

VI

A EVOLUÇÃO DO CONTRADITÓRIO: A SUPERAÇÃO DA TEORIA DO PROCESSO COMO RELAÇÃO JURÍDICA E A INSUFICIÊNCIA DA TEORIA DO PROCESSO COMO PROCEDIMENTO EM SIMÉTRICO CONTRADITÓRIO

Marcelo Veiga Franco

Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Procurador do Município de Belo Horizonte/ MG. Advogado.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo estudar de que forma a evolução do conceito de contraditório tem o condão de implicar a superação da teoria do processo como relação jurídica, como desenvolvida por Oskar von Bülow, bem como demonstrar a insuficiência da teoria do processo como procedimento realizado em simétrico contraditório, conforme idealizado por Elio Fazzalari e Aroldo Plínio Gonçalves. Ao final, busca-se refletir sobre a real necessidade de se definir a natureza jurídica do processo diante do modelo participativo de processo, assim também em face da necessidade de tutela e concretização das garantias constitucionais processuais.

PALAVRAS-CHAVE: processo como relação jurídica; processo como procedimento em simétrico contraditório; contraditório.

ABSTRACT: This article aims to study how the evolution of the concept of adversary is able to result in the overcoming of the theory of process as a legal relationship, as developed by Oskar von Bülow, as well as demonstrating the insufficiency of the theory of the process as procedure in symmetric adversary, as envisioned by Elio Fazzalari and Aroldo Plínio Gonçalves. At the end, is reflected on the real need to define the legal nature of the process before a model of participatory process, so in the face of the need for protection and realization of the constitutional guarantees procedural.

KEYWORDS: process as a legal relationship; process as procedure in symmetric adversary; adversary.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A teoria do processo como relação jurídica – 3. A teoria do processo como procedimento realizado em simétrico contraditório entre as partes – 4. A evolução do contraditório – 5. A superação da teoria do processo como relação jurídica a partir do contraditório e do modelo participativo de processo – 6. A insuficiência da teoria do processo como procedimento realizado em simétrico contraditório entre as partes: críticas para a sua melhor adequação – 7. Conclusão: A real necessidade de se definir a natureza jurídica do processo diante do atual estágio do contraditório – Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Muito se tem discutido acerca da *natureza jurídica* do processo. Ao longo da evolução histórica da processualística, várias teorias surgiram e tentaram definir, sem sucesso, um *conceito* de processo que fosse capaz de sintetizar os diversos pensamentos sobre a matéria.

Teorias como a do processo como *contrato*, como *quase-contrato*, como *situação jurídica* ou como *instituição jurídica*, já foram exaustivamente rechaçadas na doutrina.¹ Vários motivos foram enumerados para tanto: errônea atribuição de um caráter privado, facultativo e convencional à jurisdição; imposição de obstáculos à independência da magistratura; dificuldade na definição de elementos conceituais; mitigação do caráter de juridicidade do conceito de processo; possibilidade de arbitrariedade no exercício da jurisdição; dentre outros.

Atualmente, duas teorias são comumente adotadas pelos cientistas jurídicos. A primeira delas, idealizada por Oskar von Bülow, trata o processo como uma *relação jurídica* peculiar de natureza pública. A segunda, desenvolvida por Elio Fazzalari e Aroldo Plínio Gonçalves, define o processo como um *procedimento* realizado em simétrico contraditório entre os interessados.

Contudo, com o presente estudo, buscar-se-á demonstrar que nenhuma dessas teorias foi capaz de definir, com precisão, a natureza jurídica do processo diante do atual estágio de evolução histórica do *contraditório*. Em um Estado Democrático de Direito, há a permanente necessidade de se conferir um embasamento democrático e constitucional à atividade jurisdicional, o que requer a compreensão do contraditório como o próprio *fundamento* de legitimidade democrática da função jurisdicional.

Com isso, o processo se desvincula de tecnicismos teóricos e formalidades conceituais que não se coadunam à efetivação de um regime *democrático*. A partir de uma perspectiva *constitucional*, o processo é visto como um *direito fundamental ao devido processo legal*, cuja estrutura constitucional está destinada à tutela e à concretização de todas as *garantias constitucionais processuais*.

2. A TEORIA DO PROCESSO COMO RELAÇÃO JURÍDICA

A teoria do processo como relação jurídica foi desenvolvida por Oskar von Bülow, na obra *Teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais*

1. Por todos, conferir: TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1987.

(Alemanha, 1868),² e é adotada no Direito brasileiro pelo Código de Processo Civil (CPC) de 1973 e por renomados autores.³ A referida teoria trata o processo como uma *relação jurídica* peculiar, ou seja, um elo de direitos e de obrigações recíprocos que determinam faculdades e deveres e “colocam em mútuo vínculo as partes e o tribunal”.⁴

Sintetizada no brocardo *iudicium est actus trium personarum: iudicis, actoris et rei* (“Juízo (processo) é o ato de três pessoas: o juiz, o autor e o réu”),⁵ a teoria preconiza que a relação jurídica processual (pública) se diferencia da relação jurídica de direito material (privada), uma vez que demanda o preenchimento de pressupostos processuais relacionados a três aspectos: a) sujeitos (autor, réu e Estado-juiz); b) objeto (prestação jurisdicional); c) pressupostos (pressupostos de caráter processual).⁶

Nesse sentido, o processo consiste em uma relação jurídica peculiar de natureza pública, dotada de características próprias, dentre as quais se destacam: a) autonomia, pois a relação jurídica processual é independente da relação jurídica substancial – de direito material – deduzida em juízo (*res in iudicium deducta*); b) progressividade (ou cinese) e dinamismo, pois a relação jurídica processual se desenvolve e se desdobra gradualmente, passo a passo, e está sempre em movimento dinâmico, um caminhar para frente, ao contrário da relação jurídica de direito material, que é perfeita e acabada desde o seu surgimento;⁷ c) unidade e complexidade, pois a relação jurídica processual é única e complexa, resultante da fusão de várias outras relações jurídicas, não se confundindo com um

