

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

MARCELINO RIVELLES NETO

EFICÁCIA DO CONTRADITÓRIO NAS RELAÇÕES PRIVADAS

**CURITIBA
2013**

MARCELINO RIVELLES NETO

EFICÁCIA DO CONTRADITÓRIO NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. MSC. Luiz Ozório Moraes Panza.

**CURITIBA
2013**

TERMO DE APROVAÇÃO

MARCELINO RIVELLES NETO

EFICÁCIA DO CONTRADITÓRIO NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2013.

DEDICATÓRIA

Dedico o presente trabalho a minha querida mãe Ângela Maria Cabral (in memoriam)

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos Mestres pelas tão caras lições que contribuíram para minha formação, com a certeza de que estes ensinamentos serão a base para a construção do meu sucesso.

Agradeço em especial minha esposa, Josiane, pelo apoio e compreensão pelas horas fora do lar e madrugadas de estudo.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
1.1. Delimitação do tema	10
1.2. Objetivos	10
1.3. Metodologia	11
2. DIREITOS FUNDAMENTAIS	12
2.1. Direitos fundamentais na constituição de 1988	13
2.1.1. Eficácia dos Direitos Fundamentais	14
2.2. EFICÁCIA VERTICAL E HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	17
3.O DEVIDO PROCESSO LEGAL	20
3.1. Surgimento do Princípio do Devido Processo Legal	20
3.2. O Devido Processo Legal no Brasil	23
4. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO	28
4.1. Análise do Contraditório no Processo Civil	31
4.2. O CONTRADITÓRIO NO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E NO NOVO CÓDIGO	32
5. EFICÁCIA DO CONTRADITÓRIO NAS RELAÇÕES PRIVADAS	36
5.1. Eficácia indireta e mediata	36
5.2. Eficácia direta e imediata	37
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
REFERÊNCIAS	43

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo verificar a possibilidade da aplicação do direito ao contraditório entre particulares no processo civil, para tanto, buscou-se na história em qual momento surgiu este direito e qual foi o motivo impulsionador. Procura também identificar como se aplica este direito no atual processo civil, e, quais as alterações previstas no novo projeto do código de processo civil. E por fim, procura verificar como se dá a efetivação deste princípio constitucional nas relações entre particulares.

Para chegar a este objetivo, fez-se necessário buscar subsídios na história, na doutrina e na legislação, para poder criar um espírito de convencimento em torno da questão, e verificar como desenvolveu-se o princípio em questão, bem com, também, através de um retrospecto constitucional em nossas constituições, procurou-se verificar se havia presivibilidade em nosso ordenamento, ou à partir de qual momento o direito alcançou o status de princípio constitucional. E, após esta constatação, pesquisou-se como este princípio realmente se efetivava nas relações entre particulares, e, qual era a vinculação do Estado ao garantir a aplicabilidade deste princípio, e como ou através de quais métodos o Estado garante a efetivação deste princípio nas relações entre particulares. E também, foi necessário verificar as decisões judiciais que corroboram e dão suporte à aplicação do princípio do contraditório nas relações entre particulares.

Palavras-chave: contraditório, relações privadas, constituição, Estado, princípio constitucional.

ABSTRACT

This study aims to verify the possibility of applying the law to the adversarial civil proceedings between individuals , therefore , sought in history at what time did this right and what was the reason booster . It also seeks to identify how this law applies in the current civil procedure , and what changes in the new draft code of civil procedure . And finally, try to verify how is the realization of this constitutional principle in relations between individuals .

To reach this goal, it was necessary to seek subsidies in the history , doctrine and legislation in order to create a spirit of persuasion on the issue , and see how it has developed the principle in question , as well as also through a constitutional retrospect in our constitutions , we tried to see if there was presivibilidade in our land , or from the right point which achieved the status of a constitutional principle . And after this finding, it was researched how this principle actually efetivava in relations between individuals , and which was binding the State to ensure the applicability of this principle, and how or by what methods the state guarantees the realization of this principle in relations between individuals. And also , it was necessary to check the court decisions that confirm and support the application of the principle of contradictory relations between individuals.

Keywords : contradictory, civil relationship, constitution , state, constitutional principle .

INTRODUÇÃO

Diante da complexidade do alcance da Ciência Jurídica que está presente e regula as mais complexas relações sociais, tem-se hoje que se estender toda a proteção que o Direito pode proporcionar às partes nas mais diversas relações jurídicas, não só àquelas que ocorrem entre o cidadão e o Estado, onde é possível de se determinar de maneira mais fácil a hipossuficiência, mas também, principalmente nas relações entre particulares, onde esta hipossuficiência tem nuances muitas vezes sutis, e o desequilíbrio entre às partes não é tão evidente.

E estas relações devem ser tuteladas, principalmente pelo Estado, não diretamente, mas deve ser dado ao cidadão as ferramentas que este possa utilizar nas mais diversas relações que se estabelecem entre particulares. Este objetivo pode ser alcançado de diversas formas, como por exemplo, uma intervenção direta do Estado na vida privada de cada cidadão, porém este modelo presta-se a regimes de exceção, no entanto, nosso modelo tem primazia pela democracia, mais especificamente tutelada pelo estado democrático de direito, que está insculpido no artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988.

E, deste delineamento de propósito, vê-se que o Estado em virtude o seu regime democrático, busca colocar a disposição do cidadão um enorme arcabouço legal, para que este cidadão possa exercer seus direitos, que estão, dispostos em diversos diplomas legais que abrangem as mais diversas facetas da relação do cidadão com o Estado, bem como entre seus pares.

Diante do exposto, buscou-se um tema que pudesse abranger estas relações supracitadas, e de certa forma, abordar o liame que une todos estes temas envolvidos, e, ficou evidente diante das opções possíveis que o “contraditório” desempenha um papel determinante nas relações privadas.

Fato este que faz a inferência da necessidade de que haja um mecanismo jurídico que venha de certa forma a oportunizar, amparar o hipossuficiente, na relação privada. Criando, assim, na sociedade, mesmo que de maneira imposta, a obrigação de se respeitar os limites de direitos que cabem a cada uma das partes envolvidas nas mais diversas relações sociais.

1.1. Delimitação do tema

Os direitos fundamentais previstos em nossa Constituição, que se irradiam para toda a legislação infraconstitucional, são diversos e abrangem os mais variados aspectos das relações existentes entre o Estado e os cidadãos, por isso, é necessário delimitar o tema, pois, devido a importância e complexidade envolvida, não é conveniente abordá-los todos, porque o risco da superficialidade é muito grande.

Dentre os diversos princípios, será abordado por este trabalho o princípio do contraditório, seus aspectos e alcance. Também será analisado qual o entendimento do STF em relação à aplicação deste princípio nas relações privadas.

A possibilidade dos direitos fundamentais em exercer efeitos vinculantes nas relações entre particulares é algo que adquiriu relevância maior na jurisprudência brasileira a partir da decisão do RE 201.819/RJ, julgado pelo STF em 11 de outubro de 2005. Tratava-se de recurso de um associado da União Brasileira de Compositores – UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, que foi excluído do quadro desta sociedade sem direito de defesa, em virtude de não ter tido a oportunidade de refutar o ato que resultara na sua punição. Neste caso, o Ministro Gilmar Mendes admitiu expressamente em seu voto, pela primeira vez na história deste tribunal, que se tratava de “caso típico de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas”.

1.2. Objetivos

Diante do exposto, tem-se como objetivo neste trabalho verificar como e se a tutela do princípio do contraditório realmente se verifica nas relações privadas, e também é oportuno investigar, se no processo civil, onde legislativamente não há nenhum dispositivo que faça menção à aplicabilidade deste princípio fundamental nas relações processuais é implementado.

