



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANA CAROLINA FERREIRA MATOS

**A ANÁLISE DO REDIMENSIONAMENTO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO
NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL À LUZ DA
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO**

FORTALEZA

2014

ANA CAROLINA FERREIRA MATOS

**A ANÁLISE DO REDIMENSIONAMENTO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO
NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL À LUZ DA
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO**

Monografia apresentada à Coordenação do
Curso de Graduação Direito da Universidade
Federal do Ceará, como requisito parcial para
a obtenção de grau de Bacharel em Direito.
Área de concentração: Direito Processual Civil

Orientadora: Profa. Ms. Janaina Soares Noletto
Castelo Branco

FORTALEZA

2014

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- M433a Matos, Ana Carolina Ferreira.
A análise do redimensionamento do princípio do contraditório no projeto do novo código de processo civil à luz da constitucionalização do processo / Ana Carolina Ferreira Matos. – 2014.
52 f. : enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2014.
Área de Concentração: Direito Processual Civil.
Orientação: Prof. Me. Janaína Soares Noleto Castelo Branco.
1. Contraditório no processo judicial - Brasil. 2. Direito civil - Brasil. 3. Processo civil - Brasil. I. Castelo Branco, Janaína Soares Noleto (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

ANA CAROLINA FERREIRA MATOS

**A ANÁLISE DO REDIMENSIONAMENTO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO
NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL À LUZ DA
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO**

Monografia apresentada à Coordenação do
Curso de Graduação Direito da Universidade
Federal do Ceará, como requisito parcial para
a obtenção de grau de Bacharel em Direito.
Área de concentração: Direito Processual Civil

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Profa. Ms. Janaina Soares Noleto Castelo Branco (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará – UFC

Mestrando Cristiano de Aguiar Portela Moita
Universidade Federal do Ceará – UFC

Mestrando Arthur Nogueira Feijó
Universidade Federal do Ceará – UFC

Dedico este trabalho à minha família, Ana Cláudia, Luiz, Mariana e João Luiz, aqueles que tornam o meu olhar marejado e o meu sorriso escancarado quando, refletindo, perco-me em todo o amor no qual estou imersa dentro do nosso lar. E, quando me acho, permaneço realizada na certeza de que nenhuma dedicatória será fidedigna em representar a minha gratidão pelo tudo que eles me são.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter me dado a imensa felicidade de fazer parte da família a que pertenço, por me guiar diante dos caminhos mais árduos e obscuros, por me abençoar com saúde, por promover em mim disciplina e fé para o alcance de constantes glórias, por sempre ouvir minhas preces, principalmente aquelas que pedem pelos que amo incondicionalmente.

À minha mãe, pela educação, por todas as noites mal dormidas estudando comigo, nas vésperas de prova, ocasiões em que só me deixava dormir eu quando estivesse com todo o conteúdo “na ponta da língua”. Bem que a senhora disse que um dia lhe agradeceria por isso. E aqui estou. Por todo o amor a mim incondicionalmente direcionado, até mesmo nos momentos em que não agi adequadamente, por todos os abraços após as derrotas, por todos os sorrisos após as vitórias, por acreditar em mim. Ao meu pai, que me apresentou uma das minhas maiores paixões: o futebol; por ter sempre estado nas arquibancadas, até mesmo nos treinos, torcendo e me incentivando, por me fazer crescer com o seu espectro de campeão e por, antes de qualquer papel, ser meu amigo. Aos dois, devo a minha vida.

Ao meu irmão João Luiz, por ser meu bem querer, por ser meu orgulho, por ser simplesmente esse menino maravilhoso e amável que é. À minha irmã e melhor amiga Mariana, pelos conselhos, pelos ouvidos, pelo sorriso, pelo abraço, pelo carinho, pelo apoio que sempre me foi dado em qualquer ocasião. Aos dois, devo a minha felicidade.

Aos meus avós, pelas histórias contadas antes de dormir, pelos inúmeros beijos e abraços apertados, pelos bolos de chocolate e sorvetes, por me defenderem até quando não tinha nenhuma razão, por serem os meus exemplos de humildade e bondade, por terem me proporcionado a existência daqueles que chamo de pais.

Aos meus tios e tias, Antônio, Fátima, Zulmira, Ricardo, Ana Cecília e Ana Paula, pelo afeto. Quanto a estas duas últimas, entretanto, alongar-me-ei. À tia-madrinha Ana Cecília, por não só morar ao lado da minha casa, mas por, além da mera proximidade física, fazer-se presente em todas as ocasiões, apoiando e, literalmente, investindo em mim; além de, em sendo meu exemplo de trabalho e disciplina, estimular-me a ser alguém melhor a cada dia. À tia Ana Paula, eu agradeço por, ainda que morando em outro país, ser uma das minhas melhores amigas, por ter se divertido comigo e meus amigos naquele domingo de Fortal, pelas fofocas e risadas, por ser exemplo de força e atitude, pelas primas lindas que me deu, por todos os abraços das boas-vindas e até mesmo aqueles abraços dos tristes “até logo” (momentos em que tive a certeza de que sou imensamente afortunada em tê-la em minha família). Aos meus primos, por terem sido os meus primeiros amigos (e, bem verdade, os

mais presentes), por todas as maravilhosas férias que vivemos juntos em Fortaleza – desde a época em que brincávamos no terreno do vovô e a nossa única preocupação era não “embarcar” a bola para o terreno do bravo vizinho – por me mostrarem que felicidade está nas coisas mais singelas e não precisamos pagar caro por ela; vocês, talvez por um descuido de Deus, não nasceram meus irmãos. Mas quem se importa com nomenclaturas? Nós, certamente, não.

Ao esporte – seja a natação, o judô, o basquete, o vôlei ou o futsal – por me proporcionar os mais significativos ensinamentos por mim já adquiridos, por me disciplinar, por controlar a minha ansiedade, por ser canal de encontro de pessoas lindas, por ser dor, mas também por ser prazer. Muito prazer. Às meninas do time de Futsal Feminino da UFC, por comigo dividirem, nos treinos, as melhores seis horas da minha semana; e, nos jogos e viagens, as mais incríveis sensações por mim já experimentadas.

À Universidade Federal do Ceará, como um todo, por ter sido espaço e fomento das melhores experiências pelas quais já passei nestes meus ainda poucos anos de vida. À Divisão de Desporto Universitário, pelo grande apoio dado ao esporte, principalmente com o advento da Bolsa de Incentivo ao Desporto, fator determinante para que eu tenha sido, durante todos os cinco anos de curso de Direito, atleta desta universidade. À AAFD por ter sido canal para que eu adentrasse no mundo desportivo da UFC e, após, como diretora, por ter me dado a oportunidade de incitar a prática desportiva em outros colegas que, como eu, não sobrevivem sem o esporte.

À minha orientadora, Janaína Soares Noleto Castelo Branco, por – desde as conversas informais via *facebook* até os encontros na Faculdade ou na Procuradoria – ter me incentivado, guiando-me no caminho a ser seguido para que eu pudesse, com grande autonomia, desenvolver este trabalho, bem como pelos abertos sorrisos a mim direcionados, estes que gratuitamente não deixaram que a angústia me contaminasse em momento algum.

Aos professores, a todos os servidores, aos zeladores, aos seguranças da Faculdade de Direito, que juntamente dos colegas e amigos de curso, com quem me envolvi durante os cinco anos em que passei pelos corredores, salas e banquinhos da nossa Salamanca, ofereceram-me um maravilhoso ambiente de estudos e de convívio, fator preponderante no meu crescimento pessoal e acadêmico.

Aos meus amigos de turma, Direito UFC 2014.1, principalmente: Amanda Borges, Ana Maria, Camila Cavalcante, Amaiara Gomes, Ana Luíza Ary, Nicole Lima, Jair Maia e Rodrigo Sampaio, pessoas que, cada um à sua maneira, somaram-me muito durante os anos em que tive o prazer de dividir variadas sensações dentro e fora da faculdade, os quais

espero, apesar de saber das intempéries comuns do término de um ciclo, poder manter em meu convívio para a eternidade.

À minha segunda turma, Educação Física UFC 2012.2, por terem me apresentado ao meu lado sensível, por terem me mostrado que a essência das pessoas vale muito mais que qualquer credencial social que ela apresente, por terem me feito enxergar, a duras penas, que o simples é muito mais saboroso, por terem me acolhido como um dos seus, por serem o meu “luxo do lixo”.

Aos meus amigos da vida, pelos abraços, pelas farras, pelos puxões de orelha, pelos reforços positivos, pelas críticas construtivas, pelos shows, pelas viagens, pelas gargalhadas, pelos banhos de chuva, pelo falatório, pelos rachas, pelas palavras ditas ou escritas, pelos conselhos, pelos abraços, pelos almoços, lanches ou jantares, pelos banhos de mar, pelo silêncio, pela paciência, pelo apoio, pelo carinho, pelos livros emprestados, pelo sufoco passado juntos, pela conversa livre e sem preconceitos, pelos abraços. Destes, em especial aos amados: Mellyne Nascimento, Cecília Sá, Davi Teles, Luiza Farias, Diego Medeiros, Helder Farias, todas as amigas do “Migs”, Ana Carla (Lulu), Fidel Machado, Cíntia Leitão e Débora Nobre.

Ao setor jurídico do Hapvida, por terem tão bem me recebido em minha primeira experiência de estágio, especialmente ao Dr. Luiz Carlos, pelos conhecimentos passados, pela paciência, pela amizade, pela cobrança e pela crença no meu potencial, no qual nem eu mesma cri; ao setor jurídico da Secretaria de Desenvolvimento Agrário do Estado do Ceará, por todos os ensinamentos obtidos durante o tempo em que lá estagiei e, por fim, à 1ª Unidade do Juizado Especial Cível e Criminal de Fortaleza, especialmente à Diretora de Secretaria Maria Lúcia Martins Sudário e ao Dr. Heráclito Vieira de Sousa Neto, por me fazerem sentir-me em casa e, ao mesmo tempo, por me disponibilizarem um riquíssimo antro de aprendizado e de inspiração para a minha futura, e agora ainda mais próxima, vida profissional.

Aos mestrandos Cristiano Moita e Arthur Feijó, pela gentileza de terem aceitado, prontamente, o convite para compor a mesa examinadora deste trabalho monográfico, disponibilizando de seu tempo de estudo e de trabalho para participarem desse precioso momento da minha vida.

A todos aqueles que de alguma forma passaram pela minha vida e deixaram em mim alguma marca, algum aprendizado, algum legado, contribuindo para a minha formação. Acredito que todos somos canais de aprendizado e, de uma forma ou de outra, existimos para que passemos e recebamos conhecimentos, dos mais variados tipos e em diferentes graus. A todos estes que interferiram em minha órbita, tiraram-me da minha zona de conforto e

fizeram-me desenvolver, antes de qualquer ponto, a minha alma, o meu mais sincero
obrigada.

“Não sou nada. Nunca serei nada. Não posso querer ser nada. À parte disso, tenho em mim todos os sonhos do mundo.” (Fernando Pessoa)

RESUMO

O presente estudo visa analisar o realinhamento do princípio constitucional do contraditório, em sua versão processual, com o advento do Projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro, o projeto de lei do Senado nº 166/2010. Diante do cenário processual moderno, ventilado pelo formalismo-valorativo, também apontado como neoprocessualismo, envolvido pelo sistema cooperativo de processo – dentro do Estado Constitucional – o princípio do contraditório deixou de ser apenas um comando de respeito à bilateralidade de audiência e passou a se expressar um aspecto substancial, sendo visto como a manifestação efetiva do diálogo entre o magistrado e as partes processuais, traduzindo-se não só como direito de informação que outrora basicamente o definia, mas como direito de influência das partes na decisão final do juiz. Nesta linha, busca-se, no presente trabalho, explanar historicamente a constitucionalização do processo, traçando uma abordagem geral acerca das fases evolutivas do processo até a atualidade, bem como analisar especificamente o formalismo-valorativo e a sua relação com as diretrizes trazidas na Constituição da República de 1988, conduzindo-se para o exame deste plano defronte o conteúdo ofertado pelo texto normativo do Projeto estudado. E, sem presunção de aprofundamento, pontuar-se-á a diferença entre regras e princípios, afim de que se abra um caminho favorável à análise enfatizada do redimensionamento do princípio do contraditório em suas variadas facetas, precipuamente com a iminente aprovação do Projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro.

Palavras-chave: Processo Civil brasileiro. Princípio constitucional do contraditório. Constitucionalismo. Formalismo-Valorativo. Projeto do novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT

The present study aimed at realigning the constitutional principle of contradiction in its procedural version, with the advent new design of Brazilian Civil Procedure Code, the Senate bill No. 166/ 2010. On the scene of modern procedural formalism ventilated by formalism-evaluative, also named as neoprocessualism, enveloped by the cooperative system process - within the Constitutional State - the contradictory principle is no longer just a command of respect for bilateral hearing and went on to express a material respect, being seen as the manifestation of effective dialogue between the magistrate and the procedural parts, translating not only as a right of information that basically defined formerly, but as a right of the parties influence the final decision of the judge. In this line, we seek, in this work, explain historically the constitutionalization of the process, outlining a general approach on the developmental stages of the process to the present, and analyze specifically the formalism-evaluative and his relationship with the guidelines brought in the Constitution of Republic 1988, leading to the examination of this plan against the normative text content offered by Project studied. In addition, without presumption deepening, we will assay the difference between rules and principles, so that opens up a favorable analysis emphasized the resizing of the contradictory principle in its various facets path, as primarily the imminent adoption of the new Project Code of Civil Procedure Brazilian.