2. Hélio Tornaghi ressalta que Georg Hegel é apontado como o precursor dessa teoria, ao dizer que “o processo põe as partes em condição de fazer valer seus meios de prova e suas razões e permite ao juiz chegar ao conhecimento da causa, o que fazem exercendo direitos que, por isso mesmo, devem ser regulados em lei”, mas que foi Oskar von Bülow o primeiro a afirmar o processo como relação jurídica. Prossegue o autor explicando que a teoria se implanta realmente com os livros de Adolph Wach, *Manual de Direito processual civil alemão* (Alemanha, 1885), e de Josef Kohler, *O processo como relação jurídica* (Alemanha, 1888), o primeiro no sentido publicístico e o segundo sob ótica privatística, encontrando defensores também na Itália, especialmente com os trabalhos desenvolvidos por Lodovico Mortara, Giuseppe Chiovenda, Alfredo Rocco e Luigi Ferrara (TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1987, p. 230-231).
3. Por todos, conferir: WAMBIER, Luiz Rodrigues; CORREIA DE ALMEIDA, Flávio Renato; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 7. ed., São Paulo: RT, 2005. v. 1, p. 159-161.
4. BÜLOW, Oskar von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2005, p. 05.
5. TORNAGHI, Hélio, *op. cit.*, p. 229-230.
6. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 298.
7. BÜLOW, Oskar von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2005, p. 06-07.

conjunto de vínculos ligados por um traço comum; d) unicidade, pois cada ato não cria uma relação jurídica nova, mas alenta a já existente; e) viva, pois a relação processual nasce, cresce e morre, e é desta vida que resulta sua unidade e identidade, apesar das mutações estruturais e fisionômicas; f) pública, pois a validade da relação jurídica processual não depende do acordo de vontade entre as partes, mas do preenchimento dos pressupostos processuais apreciáveis pelo juiz, sendo que a interferência do magistrado na resolução do caso concreto cria um vínculo jurídico-processual público entre as partes (indivíduos) e o Estado-juiz.⁸

Ademais, caracteriza-se a relação jurídica processual pelo vínculo de subordinação entre as partes e pelo caráter de exigibilidade da prestação demandada perante o Estado. A relação jurídica processual estrutura-se com base em um “enlace normativo”, mediante o qual um dos polos litigantes pode exigir do outro o cumprimento de um dever jurídico (ideia da “exigibilidade da prestação”).⁹

Com efeito, Oskar von Bülow construiu a sua teoria com base nos *pressupostos processuais* – entendidos como “os requisitos de admissibilidade e as condições prévias para a tramitação de toda a relação processual”¹⁰ – e nas *exceções processuais*. Com isso, a relação jurídica processual apenas se aperfeiçoa com a *litiscontestação*, isto é, com a resposta positiva quanto ao preenchimento dos pressupostos processuais e das condições de existência do processo. Desse modo, forma-se um “contrato de direito público”, por meio do qual, de um lado, o tribunal “assume a obrigação concreta de decidir e realizar o direito deduzido em juízo e de outro lado, as partes ficam obrigadas, para isto, a prestar uma colaboração indispensável e a submeter-se aos resultados desta atividade comum”.¹¹

Apresentada a demanda, cabe ao réu oferecer exceções dilatórias processuais, ou seja, defesas contra a própria existência dos pressupostos processuais de formação válida e eficaz do processo (“pressupostos processuais expressados negativamente, em forma de exceção”).¹² Todavia, com o preenchimento dos

8. TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1987, p. 61-64 e 238-244.

9. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 78.

10. BÜLOW, Oskar von, *op. cit.*, p. 09.

11. *Idem, ibidem*, p. 05-11. Nessa linha, Hélio Tornaghi explica que a relação jurídica processual se conclui “mediante a litiscontestação (*mit der Litiscontestation*), isto é, por meio de um contrato de Direito Público (*dem öffentlichrechtlichen Vertrag*) graças ao qual o juiz contrai o dever de cuidar, no caso concreto, da declaração e da atuação do direito (pretensão, exigência – *Anspruch*) feito valer em juízo. E, por outro lado, as partes também se obrigam a cooperar e a submeter-se ao resultado dessa atividade.” (TORNAGHI, Hélio, *op. cit.*, p. 07).

12. BÜLOW, Oskar von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2005, p. 10-15.

pressupostos processuais e admitido o processo, a relação jurídica processual está válida e eficazmente constituída.

Passada para a fase de análise da *res in iudicium deducta*, ao réu compete contestar a demanda mediante o oferecimento de exceções relativas ao mérito. A partir de então, o juiz passa a ter condições de resolver a lide, decidindo acerca da existência da relação de direito material litigiosa.

Em síntese, para Oskar von Bülow a relação jurídica processual se divide em dois *processos*: um processo prévio, preliminar ou *in jure*, de caráter preparatório e antecedente ao trâmite de mérito, relativo à análise dos pressupostos processuais e à determinação da relação processual, dotado de prejudicialidade e cujo ato final consiste “ou em uma *litis contestatio* (admissão da demanda) ou em uma *absolutio ab instantia* (recusa da demanda como inadmissível, o que os romanos chamavam *denegatio actionis*)”;¹³ e outro processo principal ou *in iudicio*, referente à relação de direito material e ao exame do próprio mérito da demanda (relação litigiosa material), que resulta em uma *condemnatio* ou em uma *absolutio ab actione*.¹⁴

3. A TEORIA DO PROCESSO COMO PROCEDIMENTO REALIZADO EM SIMÉTRICO CONTRADITÓRIO ENTRE AS PARTES

A teoria do processo como procedimento realizado em simétrico contraditório entre as partes é desenvolvida, primordialmente, pelo jurista italiano Elio Fazzalari, e aperfeiçoada, no Brasil, por Aroldo Plínio Gonçalves. Para essa teoria, resumidamente, o processo é concebido como “um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades”.¹⁵

Para essa teoria, processo e procedimento são conceitos inconfundíveis, ou melhor, são fenômenos distintos, porém essencialmente conexos. O procedimento não retrata uma pura concatenação estática de atos e de condutas que exterioriza a relação jurídica processual. Ao revés, o procedimento, como estrutura normativa de descrição de condutas e de qualificação de direitos e obrigações, consiste em gênero do qual o processo é espécie mais articulada e complexa, particularizada

13. TEIXEIRA, Wellington Luzia. *Da natureza jurídica do processo à decisão judicial democratizada*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 65.