1.3. Metodologia

A metodologia utilizada será basicamente a pesquisa documental indireta, correspondente à análise documental e bibliográfica, partindo-se de materiais já publicados sobre o tema, como artigos e livros.

O estudo também derivará da análise crítica de decisões do Supremo Tribunal Federal, relativas a casos da realidade concreta, a fim de reforçar os argumentos apresentados ou demonstrar a posição dominante sobre determinado tema na jurisprudência pátria.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Existem diversas terminologias em nossa doutrina a respeito dos direitos fundamentais. É possível registrar que diversas referências são usadas em relação aos direitos fundamentais, como por exemplo: “direitos humanos”, “direitos humanos fundamentais”, “liberdades públicas”, “direitos dos cidadãos”, “direitos da pessoa humana”, “direitos do Homem”, etc. No entanto, uma terminologia única se faz necessária com o objetivo de sedimentar a doutrina, por se tratar de uma questão essencial¹.

Considera-se que a nomenclatura mais adequada é a utilizada na Constituição de 1988, ou seja, *direitos fundamentais*, utilizada no Título II. Essa é a posição, também, de Dirley da Cunha Jr., Paulo Gustavo Gonet Branco e Dimitri Dimoulis/Leonardo Martins².

No entanto, o termo “direitos humanos” parece ser o mais adequado na esfera internacional³, pois, direitos humanos são direitos atribuídos à humanidade em geral, por meio de tratados internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, 1948, por exemplo. Já os direitos fundamentais são aqueles positivados em um determinado ordenamento jurídico, como a Constituição Brasileira, ou a Lei Fundamental Alemã, por exemplo.

Essa é a abordagem dada por nossa Constituição, pois quando trata de assuntos internos, a Constituição costuma se referir a “Direitos e garantias *fundamentais*”, ao passo que, quando trata de tratados internacionais, se refere a direitos *humanos*.

Esta é a teoria que prevalece na doutrina brasileira de acordo com Dirley da Cunha Jr, mesmo que existam posições divergentes⁴.

¹ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**, p. 53. São Paulo: RT, 2007.

³ Embora haja autores que adotem como sinônimas as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”. É o caso, por exemplo, de Alexandre de Moraes. Cf. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2010. Essa, porém, não é a tese majoritária.

⁴ LIMA, George Marmelstein. **Curso de Direitos Fundamentais**, p. 28. São Paulo: Atlas, 2009.

2.1. Direitos fundamentais na constituição de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 apresenta três características importantes, as quais se estendem aos direitos fundamentais: o seu caráter analítico; seu pluralismo e seu caráter pragmático.

O caráter analítico pode se verificar na grande quantidade de dispositivos apresentados pela Constituição, a qual conta com 250 artigos e 97 disposições transitórias. Ainda sobre o caráter analítico da Constituição de 1988, assevera Sarlet⁵ que o procedimento analítico do Constituinte revela desconfiança em relação ao legislador infraconstitucional, além de demonstrar a intenção de salvaguardar as conquistas sedimentadas contra uma eventual erosão ou supressão dos poderes constituídos.

O pluralismo deve-se ao fato de a redação final do texto constitucional acolher posições algumas vezes controvertidas entre si. Não se acatou uma teoria única sobre direitos fundamentais, e isto refletiu na catalogação dos mesmos, como, por exemplo, a reunião dos direitos sociais ao lado dos diversos outros direitos de liberdade e políticos.

Já o caráter pragmático, decorre do grande número de dispositivos constitucionais, que dependem de regulamentação legislativa infraconstitucional.

Cabe ressaltar o fato de a Constituição de 1988 conter em seu arcabouço normas fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensão (ou geração); aponta para a vontade do constituinte originário proporcionar proteção regulamentada pelo Estado, e isto fica evidente ao verificarmos o grande número de direitos fundamentais que se encontram protegidos e consagração das chamadas cláusulas pétreas.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.p. 69

2.1.1. Eficácia dos Direitos Fundamentais

O tema da eficácia das normas constitucionais é amplamente discutido na doutrina brasileira, onde, renomados juristas como Ruy Barbosa, Pontes de Miranda e José Afonso da Silva, dentre outros, dedicaram-se ao estudo do tema, sobre o qual elaboraram amplas discussões e teorias. Nesse sentido, José Afonso da Silva⁶ afirma não existir norma constitucional desprovida de eficácia. Segundo ele:

Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem a nova ordenação instaurada. O que se pode admitir é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude de seus efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma normação jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida.

Para Sarlet⁷, em todas as classificações se destacam dois grupos de normas, as primeiras são aquelas que dependem, para a geração de seus efeitos principais, da intervenção do legislador infraconstitucional e as segundas são aquelas que por apresentarem suficiente normatividade, estão a gerar seus efeitos.

O destinatário principal das obrigações dos direitos fundamentais é o poder público, pois, a finalidade para a qual foram instituídos os direitos fundamentais consiste em estabelecer um caráter protetivo ao indivíduo em face do poder estatal. Pois a história demonstrou que muitas vezes o próprio Estado foi o protagonista de injúrias contra os direitos dos cidadãos, ora promovendo instabilidade econômica e jurídica, ora omitindo-se frente a grupos econômicos que fomentavam desequilíbrios sociais. E, diante destes fatos que foram até corriqueiros no século passado, postulou-se pela possibilidade de resguardar o cidadão diante da ação estatal, bem como, da ação de particulares.

Esta nova concepção veio a dar o entendimento de que os direitos fundamentais possuem uma feição objetiva, que obriga ao Estado a respeitá-los, bem como, criar mecanismos para que sejam respeitados nas relações entre particulares. Com este caráter

⁶ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 5.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 81 – 138.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 229.

objetivo dos direitos fundamentais, deu-se a noção de que eles representam os valores básicos da ordem jurídica e social, que, devem ser observadas em todas as relações, e promovido pelo Estado, como princípios estruturantes da sociedade.

As normas constitucionais podem ser de eficácia plena, que vem a ser a norma constitucional de efeito imediato e ilimitado, independentemente de qualquer norma infraconstitucional regulamentadora posterior ou de qualquer outro ato do poder público. José Afonso da Silva⁸ afirma que a doutrina moderna tende a considerar que todas as normas constitucionais, mesmo as de conteúdo subjetivo, teriam eficácia plena. Assim, José Afonso da Silva⁹ conclui:

Completa, nesse sentido, será a norma que contenha todos os elementos e requisitos para a sua incidência direta. Todas as normas regulam certos interesses em relação a determinada matéria. Não se trata de regular a matéria em si, mas de definir certas situações, comportamentos ou interesses vinculados a determinada matéria. Quando essa regulamentação normativa é tal que se pode saber, com precisão, qual a conduta positiva ou negativa a seguir, relativamente ao interesse descrito na norma, é possível afirmar-se que esta é completa e juridicamente dotada de plena eficácia, embora possa não ser socialmente eficaz. Isso se reconhece pela própria linguagem do texto, porque a norma de eficácia plena dispõe peremptoriamente sobre os interesses regulados.

Podem ser também de eficácia contida que são auto-aplicáveis imediata e diretamente da forma como está no texto constitucional, pois contém todos os elementos necessários a sua formação. Permite, entretanto, restrição por lei infraconstitucional, emenda constitucional ou outro ato do poder público. Eis a definição clássica de José Afonso da Silva¹⁰ sobre as normas de eficácia contida:

Normas de eficácia contida, portanto, são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.

⁸ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 5.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 89.

⁹ SILVA, Op.cit., p. 99.

¹⁰ SILVA, Op.cit., p.115.

