

A TRAJETÓRIA NADA FÁCIL DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO: UM DIREITO FUNDAMENTAL PROCESSUAL EM ÉPOCA DE PROCESSO COLABORATIVO

Frederico Wildson da Silva Dantas¹

Ewerton Gabriel Protázio de Oliveira²

Resumo: A pesquisa objetiva apresentar, através de uma análise histórica do instituto, algumas das feições modernas que o princípio do contraditório assumiu diante da ideia de modelo colaborativo de processo no Brasil. Para tanto, é preciso alocá-lo diante de algumas fases históricas e, assim, traçar alguns elementos do seu conteúdo normativo atual, sobretudo com a vinda de um novo Código de Processo Civil.

Palavras-Chave: contraditório; direitos fundamentais; neoconstitucionalismo; colaboração.

Abstract: The objective research presented, through a historical analysis of the institute, some of the modern features that the contradictory principle assumed before the idea of a collaborative process model in Brazil. For that, it is necessary to allocate it in front of some historical phases and, thus, trace some elements of its current normative content, especially with the coming of a new Civil Procedure Code.

Keywords: contradictory; fundamental rights;

¹Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Juiz Federal. Professor Adjunto da Universidade Federal de Alagoas - UFAL.

²Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL. Pós-Graduado em Processo Civil pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus.

neoconstitutionalism; collaboration.

1. INTRODUÇÃO



alhar em processo é o mesmo que falar em contraditório. Essa assertiva parece, a princípio, óbvia. No entanto, não é assim que a história foi sempre escrita.

O princípio do contraditório, como um verdadeiro corolário da cláusula do devido processo legal, representa uma conquista humana irrenunciável em face do Estado, e que, por isso, deve sempre estar sendo desenvolvido em seu conteúdo normativo.

A sua presença em documentos internacionais e nacionais só solidificam a necessidade de que as leis de um Estado precisam prestar o devido respeito a essa garantia fundamental.

É dizer, o referido princípio tem sido a base processual das mais diversas democracias consolidadas de todo o mundo, afinal, nenhuma decisão judicial seria legítima se não permitisse que o afetado por ela fosse possibilitado de se manifestar.

Nesse contexto, o presente trabalho pretende abordar como ele, o contraditório, se portou durante um período da história, especialmente em parte da Europa e no Brasil para, então, avaliar como ele é visto na nova fase metodológica que perpassa o processo civil, permitindo fazer uma releitura do seu conteúdo.

Para tanto, o artigo se dividirá em três pequenos itens: o primeiro, tratando de uma análise histórica dos momentos vividos por esse princípio no passar dos séculos, até chegar ao patamar de um direito humano processual; o segundo, também baseado em historicidade, será restrito à evolução do contraditório no Brasil, até a chegada do Código de Processo Civil de 2015, inaugurando um novo modelo de processo; e o terceiro, explorando o seu atual conteúdo normativo, restrito ao âmbito do processo civil, com o fim de lastrear a sua feição mais moderna.

Além disso, a pesquisa ousará mesclar a doutrina processualista com a constitucionalista, medida necessária em razão do essencial caráter processual do instituto.

2. CAMINHO EVOLUTIVO DO CONTRADITÓRIO A PARTIR DE UMA ANÁLISE HISTÓRIA: AS TRAJETÓRIAS DE UM PRINCÍPIO SOFRIDO

Para uma compreensão correta e atual das feições do princípio do contraditório em um determinado ordenamento jurídico, é preciso que se faça um apanhado sintético, porém preciso, da sua evolução histórica, especialmente para identificar todo um caminho percorrido, seja a nível externo, seja a nível interno.

Ter um diálogo com a historicidade, de toda sorte, traz ao estudo uma compreensão muito mais embasada, afinal, os direitos são frutos da história³.

A premissa se torna mais evidente quando se percebe que esse princípio, visualizado no Brasil, só passou a ser reconhecido em texto constitucional, mesmo que de maneira limitada, a partir da Constituição de 1937, também conhecida como “A Polaca”⁴.

Aliás, não é difícil relembrar os incontáveis tempos sombrios que já sobreviveu a humanidade, marcados pela explícita repulsa à defesa, ou à qualquer manifestação de contrariedade à acusação.

No entanto, embora uma análise histórica devesse iniciar-se a partir da origem do que se está sendo estudado, aqui se permita um desvio para que essa incoação se dê a partir da idade média europeia, quando a lógica do processo era assimétrica.

Nesse tema, precisa é a proposta metodológica

³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007 [1999]

⁴A Constituição outorgada por Getúlio Vargas em 1937 é conhecida como “A Polaca”, em razão de sua inspiração na Constituição polonesa.

apresentada por Pedron e Bahia⁵, quando identificam duas trajetórias atravessadas pelo princípio do contraditório no cenário europeu: a primeira, de um direito natural endoprocessual para as margens do sistema processual; a segunda, do completo naufrágio para sua revalorização no curso do século XX.

2.1 A PRIMEIRA TRAJETÓRIA NO AMBIENTE EUROPEU

A primeira rota apontada se inicia com o contraditório funcionando com um caráter mais ético, como um verdadeiro mecanismo de compensação de desigualdades⁶, vale dizer, não limitado apenas à busca da verdade, mas, sim, ao balanceamento de forças entre as partes.

Nesse período, a ligação com a leitura jusnaturalista é muito forte, além disso, a verdade buscada no processo não se baseava em uma razão individual, mas de uma investida combinada dos litigantes, com características de tolerância aos distintos pontos de vista e de sociabilidade do saber, mas sempre buscando uma verdade provável fruto do diálogo⁷.

A partir dos Sécs. XVII e XVIII, o antigo continente iniciou uma desconstrução, no que se refere ao contraditório e ao processo em si, da dialética e da tópica argumentativa que afeiçoavam o *ordo iudicarius*⁸ medieval. É o que alguns

⁵ PEDRON, Flávio Quinaud; BAHIA, Alexandre. A (re)construção do princípio do contraditório a partir de uma perspectiva democrática. In: BRIGULIO et al. (Orgs.). *Scritti in Onore di Nicola Picardi*. Roma: Pacini Editore, 2016, p. 129-142.

⁶ THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle. Princípio do contraditório no Direito Brasileiro. In.: Theodoro Jr., Humberto; Calmon, Petrônio. Nunes, Dierle. *Processo e Constituição: Os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 284.

⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Garantia do contraditório. CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 1999, p. 134.

⁸ PICARDI, Nicola. *Audiat et altera pars: le matrici storico-culturali del contraddittorio*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè, 2003, p. 65.

doutrinadores ousaram chamar de era da geometrização do jurídico⁹, onde o modelo de conhecimento era o matemático.