14. BÜLOW, Oskar von, *op. cit.*, p. 10-11; TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1987, p. 63.

15. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006, p. 118-119.

pela nota do simétrico contraditório entre os interessados ao provimento jurisdicional final.¹⁶

Assim, o procedimento consiste em uma sequência de normas e de posições subjetivas,¹⁷ que é preparatória de um provimento estatal destinado a produzir efeitos na esfera jurídica de seus destinatários. O procedimento denota uma atividade preparatória a qual, disciplinada por uma estrutura normativa, precede a emanção válida e eficaz de um ato estatal dotado de natureza imperativa e, por isso, denominado de provimento.¹⁸

Cada norma que incide para formar a sequência da estrutura procedimental descreve uma conduta a ser praticada, e a qualifica como direito ou como obrigação. Existentes “tantas normas quantas são as condutas reguladas (qualificadas, isto é, como direito ou como obrigação)”, a estrutura do procedimento constitui-se a partir de uma série de normas, “cada uma das quais reguladora de uma determinada conduta (qualificando-a como direito ou como obrigação), mas que enuncia como pressuposto da sua própria aplicação, o cumprimento de uma atividade regulada por uma outra norma da série”.¹⁹

O procedimento, portanto, retrata uma estrutura normativa preparatória de um provimento e se revela como uma sequência interligada de normas das quais se extraem posições subjetivas. Segundo a ordem estabelecida pela lei, a prática de um ato normativo subsequente é postecedente lógico e temporal do exercício de

16. *Idem, ibidem*, p. 93-94. No ponto, ressalte-se que também o jurista italiano Enrico Redenti, antes mesmo de Elio Fazzalari, porém de modo incipiente, já trabalhava na renovação do conceito de procedimento, entendendo “o processo como a atividade destinada à formação do provimento jurisdicional”. Para o referido autor, a atividade preparatória do provimento é disciplinada por vários esquemas normativos, propostos para as diversas possibilidades de processos, e que devem tomar o nome de procedimento, entendido como o “módulo legal do fenômeno em abstrato” (GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 103-104).

17. A expressão *posição subjetiva* (ou posição jurídica subjetiva) contém um significado peculiar e se refere “à posição de sujeitos perante a norma, que valora suas condutas como lícitas, facultadas ou devidas”, e com isso não se relaciona “à posição de sujeitos em uma relação com outro sujeito ou à posição de sujeitos em um quadro qualquer de liames”. A posição subjetiva, como posição do sujeito em relação à norma, permite “qualificar a conduta como facultade ou poder, se é valorada como lícita, e como dever, se é valorada como devida” (GONÇALVES, Aroldo Plínio, *op. cit.*, p. 106-109).

18. Ronaldo Brêtas Dias ensina que, por influência da doutrina italiana, a processualística brasileira “passou a utilizar o vocábulo *provimento* com o sentido de decisão jurisdicional. Os italianos se valem com frequência da palavra *provvedimento* (provimento), derivada de *provvedere* (prover), a fim de expressar o que a doutrina brasileira chama de decisão jurisdicional, providência jurisdicional, medida jurisdicional ou pronunciamento jurisdicional”. Nesses termos, o termo provimento aqui utilizado tem o sentido de decisão judicial (DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 34-35).

19. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006, p. 113-114.

um ato normativo anterior que lhe é pressuposto. Daí por diante, o procedimento se desenrola de maneira coesa, conectada e integrada, até que se obtenha o ato final conclusivo.²⁰

A validade e/ou a eficácia de um ato posterior – inclusive a do ato final – pode ser neutralizada caso não tenha sido observada a sequência precedente de atos determinada pela estrutura normativa correspondente. Um dos requisitos de validade e de eficácia de um ato inserido na estrutura normativa do procedimento consiste, justamente, no fato de ser o epílogo de um procedimento regular e, portanto, dependente da regularidade ou da irregularidade do ato precedente e influente sobre a validade e a eficácia dos atos subsequentes.²¹

Compreendida a definição de procedimento, torna-se possível conceituar o processo como uma de suas espécies. O processo é espécie do gênero procedimento, qualificado pelo contraditório e realizado em simétrica paridade. Procedimento sem contraditório é mero procedimento, porém não é processo. O contraditório é essencial à definição do processo.

Nessa perspectiva, o contraditório é concebido como a “estrutura dialética do procedimento”, consistindo: a) na participação dos destinatários dos efeitos do ato final, em simétrica paridade de posições, na fase procedimental preparatória do provimento; b) na mútua implicação das atividades dos destinatários, voltadas a promover – requerente – ou a impedir – requerido – a emanção do provimento; c) na efetiva relevância e influência das atividades desenvolvidas pelos destinatários perante o autor do provimento final (juiz ou árbitro); d) na possibilidade de exercício, por cada interessado ou destinatário dos efeitos do ato final (denominados de contraditores), de um conjunto de escolhas, de reações e de controles; e) na existência de controle não só das atividades de cada um dos contraditores, mas também na necessidade de fiscalização dos resultados da função exercida pelo autor do provimento final.²²

20. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 108-109.

21. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 111-112.

22. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006, p. 119-120. Saliente-se que a compreensão do contraditório como “estrutura dialética do procedimento”, nos termos propostos por Elio Fazzalari, não se confunde com a ideia de Piero Calamandrei acerca do “caráter dialético do processo”. Para este autor, a dialeticidade processual se refere ao desenvolvimento do processo “como uma luta de ações e de reações, de ataques e de defesas, na qual cada um dos sujeitos provoca, com a própria atividade, o movimento dos outros sujeitos, e espera, depois deles um novo impulso para se pôr, por sua vez, em movimento”. Essa perspectiva decorre, então, da ideia do procedimento como uma concatenação de atos, em que “cada um deles nasce como consequência daquele que o tem precedido, e, por sua vez, atua como estímulo do que o segue” (CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*:

O contraditório, como estrutura dialética do procedimento, consiste na razão de distinção (*ratio distinguendi*) do processo.²³ Mais do que possibilitar a participação dos interessados na atividade preparatória do provimento, o processo esquematiza uma série de normas as quais, contemplando atos e posições jurídicas, projetam-se para os destinatários dos efeitos do provimento final, com o fito de viabilizar-lhes o exercício do paritário contraditório.

A essência do contraditório assenta-se na participação de ao menos dois *contraditores*, dizendo e contradizendo em “posições simetricamente iguais”, um deles *interessado* e o outro *contrainteressado* na emanção do provimento final que lhes produzirão, respectivamente, efeitos favoráveis e prejudiciais. Ao autor do provimento final (juiz ou árbitro) compete guiar o desenvolvimento do contraditório, colocando-se em arranjo “estranho aos interesses em contenda, não sendo parte daquela situação”.²⁴

Em suma, o processo consiste no procedimento realizado em simétrico contraditório entre as partes, na busca da construção do provimento jurisdicional por meio da participação dialética dos interessados. A nota do contraditório paritário é o grande *insight* tido por Elio Fazzalari e Aroldo Plínio Gonçalves para que o simples procedimento se transforme em processo.

4. A EVOLUÇÃO DO CONTRADITÓRIO

O Estado Democrático de Direito consagra o contraditório, a teor do art. 5º, LV, da Constituição (CRFB), como *garantia fundamental* do jurisdicionado à participação dialética no processo em igualdade de oportunidades, com efetivo poder de influência nos resultados advindos do exercício da atividade jurisdicional.

Conceitualmente, a definição de contraditório leva em consideração duas dimensões que lhe são essenciais. A dimensão *formal* (ou *estática*) retrata a

estudos sobre o Processo Civil. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1, p. 266).

23. Neste particular, frise-se que a ideia do contraditório como elemento do processo não surgiu apenas com a divulgação da teoria de Elio Fazzalari, nos idos de 1975. Adolf Wach, por exemplo, já em 1865, “realçava a importância do contraditório, ao destacar o caráter dialético do processo, observando que sua finalidade atendia a dois interesses em colisão, o interesse da tutela jurídica afirmada pelo autor e o interesse contraposto sustentado pelo réu”. Também Piero Calamandrei, em 1965, entendia o contraditório “como diálogo permanente entre os envolvidos, (...) força motriz do processo, seu princípio fundamental” (*apud* DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 94-95).
24. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006, p. 121-124.

clássica concepção de contraditório como ciência, informação, comunicação e/ou participação das partes no processo, originária do instituto processual austríaco *Parteiengehör*, o qual é entendido como princípio da *audição* (ou *audiência*) do cidadão interessado.²⁵ Já em perspectiva *material* (ou *substancial* ou *dinâmica*), o contraditório revela o poder de influência e de controle dos destinatários na construção do conteúdo do provimento.

O contraditório, em dimensão formal, expressa o direito das partes ao *conhecimento* da demanda, mediante citação, intimação e/ou notificação, com garantia de *participação* no curso do processo. Com base nos brocardos *audiatur et altera pars*, *audita altera parte* e *audi alteram partem*,²⁶ o aspecto estático do contraditório resguarda ao interessado, tão somente, o direito de ouvir e de ser ouvido (*hearings*).²⁷ A garantia de participação na construção da decisão judicial visa a assegurar às partes, colocadas em posição de interessado (autor) e contrainteressado (réu), o “direito ao conhecimento e à participação, participar conhecendo, participar agindo”.²⁸

De tal sorte, o contraditório formal possibilita que os destinatários do provimento tenham a oportunidade de dizer nos autos e de deduzir as alegações e as provas que julgarem pertinentes, com a respectiva oportunidade de reação.²⁹ Com isso, objetiva-se expor e aclarar ao juiz os fatos e os fundamentos jurídicos da demanda, de modo que as partes tenham aumentadas as suas possibilidades de êxito no processo, ao mesmo tempo em que colaboram para a melhoria da prestação jurisdicional.³⁰

Todavia, a partir da teoria processual de Elio Fazzalari e de Aroldo Plínio Gonçalves, o aspecto formal do contraditório ultrapassa a sua definição como

25. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006, p. 111-113.

26. Não obstante um dos objetivos do contraditório seja o impedimento de prolação de decisões judiciais *inaudita altera parte*, é importante ressaltar que, nos casos de provimentos liminares, é possível a edição da ordem jurisdicional antes da audiência da outra parte, desde que haja a devida e circunscrita demonstração do *periculum in mora*, sendo que, nesses casos, o contraditório fica diferido para momento posterior.

27. CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 77.

28. CAPPELLETTI, Mauro. Appunti in tema di contraddittorio. *Studi in memoria di Salvatore Satta*. Padova: Cedam, 1982. v. 1, p. 221 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1, p. 320.

29. MARINONI, Luiz Guilherme. *Questões do novo Direito Processual Civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2000, p. 336; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 20.

30. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 94.

mero direito das partes ao conhecimento da demanda e à participação no processo. Diante do princípio da isonomia, a participação das partes no processo deve ser qualificada com a nota da igualdade de oportunidades.

