

FUNDAÇÃO MINEIRA DE EDUCAÇÃO E CULTURA
UNIVERSIDADE FUMEC - FCH

Alderico Kleber de Borba

**O DIREITO DE INFLUÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:
CONTRADITÓRIO TRIDIMENSIONAL**

**THE RIGHT TO INFLUENCE THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE:
CONTRADICTORY THREE-DIMENSIONAL**

Belo Horizonte
2016

Alderico Kleber de Borba

**O DIREITO DE INFLUÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:
CONTRADITÓRIO TRIDIMENSIONAL**

Dissertação apresentada à Fundação Mineira de Educação e Cultura – Universidade FUMEC –, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Instituições Sociais, Direito e Democracia.

Linha de Pesquisa: Esfera pública, legitimidade e controle.

Orientador: Professor Doutor Antônio Carlos Diniz Murta.

Belo Horizonte
2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

B726d Borba, Alderico Kleber de, 1982-
O direito de influência no novo código de processo civil: contraditório tridimensional / Alderico Kleber de Borba. – Belo Horizonte, 2017.
108 f. ; 29,7 cm

Orientador: Antônio Carlos Diniz Murta
Co-orientador: Sérgio Henriques Zandoná Freitas
Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Belo Horizonte, 2017.

1. Contraditório (Direito) - Brasil. 2. Processo civil - Brasil. 3. Estado de direito - Brasil. I. Título. II. Murta, Antônio Carlos Diniz. III. Freitas, Sérgio Henriques Zandoná. IV. Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde.

CDU: 347.9



UNIVERSIDADE
FUMEC

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO EM INSTITUIÇÕES SOCIAIS, DIREITO E DEMOCRACIA

NOTA FINAL DA DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE
MESTRADO

BANCA EXAMINADORA:

ASSINATURAS:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta

Prof. Dr. Élcio Nacur Rezende

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandoná Freitas

MESTRANDO: ALDERICO KLEBER DE BORBA

TÍTULO DA DISSERTAÇÃO:

*“O DIREITO DE INFLUÊNCIA NO JULGAMENTO NO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL: Contraditório Tridimensional”*

NOTA: (90) NOVENTA

ASSINATURA ORIENTADOR:

DATA DA DEFESA: 20/02/2017

REITORIA

Av. Afonso Pena, 3880 - Cruzeiro
30130-009 - Belo Horizonte, MG
Tel. 0800 0300 200
www.fumec.br

CAMPUS

Rua Cobre, 200 - Cruzeiro
30310-190 - Belo Horizonte, MG
Tel. (31) 3228-3000
www.fumec.br

À minha esposa, Jéssica Abadia Rocha Ribeiro, às minhas filhas Ana Clara e Isabella, pelo carinho, compreensão e paciência nas minhas longas ausências durante esta caminhada. E, em especial, à minha mãe, exemplo de serenidade na alma e ternura no coração.

AGRADECIMENTOS

Neste momento tão especial, gostaria de compartilhar minhas alegrias com todos que, de alguma maneira, ajudaram a construir esta pesquisa. Recebam meus agradecimentos e minha eterna gratidão.

Gostaria de agradecer, especialmente, a Deus e à Nossa Senhora Aparecida.

Ao meu orientador, Professor Dr. Antônio Carlos Diniz Murta, que não mediu esforços para me auxiliar nesta pesquisa, compartilhando comigo os seus saberes, me incentivando sobremaneira durante a orientação.

Aos professores do Programa de Pós Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde da Universidade FUMEC, especialmente ao Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas, que se prontificou a aceitar a coorientação, bem como pelo fato de ser um incentivador e motivador constante no Mestrado, fato que me fez avivar na pesquisa. Ainda nos encontraremos nos Congressos de Direito por aí.

Não poderia deixar de agradecer também ao Prof. Dr. Frederico Gabrich, Profa. Dra. Maria Tereza Fonseca Dias, Profa. Dra. Helena Colodetti Gonçalves Silveira, Prof. Dr. Luís Carlos Balbino Gambogi e Prof. Dr. Alexandre Bueno Cateb, pelas inesquecíveis lições que me fizeram repensar o direito e a pesquisa jurídica.

Aos colegas do Programa de Pós Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde da Universidade FUMEC, pelas discussões e enriquecidos debates, especialmente aos amigos Túlio César Pereira Machado Martins, Renato Horta Rezende e Marcos Paulo Andrade Bianchini, que se tornaram, para mim, fonte de inspiração, respeito e comprometimento com os estudos.

Aos meus familiares e amigos, especialmente Douglas Henrique Silva, pelo apoio moral e financeiro nos momentos difíceis desta jornada.

À primeira turma de direito diurno e à primeira turma de direito noturno do CESG, que me renderam uma belíssima homenagem, motivando-me ainda mais nas atividades acadêmicas.

Aos meus colegas Maurício Falconni e Paulo Henrique, pelo apoio nos

ônus profissionais que se fizeram secundários em razão da prioridade à academia.

Ao saudoso Manoel Luiz Ferreira de Andrade, competente Promotor de Justiça, pelas primeiras “lições de direito” que ainda me inspiram bastante na prática forense e na vida acadêmica.

A todos aqueles que caminharam e sonharam junto comigo, aos meus familiares e amigos, principalmente meus irmãos José Wilson, José Maria e Jairo. Obrigado pelo companheirismo e carinho de vocês.

À minha mãe, Maria de Lourdes da Silva, fonte de inspiração constante.

Muito obrigado a todos!

A injustiça desanima o trabalho, a honestidade, o bem; cresta em flor o espírito dos moços; semeia, no coração das gerações que vêm nascendo, a semente da podridão; habitua os homens a não acreditar senão na estrela, na fortuna, no acaso, na loteria da sorte; promove a desonestidade, promove a venalidade, promove a relaxação; insufla a cortesanice e a baixeza sob todas as formas.

[...]

De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar-se da virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto.

Rui Barbosa, em discurso de 17/12/1914, no Senado.

RESUMO

Objetiva-se analisar as disposições do Novo Código de Processo Civil-NCPC acerca do contraditório e da fundamentação das decisões. Utilizou-se vertente metodológica jurídico-teórica, baseando-se no estudo de normas e doutrinas. O referencial teórico é a obra Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito, de Ronaldo Brêtas. No desenvolvimento, analisaram-se as ondas renovatórias do processo, os fundamentos e os elementos do Estado Democrático de Direito-EDD. Na sequência, investigou-se o surgimento do processo constitucional e sua positivação no NCPC. Ao final, a pesquisa analisa a superação das concepções clássicas de jurisdição, que não são modelos construídos para o processo no EDD. Com as novas disposições trazidas pelo NCPC, a aplicação do contraditório dá-se em sua visão tridimensional conhecimento-reação-influência. Direito de influência que está permeado por todo Código, tanto na parte geral quanto na parte especial. Além disso, o NCPC fixou parâmetros para nortear a atividade judicial, estabelecendo um núcleo mínimo de conteúdo quando da prolação de decisões judiciais, positivando a fundamentação analítica, consonante o devido processo constitucional, uma vez que concretiza o direito de às partes influenciarem a decisão. Referida fundamentação, além de inibir decisões arbitrárias, coaduna com o princípio da eficiência, aprimorando e qualificando o direito fundamental da motivação dos atos judiciais, já consagrado no texto constitucional, em seu art. 93, IX. Essas mudanças tornam o processo mais democrático. Desta forma, é possível afirmar que o NCPC apresenta-se como uma importante ferramenta na implementação do EDD.

Palavras-Chave: Constituição. Processo. Contraditório. Fundamentação. Decisão surpresa.

ABSTRACT

The goal is to analyse the provisions of the new code of Civil procedure-NCPC about contradictory and justification of decisions. Using legal-theoretical methodological aspects, based on the study of rules and doctrines. The theoretical framework is the constitutional process and democratic State of law, Ronaldo Brêtas. The development waves analyzed renewal process, the essentials and the elements of the democratic State of law-EDD. Following to investigate the emergence of constitutional process and its recognition at the NCPC. In the end, the research analyzes the overcoming of the classical concepts of jurisdiction, which are not models built for the process in the EDD. With the new provisions brought by the NCPC, the application of contradictory in its three-dimensional view knowledge-reaction-influence. Right to influence that is permeated by all code, both in the general part and special part. In addition, the NCPC has set parameters to guide the judicial activity, setting a minimum core content when the delivery of judgments, positivando the analytical reasoning, in line with the due constitutional process, as it applies the right of parties to influence the decision. Referred to state reasons, in addition to inhibiting arbitrary decisions, in line with the principle of efficiency, enhancing and improving the basic right of the motivation of judicial acts, already enshrined in the constitutional text, in his art. 93, IX. These changes make the process more democratic. In this way, it is possible to affirm that the NCPC presents itself as an important tool in the implementation of the EDD.

KEYWORDS: Constitution. Process. Contradictory. Justification. Surprise decision.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§ – Parágrafo

AgR- Agravo Regimental

Art. – Artigo

Arts. – artigos

CR/88 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CPC - Código de Processo Civil

DF – Distrito Federal

DJe – Diário da Justiça eletrônico

EDD - Estado Democrático de Direito

EP – Espanha

EUA – Estados Unidos da América

MI – Mandado de Injunção

Min. – Ministro

MS – Mandado de Segurança

NCPC - Novo Código de Processo Civil

nº - Número

RE – Recurso Extraordinário

Rel. - Relator

SE – Sentença Estrangeira

s.p. – Sem página

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Vol. - Volume

ZPO – Código de Processo Civil Alemão

Sumário

1 INTRODUÇÃO.....	13
2 O MOVIMENTO DE REFORMA DAS LEIS PROCESSUAIS – ONDAS RENOVATÓRIAS DO ACESSO À JURISDIÇÃO.....	17
2.1 Diferença entre acesso à justiça e acesso à jurisdição	17
2.2 As Ondas renovatórias do processo (acesso à justiça).....	20
2.3 As ondas renovatórias do processo no Brasil e o novo Código de Processo Civil	26
3 FUNDAMENTOS E ELEMENTOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	30
3.1 Constitucionalismo antigo.....	30
3.2 Constitucionalismo Liberal.....	32
3.3 Constitucionalismo social	40
3.4 Neoconstitucionalismo.....	43
3.5 Estado Democrático de Direito.....	50
4 RELEITURA DO DIREITO PROCESSUAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – A MATERIALIZAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DO PROCESSO CONSTITUCIONAL.....	53
4.1 Processo constitucional e o Novo Código de Processo Civil.....	53
4.2 O modelo brasileiro de processo constitucional	58
5 A RELEITURA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	61
5.1 Princípio do devido processo legal.....	61
5.2 Princípio do devido processo constitucional.....	62
5.3 Princípio da duração razoável do processo.....	63
5.4 Princípio da boa-fé processual.....	64
5.5 Princípio da cooperação.....	65
5.6 Princípio da publicidade	66
6 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO COMO DIREITO DE INFLUÊNCIA E O PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO COMO GARANTIA DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES.....	68
6.1 Origens do Princípio do contraditório	68
6.2 A positivação do Contraditório tridimensional no Novo Código de Processo Civil – a superação da dicotomia “bilateralidade de audiência” e o estabelecimento de legitimidade democrática às decisões judiciais	71

6.3 O reconhecimento do direito de influência como conteúdo do princípio do contraditório pela jurisprudência.....	87
6.4 A positivação do direito de influência no novo código de processo civil.....	90
7 A SUPERAÇÃO DOS CONCEITOS CLÁSSICOS DE JURISDIÇÃO	93
7.1 As premissas básicas dos conceitos de jurisdição de Carnelutti e Chiovenda	93
7.2 Surgimento de uma nova concepção de Jurisdição no Estado Constitucional.....	96
8 CONSIDERAÇÕES FINAIS	100
REFERÊNCIAS.....	103

1 INTRODUÇÃO

As transformações na sociedade atual, como a globalização, o desenvolvimento acelerado e a desigualdade social, refletem na apresentação de grandes diversidades nas relações sociais, de sorte a ocasionar um aumento considerável de conflitos e modificações no acesso à jurisdição. Diante disso, houve um movimento de reforma das leis processuais, conhecido como as ondas renovatórias do acesso à justiça.

Na perspectiva reformista das leis processuais, a Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, foi resultado do longo trabalho da comissão de juristas designada para debater e propor o anteprojeto do Novo Código de Processo Civil - NCPC.

Pouco tempo após a promulgação e antes mesmo de entrar em vigor, a Lei nº 13.256, de 04 de fevereiro de 2016, fez alterações no Código para disciplinar o processo e o julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial, bem como para relativizar a ordem cronológica de julgamento.

A Lei nº 13.363, de 25 de novembro de 2016, também fez alterações no NCPC, para estipular direitos e garantias para a advogada gestante, lactante, adotante ou que der à luz e para o advogado que se tornar pai.

As hipóteses investigam, inicialmente, que o Código de Processo Civil, que vigorou até março de 2016, era acentuadamente individualista. Por isso, foi profundamente reformado para assumir uma nova feição mais condizente com o Estado Democrático de Direito - EDD. É o primeiro código escrito após a redemocratização do país, implementada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CR/88.

Novos institutos foram criados com o objetivo facilitar a busca das pessoas pelo acesso à Jurisdição, bem como agilizar os resultados práticos dessa busca. Essas transformações classificam-se como medidas de acesso à Justiça.

Paradoxalmente, a visão empírica, as ideologias contemporâneas de um ordenamento jurídico justo com realização célere da Justiça, pressupõe o processo só tem razão de existir em razão da afirmação de direito lesado ou ameaçado em relação de direito material.

O Estado da Arte examina o problema da pesquisa buscando soluções, estabelecendo que a partir do momento em que as reformas processuais passaram a limitar (sumarização da cognição) a adequada tutela do direito material e do caso

concreto, o processo que confere legitimidade democrática ao exercício do poder jurisdicional, pelo contraditório, pela publicidade e pela fundamentação racional das decisões (e demais princípios), também está sendo limitado, uma vez que mecanismos e procedimentos utilizados para tutela dos direitos foram tolhidos, deturpando a formação democrática do ato decisório. Fato que reflete na concepção de Jurisdição no Estado Constitucional.

O Código de Processo Civil - Lei nº 13.105/2015 - adotou a teoria do processo constitucional, valorizando enormemente os princípios constitucionais processuais, os quais foram irradiados para dentro do Código.

O art.1º - CPC estabelece que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições constantes no Código.

O art.7º do CPC dispõe que é assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

O art.8º novamente reverbera os valores constitucionais que devem ser objeto de consideração na aplicação do CPC.

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

Essa inovação tem gerado grandes debates aos estudiosos do Direito Processual, pois, embora a observância do contraditório nos processos judiciais e administrativos já estivesse prevista no texto constitucional, ganha, agora, nova significação, demandando uma releitura de sua aplicação prática e dos demais princípios no Estado Democrático de Direito.

Com a dimensão substancial do contraditório, antes de proferida a decisão, todo fato sujeito a julgamento deve ter sido submetido ao contraditório. Desse modo, tem-se a vedação de prolação de decisão que cause surpresa às partes, ou seja, que haja decisão pautada em fatos e fundamentos que não tenham sido conhecidos pelos envolvidos no processo e que estes não tenham tido a oportunidade de manifestar.

Pelo Novo Código, o contraditório vincula não somente as partes, mas também o juiz.

Há, no Novo Código, parâmetros para nortear a atividade judicial, estabelecendo um núcleo mínimo de conteúdo quando da prolação de decisões judiciais (art. 489), positivando a fundamentação qualificada, analítica ou legítima, indispensável ao EDD e ao devido processo legal, uma vez que concretiza um dos escopos do contraditório tridimensional, qual seja, o direito das partes de influenciar a decisão.

O CPC visa conferir legitimidade democrática ao exercício do poder jurisdicional, pelo contraditório, pela publicidade e pela fundamentação racional das decisões (e demais princípios). O juiz não é mais o protagonista do processo.

Ao se estudar o CPC, é indispensável falar das ondas renovatórias do processo. Por isso, a pesquisa parte inicialmente da análise do movimento de reforma das leis processuais (ondas renovatórias do acesso à justiça). Referido movimento exerceu forte influência no novo Código, que estabeleceu um sistema multiportas de resolução de conflitos.

Não há como estudar o direito processual desvinculado do direito constitucional. Em razão disso, examinam-se os fundamentos e os elementos do Estado Democrático de Direito. Na sequência investiga-se o surgimento do processo constitucional e sua positivação no CPC. Prosseguindo, passa-se a uma releitura dos princípios constitucionais processuais previstos no CPC, de acordo com as ideologias do processo constitucional.

Em sua parte final, a pesquisa analisa a superação das concepções clássicas de jurisdição, que não são modelos construídos para o processo no Estado Democrático de Direito.

Foi utilizada, principalmente, a pesquisa bibliográfica, constituída essencialmente de livros e artigos científicos.

A fonte principal de consulta consiste na legislação brasileira relacionada direta ou indiretamente com o Novo Código de Processo Civil, além das obras de autores da área do direito, filosofia e afins, que foram objeto de profunda análise e estudo.

Os métodos para a captação e processamento de informações com o objetivo de resolver os problemas investigados consistiram em analisar a realidade de maneira crítica, à luz de concepções teóricas, com a finalidade de desenvolver a

capacidade de observar, selecionar e organizar cientificamente os fatos da realidade.

Para a consecução de tal fim, utilizou-se vertente metodológica jurídico-teórica, baseando-se no estudo de normas e doutrinas sobre a matéria.

2 O MOVIMENTO DE REFORMA DAS LEIS PROCESSUAIS – ONDAS RENOVATÓRIAS DO ACESSO À JURISDIÇÃO

2.1 Diferença entre acesso à justiça e acesso à jurisdição

A atividade jurisdicional é exclusivamente estatal e é exercida pelo Poder Judiciário.

A ideia de monopólio do Estado deu-se em virtude de combater a “lei do mais forte”, de modo a evitar a autotutela. *“A importância do monopólio jurisdicional é fato incontestável e assegura aos cidadãos a tranquilidade de não precisar se armar para a luta ou fazer valer seus direitos por meio do exercício da força”* (BACELLAR, 2012, p.16).

O Estado Brasileiro, por disposição constitucional, detém o monopólio da jurisdição. No entanto, discute-se, na doutrina, a presença de jurisdição no processo arbitral.

A questão é polêmica¹ e foi objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal, quando da homologação de uma sentença arbitral estrangeira oriunda da Espanha (BRASÍLIA, STF. SE-AgR 5206/EP – Espanha, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 2004)

A tutela jurisdicional é vista como meio de garantir aos cidadãos o acesso à jurisdição, *“sendo o jus actione o meio para se alcançar tal desiderato”* (BULOS,

¹ “O problema todo é o seguinte: o Estado, ao coibir a autotutela, chamou para si a responsabilidade de atuar a vontade concreta da lei, de forma justa e tempestiva. Ora, se o Estado não mais consegue fazê-lo, de modo que, por meio de sua atividade legislativa, prevê outros métodos para a entrega da tutela jurisdicional, claro está que, implicitamente, estaria a admitir a existência de uma segunda forma de jurisdição, a jurisdição privada. Nessa vertente da “jurisdição”, a maior parte de suas principais características está presente, ou seja, a sentença arbitral substitui a vontade das partes, impondo de forma válida a vontade concreta da lei – essa decisão, dentro da sistemática da arbitragem, vincula de forma definitiva as partes, tanto que pode ser executada não pelo árbitro, como vimos, mas pelo Estado. Ademais, a jurisdição arbitral também é inerte (demanda a provocação das partes envolvidas para que se inicie a atividade do árbitro) e possui caráter de definitividade (de modo que, não sendo exercitada em tempo hábil a ação prevista nos arts. 32 e 33 da Lei de Arbitragem, não mais poderá ser discutida). A única diferença reside no fato de que a investidura do árbitro decorre não do poder Estatal de impor decisões, mas do caráter contratual que possui a arbitragem (na jurisdição estatal, a submissão dos jurisdicionados ao Estado decorre do poder de imposição deste último e na arbitragem não; as partes submetem-se ao árbitro porque assim desejam – algo parecido com a *litiscontestatio* do direito romano). Ora, tratando-se de direitos disponíveis, podem as partes optar validamente por investir um árbitro, figura de sua mútua confiança, dos poderes necessários para o exercício da jurisdição; ele, então, passa a ser o juiz natural que deverá enfrentar suas questões. Nessa linha, não é por outro motivo que as partes passam a sujeitar-se à decisão do árbitro. Por fim, como já mencionado, a jurisdição arbitral não prescinde da estatal, tanto que as ações previstas nos arts. 7º, 32 e 33 da Lei de Arbitragem, bem como a impossibilidade de execução em sede arbitral, preservam a participação do Estado na arbitragem e garantem seu poder de impor decisões (inevitabilidade). (AMENDOEIRA JR., 2012, p.28.)

2015, p. 202). Neste ponto, é importante frisar duas questões. Primeiro, ao Estado é garantida a exclusividade da jurisdição. Segundo, o acesso à jurisdição não se confunde com a possibilidade de ingresso em juízo, já que acesso à justiça é mais abrangente do que o acesso ao Poder Judiciário, ainda que, em determinadas situações, possa se materializar dessa forma.

O acesso ao Judiciário está previsto no art. 5º, XXXIV, 'a', da Constituição da República Federativa do Brasil - CR/88², e no princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CR/88 - *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*), relacionando-se com o direito de ação³.

O acesso à justiça é uma expressão vaga (instrumentalista), que contempla garantias individuais, processuais e a observância dos princípios constitucionais.

É de se ter em conta que, no moderno Estado Democrático de Direito, o acesso à justiça não se resume ao direito de ser ouvido em juízo e de obter uma resposta qualquer do órgão jurisdicional. Por acesso à Justiça hoje se compreende o direito a uma tutela efetiva e justa para todos os interesses dos particulares agasalhados pelo ordenamento jurídico. Nele se englobam tanto as garantias de natureza individual como as estruturais, ou seja, o acesso à justiça se dá individualmente, por meio do direito conferido a todas as pessoas naturais ou jurídicas de dirigir-se ao Poder Judiciário e dele obter resposta acerca de qualquer pretensão, contando com a figura do juiz natural e com sua imparcialidade; com a garantia do contraditório e da ampla defesa, com ampla possibilidade de influir eficazmente na formação das decisões que irão atingir os interesses individuais em jogo; com o respeito à esfera dos direitos e interesses disponíveis do litigante; com prestação da assistência jurídica aos carentes, bem como com a preocupação de assegurar a paridade de armas entre os litigantes na disputa judicial; e com a coisa julgada, como garantia da segurança jurídica e da tutela jurisdicional efetiva. Do ponto de vista estrutural, o acesso à Justiça exige que concorra, por parte dos órgãos e sistemas de atuação do Judiciário, a observância de garantias como: a da impessoalidade e permanência da jurisdição; a da independência dos juizes; a da motivação das decisões; a do respeito ao contraditório participativo; a da inexistência de obstáculos ilegítimos; a da efetividade qualitativa, capaz de dar a quem tem direito tudo aquilo a que faz jus de acordo com o ordenamento jurídico; a do respeito ao procedimento legal, que, entretanto, há de ser flexível e previsível; a da publicidade e da duração razoável do processo; a do duplo grau de jurisdição; e, enfim, a do respeito à dignidade humana (THEODORO JR., 2016, s/p.).

² XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder...

³ Bulos (2015) esclarece que o direito de petição difere do direito à tutela jurisdicional ou direito de ação (art.5º, XXXV da CR/88). "A marca indelével que distingue o direito de petição do direito de ação é que este último é o mecanismo pelo qual se ingressa em juízo para pleitear uma tutela jurisdicional, porquanto se trata de lídimo direito pessoal. Nesse caso, é mister que se preencha uma das condições da ação: o interesse processual. Já no direito de petição não é necessário que o peticionário tenha sofrido gravame pessoal ou lesão em seu direito, uma vez que tal direito liga-se à participação política, nisto residindo o interesse geral no cumprimento da ordem jurídica" (BULOS, 2015, p. 202).

BULOS (2015, p. 207) assevera que o acesso à justiça tem como lema a justiça social, em que todos têm o privilégio de reconhecer suas prerrogativas, de modo que possam, em situação de direito lesado ou ameaçado, defendê-las adequadamente.

CAPPELLETTI e GARTH (1988, p. 8) enfatizam ser difícil definir o significado de acesso à Justiça, mas, para os autores, uma premissa básica é a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo:

A expressão acesso à justiça é reconhecida de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Nosso enfoque, aqui, será primordialmente sobre o primeiro aspecto, mas não poderemos perder de vista o segundo. Sem dúvida, uma premissa básica é a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8).

Acesso à justiça significa acesso a um processo justo, com garantia de justiça imparcial, que permita a efetividade da tutela dos direitos, consideradas as diferentes posições sociais e as específicas situações de direito substancial. Acesso à justiça significa, ainda, acesso à informação e à orientação jurídica e a todos os meios alternativos de composição de conflitos (MARINONI, 1999, p. 28)

O acesso à justiça relaciona-se com o resultado da demanda. *“É a expressão máxima de reivindicação do cidadão pelos seus direitos, resolvendo seus litígios, numa ordem jurídica democrática de direito”* (BULOS, 2015, p. 207). Deste modo, é possível afirmar que o acesso à justiça é mais amplo que o acesso à jurisdição, englobando as formas extrajudiciais de resolução de conflitos que podem se dar sem a intervenção estatal, através dos mecanismos endoprocessuais de autocomposição, também chamados de sucedâneos da jurisdição ou meios paraestatais de resolução de conflitos, representados principalmente pela arbitragem, conciliação e mediação.

Apesar de deter a exclusividade do exercício da jurisdição, a pacificação de conflitos não é exclusiva do Estado, embora este tente se apropriar dos sucedâneos

da jurisdição, como forma de diminuir o acervo processual que abarrotava o Poder Judiciário Brasileiro⁴.

O acesso à justiça não se esgota no Poder Judiciário. O novo Código de Processo Civil traz um modelo multiportas de solução de conflitos, integrando explicitamente à tutela jurisdicional, meios alternativos de resolução de conflitos (conciliação, mediação e arbitragem), que precisam ter eficácia plena para permitir a imposição de um novo modelo mental, de uma nova cultura jurídica nacional, que reconheça plenamente a imposição e o acesso à justiça, mesmo fora do Poder Judiciário, uma vez que a Jurisdição, como monopólio do Estado, não está dando conta do que a ela se pede.

Levar a causa para solução no Poder Judiciário pode não ser o melhor caminho para a parte que pretende ver resolvido um conflito ou vise reivindicar algum direito⁵. Assim, no CPC, a autocomposição foi valorizada. Nesse sentido, o art.3º § 3º do CPC estatui que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser não apenas estimulados, mas, de fato, usados, preferencialmente, por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. O § 1º do mesmo artigo diz que é permitida a arbitragem, na forma da lei e o § 2º que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

Portanto, o novo Código de Processo Civil abre espaço para a busca de soluções alternativas para a resolução de conflitos, sem que as partes, necessariamente, tenham que ingressar em juízo. Deste modo, o CPC está alinhavado ao movimento conhecido como “ondas renovatórias do acesso à justiça”, preconizado principalmente por Mauro CAPELLETTI e Brian GARTH.

2.2 As Ondas renovatórias do processo (acesso à justiça)

⁴ O Conselho Nacional de Justiça criou a semana nacional da conciliação, que hoje é vista como meio para se desafogar o Judiciário e uma medida para afagar o descrédito com o Judiciário. “No entanto, o êxito ficou por conta de 'desafogar' o Judiciário, sem que tenha sido mencionada a essência que deveria orientar a iniciativa, qual seja, o aprimoramento da prestação jurisdicional em favor do cidadão para que ele passe a ter segurança no Poder Judiciário, resgatando a imagem deste poder que tem sido alvo de descrédito. Assim, o mérito da Semana da Conciliação está na celeridade do acesso à justiça. Reduzindo o número de processos a cada magistrado, que poderá ter mais tempo para as lides que continuam sob sua responsabilidade” (BARBOSA, 2004, p. 29).

⁵ Nessa linha de raciocínio, precisamos aperfeiçoar o modelo tradicional de aplicação da Justiça que funciona integrada ao Estado – monopólio jurisdicional – e concomitantemente assimilar o modelo consensual com suas novas técnicas de resolução de conflitos (BACELLAR, 1999, p.126).

No Brasil, de forma paulatina e continuada, após a promulgação da Constituição da República de 1988, segundo a doutrina, houve o surgimento de um *sentimento constitucional*.

A Constituição passou a ser vista como uma fonte de direitos. A prestação jurisdicional ficou subordinada à legalidade constitucional.

A Constituição de 88 é a primeira das cartas brasileiras a ser incorporada à gramática de reivindicação de direitos dos movimentos sociais. Nos últimos tempos, trabalhadores, negros, índios, sem terra, ambientalistas, dentre outros grupos têm passado a ver a Constituição como um importante instrumento nas suas lutas emancipatórias. Na verdade, a conquista de algumas vitórias no cenário judicial, com suporte em argumentos constitucionais, serviu para disseminar no âmbito da sociedade civil organizada a visão da Constituição de 88 como uma ferramenta útil nas incessantes batalhas pela afirmação dos direitos dos grupos desfavorecidos (SARMENTO, 2010, p.180).