Sobre esse fenômeno, Theodoro Jr. e Nunes, baseados no ensinamento de Picardi, destacam que:

“[...] a transição do originário processo comum (extraído da tradição italiana – Sécs. XIII a XV) ao Prozess-Ordnung da Prússia (1781) representa a passagem de uma ordem isonômica (*ordine isonômico*) para uma ordem assimétrica (*ordine assimetrico*) com a decorrente redução do (atualmente chamado) princípio do contraditório de fundamento ético e jus natural do processo para uma ótima mecânica de contraposição de teses (dizer e contradizer)¹⁰.”

Há, em verdade, uma baixa valorização do contraditório, tendo em vista a lógica burocrática, com a transformação da figura do juiz para um mero diretor do processo, em que sua atividade se torna “[...] previsível, fungível e controlável, distanciando-se da dialética medieval, no qual o juiz deixa de ser responsável pelas suas decisões perante os cidadãos”¹¹.

O contraditório, então, passa por um rebaixamento normativo, pois o julgador começa a se utilizar de um método lógico-científico para poder absorver um significado objetivo da realidade, em detrimento das razões apresentadas pelas partes. A prova testemunhal, por consequência, se torna hierarquicamente inferior à documental.

2.2 A SEGUNDA TRAJETÓRIA: A REVALORIZAÇÃO DE SUA SUBSTÂNCIA

⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Jurisdição e execução na tradição romanocanônica*. 2ª Ed., São Paulo: RT, 1997, p. 103 e ss.

¹⁰ THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle. Princípio do contraditório no Direito Brasileiro. In.: Theodoro Jr., Humberto; Calmon, Petrônio. Nunes, Dierle. *Processo e Constituição: Os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 284.

¹¹ PEIXOTO, Ravi. Os caminhos e descaminhos do princípio do contraditório: a evolução histórica e a situação atual. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 294, ago./2019, p. 124.

A segunda trajetória, por sua vez, se dá a partir do início do Século XIX, com a plena vigência do positivismo jurídico, momento em que o princípio do contraditório ainda se mantém desvalorizado.

Isso porque, nesse momento, foi reduzido a uma sistemática de contraposição de argumentos, ou seja, na bilateralidade de audiência, no mero dizer e contradizer¹².

Para Pedron e Bahia:

“A ideologia por detrás das legislações sobre processo na Europa nesse período impunha uma superioridade hierárquica do magistrado sobre as partes e seus advogados. Com isso, aumentou-se de modo drástico os poderes do juiz, que ficou encarregado da direção do processo, mas não apenas no seu aspecto formal.”¹³

Perceptível, diante as circunstâncias da época, que o contraditório era utilizado com certo utilitarismo ao processo, para não dizer como justificativa formal para a descoberta de uma verdade pré-concebida e já arrematada no texto legal.

De fato, a bilateralidade de audiência está intrínseca ao próprio sentido desse princípio. Ora, como poderia se imaginar que uma garantia dessa estirpe pudesse significar algo justo, se não tivesse como primeira premissa o direito de dizer e de contradizer?

No entanto, o formalismo exacerbado acabava por aniquilar a substância do instituto, pois essa bilateralidade se apresentava insuficiente para o efetivo cumprimento deste direito.

Essa terrível fase que perpassou o contraditório, felizmente, começou a degingolar a partir da segunda metade do Século XIX, sobretudo no cenário pós Segunda Guerra Mundial,

¹² Theodoro Jr., Humberto; Nunes, Dierle. Princípio do contraditório no Direito Brasileiro. In: Theodoro Jr., Humberto; Calmon, Petrônio. Nunes, Dierle. *Processo e Constituição: Os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 284

¹³ PEDRON, Flávio Quinaud; BAHIA, Alexandre. A (re)construção do princípio do contraditório a partir de uma perspectiva democrática. In: BRIGULIO et al.(Orgs.). *Scritti in Onore di Nicola Picardi*. Roma: Pacini Editore, 2016, p. 129-142.

com o neoconstitucionalismo¹⁴.

O referido termo, que pode ser identificado nas reflexões de Paolo Comanducci como uma teoria, uma ideologia ou uma metodologia¹⁵, seguindo uma classificação já formulada por Bobbio em referência ao positivismo jurídico, trouxe a mote uma revolução no campo constitucional nunca vista no direito.

A primeira, em forma de teoria, trouxe uma *Constitución invasora*, caracterizada por positivar um catálogo de direitos fundamentais; por possuir simultaneamente regras e princípios; e pelas peculiaridades de interpretação e de aplicação das normas constitucionais no que diz respeito às normas infraconstitucionais¹⁶.

A segunda, em forma de ideologia, colocou a limitação do poder estatal em segundo plano, para sobrepor a garantia de direitos fundamentais, fazendo surgir, assim, um neoconstitucionalismo de contrapoderes e um neoconstitucionalismo das regras¹⁷.

A terceira, em forma de metodologia, dirigiu a reaproximação do Direito à Moral, colocando os princípios constitucionais e os direitos fundamentais como uma ponte entre essas duas esferas¹⁸.

Esse movimento, naturalmente, trouxe à discussão a necessidade da constitucionalização de garantias processuais,

¹⁴ Aqui é preciso destacar a grande controvérsia doutrinária acerca da vagueza do termo neoconstitucionalismo, sobretudo no sentido de que não há um único neoconstitucionalismo, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que justifica que sejam agrupadas sob um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa. In: SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 113-146, 2009)

¹⁵ COMANDUCI, Paolo. *Formas de (Neo)Constitucionalismo: Um Análisis Metateórico*. 2ª ed. Madrid: Trola, 2005, p. 75-97.

¹⁶ COMANDUCI, Paolo. *Formas de (Neo)Constitucionalismo: Um Análisis Metateórico*. 2ª ed. Madrid: Trola, 2005, p. 75-97.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

sobretudo problematizando uma maior participação das partes no processo.

Peixoto ainda traz mais uma série de outros fatores decisivos para que o contraditório voltasse a ser o elemento essencial do processo. Diz o autor que:

“Tem-se na revitalização dos estudos da lógica jurídica com novos pontos de vista na revalorização do diálogo entre os sujeitos processuais. A percepção de que a decisão do juiz não é uma mera declaração da vontade do legislador e de que intérprete também participa da construção da norma naturalmente gera uma visão de que as partes – que serão sujeitas a essa decisão – precisam ter seus argumentos considerados.”¹⁹

Ressalta-se, também, os trabalhos do saudoso Fazzalari, na Itália, no sentido de encarar o contraditório como direito de participação em igualdade na preparação do provimento (simétrica paridade de armas)²⁰.

O neoconstitucionalismo, portanto, sem esquecer-se das inúmeras críticas veiculadas em seu desfavor – seja na própria expressão, seja no ideal –, foi um marco fundamental para o contraditório, especialmente nos países em que o reconheceu nas suas próprias constituições como um direito fundamental.