Como expressão do princípio constitucional da igualdade, a participação das partes no processo há de ser concretizada em paridade de posições.³¹ O contraditório faz com que os litigantes, “em posição de igualdade, disponham das mesmas oportunidades de alegar e provar o quanto estimarem conveniente com vistas ao reconhecimento judicial de suas teses”.³²

Trata-se, assim, da função do contraditório como garantia de uma “simetria de posições subjetivas, além de assegurar aos participantes do processo a possibilidade de dialogar e de exercitar um conjunto de controles, de reações e de escolhas dentro desta estrutura”.³³ A essência do contraditório estático, pois, é a igualdade simétrica de oportunidades entre os destinatários dos efeitos do provimento final; não é o simples argumento e contra-argumento, mas, sim, o dizer e o contradizer deduzidos em paritária posição de chances entre os sujeitos processuais.³⁴

Além da isonomia, também a liberdade está resguardada em face da concepção de contraditório como participação das partes em igualdade de oportunidades. Sendo o contraditório o direito à ciência, ao conhecimento e à informação da demanda, aparece como correlato necessário o direito à liberdade de reação, formando o que se denomina de *bilateralidade da audiência*. Desta feita, cumpre à parte, de acordo com o seu livre alvedrio e dentro dos parâmetros legais, optar em manifestar-se ou não na contenda jurídica, agindo ou omitindo-se em conformidade com a conveniência e a oportunidade de sua ampla defesa.

Arelada ao aspecto formal, a dimensão *material* (ou *substancial* ou *dinâmica*) do contraditório expressa o *poder de influência* (ou *prerrogativa de influência* ou

31. Como anota Piero Calamandrei, a posição de paridade das partes no processo não se resume a uma igualdade meramente jurídica, mas também se refere a uma isonomia técnica e econômica (CALAMANDREI, Piero. *Processo e democrazia*. Padova: Cedam, 1954, p. 145-146 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 27-28).

32. LLORENTE, Francisco Rubio. *Derechos fundamentales y principios constitucionales: doctrina jurisprudencial*. Barcelona: Ariel, 1995, p. 266, tradução livre.

33. FAZZALARI, Elio. Diffusione del processo e compiti della dottrina. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1958, p. 869 *apud* THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo justo e contraditório dinâmico*. Disponível em: <http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/91.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2012.

34. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 119-128; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 113-114.

direito de influir)³⁵ e a *prerrogativa de controle* na construção do conteúdo da decisão judicial. Trata-se da conjugação dos direitos das partes ao conhecimento e à participação no processo em simétrica paridade, com a possibilidade de interferir e de fiscalizar os resultados advindos do exercício da função jurisdicional.

Nessa ordem de ideias, às partes é conferida a prerrogativa de interferência material na decisão judicial por meio da apresentação de provas e argumentos no bojo da instrução probatória. Aos magistrados, por seu turno, cabe o dever de garantia do contraditório, de modo a assegurar que as alegações e as provas produzidas pelas partes serão efetivamente examinadas pelo órgão jurisdicional.

Na mesma linha é o ensinamento de Luigi Paolo Comoglio, ao dizer que o contraditório garante uma “tríplice ordem de situações subjetivas processuais”, quais sejam: a) “o direito de receber adequadas e tempestivas informações, sobre o desencadear do juízo e as atividades realizadas, as iniciativas empreendidas e os atos de impulso realizados pela contraparte e pelo juiz, durante o inteiro curso de processo”; b) “o direito de defender-se ativamente, posicionando-se sobre cada questão, de fato ou de direito, que seja relevante para a decisão da controvérsia”; c) “o direito de pretender que o juiz, a sua vez, leve em consideração as suas defesas, as suas alegações e as suas provas, no momento da prolação da decisão”.³⁶

Portanto, ao julgador não é conferido o poder de simplesmente desconsiderar a atividade dos destinatários do provimento. A decisão judicial, pelo contrário, deve ser o resultado do convencimento racional fundamentadamente construído por um juízo natural, com base nos argumentos e nos elementos probatórios aventados pelos interessados em simétrico contraditório.

Daí resulta que a motivação decisória é elemento do contraditório. Ao magistrado compete o dever de apreciar e de examinar todas as alegações e provas deduzidas pelas partes, resolvendo o caso concreto unicamente com base nos resultados decorrentes da atividade dos interessados ao provimento. Já aos

35. A doutrina costuma utilizar a expressão “*poder de influência*” para designar a dimensão material do contraditório. Contudo, para não deixar dúvidas de que este *poder* não significa arbitrariedade ou posição de superioridade das partes em relação ao juiz, preferimos as terminologias *prerrogativa de influência* (ou *possibilidade de influência – Einwirkungsmöglichkeit*) ou *direito de influir (Mitwirkungsbefugnis)*. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Questões do novo Direito Processual Civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2000, p. 336; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. 1. ed., Curitiba: Juruá, 2011, p. 226).

36. COMOGLIO, Luigi Paolo. Voce: contraddittorio (principio del). In: Enciclopedia giuridica. Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988, vol. 8, p. 6 *apud* THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle. Princípio do contraditório no Direito brasileiro. In: THEODORO JUNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle (Coord.). *Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2012, p. 283.

destinatários contrapõe-se o direito fundamental de que terão seriamente analisados e considerados os seus argumentos e elementos probatórios, os quais devem ter sido licitamente produzidos como forma de tentativa de convencimento do órgão jurisdicional.³⁷

No ponto, cabe a transcrição do entendimento do Ministro Gilmar Mendes, proferido no julgamento do Mandado de Segurança n.º 25.787-3/DF pelo Supremo Tribunal Federal:

Há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar – como bem anota Pontes de Miranda – é uma pretensão à tutela jurídica (*Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, 1969*. T. V, p. 234). (...). Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado *Anspruch auf rechtliches Gehör* (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o *Bundesverfassungsgericht* que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito do indivíduo de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (Cf. Decisão da Corte Constitucional alemã – *BverfGE 70*, 288-293; sobre o assunto, ver, também, PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrecht II*. Heidelberg, 1988, p. 281; BATTIS, Ulrich; GUSY, Christoph. *Einführung in das Staatsrecht*. 3. ed. Heidelberg, 1991, p. 363-364). Dai afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