Com efeito, o Direito Constitucional brasileiro traduz um projeto de construir uma sociedade livre, justa e solidária, de erradicar desigualdades, de não tolerar preconceitos, de erradicar a pobreza, de prevalência de direitos humanos, de busca permanente da paz, de respeito à dignidade humana, à soberania popular, de respeito ao pluralismo político (que não é partidário), ideológico, filosófico⁶.

A Constituição assegura a sociedade pluralista e, em virtude disto, traz mecanismos que resguardam os cidadãos de eventuais arbítrios do poder contra as liberdades individuais, a liberdade de crença, de convicção política, filosófica.

Os cidadãos passaram a ter consciência de seus direitos. Começaram a procurar o Judiciário em massa para resolverem seus conflitos.

Houve um aumento significativo nas demandas, sobretudo em razão dos mecanismos de acesso à jurisdição.

E por terem consciência de seus direitos à tutela jurisdicional, cada vez mais as pessoas passaram a ir à Justiça e a dela exigir a prestação que, de fato, correspondesse à função que as modernas constituições lhe atribuíam. Como os órgãos jurisdicionais disponíveis quase nunca se achavam servidos por pessoal, recursos e meios suficientes para o bom atendimento dos postulantes, logo tiveram início as insatisfações e reclamações dos jurisdicionados. Tudo, portanto, que o direito intermédio havia estruturado acerca dos procedimentos judiciais teve de ser revisto, desde as ideias básicas de ação, processo e jurisdição (THEODORO JR, 2004, s/p).

⁶ Tudo isso é fruto da evolução do direito constitucional. E se hoje nós estamos relendo o direito administrativo, relendo o direito civil, relendo o direito penal, o direito processual..., é por causa da principiologia constitucional, é por causa dos valores que decorrem do texto constitucional.

CAPPELLETTI e GARTH (1988, p.31) destacam três obstáculos básicos a superar ou as três ondas do “acesso à justiça”. O primeiro obstáculo é o econômico, focado na pobreza de muitas pessoas que, por razões econômicas, têm pouco acesso à informação e à representação de forma adequada. O segundo obstáculo é organizacional, do Poder Judiciário, para demandas de massa. O terceiro obstáculo é o processual, onde o modelo adversarial pode não ser a melhor alternativa para vindicar direitos.

O recente despertar de interesses em torno do acesso efetivo à Justiça levou a três posições básicas, pelo menos nos países do mundo Ocidental. Tendo início em 1965, estes posicionamentos emergiram mais ou menos em sequência cronológica. Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira ‘onda’ desse movimento novo – foi a *assistência judiciária*; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar *representação jurídica para os interesses ‘difusos’*, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente ‘enfoque de acesso à justiça’ porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.31).

A primeira onda teve foco na assistência judiciária para os pobres, a segunda, na tutela dos interesses difusos e coletivos e a terceira, no aspecto processual.

O direito brasileiro criou mecanismos para garantir o pleno acesso à jurisdição: assistência judiciária gratuita, defensoria pública, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, ação popular, Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso, o da proteção da comunidade indígena e o das pessoas portadoras de deficiência etc., efetivando-se os ideais da primeira e da segunda onda.

O segundo grande movimento no esforço de melhorar o acesso à justiça enfrentou o problema da representação dos interesses difusos, assim chamados os interesses coletivos ou grupais, diversos daqueles dos pobres. [...] A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.49-50).

As transformações na sociedade atual, como a globalização, o desenvolvimento acelerado e a desigualdade social, refletem na apresentação de

grandes diversidades nas relações sociais, de modo a proporcionar um aumento significativo de conflitos e modificações no acesso à jurisdição.

A terceira onda de Mauro Cappelletti caminha no sentido de uma ampla variedade de reformas, buscando meios alternativos de resolução de conflitos, simplificação de procedimentos, mudanças na estrutura dos tribunais... *“Esse enfoque reconhece a necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio”* (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 71).

Muitos problemas seriam facilmente resolvidos se as partes simplesmente evitassem optar pelo litígio judicial, uma vez que elas *“podem ter um relacionamento prolongado e complexo ou apenas contatos eventuais”* (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 71).

Essa ‘terceira onda’ de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, *mas vai além*. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós a denominamos ‘o enfoque do acesso à justiça’ por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 67-68).

A terceira onda é a que se vive hoje, sendo que merecem reflexão a reforma do judiciário, a sumarização da cognição, a conciliação, a arbitragem, a mediação, a advocacia colaborativa, as súmulas vinculantes, a repercussão geral, o ativismo judicial, o Novo Código de Processo Civil, dentre outros.

Tendo cumprido as duas primeiras ondas renovatórias do Direito Processual, o direito brasileiro foi capaz de responder a uma questão extremamente relevante: a de se saber o que o Estado (aqui cabendo a utilização da denominação Estado-juiz, já que se trata do Estado no exercício da função jurisdicional) pode fazer para garantir o pleno acesso à justiça. Fica, todavia, uma pergunta ainda por responder: estará satisfeito o consumidor do serviço jurisdicional? Tal pergunta obriga o jurista a examinar a questão do acesso à justiça sob um novo enfoque. Não mais o enfoque do Estado, mas do consumidor do serviço judiciário, ou seja, o jurisdicionado. Surge, assim, a chamada “terceira onda”, em que se busca o chamado “novo enfoque do acesso à justiça” (CÂMARA, 2011, p. 51).

Há ainda assertivas no sentido de uma reflexão dos profissionais do direito pela Justiça, pela ética legal, no que ECONOMIDES chama de quarta onda do acesso à justiça, com enfoque nos operadores do direito (inclusive dos que trabalham no sistema judicial) e no ensino jurídico, enfatizando o papel e as

responsabilidades das faculdades de direito na formação dos profissionais do direito⁷. *“Nossa “quarta onda” expõe as dimensões ética e política da administração da justiça e, assim, indica importantes e novos desafios tanto para a responsabilidade profissional como para o ensino jurídico”* (ECONOMIDES, 2009, p. 72).

ECONOMIDES (2009, p. 73) assevera que o ensino jurídico representa o primeiro obstáculo excludente do judiciário, pois é acessível a uma parcela restrita da sociedade devido a seu alto custo. Depois enfatiza a questão de como garantir que, uma vez dentro da carreira, tanto advogados quanto juízes tenham acesso à justiça. Para o autor, governos, organismos profissionais e os advogados individualmente precisam unir forças no sentido de se promover o acesso às carreiras jurídicas às mulheres, minorias em desvantagem e grupos que sejam social ou historicamente excluídos. O acesso dos cidadãos à carreira jurídica deveria ser visto como uma pré-condição, para a questão do acesso dos cidadãos à justiça.

O problema atual não é, simplesmente, medir o acesso dos cidadãos à justiça, lançando mão, por exemplo, do mapeamento de espaços na oferta dos serviços jurídicos, mas, antes, abrir novas perspectivas na definição da própria justiça. Dessa forma, proponho uma mudança importante, passando das questões metodológicas para as epistemológicas ou, colocando de outra maneira, redirecionando nossa atenção, desviando-nos do acesso para olharmos para a *justiça* com novos olhos. A que tipo de “justiça” os cidadãos devem aspirar? Em vez de nos concentrarmos no lado da demanda, devemos considerar mais cuidadosamente o acesso dos cidadãos à justiça do lado da oferta, analisando níveis distintos: primeiro, o acesso dos cidadãos ao ensino do direito e ao ingresso nas profissões jurídicas; segundo, uma vez qualificados, o acesso dos operadores do direito à justiça. Tendo vencido as barreiras para admissão aos tribunais e às carreiras jurídicas, como o cidadão pode se assegurar de que tantos juízes quanto advogados estejam equipados para fazer justiça? (ECONOMIDES, 2009, p. 72-73).

⁷ Em muitas sociedades, parece haver um cinismo disseminado acerca da lei, dos advogados e da justiça, às vezes, encorajado pelo que acontece dentro das faculdades de direito: a lei é percebida como fora de alcance (e, frequentemente, está mesmo), a justiça é uma utopia distante e, portanto, um ideal inatingível, e os advogados são objeto de humor cínico, em vez de merecerem a fé, a confiança e o respeito do público. A ética legal é vista como um paradoxo e a relação entre os advogados e a justiça é, quando muito, altamente problemática. Serão os advogados vistos em toda parte (no Brasil, inclusive?) como primordialmente motivados pela busca do lucro, e não pelo seu compromisso com a justiça e a prática ética? Caso positivo, será isto uma consequência da educação jurídica geralmente se concentrar em análises doutrinárias, em vez de contextuais, e endossar uma forte tradição positivista que separa rigidamente a lei da moral? (ECONOMIDES, 2009, p. 74).

Com o aumento significativo das demandas, o Poder Judiciário passou a enfrentar dificuldades, como a morosidade⁸, falta de infraestrutura operacional e a organizacional, excesso de formalismo processual. Estas questões impactaram sobremaneira a confiança dos jurisdicionados em relação à judicialização das lesões ou ameaças de lesão de seus direitos.

O monopólio jurisdicional, ou a exclusiva função, atividade e poder do Estado de aplicar a lei ao caso concreto, se de um lado representa uma conquista histórica de garantia da imparcialidade, independência para o alcance da segurança jurídica e manutenção do estado de direito, não é suficiente para dar vazão ao volume de litígios que afloram diariamente. Portanto, concomitantemente no monopólio jurisdicional, é necessário e recomendável o incentivo aos meios extrajudiciais de resolução dos conflitos. Sem a necessidade de afastar o monopólio da atividade jurisdicional, desprestigiá-lo ou criticá-lo para valorizar as “soluções alternativas” – como tem acontecido comumente -, temos de reconhecer a incapacidade estrutural do Estado-Juiz de acompanhar o crescimento populacional e a conseqüente multiplicação dos litígios (BACELLAR, 1999, p.125).

Neste cenário, em face da existência de um grande número de processos litigiosos, BACELLAR (1999) fala de uma quinta onda do acesso à justiça, que é caracterizada pela fuga do Judiciário. *“Abriram-se as portas da Justiça. Esqueceram, entretanto de ampliar os instrumentos de `saída da justiça`”* (BACELLAR, 1999, p.122). Trata-se da onda de saída da justiça, tendo como desafio eliminar o estoque de casos antigos e criar um sistema de múltiplas portas colocadas à disposição do cidadão para solucionar seus conflitos, o que o autor tem denominado de Acesso à Justiça como acesso à resolução adequada do conflito.

No Brasil da pós-modernidade, em face do grande número de processos litigiosos existentes e do surpreendente índice de congestionamento dos tribunais, surge o que qualificamos como uma quinta onda (nossa posição) voltada ao desenvolvimento de ações em dois aspectos:

- a) de saída da justiça (em relação aos conflitos judicializados);
- b) de oferta de métodos ou meios adequados à resolução de conflitos, dentro ou fora do Estado, no contexto do que denominamos (nossa posição) acesso à justiça como acesso à resolução adequada do conflito.

É importante, como componente dessa quinta onda, perceber a complexidade das relações entre as pessoas e ampliar o conhecimento de forma interdisciplinar agregando algumas técnicas, ferramentas, mecanismos e instrumentos para enfrentar, tecnicamente (não

⁸ Segundo Cappelletti; Garth (1988, p. 20), em muitos países as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma declaração exequível. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ele aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito.

intuitivamente), o problema social presente em qualquer conflito (BACELLAR, 2012, p. 21).

Para haver um efetivo acesso à jurisdição, o sistema processual deve ser capaz de atender ao trinômio qualidade-tempestividade-efetividade⁹. Para isto, é necessário investimentos em infraestrutura e aperfeiçoamento dos serviços judiciários, bem como na capacitação e qualificação dos membros e serventuários, quer para solucionar contenciosamente os conflitos, quer para estimular a busca de soluções consensuais alternativas.

2.3 As ondas renovatórias do processo no Brasil e o novo Código de Processo Civil

O movimento de acesso à justiça começou a se tornar uma realidade no Brasil a partir dos anos 80¹⁰. Não houve as ondas espaçadas e preconizadas por

⁹ Ada Pellegrini, na famosa obra “Tendências do Direito Processual”, já advertia que sem pesquisas adequadas de estatística e de planejamento, há um descompasso entre o progresso científico do direito processual (doutrina e legislação) e a falta de infraestrutura e aperfeiçoamento do Poder Judiciário “, é preciso reconhecer o grande descompasso entre a doutrina e a legislação de um lado, e a prática judiciária de outro. Ao extraordinário progresso científico da disciplina não correspondeu o aperfeiçoamento do aparelho judiciário e da administração da Justiça. A sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos, seu custo, a burocratização da Justiça, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz, que deixa de fazer uso dos poderes que o Código lhe atribui; a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à insuperável obstrução das vias de acesso à Justiça, e ao distanciamento cada vez maior entre o Judiciário e seus usuários (GRINOVER, 1990, p. 177).

¹⁰ O autor destaca as seguintes leis brasileiras:

- a Lei 6.938, de 31.08.1981, que regulou a política nacional de meio ambiente, legitimou o Ministério Público para promover, no juízo cível, a ação de responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente; todavia, a legislação pioneira não havia cogitado a respeito da tutela preventiva ou da figura de uma ação civil pública de maior amplitude, nos moldes em que ela hoje é conhecida;
- a Lei 7.244, de 07.11.1984, criou os juizados de pequenas causas, privilegiando a conciliação extrajudicial como meio de pacificação e de resolução de conflitos, além de prever sobre a gratuidade, rapidez, desburocratização, informalidade, equanimidade e efetividade do processo;
- a Lei 7.347, de 24.07.1985, disciplinou a ação civil pública para proteger, naquele primeiro momento, o meio ambiente, o consumidor, os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (art. 1.º);
- a Constituição, de 05.10.1988, que consagrou, v.g., o princípio da igualdade material, o direito à assistência judiciária integral, a criação de novos instrumentos destinados à defesa coletiva de direitos, a reestruturação do Ministério Público, a elevação da Defensoria Pública e da Advocacia como instituições essenciais à função jurisdicional do Estado;
- a Lei 7.853, de 24.10.1989, que disciplina a tutela jurisdicional de interesses coletivos e difusos das pessoas portadoras de deficiências;
- a Lei 7.913, de 07.12.1989, que dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários, sendo o primeiro diploma legal a prever a defesa coletiva de direitos individuais homogêneos;
- a Lei 8.069, de 13.07.1990, que trata do Estatuto da Criança e do Adolescente;
- a Lei 8.078, de 11.09.1990, que institui o Código de Defesa do Consumidor, o qual, por sua vez, também trouxe notáveis modificações à Lei 7.347, de 24.07.1985, que regula a ação civil pública;
- a Lei 9.099, de 26.09.1995, que criou os juizados especiais cíveis e criminais;

Mauro CAPPELLETTI e Brian GARTH, como ocorreu na Europa, mas sim um movimento concentrado, uma grande e única onda (CARNEIRO, 2015, s/p).

O art. 3º do CPC traz a assertiva de que não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. A redação é semelhante ao disposto no art.5º, inciso XXXV da CR/88: “*Surgido na Constituição de 1946, o preceito inovou sobremaneira a ordem jurídica pátria da época*” (BULOS, 2015, p. 205).

Referido princípio deve ser interpretado juntamente com o devido processo legal e com o princípio do contraditório.

Enfim, neste período de praticamente quatorze anos e, com grande atraso, começamos a colocar em prática este princípio, esta garantia maior da nossa Constituição, que é o acesso à justiça. O novo Código de Processo Civil procurou garantir as antigas conquistas, e trouxe outras tantas, com a criação de novos mecanismos e institutos processuais para otimizar a tutela jurisdicional, os quais serão examinados no curso destes comentários. Imperioso destacar, também, o equivalente necessário ao direito fundamental de acesso à justiça, qual seja: a inafastabilidade da jurisdição. O Estado-juiz tem o dever de se pronunciar quando provocado – vedada que é a autotutela (art. 345 do CP) – para assegurar a vida em sociedade e a paz social. Neste campo, não existe a possibilidade de excluir do Poder Judiciário a apreciação de qualquer ameaça ou lesão a direito, como ocorreu no Brasil através do art. 11 do Ato Institucional n. 5, de 13.12.1968 (cuja redação assim dispunha: “Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos”). É importante não confundir a impossibilidade de exclusão da tutela jurisdicional com o controle realizado pelo juiz para coibir o abuso do exercício do direito de ação. O processo é das partes, e não do autor. O direito de ação não pode ser irrestrito, e deve ser exercido em respeito à parte contrária, notadamente no caso de não ser molestada naquelas situações em que a demanda for absolutamente inviável. Justamente por isso vieram os mecanismos para evitar o abuso do direito de acionar o Judiciário, como a necessidade do preenchimento das condições da ação (agora reduzidos ao interesse processual e a legitimidade de agir, vide art. 17), a observância dos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo (conforme reza o art. 485, IV) e, inclusive, a sentença liminar de improcedência (art. 332) (CARNEIRO, 2015, s/p.).

O CPC reproduz o princípio da inafastabilidade da prestação da tutela jurisdicional, prevendo, de forma expressa, que aquela deve ser prestada de forma efetiva¹¹. Trata-se do direito de ação em sentido amplo.

• a Lei 9.307, de 23.09.1996, que regula a arbitragem.

Ademais, inúmeras modificações foram introduzidas, neste mesmo interregno, no Código de Processo Civil. Destaque-se a Lei n. 8.952, de 13.12.1994, que, dentre outras alterações, trata da tutela antecipada e da conciliação. (CARNEIRO, 2015, s/p.).

¹¹ Reitera-se que o acesso à justiça não pode ser entendido exclusivamente pelo direito de participar, de obter uma resposta. É preciso que o Estado assegure meios para que ele se concretize em toda a sua plenitude. Assim, deve estruturar o Poder Judiciário de forma adequada, com juízes suficientes, conciliadores, serventuários diversos, cartórios devidamente equipados etc. São prestações positivas

A expressão “a lei não excluirá ameaça ou lesão a direito da apreciação do Poder Judiciário” deve ser compreendida como qualquer forma de “pretensão”, ou seja, “afirmação de direito” que pode ser levada ao Poder Judiciário para solução. Deste modo, tem-se a garantia às pessoas para poderem ingressar com uma ação para ver tutelado um direito seu. Uma vez provocado, o Estado-juiz tem o dever de fornecer uma resposta, mesmo que seja negativa - no sentido de que não há direito nenhum a ser tutelado ou, bem menos do que isso, uma resposta que diga ao interessado que não há condições mínimas de saber se existe, ou não, direito a ser tutelado (BUENO, 2016, s/p.).

O caput do art.3º do CPC possui redação idêntica ao disposto no art. 5.º, XXXV, da CR/88, abarcando, também, as demais garantias constitucionais que estão implícitas no dispositivo.

O caput do dispositivo trata do direito de acesso à justiça, em redação praticamente idêntica do art. 5.º, XXXV, da CF/1988, que contém, na sua essência, todas as demais garantias constitucionais, aqui resumidas: do direito à informação e de participação no devido processo legal, ao resultado justo e efetivo. Todo e qualquer cidadão tem o direito de movimentar a máquina judiciária para obter o pronunciamento de um juiz competente e imparcial sobre um direito que entenda ter sido lesado ou ameaçado. Dentro desta óptica, a clássica expressão “para cada direito há uma ação que o assegure” tem adequada pertinência. O primeiro componente para tornar realidade referida garantia é o direito de cada um de ter acesso à informação dos seus próprios direitos e como realizá-los na prática. No Brasil, assim como em outros países em desenvolvimento, existem milhões de pessoas que não têm sequer condições de serem partes, e isto por absoluto desconhecimento dos seus próprios direitos. Nem mesmo a defesa coletiva de alguns direitos individuais, por intermédio da legitimação extraordinária concedida aos órgãos públicos e às associações, consegue minimizar tais problemas. Até porque a falta de informação afeta não só o direito de participação (ponto de partida), como também o direito de usufruir do resultado conseguido (ponto de chegada) (CARNEIRO, 2015, s/p.).

No passado bastava prometer acesso formal à justiça. Hoje se percebe uma radical modificação, que não mais aceita promessas sem efetividade. O acesso à ordem jurídica justa inclui um processamento da forma mais adequada, efetiva e em tempo razoável (BACELLAR, 2012, s/p).

Com espeque nos ideários de razoável duração do processo, o significado da expressão acesso à jurisdição se ampliou, de modo que, para que haja

que o Estado deve oferecer para garantir o efetivo acesso à justiça. Quanto melhor forem as ações estatais para aparelhar a máquina judiciária, mais rápido e efetivo será o acesso. Em suma, o acesso somente será pleno quando a informação dos direitos for adequada, estiver garantida a participação de quem quer que seja no devido processo legal e que assegure à parte, que tem o melhor direito, a receber o mais rápido possível o bem da vida a que faz jus. (CARNEIRO, 2015, s/p.).

efetivamente o acesso à jurisdição, além de se permitir ao cidadão o ingresso em juízo com uma ação, deve-se, também, garantir uma solução do litígio em tempo hábil, com apreciação qualitativa pelo Judiciário. Nesse caminho, o CPC fez uma amarração lógica entre contraditório, fundamentação e publicidade, visando conferir legitimidade democrática às decisões judiciais.

3 FUNDAMENTOS E ELEMENTOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

3.1 Constitucionalismo antigo

O estudo do projeto de modernidade leva ao estudo do movimento constitucionalista. No entanto, é possível vislumbrar um direito constitucional antes da modernidade, ou seja, um constitucionalismo pré-moderno, a partir do momento em que a história registra a preocupação com a estruturação do Estado, com a estruturação dos poderes e com o reconhecimento de direitos fundamentais.

Portanto, sempre que houver uma sociedade organizada ou tentando se organizar, verificam-se os influxos de um direito constitucional (não com os contornos científicos que ele tem hoje, que ele ganhou a partir da modernidade).

Na obra clássica de ARISTÓTELES (2001), a Política, verifica-se a similitude do direito constitucional.¹²

A república de PLATÃO (2004) também traz ideias centrais do direito constitucional. E basicamente, se for aprofundar todos os pensadores políticos, desde a antiguidade, passando pela modernidade até a pós-modernidade, verifica-se o influxo de ideias do direito constitucional.

Quando MONTESQUIEU (2000) tratava da separação dos poderes, mostrando a preocupação em delimitar o âmbito de atuação de cada poder, estava ali dando uma contribuição muito grande para o estudo do direito constitucional.

Logicamente que naquela época não havia a preocupação com o direito constitucional científico que se tem hoje. Mas aquela ideia de Montesquieu de delimitação do âmbito de atuação de cada poder, para conter os abusos, é uma das ideias centrais do constitucionalismo atual. Referidos filósofos estavam tratando de temas próprios do direito constitucional, estavam tratando da conformação do poder político do Estado.

No constitucionalismo antigo, o termo *constituição*, derivado da ideia de 'estabelecer ou ordenar, ou a ordenação ou regulamentação assim estabelecida', surgiu com um significado menos amplo do que o atual. Assim, no Império Romano, essa palavra latina significava os *atos legislativos do Imperador*. Já no direito romano, estabeleceu-se um

¹² A obra traduz algumas ideias que hoje são próprias do direito constitucional - distinção entre leis constitucionais e leis outras, comuns ou ordinárias. Tal distinção, porém, somente veio a ser valorizada no final do século XVIII, na Europa ocidental. E isto ocorreu com o propósito de limitar o poder, afirmando a existência de leis que seriam a ele anteriores e superiores. É daí em diante que o termo "Constituição" passou a ser empregado para designar o corpo de regras que definem a organização fundamental do Estado (FERREIRA FILHO, 2012).

complexo mecanismo de interditos visando tutelar os direitos individuais em relação aos arbítrios estatais. A *Lei das XII Tábuas* pode ser considerada a origem dos textos escritos consagradores da liberdade, da propriedade e da proteção aos direitos do cidadão. Posteriormente, no Direito Canônico, passou a significar o termo técnico das regulamentações eclesiásticas (MORAES, 2007, p. 74).

Podem-se destacar, como fatos que antecederam a ideia de constituição,¹³ os pactos constitucionais, as forais, as cartas de franquia, os contratos de colonização. Os pactos constitucionais eram acordos entre o rei e seus súditos, em que se limitava a atuação do monarca (ex.: Magna Charta e *Petition of Rights*). As forais eram documentos que permitiam aos burgos se autogovernarem. As cartas de franquia foram documentos que asseguravam às corporações independência para exercer suas atividades. Tanto as forais quanto as cartas de franquia tinham seu fundamento na *outorga* pelo senhor. Os contratos de colonização (“compact”) surgiram na América do Norte com as colônias que lá se formaram e traziam a ideia de estabelecimento e organização do governo pelos próprios governados, que é outro dos pilares da ideia de Constituição (FERREIRA FILHO, 2012).

Em suma, estes foram os elementos do constitucionalismo antigo e pré-moderno. O direito constitucional moderno começa basicamente com as grandes revoluções. Revolução francesa e constituição da França, independência norte-americana e constituição norte-americana, revolução gloriosa inglesa. Debater estes tópicos é debater o direito constitucional com seus contornos modernos, é debater o direito constitucional já com essa preocupação científica de delimitar o âmbito do poder do estado, de delimitar direitos fundamentais. “O constitucionalismo moderno, portanto, trouxe às normas constitucionais maior *normatividade* e *plena efetividade*, de forma a torná-las obrigatórias, mesmo sem a integração do Parlamento ou do próprio soberano” (MORAES, 2007, p. 81).

Desde o momento em que houve uma sociedade politicamente tentando se organizar, houve a estruturação política da sociedade e do Estado, houve a presença das ideias centrais do direito constitucional. Desse modo, pode-se falar em um direito constitucional pré-moderno.

O que se verifica a partir da modernidade é uma cientificidade do direito constitucional.

¹³ Também foram observadas na doutrina certas ideias que antecederam à constituição, como as leis fundamentais do reino, os pactos sociais e o pensamento iluminista. As ideias iluministas deram força para a concepção do constitucionalismo; o iluminismo possuía cinco ideias-força que se exprimiam pelas noções de indivíduo, razão, natureza, felicidade e progresso (FERREIRA FILHO, 2012).

3.2 Constitucionalismo Liberal

Influenciadas pelo movimento iluminista, as Revoluções Norte-americana e Francesa implementaram a ideia de estado constitucional, onde se subtraiu os poderes absolutos do rei e se estabeleceu a separação entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, além de contemplar direitos civis aos cidadãos.

Superou-se a crença de fundamentação do poder político na vontade divina.

O Estado Liberal de Direito, diante da necessidade de frear os desmandos do regime que lhe antecedeu, erigiu o princípio da legalidade como fundamento para a sua imposição. Esse princípio elevou a lei a um ato supremo, objetivando eliminar as tradições jurídicas do absolutismo e do *ancien régime*. A administração e os juizes, a partir dele, ficaram impedidos de invocar qualquer direito ou razão pública que se chocasse com a lei. O princípio da legalidade, porém, constituiu apenas a forma, encontrada pela burguesia, de substituir o absolutismo do regime deposto. É preciso ter em conta que uma das ideias fundamentais implantadas pelo princípio da legalidade foi a de que uma qualidade essencial de toda lei é pôr limites à liberdade individual. Para haver intromissão na liberdade dos indivíduos, seria necessária uma lei aprovada com a cooperação da representação popular. Não bastaria uma ordenação do rei (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, s/p.).

A Constituição dos Estados Unidos foi aprovada pela Convenção da Filadélfia, em 1787, e depois ratificada pelo povo dos estados norte-americanos, vigorando desde então. Referida Constituição criou o Estado Federal, instituiu o presidencialismo e o sistema de freios e contrapesos, associado à separação de poderes. O arranjo estabelecido pela Constituição norte-americana busca, concomitantemente, fundar o exercício do poder político no consentimento dos governados e estabelecer mecanismos que evitem que esse poder se torne opressivo, ameaçando a liberdade individual. No entanto, é completamente alheia ao constitucionalismo norte-americano a compreensão de que caiba à Constituição dirigir o futuro do país. O modelo constitucional dos Estados Unidos representa a tentativa de conciliação entre dois vetores. Primeiro o vetor democrático, de autogoverno do povo. Segundo o vetor liberal, preocupado com a contenção do poder das majorias para defesa de direitos das minorias. Também vigora a ideia de ruptura com o passado, por meio do exercício do poder constituinte (SARMENTO, 2012).

O constitucionalismo moderno na França tem como marco inicial a Revolução Francesa, iniciada em 1789, que, como poucos outros eventos na história, representou um verdadeiro rompimento em relação ao passado.

Os revolucionários franceses não tinham a intenção de apenas modificar pontualmente o Antigo Regime. Muito mais que isso, eles visavam a formar um novo Estado e uma nova sociedade, erigida sobre o ideário Iluminista da igualdade, da liberdade e da fraternidade. Sob a perspectiva da teoria constitucional, esta vontade de ruptura com o passado se expressou na teoria do poder constituinte, elaborada originariamente pelo Abade Emanuel Joseph Sieyès, em sua célebre obra *Qu'est-ce que le Tier État?*. Por essa teoria, examinada mais detidamente no Capítulo 6, o poder constituinte exprimiria a soberania da Nação, estando completamente desvincilhado de quaisquer limites impostos pelas instituições e pelo ordenamento do passado. Ele fundaria nova ordem jurídica, criando novos órgãos e poderes — os poderes constituídos — que a ele estariam vinculados. Tal ideia exprime, no cenário político-institucional, a visão Iluminista de que é possível e desejável conformar racionalmente o futuro. A Constituição deve corresponder a uma lei escrita, não se confundindo com um repositório de tradições imemoriais, ao contrário da fórmula inglesa. Ela pode romper com o passado e dirigir o futuro da Nação, inspirando-se em valores universais centrados no indivíduo. Tais valores estavam bem sintetizados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cuja definição de Constituição, estabelecida no seu art. 16, bem expressava o pensamento liberal: “Toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação de poderes determinada, não tem Constituição” (SARMENTO, 2012, s/p.).