Ao encará-lo assim, o neoconstitucionalismo possibilitou que ele fosse o norte de qualquer processo, afinal, como seria falar em um estado democrático de direito, se não considerasse o devido processo legal e seus corolários como verdadeiros direitos fundamentais?

Nesse contexto, Peter Häberle, em sua crítica ao monopólio da interpretação pelo Estado, fez uma importante reflexão:

“[...] todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor

¹⁹ PEIXOTO, Ravi. Os caminhos e descaminhos do princípio do contraditório: a evolução histórica e a situação atual. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 294, ago./2019, p. 125.

²⁰ FAZZALARI, Elio. Instituições de direito processual. Traduzido por Elaine Nassif. Campinas: BOOKSELLER, 2006. p. 122.

tradicionalmente, do processo hermenêutico.”²¹

Ou seja, não há como se falar em um processo justo se não considerar que às partes foi oportunizado o exercício do contraditório. Não apenas em sua forma, mas, acima de tudo, em sua substância.

De toda essa história é possível se concluir o seguinte: para que se possa entender a atual feição do princípio do contraditório, é preciso resgatar a noção dinâmica-dialética que fora desenvolvida ainda na época medieval, e que imperava no processo isonômico, e somá-la com todos os supervenientes documentos, sejam internacionais, ou nacionais, que assim o desenvolveu.

2.3 A VALORIZAÇÃO EM ÂMBITO INTERNACIONAL: PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO COMO DIREITO HUMANO

O cenário pós-guerra trouxe à tona a necessidade de que o mundo, através de documentos específicos, declarasse expressamente um rol de direitos inerentes ao fato de ser um ser humano.

Essa medida não surgiu sem motivos. Foram tantas as atrocidades e violações praticadas por estados tiranos e com ideologias nem um pouco justas, que foi preciso um acordo internacional – e aí se incluem todos aqueles no mesmo sentido – para que todo o mal sofrido não se repetisse.

Nas palavras de Comparato, “As consciências se abriram, enfim, para o fato de que a sobrevivência da humanidade exigia a colaboração de todos os povos, na reorganização das relações internacionais com base no respeito incondicional à dignidade humana”²².

²¹ HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 2002, p.15.

²² COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 6ª ed.

O primeiro documento que aqui se elenca como fundamental para os direitos humanos processuais é, sem sombra de dúvidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, o documento mais traduzido do mundo²³ – em mais de 500 idiomas.

Nele, há artigos expressos com conteúdo inteiramente processual, como são os arts. 8º e 10º.

Mas, não é o único. Sem qualquer pretensão de exaustão, é possível identificar diversos outros tratados, declarações, convenções sobre direitos humanos que tiveram o cuidado de prever diversas garantias processuais como reais direitos humanos, são eles: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Político; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos; a Convenção Europeia dos Direitos do Homem; a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.

Cleber Lúcio de Almeida, em sua tese de doutorado, procurou estabelecer um rol de direitos humanos processuais identificados nesses diversos documentos: a) acesso à justiça; b) efetividade da jurisdição e do processo; c) igualdade concreta de armas; d) processo e decisão justos; e) publicidade do processo; f) juiz natural, independente e imparcial; g) oportuna citação para a demanda; h) defesa útil, com tempo razoável para a sua preparação; i) duração razoável do processo e ao processo sem dilações indevidas; j) participação útil no processo e com real possibilidade de influência na formação do provimento jurisdicional; k) assistência judiciária gratuita; l) inquirir testemunhas indicadas à oitiva pela parte contrária ou ouvidas por determinação judicial e obter o comparecimento de testemunhas, peritos e outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; m) assistência por intérprete e/ou tradutor, quando necessário; n) não ser obrigado a depor contra si ou confessar; o) motivação das

São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, p. 226.

²³ Conforme informações constantes do sítio eletrônico das Nações Unidas: < <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/> > Acesso em: 10 abr 2020.

decisões judiciais; p) eficácia das decisões judiciais; e q) impugnação das decisões judiciais mediante recurso²⁴.

Como corolário do devido processo legal, portanto, o contraditório é também um direito humano processual.

É como pensa Fredie Didier Jr., quando afirma que:

“Praticamente todas as constituições ocidentais posteriores à Segunda Grande Guerra consagram expressamente direitos fundamentais processuais. Os tratados internacionais de direitos humanos também o fazem (Convenção Europeia de Direitos do Homem e o Pacto de São José da Costa Rica são dois exemplos paradigmáticos). Os principais exemplos são o direito fundamental ao processo devido e todos os seus corolários (contraditório, juiz natural, proibição de prova ilícita etc.) [...]”²⁵

Essa perspectiva é importantíssima, sobretudo quando o Estado é signatário de um ou mais desses documentos. Isso porque, reconhecendo o contraditório com esse patamar, o direito interno provavelmente será mais protetivo, como é o caso do Brasil, cujas especificidades se tratarão a partir da próxima sessão.

3. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO BRASIL: A ASCENSÃO PARA UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Influenciado pela máxima da limitação do poder do estado, advinda do movimento constitucionalista na Europa, o Brasil sempre previu em todas as suas constituições os chamados elementos limitativos. É dizer, normas que limitavam o exercício do poder do Estado, por meio da fixação de direitos individuais do cidadão.

O processo, de fato, representou essa ideia. Mas, para

²⁴ ALMEIDA, Cleber Lúcio de Almeida. *A prova como direito humano e direito fundamental das partes do processo judicial*. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2011, p. 167.

²⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19ª ed. – Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 54-55.

isso, precisou ser publicizado²⁶.

É que os estudiosos, a partir da autonomia científica do processo, percebem a sua natureza pública, independente do tipo de direito material em jogo – disponível ou indisponível, público ou privado –, ou seja, mais um instrumento estatal.

José Roberto do Santos Bedaque, ensaiando nesse assunto, lembra que:

“Não importa, pois, a natureza da relação jurídica controversa. O processo, como instrumento da atividade jurisdicional do Estado, é um só, sendo irrelevante se a matéria discutida é civil, penal, disponível ou indisponível. Tanto o direito processual civil, como o direito processual penal pertencem ao mesmo ramo do direito. O desenvolvimento dos estudos sobre a teoria geral do processo permite que se fale hoje em direito processual, disciplina que reúne elementos comuns ao processo civil, penal e trabalhista.”²⁷

Ora, como ramo autônomo do direito, o direito processual possui fins diferentes de seu conteúdo, e esses fins se confundem com os próprios fins do Estado, à proporção que a jurisdição é uma de suas funções. Em outras palavras, os objetivos da jurisdição e do processo não se amoldavam à vontade dos sujeitos do processo, mas em função do Estado e de seus objetivos²⁸.

A *publicização do processo* acabou por trazer efeitos na esfera constitucional, uma vez que, como já dito aqui, representava mais um instrumento de limitação do poder estatal.

Em consequência, normas de caráter processual sempre tiveram assento nas Constituições brasileiras, mas, o contraditório em si, não.