- 1) **direito de informação** (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;
- 2) **direito de manifestação** (*Recht auf Äusserung*), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;
- 3) **direito de ver seus argumentos considerados** (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas (cf. PIEROTH; SCHLINK. *Grundrechte – Staatsrecht II*. Heidelberg, 1988, p. 281; BATTIS; GUSY. *Einführung in das Staatsrecht*. Heidelberg, 1991,

37. Por esse motivo, é impossível concordarmos com o entendimento jurisprudencial consolidado segundo o qual “não está o juiz obrigado a examinar, um a um, os pretensos fundamentos das partes, nem todas as alegações que produzem; o importante é que indique o fundamento de sua conclusão, que lhe apoiou a convicção no decidir” (Superior Tribunal de Justiça, AgRg no AREsp n.º 59.339/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 09/03/2012). Ora, se o contraditório outorga às partes a prerrogativa de influenciar o conteúdo dos provimentos, inexistem razões que possam permitir que a decisão jurisdicional seja (supostamente) fundamentada com explícito desprezo da colaboração dos seus próprios destinatários.

p. 363-364; Ver, também, DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz-Kommentar*. Art. 103, vol. IV, nº 85-99).

Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (*Recht auf Berücksichtigung*), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (*Beachtenspflicht*), pode-se afirmar que ele envolve não só o dever de tomar conhecimento (*Kenntnisnahmepflicht*), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (*Erwägungspflicht*) (Cf. DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz-Kommentar*. Art. 103, vol. IV, nº 97). É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões (Decisão da Corte Constitucional – *BverfGE* 11, 218 (218); Cf. DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz-Kommentar*. Art. 103, vol. IV, nº 97).³⁸

Portanto, o contraditório material reflete a prerrogativa de simétrica influência dos interessados na construção do conteúdo da decisão judicial, em sintonia com o dever imposto ao juiz, como terceiro imparcial, de assegurar às partes iguais oportunidades de interferência no resultado da atividade jurisdicional, inclusive quanto às questões apreciáveis de ofício.³⁹

A perspectiva dinâmica do contraditório, pois, consubstancia expressão da democracia, realizada por meio do *controle* da motivação das decisões judiciais por parte dos destinatários do provimento, e que “impõe uma efetiva participação dos sujeitos processuais em todo o *iter* formativo das decisões” e atua como elemento “incentivador ao aspecto dialógico do procedimento”.⁴⁰

Nesse diapasão, o contraditório reflete a garantia constitucional de fiscalização da atividade jurisdicional através do impedimento da prolação de *decisões-supresa*, entendidas como pronunciamentos jurisdicionais proferidos com base em alegações e provas que não foram dialeticamente aventadas nos autos. O contraditório dinâmico atribui, aos interessados, “possibilidades de participação preventiva”

38. Supremo Tribunal Federal, MS n.º 25787, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 08/11/2006, DJe-101 DIVULG 13-09-2007 PUBLIC 14-09-2007 DJ 14-09-2007 PP-00032 EMENT VOL-02289-02 PP-00198 RTJ VOL-00205-03 PP-01160 LEXSTF v. 29, n. 345, 2007, p. 217-254, trechos do voto do Ministro Gilmar Mendes, destaques no original.

39. Também as questões apreciáveis *ex officio* pelo magistrado devem ser levadas ao conhecimento das partes, para que elas tenham a oportunidade de se manifestar a respeito. Nesse sentido, o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, elaborado por Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal n.º 379/2009, presidida pelo Ministro Luiz Fux, adota expressamente essa ideia em seu 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 a oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício” (Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2012).

40. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo justo e contraditório dinâmico*. Disponível em: <http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/91.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2012.

em relação aos aspectos fáticos e jurídicos discutidos no processo, o que leva à seguinte equação: “defesa = contraditório = participação = audiência preventiva”.⁴¹

Assim sendo, a evolução do contraditório transcende a sua função apenas como ciência ou conhecimento da demanda (informação), para alcançar a sua definição também como prerrogativa de influência no conteúdo do provimento jurisdicional. O contraditório conjuga os direitos à informação e à participação das partes, as quais, em igualdade de oportunidades, possuem a prerrogativa de interferência e de controle na construção do conteúdo da decisão judicial.

Trata-se, a bem da verdade, da ideia de um “contraditório efetivo e equilibrado”, o qual, a partir da necessidade de debate de todas as questões suscitadas nos autos, impede que o juiz, “em ‘solitária onipotência’, aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes”.⁴² Com isso, o contraditório se manifesta como *direito fundamental* o qual, em um Estado Democrático de Direito, *legítima* a jurisdição mediante a participação direta, isonômica e influente das partes na construção da decisão judicial, como forma de expressão da cidadania, da democracia e da soberania popular.

5. A SUPERAÇÃO DA TEORIA DO PROCESSO COMO RELAÇÃO JURÍDICA A PARTIR DO CONTRADITÓRIO E DO MODELO PARTICIPATIVO DE PROCESSO

Apesar da sua imensa importância para o desenvolvimento do Direito Processual como uma disciplina científica autônoma, a teoria do processo como relação jurídica, tal como desenvolvida por Oskar von Bülow, mostra-se inapropriada em face da compreensão atual do contraditório em um Estado Democrático de Direito.

Como já ressaltado, a referida teoria conceitua o processo como uma relação jurídica peculiar de natureza pública, que estabelece entre as partes um vínculo de

41. ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: Giappichelli Editore, 1990, p. 157 *apud* THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle. Princípio do contraditório no Direito brasileiro. In: THEODORO JUNIOR, Humberto; CALMON, Petrólio; NUNES, Dierle (Coord.). *Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2012, p. 290.

42. O contraditório *efetivo e equilibrado*, idealizado por Antônio Celso Camargo Ferraz e citado por Cândido Rangel Dinamarco, busca conjugar a necessidade da garantia formal do contraditório com uma garantia efetiva, substancial, de participação. Nessa perspectiva, o *equilíbrio* traduz a ideia da “igualdade das partes na participação”, enquanto a *efetividade* significa a “real participação das pessoas no processo” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 95-99).

