

O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO: ALCANCE E PROSPECÇÕES

THE ADVERSARIAL PRINCIPLE: REACH AND PROSPECTS

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira¹

Aguinaldo Ribeiro Júnior²

RESUMO

O presente trabalho faz uma análise histórica do princípio do contraditório, compreendendo sua origem e os instrumentos que o moldaram no passar do tempo, tanto no ordenamento jurídico doméstico, analisando-o frente às oito constituições que já vigoram no País, quanto no internacional, basicamente na doutrina alemã e austríaca, de onde foi importado.

A conceituação trabalhada não se encerra superficialmente: é visitada a problemática não somente do contraditório em sua acepção mínima, mas, sim, em suas vertentes formal e substancial, diferenciando-o da ampla defesa. Conceituados e diferenciados os institutos, a discussão tangencia para o alcance da efetividade do princípio do contraditório, o que é analisado de forma profunda, mormente estendendo-o às relações administrativas, particulares e, até mesmo, em tom esclarecedor e revolucionário, às pessoas que não têm pretensão no objeto final da lide, mas que, de alguma forma, nela atuam.

Inseparavelmente da paridade de armas (*Waffengleichheit*), o instituto é trazido no Projeto do Novo Código de Processo Civil de forma mais fortalecida e madura, demonstrando a evolução conceitual e de aplicabilidade, acompanhando, assim, a também evolução da sociedade que o abrange.

Palavras-chave: contraditório; histórico; alcance; novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT

The current research is a historical analysis of the adversarial principle, including its origin and instruments that shaped it throughout the time, both in the domestic legal order, analyzing its role at eight constitutions that already existed in Brazil, and the international scene, basically Germany and Austria, from where it was imported.

The concept is not worked superficially: the contradictory principle's problematic is visited not only in its minimal sense, but rather in its formal and substantive aspects, differing from legal defense. Highly differentiated and institutes, the discussion follows to reach the effectiveness of the adversarial principle, which is deeply analyzed, especially extending it to administrative relations, private relations and even in enlightening and revolutionary tone, to the people who has no claim on the object of the deal, but somehow, there acts.

Equality of weapons (*Waffengleichheit*), this institute is brought in the Project of the New Code of Civil Procedure in a stronger and more mature sense, demonstrating the conceptual evolution and applicability, monitoring, thus, also the changes of the society that it embraces.

Key-words: contradictory; history; reach; new Code of Civil Procedure.

¹ Docente no programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Unipar – Universidade Paranaense. Londrina, Paraná, Brasil. E-mail: jussara@bflaw.adv.br

² Discente no programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Unipar – Universidade Paranaense. Umuarama, Paraná, Brasil. E-mail: aguinaldoribeirojr@gmail.com.

1 FUNDAMENTOS INICIAIS E RESGATE HISTÓRICO NO DIREITO BRASILEIRO

A seleção da proposta temática vincula-se à justificativa da relevância principiológica da garantia do contraditório como inserido dentre as pautas axiológicas dos ordenamentos jurídicos invocados. A tensão problematizante da investigação polariza a questão relevante e atinente à apreensão da dimensão mínima do contraditório, como entendido anteriormente, para enfrentar suas vertentes formal e substancial. O objetivo da proposta decorre deste mesmo ambiente, avançando também para pontuar as principais diferenças em relação à ampla defesa e abordar, em linha de conta, o tratamento a ele dispensado pelo Projeto do Novo Código de Processo Civil.

A metódica do estudo é dirigida pelo fundamento teleológico-principiológico, considerando a experiência jurídica resgatada no recorte histórico levado a efeito, visando revelar a evolução teórica e pragmática da proteção do contraditório em benefício da concreta realização do direito.

Desde a primeira Constituição brasileira, a do Império, de 1824, o ordenamento pátrio se preocupa em resguardar a garantia do contraditório e da ampla defesa. Em verdade, mais da última. E o mesmo raciocínio seguiu com relação às Constituições subsequentes. Em seu art. 179, VIII, a Constituição de 1824, garantiu que “ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados na Lei (...)”; a Constituição Federal de 1891, em seu art. 72, §16, assentou que “aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela (...)”; por sua vez, a CF/1934 tratou do tema no art. 114, §24, onde asseverou que “a lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta”; a seguinte, de 1937, no art. 122, §11, garantiu que “(...) a instrução criminal será contraditória, asseguradas, antes e depois da formação da culpa, as necessárias garantias de defesa”; no ano de 1946, a quinta Constituição nacional assegurou, em seu art. 141, §25, que “(...) a instrução criminal será contraditória, asseguradas, antes e depois da formação da culpa, as necessárias garantias de defesa”; em 1967, o art. 150, §15 tratou do tema afirmando que “a lei assegurará aos acusados a ampla defesa, com os recursos a ela inerentes (...)”; dois anos depois, a CF/1969 instituiu, no art. 153, §16, que “a instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena (...)”; e, finalmente, a atual Constituição Federal, promulgada no ano de 1988 assentou, no rol de direitos e garantias fundamentais (art.

