VI CONGRESSO INTERNACIONAL CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

SISTEMAS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

S624
Sistemas de justiça constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano Brasil;

Coordenadores: José Ribas Vieira, Cecília Caballero Lois e Mário Cesar da Silva Andrade – Rio de Janeiro: UFRJ, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-511-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Democrático e Direitos: Desafios, Enfrentamentos e Perspectivas

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos internacionais. 2. Constitucionalismo. 3. Justiça Constitucional. 4. Controle de Constitucionalidade. 5. América Latina. 6. Novo Constitucionalismo Latino-americano. I. Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo Latino-americano (6:2016 : Rio de Janeiro, RJ).

CDU: 34

REDE PARA O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO LATINO-AMERICANO
BRASIL

FACULDADE NACIONAL DE DIREITO
PPGD - UFRJ

VI CONGRESSO INTERNACIONAL CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

SISTEMAS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

Apresentação

O VI Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo Latino-americano, com o tema "Constitucionalismo Democrático e Direitos: Desafios, Enfrentamentos e Perspectivas", realizado entre os dias 23 e 25 de novembro de 2016, na Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ), na cidade do Rio de Janeiro, promove, em parceria com o CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, a publicação dos Anais do Evento, dedicando um livro a cada Grupo de Trabalho.

Neste livro, encontram-se capítulos que expõem resultados das investigações de pesquisadores de todo o Brasil e da América Latina, com artigos selecionados por meio de avaliação cega por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na seleção e divulgação do conhecimento da área.

Esta publicação oferece ao leitor valorosas contribuições teóricas e empíricas sobre os mais diversos aspectos da realidade latino-americana, com a diferencial reflexão crítica de professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o continente, sobre SISTEMAS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL.

Assim, a presente obra divulga a produção científica, promove o diálogo latino-americano e socializa o conhecimento, com criteriosa qualidade, oferecendo à sociedade nacional e internacional, o papel crítico do pensamento jurídico, presente nos centros de excelência na pesquisa jurídica, aqui representados.

Por fim, a Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/UFRJ) expressam seu sincero agradecimento ao CONPEDI pela honrosa parceira na realização e divulgação do evento, culminando na esmerada publicação da presente obra, que, agora, apresentamos aos leitores.

Palavras-chave: Justiça Constitucional. Controle de Constitucionalidade. América Latina. Novo Constitucionalismo Latino-americano.

Rio de Janeiro, 07 de setembro de 2017.

Organizadores:

Prof. Dr. José Ribas Vieira – UFRJ

Profa. Dra. Cecília Caballero Lois – UFRJ

Me. Mário Cesar da Silva Andrade – UFRJ

CONSTITUIÇÃO, PROCESSO E OS PRINCÍPIOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO DE 2015

CONSTITUTION, PROCEDURE AND PRINCIPLES IN THE PROCESS OF CIVIL CODE 2015 BRAZILIAN

Junya Rodrigues Barletta [1]
Marcelo Negri Soares [2]
Mônica Bonetti Couto [3]

Resumo

O presente estudo visa apresentar o conteúdo mínimo do denominado modelo constitucional processual brasileiro. Após tecer breves considerações relativas ao significado e acolhimento da teoria dos princípios no Novo CPC, estudam-se os princípios constitucionais de natureza processual, compreendidos como posições jurídicas mínimas que dão forma à moldura processual maior, vinculando tanto a atividade judiciária, como a legislativa infraconstitucional aos seus lindes. Procurou-se evidenciar, neste estudo, a importância da Constituição Federal ser o vetor interpretativo do processo civil, servindo para conformar todos os institutos processuais aos postulados da máxima efetividade e celeridade, garantidos em nível constitucional. Trata-se de um estudo descritivo e exploratório, desenvolvido com base na pesquisa bibliográfica e histórica para qual nos servimos do método hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: Modelo constitucional do processo civil, Princípios constitucionais, Novo cpc

Abstract/Resumen/Résumé

This study aims to present the minimum content of the Brazilian procedural constitutional model. After brief considerations concerning the origin, actual conception and reception of the theory of fundamental rights by procedural doctrine, intended to address each one of those fundamental rights of a procedural nature, understood as minimum legal positions that form the constitutional model, linking both the judicial activity, such as infra-legislative activity to their limits. Tried to highlight in this study, the importance of the Constitution to be the vector interpretation of civil procedure, serving all the institutes to conform to the principles of procedural effectiveness and maximum speed, guaranteed constitutional level. It's a description and exploratory study, developed with base in the bibliographical and historical research in which us used myself of the hypothetical deductive method.

---

[1] Professora da UFRJ.

[2] Doutor em Direito. Professor da UNINOVE e da UFRJ.

[3] Doutora em Direito. Professora e Coordenadora do Programa de Mestrado Universidade Nove de Julho.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Brazilian procedural constitutional model, Theory of fundamental rights by procedural doctrine, New civil procedure code

INTRODUÇÃO

A teoria desenvolvida neste trabalho é decorrente da análise das tendências e dos avanços recentes na constitucionalização do Processo, em particular o civil. Essa tendência parece ter ganhado superior relevância em sua concretização na medida em que se constituiu em um dos objetivos – *ou* fundamentos – da elaboração do Código de Processo Civil de 2015 o qual,[1] agora em vigor, fez constar de seu art. 1º o seguinte preceito: "processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil" .