Já a norma constitucional de eficácia limitada é aquela não regulada de modo completo na Constituição, por isso depende de norma regulamentadora elaborada pelo Poder Legislativo, Poder Executivo ou Poder Judiciário, ou de qualquer outro ato do poder público. Não é correto dizer que tais normas não têm eficácia, apenas a eficácia é mínima, já que seu alcance total depende de ato legislativo ou administrativo posterior. Segundo José Afonso da Silva¹¹, é difícil encontrar um termo apropriado para conceituar as normas de eficácia limitada. No entanto, apesar da imprecisão terminológica, mais importante que o uso de uma palavra determinada, deve ser a explicitação do sentido que ela expressa. Com essa interpretação, o mesmo autor subdivide a norma, em normas de princípio institutivo e normas de princípio programático.

As normas constitucionais de princípio institutivo contém o começo, o esquema geral de determinado órgão, entidade ou instituição. A efetiva criação, organização ou estruturação fica a cargo de normatização infraconstitucional na forma prevista pela Constituição. Como exemplo, cita-se art. 33 “A lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos territórios¹²”.

As normas constitucionais de princípio programático são esquemas genéricos que destacam programas a serem desenvolvidos posteriormente pelo legislador infraconstitucional¹³. Apesar da dificuldade de receberem precisão de conceito, José Afonso da Silva¹⁴, assim as define:

Podemos conceber como programáticas aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.

¹¹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 5.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 118

¹² SILVA, Op.cit., p. 119

¹³ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 5.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 137

¹⁴ SILVA, Op.cit., p. 138

2.2. EFICÁCIA VERTICAL E HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Quando se fala em eficácia vertical e horizontal, pretende-se diferenciar a eficácia dos direitos fundamentais que vinculam o Poder Público e a eficácia destes mesmos direitos aplicados às relações entre particulares. Com isso, é possível aduzir que a eficácia vertical vincula o legislador, o administrador e o juiz aos direitos fundamentais, e, a eficácia horizontal vincula os particulares aos direitos fundamentais, porém, deve-se levar em consideração uma possível desigualdade entre dois particulares, isso considerando a capacidade econômica.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni¹⁵, a norma de direito fundamental, independentemente da possibilidade de sua subjetivação, sempre contém valoração. O valor nela contido, revelado de modo objetivo, espalha-se necessariamente sobre a compreensão e atuação do ordenamento jurídico.

A extensão da incidência dos direitos fundamentais entre particulares, ao invés da incidência apenas sobre o Estado, é consequência da evolução que encontramos em nossa sociedade, que através de várias lutas e transformações alcançou o atual estágio de desenvolvimento, onde tem por objetivo ser mais justa e igualitária, chegando ao ponto de se positivar tais avanços em nosso arcabouço constitucional.

Hoje o Estado está vinculado à obrigação de proporcionar uma sociedade mais justa, e assim, tem regulado de maneira mais intensa a relação entre os particulares.

Quando se fala em eficácia horizontal e vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, deve ser levado em consideração que de maneira diversa da existente entre a relação do particular com o Estado (eficácia vertical), há nesta categoria de conflito (entre particulares), dois ou mais titulares destes mesmos direitos fundamentais e por isso, não é possível impor uma vinculação semelhante àquela que venha a incidir nas relações entre o particular e o Estado.

Em relação à eficácia mediata, as relações entre os particulares apenas seriam possíveis com a normatização infraconstitucional, afirmando assim, os preceitos constitucionais por meio de normas de direito privado, aonde as normas constitucionais

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.168.

viriam a delimitar cláusulas gerais, delimitando o alcance do direito afeto às partes em caso de litígio, ou apenas nas suas relações diárias.

Já a eficácia imediata dos direitos fundamentais é aplicável diretamente nas relações entre particulares, pois, vinculam direitos subjetivos oponíveis a entidades ou indivíduos que possuam posição de supremacia em relação a outros particulares, e, se assim não fosse, haveria uma relação de desequilíbrio muito marcante a favor de uma das partes envolvidas.

Para José Carlos Vieira de Andrade¹⁶, “aquilo que se deve entender por mediação na aplicabilidade dos preceitos constitucionais às relações entre iguais, é afinal, a necessidade de conciliar esses valores com a liberdade geral e a liberdade negocial no direito civil”. E ainda segundo o entendimento do douto autor, não é feliz a expressão aplicabilidade mediata, pois se confunde com eficácia indireta, “quando o que se quer afirmar é um imperativo de adaptação e harmonização dos preceitos relativos aos direitos fundamentais na sua aplicação à esfera de relações entre indivíduos iguais, tendo em conta a autonomia privada, na medida em que é (também) constitucionalmente reconhecida¹⁷”.

O Estado é obrigado a uma prestação normativa de proteção, isto leva a necessidade de se editar normas para a proteção dos indivíduos em suas relações privadas, para que, em caso do descumprimento destas normas surge então o direito de exigir o cumprimento àquele que descumpriu a norma. Porém, se neste caso o Estado for omissivo, nada impede que o particular seja destinatário dos direitos fundamentais, nessa situação, o julgador pode recorrer aos conceitos do direito privado, aplicando-os em conjunto com os valores constitucionais, porque, as normas constitucionais têm força vinculante, portanto, podem e devem ser aplicadas mesmo na ausência legislativa.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni¹⁸, a teoria de que os direitos fundamentais têm função de mandamento de tutela (ou de proteção), obrigando o juiz a suprir a omissão ou a insuficiência da tutela (ou da proteção) outorgada pelo legislador, facilita de forma extraordinária a compreensão da possibilidade de a jurisdição poder cristalizar a regra capaz de dar efetividade aos direitos fundamentais.

Fica evidente que os direitos fundamentais, por assim dizer, acabam por irradiar-se no ordenamento jurídico possuindo efetividade de aplicação. Então, faz-se mister

¹⁶ DE ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. São Paulo: Almedina, 2009. p.273.

¹⁷ DE ANDRADE, Op.Cit., p. 289

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo: curso de processo civil**. Vol 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 83

determinar como essa efetivação encontra parâmetros de aplicação, que se materializa com o princípio do devido processo legal.

Por isso, é necessária a investigação sobre este princípio (devido processo legal), para determinar seu desenvolvimento e sua acolhida no sistema jurídico pátrio.

3. O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Esse princípio vem insculpido na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, LIV, e este princípio traz em seu bojo a inafastabilidade da tutela jurisdicional:

CF/88. Art. 5º, LIV. Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

A esse princípio ligam-se todos os demais, como por exemplo o princípio do contraditório (objeto desta pesquisa), da ampla defesa, da imparcialidade e da igualdade, que são garantias processuais que devem compor um sistema de justiça de um Estado Democrático de Direito.

3.1. Surgimento do Princípio do Devido Processo Legal

O impulso histórico do devido processo legal deu-se na Inglaterra medieval, para ser mais preciso, em 1215, onde pela primeira vez fez-se menção ao "*due process of law*". Segundo Moraes após a morte de Ricardo coração de leão, seu irmão João Sem-Terra assumiu o trono da Inglaterra. Por ser um rei sem qualquer preparo para governar, passou a exigir dos nobres e do povo mais impostos do que poderiam pagar, determinou que suas tropas invadissem aldeias e propriedades destruindo os bens de todos que não pagassem os tributos de acordo com as suas exigências.

O reinado de John, chamado Sem Terra, foi deveras conturbado. Pontes de Miranda¹⁹, assim referiu o momento histórico:

¹⁹ MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas-corpus*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 11.

Os desastres, cinzas e arbitrariedades do novo governo foram tão asseverantes, que a nação, sentindo-lhe os efeitos envilecedores, se indispostos, e por seus representantes tradicionais reagiu. Foram inúteis as obsecrações. A reação era instintiva, generalizada; e isso, por motivo de si mesmo explícito: tão anárquico fora o reinado de João, que se lhe atribuía outrora, como ainda nos nossos dias se repete, a decadência, então, de toda a Inglaterra. Atuou sobre todas as camadas sociais; postergou regras jurídicas sãs de governo; descurou dos interesses do reino; e, a atuar sobre tudo, desservindo a nobres e a humildes, ameaçava desnervar a energia nacional, que se revoltou.