5º, LV), que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Consoante se denota dos textos dos dispositivos trazidos ao estudo, a maior preocupação, historicamente, foi com relação à ampla defesa. O verbete que indica o que hoje é o princípio do contraditório aparece somente na quarta constituição nacional, a terceira da república, em 1934, e, ainda, ligado somente a delitos, na seara processual penal. De fato, o contraditório e a ampla defesa, em sua acepção inicial, foram pensados a resguardar somente o que atingisse a liberdade (física) da pessoa, basicamente o processo penal. Entretanto, como se verá nos tópicos seguintes, a evolução da ciência humana e do direito em si demonstram que, hodiernamente, o contraditório é indissociável tanto do processo penal, como do processo civil, do administrativo e, inclusive, do âmbito particular – da relação entre particulares.

Essa noção mais abrangente da garantia do contraditório e da ampla defesa, por mais que soe inquestionável em tempos atuais, iniciou-se somente com a constituição vigente, a CF/1988. Antes de sua promulgação, o contraditório era garantido, de maneira formal, exclusivamente ao processo penal. Todavia, para a segurança do sistema jurídico instalado à época, mesmo sem expressa previsão, o Poder Judiciário passou a garantir a efetividade trazida pelo princípio às relações civis e administrativas, paulatinamente.

2 APLICAÇÃO HISTÓRICA NO DIREITO ESTRANGEIRO

Diferencia-se a forma de aplicação do princípio do contraditório nos ordenamentos jurídicos estrangeiros. Em sistemas como o anglo-americano, por exemplo, o contraditório é bem visto pela utilização do que se chama de *cross examination*, ou, em tradução livre, exame cruzado.

A aplicação de tal instituto implica que, na instrução processual, as perguntas sejam feitas pelas partes diretamente à testemunha, intervindo, o juiz caso entenda alguma delas por impertinente. Note-se que se trata de sistema mais prático, e que passou a ser parcialmente adotado no processo penal brasileiro após a reforma de 2008 (Lei n. 11.690).

Na lição de GOMES FILHO (1997, p.140-141), explicando esta modalidade probatória no processo penal, ratifica-se que “a técnica do exame cruzado, apesar das críticas recebidas por solapar as testemunhas, representa a mais nítida afirmação da garantia do contraditório em matéria probatória”. Desta forma, consoante o resultado probatório apurado

em fase de instrução, somente as provas que receberam um controle da efetiva aplicação do princípio do contraditório é que são levadas ao conhecimento do tribunal do júri.

Numa outra sistemática também utilizada pelo direito comparado, chamado de Sistema Misto Continental, “há uma fase inicial secreta e escrita de competência exclusiva de um juiz instrutor em que não há a participação da defesa e do contraditório. Posteriormente, ocorre um julgamento público e oral onde a defesa participa contestando, certamente em desvantagem por não participar da etapa preliminar, o que fora apurado na fase anterior” (VALÉRIA, LEDO, LEITE e MOREIRA, 2008, p. 01). O sistema em comento permite a inclusão de provas na fase de julgamento. A acusação pode até mesmo reservar provas obtidas na primeira fase e reavê-las no momento decisivo. Esse modelo é adotado pelo Código de Instrução Criminal Francês evidenciando-se de forma clara as restrições ao pleno direito e exercício do contraditório.

Noutra baila, salutar trazer a lume o Sistema Acusatório, utilizado internacionalmente e que se faz presente, também, na maioria dos atos praticados no ordenamento jurídico doméstico, no qual há aplicação do contraditório em todos os atos probatórios. Em caráter permanente, o contraditório é estendido às partes na fase probatória e instrutória em geral.

O mesmo não se pode dizer do sistema inquisitório, que, em processos judiciais estatais em geral, encontra-se em franco desuso. Em tal sistema, afasta-se por completo a garantia ao contraditório; não se pode utilizá-lo como garantia, tanto na acepção formal, que é a mínima, como na substancial. No País, utiliza-se o sistema inquisitório nos inquéritos policiais – o próprio nome “inquérito” já remete ao sistema inquisitorial. Por aqui, como se trata de mero procedimento investigatório, permitiu-se o afastamento do que preleciona o princípio do contraditório. Mesmo assim, o fato de inexistir garantia ao contraditório nos inquéritos é objeto de várias críticas doutrinárias.

Desta feita, pode-se assegurar que a garantia fornecida pelo princípio do contraditório se vê presente na maioria dos ordenamentos jurídicos, seja nos estrangeiros ou no nacional, e o sentido dado a ele tem sido gradativamente aumentado, erigido, atualmente, a direito fundamental, inalterável, inclusive pela instauração de novo ordenamento constitucional.