A evolução do direito constitucional moderno passa por três etapas. Tendo iniciado, basicamente, com o constitucionalismo liberal, passando pelo constitucionalismo social para depois desaguar no neoconstitucionalismo ou constitucionalismo pós-positivista, ou constitucionalismo aberto, pluralista e participativo.

O constitucionalismo moderno surge enquanto constitucionalismo liberal, enquanto um projeto de modernidade¹⁴.

A ideologia constitucional surge como um dos grandes trunfos da modernidade, como um dos grandes triunfos da razão, em que se destacam as grandes revoluções.

A independência norte-americana, a constituição americana de 1787, a revolução francesa (com a declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789)

¹⁴ Carlos Ayres BRITTO (2002 *apud* CARVALHO, 2007, p.104) assevera que o constitucionalismo e o liberalismo, embora apresentem pontos em comum, não se confundem: o liberalismo triunfou sobre o absolutismo porque limitar o poder político era (e é) a própria condição de defesa da liberdade e da cidadania. A razão e a consciência humana assim o proclamavam (e proclamam). Porém, era preciso fazer avançar o movimento racional e consciencial do constitucionalismo, levando-o também a limitar o poder econômico, pois que, sem essa limitação, numa economia típica de mercado, não havia (e não há), como impedir os fenômenos correlatos da concentração de renda e da exclusão social. A luta jurídico-política foi sem tréguas e o constitucionalismo social veio a significar: a) por um lado, a preservação das conquistas liberais dos indivíduos e dos cidadãos contra o Estado; b) por outro, a *desmanietação* desse mesmo Estado frente aos proprietários dos bens de produção, autóctones e alóctones, para que ele, mediante lei, assumisse postura intervencionista e dirigente em favor dos trabalhadores em particular e dos consumidores em geral. Ali, inação do Estado como condição de império do valor da liberdade e da cidadania. Aqui, ação estatal para a realização do valor da igualdade, esse terceiro *leit motiv* da burguesia ascendente do final do século VIII.

e a constituição francesa de 1791, representam um marco na história do movimento constitucionalista.

Com o movimento Constitucionalista, o Estado passou a encontrar limites jurídicos e, ao invés de apenas ditá-los, passou a estar vinculado a eles.

Nasce então o Estado de Direito¹⁵. O Estado está condicionado ao Direito, dita as normas, mas também está sujeito a essas normas.

Ao desenvolverem essas ideias, os juristas alemães passaram a conceber o Estado realizador dos princípios da razão, preservando a vida em comum das pessoas, ideias básicas que, inicialmente, a partir da primeira metade do Século XIX, floresceram e projetaram os seguintes pontos de desenvolvimento da teoria do Estado de Direito:

- a) rejeição à ideia do Estado como criação divina, substituída pela concepção do Estado como comunidade a serviço do interesse comum de todos os indivíduos;
- b) certa limitação às tarefas e aos objetivos estatais, mais inclinados à preservação da liberdade e segurança das pessoas e da propriedade privada, ou seja, atividade do Estado voltada com ênfase à garantia da liberdade individual das pessoas, assegurando-lhes a possibilidade de pleno desenvolvimento;
- c) organização do Estado e regulamentação de suas atividades segundo princípios racionais, o que envolvia, de um lado, o reconhecimento de direitos básicos da cidadania (proteção da liberdade pessoal, da fé e da consciência individuais, da liberdade de imprensa, da livre movimentação das pessoas e da liberdade de contratação e de aquisição, a igualdade jurídica e a garantia do direito de propriedade); de outro, a independência dos juízes, visando a se obter segurança na administração da justiça (expressão que deve ser entendida como exercício da função jurisdicional), o predomínio da lei e a representação do povo junto à atividade legislativa do Estado;
- d) aceitação do chamado princípio da divisão dos poderes, na expressão cunhada pelos revolucionários franceses, entendido dito princípio, porém, em fiel acatamento à doutrina de Montesquieu, como distribuição de competências entre as diversas forças políticas do Estado, a fim de não se abalar ou ameaçar a ideia lograda com muito esforço de unidade do poder do Estado (BRÊTAS, 2015, p. 59-60).

Em sentido lato, Estado de direito designa qualquer ordenamento em que os poderes públicos são conferidos pela lei e exercitados na forma e procedimentos legalmente estabelecidos. Este sentido corresponde ao uso da expressão alemã *Rechtsstaat* (Estado de Direito). São Estados de Direito todos os ordenamentos

¹⁵ Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2015, p. 57-58) assevera que “a pesquisa que fizemos sobre o assunto indica que a expressão Estado de Direito é genuína construção do idioma germânico (*Rechtsstaat*), resultante da justaposição das palavras *Recht* (Direito) e *Staat* (Estado), feita com o objetivo de revelar teoria criada e desenvolvida pelos juristas alemães sobre o Estado, na primeira metade do século XIX. A teoria do Estado de Direito surgiu em oposição à ideia do que, comumente, de forma aproximada, se traduz por Estado de Polícia (*Obrigkeitsstaat* ou *Polizeistaat*), também chamado de Estado Iluminista ou de Estado-providência [...] Impõe-se observar que a doutrina alemã não idealizou o Estado de Direito como forma especial de Estado ou como forma de governo, mas como o ‘Estado da razão’ ou ‘Estado do entendimento’, ou seja, aquele no qual se governasse segundo a vontade racional geral, com o objetivo de se alcançar o melhor para todos os indivíduos”.

jurídicos modernos, até mesmo os mais antiliberais, em que os poderes públicos têm sua fonte e forma estabelecidas pela norma legal. Em um segundo sentido substancial, Estado de Direito designa, por outro lado, aqueles ordenamentos nos quais os poderes públicos estão sujeitos à lei (e, portanto, limitados ou vinculados por ela), não só em relação às formas, mas também em relação ao conteúdo. Este significado é mais restritivo do que o de uso predominante no direito Italiano, em que Estado de Direito designa aqueles ordenamentos em que todos os poderes, incluído o legislativo, estão vinculados ao respeito de princípios substanciais, estabelecidos pelas normas constitucionais, como a divisão de poderes e os direitos fundamentais¹⁶ (FERRAJOLI, 2005, pp.13-14).

É importante frisar que "Estado de direito constitucional" e "Estado de Direito", embora denotem um sentido semelhante, não são expressões sinônimas.

Es oportuno precisar que «Estado constitucional de Derecho» y «Estado de Derecho en sentido fuerte» no son términos sinónimos. Ei «Estado de Derecho em sentido fuerte» implica simplemente que la ley, más en general la producción jurídica, es un hecho —aunque no de derecho— subordinadas a principios normativos como las libertades fundamentales y la división de poderes; y esto, obviamente, puede suceder, como demuestra la experiencia inglesa, en ausencia de una Constitución formal, porque tales principios están social y culturalmente arraigados. El nexo biunívoco, hoy prácticamente generalizado, entre Estado de Derecho en sentido fuerte y constitucionalismo, reside en el hecho de que las Constituciones rígidas han positivizado aquellos principios, confiando la sujeción a ellos de los poderes públicos, no simplemente a su espontáneo respeto por parte de los jueces y los legisladores, sino también al control jurisdiccional de constitucionalidad sobre sus violaciones. Es claro que, aunque sin Constitución, la experiencia inglesa dei *rule of law* integra un modelo de Estado de Derecho en sentido estricto y fuerte, tanto como para haber inspirado todas las vicisitudes dei Estado de Derecho en el continente europeo. Pero es igualmente claro que esta experiencia ha sido ajena a estas vicisitudes y a los cambios de paradigma que las caracterizan, a los que se dedica este trabajo, al no ser calificable ni como «Estado legislativo de Derecho» ni como «Estado constitucional de Derecho» (FERRAJOLI, 2005, p.14).

¹⁶ Tradução livre. No original: "En sentido lato, débil o formal, <Estado de Derecho> designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos. En este sentido, correspondiente al uso alemán del término Rechtsstaat, son Estado de Derecho todos los ordenamientos jurídicos modernos, incluso los más antiliberales, em los que los poderes públicos tienen una fuente y una forma legal. En un segundo, fuerte o sustancial, <Estado de Derecho> designa, en cambio, sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley (y, por tanto, limitados, o vinculados por ella), no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos. En este significado más restringido, que-es el predominante en el uso italiano, son Estados de Derecho aquellos ordenamientos en los que todos los poderes, incluído el legislativo, están vinculados al respeto de principios sustanciales, establecidos por las normas constitucionales, con la división de poderes y los derechos fundamentales" (FERRAJOLI, 2005, p.13-14).

Posteriormente ao Estado de Direito, surge o Estado Liberal, tendo como grande legado a positivação do princípio da separação de poderes e a técnica do sistema de freios e contrapesos.

O nascimento deste constitucionalismo coincide com o nascimento do Estado Liberal, e a adoção do modelo econômico liberal. Portanto a essência deste constitucionalismo está na construção do individualismo, e na construção de uma liberdade individual, construída sobre dois fundamentos básicos: a omissão estatal e a propriedade privada (MAGALHÃES, 2007, s/p.).

No constitucionalismo liberal há a repartição de competências do Estado, o estabelecimento de garantias negativas. Os direitos fundamentais de primeira geração são postos face ao poder do Estado, limitando este poder.

O direito constitucional surge assim como trunfo da modernidade, como a limitação do poder do Estado.

Surge o direito constitucional moderno na primeira fase do constitucionalismo atrelado ao Estado liberal de direito. E para compreender a primeira fase do constitucionalismo, basta que se compreenda qual era a face do Estado liberal de direito.

O Estado liberal de direito era o Estado não intervencionista (*laissez-faire*), era um Estado mínimo que tratava apenas da manutenção da ordem, não intervia na economia, era um Estado que separava completamente o Estado e a sociedade – o Estado de um lado, a sociedade do outro.

Ao Estado não cumprir interferir na sociedade, o Estado não pode interferir nas liberdades do indivíduo, o indivíduo é livre para buscar a sua felicidade, para satisfazer suas necessidades por conta própria. E este projeto de Estado que não intervia na sociedade, reflete na ideologia constitucional.

A ideia de liberdade no Estado liberal, inicialmente, está vinculada à ideia de propriedade privada e ao afastamento do Estado da esfera privada, protegendo-se as decisões individuais. Em outras palavras, há liberdade na medida em que não há a intervenção do Estado na esfera privada, e em segundo lugar, podemos dizer, segundo o paradigma liberal, que somos livres, pois somos proprietários. Estes dois aspectos são fundamentais para a compreensão do conceito de liberdade para o pensamento liberal do século XVII e XVIII. Convém ressaltar a importância da inserção histórica deste pensamento para a sua adequada compreensão. Em primeiro lugar, é importante lembrar contra qual Estado se insurgem os liberais. Não se pode dizer que os liberais são contrários ao Estado social, ou socialista ou qualquer outra formulação histórica posterior, justamente pelo fato de que, o Estado que conheciam e contra o qual lutavam era o Estado Absoluto. Portanto a primeira constatação importante é que os liberais se insurgem

contra o Estado Absoluto. Quando estes pensadores visualizam o Estado como o inimigo da liberdade, têm como referencia o Estado absoluto, aquele Estado que eliminou toda e qualquer forma de liberdade individual para grande parte da população, e transformou os direitos individuais em direitos de poucos privilegiados. Esta compreensão histórica da teoria liberal nos ajuda a entender porque os liberais afirmam os direitos individuais como direitos negativos, construídos contra o Estado, conquistados face ao Estado. A partir do constitucionalismo liberal o cidadão pode afirmar que é livre para expressar o seu pensamento uma vez que o Estado não censura sua palavra; o cidadão é livre para se locomover uma vez que o Estado não o prende arbitrariamente; o cidadão é livre uma vez que o Estado não invade sua liberdade; a economia é livre uma vez que o Estado não intervém na economia. Lembramos que o Estado que os liberais combatiam era o Estado absoluto (MAGALHÃES, 2007, s/p.).

O constitucionalismo liberal é um constitucionalismo que não se preocupa com o indivíduo, que não se preocupa com a sociedade. É um constitucionalismo que vai se preocupar com o indivíduo apenas em um momento posterior, quando vai reconhecer direitos do indivíduo contra o Estado, em detrimento do poder do Estado, mas que tem, como preocupação central, a estruturação do Estado e a limitação do seu poder.

O constitucionalismo liberal é aquele que se preocupa em repartir as competências do Estado¹⁷ (competências horizontais e competências verticais) e limitá-lo mediante garantias negativas. Eis o constitucionalismo liberal enquanto constitucionalismo que se preocupava tão somente em marcar o campo divisório, de uma maneira bem precisa, entre Estado e sociedade.

O constitucionalismo liberal era um constitucionalismo estritamente individualista, como é o Estado liberal que se preocupa tão somente com a liberdade do indivíduo, com a liberdade econômica do indivíduo, a liberdade política civil do indivíduo, mas que não se preocupa com a liberdade social do indivíduo, que não se preocupa em concretizar condições mínimas para o indivíduo buscar a sua liberdade.

No constitucionalismo liberal, volta a ter importância a ideia de democracia¹⁸.

¹⁷ No Estado Liberal de Direito, os parlamentos da Europa continental reservaram a si o poder político mediante a fórmula do princípio da legalidade. Diante da hegemonia do parlamento, o Executivo e o Judiciário assumiram posições óbvias de subordinação: o Executivo somente poderia atuar se autorizado pela lei e nos seus exatos limites, sendo que o Judiciário poderia apenas aplicá-la, sem mesmo poder interpretá-la. O Legislativo, assim, assumia uma nítida posição de superioridade. Na teoria da separação dos poderes, a criação do direito era tarefa única e exclusiva do Legislativo (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016).

¹⁸ Na Grécia, o Governo era exercido diretamente pelos integrantes das *Polis*, sem intermediários, que se reuniam nas praças públicas e decidiam por maioria as grandes questões públicas (Sócrates foi julgado na praça pública). Isto é o que se denomina democracia direta. Com a inviabilidade da democracia direta, devido à complexidade da sociedade moderna e os problemas atinentes ao

O Estado era visto como o principal adversário dos direitos, o que justificava a sua estrita limitação, em prol da liberdade individual. Tal limitação era perseguida também por meio da técnica da separação dos poderes, que visava a evitar o arbítrio e favorecer a moderação na ação estatal. Tal visão correspondia, na Economia Política, à defesa do Estado mínimo, que confiava na “mão invisível do mercado” para promover o bem comum. O Estado deveria ausentar-se da esfera econômica, para que essa permanecesse sujeita apenas à ação “espontânea” das forças do próprio mercado. O constitucionalismo liberal-burguês assentava-se numa estrita separação entre sociedade e Estado. Esse deveria velar pela segurança das pessoas e proteger a propriedade, mas não lhe competia intervir nas relações travadas no âmbito social, nas quais se supunha que indivíduos formalmente iguais perseguiriam os seus interesses privados, celebrando negócios jurídicos. Tal concepção pode ser ilustrada com a visão então corrente sobre as relações de trabalho, que rechaçava qualquer possibilidade de intervenção coativa do Estado em favor do trabalhador. Se um indivíduo estivesse disposto a vender a sua força de trabalho, submetendo-se a uma jornada diária de 16 horas por um salário que mal permitisse a aquisição de alimentos, e outro se dispusesse a comprá-la nesses termos, não caberia ao Estado se imiscuir no negócio privado. O constitucionalismo liberal-burguês afirmava o valor da igualdade, mas essa era vista a partir de uma perspectiva formal. Ele combateu os privilégios estamentais do Antigo Regime e a concepção organicista de sociedade, que tornava os direitos e os deveres, de cada um, dependentes da respectiva posição na estrutura social. Porém, ignorava a opressão que se manifestava no âmbito das relações sociais e econômicas, que permitiam ao mais forte explorar o mais fraco. O constitucionalismo liberal-burguês não incorporava, dentre as suas funções, a promoção da igualdade material entre as pessoas (SARMENTO, 2012, s/p.).

E o projeto do constitucionalismo liberal (aquela constituição que tratava apenas da estruturação do Estado, dos direitos negativos) gradativamente vai se modificando, porque o Estado liberal vai sendo modificado.

O Estado liberal não cumpriu as promessas que fez: as promessas da modernidade, liberdade, igualdade e fraternidade, que se tornaram incompatíveis com o Estado liberal.

O Estado que não intervia na economia jamais poderia assegurar liberdade, igualdade, fraternidade. Numa economia, onde não há nenhum controle, a única regra que prevalece é a regra da livre concorrência e do mercado solto.

O Estado não consegue fomentar a liberdade, igualdade, fraternidade; pelo contrário, apenas fomenta que as grandes potências econômicas se tornem cada vez mais fortes e os pequenos sejam dizimados. E o constitucionalismo liberal assistiu isto acontecer, e, em virtude do descontrole da economia, advieram

Estado, foi criada a teoria da representação na qual o povo elege seus representantes que exercem o governo em seu nome.

desemprego em massa, degradação da família, Primeira Guerra Mundial. Houve o massacre dos direitos humanos.

Diante disso, a sociedade começou a se insurgir contra o descalabro do Estado liberal, contra o Estado que não intervia na economia. A sociedade começou a clamar que o Estado intervisse na economia, começou a cobrar que o Estado se aproximasse da própria sociedade.

Uma série de fatores contribuiu para a crise do Estado Liberal no final do século XIX e início do século XX. Na Europa Ocidental, a industrialização acentuara dramaticamente o quadro de exploração humana, que o Estado absentista não tinha como equacionar. A pressão social dos trabalhadores e de outros grupos excluídos, aliada ao temor da burguesia diante dos riscos e ameaças de rupturas revolucionárias inspiradas no ideário da esquerda, levaram a uma progressiva mudança nos papéis do Estado, que ensejou, por sua vez, a cristalização de um novo modelo de constitucionalismo. No plano das ideias, contribuíram para esse desfecho diversas vertentes de pensamento, como o marxismo, o socialismo utópico e a doutrina social da Igreja Católica, que, embora divergindo profundamente quanto à solução, convergiam na crítica aos abusos a que conduzia o individualismo exacerbado do capitalismo selvagem, que prosperara sob a fachada do constitucionalismo liberal-burguês. A progressiva extensão do direito de voto a parcelas da população até então excluídas do sufrágio também contribuiu para a mudança de cenário, ao permitir que demandas voltadas à alteração do *status quo* penetrassem nos órgãos do Estado. A democratização política, ao romper a hegemonia absoluta da burguesia no Parlamento, abriu espaço também para a democratização social. Com a mudança, o Estado passou a atuar mais ativamente na seara econômica e a disciplinar as relações sociais de forma muito mais intensa. O mercado livre havia gerado não só grande desigualdade social, como também patologias no seu próprio funcionamento, possibilitando o surgimento de monopólios e oligopólios, em prejuízo da livre concorrência. No início do século XX, o liberalismo econômico entra em crise profunda. O desemprego e a inadimplência eram crescentes. Os produtos perdiam preço nos mercados internos e no mercado internacional. Esses processos se estimulavam reciprocamente. A economia de mercado, sem amarras, se mostrava incompatível com o desenvolvimento econômico e com a estabilidade social. A crise culmina com a quebra da Bolsa de Nova York em 1929. A crise demandava, para o seu enfrentamento, a enérgica atuação estatal, e não a sua abstenção (SARMENTO, 2012, s/p.).

O Estado, até então liberal, que só mantinha a ordem, foi chamado para interferir, para assegurar saúde, educação, lazer, trabalho, previdência, direitos mínimos.

Não havia como buscar a felicidade, segundo as próprias condições, se não existiam condições materiais mínimas.

Nesta época, eclodiu a Revolução Russa, expandindo pela Europa Ocidental a ideia de constitucionalismo social. E o constitucionalismo liberal cede espaço para

o constitucionalismo social. Isto porque o Estado liberal cede espaço para Estado social.

3.3 Constitucionalismo social

O Estado providência, *welfare states*, o Estado do bem estar social é aquele Estado que aproxima o Estado da sociedade. Isto se reflete na constituição.

A constituição traduz o projeto político do Estado, de formação do Estado. Se muda o Estado, muda o direito constitucional; se muda o perfil político do Estado, muda o perfil político do direito constitucional.

O constitucionalismo social não renega os elementos positivos do liberalismo — a sua preocupação com os direitos individuais e com a limitação do poder — mas antes pugna por conciliá-los com a busca da justiça social e do bem-estar coletivo. Ele implica a adoção de perspectiva que enriquece o ideário constitucionalista, tornando-o mais inclusivo e sensível às condições concretas de vida do ser humano, no afã de levar as suas promessas de liberdade e de dignidade também para os setores desprivilegiados da sociedade (SARMENTO, 2012, s/p.).

Após a Primeira Guerra Mundial, começa a ser modificado o perfil do Estado. O Estado liberal começa a desaparecer, começa a surgir gradativamente o Estado social.

O Estado social não suplanta o Estado liberal, no sentido em que joga o Estado liberal para o lixo: ele o aperfeiçoa, evolui as ideias liberais. Ele mantém as defesas das liberdades, mas agora com caráter comunitário, com caráter igualitário.

Busca-se proteger o indivíduo, mediante a aplicação de políticas públicas específicas.

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social (BONAVIDES, 2013, p. 186).

Surge o Estado social de direito, na década de 1920 (e tem seu término selado nas décadas de 70 e 80), também conhecido como o Estado do bem-estar social.

Surge, então, o constitucionalismo social, a nova fase do constitucionalismo, cujo marco inicial é a Constituição do México de 1917, mas cujo grande marco teórico é Constituição alemã de Weimar (1919), que sem dúvida foi o grande referencial para o constitucionalismo social.

A Constituição alemã de Weimar (1919) serviu de inspiração para as constituições do mundo inteiro.

No Brasil, a constituição de 1934 foi a primeira a seguir a linha do constitucionalismo social¹⁹.

Com o constitucionalismo social, o direito constitucional se aproxima do indivíduo, deixando de ser o direito constitucional do Estado, preocupado apenas em delimitar as competências do Estado e traçar direitos fundamentais do indivíduo oponíveis ao Estado, deixando de ser o direito constitucional contra o Estado, deixando de ter o Estado como inimigo para ter o Estado como amigo.

Com a previsão de novos direitos nas Constituições, houve um aumento de demandas por parte da Administração Pública, uma vez que o Estado tem que agir

¹⁹ Houve duas fórmulas diferentes de recepção do Estado Social no âmbito do constitucionalismo democrático. Na primeira, que tem como exemplo paradigmático a evolução do Direito Constitucional norte-americano a partir dos anos 30, os valores de justiça social e de igualdade material não foram formalmente incorporados à Constituição. Esta, no entanto, deixou de ser interpretada como um bloqueio à introdução de políticas estatais de intervenção na economia e de proteção dos grupos sociais mais vulneráveis. Nesse caso, não há propriamente constitucionalismo social, mas sim um constitucionalismo que não impede o desenvolvimento do Estado Social — cuja sorte torna-se dependente das inclinações da política majoritária —, por não entrincheirar tão fortemente a proteção da propriedade e das liberdades econômicas. Na outra fórmula, adotada em diversos países europeus, bem como no Brasil, a própria Constituição acolhe os valores do Estado Social. As primeiras constituições desse tipo foram a mexicana, de 1917, e a alemã, de Weimar, de 1919. As constituições dessa natureza têm, de modo geral, um perfil muito mais ambicioso, pois não se limitam a tratar da estrutura do Estado e da definição de direitos negativos. Além disso, elas se imiscuem na disciplina de temas como a economia, as relações de trabalho e a família. São constituições não apenas do Estado, mas também da sociedade. Muitas delas incorporam direitos sociais, que envolvem demandas por prestações materiais do Estado, como educação, moradia, saúde e previdência social. Tais constituições não excluem os direitos individuais clássicos, mas esses passam a ser vistos sob nova ótica, não mais como simples exigências de abstenção estatal. Adota-se a premissa de que a função do Estado diante desses direitos não é tão somente a de não os violar, mas também a de protegê-los ativamente, diante de ameaças representadas pela ação de terceiros, bem como de garantir as possibilidades materiais para o seu efetivo gozo. Mas, por outro lado, tais direitos — sobretudo aqueles dotados de dimensão eminentemente patrimonial — têm a sua proteção relativizada, quando não condicionada a uma função social. Esse segundo modelo tornou-se atualmente hegemônico. A maior parte das constituições elaboradas a partir da segunda metade do século passado seguiu, com maior ou menor sucesso, dita fórmula (SARMENTO, 2012, s/p.).

positivamente, tendo que garantir um mínimo de condições de vida ao povo (direito à educação, à saúde, à previdência social...).

O Estado passa a intervir na área econômica e social. A propriedade privada foi relativizada para atender à função social.

De mero garantidor das regras que deveriam disciplinar as disputas travadas no mercado, o Estado foi se convertendo num ator significativamente mais importante — algumas vezes até no protagonista — dentro da arena econômica, exercendo diretamente muitas atividades de produção de bens e serviços. O Estado passa a realizar, por exemplo, grandes obras públicas. Os investimentos públicos geram empregos diretos e indiretos, reaquecendo o consumo. Os fornecedores privados voltam a produzir e vender. A partir da indução estatal, reinicia-se um ciclo econômico virtuoso. O constitucionalismo social é comprometido com esse novo papel do Estado. No constitucionalismo liberal, o Estado era o “guarda noturno”, que se dedicava apenas à garantia da segurança dos negócios privados. No constitucionalismo social, ele assume um papel muito mais ambicioso na vida econômica. No novo cenário, o Estado incorpora funções ligadas à prestação de serviços públicos. No plano teórico, a sua atuação passa a ser justificada também pela necessidade de promoção da igualdade material, por meio de políticas públicas redistributivas e do fornecimento de prestações materiais para as camadas mais pobres da sociedade, em áreas como saúde, educação e previdência social. Naquele contexto, foi flexibilizada a proteção da propriedade privada, que passou a ser condicionada ao cumprimento da sua função social, e relativizada a garantia da autonomia negocial, diante da necessidade de intervenção estatal em favor das partes mais débeis das relações sociais. A mudança no perfil do Estado refletiu-se também na sua engenharia institucional. A separação de poderes foi flexibilizada, para possibilitar uma atuação mais forte dos poderes públicos na seara social e econômica. A produção de normas cresceu exponencialmente, para dar conta das demandas por regulação em sociedades cada vez mais complexas, deixando de ser monopolizada pelo Legislativo. Mas é a função administrativa a que mais se avolumou, pela crescente necessidade de prestação de serviços e de intervenção estatal direta ou indireta na ordem econômica (SARMENTO, 2012, s/p.).

O constitucionalismo social aproxima o Estado do indivíduo. O Estado tem o dever de concretizar os direitos fundamentais mínimos do povo, o indivíduo tem que ter saúde, educação, trabalho, lazer, previdência.

Muda-se o perfil do direito constitucional, deixando de ser o direito constitucional negativo, o direito constitucional garantia, para ser o direito constitucional dirigente, o direito constitucional programático, o direito constitucional positivo, que implementa prestações positivas por parte do Estado.

Se o constitucionalismo liberal era o constitucionalismo do Estado, o constitucionalismo que repartia competências e traçava limites, o constitucionalismo social é o constitucionalismo do indivíduo.

O constitucionalismo social não se limita a traçar garantias negativas e repartir competências: é o constitucionalismo que impõe deveres ao Estado, dever de agir positivamente, dever de implementar as políticas públicas.

Ontem, quando havia separação entre Estado e Sociedade, o Estado liberal era o Estado da *legalidade*; agora que essa separação inexistente, ou já não pode existir, o liberalismo somente há de sobreviver num Estado social de *legitimidade*. Mas sobreviver como? À sombra das Constituições e dos Tribunais Constitucionais, cuja jurisprudência atualiza, a cada aresto oracular, tanto a matéria dos direitos sociais como a da limitação de poderes. Removendo ambiguidades ou solvendo controvérsias, faz-se, pela via hermenêutica, o texto se acercar da realidade, ou seja, produz-se a eficácia, a juridicidade, o respeito e o cumprimento rigoroso das normas constitucionais (BONAVIDES, 2014, p. 591).

O constitucionalismo liberal foi modificado, foi aperfeiçoado para traduzir os ares do constitucionalismo social.

As duas grandes fases do direito constitucional moderno, a fase do constitucionalismo liberal e a fase do constitucionalismo social se equilibram.

O projeto político que a constituição traz é um projeto de respeito à liberdade e compromisso com a igualdade. É um projeto de respeito às liberdades mínimas do indivíduo, do legado que o constitucionalismo liberal deixou, mas também de respeito e concretização de direitos mínimos do indivíduo, a concretização da igualdade, o grande legado do constitucionalismo social.

Passa-se do Estado opressor, o Estado absolutista, para o Estado controlado. Passa-se do Estado inimigo, o Estado que só deveria manter a ordem (constitucionalismo liberal), para desaguar no constitucionalismo social que é o Estado amigo. O Estado que deve estar próximo da sociedade. Saiu-se do constitucionalismo do Estado para chegar ao constitucionalismo da sociedade.