Assim, cansados dos mais diversos abusos, a nobreza obrigou o rei a editar um documento no qual seus direitos fossem assegurados. Em 1215 foi editada a *Magna Charta Libertatum*, como instrumento para limitar os poderes do rei e ainda assegurar direitos da nobreza²⁰.

A carta assinada continha diversos direitos e princípios dentre os quais foi concebido o princípio do devido processo legal, o "*due process of law*". Esse princípio foi utilizado para garantir um processo justo, vindo a ser um direito material. Além de um processo justo, a forma de privação do patrimônio e da liberdade também deveriam ser justos, razoáveis e proporcionais. O de acordo com Leal a igualdade que era prevista pela "*Magna Charta Libertatum*" levava em consideração apenas as condições econômicas e sociais, e não consistia em uma igualdade formal estabelecida por lei. A origem do devido processo legal na Magna Carta assegurava que o homem livre seria submetido a julgamento pelos seus pares e pelos costumes da terra sempre que houvesse ameaça de privação de sua liberdade ou de seus bens²¹.

A declaração da *Magna Carta* é fundamental para o desenvolvimento do constitucionalismo, porque, pela primeira vez, se instituiu limites ao exercício do poder soberano²².

Para que haja liberdade e igualdade deve existir arraigado ao seio de qualquer sociedade a justiça como preceito basilar. O desrespeito a este ideal de justiça inevitavelmente provoca revoltas sociais, como as que aconteceram na Inglaterra durante o reinado do rei João Sem-Terra, que agindo de forma injusta e violenta de um "**governo**" (grifo nosso) sem

²⁰ MORAIS, Manoel do Reis. **Estado de Direito e Justiça: o Princípio do Devido Processo Legal como Instrumento de sua realização**. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. p. 138.

²¹ COSTA, Luciana Silva. *Due Process of Law e Jurisdição Constitucional no Estado de Direito Democrático*. In: Estudos Continuados de Teoria do Processo: A pesquisa jurídica no curso de Mestrado em Direito Processual. vol. 2. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001. p. 267-280.

²² GRINNOVER. Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 23.

propósito, vindo assim, a perder o apoio da nobreza, do povo, bem como o da igreja²³(MORAIS, 2001). Na tentativa de organizar a sociedade o homem deve ceder uma parcela de sua liberdade individual para que haja harmonia, e evitando assim conflitos de interesses entre os cidadãos. Ao ceder esta parcela de liberdade a um poder central que venha a gerir os interesses comuns de determinados grupos, deu-se assim a origem ao nascimento do Estado. Jean Jacques Rousseau²⁴ escreveu sobre o pacto social apontando que:

Se, pois retirarmos do pacto social aquilo que não pertence à sua essência, ver-se-á que ele se reduz aos seguintes termos: a cada um de nós é em comum sua pessoa que todo o seu poder sob a direção suprema da vontade geral, a recebermos, enquanto corpo, cada membro parte indivisível do todo. Imediatamente, esse ato de associação produz, em lugar da pessoa particular de cada contratante um corpo moral e coletivo, composto de tantos membros quanto os votos da assembléia, e que, por esse mesmo ato, ganha sua unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade. Essa pessoa pública que se forma, desse modo, pela união de todas as outras, tomava antigamente o nome de cidade e, hoje, o de república ou de corpo político, o qual é chamado por seus membros de Estado, quando passivo, soberano quando ativo, e potência quando comparado a seus semelhantes.

Neste contexto, a Magna Carta visava, quase que exclusivamente, conservar e aumentar os privilégios da classe dos senhores feudais, ameaçados pelo Poder Real. Isto porque, todo o movimento de pressão contra o rei não contava com a participação popular, sendo assim, um movimento deflagrado pela classe nobre apenas. No entanto, com a evolução histórica da monarquia e da sociedade britânica, os direitos fundamentais da Carta foram então estendidos a todos os ingleses, até que em movimentos revolucionários contra o absolutismo, buscou-se na Magna Carta os princípios e garantias das liberdades inglesas e, muitos dos princípios contidos na carta foram pouco a pouco se introduzindo na consciência jurídica do povo inglês.

Com isso o princípio do devido processo legal que teve o início do seu desenvolvimento no direito e inglês, e hoje é um dos princípios sobre os quais se ergue o estado de direito. Os conceitos do devido processo legal procuravam dar garantia de que os homens não poderiam ser privados de seus bens, de sua liberdade, sem que houvesse um processo regulamentado em lei, e os que a ele fossem submetidos teriam a garantia de serem

²³ MORAIS, Manoel do Reis. **Estado de Direito e Justiça: o Princípio do Devido Processo Legal como Instrumento de sua realização**. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

²⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social: princípios do direito político**. 4. ed. Tradução Antônio de Pádua Danesi. Revisão Edson Darci Heldt. São Paulo: Martins Fontes, 2006.p. 22-23

julgados pelos seus pares. A expressão Lei da terra é que aparece no texto original do documento foi equiparada a devido processo legal.

3.2. O Devido Processo Legal no Brasil

No Brasil, de maneira diversa do desenvolvimento nos países anglo-saxões, o devido processo legal tem uma compreensão doutrinária voltada ao âmbito formal, contrariando sua concepção substantiva. Outro aspecto relevante ao estudo da sua história no Brasil é a sua vinculação originária ao Processo Penal.

O princípio do devido processo legal foi incorporado ao sistema normativo brasileiro apenas com a Constituição Federal de 1988, pois, sua adaptação aos sistemas brasileiros, exigem condições culturais para que haja identidade com o sistema processual nacional. Isto se refletiu com um desenvolvimento próprio de garantias de direitos fundamentais processuais nas constituições brasileiras.

3.3. Retrospectiva Constitucional Brasileira

A primeira constituição brasileira²⁵, outorgada por Dom Pedro I, à época imperial, no art. 179, havia previsão de garantias individuais constitucionais, bem como, processuais:

Constituição Imperial de 1824. Art. 179 – A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

²⁵ Carta do império – 1824. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil. Acessado em 29/09/2013.

VIII – Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e neste dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Vilas, ou outras Povoações próximas aos logares da residência do Juiz; e nos lugares remotos dentro de um prazo razoável que a Lei marcará, atenta a extensão do território o Juiz por uma Nota, por ele assinada, fará constar aos Réus o motivo da prisão, os nomes do seu acusador, e os das testemunhas, havendo-as.

XI. Ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na forma por ela prescripta.

XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.

A Constituição Republicana de 1891²⁶, que elencava um número maior de direitos e garantias sem, no entanto, a exemplo do havido na Constituição Imperial, não foi capaz de produzir mudanças sociais significativas:

Constituição Republicana de 1891. Art. 72 – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade nos termos seguintes:

§ 2º - Todos são iguais perante a lei.

§ 15 - Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada.

§ 16 – Aos accusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciaes a ella, desde a nota de culpa, entregue em vinte e quatro horas ao preso e assignada pela autoridade competente, com os nomes do accusador e das testemunhas.

Com a Revolução de 1930, vigorou uma nova Constituição, mas por três anos apenas, pois a carta de 1934²⁷ foi substituída com a instauração da ditadura do Estado Novo, quando outorgou-se a Constituição de 1937²⁸. Porém sem inserção expressa do devido processo legal nesses textos constitucionais brasileiros, o que se vê é a repetição de princípios anteriormente já previstos, principalmente no campo penal, quanto às garantias tradicionalmente interpretadas como de defesa, in verbis:

Constituição de 1934. Art. 113 • A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistencia, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

²⁶ **Constituição Republicana de 1891**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil. Acessado em 29/09/2013.