3 DISTINÇÃO ENTRE CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

Classicamente, a doutrina que visitou o tema comentado neste capítulo nunca deixou de indicar o contraditório e a ampla defesa como se sinônimos fossem. Numa ótica mais moderna, os espertos optaram por mencioná-los como “visceralmente ligados” (WAMBIER, 2013, p. 68), o que é, sim, mais apropriado. Não se está a afirmar, aqui, que esta ou aquela forma seja correta. Em verdade, numa abordagem mais rasa, ideal que se trate os institutos como um só. Entretanto, se o grau de aprofundamento for um pouco mais acentuado, mostra-se adequada a diferenciação – mas nunca a separação. E o presente artigo, justamente pela profundidade da abordagem, vai no sentido deste último: o da diferenciação.

O artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, traz redação afirmando que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recurso a ela inerentes”.

Talvez o costumeiro tumulto em não diferenciá-los recaia justamente no fato de a Carta Maior tê-los abordado no mesmo inciso – o que foi mera opção redacional –, mas, de todo modo, a junção de ambos feita sem ressalvas não se justifica.

Como dito, o contraditório é da ampla defesa indissociável, mas também o é de outros princípios constitucionais, como, por exemplo, do devido processo legal e do duplo grau de jurisdição. Em verdade, há os que tratem esses princípios, dentre outros, como consectários lógicos (derivados) do princípio do devido processo legal, sob a afirmação de que não há processo devido onde não haja observação do prelecionado por aqueles princípios, e não há processo democrático sem observação do devido processo legal (NERY JR., 2010, p. 207). Referida posição é ratificada pelo presente trabalho.

Para que se possa, então, abordar as diferenças entre o princípio do contraditório e da ampla defesa, ideal que, primeiramente, trabalhe-se o conceito de cada um deles.

Com relação ao contraditório, para uma conceituação mais apropriada, deve-se observar o ensinado por Fredie Didier Jr. (2009, p. 57), e, nesse sentido, subdividir a máxima do contraditório em duas acepções: uma formal e uma substancial.

A primeira acepção, formal, é o entendimento mínimo do contraditório, qual seja o da parte ter a chance de se fazer ouvir no processo; de se comunicar. Este sentido mínimo de contraditório pode ser instrumentalizado pelo conhecido e simples despacho “fale a parte sobre...”, determinado pelo juiz, presidente do processo, nos próprios autos.

Em sua acepção mais apurada, a substancial, o contraditório perfaz-se no “poder de influência” (MARINONI, 1999, p. 258-259) que os motivos da parte têm de ter sobre a posição a ser adotada pelo juiz na análise do caso concreto. Não é suficiente a mera

participação da parte na instrução processual; além da chance de se fazer ouvir no processo, a parte deve ter a certeza de que seus argumentos foram utilizados e efetivamente levados em consideração para a decisão final (ou não final) sobre uma determinada situação. Veja-se: não se está a afirmar que o juiz deve acatar a posição da parte – isso se mostraria impossível, pois, quase sempre, são duas as partes –, mas sim que ela seja capaz “de influenciar no conteúdo da decisão” (DIDIER JR., 2009, p. 57).

Da mesma forma que não há processo devido sem a efetiva chance de se defender (contraditório na acepção formal), não há processo devido sem que esta mesma defesa seja considerada para a conclusão a que chegou o julgador (contraditório na acepção substancial).

Já com relação à ampla defesa, pode-se dizer que ela “(...) qualifica o contraditório. Não há contraditório sem defesa. Igualmente lícito dizer que não há defesa sem contraditório. (...) O contraditório é o instrumento de atuação do direito de defesa, ou seja, esta se realiza através do contraditório” (OLIVEIRA, 1999, p. 147-148). Nesse sentido, de acordo com a divisão atribuída ao conceito de contraditório, a ampla defesa seria idêntica à sua acepção substancial, ou seja, ao direito de ser ouvido no processo.

Assim, pode-se resumidamente ilustrar a utilização, pelo demandante/demandado, do contraditório e da ampla defesa no processo, como um gladiador que vai para o combate com uma espada e um escudo, sendo o escudo a ampla defesa, e a espada o contraditório: não há falar em batalha somente com escudo ou somente com espada; não há falar em processo devido somente com contraditório ou somente com ampla defesa. Os institutos não são os mesmos, mas são, sim, indissociáveis.

4 ALCANCE E EXTENSÃO

O conceito de princípio do contraditório, já trabalhado, indica verdadeira instrumentalização do *estado de direito* no processo, justamente em sua interpretação mais isonômica: a democracia. O princípio em comento é a democracia no processo; é a igualdade; é a isonomia processual garantida às partes, que sempre devem estar em pé de igualdade – o sentido de igualdade que se atribui à isonomia processual é a formal, ou seja, as partes têm de ser tratadas de forma idêntica. A própria noção de democracia e estado de direito conduzem a essa conclusão lógica.

