

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88) elencou os princípios norteadores do processo no âmbito do Estado Democrático de Direito com o objetivo de tutelar os direitos fundamentais dos indivíduos.

Em virtude do princípio da supremacia da constituição, as normas processuais infraconstitucionais devem estar em consonância com o texto constitucional, sob pena de nulidade.

Nesta moderna concepção de Estado Democrático de Direito, a função jurisdicional somente se concretiza dentro da estrutura constitucionalizada do *processo*, compreendido como sistema garantidor de direitos fundamentais. Assim, não há processo sem a observância do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, que são os princípios institutivos do processo e que alicerçam o devido processo legal.

Diante do exposto, o problema a ser analisado pelo presente trabalho se refere à inovação trazida pelo art. 695, § 1º, do Código do Processo Civil de 2015, pois determina que o mandado de citação nas ações de família deverá estar desacompanhado da contrafé, condicionando a realização de audiência, sem que o sujeito passivo da demanda saiba, em profundidade, os motivos, fatos e fundamentos do litígio.

Nessa esteira, este trabalho propõe analisar a constitucionalidade do dispositivo e, para tanto, serão abordados os princípios institutivos do processo, haja vista possível flagrante lesão ao contraditório e seus corolários.

2. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A Constituição Brasileira de 1988 (CR/88), ao dispor em seu artigo 1º que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, introduziu no país o Estado fundamentado no exercício do poder pelo povo, nos limites da lei. Nesta concepção, deve-se entender por Estado Democrático de Direito a conexão dos princípios do Estado de Direito com o Estado Democrático.

Sobre o assunto, ensinamentos de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

Não se pode mais cogitar um Estado, qualquer que seja seu conceito e justificação, sem as modernas e importantes qualidades identificadas pelo marcante fenômeno do constitucionalismo, que são o Estado de Direito e o Estado Democrático. Tem-se, portanto, um Estado submetido às normas do direito e estruturado por leis, sobretudo a lei constitucional, um Estado no qual se estabeleça estreita conexão interna entre

dois grandes princípios jurídicos, Democracia e Estado de Direito, ou seja, um Estado Constitucional Democrático de Direito. (DIAS, 2015, p.64).

Na atualidade, democracia abrange mais que forma de Estado e de governo, é fonte de legitimação do exercício do poder, que tem origem no povo. E, como povo há de se entender a comunidade política do Estado, composta de pessoas livres, fazendo parte tanto os governados como os governantes, dotados de direito subjetivos uns em face dos outros e perante ao próprio Estado, todos obedientes às mesmas normas jurídicas, sobretudo à Constituição, estatuto maior do poder político do povo. (DIAS, 2015, p.69).

Ainda sobre o assunto, leciona Aroldo Plínio:

As ordens contemporâneas proclamam que todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido, que a soberania pertence ao povo ou à nação. O Estado, enquanto representante da sociedade politicamente organizada pelo Direito, assume o poder em nome da nação, legisla, estatutando deveres, garantindo direitos, ordenando a vida social, administra, gerindo os negócios públicos e exerce função jurisdicional, pela qual reage contra o ilícito e promove a tutela de direitos.(GONÇALVES,2012,p.41).

Aroldo Plínio Gonçalves considera que as três funções essenciais do Estado são exercidas no mesmo fundamento de legitimidade existente nas ordens jurídicas instituídas, quando estabelecem que todo poder emana do povo e em nome do povo é exercido. (GONÇALVES, 2012, p.41).

Isto posto, a CR/88, ao articular os princípios do Estado de Direito e Estado Democrático, revela um sistema constitucional em que todo o poder emana do povo, limitando o poder estatal pelas normas jurídico-constitucionais.

Importante salientar que o poder que o Estado detém em nome do povo é uno, indivisível, não podendo ser dividido ou fracionado, o que se divide é a atividade funcional do Estado, que se revela nas funções executiva, legislativa e jurisdicional.

Assim, a função jurisdicional tem que ser entendida como atividade-dever do Estado, exercida mediante a garantia do devido processo constitucional.

Em consonância com esse entendimento, Rosemiro Leal conceitua jurisdição como:

Atividade-dever estatal do órgão jurisdicional de cumprir e fazer cumprir o direito positivo, mediante observação das garantias constitucionais do processo e do princípio da reserva legal, cujo fundamento submete os provimentos (sentença, decisões judiciais) ao dado prévio da Lei. (LEAL, 2012, p. 53).

Nesta toada, deve-se esclarecer a distinção entre direitos e garantias fundamentais, enquanto os direitos fundamentais são os direitos humanos expressamente declarados no ordenamento jurídico-constitucional, com a função de limitar os atos do Estado, impedindo

atos de abuso do poder ou de vontade própria do Estado no exercício das suas funções. As garantias fundamentais são mecanismos expressos na Constituição que asseguram a concretização dos direitos fundamentais. (DIAS, 2015, p.85).