3.4 Neoconstitucionalismo

Conforme se vem analisando, o triunfo do direito constitucional é o triunfo entre o poder absoluto do Estado e a sociedade.

O poder absoluto do Estado, que foi limitado pelo constitucionalismo liberal, ganha novos contornos com o constitucionalismo social.

Diante dessa nova realidade, o constitucionalismo ganha novos contornos, em que não se busca atrelar sua ideologia tão somente à ideia de limitação do poder político, mas, também, com grande relevo, a busca da eficácia da Constituição, que

deixa ter caráter meramente retórico e passa a ser mais efetiva, especialmente diante da expectativa de concretização dos direitos fundamentais (LENZA, 2013).

A ideologia constitucional traduzindo o novo perfil do Estado, obrigando o Estado. O neoconstitucionalismo traz a ideia de uma simbiose entre o constitucionalismo liberal e o social. A ideia de um projeto político constitucional emancipador da sociedade. A ideia de uma constituição enquanto fonte suprema, com força normativa.

No neoconstitucionalismo, a constituição se apresenta como uma lente, através da qual se tem que ler todo o ordenamento jurídico, a constituição, enquanto um documento principiológico que traduz os valores, os princípios fundantes da comunidade.

As duas grandes etapas do direito constitucional (constitucionalismo liberal e social), que se aperfeiçoam; permitem entrar numa nova etapa, que é a fase do neoconstitucionalismo.²⁰ *“Trata-se de ambicioso modelo constitucional que tem se*

²⁰ Expressão utilizada por alguns doutrinadores brasileiros, criticada e exaltada por outros autores. “Ocorre que, não obstante a crescente produção bibliográfica, resultante das discussões que vêm sendo realizadas no campo da Teoria e da Filosofia do Direito, ainda se verificam incontáveis imprecisões terminológicas e inúmeras divergências sobre o tema. Um exemplo disso é o fato de nenhum dos autores tradicionalmente rotulados de neoconstitucionalistas assumirem uma mesma posição e tampouco adotarem o uso da expressão neoconstitucionalismo. Neste contexto, aliás, parece adequada e recomendável a cautela adotada por Prieto Sanchís, para quem não existe uma corrente unitária de pensamento, mas apenas uma série de coincidências e tendências comuns que, de um modo geral, apontam para a formação de uma nova cultura jurídica. Trata-se, com efeito, de uma expressão que ingressou definitivamente no léxico jurídico e, de um modo geral, vem sendo empregada para se referir às tentativas de explicar as transformações ocorridas no campo do Direito a partir da Segunda Guerra Mundial, mas cuja amplitude semântica alcança três níveis, conforme adverte Carbonell: (a) os textos constitucionais promulgados na segunda metade do século XX, em que se incorporam normas substanciais que condicionam a atuação do Estado na realização dos fins e objetivos estabelecidos; (b) as práticas jurisprudenciais assumidas pelos tribunais e cortes constitucionais, cuja atuação implica parâmetros interpretativos compatíveis com o grau de racionalidade exigido pelas decisões judiciais; (c) a construção de aportes teóricos para compreender os novos textos constitucionais e aperfeiçoar as novas práticas jurisprudenciais. Observa-se, neste contexto, que o neoconstitucionalismo – em sentido fraco – parte do surgimento do Estado Constitucional, instituído pelas cartas políticas promulgadas após a Segunda Guerra Mundial; aponta para uma nova prática jurídica, voltada à concretização dos direitos fundamentais; e, por fim, exige uma Teoria do Direito com ele compatível, uma vez que o velho positivismo não seria capaz de explicar as mudanças provocadas por este novo paradigma. E aqui, precisamente, é onde reside o problema: o neoconstitucionalismo apresenta-se como uma alternativa ao positivismo jurídico. Todavia, segundo Ferrajoli, a expressão neoconstitucionalismo mostra-se ambígua e, além disso, equivocada, porque o termo constitucionalismo pertence ao léxico político (e não jurídico). Para o renomado jurista italiano, constitucionalismo designa uma ideologia, ligada à tradição liberal, servindo de sinônimo para Estado Liberal de Direito, em cujas raízes se encontram os ideais jusnaturalistas. Por isso, a expressão constitucionalismo não encontra simetria com as noções de modelo de sistema jurídico e/ou de Teoria do Direito, de maneira que não pode ser contraposta ao positivismo jurídico, sobretudo quando identificado com a ideia de primado da lei. Assim, para superar a equivocada oposição entre neoconstitucionalismo e positivismo jurídico, Ferrajoli propõe uma terminologia diversa e uma tipologia correlata, partindo da ideia de que o termo constitucionalismo jurídico equivale ao Estado Constitucional de Direito – em contraste com o constitucionalismo político, que corresponde

difundido nas últimas décadas, envolvendo mudanças significativas não apenas no tipo das constituições, como também na teoria jurídica subjacente” (SARMENTO, 2012, s/p.).

As características dessa nova fase do constitucionalismo são bem traçadas por BULOS (2014):

I) Fase marcada pela existência de documentos constitucionais amplos, analíticos, extensos; II) alargamento dos textos constitucionais, isentando os indivíduos das coações autoritárias em nome da democracia política, dos direitos econômicos, dos direitos dos trabalhadores; III) disseminação da ideia de constituição dirigente, que diverge daquela visão tradicional de constituição, que a concebe como lei processual definidora de competências e reguladora de processos; IV) um setor significativo da constitucionalística contemporânea propõe a implantação de textos constitucionais pormenorizados, criticando a ideia da constituição como mero instrumento de governo; V) advento de novos arquétipos de compreensão constitucional, que vieram a enriquecer a Teoria Geral das Constituições (constituição como ordem jurídica fundamental, material e aberta da comunidade; constituição-dirigente; constituição como instrumento de realização da atividade estatal; constituição como programa de integração e de representação nacional; constituição como documento regulador do sistema político; constituição como processo público. Constituição como meio de resolução de conflitos; constituição do porvir); e VI) nas constituições contemporâneas, os direitos fundamentais apresentam-se na vertente axiológica (espelham a tábua de valores existente no meio social) e na vertente praxeológica (dimensão operativa do constitucionalismo contemporâneo) (BULOS, 2014, p. 74).

O neoconstitucionalismo no âmbito da teoria geral do direito, da filosofia do direito, permite uma aproximação entre ideias que eram praticamente inconcebíveis de serem conciliadas por muitos. É a antiga e conhecida confrontação entre as ideias positivistas e naturalistas.

Dizem os juspositivistas que o direito é o direito posto, o direito é aquele criado pelo Estado.

ao Estado Legislativo de Direito – e serve, ao fim e ao cabo, para designar o constitucionalismo rígido que caracteriza as atuais democracias constitucionais. É neste cenário, portanto, que Ferrajoli introduz aquelas que, atualmente, são as duas maneiras de se conceber este novo paradigma – constitucionalismo jurídico –, sobre cujas bases se apresentam uma gama de teorias do Direito: de um lado, o constitucionalismo argumentativo, que visa à superação do positivismo; de outro, o constitucionalismo garantista, que aposta na reformulação do positivismo. Como se vê, a questão assume novos contornos na medida em que exige uma investigação mais aprofundada acerca do que cada concepção entende por positivismo jurídico. No entanto, esta é uma tarefa que demandaria outras colunas. Trata-se, aliás, do núcleo de um importante diálogo travado entre juristas brasileiros e o mestre florentino, que resultou na publicação do livro *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. De qualquer modo, é importante deixar claro, ao menos por ora, que tanto o constitucionalismo argumentativo como o constitucionalismo garantista, ao menos em tese, tratam das transformações provocadas pela experiência histórica do segundo pós-guerra, marcada pelo advento das constituições rígidas, que instituem uma série de limites e de vínculos – não apenas formais, mas também substanciais – a todos os poderes públicos” (TRINDADE, 2013, s/p.)

Dizem os jusnaturalistas que o direito é muito além do que está reconhecido nas leis do Estado: o direito traduz valores morais, pautas que são transcendentais ao direito posto.

Para a *tese positivista*, somente existe direito posto pelo Estado, e, conseqüentemente, a Constituição – que inicia a ordem jurídica e o próprio Estado - não pode ser considerada um poder de direito, mas sim um poder de fato, uma força social. Diversamente, para a *tese jusnaturalista* o direito não circunscreve ao direito posto pelo Estado – direito positivo -, havendo também o direito resultante da própria natureza humana – direito natural. O Poder Constituinte, portanto seria um poder de direito decorrente do direito natural à liberdade de autodeterminação (MORAES, 2007, p. 91).

E no âmbito da filosofia jurídica, da teoria geral do direito, a história foi o palco para inúmeras confrontações entre jusnaturalistas e juspositivistas, cujos debates ainda são acalorados em dias atuais.

O jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir do século XVI, aproximou a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do Direito. Fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos, foi o combustível das revoluções liberais e chegou ao apogeu com as Constituições escritas e as codificações. Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural foi empurrado para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX. Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2^a. Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito. A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia (CARVALHO, 2007, s/p.).

No neoconstitucionalismo, jusnaturalistas e juspositivistas meio que caminham juntos. Isto porque, no neoconstitucionalismo, a constituição é a norma positiva suprema, é o direito posto pelo Estado, que funda o Estado, que tem hierarquia, primariedade sobre todo direito, como dizem os positivistas, é a lei

positiva suprema. Mas essa lei positiva suprema está permeada por aqueles valores que afirmavam os jusnaturalistas.

Os valores que defendiam os jusnaturalistas estão inseridos na principiologia constitucional.

Somente a constituição hoje é direito positivo supremo, repleto de valores, de princípios. Princípios estes que são pautas abertas.

A constituição não é uma lei hermética. A constituição é direito positivo, mas não é um simples direito positivo. Não é um código, uma lei qualquer, cuja verdade do objeto já estava posta e que se tinha apenas que descobrir, revelar num exercício de subsunção.

As constituições no novo constitucionalismo estão prenhas de princípios, de valores, de pautas abertas.

A constituição trabalha com dignidade da pessoa humana, com o bem estar social, com o princípio da solidariedade social.

Todas essas pautas traduzem valores fundantes e permitem dizer que a constituição hoje tem uma abertura muito grande. Se ela é um direito positivo, por assim dizer, ela é um direito positivo aberto, ela não é um direito positivo hermético. Ela é um direito positivo aberto para a oxigenação traduzida pelos princípios, os princípios que contêm os valores fundantes oxigenam o direito constitucional. E é justamente essa abertura do direito constitucional que permite a constante releitura e a constante evolução.

Se não fosse a principiologia constitucional, poder-se-ia afirmar que o direito constitucional é lei. Que estudar o direito constitucional é estudar código, que quem conhece o direito, conhece o direito civil.

Barroso (2007) delineaia marco histórico, o marco filosófico e o marco teórico do neoconstitucionalismo:

neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito (BARROSO, 2007, p. 216).

E se hoje há uma releitura do direito administrativo, do direito civil, do direito penal, do direito processual..., é por causa da principiologia constitucional, é por causa dos valores que decorrem do texto constitucional. Logo, é um texto positivado, mas que contém o jusnaturalismo (numa ideia de simbiose ilustrativa da constituição), porque os valores fundantes da constituição abrem e obrigam a adequação do direito positivo. O direito positivo hoje é extremamente principiológico.

Hoje, trabalha-se com pautas abertas (boa-fé, cooperação, função social do contrato). Não está expresso na lei o que é para que se faça um exercício de subsunção; é algo extremamente aberto cujo significado e alcance constrói-se no caso concreto a partir da principiologia constitucional. E que é possível construir no caso concreto a partir da imperatividade da supremacia constitucional.

O novo constitucionalismo coloca a constituição no seu devido lugar, no topo do ordenamento jurídico²¹.

A constituição não traduz o modelo apenas de regras, mas de princípios, princípios que emancipam a sociedade.

O constitucionalismo liberal não é mais liberal nem mais social, ele é emancipatório. É um constitucionalismo que se preocupa com a conformação do poder do Estado - constitucionalismo liberal. Além disso, se preocupa também com o resguardo de condições sociais mínimas de subsistência - constitucionalismo social. Mas vai além destes dois escopos. É um constitucionalismo que emancipa a sociedade, que traz um projeto político emancipatório.

O direito constitucional brasileiro, a partir da CR/88, traduz um projeto de construir uma sociedade livre, justa e solidária, de erradicar desigualdades, de não tolerar preconceitos, de erradicar a pobreza, de prevalência dos direitos humanos, de busca permanente da paz, de respeito à dignidade humana, à soberania popular, de respeitar ao pluralismo político (que não é partidário), ideológico, filosófico.

²¹ O valor normativo supremo da Constituição não surge, bem se vê, pronto, como uma verdade autoevidente, mas é resultado de reflexões propiciadas pelo desenvolvimento da História e pelo empenho em aperfeiçoar os meios de controle do poder, em prol do aprimoramento dos suportes da convivência social e política. Hoje, é possível falar em um momento de constitucionalismo que se caracteriza pela superação da supremacia do Parlamento. O instante atual é marcado pela superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade. A Constituição, além disso caracteriza-se pela absorção de valores morais e políticos (fenômeno por vezes designado como materialização da Constituição), sobretudo em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis. Tudo isso sem prejuízo de se continuar a afirmar a ideia de que o poder deriva do povo, que se manifesta ordinariamente por seus representantes. A esse conjunto de fatores vários autores, sobretudo na Espanha e na América Latina, dão o nome de neoconstitucionalismo (BRANCO, 2015, s/p.).

A constituição assegura a sociedade pluralista, e em virtude disto, resguarda de eventuais arbítrios do poder contra as liberdades; a liberdade de crença, de convicção política e filosófica.

O atual estágio do constitucionalismo se peculiariza também pela mais aguda tensão entre constitucionalismo e democracia. É intuitivo que o giro de materialização da Constituição limita o âmbito de deliberação política aberto às maiorias democráticas. Como cabe à jurisdição constitucional a última palavra na interpretação da Constituição, que se apresenta agora repleta de valores impositivos para todos os órgãos estatais, não surpreende que o juiz constitucional assumira parcela de mais considerável poder sobre as deliberações políticas de órgãos de cunho representativo. Com a materialização da Constituição, postulados ético-morais ganham vincutividade jurídica e passam a ser objeto de definição pelos juizes constitucionais, que nem sempre dispõem, para essa tarefa, de critérios de fundamentação objetivos, preestabelecidos no próprio sistema jurídico. Busca-se neutralizar a objeção democrática ao Estado constitucional com a observação de que a "rematerialização constitucional empresta dimensão substancial para a democracia". De toda forma, caberia ao legislador ampla margem de apreciação e prioridade sobre o juiz constitucional, quando se trata de concretizar essas normas incorporadoras de valores morais e políticos. Ao juiz constitucional incumbiria atalhar abusos, cometidos por ação ou omissão do legislador (BRANCO, 2015, s/p.).

Tudo isso é fruto da evolução do direito constitucional²².

Dentro destas perspectivas, o Novo Código de Processo Civil é o primeiro Código escrito na era democrática implementado no Brasil a partir da CR/88.

O CPC contemplou em suas regras diversos princípios que estão previstos no texto constitucional.

O uso de princípios na aplicação do Direito no Brasil veio se tornando praxis comum desde a Constituição de 1988. Todos os ramos do Direito, lidos a partir do Texto Maior, passaram a ser compreendidos de uma perspectiva que vai além das regras jurídicas, mas que abarca também princípios, tidos igualmente como normas. O Novo CPC evidencia essa tendência ao conferir grande importância aos princípios fundamentais do processo, característica visível não apenas nos primeiros artigos, mas, na verdade, em todo o texto, especialmente quando se percebe que o conteúdo destes princípios servirá de premissa interpretativa de todas as técnicas trazidas na nova legislação. Assim, a nova lei institui um verdadeiro sistema de princípios que se soma às regras instituídas e, mais do que isso, lhes determina uma certa leitura, qual seja, uma leitura constitucional do processo (ou embasada no processo constitucional democrático), tendo como grandes vetores o modelo constitucional de processo e seus corolários, devido processo legal (formal e substantivo), o contraditório – em uma versão dinâmica (art. 10, Novo CPC), a ampla defesa e uma renovada fundamentação estruturada e legítima das decisões judiciais (art. 486, Novo CPC) (THEODORO JR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2015, p. 45).

²² Se ainda acreditássemos que direito constitucional era código, ainda estaríamos no jugo de um estado opressor, ainda estaríamos aqui discutindo supremacia da lei e acreditando que tudo aquilo que o estado faz por via da lei deve ser cumprido.

O CPC também traz artigos que contemplam as ideologias do Estado liberal (como exemplo, § 1º do art. 3º, art.190, o capítulo das ações possessórias), do Estado social (como exemplo art. 8º) e do Estado democrático de direito (como exemplo, arts. 9º, 10 e 11)

Dessa forma, é possível afirmar que o CPC apresenta-se como uma importante ferramenta na implementação do Estado Democrático de Direito.

3.5 Estado Democrático de Direito

O preâmbulo da Constituição estabelece que os representantes do povo brasileiro se reuniram em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (Preâmbulo da Constituição) (BRASIL, 1988).

É inegável que o Brasil, a partir de 1988, trouxe uma proposta interessante de Modelo de Estado Constitucional, pois, além de reconhecer as propostas que tiveram surgimento no antigo *Welfare State* do século XX (condições mínimas de educação, saúde, segurança, moradia) como direitos básicos para a vida de uma pessoa, a Escritura Constitucional vigente estendeu o conceito de cidadania à esfera social, o que nos levou a uma releitura significativa dos atributos de sociedade civil, povo, comunidade jurídica, cidadão, administração-governativa, esfera pública/privada, Estado, jurisdição, decisão, interesse público, direitos fundamentais, desobediência civil, excluído social, segurança jurídica, direito econômico, maiorias/minorias, direito à vida digna. Erige-se, portanto, que o velho padrão republicanista viu-se, pela primeira vez, teoricamente ameaçado. Aí o porquê da fermentação de diversos livros, teses e dissertações sobre esse rompimento paradigmático. Seja como for, tais concepções ganharam especial proeminência pós-88 e ainda suplicam continuidade revitalizadora. Não é outra a conclusão de Dhenis Cruz Madeira que, em substancial pesquisa sobre o Processo de Conhecimento, arremata que com o Estado de Direito Democrático cai o mito “da lei infalível” e o da “autoridade sábia” (DEL NEGRI, 2008, p.39-40).

As constituições passaram a retratar a realidade, tornando-se meio de integração e realização de direitos, sobretudo os direitos e garantias fundamentais. Passaram a ser a fonte suprema dos ordenamentos jurídicos.

o Estado Democrático de Direito tem sua base estruturante no direito do povo às funções do Estado, essenciais e jurídicas (legislativa, executiva ou

administrativa ou governamental e a jurisdicional) que, do ponto de vista do processo (jurisdicional ou administrativo), ao administrado, efetivado estará o direito ao devido processo constitucional, desde que observados os preceitos elencados na Constituição de 1988 (ZANDONA, 2014, p.74).

Segundo Brêtas (2015, pp. 72-74), a base jurídico-constitucional, que fundamenta o Estado de Direito, encontra-se em um conjunto de normas jurídicas (princípios e regras) positivados no texto constitucional, das quais se destacam o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da separação das funções do Estado, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (reitores da Administração Pública), o princípio da responsabilidade do Estado pelos danos causados aos particulares, no exercício de suas funções essenciais (legislativa, executivo-governamental, jurisdicional), o princípio da independência dos juízes, o princípio da fundamentação das decisões, o princípio da prevalência dos direitos humanos, dentre outras.

Já o Estado Democrático de Direito²³ *“tem sua dimensão e se estrutura constitucionalmente na legitimidade do domínio político e na legitimidade do exercício do poder pelo Estado assentadas unicamente na soberania e na vontade do povo”* (BRÊTAS, 2015, p. 75).

Em sua clássica obra, Responsabilidade Civil do Estado pela função jurisdicional, Brêtas (2004) esclarece que o Estado de Direito e o Estado Democrático são *“princípios conexos e normas jurídicas constitucionalmente positivadas”* (BRÊTAS, 2004, p.101-102).

Mais adiante, o insigne professor ressalta:

Sendo assim, consideramos que a dimensão atual e marcante do Estado Constitucional Democrático de Direito resulta da articulação dos princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, cujo entrelaçamento técnico e harmonioso se dá pelas normas constitucionais. Para se chegar a essa forma de Estado e de governo, é um princípio consagrado nos modernos ordenamentos constitucionais como fonte de legitimação do exercício do poder, que tem origem no povo, daí o protótipo constitucional dos Estados Democráticos, ao se declarar que todo poder emana do povo (BRÊTAS, 2004, p.102).

O Estado Democrático de Direito é algo ainda em construção²⁴, fruto de um processo histórico de Estado, decorrente do movimento constitucionalista, que,

²³ CR/88, art. 1º, incisos I, II, parágrafo único; art. 14 e art. 60, §4º, inciso II.

²⁴ O Estado Democrático de Direito não representa simplesmente o resultado dos elementos constitutivos do Estado de Direito e do Estado Democrático, mas uma evolução histórica que

como visto, envolveu transformações sociais, econômicas e, principalmente, normativas nas Constituições.

atravessou os estágios do Estado de Polícia, do Estado liberal e do Estado social, com a superação de grande parte das contradições e das deficiências dos sistemas anteriores, até atingir o paradigma contemporâneo que inspira várias das atuais Constituições estrangeiras, além da brasileira de 1988 (ZANDONA, 2014, p. 64).

4 RELEITURA DO DIREITO PROCESSUAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – A MATERIALIZAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DO PROCESSO CONSTITUCIONAL

4.1 Processo constitucional e o Novo Código de Processo Civil

O Novo Código de Processo Civil mudou sobremaneira o modo de pensar, interpretar e aplicar o processo civil. Este traz diversos princípios como premissa interpretativa. Tem-se o processo civil constitucional, onde o CPC deve ser interpretado de acordo com a CR/88. *“O novo Código, logo em sua primeira disposição, deixa claro a adoção da teoria do direito processual constitucional”* (CARNEIRO, 2015, s/p.).

A exposição de motivos do CPC traz como um dos objetivos do Código, *“estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal”*.

Existe uma premissa importante para tratar de qualquer tema relativo ao direito processual civil. Tal premissa está relacionada à necessidade de se adotar a Constituição Federal como “ponto de partida” para tratar de qualquer tema relacionado ao direito processual civil. Mas, também, tal premissa está relacionada ao fato de que a Constituição Federal deve ser o “ponto de chegada” de qualquer análise que seja feita do direito processual civil. Ou seja, o direito processual civil deve ser estudado a partir da Constituição Federal, mas os resultados alcançados pela aplicação do direito processual civil somente serão válidos se estiverem em conformidade com o que está estabelecido por ela. Em outras palavras, o que se pretende afirmar é que o *direito processual civil é fundamentalmente determinado pela Constituição Federal*, tanto no que diz respeito ao seu modo de ser quanto no tocante aos resultados que possa concretamente proporcionar (SOUZA, 2014, p. 27).

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

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

Constituição da República Federativa do Brasil. Com isso, o CPC estabeleceu ao longo de seus livros um ambiente de processo democrático²⁵.

Hoje, costuma-se dizer que o processo civil constitucionalizou-se. Fala-se em modelo constitucional do processo, expressão inspirada na obra de Italo Andolina e Giuseppe Vignera, *Il modello costituzionale del processo civile italiano: corso di lezioni* (Turim, Giapicchelli, 1990). O processo há de ser examinado, estudado e compreendido à luz da Constituição e de foa a dar o maior rendimento possível aos seus princípios fundamentais (Exposição de motivos, nota n.º 9).

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

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

²⁵ Mas o que é um processo democrático? Em artigo publicado intitulado com esta indagação, Francisco José Borges Motta e Adalberto Narciso Hommerding, buscam a resposta através dos textos de Dierle Nunes e André Leal. Para André Leal, “O entretencimento entre direito e legitimidade, visto a partir de uma compreensão procedimentalista do direito (teoria discursiva da democracia), faz com que se institucionalize o chamado princípio do discurso (Habermas) através da principiologia constitucional do processo (contraditório, ampla defesa e isonomia). E, assim, não há jurisdição sem que um procedimento assegure as condições para que os afetados pelas decisões possam participar da construção e interpretação normativas, bem como fi scalizá-las [...] Já a reconstrução histórica das estruturas processuais empreendida por Dierle Nunes é o pano de fundo para a sua proposta de democratização do processo civil, o que é feito a partir dos eixos da comparticipação e do policentrismo. A ideia defendida é a de que, numa visão constitucional e democrática, não existe entre os sujeitos processuais submissão (como no esquema da relação jurídica bülowiana), mas sim, interdependência, na qual a procedimentalidade é a balizadora das decisões. O processo é percebido como uma garantia contra o exercício ilegítimo de poderes públicos e privados em todos os campos (jurisdicional, administrativo, legislativo), com o fim de controlar os provimentos dos agentes políticos e garantir a legitimidade discursiva e democrática das decisões. Argumenta-se no sentido de que o estabelecimento de focos de centralidade (seja nas partes, seja no juiz) não se adapta ao perfil democrático dos Estados de direito da alta modernidade. Assume-se um paradigma procedimental de Estado Democrático de Direito, no qual se impõe a prevalência concomitante da soberania do povo e dos direitos fundamentais (cooriginários e reciprocamente constitutivos) em todos os campos, especialmente na esfera estatal. No âmbito jurisdicional, resgata-se a discussão entre todos os sujeitos processuais, sem privilégios a qualquer deles, mediante a implementação dos direitos fundamentais, que balizam a tomada de decisões em seu aspecto formal e substancial. Propõe-se a divisão da atuação entre as partes e os juízes, clarificando a sua interdependência, de modo a absorver os aspectos benéficos tanto dos movimentos liberais quanto dos sociais. Aposta-se na leitura do contraditório na modalidade de garantia de influência como referente constitucional do policentrismo e da comparticipação, em vista de que agrega, ao mesmo tempo, o exercício da autonomia pública e privada, tornando o cidadão simultaneamente autor e destinatário do provimento.” (MOTTA; HOMMERDING, 2013, p.195-196).

pioneiro do tema constituição e processo, o jurista mexicano Hector Fix-Zamudio que dedicou várias obras e artigos ao assunto, assinalando que tal aproximação (Constituição e Processo) ocorrera após a Segunda Grande Guerra Mundial. No entanto, só recentemente é que, sob a denominação de “modelo constitucional” do Processo, ficou explícito, por estudos de Ítalo Andolina, que o Processo, em seus novos contornos teóricos na pós-modernidade, apresenta-se como necessária instituição constitucionalizada que, pela principiologia constitucional do devido processo que compreende os princípios da reserva legal, da ampla defesa, isonomia e contraditório, converte-se em direito-garantia impostergável e representativo de conquistas teóricas da humanidade no empreendimento secular contra a tirania, como referente constitucional lógico-jurídico, de interferência expansiva e fecunda, na regência axial das estruturas procedimentais nos segmentos da administração, legislação e jurisdição (LEAL, 2008, p.84-85).

Pela teoria constitucionalista de processo²⁶, este é visto constitucionalizado, revestido de princípios constitucionais como direito-garantia fundamental (conforme estabelecido pelo CPC). O processo é empregado como meio de efetivação dos direitos fundamentais. Os princípios passaram a fundamentar os estudos de teoria do processo.

As garantias constitucionais do processo alcançam todos os participantes do mesmo. O processo, como garantia constitucional, consolida-se nas constituições do século XX, através da consagração de princípios de direito processual, com o reconhecimento e a enumeração de direitos da pessoa humana, sendo que esses se consolidam pelas garantias que os torna efetivos e exequíveis. Mostra Eduardo J. Couture que esses preceitos constitucionais passaram a ter nível internacional, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, formulada pela Assembleia das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948, cujos textos dizem:

8º - Toda a pessoa tem um recurso perante os Tribunais nacionais competentes, que a ampara contra atos que violam seus direitos fundamentais, reconhecidos pela Constituição ou pela lei.

(...)

10º - Toda a pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, a ser ouvida publicamente com justiça, perante tribunal independente e imparcial, para determinação de seus direitos e obrigações ou para que examine qualquer acusação que pese contra ela matéria penal.

Entende Couture que incumbe à doutrina procurar, em linguagem universal, o que é processo, recurso, plena igualdade ou ser ouvido publicamente. Algumas regras são básicas para a compreensão de pontos essenciais à tutela constitucional do processo: a correta citação (*audiatur altera parts*), sendo que a falta de citação, nos casos concretos, gera nulidade;

²⁶ Pelo que se observa, o CPC parece ter adotado a teoria constitucionalista de processo. No entanto, existem várias outras teorias sobre o tema que são bem elucidadas por Rosemiro Pereira Leal, em sua obra Teoria Geral do Processo – primeiros estudos. Como o tema proposto se relaciona com a teoria constitucionalista de processo, somente esta fora abordada, pelo que, se recomenda a leitura da obra do professor Rosemiro (2008,p.77-92), onde o autor discorre sobre a teoria do processo como contrato (Pothier-1800); teoria do processo como quase-contrato (Savigny e Guényvau -1850); teoria do processo como relação jurídica (Bulow-1868), aprimorada por Chiovenda, Calamandrei, Carnelutti e Liebman; teoria do processo como situação jurídica (Goldschmidt-1925); teoria do processo como instituição (Guaspi-1940); teoria do processo como procedimento em contraditório (Fazzalari- 1957); teoria constitucionalista do processo (Héctor Fix-Zamudio, México-1956, José Alfredo de Oliveira Baracho, Brasil-1984, Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera, Itália-1990); e a teoria neoinstitucionalista do processo, criada pelo próprio autor.

inconstitucionalidade por falta do respeito aos prazos; inconstitucionalidade por sonegação do direito de audiência ou de ser ouvido; inconstitucionalidade pela privação de provas, para correção de erros de procedimento; inconstitucionalidade por supressão ou privação de recursos; inconstitucionalidade por privação de revisão judicial; inconstitucionalidade por falta de idoneidade do juiz, pelo que é garantia fundamental a existência de Tribunal competente e imparcial que não viole a garantia do *due process of law*. O processo constitucional efetiva-se através desses pressupostos, bem como da consagração dos procedimentos que garantem os direitos das partes, outorgando-lhes oportunidade razoável para defender-se e fazer valer suas provas. Em todas essas circunstâncias deve-se assegurar a efetiva igualdade das partes, em todas as fases de atuação no processo. Os princípios do devido processo legal, da defesa em juízo e do acesso à justiça foram elevados à categoria de disposições internacionais.