O Código de Processo Civil vigente – *doravante denominado de NCPC* - operou alterações profundas ao instituir um modelo cooperativo, dialógico e comunicativo entre as partes e o Estado-juiz. Mesmo antes da entrada em vigor do novo Código, alguns autores já se debruçaram sobre essa temática (Theodoro Júnior, Mitidiero, Fredie Didier), [2] destacando a mudança paradigmática no acatamento do modelo constitucional.

Como negação da ideia carnelutiana do processo como jogo ou de informação-reação (Carnelutti, 1941, p. 96), ao fundamento de se assegurar a paz social, a escola neoinstitucionalista defende instrumentalizar legalmente a ação dita comunicativa através da constante participação dos destinatários na formação e produção das decisões que lhe dizem respeito (Habermas, 2012, p. 80).[3]

Como adverte a doutrina alemã, a cooperação não pode ser confundida com um ativismo judicial exagerado (Reischl, 2003, p. 81), mesmo porque, o "o juiz exerce a jurisdição com a colaboração das partes", a bem do processo e da "boa qualidade da prestação jurisdicional" (Dinamarco, 1987, p. 90), atendendo uma visão dinâmica do devido processo legal – atrelada a um "conteúdo modal qualificado ('direito ao justo processo')" e segundo a qual "todos os institutos e categorias jurídicas são relidos à luz da Constituição e na qual o processo civil é materialmente informado pelos direitos fundamentais" (Theodoro Júnior, 2009, p. 233).

---

[1] Na Exposição de Motivos do novo Código de Processo Civil brasileiro fez-se consignar o objetivo da realização de valores constitucionais, evidenciando "a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República" ... incluindo no Código "princípios constitucionais, na sua versão processual"; e conclui: "hoje, costuma-se dizer que o processo civil constitucionalizou-se ... o processo há de ser examinado, estudado e compreendido à luz da Constituição e de forma a dar o maior rendimento possível aos seus princípios fundamentais" (Exposição de Motivos, nota 9).

[2] Vide Theodoro Júnior, 2015; Mitidiero, 2015; Didier, 2011.

[3] Esse pensamento está vivo no Código de Processo Civil de 2015, anote-se o art. 10; art. 191, §§ 1.º e 2.º; art. 357, § 3.º.

Anote-se, aliás, que a disciplina do Processo nos Estados Democráticos de Direitos, como já ocorre no Brasil, seja ele penal, tributário, administrativo, militar, eleitoral ou trabalhista, cada vez mais deve ser considerado a partir de uma concepção positiva na vigilância e implementação de direitos e garantias constitucionais. Todavia, é preciso observar as particularidades de cada ramo processual, sem se descuidar do ponto de toque constante da Teoria Geral do Processo. Também não é diferente o tratamento que se deve dar ao Direito Processual Civil.

É justamente neste aspecto que se revela o problema que aqui se traz neste trabalho, o qual tem por objetivo buscar, a partir de uma base teórica, o estabelecimento de uma resposta, quanto à existência dos princípios constitucionais que balizam essa constitucionalização do Código de Processo Civil brasileiro vigente; daí então traçar uma base teórica dessa constitucionalização.

Assim, idealizou-se, na esteira do método hipotético-dedutivo, explorando as fontes do direito, em especial a doutrina, a legislação e a jurisprudência, trilhar o objetivo inicial em definir o processo constitucional e o modo de interpretação e aplicação da regras processuais sob o manto do NCPC com integração da Constituição Federal de 1988, em contraponto com as principais diferenças do direito positivado revogado; para depois, no tema de fundo, trabalhar as novas perspectivas do princípio do contraditório, a releitura do princípio da fundamentação das decisões judiciais e a vedação da decisão surpresa, o princípio da publicidade das decisões,[4] princípio do devido processo legal, princípio da proibição de comportamento contraditório, princípio da duração razoável do processo e, por fim, o princípio da cooperação.

O objetivo último deste trabalho é, portanto, procurar traçar os primeiros contornos e delineamentos dos postulados constitucionais assumidos pelo NCPC, notadamente a partir de sólido referencial teórico, levando-se em conta que o Direito Processual contemporâneo deve ser interpretado à luz da Constituição Federal, e não o contrário.

Portanto, o presente estudo procurará traçar a conformação e os contornos principiológicos do processo constitucional.

---

[4] Corolário constitucional estatuído no inciso IX, do art. 93, em nome da transparência e do acesso à informação constante no processo, a publicidade revela a regra de que todos os atos do Poder Judiciário serão públicos, ressalvados aqueles que a lei exigir o sigilo processual. O art. 189 do NCPC elenca, em seus incisos, as situações de exceção ao princípio da publicidade, como no direito de família, no compromisso arbitral com cláusula de confidencialidade e nos demais casos em que a publicidade deponha contra o interesse público, social ou proteção à intimidade.

1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO

O fato do direito material atrelar-se a um correspondente processual instrumental que, por sua vez, participa de uma disciplina autônoma, com regras e princípios próprios, a partir dos estudos de Oskar von Büllow,[5] não pode levar ao exagero de que o processo constitua um fim em si mesmo. O processo deve ser interpretado como instrumento para implementação de direitos e garantias constitucionais.