Keywords: Brazilian Civil Procedure. Constitutional principle of contradictory. Constitutionalism. Formalism- evaluative. Design of the new Code of Civil Procedure.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	13
2	O PERFIL HISTÓRICO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	15
2.1	Praxismo	16
2.2	Processualismo	17
2.3	Instrumentalismo	19
2.4	Formalismo-Valorativo	22
3	O FORMALISMO-VALORATIVO: A INFLUÊNCIA DESTA FASE METODOLÓGICA NA CONSTRUÇÃO DA ATUAL VISÃO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRA APÓS A MAGNA CARTA DE 1988.....	25
3.1	A análise do Projeto do novo Código de Processo Civil a partir da constitucionalização do direito processual civil brasileiro.....	29
3.2	O papel da distinção entre regras e princípios na construção do Novo Código de Processo Civil.....	33
4	O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.....	37
4.1	Da feição formal (bilateralidade de audiência) à substancial (dever de consulta e garantia de influência) do Princípio do Contraditório. O encaixe de ambas facetas defronte o Estado Constitucional brasileiro da atualidade	39
4.2	Análise da aplicação do princípio do Contraditório no que tange a matérias apreciáveis de ofício	44
4.3	A Análise da repercussão da efetiva aplicação do realinhamento do princípio do contraditório na prática processual civil.....	46
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	49
	REFERÊNCIAS	51

1 INTRODUÇÃO

Com o advento das discussões acerca da aprovação do Projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro, fora percebido, ao longo do seu texto, a nítida pretensão de harmonizar-se a lei ordinária em relação à Constituição Federal da República, precipuamente no que pese à inclusão expressa, no aludido Projeto, dos princípios constitucionais na sua versão processual. Esse cenário é revestido pelo premissa moderna de que o processo há de ser estudado e compreendido à luz da Magna Carta de 1988 e de forma a dar maior eficácia aos princípios fundamentais nela trazidos.

A notável constitucionalização do processo civil vê-se ainda mais concreta quando se concentra no princípio constitucional do contraditório. Isso se mostra por ocasião do redimensionamento a ele dado, no texto do Projeto do novo CPC, a partir do estudo do neoprocessualismo. Antes, essa garantia constitucional era superficialmente oferecida às partes, em um aspecto formal, sendo também denominada de direito à bilateralidade de audiência, retratada simplesmente no direito de serem os litigantes chamados a tomar conhecimento da ação.

Com o evidente destaque de valores constitucionais no processo, tonificando o Estado Democrático de Direito como um Estado Constitucional imerso no sistema cooperativo de processo, viu-se truncada essa simplista ideia de respeito ao contraditório, ocasião que nele se fez surgir uma vertente substancial, na qual se tornou necessário - para além do direito de informação - que as partes efetivamente participassem do processo, que tivessem peso e influência sobre a decisão final do juiz. O magistrado, por sua vez, sob o prisma do aspecto substancial, também há de observar o contraditório em seus atos processuais, oferecendo às partes instrumentos e dando-lhes espaço para que possam, interina e ativamente, participarem da construção das suas decisões durante a persecução da lide.

Adotando essa nova reformulação, o Projeto do novo Código de Processo Civil visa trazer ao bojo do estudo processual civil a obediência completa à linhagem principiológica contida na Constituição, respeitando não somente o contraditório, mas princípios outros como o do devido processo legal e da igualdade. Esse Projeto, portanto, como aponta a sua Exposição de Motivos, tem como escopo principal a resolução de problemas, pretendendo contribuir para a celeridade dos processos e para a efetividade das decisões judiciais, no anseio de satisfazer os seus interessados, trazendo à realidade do sistema jurisdicional brasileiro uma justiça não só tempestiva, mas também adequada às

diretrizes elencadas pelos direitos constitucionais que regem todo o ordenamento jurídico pátrio.

Ainda destaca-se que a realização do trabalho de conclusão de curso demandou a utilização de múltiplas abordagens metodológicas a fim de conciliar a investigação teórico-doutrinária com a análise da realinhamento do princípio do contraditório, no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente sob o espectro do advento da aprovação do futuro Código de Processo Civil. Dessa forma, foi utilizada uma pesquisa essencialmente bibliográfica e documental, utilizando-se do estudo da doutrina existente acerca do tema em debate, bem como da análise da literatura pertinente aos aspectos envolvidos.

Deste modo, com o objetivo de trazer um embasamento geral acerca da temática desta pesquisa, no capítulo dois, procurar-se-á primordialmente, traçar um perfil histórico da constitucionalização do processo civil brasileiro, pontuando-se as fases metodológicas havidas até que chegássemos até os tempos atuais.

No capítulo três, já se afinando para dar enfoque ao cenário que influenciou a construção do Projeto do novo Código de Processo Civil, tratar-se-á especificamente da atual fase metodológica processual, qual seja, o formalismo-valorativo e a relação deste momento processual com a promulgação da Magna Carta de 1988 na seara processual civil pátria. Ademais, far-se-á uma análise acerca do impacto desta atmosfera processual constitucional dentro texto do Projeto acima mencionado. Por fim, ainda neste capítulo, viu-se a necessidade de se fazer uma breve explanação, sem qualquer pretensão de aprofundamento, da distinção entre regras e princípios, notadamente afim de identificar a importância do diálogo processual na interpretação destes últimos no atual momento processual brasileiro.

No quarto e último capítulo, enfatizar-se-á a análise do princípio do contraditório no processo civil brasileiro diante das suas variadas feições e aspectos, e o modo como se dará, com o advento da aprovação do Projeto do novo CPC, a apreciação de matérias de ofício e, por fim, destacar-se-á a repercussão dada ao novo realinhamento do princípio em comento na prática processual civil moderna.

2 O PERFIL HISTÓRICO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

A visão de Direito Processual Civil a que temos acesso na atualidade, qual seja, um conjunto de princípios e normas destinadas a reger a solução de conflitos mediante o exercício do poder estatal, sendo este aplicado à função de eliminar conflitos e pacificar pessoas ou grupos, constituindo o que se chama de jurisdição¹, não se formou de forma instantânea. Hodiernamente, quando se trata especificamente de processo civil moderno, leem-no como “o resultado de paciente evolução desenvolvida a partir de um longo e estagnado período no qual o sistema processual era encarado como mero capítulo do direito privado, sem autonomia”.²

Dentre meados do século XIX e o fim da Segunda Guerra mundial, assistiu-se à transição de uma visão liberal para uma visão socializadora do processo, período no qual houve uma significativa alteração da ideia de processo, que era visto, outrora, como um instrumento essencialmente técnico existente para a resolução de conflitos de interesses, consubstanciando-se em mero instrumento da jurisdição.³ O processo era, então, na visão liberalista, apenas uma sequência de atos interdependentes que se desenvolveriam progressivamente com o fim de solucionar um embate entre as suas partes, submetido à apreciação da autoridade judiciária, que iria decidir, simploriamente, a questão diante de uma decisão final.

Com o advento do pós-guerra, diante do emergente fomento ao constitucionalismo, veio à tona, no processo, uma perspectiva teleológica, fazendo nele ser destacada uma “estrutura democratizante de participação dos interessados em todas as esferas de poder, de modo a balizar a tomada de qualquer decisão no âmbito público”⁴.

Esse novo viés se traduz na atual conjuntura processual brasileira, pautado mormente na grande influência das normas constitucionais sobre todo o ordenamento jurídico. Acerca deste cenário, nascedouro da superação do tecnicismo reinante durante todo o período liberalista, afirma Miranda:

¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2009. v. I. p. 39.

² *Ibidem*, p. 259.

³ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 1.

⁴ FAZZALARI *apud* NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e policentrismo: horizontes para a democratização processual civil**. 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008. p. 15.

A ciência jurídica desenvolvida após a Segunda Guerra período procurou se desvencilhar do pensamento positivista puro, de inspiração kelseniana, para volver o Direito valores, readmitindo a axiologia como componente da noção de direito, manifestada, sobretudo, pelos valores de justiça e de legitimidade. Seguindo essa linha de ideias, o constitucionalismo desse período fundou-se numa compreensão de que a ordem jurídica é composta por normas dotadas de alta compreensão axiológica, dentre elas aquela que prima pela dignidade da pessoas humana, como vetor fundamental de um ordenamento jurídico. Essa compreensão, amoldurada à ideia, também kelseniana, de **supremacia hierárquica da Constituição, fez com que não durasse muito tempo até que teóricos começassem a defender a influência das normas constitucionais sobre todo o ordenamento jurídico.**⁵ (Grifo nosso)

A partir deste pensamento, diante do Estado Constitucional no qual estamos inseridos, no Brasil, pode-se afirmar que um Código de Processo Civil acaba compreendido como um esforço do legislador infraconstitucional em solidificar o direito de ação como direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva à luz dos valores e princípios fundamentais estabelecidos na Constituição.

Fala-se, então, em uma nova visão metodológica do Direito Processual, fruto de uma demorada evolução cultural, ética e social, denominado por alguns de formalismo-valorativo.⁶

Vale salientar, porém, que até o alcance da atual realidade processual civil - estruturado a partir de valores encarnados nas normas constitucionais – perpassaram-se três fases de evolução teórica do processo, naturalmente condicionadas à gradação sócio-cultural historicamente havida no decorrer de cada período metodológico de pensamento do ora estudado ramo jurídico. Conforme frisa uma diretriz teórica pontuada por Didier Jr.⁷, compartilhada também por Mitidiero, são elas: o Praxismo, o Processualismo, o Instrumentalismo e o Formalismo-valorativo; as quais esmiuçaremos nos tópicos a seguir.

2.1 Praxismo

Esta linha corresponde ao tempo em que se aludia ao processo como simples procedimento e ainda não como a ciência, autônoma.⁸ Negada a sua autonomia, o processo era visto apenas como mero apêndice do direito material, um direito adjetivo – dado que os

⁵ MIRANDA, Daniel Gomes. A constitucionalização do processo e o projeto do novo código de processo civil. In: DIDIER JR., Fredie, BASTOS, Antônio Adonias Aguar (coords.). **O Projeto do novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Calmon de Passos**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 229-242. p. 229.

⁶ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 47.

⁷ MIRANDA, *op. cit.*, p. 231.

⁸ MITIDIERO, *op. cit.*, p. 30.

adjetivos não têm vida própria e só se explicam pela aderência a algum substantivo. Naquele período,

[...] os conhecimentos eram puramente empíricos, sem qualquer consciência de princípio, sem conceitos próprios e sem a definição de um método. O processo, em si mesmo, como realidade da experiência perante os juízos e tribunais, era visto somente em sua realidade física exterior e perceptível aos sentidos: confundiam-no como o mero procedimento quando o definiam como sucessão de atos, sem nada mencionarem sobre a relação jurídica existente entre seus sujeitos (relação jurídica processual), nem sobre a conveniência política de deixar caminho aberto para a participação dos litigantes (contraditório).⁹

É fácil perceber, neste primeiro momento, a ausência de qualquer preocupação científica com o processo. Essa fase, demarcada como privatista e individualista, na qual o “direito material apanhava em cheio o direito processual, engastando-o no mesmo plano”¹⁰, vingou até quando se começou a especular, com a processualística alemã da segunda metade do século XIX, sobre a natureza jurídica da ação e do próprio processo. Assim, o Praxismo perdeu espaço para o tratamento científico processual, inaugurando a fase que veio a ser denominada pela doutrina de Processualismo.

2.2 Processualismo

O Processualismo surge, então, com a formação do conceito de relação jurídica processual, sendo este o objeto da ciência processual eminente. Marcado por um momento histórico cenário de grandes construções científicas do direito processual, especialmente acerca da natureza jurídica da ação e do processo, das condições da ação e dos pressupostos processuais, eclodiu definitivamente deste período uma ciência processual.

A autonomia da ciência nascente, outrora negada em razão de ter sido pensada como pura técnica, aqui veio a ser afirmada. Notadamente, ao se fazer uma análise das produções intelectuais entusiastas desta nova visão de processo, esbarramo-nos em uma proposta inédita de superação do olhar empírico praxista e visualizamos que a

[...] origem desta fase se deu em 1868, com a famosa obra com que Oskar Von Bülow, que proclamou em termos sistemáticos a existência de uma relação jurídica toda especial entre os sujeitos principais do processo – juiz, autor e réu – a qual

⁹ DINAMARCO, 2009, p. 260.

¹⁰ MITIDIERO, *op. cit.*, p. 32.

difere da relação jurídico-material litigiosa por seus sujeitos (a inclusão do juiz) e por seus pressupostos (os pressupostos processuais).¹¹

Por terem sido, então, desenvolvidas as grandes esteiras do direito processual neste bojo histórico, o Processualismo também foi chamado de período “Conceitualista” ou “Autonomista”¹². A crescente necessidade de afirmar a autonomia desta ciência em face do direito subjetivo substancial fez com que a “ação” não fosse mais compreendida como um apêndice do direito material, mas como um direito público subjetivo autônomo de ir a juízo e de se lograr sentença. Outrossim, a “jurisdição” deixou de ser destacada como um poder direcionado à tutela dos direitos subjetivos e passou a ter uma função de realizar o direito objetivo estatal e, com isso, pacificar sociedade.