O direito continental europeu tem incrementado o interesse da doutrina e da jurisprudência, com o exame das garantias constitucionais do processo civil. Héctor Fix-Zamudio destaca a importância de se chegar ao conceito, extensão e limites das garantias constitucionais do processo civil. Percebe-se que a simples elevação de certos princípios à condição de preceitos constitucionais, não era suficiente para garantir sua eficácia. Mostra Fix-Zamudio as deduções que surgem acerca do processo ordinário e das garantias constitucionais, para chegar-se à concepção do processo estritamente constitucional, como instrumento ou meio de tutela dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente (BARACHO, 2008, p.12-13).

BARACHO (2008, p.14) assenta, ainda, que o direito processual tem linhagem constitucional, calcada nos direitos de ação e de defesa, alicerçados no devido processo legal, de modo a dar maior significação à proteção efetiva dos direitos processuais, em todas as instâncias, visando tutelar o princípio da supremacia constitucional e protegendo os direitos fundamentais.

Mais uma vez, escudados na doutrina de Baracho, podemos dizer que a teoria constitucionalista do processo toma por base a idéia primeira da supremacia das normas da Constituição sobre as normas processuais. Considera o processo uma importante garantia constitucional, daí a razão pela qual surge consolidada nos textos das Constituições do moderno Estado Democrático de Direito, sufragando o direito de as pessoas obterem a função jurisdicional do Estado, segundo a metodologia normativa do processo constitucional. A viga-mestra do processo constitucional é o devido processo legal, cuja concepção é desenvolvida tomando-se por base os pontos estruturais adiante enumerados, que formatam o devido processo constitucional ou modelo constitucional de processo: *a) o direito de ação (direito de postular a jurisdição); b) o direito de ampla defesa; c) o direito ao advogado ou ao defensor público; d) o direito à produção da prova; e) o direito ao processo sem dilações indevidas, de sorte a ser obtida uma decisão jurisdicional em prazo razoável; f) o direito a uma decisão proferida por órgão jurisdicional previamente definido no texto constitucional (juízo natural ou juízo constitucional) e fundamentada no ordenamento jurídico vigente (reserva legal); g) o direito ao recurso, na perspectiva de coextensão do direito de ampla defesa (BRÊTAS, 2015, p.118).*

BARACHO (1984, p.125) assevera que *“a condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo toma o nome de Direito*

Processual Constitucional". O autor ainda aduz que a aproximação entre Constituição e processo fez surgir a expressão Direito Constitucional Processual ou Direito Processual Constitucional, como preferem alguns autores. Ivo DANTAS²⁷ salienta que há intensas discussões sobre essas terminologias.

[...] estabelecer-se a diferenciação entre *Direito Processual Constitucional* e *Direito Constitucional Processual*, pelo visto, não é matéria de fácil solução, sobretudo, por se tratar de matéria de cunho *epistemológico* razão pela qual qualquer que seja a proposta apresentada, sempre encontrará concordâncias e/ou discordâncias. A nosso ver, poderíamos afirmar que o Direito Processual Constitucional traz consigo dois objetos de análise, a saber:

a) - preocupa-se com a denominada Jurisdição ou Tribunal Constitucional (composição, mandato, formas de indicação de seus membros) e com as ações que visam à integridade e defesa da própria Constituição, ou seja, aquelas que hoje formam o Controle de Constitucionalidade (concentrado e difuso);

b) – consagração de ações tipicamente constitucionais e que dizem respeito à Jurisdição constitucional das liberdades - denominadas de Ações ou Remédios Constitucionais – exatamente, aqueles que visam tornar efetivos os Direitos Individuais e Coletivos, constitucionalmente assegurados. Aqui, encontramos, como exemplos históricos, o Habeas Corpus e o Mandado de Segurança, ao lado dos quais, e especialmente no caso brasileiro, acrescentem-se os institutos do Habeas Data, Mandado de Injunção, Ação Civil Pública, os quais deverão levar em consideração as diferentes denominações consagradas em variados sistemas jurídicos, para ações com os mesmos objetivos.

O Direito Constitucional Processual volta-se para o estudo das Garantias principiológicas do *processo* e do *procedimento*, ou seja, à análise do *Due process of Law*. Pode-se ainda fazer referência ao Direito Constitucional Judicial, tendo com o objeto o Poder Judiciário e sua estrutura, garantias da Magistratura, estrutura e garantias do Ministério Público, e as Funções Essenciais à Justiça (DANTAS, 2013, p.324-326).

Insta salientar que CATTONI (2013, p. 236) aduz que o Direito Constitucional é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, estabelecendo os métodos por meio dos quais todas as demais normas serão produzidas. Assim, a distinção entre Direito Processual Constitucional e Direito Constitucional Processual sob o prisma da teoria constitucional do Direito Brasileiro não faz sentido, uma vez que não há Direito Processual que não deva ser constitucional.

²⁷ Recomenda-se a leitura do artigo do autor sobre o tema, publicado na Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, v. 85, n. 2, 2013: DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL E DIREITO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL: UM DEBATE EM ABERTO.

4.2 O modelo brasileiro de processo constitucional

Conforme se observa, a Constituição de 1988 testemunhou diversas garantias processuais, as quais visam dar eficácia e efetividade aos direitos fundamentais que nela foram preconizados, criando, por assim dizer, uma inarredável afinidade entre o processo e a Constituição.

Diante disso, tem-se um modelo constitucional de direito processual civil brasileiro alicerçado nos princípios constitucionais, organização judiciária, funções essenciais à justiça e procedimentos jurisdicionais constitucionalmente diferenciados.

Sendo o direito processual civil um ramo do direito público, porque, em última análise, voltado ao estudo da atividade-fim do Poder Judiciário, o exercício da função jurisdicional, evidencia-se a indispensabilidade de seu estudo dar-se a partir da CF. É ela – e não as leis – que moldam o “ser” (ou melhor, o dever-ser) do Estado brasileiro. A afirmação revela muito sobre o método a ser empregado para o estudo do direito processual civil. Estudar direito processual civil a partir da CF é, antes de tudo, extrair tudo o que ela contém sobre o direito processual civil. Todas as normas constitucionais de direito processual civil que criam o modelo de organização e de atuação do Estado-juiz. Criam no sentido de impor o modelo – não apenas um, qualquer um, mas o modelo – a ser necessariamente observado pelo intérprete e pelo aplicador do direito processual civil. Trata-se, destarte, de uma imposição constitucional. As normas constitucionais, todas elas, devem ser acatadas inclusive no que diz respeito à estruturação do Estado-juiz e da forma de sua atuação para o atingimento de suas finalidades, o que, aliás, é eloquentemente designado, não por acaso pelo inciso LIV do art. 5º da própria CF, como devido processo legal. Se o texto constitucional tivesse substituído o adjetivo legal por constitucional, pouco mais seria necessário acrescentar. Observar “o modelo constitucional do direito processual civil”, destarte, não é uma escolha teórica ou filosófica. Não é uma corrente de pensamento que dependa da adesão deste ou daquele autor, desta ou daquela doutrinadora. Como toda boa norma constitucional, sua observância é impositiva, sob pena de inconstitucionalidade (BUENO, 2016, p. 41).

Na perspectiva constitucional, positivada no Novo Código, há necessidade de se fazer uma releitura dos princípios constitucionais processuais, principalmente do princípio do contraditório.

Com efeito, BRÊTAS (2015, p.182) ressalta o acórdão pioneiro do Supremo Tribunal Federal, enfatizando o processo constitucional (MS 24268, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2004, DJ 17-09-2004).

A partir do importante precedente do Supremo Tribunal Federal dantes transcrito, estabelecendo conexão entre os princípios do contraditório, da ampla defesa e o da fundamentação das decisões jurisdicionais, revelam-se

desvinculados do Estado Democrático de Direito pronunciamentos decisórios que entendam estar dispensado o órgão julgador de apreciar alguns dos argumentos e questões suscitados pelas partes no processo, como, por exemplo, decidiu o Tribunal Regional Federal da Primeira Região, sediado em Brasília (DF), em acórdão assim ementado: “*Não se pode exigir que o órgão julgador aprecie todos os pontos elencados pelas partes para defesa de sua tese, bastando que indique os motivos que embasaram sua convicção*”²⁸ [...] Entretanto, a nosso ver, com todo o respeito, em face do que vem ocorrendo a doutrina que se esmera no estudo do processo constitucional e decidindo o Supremo Tribunal Federal nos acórdãos anteriormente transcritos, agridem grosseiramente a garantia do devido processo constitucional e o princípio do Estado Democrático de Direito. Dita garantia (devido processo constitucional) e apontado princípio (Estado Democrático de Direito) não permitem ao juiz pinçar ou selecionar as questões e argumentos que decidirá, segundo seu critério subjetivo, por mais talentoso que seja, escolhendo aqueles pontos que seus entendidos dotes intelectualmente superiores ou sua mente prodigiosa entendam serem apreciáveis, como se os órgãos estatais julgadores possuíssem uma espécie de privilégio seletivo da cognição, que a Constituição Federal, sem sombra de dúvida, não lhes outorga. Tem-se, então, a nosso ver, a partir daí, espécie de *manicômio jurisprudencial*, quando os acórdãos lavrados pelos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e pelos Tribunais Regionais Federais desconhecem sumariamente a jurisprudência constitucional, atentando contra a ordem jurídica constitucional, a estabilidade do direito e a segurança jurídica (BRÊTAS, 2015, p.184).

O CPC é enfático, estabelecendo que, ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência (art. 8º). Trata-se da função social do processo.

MARINONI, ARENHART e Daniel MITIDIERO (2015), comentando o dispositivo em questão, ensinam que

Fins sociais e bem comum. A identificação de finalidade exige a prévia identificação da função. Especificamente, a função do processo civil no Estado Constitucional. O processo civil serve para dar tutela aos direitos em uma dupla dimensão: prover justiça para o caso concreto e prover razões capazes de tornar o direito, a partir do caso concreto, menos indeterminado. Daí que a exigência de aplicação do ordenamento jurídico de acordo com os fins sociais e com as exigências do bem comum não pode significar outra coisa senão aplicação do ordenamento jurídico processual – que aqui nos interessa - sem o desvirtuamento de sua função. A subordinação da aplicação da ordem jurídica a fins sociais e ao bem comum, portanto, não importa previsão de fins outros que não aqueles assinalados pela sua função dentro do ordenamento jurídico ao processo civil (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, s/p.).

DEL NEGRI (2008, p.103) salienta a importância de se adotar um modelo constitucional de processo, o qual passa a exercer uma função irradiadora sobre o

²⁸ Acórdão lavrado no julgamento de embargos de declaração na apelação cível n.º 2005.33.00.004097-4/BA, Rel. Des. Maria do Cardoso, publicado em 05.03.2007.

Direito, gerando uma remodelagem do direito processual²⁹. Este deve ser estudado e integrado com os princípios constitucionais. Assim, a Constituição representa o documento catalisador das exigências processuais modernas, de modo a ter o processo como um sistema de garantia dos direitos fundamentais.

²⁹ Em razão disso, o autor assevera que o processo não pode mais ter sua finalidade reduzida e confundida com uma mera sequência de atos coordenados, como desejam os adeptos da corrente instrumentalista.

5 A RELEITURA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

5.1 Princípio do devido processo legal

O devido processo legal³⁰ é o ponto de partida para o estudo dos princípios³¹, principalmente na vertente de processo constitucional, uma vez que se afigura como corolário do Estado Democrático de Direito.

O art. 5º, LIV da CR/88 dispõe que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. “*O devido processo legal é uma garantia contra o exercício abusivo do poder, qualquer poder*” (DIDIER JR., 2015, p. 63).

Genericamente, o princípio do *due process of law* caracteriza-se pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, vale dizer, tem-se o direito de tutela àqueles bens da vida em seu sentido mais amplo e genérico. Tudo o que disser respeito à tutela da vida, liberdade ou propriedade está sob a proteção da *due process clause* (NERY, 2016, p.108).

Aplica-se a qualquer tipo de processo, seja jurisdicional, legislativo ou administrativo.

O princípio do devido processo legal é originário do inglês *due process of law* e, a partir do acesso à jurisdição, representa o direito de deduzir pretensão e de se defender amplamente em juízo, bem como o direito a um pronunciamento judicial final, com respeito ao contraditório e a paridade de armas dos participantes.

[...]

O devido processo legal (estrutura normativa metodológica) pode ser melhor compreendido em conjunto com o devido processo constitucional

³⁰ A locução “devido processo legal” corresponde à tradução para o português da expressão inglesa “*due process of law*”. *Law*, porém, significa *Direito*, e não lei (“*statute law*”). A observação é importante: o processo há de estar em conformidade com o *Direito* como um todo, e não apenas em consonância com a lei. “Legal”, então, é adjetivo que remete a “Direito”, e não a lei. Há outras traduções da expressão inglesa. Os portugueses optaram por “processo equitativo”; os italianos, por *processo giusto*. Na Europa, utiliza-se muito também a expressão *fair trial*. Desse enunciado normativo, extrai-se o *princípio do devido processo legal*, que confere a todo sujeito de direito, no Brasil, o *direito fundamental a um processo devido (justo, equitativo etc.)*. Processo é método de exercício de poder normativo. As normas jurídicas são produzidas após um processo (conjunto de atos organizados para a produção de um ato final). As leis, após o *processo legislativo*; as normas administrativas, após um *processo administrativo*; as normas individualizadas jurisdicionais, enfim, após um *processo jurisdicional*. Nenhuma norma jurídica pode ser produzida sem a observância do devido processo legal. Pode-se, então, falar em *devido processo legal legislativo, devido processo legal administrativo e devido processo legal jurisdicional* (DIDIER JR., 2015, p. 63).

³¹ Os princípios e garantias processuais inseridos no ordenamento constitucional, por conta desse movimento de “constitucionalização do processo”, não se limitam, no dizer de Luigi Paolo Comoglio, a “reforçar do exterior uma mera ‘reserva legislativa’ para a regulamentação desse método [em referência ao processo como método institucional de resolução de conflitos sociais], mas impõem a esse último, e à sua disciplina, algumas condições mínimas de legalidade e retidão, cuja eficácia é potencialmente operante em qualquer fase (ou momento nevrálgico) do processo” (Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali. Studi in onore di Luigi Montesano, v. II, p. 87-127, Padova, Cedam, 1997, p. 92) (Exposição de motivos, nota n.º 9).

(disciplina constitucional principiológica), que representa os pilares do Estado Democrático de Direito, inadmitindo o fato de o processo ser instrumento para a realização da justiça entre os homens, já que os provimentos estatais só serão considerados legítimos quando construídos em participação isonômica, em contraditório e em ampla defesa, pelos seus próprios destinatários (ZANDONA, 2014, p. 83).

De origem inglesa, o devido processo legal possui um conteúdo mínimo, que abarca o princípio do contraditório e ampla defesa, princípio da isonomia, princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, princípio do juiz natural, princípio da proibição da prova ilícita, princípio da publicidade, princípio da duração razoável do processo, motivação das decisões judiciais, dentre outros.

O conteúdo mínimo do devido processo legal edificado ao longo dos séculos de estudo não esvaziou sua cláusula geral, que permanece útil e em vigor. Contudo, não é suficiente para a solução dos problemas contemporâneos razão pela qual a construção do devido processo legal é obra eternamente em progresso (DIDIER JR., 2015, p. 66).

No Estado Democrático de Direito, o princípio do devido processo legal afere-se como devido processo constitucional.

5.2 Princípio do devido processo constitucional

A doutrina vem sustentando que dentro de um ambiente de processo democrático, o devido processo legal³² deve ser compreendido e interpretado como devido processo constitucional, *“que é aglutinador de direitos e garantias fundamentais explícita e implicitamente elencados na Constituição de 1988”* (ZANDONA, 2014, p.121).

[...] o devido processo legal, principal alicerce do processo constitucional ou modelo constitucional do processo, considerado este a principiologia metodológica constitucional de garantia dos direitos fundamentais, deve ser entendido como um bloco aglutinante e compacto de vários direitos e

³² O pressuposto do exercício e garantia do *due process of law* era o acusado ou lesado ser homem livre como seus pares que viessem a proferir o julgamento, isto é: a paridade definia-se pela condição socioeconômico-política entre pessoas e não por lei escrita pelo povo constituinte que a todo povo igualasse por simétrica paridade processual. Aqui, a expressão devido processo legal quer significar o modo (processo) imposto (devido) pela lei natural de igualdade entre iguais revelada pelo Rei. No sistema *common Law*, a lei que preconizava o *due process of* era, e ainda é, a lei moral dos juízes ou da razão natural taumaturga e não a lei como instituição jurídico-popular em bases processuais de produção do Direito Democrático. No seu nascedouro, o *due process of* era um direito revelado e instituído pelo monarca e devido aos pares pela judicção dos juízes e não direito fundamental (de fundamentos construídos, garantidos e constitucionalizados democraticamente e legitimadores da Jurisdição) (LEAL, 2008, p. 51-52).

garantias fundamentais inafastáveis, ostentados pelas pessoas do povo (partes), quando deduzem pretensão à tutela jurídica nos processos, perante os órgãos jurisdicionais: a) direito de amplo acesso à jurisdição, prestada dentro de um tempo útil ou lapso temporal razoável; b) garantia do juízo natural; c) garantia do contraditório; d) garantia da ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela (defesa) inerentes, aí incluído o direito à presença de advogado ou defensor público; e) garantia da fundamentação racional das decisões jurisdicionais, com base no ordenamento jurídico vigente (reserva legal); f) garantia de um processo sem dilações indevidas. Dentro desse equacionamento democrático e constitucional, afastando-se, de uma vez por todas, a ideia de que a decisão jurisdicional deva ser orientada por hercúleos critérios subjetivos do julgador (BRETAS, 2015, p.167-168).

O processo deve obediência às garantias constitucionais do processo (consectárias do devido processo legal), por isso a expressão devido processo constitucional é vista como instituição regenciadora de todo e qualquer procedimento (devido processo legal), a fim de tutelar a produção de provimentos, seja administrativo, legislativo ou judicial (DEL NEGRI, 2008, p.118).

O devido processo constitucional visa dar concretude à legitimidade democrática das decisões judiciais ou administrativas.

5.3 Princípio da duração razoável do processo

O art. 4º do CPC prevê que as partes têm o direito de obter em prazo razoável³³ a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa. Ou seja, o princípio abarca, também, a fase executiva.

De acordo com o CPC (art.139, II), o Juiz deve velar pela duração razoável do processo.

A CR/88, no art. 5.º, LXXVIII, diz que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação³⁴.

O CPC traz uma série de medidas visando dar celeridade ao processo, como, por exemplo, a concentração de todas as teses de defesa em uma única peça

³³ A preocupação com a duração razoável do processo não é só brasileira, a discussão alcançou nível mundial, com presença de dispositivos específicos sobre o tema em diplomas normativos supranacionais, como o art. 8.º, item 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica); o art. 6.º, item 1, da Convenção Europeia de Direitos do Homem; e também o art. 7.º, item 1, alínea d, da Carta Africana dos Direitos dos Homens e dos Povos (CARNEIRO, 2016).

³⁴ “Acrescido à Constituição pela EC n.º 45/2004, na tentativa de impedir que a justiça tardia não se converta em injustiça. O problema está em saber o que significa `razoável duração do processo`, bem como quais os meios para assegurar a rapidez de seu trâmite. Oxalá o legislador logre êxito de esclarecer o ponto” (BULOS, 2015, p. 399).

processual; a previsão de realização de uma série de atos processuais por meios eletrônicos (inclusive citação); a tutela da evidência, lastreada em prova documental inequívoca a que o réu não oponha contraprova adequada; o incidente de resolução de demandas repetitivas, entre outros.

5.4 Princípio da boa-fé processual

O CPC prevê no art. 5º o princípio da boa-fé objetiva, estabelecendo que aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé. *“A boa-fé processual induz a previsibilidade e a geração de expectativas legítimas, e um comportamento probo pelas partes e pelo judiciário”* (THEODORO JR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2015, p. 190).

Para que o processo de fato mereça o qualificativo de democrático/*justo*, e se torne real o clima de colaboração entre o juiz e as partes, a nova lei impõe uma conduta leal e de boa-fé, não só dos litigantes, mas também do magistrado, a quem se atribuíram os deveres de *esclarecimento*, de *diálogo*, de *prevenção* e de *auxílio* para com os sujeitos interessados na correta composição do conflito, criando-se um novo ambiente normativo contrafático de indução à comparticipação (em decorrência dos comportamentos não cooperativos) (THEODORO JR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2015, p. 92).

O princípio traz a proteção da confiança que deve ser externada pelas partes e pelo juízo. *“Consiste em exigir do agente a prática do ato jurídico sempre pautado em condutas normativamente corretas e coerentes, identificados com a ideia de lealdade e lisura, conferindo-se segurança às relações jurídicas”* (THEODORO JR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2015, p.184).

Outro princípio fundamental do processo é a boa-fé objetiva (art. 5º; FPPC, enunciado 374: “O art. 5º prevê a boa-fé objetiva”). Não se trata, pois, apenas de se exigir dos sujeitos do processo que atuem com boa-fé subjetiva (assim entendida a ausência de má-fé), mas com boa-fé objetiva, comportando-se de maneira como geralmente se espera que tais sujeitos se conduzam. A vedação de comportamentos contraditórios (*nemo venire contra factum proprium*), a segurança resultante de comportamentos duradouros (*supressio e surrectio*), entre outros corolários da boa-fé objetiva são expressamente reconhecidos como fundamentais para o desenvolvimento do processo civil. A boa-fé processual orienta a interpretação da postulação e da sentença, permite a imposição de sanção ao abuso de direitos processuais e às condutas dolosas de todos os sujeitos do processo e veda seus comportamentos contraditórios (FPPC, enunciado 378). Pense-se, por exemplo, no caso de o juiz ter indeferido a produção de uma prova requerida pelo demandante, ao fundamento de que tal prova se destinaria a demonstrar um fato que já estaria comprovado. Posteriormente, o pedido é julgado improcedente, ao fundamento de que aquele mesmo fato não estaria provado, sendo do autor o ônus probatório. Essas são condutas

contraditórias e, por isso mesmo, contrárias ao princípio da boa-fé objetiva. Não se admite que o juiz assim proceda (FPPC, enunciando 375: “O órgão jurisdicional também deve comportar-se de acordo com a boa-fé objetiva”). Em casos assim, ou realmente o fato está provado e, por conseguinte, a sentença de improcedência por falta da prova está errada, ou o fato não está provado, e nesse caso seria imperioso reabrir-se a atividade probatória para não surpreender-se a parte que originariamente tivera prova indeferida (FPPC, enunciado 376: “A vedação do comportamento contraditório aplica-se ao órgão jurisdicional”) (CÂMARA, 2015. p. 7-8).

A aplicação do princípio na seara processual não se restringe somente às partes, mas também a juízes e tribunais.

5.5 Princípio da cooperação

O art. 6º do Código de Processo Civil dispõe que todos os sujeitos do processo devem cooperar³⁵ entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Até mesmo quando uma demanda judicial possa vir a gerar prejuízo aos relacionamentos, laços fundamentais e eventualmente afetivos existente entre os litigantes, “*É costume arraigado da sociedade brasileira tratar das controvérsias como uma disputa entre partes em busca de uma decisão (modelo conflitual – ganha/perde)*” (BACELLAR, 1999, p.128).

O sistema processual brasileiro é um ambiente no qual prevalecem os interesses não cooperativos de todos os sujeitos processuais. O juiz imerso na busca por otimização numérica de seus julgados e as partes (e seus advogados) no âmbito de uma litigância estratégica (agir estratégico) com a finalidade de obtenção de êxito. Esta patologia de índole fática não representa minimamente os comandos normativos impostos pelo modelo constitucional de processo, nem mesmo os grandes propósitos que o processo, como garantia, deve ofertar. Ao se partir desta constatação cabe ao direito, dentro de seu pressuposto contrafático, ofertar uma base normativa que induza um comportamento de diálogo genuíno no qual estes comportamentos não cooperativos sejam mitigados. Isto induz a assunção do processo como um *locus* normativamente condutor de uma comunidade de trabalho, na qual todos os sujeitos processuais devam atuar em viés interdependente e auxiliar, com responsabilidade, na construção dos pronunciamentos judiciais e em sua efetivação (THEODORO JR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2015, p. 69).

³⁵ O princípio da cooperação é um desdobramento do princípio moderno do contraditório assegurado constitucionalmente, que não mais pode ser visto apenas como garantia de audiência bilateral das partes, mas que tem a função democrática de permitir a todos os sujeitos da relação processual a possibilidade de influir, realmente, sobre a formação do provimento jurisdicional. É, também, um consectário do princípio da boa-fé objetiva, um dos pilares de sustentação da garantia constitucional do processo justo, como já se viu (THEODORO JR., 2016).

De ver-se que os profissionais são mais valorizados quando atuam de forma contenciosa, os próprios advogados e magistrados, em sua maioria, valorizam mais a atuação adversarial (BACELLAR, 2012, s/p.).

Pelo novo Código, a cooperação incumbe a todos os atores do processo (juiz, promotor, serventuários, advogados) e não apenas às partes. No entanto, não se trata da aplicação da cooperação/colaboração das partes entre si e com o juiz, nem mesmo de uma visão romântica que, baseada na convicção de que por vínculos de solidariedade ou afetivos, as pessoas no processo queiram chegar ao resultado mais correto para o ordenamento jurídico. As partes querem ganhar o processo. Por outro lado, o juiz quer dar vazão à sua sobrecarga de trabalho (THEODORO JR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2015, p. 70).

Em caráter contrafático (inibidor dos referidos comportamentos) se trata de uma releitura democrática normativa da cooperação em perfil participativo, que leva a sério o contraditório como influência e não surpresa, de modo a garantir a influência de todos na formação e satisfação das decisões e inibir aqueles atos praticados em má-fé processual. A correção normativa, que se extrai da participação (ou cooperação, desde que relida em perspectiva democrática), afasta as visões estatistas e tenta primar por um comportamento objetivamente vinculado à boa-fé. Nestes termos, não é possível mais ler, sob a égide do Novo CPC, a cooperação como singela colaboração, como realizado pela doutrina legatária da socialização processual (que advoga o protagonismo do Estado-Juiz tão somente na aplicação do Direito). É preciso ler a referida cooperação, como corolário do contraditório como garantia de influência (THEODORO JR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2015, p.70-71).

A cooperação deve estar presente do início ao fim do processo.

5.6 Princípio da publicidade

A primeira parte do art.11 do CPC reproduz o princípio da publicidade, estabelecendo que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, sob pena de nulidade.

O art. 93, IX, da CR/88 estabelece que o segredo de justiça só pode ser imposto por lei em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado não prejudique o interesse público à informação.

O art.5º, LX, da CR/88 estabelece que a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse público o exigirem.

Portanto, a lei não pode suprimir a publicidade, mas apenas restringi-la.

Ponto fundamental da democracia representativa é a transparência da conduta dos agentes públicos em geral, eleitos ou não, com a possibilidade da fiscalização pelos cidadãos de seus atos, que, em regra, deverão ser públicos e acessíveis a todos do povo. A publicidade serve de antídoto para evitar abusos, desencoraja-os; permite a identificação das partes dos processos, evitando privilégios, além de estimular a confiança da população na justiça do seu país. Releva destacar que, no âmbito judicial, a publicidade constitui elemento essencial para o controle das partes e da opinião pública no que se refere ao cumprimento em geral das garantias fundamentais estabelecidas na Constituição Federal. Justamente por isso é estabelecida a ampla publicidade dos atos processuais, salvo hipóteses excepcionais (CARNEIRO, 2016, s/p.)

Qualquer cidadão, independentemente de interesse na causa, tem o direito de assistir aos julgamentos, obter cópias de processo, acessar os andamentos e o conteúdo das decisões judiciais, ressalvadas as hipóteses de segredo de justiça previstas em lei.

Do ponto de vista constitucional, a publicidade ainda está umbilicalmente ligada à fundamentação das decisões. Fato que é objeto de abordagem específica no estudo da fundamentação (item 6.2).

6 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO COMO DIREITO DE INFLUÊNCIA E O PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO COMO GARANTIA DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES

6.1 Origens do Princípio do contraditório

O princípio do contraditório está sendo analisado juntamente com o princípio da fundamentação, porque é nesta que se verifica se a decisão proferida integrou ou não o contraditório.