A igualdade/isonomia/democracia que se defende seja aplicada às partes é dever institucional do magistrado. Não somente do magistrado, mas daquele que exerce a função

jurisdicional, que nem sempre é o membro do Poder Judiciário, como bem indica a Lei de Arbitragem³. Nesse tocante, é sempre bom lembrar que o princípio do contraditório veio ratificado de forma expressa no art. 21, §2º, da lei 9.307/96, segundo o qual “serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento”. Veja-se que a mencionada Lei não trouxe rol exaustivo (*numerus clausus*) de princípios a serem observados no procedimento arbitral. Tampouco quis o dispositivo dizer que, no âmbito da arbitragem, só se deve respeitar os quatro princípios exaltados. Muito pelo contrário. O que a Lei quis foi justamente enaltecer os princípios, de sorte que não há, numa democracia, processo em que não estejam observados tais princípios, dentre eles o do contraditório.

O entendimento básico – mínimo – é de que, às partes que atuem no processo com alguma pretensão, o contraditório será invariavelmente garantido. Isso é cediço; incontroverso. Mas não se deve aquietar. Mesmo com respeitável doutrina em posicionamento contrário (NERY JR., 2010, p. 210), afirma-se, pela ótica do presente trabalho, que mesmo às partes que não tenham pretensão no objeto final da lide na qual intervieram, o princípio do contraditório *pode* ser-lhes estendido.

Numa audiência de instrução e julgamento, por exemplo, o juiz toma o depoimento das testemunhas e, depois, procede com acareação, caso haja divergência entre elas. Veja-se que isso não passa ao largo do que garante o princípio do contraditório. Nesse caso, é o juiz quem toma a iniciativa, mas, pensando de modo mais abrangente – com vistas a diminuir as chances de erro quanto às matérias de fato –, não se poderia impedir que uma das testemunhas, inconformada com o que disse o outro depoente, queira, voluntariamente – exercendo o direito ao contraditório –, prestar esclarecimentos para a ordem do julgamento. E tal situação (possibilidade de uma testemunha contestar a afirmação de outra sem a iniciativa por parte do juiz), ressalte-se, nem precisaria estar ligado diretamente ao objeto da lide na qual a situação se desenvolve.

Por tal raciocínio, a possibilidade de estender argumentações em atendimento ao contraditório para testemunhas e peritos, por exemplo, não se mostra tão inadequado como defendido por muitos. O cuidado que se tem que ter, por óbvio, é com relação à demora que tais incidentes de aplicação do contraditório podem gerar às partes envolvidas no processo, ou ao processo em si. De todo modo, o que se defende é a *possibilidade* de extensão da garantia

³ Lei Federal n.º 9.307 de 1996. A arbitragem, basicamente, dá-se com a inequívoca manifestação de vontade dos litigantes, por meio de uma cláusula contratual (pré-lide) ou num compromisso (pós-lide) que outorga a um terceiro imparcial (o árbitro) e capaz, o poder de decisão do específico conflito das partes, desde que envolva direito disponível e de titularidade de partes também capazes.

em apreço para além das partes que integram a lide, como prelecionado, mas não a obrigatoriedade em se proceder de tal forma. *Ad argumentandum tantum*, referida sistemática só se justificaria quando verificada numa lide de grandiosa monta, seja pelo valor da causa, seja pela natureza do que se debate. Com efeito, impossibilitar a extensão do contraditório a tais figuras processuais sob a fundamentação do tempo que isso pode custar ao andamento do feito pode se tornar uma incoerência, haja vista que um processo com rápida instrução probatória poderia se mostrar insuficientemente (quicá erradamente) instruído, e, por consequência, ser objeto de extensa cadeia recursal, o que geraria um prejuízo consideravelmente mais acentuado.

A garantia ao contraditório estendida aos peritos numa causa judicial onde o litígio recaia sobre tema extremamente específico (v.g. um defeito no motor da turbina de maior potência de uma usina elétrica) mostra-se adequado. Com certeza, o juiz não teria qualquer segurança em escolher entre os pareceres técnicos dos assistentes das partes, se diametralmente opostos. Em tal situação, estendendo-se o contraditório aos peritos com relação aos argumentos expendidos pelos assistentes das partes, o trabalho do juiz se mostraria consideravelmente menos dificultoso.

Em verdade, a extensão do princípio do contraditório para além das partes que tenham pretensão no direito material a ser deduzido no caso concreto – neste caso, às testemunhas e assistentes periciais – não se mostra maléfica em sentido algum. Por consequência, talvez se mostre exagerado tanto estabelecê-lo como obrigatório, ou dizê-lo inexistente, impossível ou inservível.

