

ASPECTOS DO PROCESSO CONSTITUCIONAL E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

ASPECTS OF THE CONSTITUTIONAL PROCESS AND THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE

Alderico Kleber de Borba¹

RESUMO: O Novo Código de Processo Civil–NCPC, adotou a teoria constitucionalista de processo, estabelecendo que este deve ser interpretado e aplicado de acordo com a Constituição. O NCPC é revestido de princípios constitucionais como direito-garantia fundamental e empregado como meio de efetivação dos direitos fundamentais. O alicerce do processo constitucional é o devido processo legal, que formata o modelo constitucional de processo. O conteúdo do princípio do contraditório passa a ser composto de participação (visão tradicional) e poder de influência. Na pesquisa utilizou-se os métodos dedutivo, dogmático e bibliográfico, por meio do processo metodológico histórico e comparativo.

Palavras-Chave: Constituição; Processo; Contraditório; Direito de influência; Fundamentação.

SUMMARY: The new code of Civil procedure – NCPC, adopted the constitutional theory of process, establishing that this should be interpreted and applied in accordance with the Constitution. The NCPC is coated with constitutional principles as right-fundamental guarantee and is employed as a means of implementation of fundamental rights. The Foundation of the constitutional process is due process, which formats the constitutional process model. The content of the principle of the adversarial procedure shall be composed of (traditional) participation and influence. In the survey used the deductive, dogmatic and bibliographic methods, methodological procedure history.

Keywords: Constitution; Process; Contradictory; Right to influence; Justification.

¹ Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia, na linha de pesquisa Esfera Pública Legitimidade e Controle na Universidade Fumec em Belo Horizonte (2017). Pós-graduado em Direito Processual pela PUC/MG (2008/2009). Atualmente é Procurador da Câmara Municipal de São Gotardo/MG e professor do curso de Direito do Centro de Ensino Superior de São Gotardo. Advogado. E-mail: akbmp@hotmail.com.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 04 Páginas 68-89
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

A Lei n.º 13.105/2015 instituiu o Novo Código de Processo Civil-NCPC, adotando a teoria do processo constitucional.

O novo Código foi escrito à luz dos preceitos constitucionais. Diversos princípios constitucionais processuais foram irradiados para dentro do Código.

Na exposição de motivos restou consignada a “necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual²”.

O art.1º fala que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil.

Relativo ao tema Constituição e Processo, as primeiras pesquisas são creditadas ao mexicano Héctor Fix-Zamudio, José Alfredo de Oliveira Baracho no Brasil e aos italianos Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera³.

Segundo a teoria constitucionalista de processo, este é lido, interpretado e aplicado de forma constitucionalizada, sendo empregado como meio de efetivação dos direitos fundamentais.

O art.5º, LV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CR/88, estabelece que 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 inerentes⁴.

Antes da CR/88, o contraditório não alcançava, expressamente, os processos civil e administrativo, sendo que, somente a partir de 1988, houve a

² **Exposição de Motivos do Projeto do Novo Código Civil.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/quadro-comparativo-do-cpc-atual-e-pl-8.046-11>>. Acesso em: 18 abr. 2018

³ PELEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. O processo, a jurisdição e a ação sob ótica de Elio Fazzalari. **Virtuajus. Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. ano 2, p. 01- 29, 2003.

⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

previsão constitucional de aplicação do contraditório ao processo penal, civil e administrativo.

Na perspectiva constitucional implementada pelo NCPC, o princípio do contraditório é aplicado na visão substantiva ou tridimensional, indo além do binômio conhecimento-reação, vedando a decisão-surpresa e garantindo às partes o direito de influência no processo.

Deste modo, a fundamentação das decisões judiciais é elemento estrutural da sentença e decorrência lógica do contraditório tridimensional (conhecimento-reação-influência). Referido princípio, representa uma das mais importantes vertentes do processo constitucional, demandando uma releitura de sua aplicação prática e dos demais princípios no Estado Democrático de Direito.

Nesta pesquisa, utilizou-se a vertente metodológica jurídico-teórica, baseando-se no estudo de normas e doutrinas sobre a matéria. A metodologia consistiu em analisar a realidade de maneira crítica, à luz de concepções teóricas, com a finalidade de desenvolver a capacidade de observar, selecionar e organizar cientificamente os fatos da realidade.

2 DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Novo Código de Processo Civil Brasileiro – NCPC, adotou a teoria constitucionalista de processo. A exposição de motivos do NCPC traz como um dos objetivos do novo Código, “estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal⁵”.

Têm-se o processo civil constitucional, onde o NCPC deve ser interpretado de acordo com a Constituição Federal. “O novo Código, logo em sua primeira disposição, deixa claro a adoção da teoria do direito processual constitucional⁶”.

⁵ **Exposição de Motivos do Projeto do Novo Código Civil.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/quadro-comparativo-do-cpc-atual-e-pl-8.046-11>>. Acesso em: 18 abr. 2018

⁶ CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. In: WAMBIER, Teresa; TALAMINI, Eduardo; DIDIER, Fredie; DANTAS, Bruno. (orgs.). **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. E-book.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 04 Páginas 68-89
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

Existe uma premissa importante para tratar de qualquer tema relativo ao direito processual civil. Tal premissa está relacionada à necessidade de se adotar a Constituição Federal como “ponto de partida” para tratar de qualquer tema relacionado ao direito processual civil. Mas, também, tal premissa está relacionada ao fato de que a Constituição Federal deve ser o “ponto de chegada” de qualquer análise que seja feita do direito processual civil. Ou seja, o direito processual civil deve ser estudado a partir da Constituição Federal, mas os resultados alcançados pela aplicação do direito processual civil somente serão válidos se estiverem em conformidade com o que está estabelecido por ela. Em outras palavras, o que se pretende afirmar é que o *direito processual civil é fundamentalmente determinado pela Constituição Federal*, tanto no que diz respeito ao seu modo de ser quanto no tocante aos resultados que possa concretamente proporcionar⁷.