O princípio do contraditório, ao longo da história, sempre teve seu valor perante a civilização. Tanto que se liga a sua origem à bíblia (Gênesis 3:9-13), quando Deus chamou Adão para dar explicações (defesa) sobre a degustação do fruto proibido.

TUCCI (2010) afirma ser o princípio do contraditório “eterno”.

O princípio constitucional do contraditório - e o seu desdobramento na garantia do direito de defesa - corresponde a um postulado considerado "eterno" e, mais do que qualquer outro, "encarna no seio das mais diferentes culturas jurídicas, dois mil anos de história processual". Realmente, nenhuma restrição de direitos pode ser admitida sem que se propicie à pessoa interessada a produção de ampla defesa (*nemo inauditus damnari potest*), e, conseqüentemente, esta só poderá efetivar-se em sua plenitude com o estabelecimento da participação ativa e contraditória dos sujeitos parciais em todos os atos e termos do processo. É o que, aliás, ampliando, explicitamente, tradicional regra de nosso ordenamento jurídico, a atual Constituição Federal reitera no inciso LV do art. 5º: "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". O processo judicial, como instituição eminentemente dialética, em qualquer de suas vertentes, encontra-se sob a égide do princípio do contraditório. Não se faz possível conceber um processo unilateral, no qual atue somente uma parte, visando à obtenção de vantagem em detrimento do adversário, sem que se lhe conceda oportunidade para apresentar as suas razões. Se não deduzi-las, a despeito de ter sido convocado, sofrerá os ônus da inatividade, situação que lhe poderá ser fatal, embora não obrigatoriamente, como resultado inevitável. O contraditório, ademais, deve igualmente ser observado no desenvolvimento do processo, para que ambos os protagonistas, em franca colaboração com o juiz, possam efetivamente participar e influir no provimento final (TUCCI, 2010, s/p.).

ARRUDA ALVIM (2016) remonta a origem dogmática do princípio do contraditório, colacionando dados históricos. Esclarece o professor que o jurista francês Hugo Donellus, no fim da idade média (1.590), na sua obra Opera Omnia, tomo IV, livro 23, *caput*, 299, nota 1, diz que o contraditório teria começado na bíblia,

quando Deus chamou Adão para dar contas do que havia feito (ARRUDA ALVIM, 2016).

Um aspecto a que se refere como curiosidade histórica, por exemplo, no Tribunal Cameral da Alemanha em 1.495, era o demandado obrigado a comparecer. No Brasil, todos os Códigos estaduais que antecederam o código de processo civil de 1.939, bem como o regulamento 737, davam o processo como formado, quando da acusação da citação em audiência, porque, na verdade, nesse tempo, o processo era predominantemente categorizado como um contrato ou quase contrato (ARRUDA ALVIM, 2016).

Com a regulamentação daqueles estados que viriam a ser a Alemanha, de 1.654, há um desfalecimento histórico do princípio do contraditório. Ali, firmou-se o princípio na desnecessidade de presença do réu para sua condenação. Na verdade, valia apenas aquilo que o autor unilateralmente tivesse conduzido e provado, cabendo ao juiz ao final sentenciar, com base nos fatos e provas existentes, tais como feitas pelo autor. Isto foi, na verdade, um desfalecimento histórico (ARRUDA ALVIM, 2016).

Sinteticamente, o contraditório envolve o direito de ser comunicado ativa e passivamente, isto é, contraditório e ampla defesa. Uma posição ativa e uma posição passiva com os mesmos reconhecimentos de exercer a sua postulação no âmbito do contraditório. O direito de obter uma resposta adequada. Isto repercute na idoneidade da fundamentação, no direito de provar e no direito de influir nas decisões. O teste, como dito, está na fundamentação. Há um acórdão, da corte constitucional alemã, que é bastante expressivo. Ele disse que a pretensão de tutela jurídica envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (vol. 70 das publicações da Corte Constitucional Alemã). Há um grande número de autores que convergem para essa posição (ARRUDA ALVIM, 2016).

No Brasil, houve previsão do princípio do contraditório na Constituição de 1824 (art.179, n.11 e 17), de 1891 (art.72 § § 15, 16 e 23); de 1934 (art.113, n. 24 a 27); de 1946 (art.141, § § 25 a 27); de 1967 (art.150, § § 15 e 16); na Emenda Constitucional n.1/69 (art.153, § § 15 e 16). Em todas essas constituições, o princípio do contraditório não alcançava, de modo expresse, os processos civil e administrativo. Apenas em relação ao processo penal aplicava-se referida garantia.

A partir de 1988, a inovação foi profunda e significativa, porque se ampliou a abrangência do contraditório, sendo previsto expressamente no texto constitucional a sua aplicação ao processo penal, civil e administrativo (BULOS, 2015, p. 299).

Insta salientar que a importância e dimensão dos estudos do princípio do contraditório, a partir da obra do jurista italiano Elio FAZZALARI, levou à reconstrução do conceito de processo e de procedimento³⁶.

O conceito de processo passa a ser concebido como o procedimento em contraditório em simétrica paridade entre partes³⁷.

o “procedimento” se verifica quando se está de frente a uma série de normas, cada uma das quais reguladora de uma determinada conduta (qualificando-a como lícita ou obrigatória), mas que enunciam como condição da sua incidência o cumprimento de uma atividade regulada por outra norma da série, e assim por diante, até a norma reguladora de um “ato final”.

Se, pois, o procedimento é regulado de modo que dele participem também aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos – de modo que o autor dele (do ato final, ou seja, o juiz) deve dar a tais destinatários o conhecimento da sua atividade, e se tal participação é armada de modo que os contrapostos “*interessados*” em sentido estrito – e aqueles que queiram evitá-lo, ou seja, os “*contra-interessados*”) estejam sob plano de simétrica paridade, então o procedimento compreende o “contraditório”, faz-se mais articulado e complexo, e do *genus* “procedimento” é possível extrair a *species* “processo”. (FAZZALARI, 2006, p.93-94)

PELLEGRINI (2003) assevera que, de acordo com FAZZALARI, há uma espécie de gênero procedimento que possui o contraditório como elemento definidor de sua estrutura.

O processo, como procedimento em contraditório, exige que os interessados e os contrainteressados – entendidos como os sujeitos do processo que suportarão o resultado favorável ou desfavorável do provimento – participem em simétrica paridade do iter procedimental, para a

³⁶ Pode-se falar do procedimento como um gênero, de que o processo seria uma espécie. Nesse sentido, processo é o procedimento estruturado em contraditório. A exigência do contraditório, porém, seria um requisito de validade do processo, não um elemento indispensável para a sua configuração: processo sem contraditório não é processo inexistente, mas, sim, processo inválido. O processo como procedimento em contraditório é um conceito útil para a elaboração de teorias particulares do processo, aptas à explicação do direito processual em países democráticos, como é o caso do Brasil. Sucede que, atualmente, ao menos em países democráticos, é muito rara, talvez inexistente, a possibilidade de atuação estatal (ou privada, no exercício de um poder normativo) que não seja “processual”; ou seja, que não se realize por meio de um procedimento em contraditório. Já se fala, inclusive, de um direito fundamental à processualização dos procedimentos (todo procedimento deve ser estruturado em contraditório): “que sustenta a processualização de âmbitos ou atividades estatais ou privadas que, até então, não eram entendidas como susceptíveis de se desenvolverem processualmente, desprendendo-se tanto da atividade jurisdicional, como da existência de litígio, acusação ou mesmo risco de privação da liberdade ou dos bens” (DIDIER JR., 2015, s/p.).

³⁷ Referida teoria não é objeto desta pesquisa, por isso sua menção de maneira sucinta, uma vez que trata-se do eterno debate sobre os conceitos de processo e procedimento.

formação do provimento. [...] A adoção da teoria do processo como procedimento em contraditório funda-se na adoção do paradigma do Estado Democrático de Direito, mas ela deve ser compreendida a partir deste marco definidor e da compreensão do Modelo Constitucional do Processo, pois o processo se estrutura a partir da atuação participada dos afetados pela decisão (PELLEGRINI, 2003, s/p.).

Há ainda a teoria neoinstitucionalista do processo, de autoria de Rosemiro Pereira Leal, pelo que, sobre a discussão do tema, sugere-se a leitura da referida obra.

6.2 A positivação do Contraditório tridimensional no Novo Código de Processo Civil – a superação da dicotomia “bilateralidade de audiência” e o estabelecimento de legitimidade democrática às decisões judiciais

A perspectiva constitucional implementada pelo CPC leva à releitura do princípio do contraditório.

O art.5º, LV, da CR/88 estabelece que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

O princípio do contraditório, por muito tempo, foi compreendido como a mera bilateralidade de audiência, consubstanciado na intimação dos atos processuais e possibilidade de manifestação das partes. Muitos doutrinadores e alguns julgados, mesmo após a entrada em vigor do novo Código, ainda consideram o contraditório como mera bilateralidade da audiência³⁸.

Nessa vertente, para a realização/cumprimento do princípio do contraditório, bastava apenas o cumprimento do binômio conhecimento-reação.

³⁸ Ocorre que, segundo pensamos, a partir da vigência do Código de Processo Civil de 1973, o Brasil foi acometido por espécie de *processomania*, mal degenerativo da ciência do direito processual, que se tornou o gerador da produção de textos doutrinários depauperados ou anêmicos de conteúdo científico, negligenciando a concepção do processo como garantia das pessoas, pois voltados unicamente para a malsinada e infecciosa prática forense ou para concursos públicos destinados ao preenchimento de cargos ligados à carreira jurídica. Referidos textos combinaram em reduzir o alcance do contraditório, qualificando-o, resumidamente, como ciência bilateral dos atos e termos do processo e possibilidade das partes de contrariá-los, vale dizer, um simples dizer pelo autor na petição inicial e um mero contradizer pelo réu na defesa. Sem dúvida, a partir de então, sedimentou-se, nos arrazoados forenses, nas sentenças e nos acórdãos, uma ideia raquítica do contraditório que, na sua atual dimensão técnico-científica, não se esgota nas referidas concessões restritivas. Porém, hodiernamente, o contraditório não é apenas a ciência bilateral e contrariedades dos atos e termos processuais e possibilidade que as partes têm de contrariá-los, em perspectivas técnica e cientificamente tacanha (BRÊTAS, 2015, pp.125-126).

Para a efetivação do princípio, restavam cumprir duas exigências básicas: dar ciência aos réus, executados e interessados, da existência do processo, e aos litigantes de tudo o que nele se passa; e a de permitir-lhes que se manifestem, que apresentem suas razões, que se oponham à pretensão do adversário (GONÇALVES, 2016, s/p.).

Do ponto de vista do seu conteúdo, o direito ao contraditório por muito tempo foi identificado com a simples bilateralidade da instância, dirigindo-se tão somente às partes. Dentro desse quadro histórico, o contraditório realizava-se apenas com a observância do binômio conhecimento-reação. Isto é, uma parte tinha o direito de conhecer as alegações feitas no processo pela outra e tinha o direito de, querendo, contrariá-las. Semelhante faculdade estendia-se igualmente à produção da prova. Trata-se de feição do contraditório própria à cultura do Estado Legislativo, confinando as partes no terreno das alegações de fato e da respectiva prova. Nessa linha, o órgão jurisdicional nada tinha que ver com a realização do direito ao contraditório, na medida em que apenas os litigantes seriam os seus destinatários (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 107).

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

O contraditório contemporâneo encontra-se escorado em duas linhas mestras: a vedação às decisões surpresa – corolário do direito de participação – e o direito de influenciar a decisão judicial, a qual tem no dever judicial de motivar a decisão o seu escudo protetor. Todavia, nenhuma das perspectivas assinaladas será desenvolvida se o processo não for pautado na paridade de armas e na cooperação entre os sujeitos processuais (CARNEIRO, 2016, s/p.).

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

O princípio do contraditório pode ser decomposto em duas garantias: participação (audiência, comunicação, ciência) e possibilidade de influência na decisão. A garantia da participação é a dimensão formal do princípio do contraditório. Trata-se da garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo. Esse é o conteúdo mínimo do princípio do contraditório e concretiza a visão tradicional a respeito do tema.

De acordo com esse pensamento, o órgão jurisdicional efetiva a garantia do contraditório simplesmente ao dar ensejo à ouvida da parte. Há, porém, ainda, a dimensão substancial do princípio do contraditório. Trata-se do poder de “influência”. Não adianta permitir que a parte simplesmente participe do processo. Apenas isso não é suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do órgão jurisdicional. Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do órgão jurisdicional – e isso é o poder de influência, de interferir com argumentos, ideias, alegando fatos, a garantia do contraditório estará ferida (DIDIER JR., 2015, p. 79).

Com a dimensão substancial do contraditório, antes de proferida a decisão, todo fato sujeito a julgamento deve ter sido submetido ao contraditório. Desse modo, tem-se a vedação de prolação de decisão que cause surpresa às partes, ou seja, que haja decisão pautada em fatos e fundamentos que não tenham sido conhecidos pelos envolvidos no processo e que estes não tenham tido a oportunidade de manifestar-se³⁹.

Nesse contexto, decisão surpresa é uma decisão fundada em premissas que não foram objeto de prévio debate ou a respeito das quais não se tomou prévio conhecimento no processo em que é proferida. Ou seja, a decisão surpresa é aquela cujos fundamentos não foram mencionados no processo ou a respeito dos quais não foi conferida a oportunidade de prévia manifestação. É uma decisão que surpreende a todos porque é pronunciada sem que ninguém – exceto o seu prolator – tenha tido oportunidade de tomar conhecimento prévio sobre seus fundamentos. Por outras palavras, trata-se de uma decisão sobre a qual não se oferece previamente a chance de conhecimento ou manifestação acerca de seus fundamentos. Tais premissas – sobre as quais está fundada a decisão surpresa – podem ser questões de fato ou de direito a respeito das quais não se tomou conhecimento, ou melhor, não foram ventiladas no processo para possibilitar o debate à luz do contraditório (SOUZA, 2014, pp.136-137).

Como exemplo, o autor ajuíza uma ação de cobrança de uma dívida. Citado, o réu vem a juízo e reconhece a existência do débito, pugnando, desde já, pelo parcelamento da dívida. Ao sentenciar, o juiz profere uma sentença de extinção do processo sem resolução de mérito com fundamento em alguma nulidade processual, ou reconhece a prescrição sem que nenhuma das partes tenha alegado tal fato ou tenha sido intimada para se manifestar sobre a questão. Essa decisão surpresa viola o princípio do contraditório.

³⁹ Ressalvada as hipóteses previstas no parágrafo único do art.9º do CPC:
Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.
Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:
I - à tutela provisória de urgência;
II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;
III - à decisão prevista no art. 701.

Outro exemplo comum de decisão surpresa dá-se com o julgamento antecipado da lide, onde a causa, além de envolver matéria de ordem fática, exige a produção de prova testemunhal ou pericial, tendo estas sido requerida no momento processual oportuno (inicial ou contestação e na especificação de provas). Conclusos os autos para saneamento e para a deliberação sobre o pedido de produção de provas, o juízo julga antecipadamente a lide sem ter conferido a oportunidade prévia de manifestação das partes sobre o referido julgamento e o indeferimento do pedido probatório. Trata-se de decisão surpresa, pois a parte viu-se impedida de produzir as provas já pleiteadas na inicial e especificação e impedida de interpor (caso fosse de seu interesse) o recurso cabível em face do indeferimento da produção da prova.

Também se afigura como decisão surpresa a sentença que julga improcedente a pretensão inicial, aduzindo que autor não teria comprovado o fato constitutivo de seu direito, tendo, o juízo, em momento anterior, indeferido a produção de uma prova requerida pelo autor que se destinaria a provar referido fato. Também não pode o juízo julgar o feito procedente, aduzindo que o réu não provou suas alegações, sem oportunizar, à parte, o direito de produzir as provas requeridas em momento oportuno.

Suponha-se, ainda, que em um processo o réu tenha protocolado sua contestação intempestivamente. No entanto, na impugnação, o autor não pediu a decretação da revelia. Prosseguindo, o processo teve seu trâmite regular. Ambas as partes requereram a produção de prova documental, pericial e testemunhal. O feito foi instruído. Encerrada a instrução, foram apresentados os memoriais escritos sem que a questão fosse ventilada pelas partes. No entanto, ao sentenciar, o juiz decreta a revelia sem que às partes houvesse sido oportunizado o debate prévio da questão. Tal fato caracteriza decisão-surpresa.

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

A autoridade julgadora deve velar pela efetivação do princípio do contraditório, evitando a prolação de decisão surpresa, ou seja, todo fato depende de manifestação do interessado antes de ser submetido a julgamento, excetuadas as hipóteses previstas no parágrafo único, do art. 9º⁴⁰.

O órgão julgador também deve respeitar o contraditório, bem como os demais princípios constitucionais processuais, como o da fundamentação analítica e qualificada das decisões, a boa-fé e a cooperação.

Não há superioridade nenhuma do juiz em relação às partes, uma vez que aquele só pode exercitar os poderes que a lei lhe confere, devendo, por conseguinte, observar os deveres que lhe são impostos, conforme arts. 139 e 143 do CPC (CARNEIRO, 2015). Tal dever é decorrente da visão tridimensional do princípio do contraditório, bem como conseqüência do princípio do devido processo legal.

Pois esse procedimento de construção do procedimento do provimento estatal precisa desenvolver-se com observância do princípio, já examinado, do contraditório. É que este, compreendido como garantia de participação com influência e de não surpresa, permite a participação efetiva dos interessados no resultado em sua construção. Pois essa participação com influência é o que confere legitimidade democrática ao provimento estatal, tornando-o constitucionalmente legítimo. O contraditório é, pois, fator de legitimação democrática dos atos de poder estatais (entre os quais, evidentemente, se encontram os resultados dos processos judiciais). Por conta disso, impõe-se conceituar processo como um *procedimento em contraditório*. É importante observar que esta concepção sobre o conceito de processo é incompatível com a teoria, majoritariamente aceita na doutrina brasileira, acerca da existência de uma *relação jurídica processual*. É que a relação processual (entendida como relação jurídica de direito público, composta minimamente por três sujeitos - Estado-juiz, demandante e demandado - e distinta da relação jurídica de direito material deduzida no processo) revela uma ultrapassada concepção acerca do processo como mecanismo de construção de decisões (e outros atos de poder) a ser conduzido pelo Estado, através de seus agentes políticos (como, por exemplo, o juiz) em busca de um resultado que por este seja construído na realização de seus próprios escopos, o que põe a participação das partes, titulares dos interesses a serem alcançados pelo provimento, em uma posição menor, de inferioridade. A teoria da relação processual pressupõe

⁴⁰ Só se poderá ter como legítimo um provimento jurisdicional emanado de um processo em que se tenha assegurado o direito de participação de todos aqueles que, de alguma forma, serão atingidos pelos efeitos do referido provimento. Decisões proferidas sem que se assegure o direito de participação daqueles que serão submetidos aos seus efeitos são ilegítimas e, por conseguinte, inconstitucionais, já que ferem os princípios básicos do Estado Democrático de Direito. Há que se afirmar, porém, que em algumas situações o juiz é levado a proferir decisões sem que se ouça antes uma das partes (decisões proferidas inaudita altera parte). Tais decisões legitimam-se em razão de terem como pressuposto uma situação de urgência, com risco de dano irreparável (*periculum in mora*). Nesses casos, o contraditório fica postecipado, ou seja, o contraditório efetivar-se-á depois da prolação da decisão. Essa limitação do contraditório é inerente ao próprio princípio constitucional, o qual não pode ser cultuado de tal modo que se permita a imolação de direitos (CÂMARA, 2011).

uma superioridade estatal na condução do processo que é incompatível com a mais moderna concepção de Estado Constitucional. O processo não pode mais ser compreendido como um mecanismo a ser conduzido pelo juiz como seu sujeito mais importante. É preciso ter do processo uma visão participativa, policêntrica, por força da qual juízes e partes constroem, juntos, seu resultado final. Não existe, pois, uma relação processual entre Estado-Juiz e partes, com o Estado em posição de superioridade. O que existe é *um procedimento em contraditório destinado à construção dos provimentos estatais*, em que todos os sujeitos interessados participam, em igualdade de condições, na produção do resultado. Este procedimento participativo, policêntrico, que se desenvolve em contraditório, é, precisamente, o *processo* (CÂMARA, 2015, p. 24-25).

O novo Código textifica que não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida⁴¹ (art. 9º), não se aplicando o disposto no *caput* à tutela provisória de urgência, às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III e à decisão prevista no art. 701. A previsão contida neste artigo, *“juntamente com o CPC 10, veda a chamada decisão surpresa, a qual se baseia em fatos ou circunstâncias que não eram de conhecimento da parte prejudicada pela mesma decisão”* (NERY, 2016, s/p.).

É assegurada às partes paridade de tratamento⁴² em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, cabendo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório (art. 7º) *“constitui núcleo central do devido processo legal a igualdade de tratamento entre as partes. Igualdade formal e material, assegurada a paridade de armas”* (CARNEIRO, 2016, s/p.).

Apesar de não ser expresso no sentido de estar contido no conceito de contraditório o poder de influência, o art.7º do Novo CPC pode conduzir a essa interpretação ao exigir que o juiz zele pelo efetivo contraditório, que somente será realmente efetivo se, além da informação e da possibilidade de reação, esta for concretamente apta a influenciar a formação do convencimento do juiz (NEVES, 2016, p.164).

⁴¹ O atendimento ao princípio do contraditório pressupõe que o órgão julgador dê a mais ampla possibilidade de o litigante manifestar-se no processo, bem como possa a parte acompanhar e participar da colheita da prova (Nery. Princípios11, n. 24, p.223). Nesse ponto, parece superada a clássica afirmação de que o processo civil não visa à verdade real, ao contrário do que ocorre no processo penal. Como não se pode restringir o acesso das partes à produção das provas, procura-se ao máximo garantir que elas possam fazer valer seus pontos de vista com base nessas mesmas provas (NERY, 2016, s/p).

⁴² Pode-se afirmar que a isonomia no processo deve conferir tratamento igualitário para situações idênticas, e tratamento diferenciado naquelas situações de desigualdade. As vertentes de ação devem ser positivas e negativas, isto porque deve haver tanto uma atuação na promoção de situações que visam à equalização das partes, como a exclusão de condições que fomentem as disparidades. Somente, assim, pode-se falar no reequilíbrio entre autor e réu que permite o adequado exercício da função jurisdicional (CARNEIRO, 2016, s/p).

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

Os direitos de participação e de diálogo, além da garantia dos debates estariam comprometidos e, via de consequência, o próprio contraditório, se o juiz pudesse decidir qualquer tipo de questão de direito processual ou material em desfavor de uma das partes, sem que ela fosse previamente ouvida. A garantia do contraditório pressupõe não só o direito de as partes serem cientificadas de todos os atos do processo, de apresentarem as suas manifestações e provas em igualdade de condições, mas também que elas sejam devidamente apreciadas pelo juiz por ocasião da decisão (art. 489, § 1.º) (CARNEIRO, 2016, s/p.).

NERY (2016) aduz que a redação do art.10 do CPC é oriunda de experiências estrangeiras recentes, como, por exemplo, na Alemanha, Itália, França e Portugal.

A Alemanha foi o primeiro país a positivizar expressamente a vedação à prolação de decisão surpresa⁴³.

O § 139 do Código de Processo Civil Alemão – ZPO, que fala da condução do processo, dispõe o seguinte:

§ 139

Materielle Prozessleitung

(1) Das Gericht hat das Sach- und Streitverhältnis, soweit erforderlich, mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen. Es hat dahin zu wirken, dass die Parteien sich rechtzeitig und vollständig über alle erheblichen Tatsachen erklären, insbesondere ungenügende Angaben zu den geltend gemachten Tatsachen ergänzen, die Beweismittel bezeichnen und die sachdienlichen Anträge stellen.

(2) Auf einen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat. Dasselbe gilt für einen Gesichtspunkt, den das Gericht anders beurteilt als beide Parteien.

(3) Das Gericht hat auf die Bedenken aufmerksam zu machen, die hinsichtlich der von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte bestehen.

⁴³ “Em terras germânicas, a vedação de o magistrado proferir *decisão surpresa* (*Überraschungsentscheidung*) foi positivada no § 278, III do CPC alemão (*Zivilprozessordnung* – ZPO), pela lei para Simplificação e Celeridade dos Processos Judiciais (*Vereinfachungsnovelle*) de 03.12.1976. A supracitada lei, também conhecida como a Lei da Simplificação, entrou em vigor em 01.07.1977 e representa uma das maiores leis em quantidade e qualidade das modificações introduzidas ao Código de Processo Civil Alemão. Trata-se de reforma que foi fortemente inspirada nas sugestões doutrinária de Fritz Baur e em práticas do Tribunal de Stuttgart” (SANTOS, 2015, p.428).

(4) Hinweise nach dieser Vorschrift sind so früh wie möglich zu erteilen und aktenkundig zu machen. Ihre Erteilung kann nur durch den Inhalt der Akten bewiesen werden. Gegen den Inhalt der Akten ist nur der Nachweis der Fälschung zulässig.

(5) Ist einer Partei eine sofortige Erklärung zu einem gerichtlichen Hinweis nicht möglich, so soll auf ihren Antrag das Gericht eine Frist bestimmen, in der sie die Erklärung in einem Schriftsatz nachbringen kann⁴⁴.

Na Alemanha, Nery (2016) ressalta que é objeto de proteção contra decisão surpresa as situações jurídicas e quaisquer situações, de fato ou de direito. Também é obrigatório o tribunal fazer a advertência às partes, comunicando-as sobre a possibilidade de haver questões que podem ter passado sem a percepção dos litigantes ou que, de ofício, podem ser decididas pelo juiz, o que é considerado pela doutrina como o núcleo central do princípio constitucional do contraditório.

Na Itália, é conferido ao juiz o poder-dever de indicar às partes as questões que entende ser passíveis de exame de ofício, gerando, por conseguinte, sob pena de nulidade da sentença, a proibição de o juiz fundamentar sua decisão em questões de fato e de direito sobre as quais não se tenha previamente permitido o contraditório entre as partes (NERY, 2016).

O artigo 101 do Código de Processo Civil Italiano, ao dispor sobre o princípio do contraditório, estabelece que "*Principio del contraddittorio - Il giudice, salvo que la legge dispona altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa*". Por sua vez, o artigo 183, parágrafo segundo, do referido Código tipifica que "*Il giudice richiedi alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione*"⁴⁵.

⁴⁴ Tradução livre "Seção 139 - Condução material do processo (1) O tribunal tem se discutir com as partes a relação processual e a relação fática e fazer perguntas de acordo com o aspecto fático e jurídico. Ele deve fazer com que as partes esclareçam integral e tempestivamente todos os fatos consideráveis, especialmente declarações insuficientes para complementar os fatos afirmados, que referem-se às as provas e fazer os pleitos pertinentes. (2) Caso haja um ponto de vista ignorado ou considerado irrelevante, o tribunal somente pode fundamentar sua decisão nele se der oportunidade para (as partes) apresentarem suas observações e desde que não se trate apenas de um crédito acessório. O mesmo vale para um ponto de vista que o Tribunal avaliou de forma diferente ao que ao que ambas as partes reputaram. (3) O tribunal deve dar atenção às dúvidas a serem consideradas sobre a ação, por conta de pontos consideráveis que elas contenham. (4) Advertências sobre estas disposições devem ser dados o mais brevemente possível e com registro. Sua concessão só pode ser provada pelo conteúdo dos arquivos dos autos. Contra o conteúdo dos autos é permitida apenas a prova de falsificação. (5) Se uma das partes não poder emitir uma explicação imediata sobre uma advertência judicial, o Tribunal deve determinar um prazo para que ela apresente uma petição ao tribunal, onde a declaração será efetivada por escrito.

⁴⁵ Pequenas reformas seguiram-se até a inclusão, em 1999, do princípio do processo justo no art. art. 111 da Constituição italiana, assegurando que a jurisdição deve atuar, por meio de um processo adequado regulado pela lei, desenvolvendo-se em contraditório entre as partes, em condições de

Trata-se da proibição da proibição de decisões surpresa.

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

Na França, o juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele mesmo o princípio do contraditório. Em razão da expressão “em todas as circunstâncias”, não apenas as questões de direito, mas também as de fato que não tenham sido debatidas pelas partes não podem ser levadas em consideração pelo juiz em sua decisão, se não tiver sido dada oportunidade prévia para as partes sobre elas se posicionarem (NERY, 2016).

O artigo 16 do Código de Processo Civil Francês dispõe:

Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations⁴⁶.

Em Portugal, o juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de fato, mesmo que de ofício, sem

igualdade, e presidido por um juízo independente e imparcial. Coube à lei assegurar a razoável duração dos processos. A nova disposição constitucional colocou-se em sentido oposto à lógica do código de processo civil italiano de 1940. Enquanto o código estava preocupado em elevar a autoridade e aumentar os poderes dos juízes, a Constituição preocupou-se em tutelar os direitos da pessoa humana e concebeu o juiz como um órgão do processo, um instrumento para oferecer justiça a quem a pede. As partes passaram a ter direito de ação e de defesa em todas as fases e graus de jurisdição. Os juízes, independentes e imparciais, passaram a ter o dever de sempre observar o contraditório. Com isso, o contraditório deixou de ser apenas um componente do direito das partes e tornou-se, como afirma CIPRIANI, um limite aos poderes dos juízes, um verdadeiro instrumento operativo (SCHENK, 2008, p.192-193).

