEVEDOR. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 20, §4º, DO CPC.** Versa a controvérsia recursal sobre o cumprimento de sentença sob a égide dos artigos 475-J e seguintes, do Código de Processo Civil, incluídos pela Lei 11.232/2005, notadamente quanto à incidência da multa prevista pelo legislador em caso de não cumprimento espontâneo do julgado, bem como quanto ao direito da credora, ora Agravante, de receber ou não os respectivos honorários advocatícios concernentes à fase de cumprimento do título judicial. **No caso, tanto os honorários quanto a multa somente devem incidir quando o devedor não cumprir espontaneamente a obrigação no prazo de quinze dias estipulado pelo artigo 475-J, caput, do CPC, após devidamente intimado. Se, e somente se, devidamente intimado pessoalmente, não fizer o pagamento da quantia a que foi condenado, arcará com o pagamento dos honorários fixados pelo magistrado**, além da multa já prevista no dispositivo legal. Isso porque, somente neste caso estará havendo o efetivo cumprimento forçado do julgado. Na hipótese em tela, entretanto, ao tempo da prolação da decisão recorrida ainda não havia sido configurada a falta de cumprimento espontâneo do julgado, portanto, absolutamente correta a decisão do juízo de primeira instância, que não negou o direito da Agravante à verba honorária, mas apenas asseverou que a mesma só seria devida caso, após regularmente intimada, a ré, ora Agravada, deixasse de cumprir no prazo legal o seu dever de pagamento. Assim, não merece reparos a decisão guerreada. RECURSO DESPROVIDO.⁹³ (grifo nosso)

⁹² ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 9 ed., v. II, Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 238.

⁹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 2007.002.00509, Segunda Câmara Cível, Relator: Des. Elisabete Filizzola. Julgado em 18.04.2007. disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. acesso em 01 jun 2008

E ainda, reconhecendo a necessidade de confronto dos princípios do contraditório e da celeridade, almejado pela reforma, colhe-se o acórdão abaixo:

EXECUÇÃO. Título Judicial. Multa do Art. 475-J do CPC. Necessidade de Intimação Pessoal do Devedor. Via Postal. Homenagem às Garantias Constitucionais da Ampla Defesa e do Contraditório. **Ainda que a mens legis seja a de agilizar a forma de satisfação do credor, essa diretriz deve se harmonizar com os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.** Essa a exigência do postulado maior do acesso à ordem jurídica justa. Provimento do recurso.⁹⁴ (grifo nosso)

Como enunciado no aresto supra, é comum que se critique a imposição de intimação pessoal da parte para o cumprimento da sentença com base no argumento de que se desvirtuaria a intenção da lei de imprimir maior celeridade à via processual executiva.

Com efeito, é imprescindível que se repare que a intimação inadequada de determinado ato enseja, irremediavelmente, a violação do contraditório, que acarreta mesmo a inconstitucionalidade do ato, e desta forma, não caso a intimação não se dê da maneira adequada para que se estabeleça o contraditório, não outra medida a ser tomada senão a reiteração do ato. E nem diga-se aqui acerca da possibilidade de manejo de virtual recurso, etc.

Evidentemente, seria um desperdício de energia processual a utilização de meios de comunicação que não se prestem à sua função precípua: informar; posto que a inverdade de que se eiva o ato gera maior delonga que o procedimento adequado pode gerar. Inobstante, é imprescindível que às partes, e neste caso, à parte devedora, se dê ciência dos atos processuais. Não há resultado justo de direito que não seja balizado pela garantia do contraditório, e não há devido processo senão realizado em contraditório.

Assim, senão pela negativa geral, pela necessidade de respeito ao contraditório deve-se impor que a intimação de que trata o artigo 475-J do Código de Processo Civil se dê de forma pessoal dirigida à parte, resguardando mesmo quanto à eventual nulidade decorrente da ilegitimidade dos atos praticados.

5.3 Possibilidade de averbação da demanda no momento de sua propositura

O legislador, inovando em busca de meios que coibissem a configuração da fraude contra credores, trouxe, através do artigo 659, § 4º do Código de Processo Civil, a possibilidade de averbação da demanda no momento de sua propositura.

⁹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 2007.002.35067, Décima Terceira Câmara Cível, Relator: Des. Sergio Cavaliere Filho. Julgado em 19.12.2007. disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. acesso em 01 jun 2008.

Tal faculdade representaria a possibilidade de tornar pública a demanda executória com o intento de impedir que o executado atue em fraude contra credores alienando seus bens penhoráveis antes que se satisfaça o crédito do exequente.

Assim, o exequente, munido do comprovante de distribuição da ação, escolhe, ao seu alvedrio, bens que deseja ver resguardados dentro o patrimônio do executado para uma futura penhora.

Vale dizer, este procedimento independe de apreciação do juízo, e independe mesmo da verificação da existência das condições da ação, de maneira que, ainda que a pretensão executiva seja de todo absurda ou incompatível com o ordenamento jurídico, tem o exequente a faculdade de invadir o patrimônio do executado em busca de averbações que ele próprio, o exequente, entender convenientes.

A primeira de muitas críticas que se pode fazer ao novel dispositivo é a nítida desproporção da medida como fim almejado e o absoluto desrespeito ao elemento da paridade das armas que decorre do contraditório; se era a intenção do legislador coibir a fraude, deveria dispor sobre o tema de maneira mais adequada, reformando e agravando as penalidades cabíveis na hipótese ou facilitando, por exemplo o procedimento da Ação Pauliana.

O fato é que o artigo 659, § 4º do Código de Processo Civil confere ao exequente, que nem sempre é credor, o poder de proceder à auto tutela. Não há substitutividade, é o exequente quem indica, e desde já consideram-se aceitas suas indicações de bens a serem averbados.