Com base nessas premissas, houve uma maior aproximação entre o processo e a Constituição, movimento esse que ganhou maior força a partir da metade do século XX, com o surgimento do Direito Processual Constitucional, implementado um modelo constitucional de processo a partir de uma releitura do devido processo legal e de seus desdobramentos; até a chegadas de nossos dias, em que é praticamente impossível dizer algo sobre processo sem tocar o processo constitucional (Soares & Brêtas, 2013, p. 36).

Diante disso, a realidade do processo constitucional deve abranger, necessariamente, uma metodologia hermenêutico-normativa para conferir no plano prático a garantia da efetivação dos direitos fundamentais (Baracho, 1984, p. 125).

Não se trata, é bem de ver, de uma constatação *nova.* A constitucionalização do processo (notadamente, para o que nos interessa, do processo *civil*) operou-se na segunda metade do século XX, conforme bem observou Calmon de Passos, como decorrência da evolução e maturação da cidadania e da ampliação da cláusula do devido processo legal (2001, p. 59). Ada Pellegrini Grinover, em obra publicada em 1975 (*Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*), já ressaltava:

> Hoje, acentua-se a ligação entre constituição e processo, no estudo concreto dos institutos processuais, não mais colhidos na esfera fechada do processo, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico: é esse o caminho, ensina Liebman, que transformará o processo, de simples instrumento de justiça, em garantia de liberdade.” (1975, p. 4).

[5] A esse respeito, veja-se o marco inicial da autonomia científica do direito processual, por Oskar von Bülow, sob o título *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, que traduzido para o português: Teoria das Exceções e dos Pressupostos processuais (1868, p. 42 e ss.). Ainda, fazem referência à obra de Büllow: Nery Júnior (1991, p. 33) e Câmara (2001, p. 8).

De qualquer sorte, o advento do NCPC justifica e explica, amplamente, a imperiosidade de uma análise dos seus principais reflexos na compreensão do modelo constitucional de processo civil e os impactos que tal assunção dessa base principiológica gerará no processo, notadamente o civil.

2. O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: DO PROJETO À SUA EDIÇÃO

Reunidos em torno da problemática da *morosidade do processo e da Justiça*, juristas de todo o país – sob a competentíssima regência da professora Teresa Arruda Alvim Wambier[6], encarregada da relatoria-geral dos trabalhos – apresentaram ao Senado Federal o Anteprojeto para a instituição de um Novo Código de Processo Civil, que deu origem ao Projeto de Lei n. 166, de 2010, e que atualmente tramita junto à Câmara Federal, sob o número 8.046.

O projeto apresentado, que deu origem ao Novo CPC, carrega grandes inovações e inúmeros pontos positivos.

Empresta-se maior organicidade ao seu texto: composto por 970 artigos, o PLS nº 166, de 2010, que, mais tarde, consubstanciou-se na Lei 13.105/2015, instituindo o Código de Processo Civil, é dividido em cinco Livros: Livro I – Da Parte Geral; Livro II – Do Processo de Conhecimento; Livro III – Do Processo de Execução; Livro IV – Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais; Livro V – Das Disposições Finais e Transitórias. Verifica-se, assim, que a disciplina relativa aos recursos foi relegada à parte final do Código, com total acerto, além da organização de uma parte geral, que trata de institutos fundamentais e aplicáveis a todos os livros (*ex.* competência, cooperação nacional).

Mereceu destaque no NCPC o instituto da mediação, assegurando-se que a mesma será informada pelos "princípios da independência, da neutralidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade e da informalidade", o que é realmente digno de aplausos.

Há um evidente incremento na disciplina do assunto. Diferentemente do Código de Processo de 1973, o NCPC preocupa-se em disciplinar as atividades inerentes aos mediadores, o que é feito nos arts 146 e seguintes. Com efeito, estabelece que os conciliadores terão a atribuição

---

[6] A Presidência do Senado Federal, mediante os atos de ns. 379 e 411, de 2009, instituiu a Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto do CPC, com a seguinte composição: Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Donizete Nunes, Humberto Theodoro Junior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Luiz Fux, Marcus Vinícius Furtado Coelho e Paulo Cezar Pinheiro Carneiro.

de sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. Estabelece, também, que ao mediador competirá o auxílio às pessoas interessadas para que estas compreendam as questões e os interesses envolvidos.

Para além disso, o NCPC contempla a participação do *amicus curiae,* a fim de se assegurarem condições de uma maior e mais efetiva participação de terceiros interessados no deslinde de processos em curso, em mais uma evidente e notável *democratização do processo.*

Corrige-se a grave imprecisão técnica do Código anterior, regulamentando-se no Livro I (mais precisamente no Título dedicado ao que pode ser chamado de "teoria geral das provas" (arts. 257 a 276) a "produção antecipada de provas", a "justificação" e a "exibição".

O Livro II do NCPC, dedicado a disciplinar o "processo de conhecimento", simplifica-o, substancialmente: as "exceções formais" e demais incidentes, inclusive a "nomeação à autoria", são transformados em meras preliminares de contestação, alteração digna de aplausos. Além disso, há um maior aproveitamento do processo, relativamente às nulidades.