Nas Constituições de 1891 (primeira republicana) e 1934, por exemplo, não é possível visualizar ainda a previsão do

²⁶ O que a doutrina denomina de *publicização do processo*.

²⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 133.

²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 79.

contraditório, embora expressamente previsto o direito de ampla defesa na esfera criminal.

Foi só a partir da Constituição “polaca” de 1937 que o princípio do contraditório teve uma previsão expressa no texto (art. 122), também reduzido à seara do processo penal.

E essa restrição se repetiu nas Constituições de 1946 (art. 141, §25) e de 1967 (art. 153, §16)²⁹.

Portanto, é com o movimento neoconstitucionalista europeu que o Brasil, algumas décadas depois, após uma sofrida fase ditatorial, passou a dar uma importância nunca vista ao processo.

3.1 A “CONSTITUIÇÃO CIDADÃ” E A REAPROXIMAÇÃO COM A DEMOCRACIA: A EXPANSÃO CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO AO PROCESSO CIVIL

A partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que derrotou democraticamente uma ditadura militar que há anos instaurou o caos no país, surgiu um verdadeiro movimento que permitiu que todo o Direito – inclusive o Processual – fosse pensado a partir das normas constitucionais.

O neoconstitucionalismo, com seu viés de valorização das normas constitucionais e, por consequência, dos direitos fundamentais, permitiu que diversas searas do Direito tivessem normas específicas incluídas no texto constitucional, a representar uma base interpretativa de todo o texto legal infraconstitucional.

É um fenômeno que pode ser justificado a partir das sete condições propostas por Riccardo Guastini para identificar o movimento neoconstitucional: 1) a existência de uma Constituição rígida; 2) a garantia jurisdicional da Constituição, com a previsão de mecanismos de controle de conformidade; 3) a força

²⁹ Alguns constitucionalistas entendem que a Emenda Constitucional n. 1 de 1969, por realizar uma alteração substancial na de 1967, constituiu uma verdadeira Constituição. É como entende, por exemplo, José Afonso da Silva. (SILVA, José Afonso da. Direito constitucional positivo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2000)

vinculante da Constituição; 4) a possibilidade de interpretação extensiva do intérprete em relação à norma constitucional, podendo identificar outras em caráter implícito; 5) a aplicação direta das normas constitucionais; 6) a interpretação conforme das leis; 7) a influência da Constituição sobre as relações políticas³⁰.

Exigir que leis e demais normativos infraconstitucionais sofram a aplicação direta de normas constitucionais, cuja força é vinculante e passível de fiscalização e controle, é uma das condições apontadas por Guastini que soa muito familiar à Constituição de 1988.

É só conferir o texto do art. 5º, §1º, que assim determina: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

Some-se a isso o fato de que a jurisdição constitucional foi alargada com a criação de ações como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Assim, se criou no país um sentimento de que toda a lei criada pelo poder constituído fosse, de certa forma, controlado pelos ditames instituídos pelo poder constituinte através das normas constitucionais.

Por toda evidência que o Processo Civil também foi influenciado. Afinal, foram várias as normas constitucionais que passaram a tratar de institutos diretamente ligados à sistemática processual e que antes nunca tiveram esse *status* de direito fundamental.

Registre-se, por pertinente, que a visão constitucional do processo é cada vez mais universal. Frédérique Ferrand, sobre o tema, expôs que:

“In our world of ever-growing complexity, fundamental procedural principles and rights – often of constitutional origin and

³⁰ GUASTINI, Riccardo. *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 49.

nature – have gained a leading role since they are such an essential and necessary condition for the exercise of other fundamental rights. Their growing constitutional and/or fundamental nature can be acknowledged with satisfaction. Procedure has become a ‘noble subject matter’”.³¹

Há quem defenda, no Brasil, inclusive, a existência de um *Neoprocessualismo*, isto é, o estudo e a aplicação do direito processual em consonância com esse novo modelo teórico³².

Essa expressão, obviamente, foi cunhada à semelhança do neoconstitucionalismo, com função preponderantemente didática. Entretanto, há certa utilidade em sua utilização, pois remetendo às premissas metodológicas daquele, facilita a delimitação da atual fase metodológica que passa o processo civil.

Mas, sem mais delongas, reconhece-se que houve uma verdadeira constitucionalização do Direito Processual, fenômeno este que pode ser visualizado por duas dimensões.

A primeira, no sentido de que houve a absorção de normas processuais ao texto constitucional, até mesmo em forma de direitos fundamentais.

A segunda, a partir do fato de que a doutrina “passa a examinar as normas processuais infraconstitucionais como concretizadoras das disposições constitucionais, valendo-se, para tanto, do repertório teórico desenvolvido pelos constitucionalistas.”³³

O princípio do contraditório foi um dos institutos afetos ao processo civil que angariou enquadramento segundo a primeira dimensão. Até então, como já adiantado neste estudo, a referida garantia estava restrita ao âmbito processual penal. Mas,

³¹ FERRAND, FRÉDÉRIQUE. *Ideological background of the Constitution, Constitutional rules and civil procedure*, in *International Association of Procedural Law Seoul Conference 2014*. Seul: IAPL, 2014, p. 58.

³² DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19ª ed. – Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 52.

³³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19ª ed. – Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 55.

com a inauguração de uma nova ordem jurídica a partir da CF/88, esse princípio foi expandido à processualística civil. Basta notar a redação trazida no art. 5º, inc. LV, *ipsis literis*: “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;”.

Aliás, como princípio, faz-se necessário delimitar o marco teórico aqui utilizado.

Para o presente trabalho, soa mais correta a definição elaborada por Ronaldo Dworkin no sentido de que, por princípio, deve-se entender: “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade [*fairness*] ou alguma outra dimensão da moralidade.”³⁴

Nesse passo, colocada a assertiva de que o princípio do contraditório é, por opção do Poder Constituinte Originário de 1988, um direito fundamental, e que foi alargado para compreender tanto o processo penal como o processo civil, há de se ter um diálogo com os documentos internacionais, dos quais o Brasil é signatário, e que tratam de direitos humanos, para se chegar a conclusão de que, no final, ele é um direito humano incorporado ao ordenamento jurídico como direito fundamental. Assim, pode ser classificado como um direito humano fundamental processual.

3.2 DO CÓDIGO DE BUZOID AO CÓDIGO FUX: A MUDANÇA DE PERSPECTIVA EM RELAÇÃO AO CONTRADITÓRIO

Inicialmente, destaque-se que as denominações utilizadas no subtítulo, aos Códigos de Processo Civil de 1973 e de

³⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Bras. De Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 36.

2015, se prestaram apenas a referenciar Ministros que, com grande competência, coordenaram a elaboração dos códigos que foram e são importantíssimos ao Brasil, seja Alfredo Buzaid para com o Código de Processo Civil de 1973, seja Luiz Fux para com o Código de Processo Civil de 2015.