Este dispositivo não apenas mitigou, mas desprezou o princípio do contraditório. Tal assertiva se faz à medida da constatação de que, ao passo da realização da averbação, sequer o juiz tem conhecimento da existência da causa, o que simplesmente ignora a possibilidade de incidência da bilateralidade sobre o ato.

É de se notar a obviedade do caráter constritivo de que se banha esta figura de natureza jurídica esquizóide.

A configuração do caráter constritivo da dita “averbação” é muito simplesmente verificável na hipótese, por exemplo, em que um indivíduo, contra o qual pende execução de título extrajudicial, e da qual ainda não foi citado, pretende a alienação de um bem a outrem.

Ocorre que, iniciadas as negociações, verifica-se a existência de averbação de execução que recai sobre o bem que se pretende alienar. Por óbvio, o comprador optaria por comprar outro bem que não lhe cause a preocupação de, eventualmente, lhe envolver em fraude contra credores.

Sobre o tema, aduzindo ao caráter constritivo da averbação, aduz Daisson Flash:

O que se passa com o artigo 615-A, § 3º, é bastante peculiar. **A averbação, tal como disciplinada, gera sobre os bens do executado efeitos análogos aos da penhora** no sentido de que quaisquer atos de disposição relativamente a estes bens, independentemente da prova da insolvência, implicam fraude à execução. O simples ajuizamento da execução, acompanhado das correspondentes averbações, vincula de imediato praticamente todo o patrimônio do devedor à execução, dando enorme projeção ao princípio da responsabilidade patrimonial. **Nesse momento, ao menos em tese, qualquer ato de disposição implica fraude, ainda que não tenha aptidão para conduzir o devedor à insolvência e ainda que não tenha ainda havido a afetação característica da penhora ou da pré-penhora.** Em nenhum outro momento do processo executivo a constrição patrimonial se faz tão intensa, pois, a considerar a letra fria da lei, sequer o valor da execução é baliza para a extensão da medida.⁹⁵ (grifo nosso)

Salta aos olhos o fato de que o ato de averbação, além ir de encontro aos elementos da isonomia e da bilateralidade, todos da garantia do contraditório, afeta também o princípio da ampla defesa, posto que o executado não dispõe de meios para insurgir-se contra a medida constritiva que se lhe impõe.

Neste ponto, há que se ressaltar que, como dito, há circunstâncias que, devido à possibilidade de se gerar, em virtude da demora na prestação jurisdicional, dano grave e de difícil ou incerta reparação (*periculum in mora*) para uma das partes, seria possível postergar-se a ciência a uma ou algumas das partes a fim de que se proceda a atuação da jurisdição o mais rapidamente evitando-se o perecimento de um direito material.

Note-se todavia, que a possibilidade de se realizar tal postergação é condicionada não apenas à possibilidade de geração de dano grave, mas também à existência de indícios de bom direito (*fumus boni iuris*).

Assim, não há fundamento jurídico para o ato instituído pelo artigo 659, § 4º, posto que seria impossível falar-se em *fumus boni iuris* quando, na verdade, o juiz ainda sequer conhece a demanda.

Quanto à configuração do *periculum in mora*, há que se atentar para a sugestão do legislador no sentido de que o simples fato de haver a pendência de processo executivo gera a possibilidade de atuação em fraude por parte do demandado. Tal argumento, *ab initio*, fere a isonomia das partes. O dispositivo, antes mesmo de analisados os autos, aduz à condição de devedor do executado, e vai além, pressupõe a sua má-fé e cria mecanismos de defesa do exequente contra as supostas artimanhas do executado.

Na verdade, assim procedendo, o legislador cria uma possibilidade de “fraude” para o próprio exequente. Para tanto, basta que imaginemos a possibilidade, perfeitamente possível

⁹⁵ FLASH, Daisson. A nova execução de títulos extrajudiciais. in OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Coord.)... [et al.]. **A nova execução**: comentários à lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 25

e bastante corriqueira, de, eventualmente um indivíduo “A” pretender alienar um imóvel sobre o qual tenham interesse “B” e “C”, e, por serem melhores as propostas de “B”, encerra-se a fase de negociação e inicia as tratativas com este, encerrando a negociação com “C”; ao que “C”, pretendendo ter para si o imóvel, ajuíza uma ação executiva absolutamente infundada em face de “A”, procedendo de imediato à averbação do bem.

É bom notar-se, não se pode conceber um sistema processual, ou mesmo um mero procedimento baseado em suposições. Supostas fraudes contra supostas execuções em face de supostas dívidas não podem ter o condão de violar o patrimônio do executado de maneira a causar-lhe dano grave impetrado pela parte adversa sem a apreciação do magistrado.

Neste sentido, colhe-se o aresto abaixo:

Finalmente, no que tange ao periculum in mora, no sentido de terem os referidos sócios e nas palavras do recurso, fls. 05, “(...) tempo suficiente para esvaziar suas contas (...)”, é argumento que não impressiona, por aplicação do comando do art. 335, in medius, do CPC e mesmo, a contrário senso, do comando do art. 273 do CPC por motivos que, por óbvios, não precisão ser aqui lançados.

A efetividade jurisdicional, bom lembrar, se aplica diante de provas ou de indícios, não diante de presunções de fraude ou de um “poder-acontecer” que, acaso venha a se apresentar aos autos, merecerá a aplicação das disposições legais pertinentes. O que não está nos autos, não está no mundo do processo e como tal, outra não poderia ter sido a solução dada ao requerimento formulado.⁹⁶ (nosso grifo)

Diante disto, como é óbvio, “B” desiste da aquisição por medo de se ver envolvido em fraude à execução, a que resta para “A” a venda do imóvel para “C”.

É imperiosa a conferência às partes, de ciência de todos os atos processuais. Não se pode permitir transformar a ciência processual em exercício de adivinhação. Permitir que se proceda a atos de cunho construtivo em face de qualquer indivíduo sem que se lhe dê a devida ciência, é negar-lhe, ainda, a vigência do devido processo legal, e espanca absolutamente a segurança jurídica, posto que a todo tempo, surgirão temores acerca da possível constrição que, eventualmente, recaia sobre os bens de um ou outro indivíduo.