Com a constitucionalização do processo civil brasileiro, o novo Código foi escrito à luz dos preceitos constitucionais. Na exposição de motivos restou consignada a “necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual”⁸.

O art.1º fala que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil⁹.

Os primeiros estudos envolvendo o tema Constituição e Processo são atribuídos ao mexicano Héctor Fix-Zamudio em 1956, José Alfredo de Oliveira Baracho em 1984 no Brasil e aos italianos Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera em 1990.

os estudos do processo como instituição constitucionalizada apta a reger, em contraditório, ampla defesa e isonomia, o procedimento, como direito-garantia fundamental, despontaram-se, a nosso sentir, com a obra, inicialmente incompreendida pelas ideias moderníssimas que sustentava, do incomparável pesquisador e constitucionalista mineiro, prof. José Alfredo de Oliveira Baracho, cujas reflexões e trabalhos no campo do Direito Constitucional são conhecidos em todo o mundo, principalmente na Alemanha, onde é difundido nas universidades mais proeminentes. Ombreia-se a Baracho, consoante este mesmo reconhece, no estudo pioneiro do tema constituição e processo, o jurista mexicano Hector Fix-Zamudio que dedicou

⁷ SOUZA, André Pagani de. **Vedação das decisões-surpresa**. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, E-book.

⁹ “Hoje, costuma-se dizer que o processo civil constitucionalizou-se. Fala-se em modelo constitucional do processo, expressão inspirada na obra de Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera, *Il modello costituzionale del processo civile italiano: corso dilezioni* (Turim, Giapicchelli, 1990). O processo há de ser examinado, estudado e compreendido à luz da Constituição e de fofa a dar o maior rendimento possível aos seus princípios fundamentais” (Exposição de Motivos do Projeto do Novo Código Civil. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/quadro-comparativo-do-cpc-atual-e-pl-8.046-11>>. Acesso em: 18 abr. 2018, nota n.º 9)

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 04 Páginas 68-89
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

várias obras e artigos ao assunto, assinalando que tal aproximação (Constituição e Processo) ocorrera após a Segunda Grande Guerra Mundial. No entanto, só recentemente é que, sob a denominação de “modelo constitucional” do Processo, ficou explícito, por estudos de Ítalo Andolina, que o Processo, em seus novos contornos teóricos na pós-modernidade, apresenta-se como necessária instituição constitucionalizada que, pela principiologia constitucional do devido processo que compreende os princípios da reserva legal, da ampla defesa, isonomia e contraditório, converte-se em direito-garantia impostergável e representativo de conquistas teóricas da humanidade no empreendimento secular contra a tirania, como referente constitucional lógico-jurídico, de interferência expansiva e fecunda, na regência axial das estruturas procedimentais nos segmentos da administração, legislação e jurisdição¹⁰.

Pela teoria constitucionalista de processo¹¹, este é visto constitucionalizado, revestido de princípios constitucionais como direito-garantia fundamental (conforme estabelecido pelo NCPC). O processo é empregado como meio de efetivação dos direitos fundamentais. Os princípios passaram a fundamentar os estudos de teoria do processo.

As garantias constitucionais do processo alcançam todos os participantes do mesmo. O processo, como garantia constitucional, consolida-se nas constituições do século XX, através da consagração de princípios de direito processual, com o reconhecimento e a enumeração de direitos da pessoa humana, sendo que esses consolidam-se pelas garantias que os torna efetivos e exequíveis. Mostra Eduardo J. Couture que esses preceitos constitucionais passaram a ter nível internacional, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, formulada pela Assembleia das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948, cujos textos dizem: 8º - Toda a pessoa tem um recurso perante os Tribunais nacionais competentes, que a ampara contra atos que violam seus direitos fundamentais, reconhecidos pela Constituição ou pela lei. [...] 10º - Toda a pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, a ser ouvida publicamente com justiça, perante tribunal independente e imparcial, para determinação de seus direitos e obrigações ou para que examine qualquer acusação que pese contra ela matéria penal.

¹⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

¹¹ Pelo que se observa, o NCPC parece ter adotado a teoria constitucionalista de processo. No entanto, existem várias outras teorias sobre o tema que são bem elucidadas por Rosemiro Pereira Leal, em sua obra Teoria Geral do Processo – primeiros estudos. Como o tema proposto se relaciona com a teoria constitucionalista de processo, somente esta foi abordada, pelo que, se recomenda a leitura da obra do professor Rosemiro (2008, p. 77-92), onde o autor discorre sobre a teoria do processo como contrato (Pothier-1800); teoria do processo como quase-contrato (Savigny e Guényvau -1850); teoria do processo como relação jurídica (Bulow-1868), aprimorada por Chiovenda, Calamandrei, Carnelutti e Liebman; teoria do processo como situação jurídica (Goldschmidt-1925); teoria do processo como instituição (Guaspi-1940); teoria do processo como procedimento em contraditório (Fazzalari- 1957); teoria constitucionalista do processo (Héctor Fix-Zamudio, México-1956, José Alfredo de Oliveira Baracho, Brasil-1984, Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera, Itália-1990); e a teoria neoinstitucionalista do processo, criada pelo próprio autor.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 04 Páginas 68-89
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