⁴⁶ Tradução livre: “O juiz deve, em todas as circunstâncias, respeitar e fazer respeitar em si o princípio do contraditório. Ele não pode segurar em sua decisão, os meios, as explicações e documentos invocados ou apresentados pelas partes sem que elas realizem debate contraditório. Ele não pode basear a sua decisão em fundamentos que suscitou ex officio, sem ter convidado as partes para apresentação de observações”.

que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se manifestarem (NERY, 2016).

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

ARTIGO 3.º

Necessidade do pedido e da contradição

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

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

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

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

Pelo Novo Código de Processo Civil Brasileiro, o contraditório vincula não somente as partes, mas também o juiz, que tem deveres decorrentes daquele princípio, sem que isto implique violação à imparcialidade do juiz⁴⁷.

Desde o último quartel do século XX sentiu-se a nítida evolução do direito processual civil no que tange à participação do juiz no processo. Nem faria sentido, hoje, exigir-se passividade do juiz, ao argumento de que o processo só interessa às partes. O juiz é sujeito ativo do processo e, juntamente com as partes e seus procuradores e o Ministério Público, deve pautar-se por atuar na realização do direito material, usando o processo em sua verdadeira função de instrumento de efetividade do direito material. Incumbe-lhe dirigir o processo de tal maneira que ele sirva bem àqueles a quem se destina a servir. E o processo deve, sim, servir às partes; mas deve também servir à sociedade (NERY, 2016, s/p.).

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

⁴⁷ Segundo Dierle Nunes e Lúcio Delfino (2015), esta vinculação não quer significar que juiz defenda interesses parciais, mas sim que tem deveres que decorrem desse princípio. Mais que mera “alface”, o juiz de hoje assegura o contraditório substancial, vale dizer: i) é sua função provocar o debate para sanar dúvidas existentes, indicar e fomentar a exploração pelas partes de vias interpretativas não enfrentadas ou ainda não adequadamente aclaradas ou amadurecidas (terza via interpretativa); ii) compete-lhe prevenir as partes do perigo de frustração de seus pedidos pelo uso inadequado do processo; e iii) cabe-lhe consultar as partes antes de decidir sobre qualquer questão, mesmo que de ordem pública, assegurando a influência das manifestações delas na formação das decisões judiciais. Se o contraditório se reduzisse às partes, o juiz poderia surpreender no momento decisório, algo impensável na atualidade (NUNES; DELFINO, 2015, s/p).

(item 4, supra), tendo origem no princípio do acesso à justiça, desenvolvendo-se sob o signo do contraditório” (CARNEIRO, 2016, s/p).

Pelo Novo Código, a fundamentação é elemento estrutural da sentença e decorrência lógica do contraditório tridimensional.

LUCCA (2015, p. 75) aduz que processo justo e devido processo legal são postulados do processo enquanto um procedimento em contraditório.

Há casos em que a observância plena do devido processo legal pode não ser suficiente a proporcionar uma sentença justa; mas em todas as hipóteses que o princípio de devido processo legal for desrespeitado, a sentença, ao final produzida será inevitavelmente ilegítima (LUCCA, 2015, p. 75).

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

Direito de influência. Atualmente, porém, a doutrina tem identificado no direito ao contraditório muito mais do que simples bilateralidade da instância. Ao binômio conhecimento-reação tem-se oposto a ideia de cabal participação como núcleo-duro do direito ao contraditório. É lógico que o contraditório no processo civil do Estado Constitucional tem significado completamente diverso daquele que era atribuído à época do Estado Legislativo. Contraditório significa hoje conhecer e reagir, mas não só. Significa participar do processo e influir nos seus rumos. Isto é: direito de influência. Com essa nova dimensão, o direito ao contraditório deixou de ser algo cujos destinatários são tão somente as partes e começou a gravar igualmente o juiz. Daí a razão pela qual eloquentemente se observa que o juiz tem o dever não só de velar pelo contraditório entre as partes, mas fundamentalmente a ele também se submeter. O juiz encontra-se igualmente sujeito ao contraditório (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, pp. 7/8).

O art. 93, IX, da CR/88 estabelece que todas as decisões serão fundamentadas, sob pena de nulidade. Embora a Constituição estabeleça necessidade de fundamentação, o Supremo Tribunal Federal (STF) já exarou decisão no sentido de que o acórdão ou decisão não precisam determinar o exame

pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão⁴⁸.

Assim, de acordo com esse entendimento do STF, uma decisão omissa em relação à análise de todos os argumentos manejados pela parte vencida está suficientemente fundamentada nos termos do dispositivo constitucional supramencionado.

No entanto, merece reparos o entendimento da Suprema Corte diante da nova lógica prevista no CPC, uma vez que a Suprema Corte confunde motivação com fundamentação⁴⁹. Dierle NUNES, Alexandre de Melo Franco BAHIA e Flávio PEDRON, no artigo intitulado “Precedentes no Novo CPC: é possível uma decisão correta?” (2015, s/p) traçam uma diferença precisa entre fundamentação e motivação:

[...] causa muito espanto juristas brasileiros criticarem o art. 489 do NCP, principalmente seu § 1º. Ora, se não formos capazes de perceber que o exercício do princípio do contraditório e do princípio democrático somente se comprovam respeitados efetivamente no ato decisório, não seremos bem sucedidos no que concerne à separação satisfatória entre motivação (exercício solipsista da razão, ainda que com razões subjetivas) e fundamentação (pretensão normativa de construção de uma decisão em critérios socialmente validados e reconhecidos, portanto, em razões intersubjetivas). Desde muito o direito estrangeiro já compreendeu que a decisão judicial não pode ser fruto do ato de pensar solitário do magistrado. Mas somente comprova-se a coletivização da decisão de podermos perceber nela a existência de uma pluralidade de vozes – as vozes da sociedade e as dos demais sujeitos do processo. Negar o art. 489 do NCP

⁴⁸ “Questão de ordem. Agravo de Instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, §§ 3º e 4º). 2. Alegação de ofensa aos incisos XXXV e LX do art. 5º e ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Inocorrência. 3. O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. 4. Questão de ordem acolhida para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral” (AI 791292 QO-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, Publicação: 13/08/2010).

⁴⁹ Essa premissa equivocada agora foi corrigida normativamente pelo Novo CPC, pois que este leva a sério o atual quadro de litigiosidade massiva que impõe aos juízes e, especialmente, aos Tribunais (em decorrência da força que a jurisprudência vem obtendo na praxis jurídica), analisar desde a primeira vez as questões (com destaque para as repetitivas) com amplo debate e levando a sério todos os argumentos para que, tais decisões e suas *ratione decidendi*, possam possuir a dimensão que necessitam. A ideia é de que se julgue bem das primeiras vezes, não sendo mais possível tolerar decisões superficiais que se repetem às centenas (ou milhares), permitindo idas e vindas, argumentos novos com assiduidade, instabilidade e anarquia decisória. É preciso otimizar o debate e o espaço-tempo processuais, gastando-os bem para que haja estabilidade, coerência e integridade na formação decisória (art. 926). E, com isso, não se poderia desconhecer, portanto, que a redução da fundamentação das decisões à mera motivação pelo magistrado poderia tão somente reforçar, mais uma vez, a velha tese do “livre convencimento” do juiz, que, sob o argumento de decidir conforme a sua própria consciência, colocaria em risco não apenas a validade, mas a eficiência e legitimidade da decisão (THEODORO JR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2015, p.307-308)

é, lamentavelmente, comprometer-se novamente com a tradição do positivismo jurídico e deixar o ideal democrático escoar pelo ralo!

Esse entendimento está coadunado com as premissas do processo constitucional positivas no CPC.

O novo Código foi severo e minucioso na repulsa à tolerância com que os tribunais vinham compactuando com verdadeiros simulacros de fundamentação, em largo uso na praxe dos juízos de primeiro grau e nos tribunais superiores (THEODORO JR., 2016, s/p.).

De acordo com o art. 489, §1º, do CPC, quando a decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, limitar-se a indicar, reproduzir ou parafrasear ato normativo sem indicar sua relação com a causa decidida, a sentença ou acórdão serão considerados, pela lei, como desprovidos de fundamentação (art. 489, §1, inciso I). Igualmente quando a decisão empregar conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso (art. 489, §1, inciso II).

Os fundamentos contidos na sentença devem ser somente aqueles que tenham sido objeto de debate no curso do processo ou, ao menos, que tenham sido alvo de oportunidade conferida às partes para manifestação. Em virtude do disposto no art. 10, impõe-se a adoção de um contraditório substancial. Realmente, o exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, implicando a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. É preciso observar o contraditório, a fim de evitar um “julgamento surpresa”. E, para evitar “decisões surpresa”, toda questão submetida a julgamento deve passar antes pelo contraditório (BEDAQUE, 2016, s/p.).

O CPC ainda considera como desprovido de fundamentação a sentença ou acórdão que se limitar a invocar motivos genéricos, que se prestaria a justificar qualquer outra decisão (art. 489, §1, inciso III); quando não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador (art. 489, §1, inciso IV); quando se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento ajusta-se àqueles fundamentos (art. 489, §1, inciso V); quando deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (art. 489, §1, inciso VI). Deste modo, *“A sentença, para a nova legislação processual, não deve ser apenas fundamentada, deve ser adequadamente fundamentada, sob pena de não satisfazer*

as exigências do moderno processo justo, idealizado pela Constituição”
(THEODORO JR., 2016, s/p.).

Aplicação do § 1.º do art. 489 a qualquer decisão. Toda e qualquer decisão judicial deve ser fundamentada (CF/1988, art. 93, IX; CPC, art. 11). Se toda e qualquer decisão há de ser motivada, não haverá fundamentação, caso se verifique uma das hipóteses descritas no § 1.º do art. 489. O dispositivo, enfim, aplica-se a toda e qualquer decisão, seja interlocutória, sentença ou acórdão. Rol exemplificativo. Os casos estabelecidos no § 1.º do art. 489 não são exaustivos, mas sim exemplificativos. Se, concretamente, a sentença não responder, por completo, aos argumentos utilizados pelas partes e pelos intervenientes, prestando jurisdição de forma defasada, por qualquer que seja o motivo, ainda que não elencado no dispositivo, a sentença não estará fundamentada, sendo, portanto, nula. O § 1.º do art. 489 estabelece, na verdade, parâmetros e orientações, dando exemplos de como deve ser fundamentada a sentença e, de resto, qualquer decisão judicial (BEDAQUE, 2016, s/p.).

Por sua vez, o art. 489, §2º⁵⁰ dispõe que, no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

O CPC fixou parâmetros para nortear a atividade judicial, estabelecendo um núcleo mínimo de conteúdo quando da prolação de decisões judiciais, consagrando a fundamentação qualificada, analítica ou legítima, indispensável ao estado democrático de direito e ao devido processo legal, uma vez que concretiza o direito das partes de influenciar a decisão.

Referida fundamentação, além de impedir o arbítrio, coaduna com o princípio da eficiência a que o Poder Judiciário também está adstrito, aprimorando e qualificando o direito fundamental da motivação dos atos judiciais.

Releva consignar que, do ponto de vista constitucional, a fundamentação está atrelada à publicidade, uma vez que não pode haver “razões ocultas” ao se proferir uma decisão, seja ela judicial ou administrativa.

Do ponto de vista constitucional, a motivação alça uma primeira finalidade extraprocessual: insere-se no sistema de garantias que as constituições modernas criam para a tutela dos indivíduos frente ao poder estatal; adquire o *status* de forma de controle popular sobre o exercício do poder (não pelo

⁵⁰ A nosso ver, existe uma impropriedade na menção à técnica de ponderação nesse dispositivo, que dá margem à interpretação de que toda e qualquer antinomia pode ser resolvida por esse meio. Tal técnica foi desenvolvida e sustentada para a solução dos conflitos entre direitos fundamentais e entre princípios constitucionais, que não se resolvem pelas regras da hermenêutica jurídica clássica – as quais ainda são aplicáveis às normas em geral. O dispositivo deve, portanto, ser interpretado no sentido de que se refere às normas relacionadas a direitos fundamentais e princípios constitucionais (NERY, 2016, s/p).

recurso, mas pela legitimidade material); razão pela qual sua previsão constitucional atrela a fundamentação à publicidade. [...] O influxo constitucional para a motivação é de natureza democrática e implica na publicidade, na inteligibilidade (não pode haver “razões ocultas pelo tecnicismo”) e na completude da justificação. É essa a tutela judicial efetiva almejada pela Constituição, aquela que atenda aos valores fundantes da ordem jurídica constitucional. Mais ainda, como a Constituição universaliza o dever de motivar (como fazia timidamente o art.165 do CPC), essa obrigação afeta inclusive decisões não suscetíveis de recurso; é dizer, toda e qualquer decisão (LAMY, 2011, s/p.).

Deste modo, além da importância do mecanicismo da subsunção e do silogismo, prevalecem a argumentação e a racionalidade prática.

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

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

Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si (CPC, art. 6.º), cabendo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório (CPC, art. 7.º), de modo a não proferir decisão contra uma parte sem que esta seja previamente ouvida (CPC, art. 9.º). Enfim, o juiz não pode valer-se de fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes (CPC, art. 10). Quer isso dizer que o atual CPC exige a adoção de um contraditório substancial, a realizar-se num processo cooperativo, em que o juiz tem o dever de submeter a debate entre as partes as questões jurídicas, aí incluídas as matérias que ele há de apreciar de ofício. O juiz tem o dever de provocar, preventivamente, o contraditório das partes. Se a questão não for submetida ao contraditório prévio, as partes serão surpreendidas com decisão que terá fundamento numa questão que não foi objeto de debate prévio, não lhes tendo sido dada oportunidade de participar do convencimento do juiz. A decisão, nesse caso, não será válida, faltando-lhe legitimidade, haja vista a ausência de participação dos litigantes na sua elaboração. Se cabe ao juiz colher a prévia manifestação das partes sobre as questões de direito a ser decididas, cumpre-lhe, conseqüentemente, examinar as manifestações oferecidas. Em razão do modelo de processo cooperativo imposto pelo atual CPC e graças à adoção explícita de um contraditório substancial, não prevalece mais o entendimento segundo o qual o juiz não seria obrigado a tratar de todas as alegações suscitadas pelas partes. Deve-se consultá-las, deve examinar suas alegações. De nada adiantaria o disposto no art. 10 se se continuasse a entender que o juiz não é obrigado a tratar de todas as alegações invocadas pelas partes, pois aí se teria um contraditório meramente formal, e não substancial, como está a exigir o art. 10 e todo o sistema formado pelo conjunto das normas contidas no atual CPC (CARNEIRO, 2016, s/p.).

Os princípios do contraditório e da ampla defesa, frutos indelévels do devido processo legal, estão previstos constitucionalmente (art. 5º, LV, da CR/88) como garantia fundamental dos cidadãos de ter conhecimento dos atos processuais e

poder se manifestar, tanto nos processos judiciais quanto nos processos administrativos. O desrespeito a esses princípios enseja a nulidade do processo e de todos os atos decorrentes⁵¹.

Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência (art.8º).

O postulado do Estado Democrático de Direito pressupõe a participação dos sujeitos processuais (que também são destinatários da decisão) na formação do provimento.

O postulado de Habermas de que a força do direito nas democracias se expressa na circunstancialidade de os destinatários das normas se reconhecerem como seus próprios autores só é acolhível num espaço-jurídico processualizado (em conotações fazalarianas e neo-institucionalistas) em que as decisões não seriam atos jurisdicionais de algum protetor ou mero provedor dos procedimentos democraticamente constitucionalizados (devido processo legal), mas atos processualmente preparados na estrutura procedimental aberta a todos os sujeitos (partes: pessoas físicas, jurídicas, coletivas; órgãos judiciais; juízes; instituições estatais, Ministério Público e órgãos técnicos) figurativos e operadores dessa instrumentalidade jurídico-discursiva na movimentação efetivadora, correicional e recriativa dos direitos constitucionalizados por uma comunidade que se candidate a se constituir, a cada dia, em sociedade jurídico-política democrática no Estado constitucionalizado (LEAL, 2002, p. 131).

Dentro dessa perspectiva de processo constitucional, há necessidade de se fazer uma releitura na prática do princípio do contraditório nos processos judiciais ou administrativos.

o caráter democrático desse moderno processo jurisdicional reside numa concepção inovadora do contraditório que não mais se limita a uma simples bilateralidade de audiência, mas que confere aos litigantes o direito de

⁵¹ O Tribunal de Justiça de Minas Gerais já decidiu no sentido de que “O princípio do contraditório não mais pode ser compreendido como a mera bilateralidade de audiência (intimação dos atos processuais e possibilidade de manifestação das partes), devendo ser encarado, sobretudo, como uma garantia de influência (efetiva participação das partes na formação do provimento jurisdicional) e de não surpresa (dever de consulta prévia). Nesse contexto, é de bom alvitre que o julgador consulte as partes sobre questão ainda não ventilada no processo - e por isso não posta em contraditório -, antes de decidir. (TJMG - Correição Parcial (Adm) 1.0000.14.043766-6/000, Relator(a): Des.(a) Eduardo Mariné da Cunha, CONSELHO DA MAGISTRATURA, julgamento em 01/12/2014, publicação da súmula em 12/12/2014). No mesmo caminho o Superior Tribunal de Justiça consignou que “O contraditório e a ampla defesa devem ser compreendidos como a garantia conferida constitucionalmente aos indivíduos em geral de ter ciência da instauração do feito, participar do processo, produzir provas e influenciar o órgão julgador na formação do juízo de mérito acerca do caso analisado” (RMS 27.440/AL, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/09/2009, DJe 22/09/2009).

participar efetivamente na formação do provimento judicial que haverá de compor o conflito estabelecido entre eles. O processo deixa de ser “coisa apenas do juiz” ou “coisa apenas das partes”, para se tornar obra conjunta de todos os sujeitos processuais, fruto de uma empresa compartilhada entre todos eles (THEODORO JR, 2015. p. 58).

A formação do ato decisório deve ser democrática, com a participação efetiva das partes. O juiz não é mais o protagonista do processo, devendo observar e respeitar o princípio do contraditório e os demais princípios constitucionais processuais.

No Estado democrático, o juiz não é a única fonte do ato decisório. A decisão deve ser construída com todos os integrantes do processo. É pela discursividade dialética entre as partes e a autoridade judicial que se constrói a solução democrática e justa. Nessa construção dialética, à fundamentação não basta desfilas as provas fáticas ou os argumentos jurídicos apresentados pelas partes que justificam a decisão. É preciso que a motivação aponte e justifique porque determinadas provas fáticas (apresentadas pelas partes) não foram acolhidas e determinados argumentos jurídicos (apresentados pelas partes) não foram aceitos. Assim, estar-se-á construindo a correta dialética. Permitir-se-á também o controle extraprocessual (LAMY, 2011, s/p.).

Nenhuma decisão sobre um determinado ponto de fato ou de direito poderá ser exarada, ainda que se trate de fato novo ou não alegado pelas partes, sem que a esta sobre referido ponto tenha sido oportunizada a possibilidade de manifestação. Referido direito de influência não se efetiva simplesmente ao dar possibilidade de a parte ser ouvida, mas de haver reais condições de poder influenciar a decisão do magistrado.

6.3 O reconhecimento do direito de influência como conteúdo do princípio do contraditório pela jurisprudência

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

No julgamento do Mandado de Segurança n.º 24268 (MS 24268, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal

Pleno, julgado em 05/02/2004, DJ 17-09-2004), o STF enfatizou o contraditório tridimensional, ressaltando o direito de influência.

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

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

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

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

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

Assim, resta materializado no art. 5º, LV, da Constituição, o conteúdo do princípio do contraditório como conhecimento-reação-influência (com aplicação em processos judiciais e administrativos), que se verificará, séria e detidamente, na fundamentação das decisões (art. 93, IX, da CR/88)⁵².

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

Por fim, no que tange à ampla defesa, BUENO (2016) ressalta o seguinte:

O mesmo inciso LV do art. 5º da CF, que faz expressa referência ao princípio do contraditório, lista, também, como princípio constitucional, o da ampla defesa com os recursos a ela inerentes. Não há razão para deixar de entender a ampla defesa, mais ainda após o que acabei de acentuar a respeito do princípio do contraditório, como a garantia de todo e qualquer réu (nomenclatura mais utilizada para o processo civil) ter condições

⁵² Brêtas (2015) ressalta as manifestações da doutrina a partir do referido julgamento. “Por exemplo, Lênio Streck afirmou que, a partir do mencionado acórdão, o Supremo Tribunal Federal dá sinais de incorporação da democratização do processo em seus julgamentos, fazendo-o com arrimo na jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*. De igual forma, Humberto Theodoro Júnior, ao sustentar a tese de que o contraditório é garantia de não-surpresa, a considerou adotada pelo Supremo Tribunal Federal no aludido acórdão, quando ali explorou precedentes da Corte Constitucional da Alemanha. Também Dierle José Coelho Nunes entendeu que, a partir do transcrito acórdão do Supremo Tribunal Federal, a concepção do contraditório como garantia de influencia e de não-surpresa começou a ter ressonância embrionária em nosso sistema jurídico (BRETAS, 2015, p.183).

efetivas, isto é, concretas de se responder às imputações que lhe são dirigidas antes que seus efeitos decorrentes possam ser sentidos. Os “recursos a ela inerentes”, a que se refere o inciso LV do art. 5º da CF, devem ser entendidos como a criação de mecanismos, de formas, de técnicas processuais, para que a ampla defesa seja exercitada a contento. Não são “recursos” em sentido técnico, em sentido processual, como mecanismos de revisão ou de controle de decisões judiciais. A própria concepção de um “direito fundamental à prova” pode e deve ser entendida como uma forma de bem realizar o comando constitucional aqui destacado, isto é, como meio de se exercer amplamente a defesa (BUENO, 2016, s/p.).

É incontestável que a ampla defesa faz parte do rol das garantias processuais mínimas, tendo em vista que não há contraditório sem defesa; logo a ampla defesa e o contraditório formam um todo harmônico.

6.4 A positivação do direito de influência no novo código de processo civil

O direito de influência está permeado por todo o Código de Processo Civil. Nos capítulos anteriores trabalhou-se o aspecto teórico do direito de influência. Além das normas fundamentais previstas na parte geral do referido Código, há diversos artigos na parte especial que constituem fatores extrajurídicos de grande influência no julgamento, denotando seu exercício na prática.

O art. 138 do CPC traz a figura do *amicus curiae*, estabelecendo que o juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, de ofício ou a requerimento das partes ou do amigo da corte, solicitar ou admitir a intervenção no processo (a título meramente colaborativo para o deslinde da causa) de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada.

Trata-se de uma maneira de influenciar no convencimento do órgão julgador.

Outra maneira de exercer o direito de influência pode ser abstraída no papel do relator na tramitação dos recursos:

Cabe ao relator estudar o caso, firmar seu entendimento para, então, elaborar o relatório e levar o caso a julgamento, a fim de, na correspondente sessão, expor os detalhes aos seus pares, emitindo seu voto. Ao relator compete também determinar a realização de diligências, a correção de vícios, a instrução do feito e a apreciação do requerimento de tutela provisória. Variam as atribuições do relator, conforme se trate de recurso ou de causa de competência originária do tribunal. Nas ações originárias, cabe ao relator deferir ou indeferir a petição inicial, ou ainda julgar liminarmente improcedente o pedido; deferida a petição, o relator determinará a citação do réu, podendo conceder tutela provisória, de urgência ou de evidência, liminarmente ou após manifestação do réu. Ao relator cabe, ainda, deferir

ou indeferir a produção de provas, expedir carta de ordem a juízes de primeira instância para a realização de diligências ou coleta de provas etc. Além das funções que lhe são atribuídas, é relevante o comportamento do relator no curso da votação. A elaboração do relatório e a forma como se procede a sua leitura, a solidez ou fraqueza da fundamentação de seu voto, a confiabilidade que ostenta perante seus pares, o interesse ou não em sustentar seu voto perante seus colegas, tudo isso constitui fator extrajurídico de grande influência no julgamento (DIDIER JR., 2016, s/p.).

A sustentação oral no julgamento de ações originárias e recursos, representa a concretização e materialização do princípio do contraditório, em que as partes poderão, oralmente, apresentar suas razões.

A sustentação oral, além de conferir à parte mais um meio para exercer seu direito de influência, contribuindo com o convencimento dos julgadores, concretiza, igualmente, o princípio da cooperação. A parte, através de seu advogado, é inserida no debate a ser travado pelos membros do órgão julgador, podendo, oralmente, durante a sessão, esclarecer dúvidas e questionamentos dos julgadores (DIDIER, 2016).

O direito de produzir provas e a possibilidade de recursos em face das decisões judiciais também são corolários do direito de influência.

O CPC de 1973 previa a possibilidade de embargos infringentes no caso de apelação provida por maioria. Referido recurso foi suprimido pelo CPC.

As disposições do art.942 do CPC inovaram ao prever, de forma automática, que nos casos em que o julgamento da apelação se der de forma não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos do regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.

Não havendo julgamento unânime, já se viu que haverá a convocação de novos julgadores para que, com eles, tenha prosseguimento o julgamento. O julgamento ainda não se encerrou; deverá prosseguir com os julgadores convocados na forma prevista no regimento interno do tribunal. Será designada nova sessão para prosseguimento do julgamento, na qual as partes - e eventuais terceiros – poderão sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores. A regra concretiza o princípio da cooperação (art. 6º, CPC) e reforça o contraditório, assegurando às partes o direito de influência para que possam ter a chance de participar do convencimento dos julgadores que ainda não conhecem o caso (DIDIER JR., 2016, s/p.).

No incidente de resolução de demandas repetitivas, ao sujeito interessado na decisão judicial a ser proferida *“deve ser concedida a possibilidade de participar no processo de sua formação, sendo-lhe reconhecido o direito de ser ouvido, a fim de poder influenciar o julgador e ajudá-lo na elaboração do conteúdo da decisão”* (DIDIER, 2016, s/p.).

O dever de fundamentação das decisões judiciais, previsto no art. 93, IX, da CR/88, também denota o direito de influência, uma vez seria inócuo garantir às partes e aos interessados o direito de influência sem exigir do julgador dever de fundamentação.

O direito de influência é corolário do princípio do contraditório e se materializa na fundamentação das decisões judiciais ou administrativas.

7 A SUPERAÇÃO DOS CONCEITOS CLÁSSICOS DE JURISDIÇÃO

7.1 As premissas básicas dos conceitos de jurisdição de Carnelutti e Chiovenda

A transformação do Estado e a aproximação entre Processo e Constituição levam, conseqüentemente, a uma reconstrução dos conceitos clássicos de Jurisdição.

Como visto (cap. 3), as Constituições no Estado Liberal eram, numa perspectiva formal, um instrumento de garantia da limitação do poder e da autonomia privada. O ordenamento jurídico era um sistema simplificado.

Ao Poder Legislativo incumbia criar a lei, que estava ligada ao fato de ser editada pela autoridade competente, seguindo um procedimento regular. Uma vez preenchidos requisitos formais, era tida como legítima.

O papel do Poder Judiciário era resolver os conflitos de interesses que envolviam, em sua grande maioria, questões afetas à autonomia privada. O juiz apenas afirmava, no caso concreto, qual era a vontade do legislador, razão pela qual o juiz era identificado como “a boca da lei”.

O juiz do direito liberal estava proibido de assumir uma postura ativa no processo. Em nome da liberdade do indivíduo, chegou-se a proibi-lo de interpretar a lei. A figura do juiz inerte, visto como *bouche de loi* (boca da lei), sem qualquer poder criativo ou de *imperium*, foi sustentada pelo mito da neutralidade, que supôs (i) ser possível um juiz despido de vontade inconsciente; (ii) ser a lei – como pretendeu MONTESQUIEU – uma relação necessária fundada na natureza das coisas; (iii) predominar no processo o interesse das partes e não o interesse público na realização da justiça, e, ainda; (iv) que o juiz nada tinha a ver com o resultado da instrução, como se a busca do material adequado para a sua decisão fosse somente problema das Partes (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, s/p.).

O direito, nesta fase, era confundido com a lei. Não se investigavam as razões morais da lei. “*Nessa dimensão a juridicidade da norma está desligada de sua justiça intrínseca, importando somente se foi editada por uma autoridade competente e segundo um procedimento regular*” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, s/p.).

Na interpretação e aplicação do ordenamento jurídico, tinha-se apenas o processo de esclarecimento da vontade do legislador. Não se interpretava a lei, apenas declarava-se seu conteúdo. “*Nesse sentido, o poder dos juízes ficaria*

limitado a afirmar o que já havia sido dito pelo Legislativo, pois o julgamento deveria ser apenas ‘um texto exato da lei’” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, s/p.).

Dessa forma, implantou-se o império da lei em detrimento ao império dos homens⁵³. *“Por isso, MONTESQUIEU acabou concluindo que o ‘poder de julgar’ era, de qualquer modo, um ‘poder nulo’*” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, s/p.).

Naquela época, à jurisdição competia recompor as violações às leis gerais e restaurar os direitos subjetivos previstos na lei e violados. Não havia a necessidade de tutela preventiva de direito, que era vista como um atentado ao liberalismo. Competia à jurisdição apenas restaurar o direito violado.