No que toca ao tema desta parte, vale dizer, a mudança no modo de ver o processo civil e, logicamente, o contraditório, faz-se necessário tecer algumas considerações acerca das fases metodológicas do processo civil, identificadas por Mitidiero³⁵ como: o praxismo, o processualismo, o instrumentalismo e o processo civil no Estado Constitucional.

Em uma apertada síntese, a fase praxista, também conhecida como imanentista ou sincrética, representou o período pré-histórico do processo civil, no qual era considerado como um mero apêndice do direito material, vale dizer, “(...) sem qualquer consciência de princípios, sem conceitos próprios e sem a definição de um método.”³⁶

Nesse período, nos dizeres de Dinamarco:

“O processo mesmo, como realidade da experiência perante os juízos e tribunais, era visto apenas em sua realidade física exterior e perceptível aos sentidos: confundiam-no com o mero procedimento quando o definiam como sucessão de atos, sem nada se dizerem sobre a relação jurídica que existe entre seus sujeitos (relação jurídica processual), nem sobre a conveniência política de deixar caminho aberto para a participação dos litigantes (contraditório).”³⁷

A segunda perspectiva metodológica foi marcada pela dissociação entre o direito material e o direito processual, cujo resultado foi a autonomia científica deste último.

A obra de Oskar Von Bullow, publicada na Alemanha,

³⁵ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos* – 3. Ed. rev., atual. E ampl. De acordo com o novo código de processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 29.

³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, 6ª ed., Vols. I e III, São Paulo, Malheiros, 2009, p. 260.

³⁷ *Ibidem*.

traduzida como “Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias”, é considerada a certidão de nascimento do direito processual civil³⁸, especialmente pela visão sistemática da relação jurídica processual (*Prozessrechtsverhältnis*), a qual seria distinta da relação jurídica material por seus sujeitos (juiz, autor e réu), por seu objeto (os pronunciamentos judiciais) e por seus pressupostos (os pressupostos processuais).

É nessa fase que se desenvolvem os grandes temas do direito processual – jurisdição, ação, defesa e processo –, e se proliferam as diversas obras tecnicistas na Alemanha, na Itália e na Áustria.

Parte-se da ideia de autonomia do processo civil, cuja preocupação gerou a teoria das condições da ação e dos pressupostos processuais, bem como formulou os princípios.

O processualismo acabou que influenciando também o Brasil, especificamente o Código de Processo Civil de 1973, então estruturado sobre seus preceitos.

Ocorre que, passou-se a perceber que o ideal do processualismo acabou distanciando o processo civil da realidade fática e de seu fim maior, vale dizer, servir como instrumento à tutela de pretensões jurídicas.

Há, assim, uma tendência de socialização processual. Como resultado, tem-se um magistrado com poderes ampliados, e que, como representante de um Estado Social, também se tornava corresponsável pelas mudanças pretendidas.

Nos dizeres de Pedron e Bahia, “o juiz, ao julgar um caso, deveria considerar não só a resolução daquele litígio mas sua ‘prestação jurisdicional’ deveria se mirar ‘escopos metajurídicos do processo’, em consonância com as citas finalidades do Estado de Bem-Estar social.”³⁹

³⁸ Ibidem.

³⁹ PEDRON, Flávio Quinaud; BAHIA, Alexandre. A (re)construção do princípio do contraditório a partir de uma perspectiva democrática. In: BRIGULIO et al.(Orgs.). *Scritti in Onore di Nicola Picardi*. Roma: Pacini Editore, 2016, p. 129-142.

Nesse tempo, o princípio do contraditório se limitava à bilateralidade de audiência, ao dizer e o contradizer, de tal modo que as manifestações das partes serviam apenas para dar ao magistrado o tema central e suas características, sendo ele o único que poderia dizer o direito aplicável à espécie.

Seguindo esse ideal foi que se estabeleceu na jurisprudência dos mais diversos tribunais jurisdicionais do país o entendimento de que o julgador não era obrigado a responder todas as alegações trazidas pelas partes no processo, nem se pronunciar sobre todos os fundamentos trazidos, se pudesse julgar todo o caso a partir de uma das teses postas.

Alexandre Freitas Câmara lembra que essa definição de contraditório influenciou autores mais recentes, inclusive em obras escritas logo após a Constituição de 1988. São os casos, por exemplo, de Ada Pellegrini Grinover e de Humberto Dalla Bernardina de Pinho, que seguiam a premissa do direito à informação e à reação.⁴⁰

No Brasil, a obra de Cândido Rangel de Dinamarco, denominada “A instrumentalidade do processo”, é uma das grandes referências desse momento metodológico, refletindo forte necessidade de superação da perspectiva puramente técnica do direito processual civil⁴¹, colocando a jurisdição como seu instituto-centro.

Nessa nova perspectiva, há uma aproximação do direito processual ao direito material, bem como às normas constitucionais, formando uma “condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo”⁴², em especial o princípio do contraditório, previsto no art. 5º, inc. LV, da

⁴⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 95.

⁴¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, n. 28.4, p. 236-242.

⁴² CINTRA, Antônio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, n. 33, p. 85.

Constituição da República de 1988.

Em ritmo de fortalecimento do princípio, passou-se a encarar o processo como um procedimento realizado em contraditório⁴³, no intuito principal de libertá-lo da ideia de ser apenas um instrumento da jurisdição.

Fazzalari, na Itália, já encarava o contraditório como direito de participação em igualdade na preparação do provimento (simétrica paridade de armas)⁴⁴.

Evidentemente que, com a redemocratização do país, e com a implantação de um Estado Democrático de Direito, não mais se poderia pensar em um contraditório apenas formal. A participação democrática, sobretudo dos interessados, passou a ser algo extremamente necessário ao processo.

Habermas, em sua clássica obra sobre direito e democracia, assim afirmava:

“[...] o princípio de soberania popular, segundo o qual todo o poder do Estado vem do povo, o direito subjetivo à participação, com igualdade de chances, na formação democrática da vontade, vem ao encontro da possibilidade jurídico-objetiva de uma prática institucionalizada de autodeterminação dos cidadãos. Esse princípio forma a charneira entre o sistema dos direitos e a construção de um Estado de direito.”⁴⁵

Daí emergiu-se a quarta perspectiva do processo civil, preocupada com o protagonismo exacerbado que exercia o juiz na relação processual, bem como o comportamento nada colaborativo dos sujeitos processuais.

Não é que o direito passou a exigir solidariedade entre as partes, ou mesmo que houvesse um trabalho cooperativo para com o Poder Judiciário apenas, mas que o processo fosse visto

⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Ibidem*, p. 137.

⁴⁴ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Traduzido por Elaine Nassif. Campinas: BOOKSELLER, 2006. p. 122.

⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Trad. Brás. De Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 1997, vol. 1, p. 212.

como uma verdadeira comunidade de trabalho⁴⁶, uma cooperação em perfil participativo, onde, nos dizeres de Theodoro Jr. *et al*, “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.”⁴⁷.

A vinda de um Código de Processo Civil “novo”, tendo em vista a jurisprudência dos Tribunais criada para mitigar uma visão ultrapassada do Código de Buzaid, foi essencial para arrematar essa nova forma de pensar o contraditório, o que se aprofundará mais adiante.

4. SOBRE AS REPERCUSSÕES DE UM MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO NO CONTRADITÓRIO

Aqui já se ficou prefixado que o princípio do contraditório, com a Constituição Federal de 1988, e sobretudo a partir de uma nova perspectiva sobre o processo civil desenvolvida por estudiosos europeus, foi reconhecido como um direito humano fundamental.

Como direito fundamental, e a partir do disposto no art. 5º, §1º, da CF/88, tem aplicação imediata às relações processuais.

Embora com assento constitucional, o referido princípio, como princípio que é, necessita de legislação infraconstitucional que desenvolva seu conteúdo e concretize essa aplicação.

Nesse ponto, diversas são as leis que, de alguma forma, promoveram o aperfeiçoamento deste direito fundamental.

O Código de Processo Civil de 2015, assim, é uma delas.

⁴⁶ Traduzida na língua alemã como *Arbeitsgemeinschaft*. Cf. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 212 e ss.

⁴⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC - Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 100.

Há dois fatores importantes que se pode destacar deste Código.

A primeira, é que foi o primeiro Código de Processo Civil aprovado em regime democrático desde que se instalou a República. Assim, é notório que, antes de ser votado e aprovado, foi precedido de um amplo debate público, seja naturalmente em ambas as Casas Legislativas que formam o Congresso Nacional, seja providencialmente em sede de audiências públicas e fóruns institucionalizados.

Essa constatação reforça a legitimidade democrática deste Código, tão exigida após a promulgação da Constituição Cidadã de 1988.

A segunda se refere à absorção, no texto da lei, de normas que preveem princípios expressamente consagrados na Constituição como direitos e garantias fundamentais.

É o que se pode verificar do “Capítulo I”, denominado “DAS NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL”, onde se encontram previstos, dentre outros princípios e regras, a razoável duração do processo, o acesso à justiça e o contraditório.

Sobre esse segundo fator, Pedron e Bahia fazem uma reflexão bastante interessante no sentido de que:

“O que esses dispositivos fazem, num primeiro momento, parece simples: muitos deles apenas repetem aquilo que a Constituição já disciplina a respeito de contraditório, ampla defesa, devido processo legal e fundamentação das decisões. No entanto, um exame mais acurado mostra que se trata de algo maior do que isso: eles densificam aqueles preceitos constitucionais, dão-lhes contornos mais específicos e reforçam o caráter deontológico – normativo e obrigatório – que eles já possuem desde a Constituição, mas que, por vezes, parecem esquecidos ou enfraquecidos no dia-a-dia forense.”⁴⁸

⁴⁸ PEDRON, Flávio Quinaud; BAHIA, Alexandre. A (re)construção do princípio do contraditório a partir de uma perspectiva democrática. In: BRIGULIO et al.(Orgs.). *Scritti in Onore di Nicola Picardi*. Roma: Pacini Editore, 2016, p. 129-142.

Ou seja, a verdadeira intenção do CPC/15, ao que parece, é de ampliar o grau de concretização de direitos fundamentais processuais, à medida que passa a prever diversos dispositivos e institutos que detalham o conteúdo jurídico deles, em especial do contraditório e da fundamentação das decisões judiciais.

A cooperação, inclusive, foi encartada no Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 6º, como um dever de todos os sujeitos do processo para o fim de obtenção de decisão de mérito justa e efetiva.

Evidentemente que, nessa nova visão⁴⁹, há um enfoque maior no contraditório, em especial no direito das partes de influenciar a decisão judicial tomada e de não serem pegas de surpresa com decisões sobre questões ainda não discutidas previamente.

Theodoro Jr. *et al* sintetiza bem a atual concepção do contraditório quando afirma que:

“Tal concepção, encampada especialmente no art. 10 do Novo CPC, mas que gera projeção em inúmeros outros preceitos (v.g., arts. 7º e 925), significa que não se pode mais acreditar que o contraditório se circunscreva ao dizer e contradizer formal entre as partes, sem que isso gere uma efetiva ressonância (contribuição) para a fundamentação do provimento, ou seja, afastando a ideia de que a participação das partes no processo possa ser meramente fictícia, ou apenas aparente, e mesmo desnecessária no plano substancial.”⁵⁰

Reforçando a ideia, Cunha⁵¹ conclui que a efetiva participação dos sujeitos processuais consagra o Estado democrático, o qual serve de vetor hermenêutico para a aplicação das normas jurídicas.

⁴⁹ Normas semelhantes podem ser encontradas no CPC português e no CPC francês, bem como o Código da Itália reformado.

⁵⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC - Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 125.

⁵¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 61.

Em síntese, para além da bilateralidade de audiência, o poder de influência das partes e a vedação da decisão surpresa estabeleceram-se como novas tendências do contraditório dinâmico, exigindo do aplicador do direito uma percepção mais democrática e participativa nos mais diversos procedimentos existentes dentro do ramo processual civil.

E não seria diferente o entendimento quando se percebe que o novo viés do processo civil retira do juiz – o Estado-Juiz – o protagonismo do processo, consagrando as partes processuais como os mais interessados na prestação jurisdicional, evidentemente porque são os efetivamente atingidos por ela.

4.1 A DUPLA DE SENTIDOS TRAZIDA COM O CPC/15 AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO MODERNO

A visão moderna do contraditório, como já dito aqui, não o vê mais como uma garantia meramente formal. Aliás, essa visão acabou que sumarizando os processos, sem privilegiar a resolução efetiva do mérito. Em verdade, a bilateralidade de audiência era utilizada apenas como um respeito formal àquilo que parecia um encaixe à rápida resolução do processo.

Passa-se a reconhecer que a sua substância, noutra vertice, poderia representar um eficiente instrumento de concretização da democracia participativa, dando ares de legitimidade à decisão judicial, bem como da razoável duração do processo, uma vez que, com a exaustiva participação dos sujeitos do processo, o contraditório poderia ser mais um fator de diminuição do tempo processual.

Um contraditório moderno – dinâmico –, segundo o modelo cooperativo ou participativo de processo, exige, além da bilateralidade de audiência, no mínimo, mais dois sentidos: 1) o contraditório como direito de participação com influência; e 2) a garantia de não surpresa.

A ideia de participação com influência na formação do

resultado do processo tem influxo, como reconhece Alexandre Freitas Câmara, na doutrina alemã, a exemplo dos trabalhos de Rolf Bender e Christoph Strecker⁵².