Entende Couture que incumbe à doutrina procurar, em linguagem universal, o que é processo, recurso, plena igualdade ou ser ouvido publicamente. Algumas regras são básicas para a compreensão de pontos essenciais à tutela constitucional do processo: a correta citação (*audiatur altera pars*), sendo que a falta de citação, nos casos concretos, gera nulidade; inconstitucionalidade por falta do respeito aos prazos; inconstitucionalidade por sonegação do direito de audiência ou de ser ouvido; inconstitucionalidade pela privação de provas, para correção de erros de procedimento; inconstitucionalidade por supressão ou privação de recursos; inconstitucionalidade por privação de revisão judicial; inconstitucionalidade por falta de idoneidade do juiz, pelo que é garantia fundamental a existência de Tribunal competente e imparcial que não viole a garantia do *due process of law*. O processo constitucional efetiva-se através desses pressupostos, bem como da consagração dos procedimentos que garantem os direitos das partes, outorgando-lhes oportunidade razoável para defender-se e fazer valer suas provas. Em todas essas circunstâncias deve-se assegurar a efetiva igualdade das partes, em todas as fases de atuação no processo. Os princípios do devido processo legal, da defesa em juízo e do acesso à justiça foram elevados à categoria de disposições internacionais. O direito continental europeu tem incrementado o interesse da doutrina e da jurisprudência, com o exame das garantias constitucionais do processo civil. Héctor Fix-Zamudio destaca a importância de se chegar ao conceito, extensão e limites das garantias constitucionais do processo civil. Percebe-se que a simples elevação de certos princípios à condição de preceitos constitucionais, não era suficiente para garantir sua eficácia. Mostra Fix-Zamudio as deduções que surgem acerca do processo ordinário e das garantias constitucionais, para chegar-se à concepção do processo estritamente constitucional, como instrumento ou meio de tutela dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente¹².

José Alfredo de Oliveira Baracho¹³, assenta, ainda, que o direito processual tem linhagem constitucional, calcada nos direitos de ação e de defesa, alicerçados no devido processo legal, de modo a dar maior significação à proteção efetiva dos direitos processuais, em todas as instâncias, visando tutelar o princípio da supremacia constitucional e protegendo os direitos fundamentais.

Mais uma vez, escudados na doutrina de Baracho, podemos dizer que a teoria constitucionalista do processo toma por base a idéia primeira da supremacia das normas da Constituição sobre as normas processuais. Considera o processo uma importante garantia constitucional, daí a razão pela qual surge consolidada nos textos das Constituições do moderno Estado Democrático de Direito, sufragando o direito de as pessoas obterem a função jurisdicional do Estado, segundo a metodologia normativa do processo constitucional. A viga-mestra do processo constitucional é o devido processo legal, cuja concepção é desenvolvida tomando-se por base os pontos estruturais adiante enumerados, que formatam o devido processo constitucional ou modelo constitucional de processo: a)- direito de ação

¹² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.12/13

¹³ op. cit., p.14.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 04 Páginas 68-89
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

(direito de postular a jurisdição); b)- o direito de ampla defesa; c)- o direito ao advogado ou ao defensor público; d)- o direito à produção da prova; e)- o direito ao processo sem dilações indevidas, de sorte a ser obtida uma decisão jurisdicional em prazo razoável; f)- o direito a uma decisão proferida por órgão jurisdicional previamente definido no texto constitucional (juízo natural ou juízo constitucional) e fundamentada no ordenamento jurídico vigente (reserva legal); g)- o direito ao recurso, na perspectiva de coextensão do direito de ampla defesa”¹⁴

Baracho assevera que “a condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo toma o nome de Direito Processual Constitucional”¹⁵. O autor ainda aduz, que a aproximação entre Constituição e processo fez surgir a expressão Direito Constitucional Processual ou Direito Processual Constitucional, como preferem alguns autores¹⁶.

¹⁴ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.118.

¹⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.125.

¹⁶ Marcelo Cattoni, em face do modelo constitucional brasileiro do controle jurisdicional de constitucionalidade, assevera que: [...]o Direito Constitucional Processual seria formado a partir dos princípios basilares do “devido processo” e do “acesso à justiça”, e se desenvolveria através dos princípios constitucionais referentes às partes, ao juiz, ao Ministério Público, enfim, os princípios do contraditório, da ampla defesa, da proibição das provas ilícitas, da publicidade, da fundamentação das decisões, do duplo grau, da efetividade, do juiz natural etc. Já o Direito Processual Constitucional seria formado a partir de normas processuais de organização da Justiça Constitucional e de instrumentos processuais previstos nas Constituições, afetos à “Garantia da Constituição” e à “Garantia dos direitos fundamentais”, controle de constitucionalidade, solução de conflitos entre os órgãos de cúpula do Estado, resolução de conflitos federativos e regionais, julgamento de agentes políticos, recurso constitucional, “Habeas Corpus”, “Amparo”, “Mandado de Segurança”, “Habeas Data” etc.” [...] esta distinção é problemática à luz de uma teoria constitucional constitucionalmente adequada do Direito brasileiro, pelo menos, pelas seguintes razões: 1) – Por um lado, se o Direito Constitucional é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, posto que estabelece os processos através dos quais todas as demais normas serão produzidas, quer da perspectiva legislativa, quer da perspectiva da aplicação, não há Direito Processual que não deva ser, nesse sentido, ‘constitucional’; 2) – Por outro lado, no Brasil, apesar de vozes discordantes, o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e dos atos normativos é fundamentalmente difuso e incidental, como exigência constitucional basilar no esteio da melhor tradição democrática e constitucional brasileira. Assim, no Brasil e cada vez mais em toda parte, a Constituição estabelece um verdadeiro “Modelo Constitucional do Processo”, estruturante do Direito Processual, que não pode ser desconsiderado, sob pena de inconstitucionalidade e até mesmo de descaracterização do instituto do processo enquanto tal (OLIVEIRA, 2000, p.6.).

3 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMO COROLÁRIO DO PROCESSO CONSTITUCIONAL

O art.5º, LV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CR/88, estabelece que 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.

No Brasil, houve previsão do princípio do contraditório na constituição de 1824 (art.179, n.11 e 17), de 1891 (art.72§ § 15, 16 e 23); de 1934 (art.113, n.24 a 27); de 1946 (art.141, § § 25 a 27); de 1967 (art.150, § § 15 e 16); na Emenda Constitucional n.1/69 (art.153, § § 15 e 16). Em todas essas constituições, o princípio do contraditório não alcançava, de modo expresso, os processos civil e administrativo. Apenas em relação ao processo penal se aplicava referida garantia. A partir de 1988, a inovação foi profunda e significativa, porque ampliou-se a abrangência do contraditório, sendo previsto expressamente no texto constitucional a sua aplicação ao processo penal, civil e administrativo¹⁷.