²⁷ **Constituição de 1934**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil. Acessado em 29/09/2013.

²⁸ **Constituição de 1937**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil. Acessado em 29/09/2013.

1 - Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas.

24 - A lei assegurar • aos acusados ampla defesa, com meio e recursos essenciaes a esta.

26 - Ninguém será processado, nem sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao fato, e na forma por ela prescrita.

Constituição de 1937. Art. 122 • A Constituição assegura aos brasileiros, estrangeiros residentes no país o direitos à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

1º - todos são iguais perante a lei;

11 -exceto do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada; a instrução criminal será contraditória, asseguradas, antes e depois da formação da culpa, as necessárias garantias de defesa.

Para José Afonso da Silva²⁹, as garantias previstas nestas Cartas não tiveram eficácia ou efetividade:

A Carta de 1937 não teve, porém, aplicação regular. Muitos de seus dispositivos permaneceram letra morta. Houve ditadura pura e simples, com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do Presidente da República, que legislava por via dos decretos-leis que ele próprio depois aplicava, como órgão do Executivo.

A Constituição de 1946³⁰ traz como garantia processual constitucional o direito ao acesso à justiça pela não exclusão da apreciação pelo Poder Judiciário de qualquer lesão a direito individual. Pela primeira vez, há em nosso sistema constitucional garantia ao processo:

Constituição de 1946. Art. 141 – A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ **1º** Todos são iguais perante a lei.

²⁹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 5.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p.74.

³⁰ **Constituição de 1946**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil. Acessado em 29/09/2013.

§ 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

§ 25 – É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada, pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao prêso dentro de vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória.

§ 27 - Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma de lei anterior.

A Constituição outorgada em 1967³¹, imposta em período de exceção, havia previsão do princípio da igualdade de maneira mais especificada e extensa.

A doutrina de segurança nacional americana, como estratégia no combate às ideologias comunistas, teve grande influência na instauração deste regime no país ao fim da década de sessenta. Com a promulgação de nova constituição, em 1967, restringiram-se inúmeros direitos individuais e sociais além das liberdades civis.

Constituição de 1967. Art 150 – A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei.

§ 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

§ 15 - A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção.

§ 16 - A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu.

A Constituição Federal de 1988³² claramente rompe com o regime de exceção que até então vigorava, e expõe detalhadamente os direitos e garantias fundamentais, assegurando assim o cumprimento das garantias individuais e dos direitos humanos, assim, o sistema jurídico brasileiro, pela primeira vez, faz referência expressa ao “devido processo legal”, in verbis:

³¹ **Constituição de 1967**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil. Acessado em 29/09/2013.

³² **Constituição de 1988**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil. Acessado em 29/09/2013.

Constituição de 1988. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

XXXVII - não haverá júízo ou tribunal de exceção;

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - 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;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Art. 93, IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença em determinados atos, à próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes.

Desde o surgimento até a acolhida em nosso ordenamento jurídico, ficou demonstrado que, já faz parte da tradição de nossas legislações a adoção deste princípio que de forma indelével marca nossa legislação.

No entanto, para avançar nesta pesquisa, é necessário estabelecer dentre os princípios fundamentais, qual será alvo de estudo, pois se assim não for, haverá uma base muito abrangente, e, este não é o momento para uma investigação mais ampla.

Como o objetivo é avaliar a eficácia nas relações privadas, o princípio do contraditório atende as exigências por influenciar tanto as relações entre o Estado e particulares. Com isso, o foco será a relação privada influenciada por este princípio.

4. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O princípio do contraditório hoje é uma garantia constitucional prevista no art. 5º, LV da Constituição Federal de 1988, que atualmente é entendido de uma maneira ampla, como a atuação positiva das partes, como por exemplo, o autor, o réu, o oponente, chamado ao processo e ao ministério público, em todos os atos do processo. E este princípio não se restringe apenas ao cidadão comum, podendo também ser invocado pelas pessoas jurídicas, na defesa não só da igualdade processual, mas também dos direitos fundamentais.

E segundo Angélica Arruda Alvim³³, o contraditório significa que toda pessoa física ou jurídica que tiver de se manifestar no processo tem o direito de invocar invocá-lo a seu favor. Deve ser dado conhecimento da ação e de todos os atos do processo as partes, bem como a possibilidade de responder bem, de produzir provas próprias e adequadas à demonstração do direito que alegam ter.

O contraditório somente existe com a participação das partes em igualdade de condições, exceto nos casos de decisões liminares, como em cautelares ou em tutelas antecipadas, onde são proferidas decisões provisórias, medidas urgentes, sem as quais os direitos não seriam preservados. Porém, após seu cumprimento, o contraditório é restabelecido, podendo até mesmo, ser revogada ou caçada a ordem concedida anteriormente.

E, é realmente uma tradição do direito constitucional brasileiro a adoção da garantia ao contraditório nos textos constitucionais. Porém, sem realmente provocar mudanças ou efetivar-se, era apenas uma previsão legal, chegando a ser considerada “letra morta” nas palavras de José Afonso da Silva, pois, na realidade esses princípios não se efetivavam, careciam de substancialidade, porque apesar de previsto não se efetivavam.

E isto é possível de se verificar na nossa história, pois ao traçarmos um paralelo com a evolução jurídica das diversas nações, um direito fundamental deve ser construído através do tempo, onde o povo deve sentir a necessidade da existência da proteção, e, através de uma conscientização coletiva exigir a tutela deste direito ao Estado que tem por obrigação a tutela legislativa.

E para nós, o princípio fundamental do contraditório só veio a ter efetividade e previsão de maneira mais substancial com a Constituição de 1988, que por meio de pressão

³³ ALVIM, Angélica Arruda. **Princípios Constitucionais do Processo**. São Paulo Revista de Processo nº 74. abril/junho/1994. p.p. 20-37.

popular restaurou-se o regime democrático em nosso país. Com isso, verifica-se que há a necessidade de uma cultura coletiva que venha a realmente exigir tal direito. Que ficou insculpido no inciso LV do art. 5º da Constituição de 1988, onde assegura que:

LV – 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;

Porém, ainda fica a questão da aplicabilidade de um princípio fundamental nas relações horizontais (entre particulares), e, em jurisprudência consolidada pelo Supremo Tribunal Federal, que vem a ser um divisor de águas, ficou consolidada a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, conhecida como eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

E devido à importância deste julgado³⁴, faz-se necessário indicar aqui de maneira mesmo que sucinta, pelo menos a ementa do acórdão, que passou a ser um paradigma a partir de então:

RE 201819 / RJ - RIO DE JANEIRO
 RECURSO EXTRAORDINÁRIO
 Relator(a): Min. ELLEN GRACIE
 Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES
 Julgamento: 11/10/2005 Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação

DJ 27-10-2006 PP-00064
 EMENT VOL-02253-04 PP-00577
 RTJ VOL-00209-02 PP-00821

Parte(s)

RECTE. : UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES - UBC
 ADV. : VERA LUCIA RODRIGUES GATTI E OUTROS
 RECDO. : ARTHUR RODRIGUES VILLARINHO
 ADV. : ROBERTA BAPTISTELLI E OUTRO

Ementa

³⁴ RE 201819/STF. Disponível em: www.stf.jus.br. Acessado em 29/09/2013.

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

4.1. Análise do Contraditório no Processo Civil

No processo civil é suficiente que seja dada a oportunidade aos litigantes para que se façam ouvir no processo, por intermédio do chamado contraditório recíproco. Porém, como se trata de direito indisponível, o réu, por exemplo, pode deixar de apresentar contestação, ocorrendo assim a revelia, sem que isto configure ofensa ao contraditório. Deve na verdade ser dada a oportunidade do réu ser ouvido, de apresentar sua divergência ao pedido do autor, e, essa oportunidade deve ser real e efetiva, pois o princípio constitucional não se contenta com o contraditório meramente formal.