O processo deixou de ser encarado como o modo de exercício de direitos e despontou como caminho essencial para a obtenção de especial proteção por parte da tutela jurisdicional. Os objetos não são os mesmos do direito material - como os bens da vida em si mesmos - mas os próprios fenômenos que na vida do processo têm ocorrência, tais quais: a jurisdição, a ação, a defesa e o processo propriamente dito.

Toda o clima processualista voltado a se preocupar em dar maior precisão aos conceitos da nova ciência, em elaborar cirurgicamente as suas teorias, fez com que houvesse um nítido isolamento do direito processual civil do direito material, bem como da realidade social a eles inerentes. Tal afastamento culminou para que o processo se afastasse cada vez mais das suas finalidades essenciais ligadas à legitimação do Estado Democrático de Direito em que estamos inseridos. Era o processo pelo processo.

Ao tratar das linhas evolutivas no presente estudo analisadas, Cintra, Dinamarco e Grinover, quando trataram de Teoria Geral do Processo, concluíram:

Faltou, na segunda fase, uma postura crítica. O sistema processual era estudado mediante uma visão puramente introspectiva, no exame de seus institutos, de suas categorias e conceitos fundamentais; e visto o processo costumeiramente como mero instrumento técnico predisposto à realização da ordem jurídica material, sem o reconhecimento de suas conotações deontológicas e sem a análise dos seus resultados na vida das pessoas ou preocupação pela justiça que ele fosse capaz de fazer.¹³

¹¹ DINAMARCO, 2009, p. 260.

¹² *Ibidem*, p. 255.

¹³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 48.

Apesar de ter havido grande inovação a partir do estudo do processo como ciência, foi preciso quase um século para que os estudiosos percebessem que o processo, como técnica de pacificação, não é algo destituído de conotações éticas e deontológicas. O olhar quase que exclusivamente interno que foi gerado no período processualista gerou, no aspecto técnico-dogmático, níveis expressivos de aperfeiçoamento, mas deixou muito a desejar quando se tratou da missão de produzir justiça na sociedade.

Neste espaço temporal, defronte à preocupação em preencher o ainda gritante vazio em seus escopos essenciais, os estudiosos da área voltaram suas análises para a vida dos consumidores do serviço jurisdicional, ou seja, para aqueles que pretendiam algo pelo roteiro da ação e da jurisdição, com o processo. Tal fato proporcionou a abertura de caminhos para o grande relevo dado, na atualidade, aos valores do acesso à justiça como meio a atingir um dos fins mais importante do processo: a paz social.

2.3 Instrumentalismo

Sabendo o especialista processual que a sua ciência já havia atingido níveis muito expressivos de desenvolvimento, mas que ainda assim o sistema jurisdicional continuava a falhar na sua missão de produzir justiça, passou ele a ser um crítico da perspectiva puramente técnica aperfeiçoada durante o período processualista. No Instrumentalismo, houve o deslocamento do olhar, outrora interno, para um prisma externo e, com isso, um exame do processo não só em seus aspectos técnicos, dogmáticos, mas deu-se preferência aos seus resultados práticos frente à sociedade.

Desta forma, percebeu-se no processo um sistema de escopos sociais, políticos e jurídicos, serviente para o alcance da paz social e para a educação do povo - além de afirmar a autoridade estatal, a liberdade dos cidadãos e a participação dos “atores sociais” dentro da concretização da vontade fim do direito.¹⁴ Neste diapasão, os teóricos da época passaram a adotar uma postura conceitual que pressupunha a relativização do binômio direito material e o direito processual, além de colocarem a jurisdição como objeto central de estudo do sistema em exame.

A visualização da jurisdição como novo polo metodológico do direito processual civil acabou por relevar uma inédita postura de desapego ao individualismo e à restrição ao processo civil, levando em conta a linha de pesquisa da teoria geral do processo. Esse

¹⁴ MITIDIERO, *op. cit.*, p. 36.

seguimento foi a consequência de uma maior aproximação entre Constituição e o direito processual civil, ocasião em que se compreendeu que a efetividade do processo não se deduziria apenas do seu rotineiro procedimento, mas também, e especialmente, do fim a que se propõe de acesso à justiça.

O processo, durante esta fase metodológica, era visto não só como mero instrumento técnico e formal da ordem jurídica vigente, mas como um poderoso meio ético destinado a servir à sociedade e ao Estado. A relação de interdependência entre ambos enfoques defendida fez com que o direito processual fosse pontuado como instrumento de tutela e de concreção do direito material, este que concede sentido àquele.

Acerca da proposta deste período de profunda busca pela abertura do processo em prol da afirmação prática dos seus escopos, afirma Mitidiero:

Com efeito, sem negar a teoria dualista do ordenamento jurídico, não se pode mais afirmar que à jurisdição cumpra tão somente uma função declaratória da ordem jurídica pré-estabelecida pelo legislador. A revolução hermenêutica da segunda metade do século XX, a propósito, confirma com folga o predito. Diga-se o mesmo das lições de nossa doutrina no sentido de que o juiz sempre oferece ao mundo algo de novo, sempre a reconstrução da ordem jurídica mercê do diálogo judiciário, gravada pelo selo da imperatividade da jurisdição. **Na mesma senda, igualmente não se pode mais afirmar que o juiz, diante do direito material e do direito processual, encontra-se atado a uma pauta de legalidade. A pauta do direito contemporâneo é a juridicidade, que aponta automaticamente à ideia de justiça, a qual forma o substrato material, ao lado da constitucionalidade e dos direitos fundamentais, do Estado Constitucional.**¹⁵ (Grifo nosso)

Justamente por aproximar o direito material do direito processual e prover esse encontro à luz dos ideais valorativos de justiça e dos direitos fundamentais dentro do estudo do direito processual civil, a fase instrumentalista foi também denominada de teleológica. Tal incorporação de ideais e normas processuais na Constituição, ainda que de maneira tímida, resultou na primeira expressão da constitucionalização do processo no ordenamento jurídico brasileiro.

Por outro lado, o regime jurídico dos direitos fundamentais, tratando-se especificamente da sua eficácia, trouxe indubitável contribuição à compreensão e à aplicação do direito processual civil. Partindo-se do pressuposto de que, após a crítica do sistema essencialmente técnico albergado pelo Praxismo, bem como após o fomento dos estudos acerca da relativização do direito material e do direito processual frente a um espectro constitucional, não se pôde mais ignorar a aplicação dos direitos fundamentais no processo civil.

¹⁵ MITIDIERO, *op. cit.*, p. 40.

Pensar em todos esses fatores culturais e éticos da sociedade – os quais afirmam-se, com o passar dos períodos processuais, de sobremaneira determinantes na adequada análise do processo civil – é também perceber que a jurisdição não pode mais ser posta como centro metodológico desta ciência. Em um primeiro momento, houve, neste centro, a ação, uma vez que o processo resumia-se como procedimento; em momento ulterior, já adentrando na fase Instrumentalista, a jurisdição ocupou este lugar; e, frente aos anseios de uma cidadania participativa, a partir do momento em que foi necessário ignorar a unilateralidade do processo civil, bem como foi firmada a sua dimensão essencialmente participativa como fim legitimador da democracia e dos valores fundamentais trazidos pelo direito constitucional, o processo passou a ser notado como o real centro metodológico do direito processual civil.

Essa visão de processo deu ensejo a um diálogo judiciário, já que todos os participantes do feito corroboram para o seu percurso e concorrem, argumentativamente, para o desfecho a ele dado. O monólogo jurisdicional, nesta época já abolido, desocupou lugar para que o processo civil assumisse a forma de democracia participativa, perfazendo-se espaço privilegiado de exercício direto de poder pelo povo.

Neste sentido, fica ainda mais claro que o processo não é, apenas, um sinônimo de direito formal; que não está isolado na sua esfera procedimental de simples instrumento para que a ação, conjuntamente à jurisdição, resolva um conflito perquirido por partes processuais. Hoje, com o ideal de processo justo, o qual desenha, antes qualquer preceito formal, diante da existência de uma estrutura mínima de direitos fundamentais em seu conteúdo, estamos passando por uma nova fase metodológica do processo.

Acerca do processo como canal de acesso à justiça, aduz Cintra, Dinamarco e Grinover:

Se temos hoje uma vida societária de massa, com tendência a um direito de massa, é preciso ter também um processo de massa, com proliferação dos meios de proteção a direitos supra individuais e relativa superação das posturas individuais dominantes; se postulamos uma sociedade pluralista, marcada pelo ideal isonômico, é preciso ter também um processo sem óbices econômicos e sociais ao pleno acesso à justiça; se queremos um processo ágil e funcionalmente coerente com os seus escopos, é preciso também relativizar o valor das forma e saber utilizá-las e exigi-las na medida em que sejam indispensáveis à consecução do objetivo que justifica a instituição de cada uma delas. **Tudo que já se fez e se pretende fazer nesse sentido visa como se compreende, à efetividade do processo como meio de acesso à justiça. E a concretização desse desiderato é algo que depende menos das reformas legislativas (importantes embora), do que da postura mental dos operadores do sistema (juízes, advogados, promotores de justiça).** É indispensável a consciência de que o processo não é mero instrumento técnico a serviço da orem jurídica, mas, acima disso, um poderoso instrumento ético destinado a servir à sociedade e ao

Estado. O reconhecimento das conotações ideológicas do processo constitui um dos passos mais significativos da doutrina processual contemporânea. **A mudança de mentalidade em relação ao processo é uma necessidade, para que ele possa efetivamente aproximar-se dos legítimos objetivos que justificam a sua própria existência.**¹⁶ (Grifo nosso)

Do Instrumentalismo, momento a partir do qual o processo é tido fundamentalmente como instrumento e, conforme já refletiu Dinamarco, “todo instrumento, como tal, é meio; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos fins a que se destina”¹⁷, passamos ao formalismo-valorativo.

2.4 Formalismo-Valorativo

Esta fase, não menos que as outras já neste estudo analisadas, também advém de um deslocamento do eixo metodológico do direito processual civil, fruto da dinâmica de nossa evolução ético-cultural. Urge salientar que há bastante divergência sobre o assunto, uma vez que, para muitos autores, como por exemplo Dinamarco¹⁸, ainda estamos vivendo a fase Instrumentalista. Entretanto, neste trabalho, usaremos a linhagem didática mais atualizada e, talvez por isso, ainda pouco ventilada pelos manuais, a qual fora adotada por Didier Jr., em que se pontua o atual estágio de informação do processo; qual seja, o “Neopositivismo”¹⁹, como nomeia-o; ou “Formalismo-valorativo”²⁰, como interpreta Oliveira ou, como Cambi cita, “Neoprocessualismo”²¹.

Na mesma linha, Mitidiero assim se pronuncia:

O processo vai hoje informado pelo formalismo-valorativo, porque, antes de tudo, encerra um formalismo cuja estruturação responde a valores, notadamente aos valores encartados em nossa Constituição. Com efeito, o processo vai dominado pelos valores justiça, participação leal, segurança e efetividade, base axiológica da qual ressaem princípios, regras e postulados para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação. Vale dizer: do plano axiológico ao plano deontológico.²²

¹⁶ CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, *op. cit.*, p. 50-51.

¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 206.

¹⁸ DINAMARCO, 2009, p. 262.

¹⁹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2011. v. 1. p. 30.

²⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

²¹ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 662-683.

²² MITIDIERO, *op. cit.*, p. 47.

De certo, o processo jurídico é um acúmulo de atos que seguem uma estrutura temporal própria, um progresso, um desenvolvimento ordenado de procedimentos que avança até a sua conclusão. Mas não é apenas isso. Há, para além, uma relação jurídica que vincula a norma de direito e os sujeitos de direito e de dever, os quais estão, também, ligados ao órgão jurisdicional por meio de atribuições legais. Ademais, dentro da semântica do processo, sabe-se que este é produto de uma cultura humana e que a ele estão enraizados valores, escopos sociais e políticos, que o fazem ter, a mais que a sua função de prestar a jurisdição, a função social no ambiente em que está inserido.

Sabendo-se que o interesse da coletividade é uma das mais importantes instituições a serem protegidas pelo processo civil, tendo em vista que seus fins são a realização do direito como um todo e a garantia da paz social, este ramo não pode, sob pena de perder de vista sua atual razão de existir, deixar de carregar os eixos basilares dos direitos fundamentais da sociedade e da cultura a ele inerentes.²³ Importa salientar que não se é diminuído o valor do interesse individual, haja vista que o particular pode e deve ocupar o espaço e o tempo dos tribunais na medida em que se tenha necessidade, interesse e legitimidade de tutela jurídica de seus direitos.

O que aqui se assevera é que uma vez satisfeitos os interesses coletivos, poucos seriam os resíduos de problemáticas individuais iminentes para resolução estatal. Sendo assim, havendo um respeito à dignidade da pessoa humana, aos direitos fundamentais, juntamente do correto prosseguimento processual, com toda a sua formalidade respeitada, esta instituição atingirá o seu escopo de acesso à justiça e de harmonização social, deixando unidos, de uma vez por todas, ambos eixos dentro do processo civil da atualidade: a forma e o valor.