Tradicionalmente, o contraditório realizava-se apenas com cumprimento do binômio conhecimento-reação. Para a efetivação do princípio, bastava cumprir duas exigências básicas: “a de se dar ciência aos réus da existência do processo, e aos litigantes de tudo o que nele se passa; e a de permitir-lhes que se manifestem, que apresentem suas razões, que se oponham à pretensão do adversário”¹⁸.

Do ponto de vista do seu conteúdo, o direito ao contraditório por muito tempo foi identificado com a simples bilateralidade da instância, dirigindo-se tão somente às partes. Dentro desse quadro histórico, o contraditório realizava-se apenas com a observância do binômio conhecimento-reação. Isto é, uma parte tinha o direito de conhecer as alegações feitas no processo pela outra e tinha o direito de, querendo, contrariá-las. Semelhante faculdade estendia-se igualmente à produção da prova. Trata-se de feição do contraditório própria à cultura do Estado Legislativo, confinando as partes no terreno das alegações de fato e da respectiva prova. Nessa linha, o órgão jurisdicional nada tinha que ver com a realização do direito ao contraditório, na medida em que apenas os litigantes seriam os seus destinatários¹⁹.

¹⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2015 p.299.

¹⁸ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2016.E-book.

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.E-book.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 04 Páginas 68-89
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

A perspectiva constitucional implementada pelo NCPC fulminou na inegável releitura do princípio do contraditório.

Na concepção constitucional de processo, positivada no Novo Código de Processo Civil, o contraditório é aplicado na visão substantiva ou tridimensional, indo além do binômio conhecimento-reação, vedando a decisão-surpresa e garantindo às partes o direito de influência no processo.

O contraditório contemporâneo encontra-se escorado em duas linhas mestras: a vedação às decisões surpresa – corolário do direito de participação – e o direito de influenciar a decisão judicial, a qual tem no dever judicial de motivar a decisão o seu escudo protetor. Todavia, nenhuma das perspectivas assinaladas será desenvolvida se o processo não for pautado na paridade de armas e na cooperação entre os sujeitos processuais²⁰.

O conteúdo do princípio do contraditório passa a ser composto de participação (visão tradicional) e poder de influência²¹. Traduz o direito fundamental inerente ao processo e com dupla dimensão, representada pelo aspecto formal - direito a participação, e pelo aspecto substancial - poder de influência no conteúdo da decisão. Ressalte-se que decisões provisórias são constitucionais na medida em que se submetem a contraditório posterior.

O princípio do contraditório pode ser decomposto em duas garantias: participação (audiência, comunicação, ciência) e possibilidade de influência na decisão. A garantia da participação é a dimensão formal do princípio do contraditório. Trata-se da garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo. Esse é o conteúdo mínimo do princípio do contraditório e concretiza a visão tradicional a respeito do tema. De acordo com esse pensamento, o órgão jurisdicional efetiva a garantia do contraditório simplesmente ao dar ensejo à ouvida da parte. Há, porém, ainda, a dimensão substancial do princípio do contraditório. Trata-se do poder de “influência”. Não adianta permitir que a parte simplesmente participe do processo. Apenas isso não é suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do órgão jurisdicional. Se não

²⁰ CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. In: WAMBIER, Teresa; TALAMINI, Eduardo; DIDIER, Fredie; DANTAS, Bruno. (orgs.). **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. E-book.

²¹ Percebeu-se, muito por influência de estudos alemães sobre o tema, que o conceito tradicional de contraditório fundado no binômio “informação + possibilidade de reação” garantia tão somente no aspecto formal a observação desse princípio. Para que seja substancialmente respeitado, não basta informar e permitir a reação, mas exigir que esta reação no caso concreto tenha real poder de influenciar o juiz na formação de seu convencimento. A reação deve ser apta a efetivamente influenciar o juiz na prolação de sua decisão, porque em caso contrário o contraditório seria mais um princípio “para inglês ver”, sem grande significação prática. O “poder de influência” passa a ser, portanto, o terceiro elemento do contraditório, tão essencial quanto os elementos da informação e reação. Cf. NEVES, 2016, p.164.

for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do órgão jurisdicional – e isso é o poder de influência, de interferir com argumentos, ideias, alegando fatos, a garantia do contraditório estará ferida²².

Com o contraditório tridimensional, antes de proferida uma decisão judicial, todo fato sujeito a julgamento deve ser submetido ao contraditório, mediante a oitiva prévia das partes, ainda que se trate de questões que possam ser conhecidas de ofício pelo julgador, excetuadas as hipóteses previstas no parágrafo único, do art. 9º²³. Tem-se a vedação de prolação de decisão que cause surpresa às partes, ou seja, que haja decisão pautada em fatos e fundamentos que não tenham sido conhecidos pelos envolvidos no processo e que estes não tenham tido a oportunidade de manifestar.

Nesse contexto, decisão-surpresa é uma decisão fundada em premissas que não foram objeto de prévio debate ou a respeito das quais não se tomou prévio conhecimento no processo em que é proferida. Ou seja, a decisão surpresa é aquela cujos fundamentos não foram mencionados no processo ou a respeito dos quais não foi conferida a oportunidade de prévia manifestação. É uma decisão que surpreende a todos porque é pronunciada sem que ninguém – exceto o seu prolator – tenha tido oportunidade de tomar conhecimento prévio sobre seus fundamentos. Por outras palavras, trata-se de uma decisão sobre a qual não se oferece previamente a chance de conhecimento ou manifestação acerca de seus fundamentos. Tais premissas – sobre as quais está fundada a decisão surpresa – podem ser questões de fato ou de direito a respeito das quais não se tomou conhecimento, ou melhor, não foram ventiladas no processo para possibilitar o debate à luz do contraditório²⁴.

Como exemplo de decisão surpresa, tem-se o julgamento antecipado da lide, onde a causa, além de envolver matéria de ordem fática, exige a produção de prova testemunhal ou pericial, tendo estas sido requeridas no momento processual

²² DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. Salvador: Jus Podivm, 2015, p.79.