Por isso, para o princípio no processo civil, é mais apropriado falar-se em bilateralidade da audiência. Pois o réu deve ser citado, conforme o art. 213, do CPC, isto se verificando, mesmo no caso do mesmo tornar-se revel, deixando de apresentar contestação, terá sido atendido o princípio constitucional do contraditório.

O julgamento antecipado da lide, art. 330 do CPC, também não constitui derrogação do princípio do contraditório, pois somente poderá ser realizados seus efeitos se a revelia tiver ocorrida, ou seja quando o feito estiver em condições de receber o julgamento antecipado porque ao réu já terá sido dada a oportunidade de atuar, pois que já havia a citação.

O processo civil contém outros mecanismos para a efetivação do princípio do contraditório, como, por exemplo, quando o réu não contesta ação que envolve disputa de direito indisponível. Mesmo que haja revelia, seus efeitos não se verificam conforme determinação expressa do art. 320 do CPC.

Neste contexto deve ficar claro que a ofensa ao princípio do contraditório caracteriza cerceamento de defesa, que é causa de anulação do processo judicial ou procedimento administrativo.

4.2. O CONTRADITÓRIO NO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E NO NOVO CÓDIGO

Na análise do princípio constitucional do contraditório aplicadas ao Processo Civil, existem as tutelas urgentes, as quais são concedidas sem a oitiva da parte contrária, sob pena de que, caso postergada a sua análise, poderá a parte sofrer dano irreparável.

Porém este ato não se caracteriza como um favorecimento ao autor, apesar de estar sendo levado ao conhecimento do juiz apenas a tese defendida por este. Para se deixar de lado essa impressão de favorecimento ao autor, o contraditório apenas será postergado ao réu; mas, após a manifestação do réu, através do contraditório, o juiz pode, dado seu convencimento, revogar a medida concedida, pois elas são precárias e provisórias.

Cabe neste caso, em particular, esclarecer que a antecipação da tutela somente poderá ser concedida, quando estiverem demonstradas pelo autor as situações de risco e perigo de dano irreparável, pois, caso não esteja, o réu deverá ser chamado ao processo para apresentar sua defesa.

O Projeto do Novo CPC excepcionou o prévio contraditório nas situações de urgência em que o direito do autor puder sofrer dano irreparável, *in verbis*:

Art. 9º. Não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida, salvo se se tratar de medida de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento de direito.

Bueno³⁵ concorda com a idéia de que há favorecimento ao autor, quando se concedem medidas urgentes sem oitiva do réu e, assim descreve:

O instituto da tutela antecipada ou da antecipação da tutela tende muito mais à realização concreta do princípio da efetividade da jurisdição e da razoável duração do processo do que ao princípio do contraditório ou do devido processo legal, quando analisados, parcialmente, como garantia para o réu, única e exclusivamente. Dito de forma bem simples: a tutela antecipada é instituto que, por definição, prestigia muito mais o autor do que o réu".

³⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 68

No entanto em sentido contrário, Luiz Guilherme Marinoni³⁶ explica que existem algumas situações de risco iminente que, caso o réu seja chamado para se manifestar, poderá comprometer a efetividade da tutela. Ainda, continua dizendo que o instituto da tutela antecipada não favorece o autor da ação, pois, logo após a concessão da medida, o réu é citado para se manifestar; há apenas um contraditório adiado segundo o autor.

O artigo 14, parágrafo único do CPC, traz o dispositivo que dá faculdade ao juiz de aplicar sanção às partes e a todos que participam do processo no caso do não cumprimento com exatidão dos provimentos mandamentais, também deve obedecer à garantia constitucional do contraditório.

No entanto, anterior a imposição de qualquer tipo de sanção, há necessidade da intimação das partes litigantes para que apontem as razões de sua conduta. Porém ao advertir as partes, essas poderão trazer aos autos as informações que venham a mudar o convencimento do juiz, ou do porquê do não cumprimento de determinada ordem. É com essas medidas que o processo deve prosseguir, o juiz oferecendo às partes participantes do processo, antes de aplicar a sanção, oportunidade de influenciar seu convencimento³⁷.

O Art. 14, parágrafo único, do CPC, em nenhum momento cita a necessidade de intimação do possível infrator para explicar as razões de sua conduta, no entanto, pelo contraditório ser um direito fundamental, deve o magistrado intimá-lo para que, após, aplique a multa. Onde, o contraditório e ampla defesa serão salvaguardadas pelas vias recursais, portanto, não fere o princípio do contraditório o disposto no art. 14, parágrafo único do CPC.

De outro lado, a doutrina tem colocado que o artigo 599, inciso II, do CPC está em plena consonância com o princípio do contraditório, uma vez que determina que o juiz advirta ao devedor que o seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da justiça. Antes de qualquer punição aplicada, o juiz, oportuniza ao devedor a manifestação sobre sua conduta. O citado dispositivo deve ser aplicado, por analogia, em qualquer situação que envolva alguma punição processual a uma das partes³⁸.

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo: curso de processo civil**. Vol 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 138.

³⁷ DIDIER, Jr. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. Salvador: JusPodivm, 2008.p. 47.

³⁸ DIDIER, Jr. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. Salvador: JusPodivm, 2008.p. 46.

Após esta breve referência a alguns dispositivos que abordam o princípio do contraditório no Código de Processo Civil, é oportuno deixar evidente todas as modificações relativas ao princípio no Novo Código de Processo Civil³⁹, in verbis:

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório em casos de hipossuficiência técnica.

Art. 9º Não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida, salvo se se tratar de medida de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento de direito.

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

Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.
Parágrafo único. Nas hipóteses previstas neste Código e nas demais leis, pode ser autorizada somente a presença das partes ou de seus advogados.

Art. 64. Requerida a desconsideração da personalidade jurídica, o sócio ou o terceiro e a pessoa jurídica serão intimados para, no prazo comum de quinze dias, se manifestar e requerer as provas cabíveis.

Art. 110. O juiz decidirá a lide nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.
Parágrafo único. As partes deverão ser previamente ouvidas a respeito das matérias de que deve o juiz conhecer de ofício.

Art. 262. Omissis
§ 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 261, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.

Art. 314. O autor poderá, enquanto não proferida a sentença, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, desde que o faça de boa-fé e que não importe em prejuízo ao réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de quinze dias, facultada a produção de prova suplementar.
Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo ao pedido contraposto e à respectiva causa de pedir.

Art. 359. Finda a instrução, o juiz dará a palavra ao advogado do autor e ao do réu, bem como ao membro do Ministério Público, se for caso de sua intervenção, sucessivamente, pelo prazo de vinte minutos para cada um, prorrogável por dez minutos, a critério do juiz.
(...)
§ 2º Quando a causa apresentar questões complexas de fato ou de direito, o debate oral poderá ser substituído por memoriais, que serão apresentados

³⁹ Projeto do Novo Código de Processo Civil. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil. Acessado em 29/09/2013.

pelo autor e pelo réu, nessa ordem, em prazos sucessivos de quinze dias, assegurada vista dos autos.

Art. 469. *Omissis*

(...)

Parágrafo único. A prescrição e a decadência não serão decretadas sem que antes seja dada às partes oportunidade de se manifestar.

Art. 475. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.

Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir.

O princípio do contraditório, na concepção atual, restringe-se ao debate entre as partes, no entanto com a evolução das relações processuais no âmbito civil o princípio prescinde de um conceito mais amplo, e que traga em seu bojo a verdadeira garantia de que sua manifestação será essencial à marcha processual e que o juiz não transcenda aquilo que foi pleiteado pelas partes para elucidação da lide.