Acerca desta temática, acrescenta Dinamarco, tratando o acesso à justiça como princípio-síntese e objetivo final do processo civil:

As promessas e limitações residentes nas diversas garantias constitucionais e interligadas pelo fio condutor que é o devido processo legal têm um só e único objetivo central, que é o acesso à justiça. O processo justo, celebrado com meios adequados e produtor de resultados justos, é o portador de tutela jurisdicional a quem tem razão, negando proteção a quem não tenha. Nem haveria justificativa para tanta preocupação com o processo, não fora para configurá-lo, de aperfeiçoamento

²³ MALAQUIAS, Roberto Antônio Darós. **A função social do processo no Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 216.

em aperfeiçoamento, como autêntico instrumento de condução à ordem jurídica justa. Tal se é o que se propõe quando se fala em processo civil de resultados.²⁴

Partindo deste raciocínio, em que o processo civil é alvo de uma série de “promessas e limitações”²⁵, advindas da Constituição - mais precisamente a de 1988 - a qual se propôs a dar soluções aos conflitos de interesses da sociedade, guiando os sujeitos processuais ao acesso mais equitativo à ordem jurídica em uma via condicionada a restrições, faz-se mister destacar o presente bojo eminentemente constitucional do processo. As garantias positivas e negativas servem para reger os padrões a serem obedecidos pelos legislador e, outrossim, pelo intérprete da norma processual afim de que todo o procedimento técnico e formal do processo atinja não somente o seu fim de encerrar o procedimento alcançando a almejada tutela jurisdicional, mas também o fim de asseverar às partes interessadas uma justa e democrática persecução processual.

Essa tutela encontra guarida nos chamados princípios e garantias constitucionais, que perfazem o atual cenário processual brasileiro, imerso no moderno Estado Democrático de Direito, o qual tem seus principais ditames imersos na valorização dos direitos e das garantias fundamentais exarados pela Magna Carta vigente.

Sobre esta temática contribui, ainda, Dinamarco quando aduz:

Falar em acesso à ordem jurídica justa, por exemplo (ou na garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional), é invocar os próprios fins do Estado moderno, que se preocupa com o bem-comum e, portanto, com a felicidade das pessoas; valorizar o princípio do contraditório equivale a trazer para o processo um dos componentes do próprio regime democrático, que é a participação dos indivíduos como elemento de legitimação do exercício do poder e imposição das decisões tomadas por quem o exerce; cuidar da garantia do devido processo legal no processo civil vale por traduzir em termos processuais os princípios da legalidade e da supremacia da Constituição, também inerentes à democracia moderna; garantir a imparcialidade nos julgamentos mediante o estabelecimento do juiz natural significa assegurar a impessoalidade no exercício do poder estatal pelos juízes, agentes públicos que não devem atuar segundo seus próprios interesses mas para a obtenção dos fins do próprio Estado; etc.²⁶

Todavia, urge salientar que a tutela constitucional do processo jamais seria efetiva caso os princípios constitucionais não tivessem eficácia imperativa diante das correspondentes garantias a eles direcionadas. E, para tanto, constituem-se preceitos dotados de sanção, haja vista que diante da inobservância desta garantia afetar-se-á a eficácia ou a validade do ato ensejador de repreensão diante dos valores constitucionais positivados.

²⁴ DINAMARCO, 2009, p. 253.

²⁵ DINAMARCO, 2009, p. 199.

²⁶ *Idem.*

3 O FORMALISMO-VALORATIVO: A INFLUÊNCIA DESTA FASE METODOLÓGICA NA CONSTRUÇÃO DA ATUAL VISÃO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRA APÓS A MAGNA CARTA DE 1988

Nesta quarta fase metodológica, alcunhada de “Formalismo-valorativo”, não há mais espaço para formalismos vazios, tampouco para o uso de barreiras técnicas que negligenciem o evidente direito da parte em razão de exagerados regramentos no prosseguimento da ação. Faz-se mister elencar que, além da necessária efetividade do processo, da sua segurança jurídica quanto aos bens tutelados pelo Estado nele contidos - elementos estes vinculados a um olhar excessivamente formal e negativo do processo - é imprescindível, nos dias atuais, que o direito processual se faça o direito constitucional aplicado. Isto significa que o processo não mais se finda no momento em que há a tutela do direito material pretendido, mas quando, e principalmente, perfaz-se ferramenta pública e indispensável para o devido acesso à justiça e poderoso meio de pacificação social.

A partir desta linha de raciocínio, consegue-se perceber a crescente ideia de um direito processual civil que consagre a teoria dos direitos fundamentais, enaltecendo a força normativa dos ditames constitucionais, já que vivemos em um momento ético e cultural em que os métodos e os resultados respectivamente utilizados e adquiridos durante um processo não mais podem ser aplicados independentemente da Constituição.

Esta visão garantista advém de uma moderna percepção de que o processo não é apenas um produto das partes, mas da sua cultura, do momento ético e sociológico em que aquela lide está sendo desenrolada. E, quando se fala em cultura, fala-se em história, em experiência humana, em conjunto de marcas relacionadas a um povo dentro de uma sociedade com o passar do tempo.

Tomando como base que nenhum destes pontos está desentranhado dos valores sociais, políticos e jurídicos reinantes no espaço em que as regras e limitações são aplicadas, bem como da manifestação dinâmica do direito – sem valoração permanente – não há que se falar em mero ordenamento de tarefas dotadas de cunho exclusivamente técnico elencadas pelo legislador de maneira arbitrária.

Sendo assim, o formalismo não deve ser interpretado apenas como um controle de eventuais problemáticas possivelmente existentes entre uma fase e outra processuais, mas, também, como uma organização do processo de forma justa e acessível, valendo-se de limitações infraconstitucionais e constitucionais afim de que haja o alcance de uma decisão materialmente havida em tempo razoável, com eficácia plena e que tenha sido elaborada

diante da análise de uma persecução baseada no total exame dos direitos fundamentais dos jurisdicionados.

É necessário, portanto, que se abandone o formalismo processual excessivo e que se busque um formalismo dotado de valores e maiores preocupações com a adaptação do processo sob o prisma constitucional de garantias. Nesta linha, asseverou Oliveira:

Ao meditar-se nos fatores externos do formalismo, o pensamento desde logo tende, em formulação esquemática inicial bastante ampla, a fixar-se nos fins do processo, e a noção de fim entrelaça-se, necessariamente, com o valor ou valores a serem idealmente atingidos por meio do processo. Impõe-se, portanto, a análise dos valores mais importantes para o processo: por um lado, a realização de justiça material e a paz social, por outro, a efetividade, a segurança e a organização interna justa do próprio processo (*fair trial*). Os dois primeiros estão mais vinculados aos fins do processo, os três últimos ostentam uma face instrumental em relação àqueles. A par desses valores específicos, mostram-se ainda significativos para o processo os valores constitucionais e os valores culturais relacionados ao meio onde se insere determinado sistema processual.

A efetividade e a segurança apresentam-se como valores essenciais para a conformação do processo em tal ou qual direção, com vistas a satisfazer determinadas finalidades, servindo também para orientar o juiz na aplicação das regras e princípios. Poder-se-ia dizer, numa perspectiva deontológica, tratar-se de sobreprincípios, embora sejam, a sua vez, também instrumentais em relação ao fim último do processo, que é a realização da Justiça do caso. Interessante é que ambos se encontram em permanente conflito, numa relação proporcional, pois quanto maior a efetividade menor a segurança, e vice-versa. Assim, por exemplo, o exercício do direito de defesa, garantia ligada à segurança, não pode ser excessivo nem desarrazoado. Nos casos não resolvidos pela norma, caberá ao órgão judicial, com emprego das técnicas hermenêuticas adequadas, ponderar qual dos valores deverá prevalecer. Na verdade, garantismo e eficiência devem ser postos em relação de adequada proporcionalidade, por meio de uma delicada escolha dos fins a atingir. A segurança liga-se à própria noção de Estado Democrático de Direito, erigida como princípio fundamental da Constituição da República (art. 1º, *caput*), de modo a garantir o cidadão contra o arbítrio estatal, tendo presente a salvaguarda de elementos fundantes da sociedade realmente democrática, como o princípio democrático, o da justiça, o da igualdade, da divisão de poderes e da legalidade.

Em tal contexto, ganha lugar de destaque o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República), princípio que exige como corolários a proibição de juízos de exceção e o princípio do juiz natural (art. 5º, incisos XXXVII e LIII), a igualdade (art. 5º, *caput*), aí compreendida a paridade de armas²⁰, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, inciso LV), consideradas inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inciso LVI), devendo o litígio ser solucionado por meio de decisão fundamentada (art. 94, inciso IX).

[...]

A sua vez, a efetividade está consagrada na Constituição Federal, art. 5º, XXXV, pois não é suficiente tão-somente abrir a porta de entrada do Poder Judiciário, mas prestar jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa, mediante um processo sem dilações temporais ou formalismos excessivos, que conceda ao vencedor no plano jurídico e social tudo a que faça jus. Além disso, as dificuldades temporais atuais na administração da justiça e a mudança qualitativa dos litígios justificam o inaudito elastecimento da tutela cautelar em nossa época, assim como a concepção de remédios jurisdicionais de índole provisória, autônomos ou não, com caráter antecipatório e satisfativo do pretendido direito. Advirta-se, além disso, que a efetividade vigora seja em relação ao direito já lesionado seja quanto aquele simplesmente ameaçado (Constituição Federal, artigo 5º, XXXV), abrangendo assim a tutela preventiva substancial e definitiva, além da meramente provisória ou

temporária. Além disso, a perspectiva constitucional do processo veio a contribuir para afastar o processo do plano das construções conceituais e meramente técnicas e inseri-lo na realidade política e social. Tal se mostra particularmente adequado no que diz respeito ao formalismo excessivo, pois sua solução exige o exame do conflito dialético entre duas exigências contrapostas, mas igualmente dignas de proteção, asseguradas constitucionalmente: de um lado, a aspiração de um rito munido de um sistema possivelmente amplo e articulado de garantias “formais” e, de outro, o desejo de dispor de um mecanismo processual eficiente e funcional.²⁷(grifo nosso)

Todo esse pensamento pós-moderno de que a codificação processual civil deve ser vista, em suas linhas fundamentais, como a concretização dos direitos fundamentais processuais civis previstos na Constituição vem sendo ventilado pela doutrina e jurisprudência pátrias como a maneira adequada de se organizar a legislação infraconstitucional de acordo com o Estado Constitucional moderno.

Interessante ressaltar que a constituição brasileira vigente não é somente uma “carta de intenções”²⁸ ou apenas um programa político norteador do legislador infraconstitucional, como era ocorrente até meados do século XX na Europa. Naquela época, a lei editada pelo parlamento era a fonte principal, praticamente exclusiva, do Direito e não havia uma força normativa atribuída às constituições nacionais. Caso a garantia fosse pontuada pela Constituição e não fosse ventilada por lei, não poderia ser utilizada como norma para se recorrer à tutela jurídica do Estado.²⁹ Dentro desta sociedade, precipuamente a do século XVIII, reinava uma:

[...] segurança objetiva que nascia da estrutura da sociedade, na qual os Códigos, captando e fixado os valores dominantes, forneciam um quadro de referência certo e seguro, com base no qual cada indivíduo sabia o que deveria esperar dos outros indivíduos e dos poderes políticos.³⁰

Houve, no momento posterior à Segunda Guerra, uma grande mudança de paradigma, tendo em vista as consequências causadas pelo cenário devastador atribuído a este período trouxeram à tona um maior interesse nas Cartas Magnas como documentos políticos, pois fora percebido que se as promessas de garantias nelas existentes tornassem-se reais e

²⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo.** *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 102, n. 388, p. 11-28, nov./dez, 2006.

²⁸ FARIA, Márcio Carvalho. Neoconstitucionalismo, neoprocessualismo, pós-positivismo, formalismo-valorativo... a supremacia constitucional no estudo do processo. *Revista Ética e Filosofia Política*, v. 2, n. 15, p. 103-117, dez. 2012. p. 104. Disponível em: <http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2009/08/15_2_faria_6.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2014.

²⁹ *Idem.*

³⁰ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 55.

efetivas, promover-se-ia com mais afinco os padrões de justiça, igualdade e liberdade nas nações. Com isso, a efetivação do constitucionalismo, ou seja, a incidência da Constituição sobre a realidade social teria de se dar, independentemente de qualquer mediação, validação ou reafirmação legislativa infraconstitucional, na intenção de se contribuir para retirar do papel as proclamações garantistas e provedoras de justiça eivadas na Magna Carta de 1215. Acerca do tema em análise, asseverou Cambi:

O alargamento do espaço constitucional se deu a partir da constitucionalização dos direitos infraconstitucionais que, por sua vez, ampliou a extensão e a intensidade da vinculação constitucional do legislador ordinário. (...) Desse modo, a progressiva constitucionalização dos direitos infraconstitucionais é responsável pelo alargamento do espaço constitucional e restrição do âmbito de liberdade do legislador. Em razão de se colocar em um nível normativo hierarquicamente superior à legislação ordinária (princípio da supremacia da Constituição), acaba por prever um conjunto de direitos (fundamentais) que as leis não podem derrogar. Além de limitar o âmbito legislativo, como os direitos fundamentais se dirigem tanto na relação entre Estado-cidadão quanto na entre os cidadãos, quanto mais onipresente é a Constituição, também menor é a área reservada aos particulares e à autonomia privada. Os direitos fundamentais configuram o epicentro axiológico da ordem jurídica, condicionando o exercício da hermenêutica e da produção da norma (eficácia irradiante dos direitos fundamentais).³¹

Ocorre que, diante da constante transformação da sociedade moderna, não há mais que se falar em segurança codificada e estabilidade legislativa. E, enquanto dinâmica, o direito, que a acompanha, também o é, não trazendo mais em seu bojo expressão da uniformidade e da segurança do positivismo ocorridos outrora.