²³ Só se poderá ter como legítimo um provimento jurisdicional emanado de um processo em que se tenha assegurado o direito de participação de todos aqueles que, de alguma forma, serão atingidos pelos efeitos do referido provimento. Decisões proferidas sem que se assegure o direito de participação daqueles que serão submetidos aos seus efeitos são ilegítimas e, por conseguinte, inconstitucionais, já que ferem os princípios básicos do Estado Democrático de Direito. Há que se afirmar, porém, que em algumas situações o juiz é levado a proferir decisões sem que se ouça antes uma das partes (decisões proferidas inaudita altera parte). Tais decisões se legitimam em razão de terem como pressuposto uma situação de urgência, com risco de dano irreparável (*periculum in mora*). Nesses casos, o contraditório fica postecipado, ou seja, o contraditório se efetivará depois da prolação da decisão. Essa limitação do contraditório é inerente ao próprio princípio constitucional, o qual não pode ser cultuado de tal modo que se permita a imolação de direitos. Cf. CÂMARA, 2011.

²⁴ SOUZA, André Pagani de. **Vedação das decisões-surpresa**. São Paulo: Saraiva, 2014, p.136/137.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 04 Páginas 68-89
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

oportuno (inicial ou contestação e na especificação de provas). Conclusos os autos para saneamento e para a deliberação sobre o pedido de produção de provas, o juízo julga antecipadamente à lide sem ter conferido a oportunidade prévia de manifestação às partes sobre o referido julgamento e o indeferimento do pedido probatório. Trata-se de decisão surpresa, pois a parte se viu impedida de produzir as provas já pleiteadas na inicial e especificação, e impedida de interpor (caso fosse de seu interesse) o recurso cabível em face do indeferimento da produção da prova.

O órgão julgador também deve respeitar o contraditório e os demais princípios processuais, como o da fundamentação analítica e qualificada das decisões, a boa-fé e a cooperação. “O juiz não se encontra em papel de superioridade a nenhuma das partes, na medida em que só pode exercitar os poderes que a lei lhe confere, devendo, por outro lado, observar os deveres que lhe são impostos (arts. 139 e 143)”²⁵. Tal dever é decorrente da visão tridimensional do princípio do contraditório, bem como consectário do princípio do devido processo legal.

O novo Código textifica que não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida (art. 9º), não se aplicando o disposto no *caput* à tutela provisória de urgência, às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III e à decisão prevista no art. 701.

“Refere-se o art. 9.º do CPC/2015 àquela que, segundo pensamos, é a manifestação mais básica do contraditório: o direito de ser ouvido. A garantia do contraditório, no entanto, é mais ampla, e compreende também o direito de influir decisivamente nos destinos do processo. Há, pois, o direito de ser ouvido, de se manifestar, e de ter suas manifestações levadas em consideração. Veda-se, nesse contexto, a prolação de decisões com surpresa para as partes, disso tratando o art. 10 do NCPC. Os arts. 9.º e 10 do CPC/2015 devem ser lidos em conjunto, e compreendidos à luz dos demais princípios a que nos referimos no comentário ao art. 2.º do CPC/2015”²⁶.

²⁵ CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. In: WAMBIER, Teresa; TALAMINI, Eduardo; DIDIER, Fredie; DANTAS, Bruno. (orgs.). **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. E-book.

²⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 3. ed., São Paulo: RT, 2015, p.60.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 04 Páginas 68-89
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, cabendo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório (art.7º).

O direito à igualdade perante o Estado Constitucional é pressuposto básico de toda e qualquer concepção jurídica de Estado. Estado Constitucional é Estado em que há juridicidade e segurança jurídica. A juridicidade – todos abaixo do Direito – remete à justiça, que de seu turno remonta à igualdade. Natural, portanto, que componha o direito ao processo justo o direito à igualdade e à paridade de armas no processo – e que o direito à paridade de tratamento constitui uma das normas fundamentais do novo processo civil brasileiro. Como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, “a igualdade das partes é imanente ao ‘procedural *due process of law*’” (STF, Pleno, MC na ADC 1.753/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16.04.1998, DJ 12.06.1998, p. 51). Trata-se de direito fundamental que, nada obstante não previsto expressamente na Constituição para o campo do processo, decorre naturalmente da ideia de Estado Constitucional e do direito fundamental à igualdade perante a ordem jurídica como um todo (art. 5.º, caput, CF). É muito oportuna a sua previsão expressa pelo novo Código (art. 7.º, CPC). A igualdade no processo tem de ser analisada sob duas perspectivas distintas. Na primeira, importa ter presente a distinção entre igualdade perante a legislação (igualdade formal) e igualdade na legislação (igualdade material). Na segunda, é preciso ressaltar a diferença entre igualdade no processo e igualdade pelo processo – igualdade diante do resultado da aplicação da legislação no processo. O novo Código fala em paridade de tratamento diante de posições processuais (direitos e faculdade, meios de defesa, ônus, deveres e sanções processuais), o que inclui a necessidade de igualdade perante a legislação e na legislação²⁷.

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

Nelson Nery²⁸ aduz que a redação do art.10 do NCPC é oriunda de experiências estrangeiras recentes, como, por exemplo, na Alemanha, Itália, França e Portugal.

Na Itália é conferido ao juiz o poder-dever de indicar às partes as questões que entende ser passíveis de exame de ofício, gerando, por conseguinte, sob pena de nulidade da sentença, a proibição de o juiz fundamentar sua decisão em questões

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.103.

²⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.E-book.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 04 Páginas 68-89
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

de fato e de direito sobre as quais não se tenha previamente permitido o contraditório entre as partes²⁹.

O artigo 101 do Código de Processo Civil italiano, dispõe que "*Principio del contraddittorio - Il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa*". Por sua vez, o artigo 183, parágrafo segundo, do referido Código tipifica que: "*Il giudice richiama le parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione*"³⁰.

Trata-se da proibição de decisões surpresa.