Com base na lição de Nery Jr. (2010, p. 210), verifica-se que a ideia austríaca de contraditório não passa ao largo desse raciocínio. Vê-se que em sua doutrina tradicional, que foi seguida pela atual, mais moderna, há duas figuras que formam o conceito mais próximo do que seria um *contraditório jurisdicional perfeito* – onde aquele que detiver a jurisdição deve efetivamente estender às partes o *Mitteilugspflicht* e o *Informationspflicht*. O primeiro traduz uma ideia de comunicação processual. Frise-se que a tradução mais adequada é, sim, *data venia, comunicação*, diferentemente do prelecionado pelo novel autor. O prefixo “Mitte/Mitteil”, em alemão, quer dar a noção de meio/médio/entre dois, como numa via de duas mãos, e não unicamente “obrigação de noticiar”. Já a segunda obrigação do detentor da jurisdição para com as partes jurisdicionadas (*Informationspflicht*) vai simplesmente no sentido de noticiar/informar as partes daquilo que se está pensando ou que, mais

precisamente, será levado em conta para que a decisão seja proferida, desde que não constante dos autos, evitando, assim, uma decisão surpresa.

Desta feita, assenta-se que não há aplicação máxima do contraditório (teto), de sorte que, quanto mais aplicado, mais democrático o processo. Entretanto, a constante intervenção da efetivação do princípio nos autos pode não soar adequado se o mérito em lide não justificá-la, e quem poderá avaliar essa questão é justamente o titular da jurisdição e, eventualmente, as próprias partes, caso se sintam prejudicadas. O que há, sim, é a obrigatoriedade de uma aplicação mínima (piso) do contraditório, qual seja suas acepções formal e substancial, sob pena de nulidade^{4 5}.

5 AS RELAÇÕES PARTICULARES E A GARANTIA AO CONTRADITÓRIO

Muito do que se sabe acerca de princípios constitucionais é fruto da doutrina alemã. Neste tópico, analisa-se, especificamente, a problemática da vinculação de pessoas físicas ou jurídicas (particulares) às obrigações decorrentes dos direitos fundamentais. Resumidamente, deve-se entender os limites de aplicação dos direitos fundamentais nas relações particulares, ou seja, até que ponto podem os particulares recorrer aos direitos fundamentais em relações jurídicas com outros particulares. “A natureza peculiar desta configuração decorre justamente da circunstância de que os particulares envolvidos na relação jurídica são, em princípio, ambos (ou todos) titulares de direitos fundamentais, de tal sorte que se impõe a proteção dos respectivos direitos, bem como a necessidade de se estabelecer restrições recíprocas, estabelecendo-se uma relação de cunho conflituoso, inexistente, em regra, no âmbito das relações entre particulares e as entidades estatais (Poder Público em geral), já que estas, ao

⁴ EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário. Servidor público. Alteração de composição das verbas que integram seus vencimentos, implicando redução de seu montante. Respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Necessidade. Precedentes. 1. A jurisprudência desta Corte assentou que a alteração de qualquer ato administrativo cuja edição reflita em interesses individuais deve ser precedida de oitiva do interessado, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. 2. O pedido deduzido nos autos também englobou a questão referente ao respeito aos princípios da ampla defesa e do contraditório, matéria, ademais, expressamente objeto da defesa apresentada pela agravante. 3. Agravo regimental não provido. STF - AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO RE 592836 SC. Data de publicação: 21/08/2012.

⁵ PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EFEITOS INFRINGENTES CONFERIDOS. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA PARTE CONTRÁRIA. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NULIDADE. - A atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração supõe a prévia intimação da parte embargada, em respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sob pena do julgamento padecer de nulidade absoluta. - Recurso especial conhecido e provido. STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 1295807 RS 2011/0284655-2. Data de publicação: 02/05/2013.

menos em princípio, não podem opor direito fundamental aos primeiros” (SARLET, 2000, p. 54).

Essa feição da aplicabilidade garantidora das normas que definem direitos fundamentais no âmbito das relações jurídico-privadas acabou sendo abordada, pelos estudiosos alemães, como *Drittwirkung* (ou eficácia privada; eficácia em relação a terceiros; eficácia externa; eficácia horizontal dos direitos fundamentais), como abordado por Engle (2009, p. 165).

Não poderiam passar ao largo (e nem passam) dessa noção de aplicabilidade principiológica os ensinamentos e garantias inerentes ao princípio do contraditório. O direito pretérito não se preocupava com essa garantia estendida também aos particulares, mas a modernidade e a evolução da ciência jurídica envolvendo o princípio do contraditório acabaram por abarcá-la.

Hoje não há mais relação privada ou procedimental particular que não esteja abrangida pelo princípio do contraditório. No direito doméstico, o entendimento do Supremo Tribunal Federal⁶, de há muito, é pela ampla aplicação dos princípios constitucionais fundamentais às relações particulares, especialmente o contraditório.