Sobre o assunto, Ronaldo Bretas (2015, p.91) afirma que “de nada adiantaria um extenso rol de direitos fundamentais, se os mecanismos que assegurassem sua concretização não fossem selecionados e devidamente inseridos no texto constitucional”.

Nesse sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 elencou os princípios norteadores do processo no âmbito do Estado Democrático de Direito com o objetivo de tutelar os direitos fundamentais dos indivíduos.

Nesta concepção moderna de Estado Democrático de Direito, o *devido processo* assegura garantias constitucionais às partes, bem como regula o exercício da função jurisdicional. Assim, a função jurisdicional somente se concretiza dentro da estrutura constitucionalizada do *processo*, compreendido como sistema garantidor de direitos fundamentais.

Portanto, a função jurisdicional deve ser prestada segundo o devido processo constitucional, mediante a rigorosa observância do devido processo legal, alicerce do processo constitucional.

Elucida Ronaldo Brêtas:

(...) 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 garantias fundamentais inafastáveis, ostentados pelas pessoas do povo (partes), quando deduzem pretensão à tutela jurídica nos processos, perante os órgãos jurisdicionais: a) de amplo acesso à jurisdição, prestada em tempo útil ou lapso temporal razoável; b) garantia do juízo natural; c) garantia do contraditório; d) da ampla de defesa, com todos os meios e recursos a ela (defesa) inerentes, aí incluído o direito ao advogado ou defensor público; e) da fundamentação racional das decisões jurisdicionais, com base no ordenamento jurídico vigente (reserva legal); f) garantia de um processo sem dilações indevidas. (DIAS, 2015, p.165-166).

Desse modo, o processo constitucionalizado é instituído por princípios de maneira a vincular toda atividade jurisdicional.

3. PRINCÍPIOS INSTITUTIVOS DO PROCESSO

Antes de se adentrar aos princípios institutivos do processo, necessário se faz diferenciar processo e procedimento, segundo a teoria do processo como procedimento em

contraditório, desenvolvida por Elio Fazzalari, que modificou a estrutura do processo, que até então, era entendido como mera relação jurídica.

Aroldo Plínio Gonçalves leciona que:

Pelo critério lógico, as características do procedimento e do processo não devem ser investigadas em razão de elementos finalísticos, mas devem ser buscadas dentro do próprio sistema jurídico que os disciplina. E o sistema normativo revela que, antes que “distinção”, há entre eles uma relação de inclusão, porque o processo é uma espécie do gênero procedimento, e, se pode ser dele separado é por uma diferença específica, uma propriedade que o possui o que o torna, então distinto, na mesma escala que pode haver distinção entre gênero e espécie. A diferença específica entre o procedimento, que pode ou não se desenvolver como processo, e o procedimento que é processo, é a presença neste do elemento que o especifica: contraditório. (GONÇALVES, 2012, p. 56).

A caracterização do processo como espécie de procedimento, exigiu reelaboração do conceito de procedimento. Nesse sentido, Aroldo Plínio elucida o conceito de procedimento segundo Fazzalari:

O procedimento é uma atividade preparatória de um determinado ato estatal, atividade regulada por uma estrutura normativa, composta de uma sequência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação de um provimento, o provimento é um ato do Estado, de caráter imperativo, produzido pelos seus órgãos no âmbito de sua competência, seja um ato normativo, um ato legislativo ou um ato jurisdicional. (GONÇALVES, 2012, p.87).

Diante do exposto, o processo é um procedimento no qual os interessados no ato final participam de forma especial, em contraditório entre eles, tendo em vista que seus interesses são opostos em relação ao provimento final. (GONÇALVES, 2012, p.57).

Seguindo esta linha de pensamento, Rosemiro Pereira Leal entende que o processo é uma instituição jurídica regida por um conjunto principiológico, centrado nos princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia. Conforme acentua o autor:

É atualmente o processo, por uma criação constitucional, uma instituição jurídica com caracteriologia própria definida nos princípios que lhe são integrantes, quais sejam, o contraditório, ampla defesa e a isonomia (...). (...) como elementos jurídicos-existenciais do processo, em sua base institutiva, o contraditório, a isonomia e a ampla defesa são princípios (referentes lógico-jurídicos), sem os quais não se definiria o processo em parâmetros modernos de direito-garantia constitucionalizada ao exercício de direitos fundamentais pela procedimentalidade instrumental das leis processuais. (LEAL, 2012, p.98).

Logo, não há processo sem a observância do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, que são os princípios institutivos do processo e que alicerçam o devido processo

legal. Sendo assim, o processo é compreendido como garantidor de direitos fundamentais e não como um meio servil para a jurisdição.

Na atualidade, o contraditório deve ser compreendido como garantia fundamental das partes de atuarem no processo em simétrica paridade, ou seja, as partes devem ter igualdade de oportunidades no processo. Desse modo, entende-se que o contraditório não é somente o dizer ou contradizer sobre a matéria controvertida, nesse sentido, Aroldo Plínio Gonçalves aduz que:

O contraditório não é o dizer ou contradizer sobre matéria controvertida, não é discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é polêmica que se desenvolve em torno de interesses divergentes sobre conceito possível. O contraditório é a igualdade de oportunidades no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto simétrica paridade de participação no processo. (GONÇALVES, 2012, p.109).