O art.111 da Constituição Italiana dispõe sobre a relevância do princípio do contraditório, estabelecendo que este é concretizado não como mera defesa técnica, mas sim como uma ampliação da expressão do contraditório como princípio da igualdade das partes, ou seja, o processo desenvolve-se em contraditório entre as partes, em condições de igualdade perante juiz independente e imparcial "*La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale...*".

Na Alemanha, Nery³¹ ressalta que é objeto de proteção contra decisão-surpresa as situações jurídicas e qualquer situação, de fato ou de direito. Também é obrigatório o tribunal fazer a advertência às partes, comunicando-as sobre a

²⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.E-book.

³⁰ Pequenas reformas se seguiram até a inclusão, em 1999, do princípio do processo justo no art. 111 da Constituição italiana, assegurando que a jurisdição deve atuar por meio de um processo adequado regulado pela lei, desenvolvendo-se em contraditório entre as partes, em condições de igualdade, e presidido por um juiz independente e imparcial. Coube a lei assegurar a razoável duração dos processos. A nova disposição constitucional se colocou em sentido oposto à lógica do código de processo civil italiano de 1940. Enquanto o código estava preocupado em elevar a autoridade e aumentar os poderes dos juízes, a Constituição se preocupou em tutelar os direitos da pessoa humana e concebeu o juiz como um órgão do processo, um instrumento para oferecer justiça a quem a pede. As partes passaram a ter direito de ação e de defesa em todas as fases e graus de jurisdição. Os juízes, independentes e imparciais, passaram a ter o dever de sempre observar o contraditório. Com isso, o contraditório deixou de ser apenas um componente do direito das partes e se tornou, como afirma CIPRIANI, um limite aos poderes dos juízes, um verdadeiro instrumento operativo. Cf. SCHENK, 2008, p.192/193.

³¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.E-book.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 04 Páginas 68-89
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

possibilidade de haver questões que podem ter passado sem a percepção dos litigantes ou que, de ofício, podem ser decididas pelo juiz, o que é considerado pela doutrina como o núcleo central do princípio constitucional do contraditório.

Na França O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele mesmo o princípio do contraditório. Em razão da expressão “em todas as circunstâncias”, não apenas as questões de direito, mas também as de fato que não tenham sido debatidas pelas partes não podem ser levadas em consideração pelo juiz em sua decisão, se não tiver sido dada oportunidade prévia para as partes sobre elas se posicionarem³².

O artigo 16 do Código de Processo Civil Francês dispõe:

Le juge doit, entoutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ciontété à même d'endébattrecontradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office san savoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations.

Em Portugal, o juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de fato, mesmo que de ofício, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se manifestarem³³.

O Código de Processo Civil português, regulamenta a matéria em seu artigo 3º:

ARTIGO 3.º

Necessidade do pedido e da contradição

1 - O tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a Ação pressupõe sem que a resolução lhe seja pedida por uma das partes e a outra seja devidamente chamada para deduzir oposição.

2 - Só nos casos excepcionais previstos na lei se podem tomar providências contra determinada pessoa sem que esta seja previamente ouvida.

3 - O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.

³² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.E-book.

³³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.E-book.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 04 Páginas 68-89
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

4 - Às exceções deduzidas no último articulado admissível pode a parte contrária responder na audiência preliminar ou, não havendo lugar a ela, no início da audiência final.

No Brasil, seguindo a tendência europeia³⁴ e italiana, pelo Novo Código de Processo Civil, o contraditório vincula não somente as partes, mas também o juiz³⁵.

A sentença de mérito, quando proferida sem a integração do contraditório, será nula, se a decisão deveria ser uniforme em relação a todos que deveriam ter integrado o processo; ou ineficaz, nos outros casos, apenas para os que não foram citados (art. 115).

O direito de participação acompanha o processo do início ao fim, com origem no princípio do acesso justiça e desenvolvendo-se sob o significado do contraditório³⁶.

Pelo Novo Código, a fundamentação é elemento estrutural da sentença e decorrência lógica do contraditório tridimensional (conhecimento-reação-influência).

É na fundamentação que verificar-se-á se houve ou não à integração do contraditório, uma vez que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida e não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador (incisos I e IV do § 1º do art.489 do NCPC).

³⁴ A redação do artigo 10 do NCPC brasileiro é semelhante à redação do item 3 do artigo 3º do CPC português, mesclada com o disposto no Código de Processo Civil Italiano e Francês.

³⁵ Segundo Dierle Nunes e Lúcio Delfino (2015), esta vinculação não quer significar que juiz defenda interesses parciais, mas sim que têm deveres que decorrem desse princípio. Mais que mera “alface”, o juiz de hoje assegura o contraditório substancial, vale dizer: i) é sua função provocar o debate para sanar dúvidas existentes, indicar e fomentar a exploração pelas partes de vias interpretativas não enfrentadas ou ainda não adequadamente aclaradas ou amadurecidas (terza via interpretativa); ii) compete-lhe prevenir as partes do perigo de frustração de seus pedidos pelo uso inadequado do processo; e iii) cabe-lhe consultar as partes antes de decidir sobre qualquer questão, mesmo que de ordem pública, assegurando a influência das manifestações delas na formação das decisões judiciais. Se o contraditório se reduzisse às partes o juiz poderia surpreender no momento decisório, algo impensável na atualidade. Cf.NUNES; DELFINO, 2015, s/p.

³⁶ CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. In: WAMBIER, Teresa; TALAMINI, Eduardo; DIDIER, Fredie; DANTAS, Bruno. (orgs.). **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. E-book.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 04 Páginas 68-89
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

4 O RECONHECIMENTO DO DIREITO DE INFLUÊNCIA COMO CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO PELA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Os princípios do contraditório e da ampla defesa, frutos indelévels do devido processo legal, estão previstos constitucionalmente (art. 5º, LV, da CR/88) como garantia fundamental dos cidadãos de ter conhecimento dos atos processuais e poder se manifestar, tanto nos processos judiciais quanto nos processos administrativos. O desrespeito a esses princípios enseja a nulidade do processo e de todos os atos decorrentes³⁷.