Mostra-se, assim, um paradigma normativo aberto, sem as mesmas certezas dos tempos da rigidez da codificação, distanciando-se da formação clássica piramidal e enveredando-se dentro de uma espécie de rede ou banco de dados que acaba por interligar a legislação infraconstitucional a ser compreendida a partir da Lei Fundamental e da sua inserção no contexto internacional.³²

Para acompanhar tal processo - rápido e complexo - de rotineiras mudanças socioculturais, vê-se, cada vez mais aparente, a utilização e a importância dos princípios constitucionais, tendo em vista que estes não têm uma interpretação rígida e podem ser alocados em diversas situações de acordo com o caso concreto.

Essa ideia de onipresença da Constituição dentro do neoconstitucionalismo que permeia os tempos atuais advém, em muito, do denso conteúdo material que trazem as Constituições contemporâneas. Nelas há diretrizes relacionadas a valores, apontamentos

³¹ CAMBI, 2010, p. 55-58.

³² *Ibidem*, p. 56.

referentes aos poderes públicos e aos particulares, direitos fundamentais, princípios jurídicos, os quais acabam por permear a grande massa de problemáticas e ramificações jurídicas dos nossos dias. E, no direito processual a que temos acesso hoje, faz-se necessário buscar, no que é contido nas Constituições vigentes, a promoção dos direitos fundamentais de forma adequada e célere a partir de técnicas processuais que equilibrem a garantia do devido processo legal, em sentido formal, e a aplicação racional das formas, como meios de tutela jurisdicional.³³

No cenário brasileiro, principalmente após a promulgação da Lei Fundamental de 1988, tornou-se clara a dependência, em se tratando da busca dos fundamentos de validade formal e material, da compreensão do processo em detrimento da Constituição. A sua posição de superioridade hierárquica albergada pelo Princípio da Supremacia da Constituição, bem como a quantidade e a qualidade (profunda) de matérias dos mais variados pontos da organização estatal e privada de que tratou, fincou-se como o centro do ordenamento jurídico.

Reconhece-se atualmente, portanto, o caráter jurídico imperativo da Constituição de 1988. A sua força normativa se dá na medida em que se a Constituição vale como uma lei, na qual suas regras e seus princípios detém normatividade, regulando jurídica e efetivamente as condutas humanas, dando segurança e diretrizes de comportamentos sociais ao meio jurídico. Esse reconhecimento, para Cambi, marca uma ruptura com o Direito Constitucional clássico, em que se visualizavam normas constitucionais programáticas que seriam simples declarações políticas, padrões morais ou programas futuros e, assim, destituídas de positividade ou de eficácia vinculativa.³⁴

3.1 A análise do Projeto do novo Código de Processo Civil a partir da constitucionalização do direito processual civil brasileiro

Vislumbra-se, ainda nas primeiras redações do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, já na Parte Geral, Título I, Capítulo 1, “Dos Princípios e das Garantias Fundamentais do Processo Civil”, em seu art.1º, a evidente pretensão do legislador em legitimar expressamente que o processo civil deve ser “ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República

³³ CAMBI, 2010, p. 115.

³⁴ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. **Panóptica**, Vitória, ano 1, n. 6, p. 1-44, fev. 2007. p. 6-7. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/download/59/64>>. Acesso em: 14 mar. 2014.

Federativa do Brasil”.³⁵ Tal disposição é a materialização do ideal, já bastante enumerado nesta pesquisa, de que o processo há de ser examinado, estudado e compreendido à luz da Constituição; e de forma a dar o maior rendimento possível aos princípios fundamentais nela elencados.

Essa preocupação em reformar o sistema processual civil brasileiro advém da máxima que permeia a necessidade de que este sistema proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos dos jurisdicionados, os quais buscam nos órgãos judiciais a efetiva satisfação das suas pretensões, seja a partir da ameaça ou da violação dos seus direitos.

Uma vez que ineficiente esse sistema processual, não harmonizado com as garantias constitucionais norteadoras de um Estado Democrático de Direito, todo o ordenamento jurídico acaba por se tornar ilusório e ineficaz, haja vista que o direito processual não executará sua tarefa de instrumento para a eficiente realização do direito material.

Daí a importância da reforma do Código de Processo Civil brasileiro. A partir dos anos 90 houve variadas reformas no texto do Código, ainda vigente, de 1973, as quais se deram em razão da necessidade de adaptação das normas processuais às mudanças na sociedade e ao funcionamento das instituições judiciais. Todavia, as alterações pontualmente havidas durante o passar dos anos, unidas à manutenção das normas provenientes do seu texto original, acabaram por comprometer a sua forma sistemática, abalando a coesão entre as normas processuais do Código. Assim, não é difícil perceber, na prática, as polêmicas e divergências proveniente da desorganização entre passado e presente contidas neste texto normativo.

Outrossim, sabe-se que a coerência e a forma sistemática das normas processuais são, de sobremaneira, essenciais para a fluida e célere persecução processual. Não basta que haja normas dentro do ordenamento jurídico, é necessário também que estas mesmas normas detenham funcionalidade para que consigam atingir seus fins de acesso à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva dentro da sociedade, esta que é a consumidora final da ajustada prestação jurisdicional.

A intenção do legislador em criar um novo Código de Processo Civil não é desvirtuar-se do caminho até os tempos atuais percorrido por todas as reformas ocorridas, mas sim de continuar com essa adequação entre direito, normas processuais e a sociedade moderna

³⁵ BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil**: anteprojeto. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010a. p. 49.

de uma maneira que haja ordem e sistematização de ideias dentro de um mesmo texto normativo. O propósito é conservar os institutos eficazes, funcionais e inovar diante daqueles que tornaram-se, com o tempo, obsoletos e até prejudiciais ao íntegro desenvolvimento da atividade processual.

Apesar da iminente preocupação com a técnica formal do Código, a Comissão responsável pela construção do anteprojeto concentrou-se fundamentalmente em dar coerência substancial, principalmente no que é pertinente à Constituição Federal, a esta legislação infraconstitucional. Isto porque apesar de, no ato da elaboração de um novo Código, haver uma certa inquietude por parte da Comissão em elaborá-lo de forma estética e tecnicamente exímia, sabemos que, hoje, após termos passado por três fases metodológicas do processo, o apego à forma não mais faz parte dos primordiais cuidados do processualista contemporâneo.

Atualmente, haja vista o deslocamento do eixo axiológico do estudo processual para os valores fundamentais elencados e orientados pela Constituição, dentro do formalismo-valorativo em que estamos inseridos, o legislador se mostra detentor de uma postura muito mais focada em dar às normas processuais a característica e a função de concretizar os valores encampados pelos princípios constitucionais. Desta maneira, pontua-se que o novo Código de Processo Civil brasileiro terá, quando vigente for, o condão de tornar o processo mais célere, mais simples, muito menos complexo, uma vez que, “trazendo em seu bojo os valores fundamentais da Constituição, expressam os pilares da ordem jurídica”³⁶ e aproximar-se-á, cada vez mais, das necessidades sociais do presente.

O Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, levado no dia 8 de junho de 2010 ao, à época, presidente do Senado Federal, José Sarney, fora apresentado na tentativa de afastar os embaraços ao o acesso à justiça e os impedimentos que engrossam a duração do processo, os seus custos e a sua excessiva formalidade. No seu teor, particularmente na Exposição de Motivos, foram pontuados os objetivos que permearam e orientaram os trabalhos havidos pela Comissão durante a sua criação. Foram eles:

- 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal;
- 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa;
- 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal;
- 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado;
- e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização

³⁶ MIRANDA, *op. cit.*, p. 229.

daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.³⁷

Percebe-se que o desígnio mais significativo nesta exposição, que vem a percorrer todos os objetivos elencados no Anteprojeto do Código de Processo Civil, é o de se harmonizar a lei ordinária (normas do Código) à Constituição Federal da República vigente, mormente com a inclusão expressa dos princípios constitucionais no texto do novo Código, dispostos em sua versão processual. Ainda que com todas as alterações normativas havidas até hoje no texto do Anteprojeto, que passou pelos crivos das casas legislativas nacionais brasileiras, é notoriamente perceptível o cuidado do Poder Legislativo em não deixar que se perca – em meio a tais mudanças até que se chegue ao texto final a ser aprovado – esse ideal neoprocessualista de se construírem técnicas processuais voltadas à promoção do direito fundamental à apropriada tutela jurisdicional.

No que tange a este ponto, urge ser destacado o princípio constitucional do Contraditório, que por muitas ocasiões dentro do texto do Projeto do novo Código de Processo Civil, o projeto de lei nº 8.046/2010³⁸, aprovado no Senado Federal no dia 15 de dezembro de 2010, mostrou-se legitimado e concretizado diante das várias regras nele trazidas. Neste trabalho, em razão do redimensionamento dado a este princípio dentro do Projeto, diante do prestígio a ele dado, pretende-se dar ao Contraditório uma atenção especial, ventilando a inovação legislativa a ele concernente, principalmente em sua feição substancial.

A atenção dada a este princípio denota a essência do atual sistema jurídico brasileiro, baseado não exclusivamente em regras, não exclusivamente em princípios, mas composto de regras e princípios, logo que a segurança jurídica necessária para o justo e correto uso do processo exige uma inserção de valores éticos, culturais, sociais diante de um cenário racional e formal da persecução da lide em busca da produção de decisões judiciais.

Em razão do panorama do sistema jurídico brasileiro, torna-se relevante para o desenvolvimento deste trabalho que seja feita uma breve distinção entre regras e princípios, tendo em vista que tal diferenciação trará maior lucidez ao prestígio atual dos princípios constitucionais no processo, especialmente o do Contraditório. Não é finalidade deste estudo, porém, examinar toda a repercussão doutrinária acerca da teoria dos princípios, tampouco acerca das obras dos seus mais importantes estudiosos. Propõe-se aqui, então, pontuar as formas de distinção mais aceitas na doutrina e, com isso, traçar um caminho límpido até a

³⁷ BRASIL, 2010a, p. 14.

³⁸ *Ibidem*, p. 15.

conceituação e a análise do presente alcance e alinhamento do princípio do Contraditório do processo civil pátrio.

3.2 O papel da distinção entre regras e princípios na construção do Novo Código de Processo Civil

Urge ser ventilado, antes de qualquer explanação sobre as distinções que regem os princípios e as regras, que estas espécies normativas representam o conteúdo interpretado de uma norma jurídica. Normas estas que são construídas pelo interprete através de um processo hermenêutico individual, aliado a suas crenças e conhecimentos da ciência do direito, o qual pode chegar à conclusão de que, dependendo do dispositivo analisado, encontra-se diante de uma regra ou de um princípio.³⁹

Este tema é assunto de variadas polêmicas jurídicas não só pela complexa tarefa de distinguir tais espécies de normas, mas também em razão do conceito de norma jurídica, que é dada como gênero destas espécies, e de todo o rico universo que rodeia a Teoria do Direito.

Partindo-se disso, importa ressaltar que variados autores, desde há muito tempo, tentam definir tais espécies normativas e elencar as distinções entre uma e outra. Não obstante haja um grande rol doutrinário sobre o assunto, debruçaremos-nos, com mais afinco, sobre as teses de Ronald Dworkin e Robert Alexy, autores responsáveis pelas estudos mais difundidos e grandiosos acerca do tema.

Dworkin tem no seu estudo o escopo de criticar o positivismo jurídico. Esse jurista pontuava que o positivismo, ao asseverar que o direito é um sistema composto somente de regras, criava uma problemática nas ocasiões em que o juiz não reconhecia nenhuma regra jurídica aplicável ao caso concreto, tendo de agir de forma discricionária, por não haver outra fonte do direito existente para que pudesse o magistrado se ancorar para fundamentar a sua decisão.

Defendia ele, então, que o sistema jurídico não é composto solitariamente de regras jurídicas, mas também de princípios. Assim, as regras detinham uma forma taxativa, aplicadas somente na dimensão da validade, já que diante dos seus “comandos conclusivos, impõem, de uma só vez, a direção e o caminho (conteúdo) da determinação, vez que exigem

³⁹ ÁVILLA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação** definição dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 37.

que se faça exatamente o que se determina.”⁴⁰ Não admitem, portanto, qualquer forma de ponderação. Já os princípios, por sua vez, denotam, além da dimensão de validade, a dimensão do peso, da ponderação, uma vez que não contêm mandamentos definitivos, conclusivos e encaixam-se de acordo com o caso concreto.