Com o Projeto do Novo Código de Processo Civil, o princípio do contraditório, além de garantido constitucionalmente, concretizando-o e dando-lhe efetividade através dos diversos dispositivos acima mencionados, com o objetivo de tornar a decisão judicial cada vez mais reflexo do trabalho das partes no processo.

Ficou explícito neste capítulo que o Estado cumpre com o objetivo de tutelar as relações privadas, oportunizando legislação que alcance estas relações e de certa forma tutelar princípios constitucionais que se irradiam para o nosso ordenamento jurídico.

Sendo possível, assim, estes princípios agora tutelados pelo próprio Estado, poderem realizar sua eficácia nas relações entre particulares, que será investigada de maneira mais específica.

5. EFICÁCIA DO CONTRADITÓRIO NAS RELAÇÕES PRIVADAS

É aceito como paradigma dessa teoria o “Caso Lüth”, julgado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão em 1958.

Erich Lüth era crítico de cinema, que no pós-segunda guerra mundial, e conclamou os alemães a boicotarem filme, dirigido por Veit Harlam, conhecido diretor da época do nazismo, e um dos principais produtores da propaganda nazista. Harlam e a distribuidora do filme ingressaram com ação cominatória contra Lüth, alegando que o boicote atentava contra a ordem pública, o que era vedado pelo Código Civil alemão. Lüth foi condenado nas instâncias ordinárias, mas recorreu à Corte Constitucional. Ao fim, a queixa constitucional foi julgada procedente, pois o Tribunal entendeu que o direito fundamental à liberdade de expressão deveria prevalecer sobre a regra geral do Código Civil que protegia a ordem pública⁴⁰.

Esse foi o primeiro caso em que se decidiu pela aplicação dos direitos fundamentais também nas relações entre os particulares (eficácia horizontal).

5.1. Eficácia indireta e mediata

Pela eficácia indireta e mediata, os direitos fundamentais aplicam-se nas relações jurídicas entre os particulares, mas apenas de forma *indireta* (mediata), por meio das chamadas *clausulas gerais* do Direito Privado, que são: a regra geral, no Direito Privado (relações entre os particulares), seria a autonomia da vontade; os direitos fundamentais incidiriam apenas por meio de cláusulas gerais existentes no próprio Direito Privado, como *ordem pública*, *liberdade contratual*, *boa-fé*, etc.

No dizer do Tribunal Constitucional Alemão, os direitos fundamentais serviriam como uma “eficácia irradiante” sobre a interpretação do Direito Privado, mas não incidiriam diretamente nas relações particular-particular, que foi a posição que o tomada no julgamento

⁴⁰ DIMOULIS, Dimitri; in, MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, pp. 264 e ss. São Paulo: RT, 2007.

do *Caso Luth*⁴¹. A eficácia indireta e mediata é criticada por Canaris⁴², pois o mesmo entende que existe incompatibilidade desse pensamento com a Lei Fundamental alemã:

“Se (...) se partir do artigo 1º, n. 3 da LF, esta conclusão não pode ser considerada correta, pois esta disposição impõe, justamente, uma eficácia normativa *imediata* dos direitos fundamentais”.

Sendo assim, é possível sustentar a incompatibilidade dessa modalidade de eficácia com o ordenamento brasileiro, já que o artigo 5º, §1º⁴³, prevê que as normas definidoras de direitos fundamentais possuem *aplicabilidade imediata*⁴⁴:

Art. 5º. *Omissis*.

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

5.2. Eficácia direta e imediata

Essa teoria é defendida na Alemanha por setores minoritários da doutrina e da jurisprudência, essa foi a tese que prevaleceu no Brasil, inclusive no Supremo Tribunal Federal⁴⁵. Essa corrente entende que, os direitos fundamentais são aplicados diretamente às relações privadas, ficando os particulares obrigados a observar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. As obrigações decorrentes das normas constitucionais definidoras dos direitos fundamentais têm por sujeito passivo o Estado

⁴¹ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, p. 530. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁴² CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**, p. 29. Coimbra: Almedina, 2006 (tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto).

⁴³ **Constituição de 1988**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil. Acessado em 29/09/2013

⁴⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *et al.* **Curso de Direito Constitucional**, p. 269. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁴⁵ BRANCO, Op. cit, p. 269.

(eficácia vertical) e os particulares, nas relações entre si (eficácia horizontal direta ou imediata)⁴⁶.

Essa teoria é aceita no Brasil, tanto pelo STF quanto pelo STJ. Pode ser utilizada como exemplo de aplicação da eficácia horizontal nas relações privadas, a decisão do STF que negou provimento de recurso de Agravo Regimental em desfavor da Bradesco Seguradora S/A, onde reconheceu a ilegalidade da não renovação da apólice de seguro, bem como da abusividade da cláusula que prevê a rescisão por parte da seguradora⁴⁷:

ARE 720643 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL
 AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO
 Relator(a): Min. LUIZ FUX
 Julgamento: 21/05/2013 Órgão Julgador: Primeira Turma

Publicação

PROCESSO ELETRÔNICO
 DJe-109 DIVULG 10-06-2013 PUBLIC 11-06-2013

Parte(s)

AGTE.(S) : BRADESCO VIDA E PREVIDÊNCIA S/A
 ADV.(A/S) : LAURA DE ARAÚJO COSTA E OUTRO(A/S)
 AGDO.(A/S) : PRIMO JOÃO LANZANA E OUTRO(A/S)
 ADV.(A/S) : LUIZ CARLOS DA ROSA MIRANDA E OUTRO(A/S)

Ementa

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. PREVIDÊNCIA PRIVADA. CONTRATO DE SEGURO DE VIDA. RENOVAÇÃO NOS TERMOS CONTRATADOS. RECUSA PELA SEGURADORA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 454/STF. DECISÃO QUE SE MANTÉM POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.
 1. A violação reflexa e oblíqua da Constituição Federal decorrente da necessidade de análise de malferimento de dispositivo infraconstitucional torna inadmissível o recurso extraordinário. Precedentes: AI 775.275-AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJ 28.10.2011 e AI 595.651-AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJ 25.10.2011.
 2. Os princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, da motivação das decisões judiciais, bem como os limites da coisa julgada, quando a verificação de sua ofensa dependa do reexame prévio de normas infraconstitucionais, revelam ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal, o que, por si só, não desafia a abertura da instância extraordinária. Precedentes: AI 804.854-AgR, 1ª Turma, Rel. Min.

⁴⁶ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, p. 530. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁴⁷ STF, ARE 720.643/RS, Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: www.stf.jus.br. Acessado em 10/10/2013