Mantendo todas as inovações trazidas ao nosso sistema desde 1994 (e mais notadamente pela reforma das Leis 11.232 e 11.382, o cumprimento de sentença no NCPC permanece no livro dedicado ao processo de conhecimento (Livro II). Assim, o Livro III do NCPC dedica-se ao "processo de execução", é dizer, em disciplinar a execução fundada em título executivo extrajudicial, mas cujas regras serão aplicadas, supletivamente, ao cumprimento de sentença. Neste Livro III as novidades – *dentre muitas outras* - que merecem destaque, são: o estabelecimento de contraditório para que o bloqueio de ativos financeiros ('penhora on line'), quando solicitado eletronicamente pelo juiz, transforme-se em penhora e o estabelecimento de regras específicas para a execução fundada em título *extrajudicial* em face da Fazenda Pública (art. 834).

O Livro IV do NCPC, intitulado "Dos Processos nos Tribunais e meios de impugnação das decisões judiciais", é dividido em dois Títulos. Na linha de uma forte tendência de aproximação com o sistema anglo-saxônico (*common law*), os precedentes judiciais ganham ainda maior destaque e força. Além disso, há a regulamentação – mais ampla e já no primeiro grau de jurisprudência – para os julgamentos repetitivos, ou julgamentos por amostragem, que é o chamado "incidente de resolução de demandas repetitivas", a fim de evitar "grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes."

Mas o que parece merecer todo o destaque é a assunção expressa, pelo NCPC, de diversos dispositivos constitucionais (princípios da razoabilidade, efetividade, proporcionalidade), denotando uma "sintonia fina" entre seu regime e os postulados constitucionais.

Neste sentido, como já adiantado, inaugura-se o texto do NCPC com os seguintes dizeres: "*o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição Federal...*" (art. 1).

Como igualmente se ressaltou nas linhas precedentes, acentuar-se a aproximação da Constituição com o direito processual civil não consubstancia uma verdadeira *novidade*. Frederico Marques, na década de 50, preconizava essa leitura constitucional do processo civil (MARQUES, 2000, pp. 5-6). Em 1975, Ada Pellegrini escreveu uma monografia especialmente dedicada ao assunto (*Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*). Por tais razões, inclusive, Eduardo Couture asseverara, de maneira precursora, que "a lei processual, tomada em seu conjunto, é uma lei regulamentadora dos preceitos constitucionais que asseguram a justiça." (Couture, 1995, p. 19)

A nosso ver, a aproximação entre o texto constitucional (e suas garantias) e o processo civil é *obviamente* incorporada por nosso sistema jurídico. Reflexo da rigidez da Constituição Federal, o princípio da *supremacia constitucional* permite o reconhecimento de uma estrutura escalonada no ordenamento jurídico, encontrando-se no vértice a *Constituição Federal*, mercê da qual todas as demais normas jurídicas haverão de encontrar fundamento. Isso significaria, portanto, que todo o regramento do processo civil estaria debaixo das regras e princípios constitucionais, a vincular não apenas o legislador, mas, mais proximamente, o intérprete e operador do direito. Cássio Scarpinella Bueno, a propósito, afirma: *"Trata-se, para parafrasear Mauro Cappelletti com relação ao 'acesso à Justiça', de eleger conscientemente a Constituição como "programa de reforma e como método de pensamento" do direito processual civil.*" Mas isso se verificaria muito mais fortemente porque o direito de ação tem, reconhecidamente, raiz constitucional, sendo a garantia da tutela jurisdicional um direito fundamental (art. 5, inc. XXXV).[7]

Poderia soar estranho ou *lugar comum* falar-se, na atualidade, de um tema que – *para dizer o menos* – está alçado a garantia constitucional desde o texto de 1988. Não é bem assim, porém; até pouco tempo, vivíamos períodos de ditadura e autoritarismo, ambiente em que o texto constitucional não passava de um rol de promessas, dificilmente concretizadas. E até bem recentemente – *e isso se repete rotineiramente nos dias atuais* – há um extremo rigor na análise da técnica processual, tendência da qual a 'jurisprudência defensiva' é uma de suas mais emblemáticas (e perigosas) manifestações.

[7] E não apenas: a tutela constitucional do processo visualiza-se também pelas garantias do devido processo legal, do contraditório, do juiz natural, exigência de motivação dos atos judiciais, dentre outros.

Tanto basta uma análise da jurisprudência dos Tribunais – regionais e superiores – para constatar e bem ilustrar a afirmação anteriormente feita: inúmeros recursos de agravo de instrumento inadmitidos por ausência de uma cópia de uma peça havida como necessária à afirmada compreensão da controvérsia ou porque a cópia, ali presente, se afigurou pouco nítida ao eminente relator, dentre outros vários exemplos.

Por tais razões, continua, em nosso entender, absolutamente imprescindível o destaque, ou protagonismo dos postulados constitucionais, que devem iluminar todo o processo civil e, portanto, toda a atuação jurisdicional neste âmbito. [8]

O efeito didático do art. 1, do NCPC, ao enunciar que *o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição* é evidente e deveras salutar. Já é tempo de se destacar a posição que há de ocupar o processo civil, como *instrumento* realizador do direito material. Os princípios da efetividade do processo e da tutela jurisdicional justa, a nosso ver, devem preponderar e informar toda a atividade judicial.