Deste modo, diante de uma situação de conflito entre princípios, haverá a prevalência daquele que tenha maior peso ou, diante das condições nas quais é apresentado, goze de maior importância. Urge ressaltar, porém, que aquele princípio de menor peso, que fora rejeitado quando em razão da sobreposição do outro, não se tornará inválido ou será excluído do ordenamento jurídico. O que ocorrerá é apenas o seu afastamento diante daquela específica situação de choque, podendo o mesmo princípio ser, em outra ocasião, o sobressalente, o de maior peso e sendo o escolhido para ser aplicado naquela oportunidade.

Acerca da definição do modelo de aplicação das regras e dos princípios no ordenamento jurídico, de acordo com os estudos de Dworkin, afirmou Ávilla:

Regras são aplicadas no modo *tudo ou nada* (*all-or-nothing*), no sentido de que, se a hipótese e incidência de uma regra é preenchida, ou a regra é válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. No caso de colisão entre regras, uma delas deve ser invalidada. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contém fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios. Daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso (*dimension of weight*), demonstrável na hipótese de colisão entre princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe a outro, sem que este perca sua validade.⁴¹

O caráter lógico foi o escolhido para definir o tipo de distinção entre ambas as espécies de normas, haja vista que, enquanto representantes da tese da separação qualitativa entre regras e princípios, Dworkin e Alexy defendem que a diferença entre eles se dá em razão do grau de generalidade, abstração ou fundamentalidade.⁴²

Alexy, a seu turno, partiu dos pressupostos de Ronald Dworkin e precisou ainda mais o conceito de princípios, trazendo ao cenário jurídico a ideia de que os princípios são

⁴⁰ MACHADO JÚNIOR, Arnaldo de Aguiar. O redimensionamento do princípio do contraditório no novo Código de Processo Civil. **Revista Eletrônica do Instituto Sergipano de Direito de Estado**, Ed. 03/2011, p. 1-14, ago. 2011. p. 5. Disponível em: <http://www.reidese.com.br/artigos/032011/032011_7.pdf> Acesso em: 16 fev. 2014.

⁴¹ ÁVILLA, *op. cit.*, p. 39-40.

⁴² SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 1, p. 607-630, jan./jun. 2003. Disponível em: <http://www.teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2014.

mandamentos de otimização⁴³ aplicáveis de acordo com as normas e os fatos da realidade ocasional, são organizados em razão do grau. Destacou que a completa execução de um princípio em uma situação jurídica pode ser embaraçada pela realização de outro, momento em que há uma colisão e, para que haja a resolução dessa questão, há um sopesamento, afim de que se chegue em um resultado adequado. As regras detém baixo grau de abstração e os princípios, de modo diverso, detém um alto grau de abstração; sendo estes, outrossim, denominados comandos de otimização e, aquelas, comandos de definição.⁴⁴

Para o renomado autor, a aplicação de um princípio deve ser vista sempre com reservas, a serem demonstradas diante das regras de prevalência utilizadas para ponderar os princípios conflitantes, devendo estabelecerem algo que deva ser realizado na maior medida possível frente às possibilidades fáticas e jurídicas. E, assim, também estas normas jurídicas diferem das regras por conta de como se portam na ocasião de conflitos, haja vista que os conflitos de regras relacionam-se a, dentro de uma dimensão de validade, estarem ou não estarem dentro do mundo jurídico; enquanto aqueles, relacionados aos princípios, preocupam-se na determinação de qual deles será aplicável naquela oportunidade, permanecendo-se, todavia, ambos dentro do ordenamento.

Nesta mesma linha, traçando a distinção de pensamentos e teses, também pontuou Ávilla sobre o modo de distinguir estas espécies normativas apresentado por Alexy:

A distinção entre princípios e regras – segundo Alexy – não pode ser baseada no modo *tudo ou nada* de aplicação proposto por Dworkin, mas deve resumir-se, sobretudo, a dois fatores: *diferença quanto à colisão*, na medida em que os princípios colidentes apenas têm sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia; *diferença quanto à obrigação que instituem*, já que as regras instituem obrigações absolutas, não superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função dos outros princípios colidentes.⁴⁵

Apesar das diferenças entre estas normas jurídicas, não se pode esquecer que ambas espécies, como normas que são, detém mandamentos de “dever-ser” e exigem obediência plena do que impõem em suas diretrizes. Logo, por estarem inseridas em um mesmo sistema jurídico e regerem os fatos que requerem tutela jurisdicional do Estado, por meio de um processo, os aplicadores do Direito muitas vezes confundem-se com a dificuldade ainda existente de se traduzir o que é regra e o que é princípio. As semelhanças que envolvem

⁴³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

⁴⁴ MACHADO JUNIOR, *op. cit.*, p. 6.

⁴⁵ ÁVILLA, *op. cit.*, p. 41-42.

essas espécies normativas têm estado ainda mais em destaque diante da constitucionalização do processo, a partir da inserção em massa dos princípios constitucionais que regem os direitos fundamentais dentro da legislação infraconstitucional processual civil e do grande aceite do uso destas espécies normativas nas decisões dos magistrados.

Identificar com qual das espécies está se deparando vem a ser bastante enriquecedor para um entendimento mais claro dos efeitos jurídicos relacionados ao comando emanado por quaisquer de tais normas. É inegável o moderno envolvimento do intérprete das normas jurídicas quando se trata da aplicação dos princípios, de uma forma geral elencados. Isto porque, em razão da majorada abstração inerente a estas normas jurídicas, delas não é possível se inferir uma conduta específica a ser realizada, o que aumenta ainda mais a responsabilidade das partes e dos juízes dentro do desenvolvimento processual.

Além disso, para este trabalho, compreender a diferença entre regras e princípios mostra-se ainda mais importante dado o notável realinhamento do princípio do contraditório dentro do Projeto do novo Código de Processo Civil, uma vez que a solução de ponderações e de sopesamentos entre o princípios fundamentais se mostram cada vez mais naturais e corriqueiros dentro da persecução processual moderna.

4 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Como já mencionado outrora, houve, com o advento do segundo pós-guerra, uma ampla constitucionalização das garantias processuais. O processo, que privilegiava apenas o papel do juiz dentro de um ideal de ativismo judicial e de autoritarismo da figura do mesmo, passou a garantir, diante da imersão no Estado Constitucional democrático, um efetivo diálogo entre as partes litigantes e o juiz, permitindo que todos, em papel cooperativo, participassem na estrutura da persecução da lide processual afim de terem a mesma capacidade de influenciarem na decisão do magistrado.⁴⁶

Este direito fundamental a participar ativamente do processo está previsto em nosso texto constitucional no “Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I, Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, no art. 5º, LV, que pontua:

Art. 5º- 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;⁴⁷

Até que chegássemos no neoprocessualismo moderno, momento que norteia lúcida preocupação na construção de técnicas processuais que promovam execução de uma tutela jurisdicional adequada, nos moldes dos direitos fundamentais, aos partícipes do procedimento, atravessou-se o período do liberalismo processual. A partir disto, o contraditório começou a ser enxergado não só como uma regra processual, mas também como um elemento indispensável à concreta realização da igualdade entre as partes litigantes, fazendo fluir entre o juiz e os demais sujeitos processuais, uma relação dinâmica em que todos possam ter o mesmo grau de intervenção no convencimento final do julgador.⁴⁸

⁴⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do contraditório: tendências de mudança da sua aplicação. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, ano XXV, n. 28, p. 177-206, jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/volume28/10.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2014.

⁴⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 mar. 2014.

⁴⁸ FARIA, *op. cit.*, p. 108.

Nesta senda, assevera a Constituição Federal de 1988, diante do estabelecimento desta garantia em seu texto, que nenhuma decisão judicial deverá ser tomada sem que as partes vinculadas ao processo - de qualquer natureza, seja ele jurisdicional ou não - sejam ouvidas previamente. Saliento, todavia, que este trabalho se debruçará de forma mais firme diante do processo judicial, haja vista termos como escopo maior da análise deste princípio dentro do Projeto do novo Código de Processo Civil.

Aduz também que é necessário que seja dada a efetiva ciência de todos os atos processuais às partes inseridas na lide, a fim de que todos possam, caso queiram, manifestarem-se no sentido de construir a decisão final do magistrado. Ademais, emana o texto constitucional que os meios franqueados pelo juiz devam ser, de fato, seguros e facilmente manejáveis a que haja a eficaz e concreta participação dos litigantes na preparação do julgamento a ser feito no desfecho processual.⁴⁹

Neste sentido, percebe-se a atual tendência de serem reforçados os poderes do juiz, uma vez que além do dever de participação processual efetiva deste sujeito, de natureza fundamental, a ele são inerentes os atos de direção, de prova e de diálogo processuais⁵⁰, já que deve, sempre e em quaisquer circunstâncias, fazer ser observado pelas partes envolvidas e observar ele mesmo a efetivação do princípio do contraditório.

Esse princípio é tido como a manifestação da igualdade apontada como direito fundamental no *caput* do art. 5º supratranscrito. O próprio Estado Democrático de Direito no qual estamos inseridos atualmente se perfaz diante da execução deste direito constitucional dentro do processo, havendo o almejado equilíbrio entre as partes na formação da convicção do juiz e, assim, realizando a justa prestação jurisdicional. Acerca dessa linha de estudo, Didier Jr. já frisou:

O princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório. **O princípio do contraditório pode ser decomposto em duas garantias: participação (audiência; comunicação; ciência) e possibilidade de influência na decisão.**⁵¹(grifo nosso)

A partir da conceituação acima referida destacam-se as duas facetas do contraditório no processo civil. São elas as feições: formal e substancial, as quais serão melhor elucidadas nos pontos a seguir.

⁴⁹ DINAMARCO, 2009, p. 230

⁵⁰ *Ibidem*, p. 226

⁵¹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. v. 1. p. 52.

4.1 Da feição formal (bilateralidade de audiência) à substancial (dever de consulta e garantia de influência) do Princípio do Contraditório. O encaixe de ambas facetas defronte o Estado Constitucional brasileiro da atualidade

A configuração da feição formal do princípio do contraditório diz respeito à mecânica da contraposição de direitos e obrigações ou, como muito se declara na doutrina, ao direito à bilateralidade da audiência, possibilitando às partes a devida informação de todos os atos e, também, a faculdade de reagir ao que fora prejudicialmente colacionado na lide.

É o uso do direito de ser ouvido pelo juiz, a garantia de participar, de ser comunicado dos trâmites, de poder falar no processo. Diante desse aspecto, o dizer e o contradizer das partes seriam suficientes para que houvesse o respeito ao contraditório, bastando a aparente e ilusória participação no processo, ainda que estas manobras não repercutam na decisão final do juiz.

De acordo com Didier Jr., que chama este elemento do contraditório de “faceta básica”⁵², o aspecto formal é o mínimo que a maioria entende como direito à participação em contraditório. O pensamento clássico aduz, nesse mesmo sentido, que tão logo dado às partes o espaço para serem ouvidas, para que possam falar, o juiz já estaria efetivando e respeitando o reportado princípio constitucional.

Todavia, esta visão simplista está ultrapassada. Com o advento do neoprocessualismo, diante da constitucionalização do processo – ponto já bastante referido neste trabalho – verificou-se que a mera manifestação da parte no processo não era suficiente para cumprir os ideais de igualdade e de devido processo legal garantidos pela Constituição.⁵³

O fato de as partes serem meros espectadores e sujeitos passivos processuais à espera de uma decisão judicial que advém apenas do intérprete do Direito não mais condiz com a atual conjuntura processual brasileira. O ativismo judicial, tão vivo no modelo hierárquico, perdeu espaço para o modelo colaborativo de processo trazido pela Constituição brasileira de 1988, que tem como referencial uma sociedade cooperativa – fundada na “dignidade da pessoa humana”⁵⁴, além de ter como objetivo “construir uma sociedade livre, justa e solidária”⁵⁵ imersa, portanto, no Estado Constitucional.

⁵² DIDIER JR., 2009, p. 57.

⁵³ REIS, Junio Barreto dos. A nova visão do princípio do contraditório: uma breve análise do Código de Processo Civil e do Projeto do novo Código (Projeto de Lei nº 166/2010). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2835, 6 abr. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18837>>. Acesso em: 4 mar. 2014.

⁵⁴ BRASIL, 1988, *op. cit.*

⁵⁵ *Idem.*

Todo esse cenário social repercute na posição no magistrado dentro do processo. O juiz no processo cooperativo é isonômico na condução processual, colhendo a impressão das partes, possibilitando as suas participações; e assimétrico quando da tomada de decisões materiais e processuais da lide, ao conduzir o processo, agindo ativamente nesse quesito. Desempenha, papel duplo, pois é “paritário no diálogo, assimétrico na decisão”.⁵⁶

Outrossim, é incumbido o órgão jurisdicional a, como um dos participantes processuais, observar também o contraditório na persecução de todo o procedimento, vendo-se obrigado (e não facultado) a promover o diálogo judiciário ao mesmo tempo em que presta esclarecimentos e previne as partes litigantes das consequências de suas condutas processuais – êxitos ou derrotas.