Portanto, a aplicação dos princípios constitucionais fundamentais, especialmente o contraditório, dá-se (i) tanto na esfera vertical, assim entendida a relação entre particular e Poder Público (ou particular numa lide com outro particular onde uma instituição pública – Poder Judiciário – esteja na presidência dos atos), como (ii) numa relação jurídico-privada onde particulares tenham uma lide presidida por outros particulares, como no citado exemplo jurisprudencial de exclusão de associado sem a aplicação do princípio constitucional. Essa diferenciação é a conhecida aplicação vertical e horizontal dos direitos fundamentais, onde a vertical seria quando o Poder Público seja parte ou dirija referida relação; e, em igual forma, a

⁶ N RE nº 158.215-RS (Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 07/06/1996), a Segunda Turma preconizou a incidência direta dos direitos fundamentais sobre relações entre particulares. Tratava-se da hipótese de um membro expulso de cooperativa sem o atendimento da garantia do contraditório e da ampla defesa no âmbito do devido processo legal. A ementa explicita tal raciocínio nos seguintes termos: "DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa." (RE nº 158.215-RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 07/06/1996).

aplicação horizontal, quando a relação jurídica seja formada somente por particulares que estejam no mesmo plano isonômico.

Não é errado afirmar que, “em dias de hoje, em sua concepção moderna, o contraditório é tudo aquilo supramencionado, aliado a um conceito constante de ‘extraterritorialidade’, que consiste numa eficácia não apenas no processo jurisdicional e no âmbito administrativo, mas para fora dos limites estatais como forma de cooperação, isto é, princípio fundamental da participação-cooperação nos atos de poder privado” (MACIEL JUNIOR, 2009, p. 41). No mesmo sentido, é enfaticamente correto que a garantia do contraditório há de ser exercida e observada igualmente fora dos limites de Estado, especialmente em se tratando de ação que, jurídica ou factualmente, seja capaz de atingir as partes e interferir em seu âmbito jurídico.

Nesse sentido, imprescindível que o contraditório seja entendido e plenamente aplicado não somente nas relações estatais, como, em igual forma, nas particulares, podendo, inclusive, ser estendido às *não partes* (testemunhas, peritos) que eventualmente integrem ou assessorem a lide, de acordo com o já abordado.

6 WAFFENGLEICHHEIT – A PARIDADE DE ARMAS

A paridade de armas é indissociável da igualdade e democracia no processo e, por óbvio, do contraditório. A igualdade foi o elemento volitivo de vários movimentos de transformações das culturas sociais e, por conseguinte, das estruturas jurídicas. *Waffengleichheit* é o termo germânico para o instituto da paridade de armas, e é citado dessa forma porque foi também na Alemanha que o raciocínio se desenvolveu e se tornou conhecido.

Logo, o instituto em comento garante às partes as mesmas oportunidades de ataque e de defesa, bem como os mesmos instrumentos processuais bastantes a garantir a chance de elas se defenderem em pé de igualdade. Isso não quer dizer que as defesas serão iguais, mas que as chances das defesas, essas sim, serão iguais. Logo, caberá ao advogado das partes elaborá-la (a defesa) de forma que melhor atenda os interesses de seu assistido.

Por consequência, o contraditório não pode passar à margem do que garante a *Waffengleichheit*. Nessa quadra, o juiz, na análise do caso concreto, deve efetivá-lo na aplicação do direito das partes, cabendo a ele também decidir como a igualdade de armas melhor se apresenta naquela determinada situação. “A importância da igualdade das armas no processo tem sensibilizado a doutrina de tal sorte que se chega a destacá-lo do princípio do

contraditório, conferindo-lhe autonomia e independência como princípio processual, mas reconhecendo que é manifestação, no processo, dos princípios constitucionais da igualdade, do contraditório e do direito ao justo processo” (NERY JR., 2010, p. 245).

Por ser consectário lógico do princípio da igualdade, a garantia da paridade de armas, sempre que aplicada na situação processual analisada, deve acompanhar a relação de ponderação tratada por aquele princípio (a igualdade). Ou seja, no mesmo sentido de que a igualdade se aplica tratando-se os iguais de forma igual e os diferentes de forma diferente, na medida de suas diferenças, a paridade de armas implica em disponibilizar as mesmas armas (ou possibilidades de utilizá-las) às partes que se encontrem em idêntica situação processual, podendo-se, também, mitigar tal aplicação nas situações em que as partes ocupem posições distintas.

7 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO PROJETO DO NOVO CPC

O momento pelo qual o País passa, atualmente, é de grande importância para o Direito e, mais ainda, para o Processo Civil. Os dois CPCs que já vigoram no Brasil (e um deles ainda vige) foram aprovados, respectivamente, em 1939 e 1973, em inesquecíveis e marcados tempos ditatoriais: o primeiro, na era Vargas; e o segundo, na ditadura militar.