A hermenêutica proposta é de acentuado valor: nenhum instituto de direito processual poderá ser legitimamente aplicado senão que à luz dos postulados constitucionais. Essa afirmação tem implicações de relevo, e em vários âmbitos e aplicabilidades. A maior delas, a nosso ver, é a que procurará encontrar uma sintonia fina entre as regras que estabelecem o procedimento e, quiçá, demasiado apego à forma, e a efetividade do processo, valor constitucional que impõe que o processo deve ser proporcionado e realizado em tempo hábil.

Nesse sentido, os artigos 1º. a 11 do NCPC, de maneira direta ou indireta, parece traçar diretrizes para um processo constitucional, remetendo à fundamentação das decisões, ao contraditório, à cooperação, à inafastabilidade da atividade jurisdicional, à razoável duração do processo, à dignidade da pessoa humana, bem como outros preceitos, como da legalidade, publicidade e eficiência; todos oriundos do princípio macro (ou princípio síntese) do devido processo legal, que tem esse poder aglutinador do qual deriva todos os demais princípios (Soares, 2013, p. 10). [9]

---

[8] Constou da Exposição de Motivos ao Projeto do Novo CPC que "Na elaboração deste Anteprojeto de Código de Processo Civil, essa foi uma das linhas principais de trabalho: resolver problemas. Deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais."

[9] A aproximação entre o texto constitucional (e suas garantias) e o processo civil é *obviamente* incorporada por nosso sistema jurídico. Reflexo da rigidez da Constituição Federal, o princípio da *supremacia constitucional* permite o

Assim, nos próximos itens serão abordados, ainda que de modo pontual, esses princípios tão caros ao direito processual, com enfoque nas novidades no que respeita à interpretação constitucional, a começar pelo princípio que encampa todos os outros.

2.1. O DEVIDO PROCESSO LEGAL

O devido processo legal, seja sob o signo substancial (consolidado na Corte Suprema Norte-Americana, a partir de meados do século XX), ou mesmo processual (esse mais antigo, com origens no direito inglês, Magna Carta como imposição dos barões ao Rei João Sem Terra, de 1215), em linhas gerais, é aquele sob o qual se pode alcançar uma decisão judicial que empregue a combinação adequada dos princípios e regras inerentes ao caso concreto, resultando no acesso efetivo à ordem jurídica justa. Trata-se de um conceito aberto (como o são a boa-fé, a justiça, o próprio direito) que somente se completará diante da necessidade de decisão do Estado-juiz sobre determinada lide (Mott, 1926, p. 3 e ss.).

O princípio do devido processo, sob o enfoque substancial, constitui hoje importante instrumento de controle da atividade pública e alcançou notória evolução desde sua primeira experiência nos EUA, que, tendo na fluidez de seu conceito uma aplicação mais intuitiva, mais contextual, do que objetivamente definida, cunhou um extraordinário significado para a aplicação do denominado *substantive due process*.

Assim, a amplitude da expressão do devido processo legal substancial diz respeito, de um modo geral,

> à limitação imposta ao exercício do poder e autoriza ao julgador questionar a razoabilidade de determinada lei e a justiça das decisões estatais, estabelecendo o controle material da constitucionalidade e da proporcionalidade (Lucon, 2009. p. 382).

---

reconhecimento de uma estrutura escalonada no ordenamento jurídico, encontrando-se no vértice a *Constituição Federal*, mercê da qual todas as demais normas jurídicas haverão de encontrar fundamento. (V, por todos: COUTO, Mônica Bonetti e outra. Processo Civil e Constituição: uma (re)aproximação necessária) Processo e Jurisdição. Florianópolis: CONPEDI, 2012. http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=173f0f6bb0ee97cf. Acesso em: 30/10/2016.

Em revista ao tema de fundo, verifica-se que o princípio da proporcionalidade induz ao Juiz, antes mesmo de tomar uma decisão, ainda que em caráter de urgência, ponderar os interesses em jogo ou a tomar postura de protegê-los.

Em verdade, devido processo legal substancial encerra uma limitação ao mérito das ações estatais, sobretudo, aos Poderes Legislativo e Executivo, devendo as leis e os atos manifestarem a razoabilidade e a justiça desde sua elaboração. Por outras palavras, trata-se da fusão objetiva da aplicação de vários princípios (legalidade, moralidade, eticidade, etc.), que permite uma aproximação entre o ideal e o real, de modo a garantir "o exercício pleno e absoluto dos direitos" (Grinover, 1972, p. 36), em sentido amplo, que sejam relacionados à liberdade, à propriedade, dentre outros.

Já o viés processual do devido processo legal é lugar comum, amplamente difundido, compreendendo, ainda que em suas primeiras manifestações fosse singelamente insipiente, o acesso à justiça, o juiz natural, a igualdade, a defesa, a motivação e publicidade dos atos decisórios e, ainda, a fixação de prazos compatíveis com a duração razoável do processo (Tucci & Tucci, 1993, p. 19).