Demais disso, é inconcebível que se autorize uma determinada ação que, violando direito fundamental de um indivíduo, não seja passível, imediatamente (e o ideal é que se o faça de forma anterior) de revisão jurisdicional.

Em outras palavras, o que se esta perpetrando, é a possibilidade de, a pretexto de resguardar-se o exeqüente de eventual ação fraudulenta do executado, se causar um dano

⁹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 2007.002.30715, Décima Oitava Câmara Cível, Relator: Des. Pedro Freire Raguene. Julgado em 12.02.2008. disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. acesso em 01 jun 2008.

grave, de difícil ou impossível reparação para o próprio executado, que, se não se conformar, nada pode fazer imediatamente.

Evidentemente equivocado, o dispositivo permite que se decida de forma automática sobre causas desconhecidas, atribuindo-se caráter absoluto de veracidade à pretensão exequenda, sejam quais forem suas condições.

Vale dizer, a premência da necessidade aferição do mérito, ainda que de forma superficial para a procedência de qualquer ato que importe a invasão do patrimônio de outrem, estabelecendo-se o contraditório de forma mais ampla e uma apurada e minuciosa avaliação dos termos da demanda, levou o brilhante jurista Leonardo Greco a propor que se realizassem mesmo audiências que antecedessem a realização de tais atos:

Penso que os atos cruciais da execução, como a penhora e a arrematação, deveriam ser antecedidos de audiências orais, que permitiriam a instauração do almejado diálogo e colocariam o juiz em condições excelentes para dar seqüência ao processo do modo mais eficaz para atingir o subjetivos pretendidos por ambos os litigantes.

Deve ser assegurado o contraditório, em igualdade de condições, no exame dos pressupostos processuais e condições da ação de execução, nos atos probatórios, e , de um modo geral, na suspensão e extinção do processo.⁹⁷

Todavia, agindo na contramão da razoabilidade, o legislador não apenas não estendeu a cognição no processo executivo, mas em certos pontos, como o que ora se analisa, extinguiu a incidência de qualquer tipo de cognição.

Assim, o que se verifica não é apenas a absoluta subversão da ordem jurídica mas a submissão da dignidade humana. O executado, nesta nova visão de processo de execução, é rebaixado ao patamar de devedor fraudulento incontestado.

Não se pode considerar que seja chamado de ato de jurisdição aquele através do qual a parte, exercendo suas próprias razões, e em nome do Estado, promove, de acordo com seu interesse, a invasão do patrimônio e outrem sem que se assegure o contraditório contra tal ato.

O que se verifica, é uma regressão do Estado Democrático de Direito, e o prenuncio do fim da fase participativa do contraditório. O artigo 659, § 4º atribui uma substitutividade às avessas, e confere à parte, papel que caberia ao estado, dando margem a aplicação dos institutos da auto tutela. Não é afastando a prestação da tutela jurisdicional que se alcançará a efetividade que se procura.

5.4 Penhora on-line

⁹⁷ GRECO, Leonardo. **O processo de execução**. vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 270

Com a reforma proporcionada pelo advento da lei 11.382/06, consagrou-se a utilização do instituto da penhora *on-line*, o que, na verdade, revelou-se mera positividade de uma reiterada prática *praetoriana*, sendo certo que a investigação acerca da adequação do instituto da penhora *on-line* aos preceitos da garantia do contraditório passa, inevitavelmente, pelo estudo de seus elementos, fundamentos e, principalmente, de seu procedimento.

À grosso modo, a penhora *on-line* pode ser definida como o meio através do qual o “juiz da execução obtém, por via eletrônica, o bloqueio junto ao Banco Central, de depósitos bancários ou de aplicações financeiras mantidas pelo executado”⁹⁸

Como é nítido pela leitura do *caput* do artigo 655-A⁹⁹ do Código de Processo Civil, o bloqueio se dá em duas etapas: a primeira se limitaria à solicitação, à autoridade supervisora do sistema bancário, de informações acerca da existência ou inexistência de numerário, de titularidade do executado, bastante para a garantia penhora; numa segunda etapa, seria solicitado à autoridade bancária o bloqueio do numerário indicado no pedido de informações, sendo possível que a determinação de bloqueio seja encaminhada mesmo ao ensejo da solicitação de informações, como bem assevera a parte final do *caput* do dispositivo.

Há neste ponto que se fazer menção à instrução contida no parágrafo primeiro daquele dispositivo, através do qual se impõe que “as informações limitar-se-ão à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução”.

A Primeira controvérsia que se destaca surge da simples leitura do dispositivo, qual seja, uma vez que o parágrafo primeiro diz que as informações devem limitar-se à existência, ou não, de numerário no valor da execução, paira a dúvida a cerca da possibilidade de, havendo valores disponíveis em total diverso do valor da execução por ser a ele inferior, deve a autoridade bancária informar a sua existência? Ou ainda, nos casos em que o pedido de informações for acompanhado da solicitação de bloqueio, poderia a autoridade realizar o bloqueio ainda que não houvesse valor em depósito ou aplicação no valor total da execução?

Parece que o entendimento mais apurado é o que aponta no sentido da impossibilidade de penhora quando os valores existentes em depósitos ou aplicações somarem total inferior ao da execução, circunstância em que, de acordo com a inteligência do parágrafo primeiro do artigo 655-A, a autoridade bancária deveria limitar-se a informar a inexistência de valores disponíveis em aplicações financeiras que totalizem o valor da execução.

⁹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A reforma da execução do título extrajudicial**: lei nº 11.382, de 06 de dezembro de 2006. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 76

⁹⁹ Artigo 655-A do Código de Processo Civil: “Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução”.