CÁRMEN LÚCIA, DJe de 24/11/2010 e AI 756.336-AgR, 2ª Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 22/10/2010. 3. Súmula 454: simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário. 4. In casu, o acórdão objeto do recurso extraordinário assentou: APELAÇÃO CÍVEL. SEGURO DE VIDA. RECUSA DE RENOVAÇÃO DE CONTRATO. ABUSIVIDADE. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MANUTENÇÃO DO PACTO COMO ANTERIORMENTE CONTRATADO. 1. O objeto principal do seguro é a cobertura do risco contratado, ou seja, o evento futuro e incerto que poderá gerar o dever de indenizar por parte da seguradora. Outro elemento essencial desta espécie contratual é a boa-fé, na forma do art. 422 do Código Civil, caracterizada pela lealdade e clareza das informações prestadas pelas partes. 2. A relação jurídica de seguro está submetida às disposições do Código de Defesa do Consumidor, enquanto relação de consumo atinente ao mercado securitário. 3. O litígio em exame versa sobre o reconhecimento da ilegalidade da não renovação da apólice de seguro, bem como da abusividade da cláusula que prevê a rescisão por parte da seguradora. Situações precitadas que rompem com o equilíbrio contratual, princípio elementar das relações de consumo, a teor do que estabelece o artigo 4º, inciso III, do CDC. 4. A estabilidade das cláusulas contratuais a que está submetido o consumidor deve ser respeitada, em especial nos contratos de prestações sucessivas, como é o caso dos autos. Nessa seara, com base no artigo 51, incisos IV, X e XV, § 1º, do CDC. 5. O seguro constitui pacto de trato sucessivo e não temporário o que implica certa continuidade nesta relação jurídica cativa. Se mantidas as mesmas condições da época da contratação, as suas disposições não devem ser alteradas unilateralmente pela seguradora, exceto se durante o período de contratação haja a ocorrência de fatos não previsíveis, com o condão de modificar significativamente o equilíbrio contratual. 6. A comunicação tempestiva não é o único requisito a ser preenchido para não se efetivar a renovação do pacto. Como visto anteriormente, a correspondência com os novos termos de contratação, ao consumidor é abusiva, não merecendo qualquer consideração as informações nela contida, acerca da extinção do contrato. 7. Necessidade de pagamento do valor do prêmio inadimplido no curso da presente demanda. Dado parcial provimento ao apelo. 5. Agravo regimental a que se NEGA PROVIMENTO.

Decisão

A Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. 1ª Turma, 21.5.2013.

Bem como o acórdão, também do Supremo Tribunal Federal, que impôs a obrigatoriedade do respeito ao contraditório para a exclusão de associado em associação privada⁴⁸, já abordado no capítulo anterior.

Diante dos julgados adotados pela nossa mais alta Corte, fica pacífico em nossa jurisprudência, que o princípio do contraditório deve ser observado e aplicado nas relações privadas, seja por pessoa física, jurídica e associações, sob o risco de se verem decisões

⁴⁸ RE 201.819/STF. Disponível em: www.stf.jus.br. Acessado em 29/09/2013.

adotadas, reformadas na esfera judicial, pela invocação de direitos fundamentais tutelados a todos os cidadãos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fatos históricos demonstraram que, as relações entre o cidadão e o Estado devem ser reguladas através de mecanismos que criem amparo ao cidadão, pois, nesta relação ele vem a ocupar uma posição de desigualdade em relação ao Estado, que detém os meios coercitivos de imposição de força. E estes meios foram evidentes na história da nossa civilização, principalmente, quando o poder era exercido pela figura de um monarca que concentrava em suas mãos todos os poderes do Estado, e, por não poder ser responsabilizado pelos seus atos, impunha sua vontade que não era calcada em qualquer tipo de amparo legal.

Isto levou a diversas revoltas e à imposição de limitações a esses poderes, através da regulação por via de lei, com o objetivo de se criar um modelo, aonde o cidadão tivesse proteção à vida, à liberdade e à propriedade, para que não viesse a ser aviltado nesses direitos sem qualquer critério. Com isso, surgiu a garantia ao devido processo legal, que trouxe em seu bojo além de outros princípios, o direito ao contraditório.

O princípio do contraditório, em um processo evolutivo, sofreu transformações, principalmente quanto à maneira de interpretação. Era analisado apenas sob o aspecto formal, aonde era suficiente a parte tomar conhecimento da lide e apresentar suas razões de defesa, e, atualmente com as inovações ocorridas no processo civil, há a tendência de interpretá-lo de acordo com os direitos fundamentais, com isso, trazendo uma nova visão sobre o conceito deste princípio, chegando-se então ao seu aspecto substancial, que infere ao fato de que a parte tem o direito de participar de maneira ativa no processo e exercer o poder de convencimento na decisão final.

No atual código de processo civil, existem lacunas que de certa maneira ferem o princípio do contraditório, que na realidade é suprido pelo juiz que se utilizando dos princípios constitucionais, chama as partes envolvidas para apresentarem contra razões. Lacunas que visivelmente o legislador procurou corrigir no projeto do novo código de processo civil.

Com o amparo do estado democrático de direito, na Constituição de 1988, há a positivação de diversos direitos fundamentais, como o do contraditório, e com a obrigação de garantir a aplicação desses direitos, o Estado se obriga ao respeito desses direitos em relação aos particulares (eficácia vertical), assim como, exige a observância desses direitos nas relações entre particulares (eficácia horizontal). Apesar da não existência de dispositivo

expresso no tocante à vinculação de aplicabilidade dos direitos fundamentais aos particulares, a nossa jurisprudência é farta ao amparar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, assim como já demonstrado em acórdãos do Supremo Tribunal Federal.

Diante do exposto, foi possível verificar que os direitos fundamentais, em particular o do contraditório, objeto desta pesquisa, se aplica sim nas relações não apenas entre particulares, bem como, nas relações processuais, pois o juiz fica vinculado à observação dos direitos fundamentais, porque os mesmos se irradiam para toda a legislação infraconstitucional, e tem aplicabilidade imediata, conforme o art. 5º da Constituição de 1988 em seu § 1º, in verbis:

Art. 5º. Omissis.

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Com isso, foi possível responder a questão elaborada como base para a pesquisa desenvolvida, bem como criar um espírito de convencimento em torno do tema que não se esgota.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Angélica Arruda. **Princípios Constitucionais do Processo**. São Paulo Revista de Processo nº 74. abril/junho/1994. p.p. 20-37.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *et al.* **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CANARIS, Claus-Wilhem. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2006 (tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto).
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. São Paulo: Almedina, 2003. p. 593 e SS.
- CUNHA JR., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2010.
- COSTA, Luciana Silva. *Due Process of Law e Jurisdição Constitucional no Estado de Direito Democrático*. In: Estudos Continuidos de Teoria do Processo: A pesquisa jurídica no curso de Mestrado em Direito Processual. vol. 2. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001. p. 267-280.
- DE ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. São Paulo: Almedina, 2009. p. 273, 289.
- DIDIER, Jr. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. Salvador: JusPodivm, 2008.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2007.
- GRINNOVER. Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 23.
- LIMA, George Marmelstein. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.168.
- _____. **Novas Linhas do Processo Civil**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. **Teoria geral do processo: curso de processo civil**. Vol 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 77 - 89.
- MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2007.

MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas-corpus*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 11.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAIS, Manoel do Reis. **Estado de Direito e Justiça: o Princípio do Devido Processo Legal como Instrumento de sua realização**. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 9. Ed. rev., ampl. e atual com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.p. 76-95, 203-210

ROSAS, Roberto. *Direito Processual Constitucional: princípios constitucionais do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 45.

ROUSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social: princípios do direito político**. 4. ed. Tradução Antônio de Pádua Danesi. Revisão Edson Darci Heldt. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.69, 155, 229

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 5.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 81 – 138.

_____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 5.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SILVEIRA, Paulo. *Devido Processo Legal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

WEB REFERÊNCIAS

Carta do império – 1824. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil. Acessado em 29/09/2013.

Constituição Republicana de 1891. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil. Acessado em 29/09/2013.

Constituição de 1934. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil. Acessado em 29/09/2013.

Constituição de 1937. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil. Acessado em 29/09/2013.

Constituição de 1946. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil. Acessado em 29/09/2013.

Constituição de 1967. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil. Acessado em 29/09/2013.

Constituição de 1969. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil. Acessado em 29/09/2013.

Constituição de 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil. Acessado em 29/09/2013.

Novo projeto do Código de Processo Civil. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil. Acessado em 29/09/2013.

RE 201819/STF. Disponível em: www.stf.jus.br. Acessado em 29/09/2013.

ARE 720.643/RS/STF. Disponível em: www.stf.jus.br. Acessado em 10/10/2013