Antes do NCPC, a jurisprudência vinha paulatinamente, em alguns julgados isolados, reconhecendo o direito de influência como uma nova faceta do princípio do contraditório. Contudo, como visto, tal entendimento agora resta previsto expressamente no novo Código. Espera-se que a prática forense cotidiana não crie uma interpretação restritiva do referido princípio.

No julgamento do Mandado de Segurança n.º 24268 (MS 24268, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2004, DJ 17-09-2004), o STF enfatizou o contraditório tridimensional, ressaltando o direito de influência.

O voto condutor do referido acórdão foi prolatado pelo Ministro Gilmar Mendes, nos seguintes termos:

³⁷O Tribunal de Justiça de Minas Gerais já decidiu no sentido que “O princípio do contraditório não mais pode ser compreendido como a mera bilateralidade de audiência (intimação dos atos processuais e possibilidade de manifestação das partes), devendo ser encarado, sobretudo, como uma garantia de influência (efetiva participação das partes na formação do provimento jurisdicional) e de não surpresa (dever de consulta prévia). Nesse contexto, é de bom alvitre que o julgador consulte as partes sobre questão ainda não ventilada no processo - e por isso não posta em contraditório -, antes de decidir. (TJMG - Correção Parcial (Adm) 1.0000.14.043766-6/000, Relator(a): Des.(a) Eduardo Mariné da Cunha, CONSELHO DA MAGISTRATURA, julgamento em 01/12/2014, publicação da súmula em 12/12/2014). No mesmo caminho o Superior Tribunal de Justiça consignou que “O contraditório e a ampla defesa devem ser compreendidos como a garantia conferida constitucionalmente aos indivíduos em geral de ter ciência da instauração do feito, participar do processo, produzir provas e influenciar o órgão julgador na formação do juízo de mérito acerca do caso analisado”. (RMS 27.440/AL, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/09/2009, DJe 22/09/2009)

Tenho enfatizado, relativamente ao direito de defesa, que a Constituição de 1988 (art. 5º, LV) ampliou o direito de defesa, assegurando aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Como já escrevi em outra oportunidade, as dúvidas porventura existentes na doutrina e na jurisprudência sobre a dimensão do direito de defesa foram afastadas de plano, sendo inequívoco que essa garantia contempla, no seu âmbito de proteção, todos os processos judiciais ou administrativos. Assinale-se, por outro lado, que há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar – como bem anota Pontes de Miranda – é uma pretensão à tutela jurídica (Comentários à Constituição de 1967/69, tomo V, p. 234). Observe-se que não se cuida aqui, sequer, de uma inovação doutrinária ou jurisprudencial. Já o clássico João Barbalho, nos seus Comentários à Constituição de 1891, asseverava, com precisão: "Com a plena defesa são incompatíveis, e, portanto, inteiramente, inadmissíveis, os processos secretos, inquisitoriais, as devassas, a queixa ou o depoimento de inimigo capital, o julgamento de crimes inafiançáveis na ausência do acusado ou tendo-se dado a produção das testemunhas de acusação sem ao acusado se permitir reinquiri-las, a incomunicabilidade depois da denúncia, o juramento do réu, o interrogatório dele sob coação de qualquer natureza, por perguntas sugestivas ou capciosas." (Constituição Federal Brasileira – Comentários, Rio de Janeiro, 1902, p. 323). Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado "AnspruchaufrechtlichesGehör" (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o Bundesverfassungsgericht que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (Cf. Decisão da Corte Constitucional alemã — BVerfGE 70, 288-293; sobre o assunto, ver, também, Pieroth e Schlink, Grundrechte – Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis, Ulrich, Gussy, Christoph, Einführung in das Staatsrecht, 3a. edição, Heidelberg, 1991, p. 363-364)³⁸.

Conforme se verifica, é garantido às partes participação no processo com influência na formação do provimento estatal a ser proferido, pressupondo a análise pelo julgador dos argumentos e elementos de prova que forem produzidos pelas partes, os quais serão contemplados ou rechaçados em uma decisão devidamente fundamentada, seja em processos judiciais ou administrativos.

No acórdão ficou consignado que o direito de defesa não pode mais ser visto como um simples direito de manifestação no processo. A pretensão à tutela jurídica de forma efetiva pressupõe direito de informação, direito de manifestação e o direito de a parte ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador, denotando, assim, o direito de influência. Prossegue o voto:

³⁸ MS 24268, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2004, DJ 17-09-2004.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 04 Páginas 68-89
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: 1) direito de informação (RechtaufInformation), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; 2) direito de manifestação (RechtaufÄusserung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; 3) direito de ver seus argumentos considerados (RechtaufBerücksichtigung), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft) para contemplar as razões apresentadas (Cf. Pieroth e Schlink, Grundrechte -Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis e Gusy, Einführung in das Staatsrecht, Heidelberg, 1991, p.363-364; Ver, também, Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, vol IV, no 85-99). Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (RechtaufBerücksichtigung), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (Beachtungspflicht), pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento (Kenntnisnahmepflicht), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (Erwägungspflicht) (Cf. Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, vol. IV, no 97). É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões (Decisão da Corte Constitucional — BVerfGE 11, 218 (218); Cf. Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, vol. IV, no 97) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Segurança n. 24.268-0/MG. Relator p/ acórdão: min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. DJ de 17 set. 2004)³⁹

Assim, resta materializado no art. 5º, LV, da Constituição, o conteúdo do princípio do contraditório como conhecimento-reação-influência (com aplicação em processos judiciais e administrativos), que verificar-se-á, séria e detidamente, na fundamentação das decisões (art. 93, IX, da CR/88)⁴⁰.

Esta visão tridimensional do princípio do contraditório, como visto, foi materializada no Código de Processo Civil de 2015.

³⁹MS 24268, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2004, DJ 17-09-2004.