Contudo, ao passo inicial de uma visão limitada, a preocupação se circunscrevia a uma certa ordem natural das coisas, ao plano da existência, sem adentrar no seu conteúdo, em especial, em relação à propositura da ação, à citação, à oportunidade de defesa, à coleta das provas e ao julgamento por órgão investido das funções judicantes do Estado.

Na evolução, inseriu-se a proibição de tribunal de exceção e a obrigatoriedade da atuação judicial com independência e imparcialidade, tudo culminando na preocupação com um processo justo. Também, o CPC/2015 passou a idealizar um contraditório amplo e uma "igualdade de armas" nunca antes vistas, envolvendo, inclusive, a penalização de algumas condutas processuais atípicas do juiz. Após anos de sua aplicação, a cláusula *procedural due process* alcançou o significado aproximado do que é hoje, consistindo no

> dever de propiciar ao litigante: a) comunicação adequada sobre a recomendação ou base da ação governamental; b) um juiz imparcial; c) a oportunidade de deduzir defesa oral perante o juiz; d) a oportunidade de apresentar provas ao juiz; e) a chance de reperguntar às testemunhas e de contrariar as provas que forem utilizadas contra o litigante; f) o direito de ter um defensor no processo perante o

> juiz ou tribunal; g) uma decisão fundamentada, com base no que consta dos autos. (Nery Jr., 1995, p. 36).

Mas não é só isso; o devido processo legal processual, por óbvio, reflete-se amplamente no direito processual. São exemplos dessa aplicação as ponderações que faz o magistrado quando ministra a tutela específica ou a tutela antecipada. O sentido atualizado do que seja o devido processo legal processual somente se alcança levando-se em conta a amplitude do princípio-síntese em harmonia com os princípios que o informam. Passemos então a pontuar, sob essa ótica, alguns desses princípios.

2.2. A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES

A necessidade de motivar ou fundamentar uma decisão judicial encontra sua justificação política, na medida em que o órgão julgador deve externar as suas razões de decidir para confortar e pacificar os jurisdicionados, mas não só, também à sociedade e ao órgão hierarquicamente superior. Então, a razão de decidir exerce a função de incutir no destinatário uma certa obediência, fazendo entender o seu comando ou, ao contrário, pode revelar as razões de inconformismo, abrindo a via recursal. Por outro lado, privar a decisão de sua correspondente fundamentação, em princípio, a torna nula, prejudicado que fica o controle meritório, sendo certo que o recurso será aviado com base na infringência de matéria de ordem pública, ou seja, na ausência de fundamentação e, invariavelmente, anulada a decisão, o órgão julgador deverá proferir outra decisão com visibilidade da fundamentação. Por fim, e não menos importante, a fundamentação da decisão judicial exerce um papel de orientação para tomada de decisões em casos similares futuros.

Até aqui nada de novo, seriam constatações do que já se via sob a égide do art. 93, X, da Constituição Federal, bem como dos dispositivos presentes no Código de Processo Civil revogado.

Ocorre que, visando dar uma leitura constitucional para o princípio da fundamentação das decisões judiciais, atuando não apenas numa fundamentação formal, mas que seja verdadeiramente substancial, o Código de Processo Civil de 2015, no §1º do art. 489, considera sem fundamentação a decisão judicial que apenas: a) indique o dispositivo legal, sem correlação com a questão sob decisão; b) seja fundamentada em conceitos vagos; c) utilize fundamentos genéricos, que seriam plausíveis para motivar qualquer outra decisão, sem vínculos específicos do caso decidido; d) enfrenta alguns argumentos jurídicos e não todos que poderiam confrontar o resultado decisório;

e) anotar precedente ou enunciado de súmula, sem correlacionar seus fundamentos com o caso sob julgamento; e, por fim, f) descarte a provocação da parte pela aplicação de enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente, sem demonstração dos elementos distintivos do caso concreto ou de que esteja ultrapassado o pensamento neles consubstanciados.[10]

Constata-se, assim, que o novo CPC trilha um aprofundamento substancial da fundamentação das decisões judiciais, clara e ostensivamente firmada no novo modelo processual constitucional.

2.3. O CONTRADITÓRIO

O contraditório sempre se relacionou com a oportunidade do direito subjetivo à ampla defesa e de vista à parte contrária, quando da juntada de novos documentos ou debate de questões impeditivas, modificativas ou extintivas do direito debatido no processo; com nítido viés formal. Ainda que nas questões urgentes, o contraditório não seja prévio, sendo diferido ou eventual, a depender do caso, admitida também a hipótese de improcedência liminar sem citação do réu (art. 332), a regra é que tenha que haver a ciência da parte contrária em algum momento do processo.

Isso era conclusão que se podia aplicar com base no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988 e nas normas processuais de estilo. Todavia, percebeu o legislador que esse contraditório não era suficiente para se conferir justiça à decisão judicial. Portanto, faz-se necessário um contraditório efetivo que, sob o critério político, possa conferir maior legitimidade às decisões judiciais construídas em um contraditório compartilhado entre os partícipes do processo e; na mesma esteira, sob o critério jurídico, o exercício da bilateralidade manifestatória para descortinar a verdade dos autos com efetiva análise exaustiva pelo Poder Judiciário dos argumentos ofertados pelas partes (Câmara, 2014, p. 59).