Esta discussão, todavia, foge ao propósito do presente trabalho, e sua colocação é mera ilustração da falibilidade do instituto, que, inegavelmente traz ao exeqüente a garantia de satisfação rápida e simples do crédito exeqüendo, mas que, todavia, carece de aperfeiçoamento para que se possa aplicá-lo sem incorrer-se em violação dos princípios e garantias processuais, como se constatará adiante.

O fato é que, na prática forense, a despeito do que informa o artigo 655-A, que introduz a penhora *on-line* no ordenamento jurídico, procede, na verdade, a uma forma de indisponibilização de valores muito mais rápida do que seria o normal (ou a intenção do legislador) para concretizar-se a penhora: o “bloqueio *on-line*”, que é o imediato bloqueio dos valores existentes em contas da titularidade do executado, o que, na prática, ocorre no mesmo momento em que se prestam as informações ao juízo, atingindo-se, definitivamente, a objetivada celeridade, mas colidindo bruscamente com o princípio do contraditório, à medida em que não só não se faculta a audiência bilateral com a ciência da parte adversa para possível manifestação, como também não se assegura prazo razoável para qualquer possível tentativa de manifestação a este respeito.

É de se notar que rotineiramente, o pedido de penhora *on-line* formulado pela parte exeqüente através de petição simples é encaminhado ao juízo, que, deferindo-o, procede de plano ao “bloqueio *on-line*”, ou seja, a indisponibilização do “dinheiro” do executado é feita mesmo sem a ciência deste acerca do pedido do exeqüente de penhora dos valores, do qual somente será dada ciência ao executado no momento da intimação, em regra pela imprensa oficial, da constrição já realizada. Ou seja, o executado tem seus bens bloqueados e somente terá consciência do motivo com a publicação pela imprensa oficial da notícia de que o exeqüente o requereu, e o juiz o deferiu.

Vale dizer, a parcela da doutrina que defende a aplicação do instituto como posto atualmente, dá como argumento para sua sustentação, a necessidade de garantir-se a segurança para realizar a penhora, posto que caso o juiz viabilize o contraditório, corre-se o risco de, futuramente, não se ter mais os valores disponíveis para a garantia do juízo; autores como Humberto Theodoro Júnior chegam a sustentar que “para que a constrição seja eficaz é indispensável, portanto, o imediato bloqueio da quantia necessária”.¹⁰⁰

Ocorre, todavia, que como já visto, o contraditório é garantia fundamental, constitucionalmente assegurada, e seu papel na sistemática processual é de controlador da legitimidade dos atos e de garante do justo fim do processo, mitigar a aplicação do

¹⁰⁰THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A reforma da execução do título extrajudicial**: lei n° 11.382, de 06 de dezembro de 2006. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 77

contraditório, é tornar o processo uma via escusa de consecução de objetivos unilaterais por meios tendenciosos, que desvirtuam toda a natureza processual.

De outra forma, não há que se negar que surgem no curso do processo, momentos em que a configuração de premente receio de dano grave a uma das partes decorrente na demora na prestação jurisdicional enseja a aplicação a posteriori do princípio do contraditório como forma de evita-se um dano imediato, ou seja, garante-se o contraditório, porém, suas faculdades somente poderão ser desenvolvidas após a prevenção do possível dano, o que, somente se admite mediante a devida comprovação do *fumus boni iuris*.

Frise-se: a qualidade de garantia fundamental do contraditório não admite exceções. Tal entendimento se impõe mesmo nos casos em que o juiz, reconhecendo a possibilidade de dano grave de difícil, incerta ou impossível reparação ocasionado pela demora na prestação jurisdicional, defere *inaudita altera pars* a antecipação da tutela pretendida, circunstância em que à parte adversa deverá ser facultada, sucessiva e imediatamente, a manifestação (reação) em face do ato referido. É importante mencionar que tal manifestação deve, necessariamente ser facultada ocorrer antes que a medida se torne definitiva¹⁰¹.

Assim, é mister a verificação da existência ou não de *fumus boni iuris* e *periculum in mora* no requerimento de penhora *on-line* para que se defina a possibilidade de sua adoção anterior à realização das faculdades decorrentes do contraditório.

Frise-se que a regra é a da aplicação do contraditório anteriormente à concretização do ato, apenas admitindo-se sua postergação nos casos em que reste vastamente constatados o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA E REQUERIMENTO DE PENHORA ON-LINE DE BENS DOS SÓCIOS DA EMPRESA EXECUTADA. DEFERIMENTO DO PRIMEIRO PEDIDO E DETERMINAÇÃO DE AGUARDAMENTO DE MANIFESTAÇÃO DAQUELES PARA POSTERIOR APRECIÇÃO DO SEGUNDO PEDIDO. INCONFORMISMO. Embora a desconsideração da personalidade jurídica se imponha naqueles casos em que a utilização da empresa sirva de obstáculo para que os credores possam haver o que lhes seja de direito, em contrapartida os princípios constitucionais de adequado processo legal, ampla defesa e do contraditório devem ser respeitados. O processo judicial, ainda que se prestigie a celeridade e a efetividade, não pode prescindir de observância de garantias previstas em lei e conferidas às partes sob pena de incorrer em violação de direitos públicos subjetivos dos envolvidos. Decisão monocrática que se mantém, com improvimento do agravo de instrumento.¹⁰² (nosso grifo).

¹⁰¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO; Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 20. ed. rev. atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 57.

¹⁰² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 2007.002.30715, Decima Oitava Câmara Cível, Relator: Des. Des. Pedro Freire Raguene. Julgado em 12.02.2008. disponível em:

Vale dizer, permitir que determinado ato se perpetre em face deste ou daquele jurisdicionado sem que a este se dê a devida ciência prévia do ato, é contribuir para a fragilização da estabilidade das relações jurídicas e sociais, a medida em que, se não há uma certeza de que não se imporão medidas das quais não se tenha prévio conhecimento, não há certeza de possibilidade de manutenção da propriedade ou mesmo da liberdade com segurança.