“poder e sujeição”.⁴³ Com isso, a teoria traz em si o próprio problema da definição de relação jurídica, tendo como base o conceito de *direito subjetivo*.

A rigor, o direito subjetivo pode ser entendido como o “poder de exigir de outrem ações e omissões”,⁴⁴ ou como o “poder de dispor e de criar os meios garantidos pelo ordenamento contra os recalcitrantes”, como concebido por Bernhard Windscheid (*A ação do direito romano do ponto de vista do direito civil*, Alemanha, 1856).⁴⁵

Destarte, o direito subjetivo é o “poder de vontade”⁴⁶ que possibilita (*facultas agendi*), a um dos sujeitos, exigir (*facultas exigendi*) de outro o cumprimento de determinada prestação (*facere* ou *omittere*). O poder, como expressão subjetiva do mandato, significa a “possibilidade de mandar”, retratando o “domínio da vontade alheia”; já a sujeição, como o aspecto passivo do mandato, consiste na “necessidade de obedecer” e denota a “impossibilidade de querer com eficácia”.⁴⁷ Surge, então, a *pretensão*, do titular do direito, de submeter o obrigado à sua vontade e de impor sujeições sobre o seu comportamento, enquanto a este cabe o *dever jurídico* de realizar a conduta exigida.⁴⁸

Portanto, é da essência do conceito de direito subjetivo a correlatividade entre os sujeitos, tendo em vista que ao poder jurídico (faculdade/pretensão) de um deles corresponde o dever jurídico (sujeição) do outro. O direito subjetivo outorga ao seu titular “a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado)”.⁴⁹ Há, assim, um vínculo de *subordinação* entre pessoas, o qual permite, a um dos sujeitos, compelir o outro (poder) ao cumprimento de determinada prestação (dever).

De tal sorte, o conceito de direito subjetivo resulta na definição de relação jurídica como “um enlace normativo entre duas pessoas, das quais uma pode exigir da

43. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 90.

44. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 77.

45. *apud* FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006, p. 338.

46. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: introdução ao Direito Civil, teoria geral do Direito Civil*. 20. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 39.

47. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 1, p. 114.

48. TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1987, p. 52-55

49. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 152.

outra o cumprimento de um dever jurídico”.⁵⁰ A relação jurídica pode ser definida, portanto, como um liame que liga duas ou mais pessoas, estipulado em virtude de determinado objeto, por meio do qual uma norma jurídica qualificadora confere direitos, poderes e faculdades a um dos sujeitos, bem como encargos, sujeições, deveres e obrigações ao outro.⁵¹

Sob esse prisma, é possível superar a teoria elaborada por Oskar von Bülow, já que o vínculo jurídico de sujeição/exigibilidade não se adéqua ao direito fundamental do contraditório, o qual requer a igualdade de oportunidades entre os interessados.

De fato, a presença do vínculo jurídico de subordinação equivale a admitir que, no bojo da relação jurídica processual, uma das partes pode impor à outra a prática de um ato processual. A predominância da vontade pessoal do titular do direito subjetivo elimina a *voluntas* do sujeito processual obrigado ao cumprimento da prestação, além de provocar a subordinação da própria atividade jurisdicional mediante a imposição de condutas à atuação do juiz.⁵²

Disso resulta a *potestade* de uma das partes de ditar a conduta processual alheia, o que acarreta na restrição da liberdade individual de ação, da autonomia da vontade, da personalidade e, em última instância, da própria dignidade dos sujeitos processuais, os quais, em situação de desigualdade processual, servem de instrumento da manifestação da vontade de outrem.⁵³

50. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 73-74.

51. Como se percebe, a ideia do direito subjetivo é inerente e não pode ser dissociada do conceito de relação jurídica. Contudo, alguns autores aderem à teoria de Oskar von Bülow buscando desvinculá-la do direito subjetivo, o que, a nosso ver, desnatura a própria definição de relação jurídica. Nesse sentido, Piero Calamandrei diz: “A faculdade dada assim às partes de provocar com suas atividades o exercício dos poderes jurisdicionais não se pode, em rigor de termos, fazer entrar no esquema típico do direito subjetivo, ao qual corresponda no órgão judicial uma obrigação de prestação em relação às partes. A jurisdição, com todos os poderes preparatórios a ela inerentes, é função eminentemente pública; e o Estado que, através do órgão judicial, a exercita em interesse geral da justiça, isto é, do próprio interesse, não pode ser reduzido à figura do obrigado que, com sacrifício do interesse próprio, se vê compelido a cumprir em interesse do titular do direito. (...) Não se pode dizer, que ao poder-dever que o órgão judicial tem de prover sobre as demandas das partes e de realizar no processo tudo aquilo que é necessário para preparar a providência, correspondam nas partes verdadeiros e próprios direitos subjetivos no sentido privatista da expressão” (CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil: estudos sobre o Processo Civil*. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1, p. 269-270).

52. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 92-99.

53. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006, p. 84-85.

Nessa linha de raciocínio, a teoria do processo como relação jurídica, ao se basear em um vínculo jurídico de exigibilidade, acaba por atribuir ao processo um caráter que se distancia do princípio democrático da igualdade, essencial à definição do contraditório. Ora, a conferência, a um dos sujeitos processuais, de poderes sobre a conduta alheia, não se harmoniza com um contraditório que liga as partes por meio de um elo de *coordenação* e que prima pela *isonomia* de chances entre os interessados ao provimento jurisdicional.