Assim, o CPC/2015, em três passagens, *v.g.* arts. 7º, 9º e 10, atribui ao magistrado cuidar da realização do contraditório, com vedação da *decisão surpresa* com permissivo na *decisão projeto*, destacando a diminuição significativa dos casos de decisão *ex officio* e, em contrapartida, imputando ônus e sanções a aquele que vier a utilizar o contraditório para protelar a realização do direito.

[10] Esse contexto já vinha sendo defendido pela doutrina, confira-se: Bueno, 2014, p. 162; Alvim, Thamay & Granado, 2014, p. 24.

Portanto, a nova lógica do processo civil constitucional inclui uma maior efetividade do princípio constitucional do contraditório, outorgando efetivo poder às partes para influenciar o resultado decisório.

2.4. COOPERAÇÃO

No CPC/2015 fica claro o distanciamento da postura relativamente passiva que outrora era usual no magistrado (inquisitorial, assimétrico, com condução integral pelo juiz, até decisão que finalize o processo) e também do modelo adversarial (contestatório pelas partes, isonômico e equidistante quanto ao juiz, que era tido como mero espectador da arena processual travada por aqueles, concentrando-se na função decisória).[11]

O sistema processual brasileiro adotou regras de cooperação com nítida inspiração portuguesa, alemã e francesa, dando notas constitucionais de um processo justo, instigando ao órgão julgador a tomada de uma postura participativa e colaboradora, em oposição à velha forma de mero fiscalizador do cumprimento de normas (Didier Júnior, 2005, p. 76).

Então, todos os partícipes do processo (dentre esses, juízes, partes e terceiros interventores) deverão cooperarem de forma mútua e harmônica para que o processo seja eficaz e justo, alcançando a decisão com essa qualidade em um tempo razoável. É o que dispõe o art. 6º. do CPC/2015.

Essa conclusão não é nova, é algo que, ao menos no plano das ideias, vinha sendo muito esperada; agora, com a força da novel legislação, roga-se seja o princípio devidamente implementado. Todavia, ao consideramos que a parte não é obrigada a deduzir em juízo verdades que possam contrariar o direito que defende, sendo o processo típica batalha de opostos (v.g. partes em posição de defesas de interesses antagônicos) segundo o que pensamos, essa implementação cooperativa pode estar mais longe, fazendo letra morta o artigo em comento.

2.5. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Dentre os direitos fundamentais (art. 5º da CF/1988), tem-se a "razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação", conforme preceitua o inciso LXXVIII, com redação pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

[11] Sobre o tema, em escrito específico, confira-se Didier Júnior (2011, p. 219).

Em uma primeira leitura, o CPC/2015 parece andar na contramão de dita garantia, quando amplia o contraditório (art.10) e prazos (art. 178 prevendo prazo de 30 dias para intimação do M.P. como fiscal da lei e §5º do art. 1.003, o que inclui agravo de instrumento em 15 dias), pretende que a ordem de julgamento nos dos processos seja pela conclusão e não pela data de distribuição (art. 12), estabelece prazos em dias úteis (art. 219) e, ainda, pretende a admissibilidade recursal somente pelo órgão *ad quem* (arts. 1.029 e 1.030) e conferir certa liberdade para estabelecimento de calendário processual (art. 191).[12] Por outro lado, na esteira da celeridade, estabelece o CPC/2015 o julgamento fracionado das apelações quando o julgamento não for unânime (art. 942, técnica que extinguiu os embargos infringentes), o fortalecimento do valor dos julgamentos em casos repetitivos ou das súmulas vinculantes (por exemplo, como previsto no art. 311, II) e, ainda, no caso de multiplicidade de processos fundados em questão idêntica terá lugar o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976 e ss.).

Então indaga-se se as posições adotadas em certas passagens são contraditórias à duração razoável do processo? Em resposta, pode até ser sim, mas a celeridade não é o único valor que deve ser protegido pelo Ordenamento Jurídico. Também está na balança da justiça o valor segurança jurídica. Em especial, nesse ponto, verifica-se que andou bem o legislador, com mínimos ajustes, como faz o Projeto de Lei 168/2015, já anotado.

CONCLUSÃO

O movimento de constitucionalização do Direito vem de longa data, mas parece que agora, com maior força nos dispositivos do CPC/2015, chegou esses ventos à disciplina processual. E se poderia continuar longamente esse escrito, pois existem outros princípios constitucionais com implicação processual: inafastabilidade da atividade jurisdicional, dignidade da pessoa humana, legalidade, publicidade. Ainda, são muitos os princípios tratados no CPC/2015: isonomia, livre

[12] Sobre o terno da admissibilidade ao juízo a quo, ao menos quanto aos recursos destinados aos Tribunais Superiores, confira-se o Projeto de Lei 168/2015. O autor do PLC 168/2015, deputado federal Carlos Mannato, destaca o objetivo de "restabelecer e aprimorar a sistemática do juízo prévio de admissibilidade do recurso especial e extraordinário, suprimida pelo Novo Código de Processo Civil". Na verdade, esse "filtro" junto aos tribunais locais poupa os Tribunais Superiores de receber mais de 146.800 recursos anuais. (PROJETO DE LEI DA CÂMARA nº 168, de 2015. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123769; acesso em: 25/10/2016).

convencimento motivado do juiz, princípio dispositivo, princípio da instrumentalidade das formas, dentre outros.