Assim, o princípio do contraditório constitui verdadeira garantia de segurança. Garantia de que não serão adotadas medidas de arroubo, garantia de que há uma sistemática para cada ato implementado pela máquina estatal, e que estes serão devidamente respeitados e assim respeitando os direitos e garantias fundamentais e a dignidade humana.

Desse modo, o **contraditório constitui uma verdadeira garantia de não surpresa** que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em “solitária onipotência” aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou ambas as partes.¹⁰³

É inegável a eficiência da constrição obtida através da penhora on-line. A sua implementação é, de certo, um dos maiores avanços no sentido da efetividade processual no âmbito executivo, todavia, a forma como se tem dado a sua utilização, desrespeitosa ao contraditório, implica na imposição de sua negativa como um todo.

Não se pode admitir que a tese seja admitida antes mesmo que contra ela se permita a formulação de antítese, ou seja, não se pode permitir que do pedido do exequente de constrição *on-line* decorra o deferimento e, ato contínuo, tudo antes mesmo da ciência do executado. Tampouco pode prevalecer o entendimento pela presunção de realização de fraude pelo executado proporcionada pela ciência dos atos processuais.

A ciência é imanente ao contraditório e, portanto, garantia fundamental intangível. É direito do executado ter ciência dos atos e termos do processo de que é parte.

Por fim, como já dito, não se pode, em virtude da falibilidade da máquina Estatal em reprimir atos fraudulentos dos jurisdicionados, impor-se o aparo das arestas das garantias fundamentais a fim de que estas se encaixem num sistema imperfeito.

É necessária a criação de mecanismos capazes de regular a aplicação do instituto, somando-lhe na totalidade das ocasiões, a observância à garantia do contraditório para que se possa preservar o Estado Democrático de Direito utilizando-se de tão magnífico instrumento de efetividade processual.

<<http://www.tj.rj.gov.br>>. acesso em 01 jun 2008.

¹⁰³ Ferri, Corrado. Sull'effettività del contraddittorio. *Apud* DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2008.p. 170.

6

EFEITOS DA INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

A concepção que hoje se tem de garantia do contraditório, por meio da qual impõe-se a participação do juiz como ser dotado de deveres na articulação do deslinde processual, impõe que, em sua atuação, o juiz imponha às partes, e a si próprio, a aplicação dos meios necessários para a busca pela verdade, o que, a propósito, deve ser a orientação precípua da sistemática processual.

Assim, a partir da percepção de que é dever não apenas às partes cabe exigir, mas também ao juiz garantir o desenvolvimento processual em conformidade com os ditames da garantia do contraditório, passa a ser requisito de validade processual, ou ainda, requisito de verdade processual, a observância de seus institutos, de maneira que negando tal condição, está-se segando a própria natureza da prestação jurisdicional, e, portanto, maculando o resultado da instrução processual, que, desta forma, não pode ter outro fim senão o da nulidade.

Neste sentido já se pronunciou o egrégio Superior Tribunal de Justiça em diversas oportunidades, a exemplo, tem-se o recurso especial 2005/0020401-8 (REsp 722600 / SC), do qual foi relatora a íclita Ministra Nancy Andrighi que assim o ementou:

DIREITO CIVIL, COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DEVEDOR À EXECUÇÃO. PRÁTICA DE AGIOTAGEM. NOTAS PROMISSÓRIAS. VALOR SUPERIOR AO DÉCUPLO DO SALÁRIO MÍNIMO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. VEROSSIMILHANÇA NÃO DEMONSTRADA. PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. CERCEAMENTO DE DEFESA. - UM ELEVADO NÚMERO DE CIDADÃOS ENCONTRA-SE À MARGEM DO ACESSO AO CRÉDITO OFERECIDO PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, O QUE OS TORNA VULNERÁVEIS E SUJEITOS AO TALANTE DAQUELES QUE COMUNENTE SÃO CHAMADOS DE AGIOTAS. - A EDIÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA N.º 2.172-32 TEVE COMO ESCOPO COIBIR A ESPECULAÇÃO COM EMPRÉSTIMOS DE DINHEIRO FORA DO ÂMBITO DAS OPERAÇÕES DO MERCADO FINANCEIRO NÃO REGULADAS PELAS LEIS COMERCIAIS E DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR, QUANDO CELEBRADOS COM VÍCIOS DE VONTADE, ISTO É, QUANDO DISSIMULEM A EXIGÊNCIA DE VANTAGENS PATRIMONIAIS SUPERIORES ÀS ADMITIDAS EM LEI OU CELEBRADAS PARA GARANTIR, ILICITAMENTE, DÍVIDAS USURÁRIAS. - CONQUANTO CELEBRADOS COM MANIFESTO VÍCIO DE CONSENTIMENTO, PORQUE NINGUÉM PROCURA VOLUNTARIAMENTE O PREJUÍZO, É SOBREMANEIRA PENOSO AO PODER JUDICIÁRIO A DESCONSTITUIÇÃO DE TAIS AJUSTES DIANTE DA AUSÊNCIA DE REGRAMENTO PROCESSUAL ESPECÍFICO, O QUE, A TODA EVIDÊNCIA, ESTIMULA A