Esse complexo comportamento inerente ao magistrado inserido no Estado Constitucional, pautados nas diretrizes do Estado Democrático brasileiro da modernidade, é influenciado diretamente pelos ensejos e escopos sociais e valorativos da Constituição, consagrando, assim, a outra vertente do contraditório: o seu aspecto substancial. Assim, diante destas circunstâncias, afirmou Mitidiero:

O Estado Constitucional revela aqui a sua face democrática, fundando o seu direito processual civil no valor participação, traduzido normativamente no contraditório. O valor participação, a propósito, constitui a base constitucional para a colaboração no processo. A condução do processo é isonômica.

O Estado Constitucional também releva a sua juridicidade no processo, mas já aí no quando das decisões do juiz, que devem ser necessariamente justas e dimensionadas na perspectiva dos direitos fundamentais (materiais e processuais). Decisões, aliás, gestionadas em um ambiente democrático, mas impostas assimetricamente pelo Estado-juiz, dada a imperatividade inerente à jurisdição. A atuação jurisdicional decisória é, por definição, assimétrica.⁵⁷

A feição substancial, por sua vez, é constituída pelo desígnio social do processo moderno (calcado em direitos fundamentais, em decisões justas e adequadas) cada vez mais intrínseco ao Estado Constitucional. Diante deste aspecto, para cumprir os objetivos referentes ao contraditório, a parte, ao se manifestar, deve ter a oportunidade de influenciar a decisão do juiz, consubstanciando-se na real participação ativa e efetiva no processo. É como nos ensinou Didier Jr.:

Não adianta permitir que a parte, simplesmente, participe do processo; que ela seja ouvida. Apenas isso não é o 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 magistrado. Se não dor conferida a

⁵⁶ MITIDIERO, *op. cit.*, p. 72.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 76-77

possibilidade de a parte influenciar na decisão do Magistrado – e isso é poder de influência, poder de interferir na decisão do Magistrado, interferir com argumentos, interferir com ideias, com fatos novos, com argumentos jurídicos novos; se ela não puder fazer isso, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se implementa, pura e simplesmente, com a ouvida, com a participação; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão.⁵⁸

Hoje, diante do moderno alcance do princípio do contraditório, não mais se vê a decisão da lide como tarefa baseada exclusivamente no subjetivismo do magistrado. Prega-se o processo participativo, em que as manifestações das partes e do juiz, unidas, interagem para dar norte à convicção deste último.⁵⁹

Após o enraizamento do constitucionalismo, notadamente a partir do século XX, período que trouxe à tona o cenário acima exposto, principalmente no que tange ao modelo participativo de processo, enxerga-se intolerável qualquer entendimento que separe os papéis das partes e do juiz dentro da estrutura do processo.⁶⁰ Há, como outrora mencionado, uma isonomia, pois muito embora dirija ativamente o processo, deve o juiz fá-lo de maneira dialogal, tendo em vista que ao mesmo tempo em que deve colher as informações necessárias para formar o seu convencimento acerca dos fatos, deve também possibilitar às partes que participem, que possam influenciá-lo, persuadi-lo diante da persecução daquela demanda.⁶¹

Essa garantia de que todos os partícipes do processo, no exercício individual de seus papéis, possam comungar diretamente na construção da decisão, consubstancia-se em um rico debate. Isto corrobora não só para a existência de uma persecução justa e adequada aos moldes constitucionais, mas também a uma tutela jurisdicional mais rápida, visto que caso não haja uma adequada discussão processual, ausente de claras colocações dos possíveis pontos controversos, o processo se torna uma fonte geradora de recursos, o que acaba por ferir a busca de uma razoável duração processual.

Vislumbrando-se o atual império da Constituição no frente ao direito infra legal da modernidade, a qual indica as diretrizes do comportamento dos indivíduos a ela submetidos, pode-se considerar a sociedade brasileira moderna como um “empreendimento de cooperação entre os seus membros em vista da obtenção de proveito mútuo”⁶², razão porque

⁵⁸ DIDIER JR., 2009, p. 57.

⁵⁹ REIS, *op. cit.*

⁶⁰ THEODORO JÚNIOR; NUNES, *op. cit.*

⁶¹ MITIDIERO, *op. cit.*, p. 73.

⁶² *Ibidem*, p. 72.

influyente parte da doutrina já se reporta à existência do Brasil como um “Estado Constitucional Cooperativo”⁶³.

Nessa quadra, como já mencionado neste trabalho, ao se partir deste ideal de cooperação, percebe-se que o juiz, como representante do órgão jurisdicional, faz-se também partícipe do processo, igualmente onerado pela necessidade de observar o contraditório, debatendo e devendo concretizar um verdadeiro diálogo no processo.

Em razão do estabelecimento de tais deveres ao magistrado, este se verá, diante da vigência do novo *Códex*, necessariamente sujeito passivo do contraditório, atuando em prol do esclarecimento, diálogo, prevenção e cooperação para com os litigantes do processo que conduz. Nessa linha de raciocínio, pode-se concluir que a nova posição do juiz no processo cooperativo, no qual não só as partes, mas todos participam ativamente da relação jurídica, é a concretização do redimensionamento do princípio do contraditório no processo civil brasileiro.⁶⁴

Trouxe o projeto de lei 8.406/2010, na sua redação mais atualizada, em alguns dos seus primeiros mandamentos:

Art. 5º - Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.⁶⁵

Destarte, diante desta realidade, anuncia o Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, PL nº 166/2010, por todo o seu bojo, esta linhagem constitucional do contraditório. A coerência entre o texto constitucional e o texto do anteprojeto da lei ordinária que pretende reformar o Código de Processo Civil vigente é notadamente enquadrada em seus preceitos normativos.

Pode-se perceber nitidamente tal acepção ainda nos primeiros artigos do mencionado texto, elencados como a expressão dos princípios constitucionais em suas versões processuais. Por meio deste anteprojeto, propõe-se a confirmação definitiva do princípio constitucional ora em análise no plano processual civil brasileiro, notadamente em sua feição cooperativa entre as partes e o juiz. O magistrado, agora elencado também como sujeito

⁶³ MITIDIERO, *op. cit.*, p. 73.

⁶⁴ MACHADO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 6.

⁶⁵ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 8.046, de 2010**. Código de Processo Civil. Revoga a Lei nº 5.869, de 1973. Brasília, DF: Senado, 2010b. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831805&filename=PL+8046/2010>. Acesso em: 28 abr. 2014.

passivo do processo, observará, a partir da vigência do novo *Códex*, o respeito ao contraditório em todos os atos judiciais, sejam eles reconhecíveis ou não de ofício.⁶⁶

Este dever do juiz é facilmente observado no art. 7º do projeto de lei 8.406/2010, o qual aduz que “é assegurada às partes paridade de tratamento no curso do processo, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório”.⁶⁷

Urge ser salientado, a mero título de explanação, aproveitando-se da questão do reconhecimento de ofício de alguns atos processuais, que há uma diferença entre as “reconhecer de ofício”, sem que haja a provocação das partes e o “poder agir sem ouvir as partes”.

Tal diferença, catalogada por Didier Jr., mostra o quão distantes são os significados de ambas expressões. O “reconhecer de ofício” vale-se de poder agir sem a provocação das partes, mas não se iguala a “agir sem provocá-las”, haja vista que poder de agir sem ouvir as partes não lhe permite direcionar qualquer movimento processual sem ouvir a partes inseridas naquele procedimento.⁶⁸

A preocupação do legislador em deixar expreso o vínculo do magistrado ao contraditório, em decorrência da estrutura cooperativa do processo civil, fez com que o Projeto do novo Código de Processo Civil trouxesse em seu bojo vários artigos que remontam o tema. É o que se vê nos artigos abaixo transcritos, retirados do texto mais atualizado do Projeto em comento:

Art. 10 – Em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício.

[...]

Art. 497 – (omissis)

Parágrafo único. Ressalvada a hipótese do § 1º do art. 333, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se.

[...]

Art. 504 – (omissis)

Parágrafo único. Se constatar de ofício fato novo, o órgão jurisdicional ouvirá as partes sobre ele antes de decidir.⁶⁹

Diante desta exemplificação do Contraditório como poder-dever de diálogo judicial, entre o juiz e as partes, não há qualquer questionamento acerca da nítida proposta do Anteprojeto em concretizá-lo. Todavia, não é apenas aí que se encontra a novidade. Propõe-

⁶⁶ BRASIL, 2010b, *op. cit.*

⁶⁷ *Idem.*

⁶⁸ DIDIER JR., 2009, p. 60.

⁶⁹ BRASIL, 2010b, *op. cit.*

se, ademais, a transparência infra legal no que tange à mais atual destinação do contraditório, que dá ao magistrado papel de parte igualmente figurante, como um sujeito passivo deste princípio. Ou seja, o contraditório, nesta conjuntura, se perfaz não somente entre as partes, mas entre estas e o juiz.⁷⁰

É válido salientar, porém, que o Estado Democrático de Direito já traz em sua essência a imposição de se interpretar o princípio do contraditório como uma garantia de influência, uma vez que permite a comparticipação dos sujeitos processuais na formação das decisões. Desta forma, o pesquisado Projeto, ao institucionalizar e normatizar este princípio, expressamente, ao longo seus dispositivos legais, deu ainda maior sustento e concreção à sua faceta substancial, fazendo com que se perfeça uma maior eficácia à legitimidade da prestação jurisdicional.

Ainda sobre essa moderna realidade e acerca da aplicação dinâmica do Contraditório em relação à sua eficiência, aprofundaremos algumas particularidades no tópico vindouro.

4.2 Análise da aplicação do princípio do Contraditório no que tange a matérias apreciáveis de ofício

Com o advento da futura vigência deste ainda projeto de lei, tornar-se-á uma obrigação do juiz consultar as partes sobre todas as questões a serem por ele decididas, incluindo também as matérias que podem ser conhecidas de ofício.

O conhecimento de matéria de ordem pública, como acima mencionado, o qual normalmente propicia a extinção do processo sem o julgamento do mérito, foi um dos momentos em que esse texto inovou propondo a consagração do contraditório também como dever de consulta do juiz.⁷¹

No que tange ao que está positivado no mais atualizado texto do Projeto do novo Código de Processo Civil, têm-se as seguintes redações dos dispositivos que tratam diretamente acerca deste ponto:

Art. 9 – Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida.
[...]

⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 75.

⁷¹ *Idem*.

Art. 10 – Em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício.⁷²

Destes dispositivos se retira o entendimento de que o juiz, caso não tenha disponibilizado e concretizado o diálogo jurisdicional entre ele mesmo e as partes, não poderá surpreender estas últimas, com o ingresso de colocações jurídicas como fundamento da sua decisão final, ainda que se trate de matérias apreciáveis de ofício.

Aqui, o estudado princípio constitucional se perfaz em uma garantia real de não surpresa que impõe ao juiz levar todas as questões processuais ao debate, esclarecendo e tirando quaisquer dúvidas dos interessados e, assim, não aplicando normas, súmulas ou jurisprudências em sua decisão que não tenham sido colocadas ao conhecimento de quaisquer das partes no decorrer de uma determinada demanda judicial.

Nesta senda, caso comparemos os retro mencionados dispositivos do texto do Projeto legislativo ora estudado com o art. 131 do ainda vigente Código de Processo Civil de 1973, este que dispõe que “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”⁷³, percebemos, notoriamente, uma ruptura de paradigmas entre ambos sistemas.⁷⁴

O que importa dizer é que a decisão do juiz deve estar atrelada ao debate por ele provocado durante a persecução processual, ainda que o objeto da sentença prolatada diga respeito a matéria cognoscível de ofício.⁷⁵ Caso a decisão detenha teor não debatido em sede processual, deve ela ser considerada nula de pleno direito, haja vista desobedecer ao princípio do contraditório.

Acerca desta leitura atualizada do aludido princípio constitucional, os processualistas Theodoro Júnior e Nunes concluíram que

[...] o contraditório não incide sobre a existência de poderes de decisão do juiz, mas, sim, sobre a modalidade de seu exercício, de modo a fazer do juiz um garante de sua

⁷² BRASIL, 2010b, *op. cit.*

⁷³ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 14 mar. 2014.

⁷⁴ CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto; AGUIAR, Ana Cecília Bezerra de; MAIA, Jair Pereira Gomes. **Direito processual civil moderno**: estudos em homenagem ao Prof. Juvêncio Vasconcelos Viana. Curitiba: CRV, 2013. p. 84.

⁷⁵ THEODORO JÚNIOR; NUNES, *op. cit.*

observância, impondo a nulidade de provimentos toda vez que não exista a efetiva possibilidade de seu exercício.⁷⁶

Este pontuamento serve para reforçar a ideia de cooperativismo trazida pelo bojo do Estado Constitucional em que o contraditório está inserido atualmente. Baseado nisso e nos comentários anteriores, adentrar-se-á na produção de efeitos gerada pelo realinhamento deste princípio, a partir do ordenamento jurídico moderno, principalmente no advento do famigerado novo (futuro) Código de Processo Civil.