Então, devendo-se encerrar pela limitação dessa sede, importante é constatar que o legislador percebeu que a decisão justa passa pelo filtro constitucional, abrindo espaço para a aplicação do devido processo constitucional. Quiçá que tais inovações não parem apenas na teorização, servindo apenas de debates para fins didáticos, rompendo essas barreiras para que atue na mudança de paradigma das decisões judiciais no caminho da realização da justiça.

E já se produziram decisões sabidamente injustas, mas essa cultura democrática constitucional de se ver o processo atuará, certamente, em uma maior legitimação das decisões futuras, o que fortalece o Judiciário.

Assim, no intuito de máxima efetividade do modelo processual, a observância do devido processo constitucional deve ser o norte a balizar a atuação jurisdicional de todos os partícipes (partes, terceiros, advogados, julgadores), pois trata-se da principal função destes atores neste modelo de processo, que deixa o mero formalismo, para adotar um processo efetivo e justo. Que encontra a justiça, mesmo quando diante da injustiça, pois fornece, enfim, mecanismos para correção e punição.

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Fundamentos Constitucionais do Princípio da Cooperação Processual. Salvador: Juspodivm, 2013.

BEZERRA. Eudes Vitor. SOARES, Marcelo Negri. (in) aplicabilidade da teoria da reserva do financeiramente possível na efetividade dos direitosfundamentais de segunda geração. – Encontro de Internacionalização do Conpedi/Barcelona – Espanha. 2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil. V. 1. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BÜLLOW, Oskar von. Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen, 1868.

CALMON DE PASSOS, J.J. A instrumentalidade do processo e o devido processo legal. *Revista de Processo* 102, São Paulo, abr.-jun/2001.

CAMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 25ª ed., São Paulo: Atlas, 2014, v. 1.

CAMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 5ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, v. 1, p. 8.

CARNELUTTI, Francesco. Istituizioni del nuovo processo civile italiano. Roma: Soc. Ed. Del Foro Italiano, 2.ª ed., 1941.

COUTO, Mônica Bonetti. O Supremo Tribunal Federal e a Repercussão Geral no Direito Processual Civil Brasileiro: Notas de Relevo. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012_05_2557_2604.pdf> Acesso em: 26/10/2016.

_____; MEYER-PLUG, Samantha. Processo Civil e Constituição: uma (re)aproximação necessária. Processo e Jurisdição. Florianópolis: CONPEDI, 2012. http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=173f0f6bb0ee97cf. Acesso em: 30/10/2016.

COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao Estado do Processo Civil*. Trad. Mozart Victor Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DIDIER JR, Fredie. Curso de Processo Civil. 18Ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JR, Fredie. Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida. 2Ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. In: Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 127, 2005.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 198, 2011.

DIDIER, Fredie. Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português. Coimbra: Coimbra. 2011.

DINAMARCO, Cândido. Fundamentos do Processo Civil Moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.ª ed., 1987.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 1994.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A garantia constitucional do direito de ação e sua relevância no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

HABERMAS, Jürgen. Teoria da Ação Comunicativa. v. 1 e 2. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 13.

LARENZ, Karl. Derecho justo. Madrid: Civitas, 1993.

LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 9Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). Leituras complementares de processo civil. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de expressão e discurso do ódio.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no Processo Civil. São Paulo: Ed. RT. 2015.

MOTT, Rodney Loomer. Due process of law. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1926.

NERY JÚNIOR, Nelson. Condições da Ação. Revista de Processo, São Paulo, n. 64, p. 33, out./dez. 1991.

_____. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.

REDONDO, Bruno Garcia. Princípio da cooperação e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo: Dialética, n. 133, abr. 2014, p. 09-14.

REISCHL, Klaus. "Der Umfang der richterlichen Instruktionstätigkeit - ein Beitrag zu §139 Abs.1 ZPO", in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 116. Band, Heft 1, 2003.

ROSA, Alexandre Morais da. Para um Processo Penal Democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 3 Ed. São Paulo: RT, 2014.

SILVEIRA. Vladmir Oliveira. Direitos fundamentais e transdisciplinaridade. 1ª ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

_____. XX anos da Constituição da República do Brasil: reconstrução, perspectiva e desafios. 1. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. v. 17. 8237p .

_____. Direitos Humanos: conceitos, significados e funções. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. 259p

SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Manual elementar de processo civil. 2ª. Ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SOARES, Marcelo Negri. Constituição, Devido Processo Legal e Coisa Julgada no Processo Civil. 1. ed. São Paulo: Artemis Editora & Art Mutatis Mutandis Editora, 2015.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cantoni de (coord.). Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. Novo CPC: fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense. 2015.

TUCCI, Rogério Lauria. Devido processo penal e alguns de seus mais importantes corolários. In: _____; TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). Devido processo legal e tutela jurisdicional. São Paulo: RT, 1993.

_____; _____ (Coord.). Devido processo legal e tutela jurisdicional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.