CONTINUIDADE DAS PRÁTICAS ILÍCITAS. - A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA AUTORIZADA PELOS ARTS. 1º E 3º DA MP N.º 2.172-32, QUE TRATA DA NULIDADE DOS ATOS DE USURA PECUNIÁRIA, IMPÕE ACURADA ANÁLISE DA OCORRÊNCIA DE REQUISITO LEGAL PARA SEU DEFERIMENTO: DEMONSTRAÇÃO DA VEROSSIMILHANÇA DA PRÁTICA DE AGIOTAGEM. - **É SOBERANO O JUIZ EM SEU LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO AO EXAMINAR A NECESSIDADE DA REALIZAÇÃO DE PROVAS REQUERIDAS PELAS PARTES, DESDE QUE ATENTO ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO E À IMPRESCINDÍVEL SALVAGUARDA DO CONTRADITÓRIO.** - "O CPC VEDA A UTILIZAÇÃO DA PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL COM O OBJETIVO DE DEMONSTRAR A EXISTÊNCIA DE CONTRATO CUJO VALOR SEJA SUPERIOR A DEZ SALÁRIOS MÍNIMOS. NO ENTANTO, TAL ESPÉCIE DE PROVA É ADMITIDA QUANDO SE PRETENDE EVIDENCIAR PECULIARIDADE OU CIRCUNSTÂNCIA DO CONTRATO, AINDA QUE SEU VALOR EXCEDA ESSE MONTANTE. PRECEDENTES" (RESP 470.534/SP). - **DEVE, PORTANTO, A INTERPRETAÇÃO DO ART.400 E SS. DO CPC PROPICIAR ÀS VÍTIMAS DA AGIOTAGEM A AMPLA DILAÇÃO PROBATÓRIA PARA DEMONSTRAR A VEROSSIMILHANÇA DO ILÍCITO, QUE PERMITIRÁ A ABERTURA DA VIA DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA CONTEMPLADA PELA MP N.º 2.172-32. - ASSIM, A DESPEITO DA AUSÊNCIA DE MECANISMOS OFICIAIS DE COMBATE À AGIOTAGEM, A JUSTIÇA ENCONTROU UM CAMINHO PARA TUTELAR AS VÍTIMAS DE TAL PRÁTICA. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, PROVIDO.** (grifo nosso).¹⁰⁴

Com efeito, o contraditório, enquanto garantia de legitimidade dos atos do Poder Público, deve ser observado primeiramente como fundamento mesmo de validade para atuação do Estado, sobretudo do judiciário, a quem não se confere prévia legitimidade, de maneira que seus atos devem ser, invariavelmente objeto de questionamento popular e seus efeitos devem ser de conhecimento geral.

Em uma segunda análise, a qualidade de garantia constitucional fundamental do contraditório lhe aufere contornos de requisito de constitucionalidade de todo e qualquer provimento jurisdicional que se realize.

Se, por um lado o contraditório se afigura como direito fundamental das partes, de outro, é também dever do homem público, que, agindo em nome do povo, e atuando sobre coisas alheias, deve, sob pena não apenas de ilegitimidade do ato, mas também de inconstitucionalidade, prestar informações e facultar manifestações atinentes a este.

Assim, é premente a nulidade, absoluta, dos atos decorrentes da violação ao contraditório, como, aliás, é pacífico em sede jurisprudência pátria:

¹⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 722600/SC, Terceira Turma, Relator: NANCY ANDRIGHI, Julgado em 29/08/2005. disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. acesso em 01 jun 2008

TRIBUTÁRIO - PREVIDENCIÁRIO - PROCESSUAL CIVIL - CEBAS - MANDADO DE SEGURANÇA - PROCESSO ADMINISTRATIVO - NULIDADE - DESRESPEITO AO CONTRADITÓRIO.

1. A prova pré-constituída acostada nos autos é suficiente para a análise do presente pedido mandamental, dispensando-se dilação probatória. 2. **Houve no processo administrativo desrespeito ao contraditório, pois as alegações introduzidas no recurso do INSS foram acolhidas pela autoridade coatora, sem que previamente a impetrante sobre elas pudesse se pronunciar.** 3. A questão de ordem levantada, nos termos do art. 16, do RISTJ encontra-se superada com a pacificação do entendimento relativo ao fornecimento do CEBAS na Primeira Seção deste Tribunal, que ocorreu com o julgamento do MS 11.394/DF (Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 2.4.2007).4. Agravo regimental prejudicado.Segurança concedida.¹⁰⁵ (grifo nosso)

Em suma, assim como ocorre com o desrespeito aos demais preceitos constitucionais, o contraditório, quando mitigado, produz nulidade absoluta, e, portanto, cognoscível mesmo de ofício pelo juiz, e alegável em qualquer instância, grau de jurisdição ou tribunal a qualquer tempo.

¹⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AgRg no MS 12238. Primeira Seção, Relator: Humberto Eustáquio Soares Martins, Julgado em 23/04/2008. disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. acesso em 01 jun 2008.

7

CONCLUSÃO

As raízes evolutivas do conceito de jurisdição e do próprio conceito de justiça têm íntima relação com a necessidade e realização do debate bilateral, com a oitiva de parte a parte, colhendo-se a tese e sua correspondente antítese para a elaboração da síntese, com base na estrutura dialética de Aristóteles, que é o próprio provimento jurisdicional.

É através dessa audiência das partes que se possibilita uma maior aproximação do provimento referido ao conceito de justiça, que, na verdade, nada mais é que a busca da verdade que se alcança através da interpretação dos fatos, jurídicos ou não, que giram em torno da questão conflituosa.

A consecução da justiça através do diálogo bilateral, modernamente materializado na figura da garantia do contraditório, depende da observância de alguns fatores externos e internos que informam a realização da colheita de informações de parte a parte.

Os fatores internos a que se alude não são apenas os elementos da própria garantia do contraditório, mas também um apanhado de circunstâncias processuais que viabilizam a sua aplicação.

A exemplo da figura do juiz, que, externo ao litígio, mas imanente ao processo, constata-se, na visão moderna do contraditório (contraditório participativo) que este assume postura de responsável pela esmerada aplicação da garantia, e como tal, se inclui como elemento do contraditório

Dentre os elementos internos que constituem o contraditório, tem-se a audiência bilateral, que é a própria essência da garantia em comento; a razoabilidade de prazos, que é a manifestação da razoabilidade que deve prevalecer nas manifestações judiciais; a igualdade das partes que decorre da noção de processo justo, e é elemento fundamental da consecução da verdade processual à medida em que, por meio deste elemento, impõe-se a atribuição das mesmas medidas para a análise de provas e declarações e manifestações das partes, não permitindo a formação de desnível na avaliação de teses ou antíteses; e a ampla defesa que é a materialização das prerrogativas asseguradas pelo contraditório.