Walther J. Habscheid, por exemplo, defendia que “o direito de ser ouvido exige mais que um simples ‘ouvi falar’. O tribunal deve, na realidade, escutar e estar disposto a ter em conta as exposições feitas ao ensejo da decisão”⁵³.

Aqui se alinha uma forte ligação entre os princípios do contraditório e da fundamentação da decisão judicial. Ora, não haveria melhor medida para avaliar se o contraditório foi respeitado senão a de aferir se a decisão judicial levou em consideração todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador (art. 489, §1º, IV, do CPC/15).

Em referência à garantia de não surpresa, ou mesmo à vedação da decisão surpresa, Ravi Peixoto traz uma interessante informação: que o Brasil seguiu uma tendência mundial, sendo ela composta por países como a França, Alemanha, Portugal, Itália e Macau, os quais já haviam positivado tal regra há um certo tempo.⁵⁴

Em breve síntese, a supracitada regra, positivada através do art. 10 do CPC/15, proíbe que o julgador profira decisão que tome como fundamento matérias que não foram previamente discutidas pelas partes. Proíbe-se, portanto, a figura de um juiz *solipsista*, que produz decisões egoisticamente.

Em outras palavras, e aqui citando a passagem de Alexandre Freitas Câmara:

“Daí procede que o resultado do processo precisa ser construído pelo juiz e pelas partes, de forma participativa,

⁵² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 97.

⁵³ HABSCHEID, Walther J. *As bases do direito processual civil*. Trad. bras. de Arruda Alvim. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 11, p. 141, 1978.

⁵⁴ PEIXOTO, Ravi. *Os caminhos e descaminhos do princípio do contraditório: a evolução histórica e a situação atual*. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 294, ago./2019, p. 125.

assegurando-se às partes o direito de, com sua atuação, influir no conteúdo da decisão. E se assim é, não pode haver decisão surpresa, uma vez que esse tipo de decisão tem um conteúdo que não foi construído com a participação das partes, mas solipsisticamente e, pois, com violação do contraditório.”

4.2 DA (IM)POSSIBILIDADE DE MITIGAÇÃO DO CONTRADITÓRIO DINÂMICO

Fixada a premissa de que é vedado ao juiz decidir de forma surpresa às partes, surge uma interessante problemática dentro do âmbito prático do processo: é possível proferir decisão sem ouvir a parte contrária? é possível mitigar a vedação da decisão surpresa?

O problema ganha relevância quando se tem em mente que o desrespeito a tal vedação, em regra, caracteriza violação à própria Constituição da República, e gera, por consequência, a nulidade da decisão judicial, seja ela proferida em primeiro ou segundo grau de jurisdição, seja ela dada por qualquer juiz de direito.

O CPC/15, em seu texto, trouxe regra específica sobre a temática. É o que se pode extrair do enunciado do art. 9º, *caput*: “Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.”

Ocorre que o próprio artigo, em seu parágrafo único, já previu exceções à referida regra, em que se permite proferir decisão sem a oitiva da parte contrária ou, em latim, *in alidita altera parte*: a) nos casos de tutela provisória de urgência (inc. I); b) nas hipóteses de tutela de evidência (inc. II); e c) na decisão que determina a expedição de mandado monitório, na ação monitória (inc. III).

Além delas, e defendendo a não exaustividade do dispositivo, Didier Jr. traz as seguintes:

“Embora não conste do rol do par. ún. do art. 9º, também é exemplo de decisão liminar aquela prevista no art. 562 do CPC, que autoriza a expedição tutela antecipada possessória, que

também é de evidência, assim como a tutela provisória no processo de despejo (art. 59, § 19, Lei 8.245/1991) e a tutela provisória no mandado de segurança (art. 7º, III, Lei n. 12.016/2009). O rol, como se vê, não é exaustivo.”⁵⁵

Os fundamentos para se permitir a mitigação legal da regra são diversos. No entanto, isso não quer dizer a não aplicação do contraditório.

O que pretendeu o legislador foi ponderar a efetividade e o contraditório, postergando este último para após a ciência do afetado, bem como a alta probabilidade de êxito da demanda nos casos da tutela de evidência.⁵⁶

Mas não é só. Longe de querer exaurir as hipóteses de mitigação, a doutrina identifica mais situações permitidas que, num mesmo plano, se fundamentam no menor prejuízo quando há o confronto entre direitos, com base na proporcionalidade em sua acepção ampla.

A situação da decisão ser favorável à parte, por exemplo, é uma delas. Ora, o art. *caput* do art. 9º do CPC/15 fala expressamente em decisão contrária, de modo que não há necessidade de ouvi-la nas situações em que se beneficia.

Por essa razão que é permitido o indeferimento da petição inicial (art. 330, CPC/15) e a improcedência liminar do pedido (art. 332, CPC/15) sem a citação do réu.

Didier Jr. ainda complementa:

“É em razão disso, também, que o relator somente precisa ouvir o recorrido se for dar provimento ao recurso (art. 932, V, CPC); não há necessidade de ouvi-lo se negar provimento ou não admitir o recurso. Também é por isso que o órgão julgador somente ouvirá o embargado, se o acolhimento dos embargos de declaração implicar modificação da decisão embargada; se a decisão permanecer inalterada, mesmo com o acolhimento dos embargos, não há razão para ouvir antes o embargado (art.

⁵⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19ª ed. – Salvador: Jus Podivm, 2017, pg. 96.

⁵⁶ DIDIER JR., Fredie. *Ibidem*, p. 97.

1.023, § 2º. CPC).”⁵⁷

Outra norma do CPC/15, que prevê a vedação da decisão surpresa, está estampada no art. 10, que proíbe o juiz de “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.”

Sobre o disposto, leciona Donizetti:

“Mais uma vez o legislador deixou explícita a consagração do direito ao contraditório na sua dimensão material, impondo, nesse caso, verdadeiro limite à atuação jurisdicional. A novidade está no fato de que o magistrado não poderá decidir questões subjacentes ao processo sem que haja verdadeiro diálogo entre as partes. E o dispositivo se aplica, inclusive, às matérias apreciáveis de ofício, impedindo que o magistrado, em ‘solitária unipotência’, aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes”.⁵⁸

Assim, fica proibido o magistrado de decidir de forma surpresa às partes com matéria a qual não lhes foi dada a oportunidade para se manifestar previamente, inclusive as que são de ordem pública⁵⁹.

Norma concretizadora da referida regra foi posta no art. 493 do CPC/15, a qual previu que o juiz pode se basear em fato que não foi alegado pelas partes, contudo exigiu que fossem elas ouvidas antecipadamente no caso de constatação de ofício (parágrafo único).

Importante mencionar que o legislador ainda teve o cuidado de obrigar o relator, em sede de tribunal (art. 933 do

⁵⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19ª ed. – Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 96.