Se é certo que a jurisdição, no final do século XIX, encontrava-se totalmente comprometida com os valores do Estado liberal e do positivismo jurídico, passa a importar agora a relação entre esses valores e a concepção de jurisdição como função voltada a dar atuação aos direitos subjetivos privados violados. Os processualistas que definiram essa ideia de jurisdição estavam sob a influência ideológica do modelo do Estado Liberal de Direito e, por isso, submetidos aos valores da igualdade formal, da liberdade individual mediante a não interferência do Estado nas relações privadas e do princípio da separação de poderes como mecanismo de subordinação do Executivo e do Judiciário à lei. Na época, na área de influência franco-italiana, atuava a chamada escola exegética, que, além de ter sido influenciada pelo iluminismo, foi acentuadamente marcada pelo positivismo jurídico e, assim, pela ideia de submissão do juiz à lei. A tendência de defesa da esfera de liberdade do particular aliada à tese de que apenas a supremacia da lei seria capaz de proteger esses direitos deram naturalmente à jurisdição a função de proteger os direitos subjetivos dos particulares mediante a aplicação da lei. Mais precisamente, a jurisdição tinha a função de viabilizar a reparação do dano, uma vez que, nessa época, não se admitia que o juiz pudesse atuar antes de uma ação humana ter

⁵³ Império da lei significa, antes de tudo, que o próprio legislador está vinculado às leis que edita. A vinculação do legislador à lei só é possível, todavia, enquanto a lei é uma norma com certas propriedades. Essas são sintetizadas na expressão da lei geral e abstrata. Para não violar a liberdade e a igualdade – formal – dos cidadãos, a lei deveria guardar as características da *generalidade* e da *abstração*. A norma não poderia tomar em consideração alguém em específico ou ser feita para determinada hipótese. A generalidade era pensada como garantia de imparcialidade do poder perante os cidadãos – que, por serem “iguais”, deveriam ser tratados sem discriminação – e a abstração como garantia da estabilidade – de longa vida – do ordenamento jurídico. A igualdade, que não tomava em conta a vida real das pessoas, era vista como simples projeção da garantia da liberdade, isto é, da não discriminação das posições sociais, pouco importando se entre elas existissem gritantes distinções concretas. O Estado liberal tinha preocupação com a defesa do cidadão contra as eventuais agressões da autoridade estatal e não com as diferentes necessidades sociais. A impossibilidade de o Estado interferir na sociedade, de modo a proteger as posições sociais menos favorecidas, *constituía consequência natural da suposição de que para se conservar a liberdade de todos era necessário não discriminar ninguém, pois qualquer tratamento diferenciado era visto como violador da igualdade – logicamente formal* (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, s/p.).

violado o ordenamento jurídico. Se a liberdade era garantida na medida em que o Estado não interferia nas relações privadas, obviamente não se podia dar ao juiz o poder de evitar a prática de uma conduta sob o argumento de que ela poderia violar a lei. Na verdade, qualquer ingerência do juiz, sem que houvesse sido violada uma lei, seria vista como um atentado à liberdade individual (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, s/p.).

Os conceitos de jurisdição elaborados por Giuseppe CHIOVENDA e Francesco CARNELUTTI partiram daqueles escopos do direito, que eram contemporâneos à época em que desenvolveram os referidos conceitos⁵⁴.

Para CHIOVENDA, a concepção de jurisdição⁵⁵ está atrelada à ideia de se aplicar a vontade da lei ao caso concreto.

Pode-se definir a jurisdição como a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva (CHIOVENDA, 2009, pp.511/512).

CHIOVENDA conceitua jurisdição como a atuação da vontade concreta da lei, partindo do pressuposto de que o Estado moderno elabora as leis e precisa realizá-las no plano concreto, através de uma função distinta da administração ou legislação (PAULA, 2002, p. 53). Essa função judicial⁵⁶ estabelecia uma revelação

⁵⁴ Se as teorias da jurisdição constituem espelhos dos valores e das ideias das épocas e, assim, não podem ser ditas equivocadas – uma vez que isso seria um erro derivado de uma falsa compreensão de história –, certamente devem ser deixadas de lado quando não mais revelam a função exercida pelo juiz. Isso significa que as teorias de CHIOVENDA e CARNELUTTI, se não podem ser contestadas em sua lógica, certamente não têm – nem poderiam ter – mais relação alguma com a realidade do Estado contemporâneo. Por isso, são importantes apenas quando se faz uma abordagem crítica do direito atual, considerando-se a sua relação com os valores e concepções do instante em que foram construídas. Assim, antes de constituírem teorias capazes de dar lugar à compreensão do processo civil no Estado Constitucional, pertencem apenas à história da cultura jurídica processual civil (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016).

⁵⁵ Não é objeto desta pesquisa esgotar a discussão acerca do conceito de jurisdição nem apresentar um conceito infalível desta. Apenas relatar que os conceitos clássicos do Chivenda e Carnelutti, embora desenvolvidos há cerca de cem anos, acabaram por influenciar no Novo Código de Processo Civil. Sobre as teorias acerca do conceito de jurisdição, recomenda-se a leitura da obra sobre Teoria Geral do Processo do professor Jônatas Luiz Moreira de Paula.

⁵⁶ “CHIOVENDA é um verdadeiro adepto da doutrina que, inspirada no iluminismo e nos valores da Revolução Francesa, separava radicalmente as funções do legislador e do juiz, ou melhor, atribuía ao legislador a criação do direito e ao juiz a sua aplicação. Recorde-se que, na doutrina do Estado liberal, aos juizes restava simplesmente aplicar a lei ditada pelo legislador. Nessa época, o direito constituía as normas gerais, isto é, a lei. Portanto, o Legislativo criava as normas gerais e o Judiciário as aplicava. Enquanto o Legislativo constituía o poder político por excelência, o Judiciário, visto com desconfiança, resumia-se a um corpo de profissionais que nada podia criar. De modo que não se pode confundir *aplicação da norma geral ao caso concreto* com *criação da norma individual do caso concreto*” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, s/p.).

da vontade da lei em relação às partes. O juiz, ao analisar o caso, era incumbido de declarar o sentido concreto da lei.

Francesco CARNELUTTI⁵⁷ traz a ideia de jurisdição como a “justa composição da lide”. “O processo se desenvolve para a composição justa do litígio”. (CARNELUTTI, 2000, p.373)

CARNELUTTI entende por justa a solução nos termos do direito e lide o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. Sua doutrina é importante, porque insere os elementos *justa* e *lide* no conceito de jurisdição (PAULA, 2002, pp. 58/59).

A partir desse conceito, a jurisdição foi, por consequência, pensada no quadro das funções do Estado, considerada, então, a tripartição dos poderes. CARNELUTTI, entretanto, partiu da ideia de lide entre duas pessoas – compreendida como conflito de interesses individual ou, mais precisamente, marcada pela ideia de litigiosidade, conflituosidade ou contenciosidade – para definir a existência de jurisdição. A lide, dentro do sistema carneluttiano, é característica essencial para a presença de jurisdição. Havendo lide, a atividade do juiz é jurisdicional, mas não há jurisdição quando não existe um conflito de interesses para ser resolvido ou uma lide para ser composta pelo juiz (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, s/p.).

No Estado Constitucional, a concepção de jurisdição é outra, voltada para a máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais, tendo a Constituição como fonte de validade do ordenamento jurídico e desvinculada de subordinação à lei.

7.2 Surgimento de uma nova concepção de Jurisdição no Estado Constitucional

O CPC é o primeiro Código de Processo escrito a partir da redemocratização do país, implementada pela CR/88.

Na jurisdição no Estado Constitucional, a compreensão e interpretação do direito se dão a partir de matiz constitucional. O Estado tem que harmonizar dispositivos que se apresentam contrastantes, mas não-contraditórios, como por

⁵⁷ As concepções de “justa composição da lide”, de CARNELUTTI, e de “atuação da vontade concreta do direito”, elaborada por CHIOVENDA, são ligadas a uma tomada de posição em face da teoria do ordenamento jurídico, ou melhor, à função da sentença diante do ordenamento jurídico. Para CHIOVENDA, a função da jurisdição é meramente declaratória; o juiz declara ou atua a vontade da lei. CARNELUTTI, ao contrário, entende que a sentença torna concreta a norma abstrata e genérica, isto é, faz particular a lei para os litigantes (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016).

exemplo, a propriedade privada e a função social da propriedade, *pacta sunt servanda e rebus sic stantibus*, dentre outros.

As Constituições no novo constitucionalismo estão prenhas de princípios, de valores, de pautas abertas. Do ponto de vista do direito positivo, a Constituição é um direito positivo aberto, não é um direito positivo hermético. Ela é um direito positivo aberto para a oxigenação traduzida pelos princípios. Princípios que contém os valores fundantes que oxigenam o direito constitucional. E é justamente essa abertura do direito constitucional que permite sua constante releitura e evolução.

A Constituição é imperativa e suprema. As Funções Executiva, Legislativa e Judicial subordinam-se aos ditames constitucionais. Superou-se o império da lei.

Consolidou-se, portanto, a teoria de que o Poder Legislativo é um poder constituído e só pode atuar nos limites das atribuições que lhe foram conferidas pelo constituinte deste poder, pela Constituição. Amarra-se, desta forma, o Poder Legislativo aos ditames constitucionais. De outra forma, atrela-se a legitimação da lei não só ao formalismo, mas também à compatibilidade material (de conteúdo) ao previamente estabelecido de forma positiva (escrita, expressa) pela Constituição.

A partir deste momento, altera-se substancialmente o papel da Jurisdição, pois (1) assume a atribuição de verificar a compatibilidade do conteúdo legislativo às diretrizes constitucionais (comandos jurídicos de dever ser e não simples valores políticos); (2) toma posse da função interpretativa (que anteriormente lhe era vedada). Deixa de simplesmente descrever, e passa então a desenvolver a tarefa de compreender.

Sob este contexto, altera-se significativamente o conceito de norma jurídica. Deixa de ser identificada com o texto normativo, passando a ser entendida como o produto do ato interpretativo. A norma não se confunde com o dispositivo, é um novo objeto, construído pela extração do significado compatível com os princípios constitucionais de justiça e com os direitos fundamentais constitucionalizados (concepção semântica de norma).

Ao jurista e ao juiz não cabe, a partir de então, simplesmente revelar (descrever) o conteúdo legal, mas especialmente construir o significado constitucional dos dispositivos. O que desvela que as Constituições não são meros manifestos políticos cuja concretização é tarefa exclusiva do legislador, mas normas jurídicas genuínas vinculantes e suscetíveis de produzir efeitos jurídicos, inclusive diretos (sem a intermediação legislativa), e especialmente em função da atuação judicial (LAMY, 2011, s/p.).

No Estado Constitucional, é indiscutível que o juiz, ao aplicar a lei ao caso concreto, ultrapassa o simples exercício de subsunção, exercendo uma função axiológica, por assim dizer. O juiz vale-se tanto da norma posta como da tábua de valores existente no meio social (pautado em pressupostos éticos, morais e principiológicos), interando fato e norma, visando à solução mais justa para o caso concreto⁵⁸.

⁵⁸ As concepções de Chiovenda e Carnelutti de jurisdição partilham da ideia de que a função do juiz está subordinada ao princípio da supremacia da lei. Ambas negam lugar à compreensão do caso

Nessa vertente, a jurisdição deve ser exercida dentro dos ditames do devido processo constitucional.

Na concepção estruturante do Estado Democrático de Direito, a função jurisdicional ou, simplesmente, jurisdição, é atividade-dever do Estado, prestadas pelos órgãos competentes indicados no texto da Constituição, somente exercida sob petição da parte interessada (direito de ação) e mediante a garantia do devido processo constitucional. Em outras palavras, a jurisdição somente se concretiza por meio de processo instaurado e desenvolvido em forma obediente aos princípios e regras constitucionais, dentre os quais avultam juízo natural, a ampla defesa, o contraditório e a fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais baseada na reserva legal, com o objetivo de realizar imperativa e imparcialmente os preceitos das normas componentes do ordenamento jurídico. Essa noção descritiva da função jurisdicional revela nosso alinhamento com as ideias cientificamente renovadas sobre jurisdição e processo, ancoradas na preservação dos direitos e das garantias constitucionais outorgados às pessoas, que vêm sendo expostas em estudos magníficos da teoria do Estado e da teoria do processo constitucional, única forma de afirmar a legitimidade democrática dos pronunciamentos jurisdicionais feitos nos processos (BRÉTAS, 2015, pp.38-39).

O Código de Processo Civil de 1973⁵⁹ estabeleceu os escopos de jurisdição lastreado na escola chiovendiana. No mesmo sentido, foram mantidas as disposições do CPC, conforme redação do art.16 desse diploma legal: “Art. 16. A jurisdição civil é exercida pelos juízes e pelos tribunais em todo o território nacional, conforme as disposições deste Código”.

Embora tenha concebido a jurisdição sob os conceitos clássicos, o CPC estabelece parâmetros do devido processo constitucional, conforme disposto no art. 489 do CPC.

Releva consignar que, em qualquer caso, o juiz deve sempre fundamentar sua decisão com argumentos responsáveis, desenvolvidos a partir da construção

concreto no raciocínio decisório e cada uma à sua maneira diz que o objetivo da jurisdição é simplesmente afirmar o texto da lei (aplicando a vontade geral de forma concreta ou criando a norma individual para compor a lide) e não construir seu significado. Não são modelos construídos para o direito constitucionalizado, seara em que o juiz tem a função de iluminar criativamente a compreensão da norma pelos princípios constitucionais e materiais de justiça e pelos direitos fundamentais, campo em que o juiz alça à categoria de agente do poder, que faz valer, que realiza os ditames constitucionais e deixa o posto de mero aplicador mecânico das diretivas legislativas. O juiz deve obrigatoriamente escolher, frente à possibilidade de mais de uma solução interpretativa, aquela que outorgue maior efetividade à Constituição (é de fato um agente do poder). Mais ainda, pode e deve atuar mesmo na ausência de comandos legislativos, aplicando diretamente os comandos constitucionais, especialmente os de natureza fundamental (LAMY, 2011, s/p.)

⁵⁹ “Os princípios básicos da escola chiovendiana – sobre os quais, aliás, formaram-se a moderna doutrina processual italiana e a doutrina processual brasileira, especialmente aquela ligada à formação do Código Buzaid de 1973 – foram inspirados no modelo institucional do Estado de Direito de matriz liberal, revelando, de tal modo, uma continuidade ideológica em relação ao pensamento dos juristas do século XIX” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, s/p.).

lógica e sistemática. É importante a justificação argumentativa de qualquer decisão judicial, com oferecimento da atividade estatal de jurisdição com transparência, como resultado de ação séria e responsável, evitando-se decisões aleatórias, teratológicas, injustas e incompreensíveis.

Com a adoção do modelo de Estado de Direito Democrático, o juiz atua com uma postura ativa, uma vez que o próprio direito material passou a depender de ações positivas. Essas últimas passaram a ser imprescindíveis para a prevenção dos direitos.

Tudo isso, visando ao alargamento da ação protetiva dos direitos fundamentais⁶⁰.

Nesse caminho, o STF deu nova interpretação a aplicação do mandado de injunção, que deve ser visto e qualificado como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, pela inaceitável omissão do Congresso Nacional, enquanto não editada a lei. Permitindo que, constatada a inércia do órgão regulamentador, o órgão jurisdicional possa fazer a imediata regulamentação para o caso concreto e possibilite desde logo o exercício do direito por seu titular⁶¹.

⁶⁰ “Talvez a mais significativa alteração no papel da Jurisdição em um direito baseado em direitos fundamentais e estruturado com normas principiológicas (além das regrativas) é o destaque à racionalidade argumentativa, pois, no embate de normas fundamentais principiológicas, não se pode admitir (porque possuem a mesma hierarquia e exigem a mútua convivência do pluralismo) uma solução judicial única e abstrata (consectária da subsunção à lei geral e abstrata), mas apenas a solução correta para cada caso, a regra de prevalência para as circunstâncias do caso. A correção, portanto, da solução judicial somente se demonstra pela correção argumentativa, pela justificação atrelada às condicionantes do caso (LAMY, 2011, s/p.).

⁶¹ Nesta senda, calha transcrever excertos dos votos dos Ministros do STF, no julgamento dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712 relativos à omissão de regulamentação do direito de greve do servidor público. No mandado de injunção 670-9 e no 712-8, o Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto, conheceu do mandado de injunção, dando eficácia concretizadora ao direito de greve em favor dos servidores públicos civis. Tal decisão deu efetividade ao direito constitucional de greve do servidor público, *norma de eficácia contida, limitável pelo legislador, mas enquanto não editada a lei, de eficácia imediata*. O Ministro ressaltou que não se trata de aplicação analógica da Lei 7.783/89, por **não** terem “semelhança relevante entre a greve dos trabalhadores do setor privado e a greve dos servidores públicos” e nem “identidade jurídica entre os dois fenômenos que autorize a aplicação da Lei 7.783/89 ao serviço público”; mas sim de dar eficácia ao direito constitucional de greve dos servidores públicos civis, até que seja editada lei específica. No MI 712-8, consignou o Ministro que “não resta dúvida, a meu ver, de que é chegada a hora desta Corte avançar no sentido de conferir maior efetividade ao mandado de injunção, dando concreção a um dos mais importantes instrumentos de defesa dos direitos fundamentais concebidos pelo constituinte originário” (MI 712, p.04). Igualmente a decisão do Ministro Celso de Mello, no MI 708 / DF e no MI 712 / PA, argumentando que o mandado de injunção não se resume mais “**à mera declaração**, pelo Poder Judiciário, **da ocorrência de omissão inconstitucional**, a ser meramente comunicada ao órgão estatal inadimplente, **para que este promova a integração normativa** do dispositivo constitucional invocado como fundamento do direito titularizado pelo impetrante do “*writ*”. **Esse entendimento restritivo não mais pode prevalecer, sob pena de se esterilizar** a importantíssima função político-

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O poder absoluto do Estado, que foi limitado pelo constitucionalismo liberal, ganha novos contornos com o constitucionalismo social. Essas duas grandes etapas do direito constitucional permitem entrar numa nova etapa, a do neoconstitucionalismo.

A CR/88, consagrando as ideologias do constitucionalismo liberal, social e neoconstitucionalismo, representa documento jurídico-normativo vinculante para toda a sociedade, tanto nas relações públicas quanto nas relações particulares. Com essa Constituição, houve um aumento significativo de demandas, devido à democratização do acesso à jurisdição. O judiciário tornou-se meio a serviço da realização dos direitos.

Toda essa evolução refletiu na elaboração do CPC, uma vez que não há jurisdição nem processo que não seja constitucional.

O estudo, aplicação e interpretação do direito processual civil dão-se a partir da CR/88, e os resultados alcançados pela aplicação do CPC devem ser conformados com ela. Somente serão válidos os resultados alcançados se estiverem de acordo com o que estiver prescrito pela CR/88.

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

O novo CPC supera a ideologia liberal, individual e patrimonialista de processo, estabelecendo cooperação, boa-fé, efetividade e coletivização, tendo

jurídica **para a qual foi concebido**, pelo constituinte, **o mandado de injunção**, que deve ser visto e qualificado como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, **pela inaceitável omissão** do Congresso Nacional, **impedindo-se**, desse modo, **que se degrade** a Constituição **à inadmissível** condição subalterna de um estatuto **subordinado** à vontade ordinária do legislador comum” (MI 708, p.10-11). “Ante a **irrecusável supremacia** da Carta Política, **revela-se essencial impedir o desprestígio** da própria Constituição, **seja por ação, seja por omissão** dos órgãos, instituições e autoridades da República” (MI 712, p.18). Por fim, para o Ministro Eros Grau, no MI 712-8, a decisão judicial ostentará caráter constitutivo, podendo ser adotada com validade *erga omnes* ou limitada à situação concreta. Sendo certo que o Tribunal exercerá, ao formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o art. 37, VII da Constituição, função normativa, porém não legislativa. Demonstrando a preocupação em conceder-se plena efetividade às normas constitucionais e na aceitação de um modelo de separação de poderes mitigado. Ressaltou o Ministro “A esta Corte impõe-se traçar os parâmetros atinentes a esse exercício” (MI 712/8, p.14).

como legado a instituição do contraditório tridimensional e a fundamentação analítica das decisões.

O direito ao contraditório é o fundamento para decisões democráticas.

Pelo novo Código, o contraditório vincula não somente as partes, mas também a autoridade julgadora.

A jurisprudência já vinha reconhecendo, em julgados isolados, a aplicação do princípio do contraditório em sua visão tridimensional (conhecimento-reação-influência). O CPC, de forma expressa, garantiu a aplicação do princípio do contraditório como direito de influência e positivou a vedação de decisões surpresa. Estabelecendo, ainda, que o princípio do contraditório vincula não somente as partes, mas também o julgador, em qualquer grau de jurisdição, assegurando a influência das manifestações das partes na formação das decisões judiciais.

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

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

A fundamentação analítica é elemento estrutural da sentença e decorrência lógica do contraditório, sendo este o fundamento para decisões democráticas, construídas pelo diálogo entre as partes, pautadas pelo respeito ao devido processo constitucional, cooperação e boa-fé. Referida fundamentação, além de impedir o arbítrio, coaduna com o princípio da eficiência, que o Judiciário também está adstrito, aprimorando e qualificando o direito fundamental da motivação dos atos judiciais, consagrado no artigo 93, inciso IX, da CR/88.

Os escopos do processo democrático presentes na Lei n. 13.105/2015, somados ao princípio do contraditório em sua visão tridimensional, bem como à fundamentação legítima e qualificada das decisões representam um avanço significativo rumo à eficiência. A fundamentação qualificada das decisões e o contraditório tridimensional apresentam-se como meio de controle da participação efetiva das partes no processo.

O Novo Código de Processo Civil dissimulou a importância do mecanicismo da subsunção e do silogismo, resgatando a argumentação e a racionalidade prática. Em qualquer caso, o juiz deve sempre fundamentar sua decisão com argumentos responsáveis, desenvolvidos a partir da construção lógica e sistemática. É importante a justificação argumentativa de qualquer decisão judicial, com oferecimento da atividade estatal de jurisdição com transparência, como resultado de ação séria e responsável, evitando-se decisões aleatórias, teratológicas, injustas, incompreensíveis e, principalmente, que causem prejuízos às partes e a sociedade.

Toda essa evolução contribui sobremaneira para a democratização e a legitimidade democrática das decisões judiciais.

Como antes os princípios eram considerados subsidiários, com a CR/88, eles, principalmente os constitucionais, deixaram de ser meros meios de integração do direito (frente às lacunas) e convertem-se em normas situadas no patamar mais elevado da ordem jurídica, aplicáveis em todos e quaisquer casos, bem como em todas as modalidades de processo.

Os princípios consagrados na Constituição estão alçados no ponto mais alto da escala normativa. Assim o CPC tem, em sua espinha dorsal, a aplicação do princípio do contraditório em sua visão tridimensional, bem como a fundamentação legítima e qualificada. Tem-se a atuação judicial influenciada por um direito de textura aberta, cuja tarefa direciona-se a concretizar, a realizar os direitos.

É indiscutível que o juiz, ao aplicar a lei ao caso concreto, ultrapassa o simples exercício de subsunção, exercendo uma função axiológica, por assim dizer. O juiz vale-se tanto da norma posta como da tábua de valores existente no meio social (pautado em pressupostos éticos, morais e principiológicos), interagindo fato e norma, visando à solução mais justa para o caso concreto.

Contudo, pode-se dizer que o juiz cria o direito a partir dos dispositivos normativos, diante das circunstâncias. Sua criação, no entanto, não é absoluta, *ex nihilo* (do nada), dá-se nos limites do anteriormente positivado. Este é o seu papel no Estado Constitucional, sobretudo, visando ao alargamento da ação protetiva dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ALEMANHA. Zivilprozessordnung. Disponível em: <<https://dejure.org/gesetze/ZPO/139.html> > Acesso em: 09 dez. 2016.

AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Manual de direito processual civil*, v. 1, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2012. E-book.

ARRUDA ALVIM Neto, José Manoel; CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; TUCCI, José Rogério Cruz; WATANABE, Kazuo. *II Maratona do novo CPC: contraditório no novo CPC, informação e reação demais?*. Curso à distancia. Associação dos Advogados de São Paulo, São Paulo, 2016.

BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2012. (Coleção saberes do direito) E-book.

BACELLAR, Roberto Portugal. A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução de conflitos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 95, p. 122-34, jul./set., 1999.

BAHIA, Alexandre de M. F.; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio. *Precedentes no Novo CPC: é possível uma decisão correta?* Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2015/07/27/precedentes-no-novo-cpc-e-possivel-uma-decisao-correta/#_ftnref20>. Acesso em: 15 mar. 2016.

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

BARBOSA, Águida Arruda. *“Mediação familiar: instrumento para a reforma do Poder Judiciário”*. In: Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional do Brasil), In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.), *A constitucionalização do Direito – fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

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

BÍBLIA. *Bíblia sagrada*. São Paulo: Ave Maria, 2011.

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

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Agravo de instrumento n.º 791292 QO-RG*. Rel. Min. Gilmar Mendes. Publicação: 13 ago. 2010.

BRASIL. Planalto. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de processo civil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 20 de jan. 2016.

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

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de direito constitucional*. In: MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. E-book.

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

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

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

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta; 2003.

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

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2000, vol.I.

- CARVALHO, Kildare Gonçalves de. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Processo Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2009
- DANTAS, Ivo. *Direito processual constitucional e direito constitucional processual: um debate em aberto*. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, Recife, v. 85, n. 2, 2013
- DEL NEGRI, André. *Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. Salvador: Jus Podivm, 2015.
- DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: Meio de impugnação das decisões judiciais e processo nos Tribunais*. Salvador: Jus Podivm, 2016. E-book.
- ECONOMIDES, Kim. *Lendo as Ondas do Movimento de Acesso à Justiça: Epistemologia versus Metodologia*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. Disponível em <<http://gajop.org.br/justicacidade/wp-content/uploads/Lendo-as-Ondas-do-Movimento-de-Acesso-aa-Justica.pdf>>. Acesso em: 24 jan. 2016.
- FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de derecho*. In: *Neoconstitucionalismo(s)*, por Miguel CARBONELL. Madrid: Trotta, 2003.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 38ªed. São Paulo: Saraiva, 2012. E-book
- FRANÇA. *Code de Procédure Civile. Article 16*. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006410109&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20150612>> . Acesso em: 12 jun. 2015.
- FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. 8ª ed. Elaine Nassif. 1ª ed. Campinas/SP: Bookseller Editora e Distribuidora, 2006.
- GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito Processual Civil Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro, 1990.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. O Estado de Direito e o Judiciário na Pós-modernidade. *Nomos – Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*. Fortaleza, v. 11/12, n. 1-2, p. 17, jan./dez., 1993.

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

ITALIA. *Costituzione della reppubblica italiana*. Roma, 1947.

LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

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

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LAMY, Marcelo. *Fundamentos Constitucionais do Processo*. 2011. Curso à distancia – Escola Superior de Direito Constitucional, São Paulo. [s.n.t]

LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O Constitucionalismo Moderno - Origem e Crise - Reflexões. *Universo Jurídico*, Juiz de Fora, abr., 2007. Disponível em: < http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/3564/o_constitucionalismo_moderno__origem_e__crise__reflexoes >. Acesso em: 23 set. 2016.

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

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

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1999.

MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. E-book.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *RMS 27.440/AL*, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Segunda turma. Julgado 08 set. 2009. DJe 22 set. 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. Introdução, trad. e notas de Pedro Vieira Mota. 7ª ed. São Paulo. Saraiva: 2000.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Infraconstitucional*. São Paulo: Atlas, 2007

MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING Adalberto Narciso. Que é um modelo democrático de processo? *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 73, jan./abr., 2013. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1383852047.pdf>

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

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

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. Salvador: JusPodivm, 2016.

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

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

PLATÃO, *A República*. Trad. Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 2004.

PORTUGAL. *Código de Processo Civil português*. Disponível em: <[SANTOS, Welder Queiroz dos. *Vedação à decisão surpresa no processo civil*. Dissertação \(Mestrado\). Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012.](http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/consolidacao-processo/codigo-processo-civil/downloadFile/file/CODIGO_PROCESSO_CIVIL_VF.pdf?nocache=1286970369.12.> Acesso em: 12 jun. 2015.</p></div><div data-bbox=)

SANTOS, Welder Queiroz dos. Vedação de prolação de “decisão surpresa” na Alemanha. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 240, p. 425 – 435, fev., 2015.

SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda*. In *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. E-book.

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

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Editorial Forum, 2012. E-book.

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

THEODORO JR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais*. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/textos/artigos/Artigo%2051%20formatado.doc>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio. *Novo CPC: Fundamentos e Sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JR., Humberto. *Código de Processo Civil Anotado*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. E-book.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. vol. 1.

TRINDADE, André Karam. *Crítica à imprecisão da expressão neoconstitucionalismo*. Conjur - Consultor Jurídico. 19 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-19/diario-classe-critica-imprecisao-expressaoneoconstitucionalismo>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantia Constitucional do Contraditório no Projeto do CPC: Análise e Proposta*. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 1, n. 38, set./out., 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil - artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

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

ZANDONA FREITAS, Sérgio Henriques. *A impostergável reconstrução principiológico-constitucional do processo administrativo disciplinar no Brasil*. Tese (Doutorado). Direito Processual. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2014.