Estes elementos não são alternativos, e a configuração do contraditório não se limita a observância de um ou alguns destes, mas de sua totalidade, sob pena de se ter mitigado preceito constitucional fundamental.

É certo que a garantia em comento abarca todas as modalidades de processo, havendo sustentação no sentido de que também seriam abarcados todos os procedimentos.

Nesta esteira, é evidente a caracterização da garantia no âmbito do processo ou procedimento executivo, posto que a função precípua do contraditório é a obtenção da justiça com o fim de legitimar a atividade jurisdicional.

Demais disso, por diversos outros elementos é possível concluir-se pela existência do contraditório no âmbito executivo, o que se afigura sumamente importante para a verificação da legitimidade da reforma do processo executivo promovida pela implementada pelas leis 11.382/06 e 11.232/05.

Evidentemente, a reforma a que se procedeu trouxe melhoras expressivas para a consecução da efetividade jurisdicional através do aprimoramento de institutos já existentes e pela inovação da criação de elementos faltantes.

Entretanto, o acerto da reforma não impede que, sobre alguns pontos específicos se realize uma verificação de legitimidade.

Dentre os pontos que merecem análise, encontram-se a possibilidade de averbação da ação executiva de título extrajudicial no momento da propositura da ação, a positivação da possibilidade da penhora *on-line*, e a intimação para adimplemento da obrigação de que trata o artigo 475-J do CPC.

Quanto à averbação realizada no momento da propositura da ação executiva, independente mesmo de deferimento judicial, conclui-se, como é óbvio, tratar-se de constrição indireta dos bens do executado, que é realizada antes mesmo de ser facultada a manifestação da parte adversa, o que não se sustenta legitimamente diante do princípio do contraditório no aspecto da audiência bilateral, e apresenta-se como uma presunção de veracidade das alegações contidas na inicial antes mesmo da análise desta pelo juízo, ferindo ainda a garantia do contraditório no aspecto da isonomia das partes.

Não há que se falar em constrição de bens alheios sem que se proceda à correta interpretação factual para a constatação ainda que mínima, da fumaça de um bom direito, que ainda assim não justificaria tal medida, que deve ser motivada ainda pela possibilidade de geração de dano grave e de difícil, improvável ou impossível reparação.

Da mesma forma, a penhora *on-line*, afigura-se, da forma como se procede na prática pretoriana, em meio de constrição ilegal, por meio do qual o executado tem seus bens bloqueados antes mesmo de saber, em regra, que tal bloqueio fora solicitado, o que, isto sim, pode gerar para este próprio, o *periculum in mora* de efeitos reversos, ou seja, o risco de dano advindo da velocidade com que é realizada a constrição.

O caso é que, em ambos os institutos verifica-se que, a pretexto de minimizar os reflexos das fraudes contra credores e contra a execução, o legislador entendeu por bem inquirir de fraudadores todos aqueles que são demandados em juízo executivo.

Vale dizer, na execução de título extrajudicial a situação é ainda mais grave, posto que a primeira constrição (a da averbação da ação) é feita antes mesmo que se realize qualquer juízo de valor sobre o tema que irá processar, qual seja, o título extrajudicial.

Quanto a questão que gira em torno do artigo 475-J do Código de Processo, há que, inicialmente, concluir-se pela finalidade da intimação, que não pode ser outra que não a de dar a parte devedora ciência do início da nova fase processual que se inicia, qual seja, a fase executiva do processo sincrético, pelo que deverá efetuar o adimplemento da obrigação sob pena de, ao total devido, lhe ser somado 10%.

Assim, na verdade, o dispositivo não apresenta uma falha concreta no que tange a aplicação da garantia do contraditório, mas si, as correntes interpretativas que surgem a partir da sua inteligência é que levam a crer pela necessidade de uma reavaliação de sua significância.

Inicialmente, destacam-se quatro posicionamentos distintos, que defendem respectivamente: a necessidade de intimação do devedor por meio e seu advogado; a necessidade de intimação pessoal da parte; uma mescla das possibilidades de intimação que levariam a intimação, a princípio, feita através do advogado da parte, e, eventualmente, num segundo momento, direcionada à parte pessoalmente; e a desnecessidade de intimação, sendo certo que esta última subdivide-se em duas vertentes: uma que aponta no sentido de que a intimação de que trata o artigo 475-J seria o despacho que determina o cumprimento do acórdão (“cumpra-se”), e uma segunda vertente para a qual a intimação seria feita de maneira implícita a partir do trânsito em julgado da sentença.

Quanto à primeira possibilidade, sua impossibilidade é verificada à medida em que a intimação, para os fins de estabelecimento do contraditório deve ser adequada, ou seja, dirigida a quem de direito, e no caso em tela, não há ato que possa ser executado a pelo advogado, mas sim, a intimação apenas interessa à parte, a quem, por certo, deveria ser enviada a intimação.

A segunda, parece ser a mais acertada, posto que garante a livre interpretação da situação processual pelo devedor, que pode optar entre cumprir a obrigação ou aceitar as conseqüências de seu inadimplemento, e assim, instaurando-se o contraditório e forma plena.

A terceira hipótese, apesar de demonstrar preocupação com a ordem democrática do processo, impondo a necessidade de comunicação real dos fatos, apresenta a problemática da

necessidade, a partir do reconhecimento da necessidade de uma nova intimação, desta vez pessoal, decorrente da insuficiência da primeira, realizada na pessoa do advogado do devedor, de reconstituição dos atos processuais posteriores ao ato reconhecidamente inválido, ou ilegítimo, posto que não proporcionou a instauração do contraditório.