⁵⁸ DONIZETTI, Elpidio. *Novo código de processo civil comentado (Lei no 13.105, de 16 de março de 2015): análise comparativa entre o novo CPC e o CPC/73*. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 08.

⁵⁹ Conforme a Exposição de Motivos, “está expressamente formulada a regra no sentido de que o fato de o juiz estar diante de matéria de ordem pública não dispensa a obediência ao princípio do contraditório”.

CPC/15), a permitir a manifestação das partes previamente antes de avaliar fato superveniente à decisão recorrida ou questão apreciável de ofício ainda não examinada.

Fica, então, a dúvida: ainda assim seria possível a mitigação dessas regras?

Para Jayme *et al*, a regra não é absoluta, pois no caso da improcedência liminar do pedido (art. 332 do CPC/15) ao autor não é permitido o poder de influência anterior à decisão, mas de forma posterior, através do recurso de apelação.⁶⁰

Aliás, há um agravante. Conforme o §1º do mencionado dispositivo, a prescrição e a decadência poderão ser reconhecidas sem prévia manifestação no caso da improcedência liminar do pedido, malgrado elas não possam ser assim reconhecidas em sentença (art. 487, parágrafo único, do CPC/15).

Jayme *et al* ainda traz outra hipótese de relativização: a aplicação da teoria da causa madura, prevista no art. 1.013, §3º, do CPC/15, que permite ao tribunal decidir desde logo o mérito, se o processo estiver em condições de imediato julgamento.⁶¹

Nesse caso, o tribunal estaria autorizado, por exemplo, a julgar o mérito da demanda quando o pedido da parte recorrente fosse apenas a anulação da decisão recorrida.

Em conclusão, percebe-se que a vedação da decisão surpresa admite relativização, mas desde que prevista pela própria legislação ou, em último caso, e em caráter excepcionalíssimo, quando ponderado o contraditório com outro direito fundamental.

5. CONCLUSÃO

⁶⁰ JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata Christiana Vieira ; VARGAS, Cirilo Augusto. *Da decisão-surpresa no Processo Civil*. Revista de Informação Legislativa, v. 56, p. 20, 2019.

⁶¹ JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata Christiana Vieira ; VARGAS, Cirilo Augusto. *Da decisão-surpresa no Processo Civil*. Revista de Informação Legislativa, v. 56, p. 21, 2019.

A análise histórica do princípio do contraditório transporece os altos e baixos que esse direito fundamental se submeteu a partir da Idade Média, em especial na Europa.

Desde um mero formalismo processual, o princípio foi encarado, modernamente, como um verdadeiro instrumento de legitimidade do processo, especialmente diante do caráter democrático que cria ao ser respeitado.

Após uma segunda guerra mundial avassaladora, direitos inerentes à pessoa humana foram amplamente salvaguardados em documentos internacionais, amplamente conhecidos como direitos humanos. O contraditório, como corolário da cláusula do devido processo legal, também assim deve ser encarado, vale dizer, como um direito humano processual.

Esse pós-guerra, aliás, deu origem a um movimento – que também pode ser encarado como uma teoria, uma ideologia ou uma metodologia – denominado neoconstitucionalismo, cujos ideais de valorização normativa da Constituição e da garantia de direitos fundamentais foram cruciais para que direitos processuais fossem reavivados e modernizados.

Foi o caso do Brasil que, com a promulgação de uma Constituição Cidadã, trouxe-o como um autêntico direito fundamental, apto a gerar efeitos diretamente na cadeia processual, inclusive a civil.

Malgrado essa elevação normativa tenha se efetivado ainda com a vigência de uma legislação processual influenciada pelo processualismo, cujo norte em relação ao contraditório era a bilateralidade de audiência apenas, o mero dizer e contradizer, o fato é que o legislador ordinário conseguiu, através de um novo Código de Processo Civil, trazer uma nova feição ao princípio.

Agora, com um modelo colaborativo, ou melhor, participativo, o processo civil consegue trazer ao contraditório um conteúdo muito mais substancial, em que às partes são dados os direitos de influenciar na decisão judicial e de não serem pegos de surpresa com decisões cujas matérias não foram levadas ao

debate prévio.

Essa nova roupagem do princípio do contraditório, a qualificá-lo como moderno, trouxe forte repercussão no papel do juiz que agora fica obrigado a, na máxima medida possível, respeitá-lo, sob pena de não trazer legitimidade às suas decisões.



6. REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Cleber Lúcio de Almeida. *A prova como direito humano e direito fundamental das partes do processo judicial*. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2011.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. São Paulo: Atlas, 2018.
- CINTRA, Antônio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- COMANDUCI, Paolo. *Formas de (Neo)Constitucionalismo: Um Análisis Metateórico*. 2ª ed. Madrid: Trolla, 2005.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 6ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de*

- conhecimento. 19^a ed. – Salvador: Jus Podivm, 2017.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, 6^a ed., Vols. I e III, São Paulo, Malheiros, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DONIZETTI, Elpidio. *Novo código de processo civil comentado (Lei no 13.105, de 16 de março de 2015): análise comparativa entre o novo CPC e o CPC/73*. 1^a ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Bras. De Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Traduzido por Elaine Nassif. Campinas: BOOKSELLER, 2006.
- FERRAND, FRÉDÉRIQUE. *Ideological background of the Constitution, Constitutional rules and civil procedure, in International Association of Procedural Law Seoul Conference 2014*. Seul: IAPL, 2014.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- GUASTINI, Riccardo. *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Trad. Brás. De Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HABSCHEID, Walther J. *As bases do direito processual civil*. Trad. bras. de Arruda Alvim. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 11, p. 141, 1978.
- HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade*

- aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 2002.
- JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata Christiana Vieira ; VARGAS, Cirilo Augusto. *Da decisão-surpresa no Processo Civil*. Revista de Informação Legislativa, v. 56, p. 20, 2019.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos – 3*. Ed. rev., atual. E ampl. De acordo com o novo código de processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais , 2015.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Garantia do contraditório. CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 1999.
- PEDRON, Flávio Quinaud; BAHIA, Alexandre. A (re)construção do princípio do contraditório a partir de uma perspectiva democrática. In: BRIGULIO et al.(Orgs.). *Scritti in Onore di Nicola Picardi*. Roma: Pacini Editore, 2016.
- PEIXOTO, Ravi. Os caminhos e descaminhos do princípio do contraditório: a evolução histórica e a situação atual. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 294, ago./2019.
- PICARDI, Nicola. *Audiatur et altera pars: le matrici storico-culturali del contraddittorio*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè, 2003.
- SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, p. 113-146, 2009.

- SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Jurisdição e execução na tradição romanocanônica*. 2ª Ed., São Paulo: RT, 1997.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC - Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle. Princípio do contraditório no Direito Brasileiro. In.: Theodoro Jr., Humberto; Calmon, Petrônio. Nunes, Dierle. *Processo e Constituição: Os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.