Imprescindível, assim, que o projeto do novo Código de Processo Civil, que é discutido sob a égide da Constituição Federal de 1988 (a “Constituição Cidadã”), fosse, antes de tudo, *democrático*. Como já visitado neste trabalho, o princípio do contraditório é, no processo, a face da democracia. E o projeto do novo Código de Processo⁷ corrobora com esse entendimento.

Sempre que um sistema constitucional ou legal é reformado drasticamente, visa-se, antes de tudo, corrigir erros do passado e já combinar a relação social em atendimento com a evolução da sociedade. Dentre vários aspectos que o projeto modifica, é salutar mencionar alguns dispositivos alterados envolvendo o princípio do contraditório, sempre festejando-o e o fortalecendo, de acordo com o estudado por Luiz Rodrigues Wambier (2013):

⁷ Em 06.08.2104, o Projeto do Novo Código de Processo Civil foi incluído na pauta de votação do Senado Federal para discutir as alterações efetuadas pela Câmara dos Deputados quando de sua revisão.

Uma primeira questão importante está prevista no art. 9^o, do Projeto. Em consonância com esse dispositivo, “Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que seja esta previamente ouvida”. Trata-se da garantia da audiência prévia, basicamente buscando especificar qualquer ação que possa, de alguma forma, contrariar eventual interesse pré-constituído de uma das partes. Logicamente, o dispositivo traz exceções, explicitadas em seu parágrafo único, tais quais a concessão de medida em tutela antecipada e em caráter liminar.

O art. 10^o, por sua vez, traz disposição nova, em plena consonância com aquilo que a doutrina e jurisprudência já sinalizavam a certo tempo. Prevê, o dispositivo, que nenhum órgão jurisdicional poderá decidir com base em fundamento de que não se tenha dado às partes conhecimento (direito à informação) e oportunidade de manifestação, mesmo que se trate de matéria de ordem pública.

Com tal determinação, o texto do Projeto vai ao encontro daquilo que já se defendeu neste trabalho: obriga o detentor da jurisdição (estatal ou privada) a exercer o *Informationspflicht* (dever de informação) e fazer participar a parte com a extensão do contraditório em suas acepções formal e substancial. Logo, mesmo em matérias das quais o juiz possa conhecer *ex officio*, a respectiva decisão somente poderá ocorrer com a devida notícia à parte e abertura de prazo para sua manifestação. Esse aspecto é muito positivo, porque, até então, se a questão abordada fosse de ordem pública, o entendimento era o de que o juiz não estaria obrigado a efetivamente garantir à parte mencionada oportunidade para se manifestar.

Há críticas com relação ao dispositivo por parte da doutrina. Para essa fatia, que é minoritária, por sorte, a ampliação do contraditório implicaria em demasiado prolongamento do processo e acabaria por ferir, assim, sua razoável duração. Entretanto, a posição não merece acolhida, *concessa venia*. Alegado dispositivo ferido (a razoável duração do processo) não é suficientemente tangível para que se possa afirmar que a abertura de alguns dias a mais no procedimento instrutório, em respeito ao contraditório, acabará por feri-lo. Ademais, talvez essa extensão do contraditório seja, no caso concreto, a melhor forma de entender um conturbado caso, como já exemplificado supra. Se o processo se mostra moroso, isso certamente se dá por outro motivo, e não pelo fortalecimento de uma garantia constitucional.

⁸ Art. 9^o. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica à tutela antecipada de urgência e às hipóteses de tutela antecipada da evidência previstas no art. 306, incisos II e III.

⁹ Art. 10. Em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício.

Há outras causas inerentes à cultura e tradição, por exemplo, que são herança dos tempos da colonização, que acabam por prejudicar não só o processo, mas a sociedade como um todo.

Outro aspecto relevante é com relação ao incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. No Código de Processo Civil em vigência, não há prévia possibilidade (*rectius*: determinabilidade) de manifestação da parte em que a juridicidade é derrubada anteriormente à situação de fato. Agora, entretanto, enobrecendo o princípio do contraditório, o art. 135¹⁰, do Projeto do Novo Código Processual manda que se noticie a parte requerida anteriormente à efetiva desconconsideração da personalidade jurídica. Em verdade, a presente situação já deveria ter sido pensada quando da adoção do instituto no País. Ressalte-se que não há prejuízo algum no novo modelo¹¹, pois, se, mesmo com a defesa da parte demandada anteriormente à desconconsideração, o juiz entender que é o caso da efetiva busca de bens dos sócios (ou da empresa, na desconconsideração da personalidade jurídica inversa, muito comum no direito de família), fá-lo-á em igual forma. E, ainda, eventuais movimentações de ativos que tenha feito a parte requerida nesse ínterim, será desprezada e, em caso de prejuízo ao autor, poderá haver fraude contra credores, ou, mais grave ainda, já que não se precisa demonstrar o dolo, fraude à execução.