Nessa perspectiva, Ronaldo Brêtas considera o contraditório elemento concretizador do princípio político da participação democrática do povo no processo. (DIAS, 2015, p.72).

Sobre o assunto, Fredie Didier doutrina:

O princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder. (DIDIER, 2015, p.79).

Consoante com o exposto, destaca-se que a Constituição Brasileira assegurou às partes o contraditório em qualquer processo, seja ele administrativo ou judicial, de maneira plena e sem limitações arbitrárias, conforme disposição do seu artigo 5º, inciso LV.

Desse modo, o contraditório foi consagrado como garantia constitucional e se transformou em uma exigência da instrumentalidade técnica do processo. A inobservância dessa garantia constitucional no processo deve ser considerada, portanto, inconstitucional.

4. DA PROBLEMÁTICA DO PARÁGRAFO 1º DO ARTIGO 695 DO CPC/15

O Código de Processo Civil de 2015, visando alcançar efetividade nas soluções dos litígios, priorizou a conciliação/mediação, sobretudo nas ações de família.

Com o objetivo de estimular o acordo entre as partes nas ações de família, dispôs em seu artigo 695, parágrafo 1º, que:

Art. 695. Recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694.

§ 1º O mandado de citação conterá apenas os dados necessários à audiência e deverá estar desacompanhado de cópia da petição inicial, assegurado ao réu o direito de examinar seu conteúdo a qualquer tempo. (BRASIL, 2015)

Na visão do legislador a inovação processual se justifica, tendo em vista que as petições nas ações de família, normalmente, trazem conteúdos bastantes acalorados, com acusações exageradas e até mesmo desnecessárias, o que aumenta ainda mais o conflito e dificulta o acordo.

Apesar da intenção do legislador ser plausível, vez que busca a autocomposição na solução dos conflitos, tal dispositivo mitiga o princípio do contraditório, eis que boa parte dos cidadãos envolvidos nas ações de família não dispõe de meios que assegurem o efetivo acesso ao conteúdo a qualquer tempo, como dispõe o referido artigo.

Sobre o assunto, Soares explana:

Verificamos a possibilidade de ocorrer o seguinte problema, qual seja, o réu recebe a citação, não sabe do que se trata, comparece na audiência de conciliação ou mediação e, somente nesse momento, vem a saber sobre eventuais fatos e fundamentos que estão sendo imputados como ilícitos, bem como descobre eventuais antecipações de tutelas deferidas, alimentos provisórios, medidas protetivas e outras questões urgentes que não instruíram o mandado citatório e os impediram de ter conhecimento. (SOARES, 2014, p.18).

Ademais, essa situação acaba proporcionando vantagens para o autor, vez que o réu é surpreendido na audiência com os fatos e pedidos alegados, o que acarreta desigualdade processual e, conseqüentemente, atenta contra a garantia constitucional do devido processo legal.

Há de se destacar que função jurisdicional deve ser prestada pelo Estado, em obediência ao devido processo legal e aos seus princípios corolários, desse modo, a mudança trazida pelo CPC/15 referente à citação nas ações de família, no que tange à ausência da contrafé, não está em conformidade com o texto constitucional, uma vez que macula o princípio do contraditório e seus corolários, que são princípios institutivos do processo.

Desta feita, não resta saída outra que não a declaração da inconstitucionalidade do dispositivo em comento, pelas suas próprias razões.

5. CONCLUSÃO

A pesquisa buscou apresentar os princípios institutivos do devido processo legal, em especial, o contraditório e seus corolários, bem como demonstrar a importância destes na construção de uma sociedade democrática.

O Código de Processo Civil de 2015, visando alcançar efetividade nas soluções dos litígios, priorizou a conciliação/mediação, sobretudo nas ações de família, inclusive, em seu art. 695, § 1º, dispensou o envio da contrafé ao polo passivo da demanda, quando da citação/intimação para audiências que buscam a autocomposição.

A mudança trazida pelo CPC/15 em relação à citação nas ações de família mitiga direitos e garantias constitucionais, conseqüentemente, a norma infraconstitucional está em desarmonia com texto constitucional.

Portanto, conclui-se que o referido dispositivo se mostra inconstitucional, vez que macula o princípio do contraditório e seus corolários que são princípios institutivos do processo.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 mar. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SOARES, Carlos Henrique. **Ações de Direito de Família no Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. *Revista síntese de direito de família*, v. 15, n. 85, 2014, p. 18.

SOARES, Carlos Henrique. **Considerações Preliminares Sobre o Relatório De Novo Código De Processo Civil**. 2010. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XIV, n.50, p. 75-82.

SOARES, Carlos Henrique; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Manual Elementar de processo civil**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.