⁴⁰ Brêtas ressalta as manifestações da doutrina a partir do referido julgamento. “Por exemplo, Lênio Streck afirmou que, a partir do mencionado acórdão, o Supremo Tribunal Federal dá sinais de incorporação da democratização do processo em seus julgamentos, fazendo-o com arrimo na jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*. De igual forma, Humberto Theodoro Júnior, ao sustentar a tese de que o contraditório é garantia de não-surpresa, a considerou adotada pelo Supremo Tribunal Federal no aludido acórdão, quando ali explorou precedentes da Corte Constitucional da Alemanha. Também Dierle José Coelho Nunes entendeu que, a partir do transcrito acórdão do Supremo Tribunal Federal, a concepção do contraditório como garantia de influência e de não-surpresa começou a ter ressonância embrionária em nosso sistema jurídico. Cf. BRETAS, 2015, p.183.

CONCLUSÃO

O NCPC estabeleceu normas fundamentais não somente do Processo Civil, mas, de fato, estabeleceu premissas de uma nova Teoria Geral do Processo, aplicável em todos os âmbitos, sejam processos litigiosos, consensuais, penais, administrativos ou os sucedâneos de jurisdição.

A jurisprudência já dava sinais, em julgados isolados, da aplicação do princípio do contraditório em sua visão tridimensional (conhecimento-reação-influência).

O NCPC, de forma expressa, garantiu a aplicação do princípio do contraditório como direito de influência e positivou a vedação de decisões surpresa. Estabelecendo, ainda, que o princípio do contraditório, vincula não somente as partes, mas também o julgador, em qualquer grau de jurisdição, assegurando a influência das manifestações das partes na formação das decisões judiciais.

Sem efetividade do princípio do contraditório o processo é nulo, inclusive o administrativo. É na fundamentação que verificar-se-á se houve ou não a integração e o respeito ao contraditório efetivo, considerando-se como não fundamentada a decisão de mérito que violar o referido princípio.

A fundamentação analítica é elemento estrutural da sentença e decorrência lógica do contraditório, sendo este o fundamento para decisões democráticas, construídas pelo diálogo entre as partes, pautados pelo respeito ao devido processo constitucional, cooperação e boa-fé.

Diante dos novos parâmetros de “núcleo mínimo de conteúdo” para prolação de decisões judiciais (art.489 do NCPC), tem-se a consagração da fundamentação qualificada, analítica ou legítima, indispensável ao estado democrático de direito e ao devido processo legal, uma vez que concretiza um dos escopos do contraditório tridimensional, qual seja, o direito das partes de influenciar a decisão.

Os escopos do processo democrático presentes na Lei n. 13.105/2015, somadas ao princípio do contraditório em sua visão tridimensional, bem como a fundamentação legítima e qualificada das decisões, representam um avanço

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 04 Páginas 68-89
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

significativo rumo a eficiência. Em qualquer caso, o julgador deve sempre fundamentar sua decisão com argumentos responsáveis, desenvolvidos a partir da construção lógica e sistemática.

É importante a justificação argumentativa de qualquer decisão judicial, com oferecimento da atividade estatal de jurisdição com transparência, como resultado de ação séria e responsável, evitando-se decisões surpresa, aleatórias, teratológicas, injustas, incompreensíveis e principalmente, que cause prejuízos às partes e a sociedade.

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional**: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2008

BRASIL. Planalto. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de processo civil**. Acesso em: 20 de janeiro de 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Mandado de Segurança. 24.268-0/MG**. Relator p/ acórdão: min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. DJ de 17 set. 2004

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 27.440/AL**, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/09/2009, DJe 22/09/2009

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, E-book.

BULOS, UadiLammêgo. **Constituição Federal anotada**. 11^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂMARA, Alexandre F. **Lições de direito processual civil**. Vol. I. 21. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. E-book.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 04 Páginas 68-89
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Breves comentários ao novo código de processo civil**. In WAMBIER, Teresa; et al (orgs.). Breves comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. E-book.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 3ª ed., 2015

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. Salvador: Jus Podivm, 2015

Exposição de Motivos do Projeto do Novo Código Civil. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/quadro-comparativo-do-cpc-atual-e-pl-8.046-11>>. Acesso em: 18 abr. 2018

FRANÇA. **Code de Procédure Civile**. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006410109&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20150612>>. Acesso em: 12/10/2016

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book

ITALIA. **Codice di procedura civile**. Roma, 1940

ITALIA. **Costituzione dela repubblica italiana**. Roma, 1947

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2008

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

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 3. ed., São Paulo: RT, 2015

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 04 Páginas 68-89
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2016. E-book

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. 1. ed.— Salvador: Jus Podivm, 2016

NUNES, Dierle; DELFINO, Lúcio. **Novo CPC: entre anarquia interpretativa, coerência e precedentes**. Disponível em: <<http://justificando.com/2014/08/21/novo-cpc-entre-anarquia-interpretativa-coerencia-e-precedentes/>>. Acesso em 15 mar. 2016

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **IJP - Jornal da Pós-Graduação em Direito da FD - UFMG**, Belo Horizonte, junho de 2000, ano 2, n° 13.

PORTUGAL. **Código de Processo Civil português**. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/consolidacao-processo/codigo-processo-civil/downloadFile/file/CODIGO_PROCESSO_CIVIL_VF.pdf?nocache=1286970369>. Acesso em: 12/10/2016

PELEGRI, Flaviane de Magalhães Barros. O processo, a jurisdição e a ação sob ótica de Elio Fazzalari. **Virtuajus. Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. ano 2, p. 01- 29, 2003.

SOUZA, André Pagani de. **Vedação das decisões-surpresa**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SCHENK, Leonardo Faria. **Breve relato histórico das reformas processuais na Itália**. Um problema constante: a lentidão dos processos cíveis. Disponível em <http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-ii/breve-relato-historico-das-reformas-processuais-na-italia-um-problema-constante-a-lentidao-dos-processos-civeis#_ftn15>acesso em 11 out. 2016.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 4 – nº 1 – Jan./Jun. de 2017	Trabalho 04 Páginas 68-89
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com