Adotando esse modelo, o juiz age em consonância com o que garante o princípio da não surpresa (ou da vedação da surpresa), pelo qual se veda a condenação (parcial ou definitiva) da parte sem que ela tenha tido a possibilidade e a notícia dos motivos e das razões que levaram o detentor da jurisdição a agir de tal forma.

Referidas disposições, ainda, enobrecem e trazem ao processo os ensinamentos inerentes ao princípio da colaboração/cooperação, de sorte que o presidente do processo deve agir em cooperação com as partes, sempre participando-as previamente às decisões que as envolvem, direta ou indiretamente. Fazendo isso, encurtam-se consideravelmente os motivos recursais e, mais ainda, as reformas de decisões por possíveis supressões de direitos fundamentais, o que acabaria por anular todos os atos processuais posteriormente efetuados.

Portanto, vê-se que o princípio do contraditório, nesse novo CPC que se forma, recebeu força adicional, o que é louvável, já que, pela primeira vez na história jurídica registrada no País, tem-se a possibilidade de moldá-lo num ordenamento democrático.

8 CONCLUSÃO

¹⁰ Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de quinze dias.

¹¹ Art. 137. Acolhido o pedido de desconconsideração, a alienação ou oneração de bens, havida em fraude de execução, após a instauração do incidente, será ineficaz em relação ao requerente.

Pode-se aferir, notadamente pela fundamentação teológica-principiológica utilizada na pesquisa, que o conflito problematizante da garantia do contraditório é tema latente não só no ordenamento jurídico pátrio como em outros tão ou mais historicamente desenvolvidos, e que as acepções formal e substancial são (devem ser) deles inseparáveis.

O princípio do contraditório, no decorrer do tempo, foi sendo moldado de acordo com a evolução da sociedade em volta dele. Consectário que é do devido processo legal, a análise do que, de fato, é devido, é feita no tempo: o que era devido no séc. XIX, pode não ser devido no séc. XXI, e vice-versa.

A conceituação e evolução do contraditório e da ampla defesa ocorreu não somente no País, mas, muito antes, fora dele. A distinção entre os dois institutos é saudável, até por motivos acadêmicos, mas sua *separação* é impossível.

Tal inseparabilidade deve ocorrer tanto em processos judiciais, como administrativos e até mesmo nos particulares. Do mesmo modo, a aplicação da garantia deve ocorrer vertical e horizontalmente, sempre ponderando as partes com as armas que têm.

Corroborando esse raciocínio evolutivo, o princípio do contraditório, no Projeto do Novo Código de Processo Civil que se forma, recebeu considerável fortalecimento, em latente consonância com o espírito democrático que o permeia. Como principais referências, releva-se a questão da audiência prévia, da expressa previsão de que não será exigida das partes (ou nem contra elas proferida decisão) questão sobre a qual não lhes tenha sido dado o direito de informação, bem como a também literal previsão de respeito ao contraditório e a extensão desta garantia previamente à desconsideração da personalidade de uma pessoa jurídica, como explanado.

A análise problemática que se faz resulta num cenário positivo. A relevância *teórica* conferida ao princípio do contraditório é crescente, demonstrando que o verdadeiro desafio está em se instrumentalizar essa teoria (leia-se: trazê-la para um viés prático), especialmente porque a maior característica do instituto é sua incessante evolução.

9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V.1. 11. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

ENGLE, Eric. *European Law / Europarecht*. Harvard Law School Articles. Disponível em <http://www.hanselawreview.org/pdf8/Vol5No2Art02.pdf>, consultado em 06.08.2014, às 11h.

GOMES FILHO, A. M. *Prova e contraditório*. Em: Direito à prova no processo penal. São Paulo: RT, 1997.

GONÇALVES Helena de Toledo Coelho. *Contraditório e ampla defesa*. Curitiba, Juruá, 2010.

MACIEL JUNIOR, João Bosco. *Aplicabilidade do princípio do contraditório nas relações particulares*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

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

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Garantia do contraditório*. Em: *garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. In: Revista de direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, V. 36.

VÁLERIA, Diana; LEDO, Fábio; LEITE, Ruano; MOREIRA, Talita. *Princípio do contraditório*. Juris Way: 2008. http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=754. Consulta em 16.02.14, às 23h51min.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. V.1, 12. Ed. São Paulo: RT, 2013.

_____; *O contraditório e o projeto do novo CPC*. Atualidades do direito: 2013. <http://atualidadesdodireito.com.br/luizrodrigueswambier/2013/07/29/o-contraditorio-e-o-projeto-do-novo-cpc/>. Consulta em 16.02.14, às 10h54min.