4.3 A Análise da repercussão da efetiva aplicação do realinhamento do princípio do contraditório na prática processual civil

A linha de raciocínio trazida pelo novo redimensionamento do princípio do contraditório coaduna com a moderna intenção do legislador em, para além da proteção do bem jurídico em questão na demanda processual, alcançar a pacificação social, principalmente no que pese ao fato de a parte ter a segurança de que, ainda que vencida, teve a oportunidade efetiva de influenciar no convencimento do juiz.⁷⁷ Isso se dá diante da cooperação havida entre os litigantes, os quais, sentindo que de fato influenciaram na decisão do magistrado, acabam por melhor assimilar o resultado final da lide – seja-lhe favorável ou não – ensejo que motiva a redução de conflitos e traz, naturalmente, em si, a legitimação social.

Muito embora a efetivação do princípio de contraditório traga inegável legitimidade ao processo, já que o organiza dentro dos padrões da seara dos direitos fundamentais trazidos na Constituição, urge ser pontuado que, com relação à diretriz da duração razoável e da celeridade processuais, hospedados no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal⁷⁸, o atual redimensionamento do contraditório dentro do modelo cooperativo do processo acaba por estender o procedimento do feito. Todavia, também não se podem negligenciar os reais contornos que, juntos, dão causa a esta morosidade jurisdicional.

Neste sentido, boa parte da doutrina brasileira interpreta a nova leitura do princípio do contraditório - traduzido em sua faceta dinâmica - como barreira à obtenção de uma maior celeridade e de menores custos processuais. Entretanto, ainda seguindo a ideia dos juristas Theodoro Júnior e Nunes, que fazem parte do rol de doutrinadores que privilegiam a

⁷⁶ THEODORO JÚNIOR; NUNES, *op. cit.*

⁷⁷ FREITAS, Gustavo Martins de. O princípio da colaboração no processo civil brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 931, 20 jan. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7850>>. Acesso em: 28 abr. 2014.

⁷⁸ BRASIL, 1988, *op. cit.*

importância dessa temática, finalizarei o presente estudo com um parâmetro cuidadoso entre a nova linhagem deste princípio e a sua aplicabilidade à luz do Projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro.

À primeira vista, dada uma percepção superficial de que para que haja o efetivo respeito ao princípio do contraditório inserido do Estado Constitucional Cooperativo, já muito ventilado neste trabalho, pode-se concluir precipitadamente que a sua eficiência nestes moldes trará óbices ao bom aproveitamento da atividade processual.⁷⁹ Porém, Theodoro Júnior e Nunes – detentores de um olhar mais crítico acerca da importância do diálogo judicial na diminuição do tempo do processo – aduzem que havendo um rico certame cognitivo, com respeito pleno ao contraditório, diminuir-se-á consideravelmente a utilização de recursos e, conseqüentemente, o tempo de persecução da lide.⁸⁰ Para que tal obediência ocorra satisfatoriamente, asseveram que é necessária a investidura em um processo dinâmico ainda no juízo de primeiro grau, ocasião em que se dará a viabilização do direito constitucional ao contraditório como garantia de influência, reduzindo-se o número de decisões equivocadas e, portanto, de possível reforma em sede de segundo grau.

Importa salientar, porém, que a discussão não se encerra neste único ponto. Antes, não é demais apontar que a atual conjuntura brasileira, pautada na lentidão da prestação jurisdicional, tem suas causas para além da aplicação do princípio do contraditório em suas vertentes de dever de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio. Não se pode deixar de olvidar que os degradantes aspectos legais e estruturais do Poder Judiciário também contribuem em muito na vagarosidade da persecução processual, como pontua Nery Júnior:

O excesso de trabalho, o número excessivo de processos, o número insuficiente de juízes ou de servidores, são justificativas plausíveis e aceitáveis para a duração exagerada do processo, desde que causas de crise passageira. Quando se tratar de crise estrutural do Poder Judiciário ou da Administração, esses motivos não justificam a duração exagerada do processo e caracterizam ofensa ao princípio estatuído na CF 5º LXXVIII.⁸¹

Diante dos fatos que encaramos hodiernamente na realidade judiciária brasileira, percebemos que há uma crise complexa em toda a estrutura jurisdicional. Apesar da mora do desempenho jurisdicional advindo da ausência de recursos humanos e materiais, aliados a um

⁷⁹ THEODORO JÚNIOR; NUNES, *op. cit.*

⁸⁰ *Ibidem.*

⁸¹ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 331.

contingente enorme de processos judiciais “presunçosamente”⁸² aptos a uma decisão rápida do magistrado, não se pode deixar que tais falhas repercutam no sacrifício dos direitos fundamentais – precipuamente o direito ao contraditório – que designadamente legitimam e dão uma efetiva prestação jurisdicional aos interessados. Como ensina Castelo Branco em recente estudo publicado, “a duração razoável do processo é o tempo necessário para que, dentro de um devido processo legal, seja entregue a prestação jurisdicional satisfativa”.⁸³

Mister salientar que para que se dê a real atenção à melhoria do cenário judicial em que estamos inseridos hoje, não apenas com mudanças legislativas – como iminente chegada de um novo código de normas processuais civis – e com a releitura constitucional da legislação infra legal a ele concernente teremos a efetiva aplicação da tutela jurisdicional com “resultados úteis e de acordo com as perspectivas de um Estado Democrático de Direito”.⁸⁴ É necessário, outrossim, que seja ampliado o diálogo em torno das indagações processuais, tornando público como se deve aplicá-las em uma perspectiva constitucional. Além disso, convém ser delineada uma política pública de acesso à justiça que, diante de uma “intervenção macroestrutural”⁸⁵ englobada por aspectos não só voltados a reformas processuais, questionem e modifiquem a gestão e a infraestrutura do Poder Judiciário, conjuntamente.

Defronte o exposto, torna-se evidente a relevância da otimização das feições formal e substancial do princípio do contraditório afim de que se perfaça a efetiva e adequada prestação jurisdicional moderna. O realinhamento trazido pelo Projeto do novo Código de Processo Civil visa dar concreção a essas vertentes, as quais, unidas a uma releitura estrutural do Poder Judiciário brasileiro apenas trarão consequências valiosas para o seu fim máximo: o acesso à justiça de forma legítima, efetiva e adequada; bem como, dentro do possível, por intermédio de um procedimento com razoável duração.

⁸² FREITAS, *op. cit.*

⁸³ CASTELO BRANCO, *op. cit.*, p. 86.

⁸⁴ THEODORO JÚNIOR; NUNES, *op. cit.*

⁸⁵ *Ibidem.*

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante à conjuntura traçada no decorrer da presente pesquisa, pôde-se perceber a real importância do respeito à garantia constitucional ao contraditório dentro de uma persecução processual. No momento em que se deixou de lado a ideia de que o atendimento a este princípio seria, solitariamente, dar às partes o direito de serem ouvidas pelo magistrado, de serem comunicadas dos atos processuais, de se manifestarem e, diante deste dizer e contradizer, formar-se uma bilateralidade de audiência, houve uma quebra de paradigma dentro do estudo processual civil como um todo.

O ativismo judicial deu lugar ao cooperativismo, à comparticipação das partes e do juiz para a formação de uma decisão final do processo. O que se mostrava anteriormente era apenas uma faceta básica e mínima do que se depreende atualmente por respeito ao direito ao contraditório. O neoprocessualismo, intimamente ligado ao neoconstitucionalismo, trouxe à tona dos estudos processuais civis uma nova ótica do que se aduz como finalidade do direito processual civil. Distanciando-se da visão privatista, abraçou-se a ideia de que o processo é meio ao acesso e à realização da justiça, não somente vinculado ao mecanismo de utilização pessoal, de satisfação individual, mas também, e primordialmente, de concretização das diretrizes, direitos e garantias fundamentais trazidas no bojo constitucional.

Notou-se que o fato de as partes serem meros espectadores processuais à espera de uma decisão calcada tão somente na interpretação do magistrado não mais condiz com o cenário constitucional do processo moderno; e, em meio a isto, deu-se conta de que a parte, ao manifestar-se, deve ter o direito de poder influenciar na formação do convencimento do juiz, perfazendo-se, assim, a sua ativa participação no procedimento.

Ademais, o magistrado deve também observar o contraditório nas atuações que lhe competem, promovendo o diálogo judiciário, bem como prestando esclarecimentos e prevenindo as partes litigantes das consequências das suas prováveis condutas para o desfecho da ação. Esse entendimento alcança até mesmo as matérias apreciáveis de ofício pelo magistrado, como bem fora frisado no desenvolvimento deste trabalho. Mostrou-se, desta maneira, o direito constitucional ao contraditório não apenas como dever de informação, mas também como dever de consulta, de participação, de influência, de prevenção e de esclarecimento.

Analisou-se, em detrimento do que fora exposto em razão do realinhamento do retro mencionado princípio, o escopo do legislador infraconstitucional em dar, expressamente, nítido destaque aos fins de pacificação social por intermédio do aludido princípio

constitucional dentro do processo. Exatamente no que tange à legitimidade procurada diante da expressa prescrição deste princípio no texto normativa do novo Código de Processo Civil é que se encontra o cerne da polêmica trazida por este tema. Questionam os doutrinadores acerca dos benefícios que o fiel respeito ao contraditório dentro do processo em relação à celeridade e à razoável duração do processo tão buscadas por esta reforma processual.

Percebeu-se, que, sob um olhar cru desta problemática, grande parte da doutrina aduz que a adequada observância deste princípio acaba por alongar feito, todavia, procurou-se, cautelosamente, nesta pesquisa, demonstrar-se que não se poderiam negligenciar os reais motivos que, antes deste ponto, dão causa à morosidade jurisdicional que tormenta o nosso sistema jurisdicional há tanto tempo.

Desta forma, concluiu-se que, apesar de a eficiência do princípio do contraditório trazer óbices temporais ao correto prosseguimento da atividade judiciária, não se pode deixar de olvidar dos degradantes aspectos legais e estruturais do sistema, os quais em muito contribuem para que vivamos, hoje, diante de um Poder Judiciário deficiente de recursos humanos e com um excessivo número de processos e de trabalho. Além disso, percebeu-se que seria presunção do legislador achar que com um novo corpo de leis conseguiria resolver uma problemática de que corrói todo o sistema de maneira tão destrutiva e há tanto tempo.

Por fim, concluiu-se no sentido de que a duração razoável do processo deve ser, sim, vislumbrada, mas, antes, devem ser muito bem respeitados os princípios que, juntos, norteiam um justo, devido e adequado processo legal. Ressaltou-se que tempo processual não pode valer mais que a legitimidade do feito, haja vista que a intenção de se diminuir ou, até mesmo, aniquilar as mazelas que enfraquecem o nosso sistema jurisdicional deve englobar políticas públicas que, em uma intervenção macroestrutural, reformem todos os pontos deficientes ou ausentes de legitimidade dentro dele.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ÁVILLA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.
- _____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 14 mar. 2014.
- _____. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil: anteprojeto**. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010a.
- _____. **Projeto de Lei nº 8.046, de 2010**. Código de Processo Civil. Revoga a Lei nº 5.869, de 1973. Brasília, DF: Senado, 2010b. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831805&filename=PL+8046/2010>. Acesso em: 28 abr. 2014.
- CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 662-683.
- _____. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. **Panóptica**, Vitória, ano 1, n. 6, p. 1-44, fev. 2007. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/download/59/64>>. Acesso em: 14 mar. 2014.
- _____. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noletto; AGUIAR, Ana Cecília Bezerra de; MAIA, Jair Pereira Gomes. **Direito processual civil moderno: estudos em homenagem ao Prof. Juvêncio Vasconcelos Viana**. Curitiba: CRV, 2013.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. v. 1
- _____. **Curso de direito processual civil**. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2011. v. 1.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2009. v. I.

FARIA, Márcio Carvalho. Neoconstitucionalismo, neoprocessualismo, pós-positivismo, formalismo-valorativo... a supremacia constitucional no estudo do processo. **Revista Ética e Filosofia Política**, v. 2, n. 15, p. 103-117, dez. 2012. Disponível em: <http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2009/08/15_2_faria_6.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2014.

FREITAS, Gustavo Martins de. O princípio da colaboração no processo civil brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 931, 20 jan. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7850>>. Acesso em: 28 abr. 2014.

MACHADO JÚNIOR, Arnaldo de Aguiar. O redimensionamento do princípio do contraditório no novo Código de Processo Civil. **Revista Eletrônica do Instituto Sergipano de Direito de Estado**, Ed. 03/2011, p. 1-14, ago. 2011. Disponível em: <http://www.reidese.com.br/artigos/032011/032011_7.pdf> Acesso em: 16 fev. 2014.

MALAQUIAS, Roberto Antônio Darós. **A função social do processo no Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MIRANDA, Daniel Gomes. A constitucionalização do processo e o projeto do novo código de processo civil. In: DIDIER JR., Fredie, BASTOS, Antônio Adonias Aguar (coords.). **O Projeto do novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Calmon de Passos**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 229-242.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e policentrismo: horizontes para a democratização processual civil**. 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

_____. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo**. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 102, n. 388, p. 11-28, nov./dez, 2006.

REIS, Junio Barreto dos. A nova visão do princípio do contraditório: uma breve análise do Código de Processo Civil e do Projeto do novo Código (Projeto de Lei nº 166/2010). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2835, 6 abr. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18837>>. Acesso em: 4 mar. 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 1, p. 607-630, jan./jun. 2003. Disponível em: <http://www.teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do contraditório: tendências de mudança da sua aplicação. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, ano XXV, n. 28, p. 177-206, jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/volume28/10.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2014.