A quarta e última hipótese, apresenta, inicialmente, em sua primeira vertente, que admite que a intimação se daria ao passo da intimação para o cumprimento do acórdão, há que se dizer que a intimação não pode ser implícita. Não é concebível que, intimado para, simplesmente, cumprir o acórdão, o devedor deva entender que está sendo intimado para cumprir sob pena de pagamento de multa. Demais disso, a intimação realizada pelo “cumprase” é dirigida ao advogado da parte devedora, e não a ela própria.

Quanto a segunda vertente, e última forma interpretativa do dispositivo, é evidente o descompasso com o direito à informação necessária que se deve dispensar ao devedor, posto que este não terá um termo *a quo* específico para o cumprimento da obrigação sem o acréscimo da multa de 10%, pois como é sabido, grande controvérsia gira em torno da questão da fixação data do trânsito em julgado, especialmente nos casos em que o último recurso não é conhecido. Neste esteio, atrelar qualquer prazo a um termo tão subjetivo, viola não apenas o contraditório em seus aspectos da razoabilidade de prazos e da bilateralidade, mas também à segurança das relações jurídicas.

Em suma, a relevância do princípio da celeridade é inegável, mas que somente tem sentido se contido na garantia da efetividade, cuja aplicação depende de uma série outros aspectos, dentre os quais se eleva o contraditório como garantia do justo fim do processo, e cuja inobservância eiva de inconstitucionalidade os atos processuais decorrentes de sua inobservância.

Enfim, a efetividade processual tão almejada, da qual promana a celeridade, é, isto sim, a duração do processo necessária para a justa composição da lide, e não mais, e não menos.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Alterações do código de processo civil**, 2 ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 9 ed., v. II, Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 238.

ASSIS, Araken de. **Cumprimento da sentença**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Manual da execução**. 11 ed., rev., ampl. e atualizada com a Reforma Processual 2006/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BUENO, Cássio Scarpinella. **A nova etapa da reforma do código de processo civil: Comentários sistemáticos às leis n. 11.187, de 19-10-2005, e 11.232, de 22-12-2005**. 2 ed. rev., atual. e ampliada, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 197178932, Sexta Câmara Cível, Relator: Ilton Carlos Dellandrea, Julgado em 23/10/1997. disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. acesso em 01 jun 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 61606/MG, Terceira Turma, Relator: Waldemar Zveiter, Julgado em 22/04/1997. disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. acesso em 01 jun 2008

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 36265/MG, Terceira Turma, Relator: Cláudio Santos, Julgado em 29.03.1994. disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. acesso em 01 jun 2008

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de instrumento. nº 70022251490, Décima oitava Câmara Cível, Relator: Dês. Nelson José Gonzaga, Julgado em 20/03/2008. disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. acesso em 01 jun 2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 2007.002.31900, Décima Segunda Câmara Cível, Relator: Norma Suely Fonseca Quintes, Julgado em 17/03/2008. disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. acesso em 01 jun 2008

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 2007.002.35067, Décima Terceira Câmara Cível, Relator: Des. Sergio Cavalieri Filho. Julgado em 19.12.2007. disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. acesso em 01 jun 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 954.859, Terceira Turma, Relator: HUMBERTO GOMES DE BARROS, Julgado em 27/08/2007. disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. acesso em 01 jun 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 722600/SC, Terceira Turma, Relator: NANCY ANDRIGHI, Julgado em 29/08/2005. disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. acesso em 01 jun 2008

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AgRg no MS 12238. Primeira Seção, Relator: Humberto Eustáquio Soares Martins, Julgado em 23/04/2008. disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. acesso em 01 jun 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 11 ed, rev. e atualizada, vol I. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

_____. 11 ed., rev. e atualizada, vol II. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Cumprimento da sentença civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARVALHO FILHO, Carlos Henrique de (org.). **Vade Mecum RT**. 2 ed. rev., ampl. e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO; Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 20. ed. rev. atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DIDIER JR., Fredie. **Execução Civil**: Estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 6 ed. rev. e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

FUX, Luiz. **A reforma do processo civil**: comentários e análise crítica da reforma infraconstitucional do poder judiciário e da reforma do CPC. Niterói: Impetus, 2006.

GRECO, Leonardo. **O processo de execução**. vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Estudos de direito processual**. Coleção José do Patrocínio. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos.

_____. A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos dos Goytacazes, Ano VII, Nº 9, p. 121, Dezembro de 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo. **Net**, São Paulo, 2003. LFG – Rede de ensino Luiz Flavio Gomes. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. acesso em 23 maio 2008.

JORGE, André Guilherme Lemos. *A efetividade dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa no inquérito civil*. 2007. 105 f. Dissertação. (mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

JORGE, Flávio Cheim. **A terceira etapa da reforma processual civil**: comentários às Leis n. 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.280/2006. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Sobre a necessidade de intimação pessoal do réu para o cumprimento da sentença, no caso do art. 475-J do CPC** (inserido pela lei 11.232/2005). Panóptica. ano 1, n° 1. p. 4.. disponível em:
<<http://www.panoptica.org/setembro2006pdf/3Sobreanecessidadedeintimaaopessoaldoreu.pdf>>
>

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 8 ed., rev., ampl. e atualizada e atualizada com as novas súmulas do STF e com a análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Coord.)... [et al.]. **A nova execução**: comentários á lei n° 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **A nova execução de títulos extrajudiciais**: comentários á lei n° 11.382, de 6 de dezembro de 2006. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **As reformas de 2005 do código de processo civil**: Execução dos títulos judiciais e agravo de instrumento. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006.

SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Execução civil**: Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal** (due process of law). 3 ed. rev., atual. e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: Processo de execução e cumprimento da sentença processo cautelar e tutela de urgência. 39 ed., vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **A reforma da execução do título extrajudicial**: lei n° 11.382, de 06 de dezembro de 2006. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz e. (Coord.). **Garantias constitucionais do processo civil**: Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.