Além disso, o desenrolar da história da processualística demonstrou que a teoria do processo como relação jurídica ocasionou uma valorização extremada da atividade judicante, em detrimento da garantia da liberdade e da igualdade entre os sujeitos processuais. Isso porque, para essa teoria, o juiz ostenta a *exclusividade* na construção do provimento decisório e na entrega da prestação jurisdicional, pois este substitui a atividade das partes pela prevalência de sua vontade.⁵⁴

Portanto, a mencionada teoria possibilita um fortalecimento exagerado dos poderes judiciais, uma vez que vincula as partes ao controle do magistrado. A jurisdição passa a ser entendida “como atividade do juiz na criação do direito em nome do Estado com a contribuição do sentimento e da experiência do julgador”.⁵⁵ Tanto é assim que, para Oskar von Bülow, é possível a prolação de decisões judiciais mesmo *contra legem*:

Então, quando acontece, várias vezes, das decisões dos juízes contrariarem o sentido e a vontade da lei, isso deve ser aceito tranquilamente, como um destino inevitável, como um tributo, o qual os legisladores e juízes prestam à fraqueza do poder de expressão e comunicação humanas. (...). Mesmo a decisão contrária à lei possui força de lei. Ela é, como qualquer decisão judicial, uma determinação jurídica originária do Estado, validada pelo Estado e por ele provida de força de lei. Com isso, não se quer dizer outra coisa do que o juiz ser autorizado pelo Estado a realizar determinações jurídicas, por eles criadas, escolhidas e desejadas!⁵⁶

A superação da teoria do processo como relação jurídica, pois, é necessária também para a desconstrução do dogma do “protagonismo judicial”.⁵⁷ A desvinculação do magistrado às alegações das partes origina um exercício arbitrário da jurisdição, pois permite ao juiz, com exclusividade e sem a participação dos

54. DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 91-94.

55. LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 60.

56. BÜLOW, Oskar von. *Gesetz und Richtertamt*. In: *Juristische zeitgeschichte*. Kleine Reihe, Klassische Texte. Berl: Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, 2003. v. 10, p. 37 *apud* LEAL, André Cordeiro, *op. cit.*, p. 61.

57. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. 1. ed., Curitiba: Juruá, 2011, p. 98-102.

jurisdicionados, exercer subjetivamente a judicatura de maneira solitária, a partir de suas próprias convicções particulares, como mero “instrumento para a positividade do poder”.⁵⁸

Com efeito, o processo, em um Estado Democrático de Direito, deve ser gerido por todos os sujeitos processuais, sendo a decisão judicial o resultado da *participação isonômica, dialética e influente* das partes na construção do provimento. Nessa abordagem, a direção do processo deve ser compartilhada igualmente entre as partes e o juiz, os quais cooperam com a gestão da atividade processual (*policentrismo processual*). Dentro de um enfoque de *cooperação processual* destinada “a transformar o processo em uma ‘comunidade de trabalho’”,⁵⁹ é necessário que o magistrado assuma a sua posição de interlocutor que dialoga com as partes.⁶⁰

Destarte, o contraditório, em um Estado Democrático de Direito, possui viés eminentemente *comparticipativo*.⁶¹ O juiz não está sozinho na elaboração do provimento jurisdicional. A prolação da decisão judicial requer a observância da participação direta dos destinatários do ato final, mediante uma comunicação isonômica e permanente entre o juiz e as partes.⁶²

À evidência, cabe ao juiz envolver as partes “num diálogo humano construtivo, em que o julgador não se limite a ouvir e as partes não se limitem a falar sem saber se estão sendo ouvidas”. Diferentemente, o contraditório participativo

58. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 47. Na esteira do ensinamento de Luiz Guilherme Marinoni, é preciso deixar claro que as críticas ora formuladas em relação à teoria do processo como relação jurídica devem ser compreendidas “em uma perspectiva histórica, isto é, em uma perspectiva que faça ver a ligação do conceito jurídico com os valores do seu momento histórico”. Nesse sentido, “o que se deve deixar claro é a impossibilidade de se tomar a teoria da relação jurídica processual, infiltrada pelos propósitos dos seus edificadores do final do século XIX, como algo prestável a uma teoria processual compatível com o Estado constitucional” (MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 852, ano 95, p. 13, out. 2006).

59. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. 1. ed., Curitiba: Juruá, 2011, p. 212-215.

60. DIDIER JR., Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de processo*, São Paulo, ano 30, n. 127, p. 75-79, set. 2005.

61. NUNES, Dierle José Coelho, *op. cit.*, p. 212-253; TROCKER, Nicola. I Ilimitti soggettivi del giudicato tra tecnica di tutela sostanziale e garanzie di difesa processuale. *Rivista di Diritto Processuale*, XLIII, p. 35-95, 74-85 *apud* THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo justo e contraditório dinâmico*. Disponível em: <http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/91.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2012.

62. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 113-115.

faz com que a solução da causa seja construída conjuntamente pelo juiz e pelas partes, o que é denominado pela doutrina anglo-americana de *fair hearing*.⁶³

Com isso, o modelo *comparticipativo* de processo baseado na *cooperação processual* e no *policentrismo processual* – e advindo de um contraditório simultaneamente *estático, dinâmico, equilibrado e participativo* –, supera a teoria do processo como relação jurídica. A participação isonômica, coordenada, direta e influente das partes, em um trabalho conjunto com o magistrado, é essencial para a concretização dos ideais democráticos do Estado de Direito.

6. A INSUFICIÊNCIA DA TEORIA DO PROCESSO COMO PROCEDIMENTO REALIZADO EM SIMÉTRICO CONTRADITÓRIO ENTRE AS PARTES: CRÍTICAS PARA A SUA MELHOR ADEQUAÇÃO

A teoria do processo como procedimento realizado em simétrico contraditório entre as partes, desenvolvida por Elio Fazzalari e aperfeiçoada por Aroldo Plínio Gonçalves, é manifestamente importante ao definir as bases conceituais para a superação da teoria do processo como relação jurídica. Ao inserir no contraditório a necessidade de *igualdade* de oportunidades entre os sujeitos processuais, torna-se evidente a impossibilidade de se conciliar a noção do contraditório, como posição de paridade entre as partes, com a ideia do vínculo de subordinação entre os sujeitos processuais, por meio do qual um deles exerce poder em face do outro.⁶⁴

De fato, como bem ressalta Ada Pellegrini Grinover, o processo como procedimento em simétrico contraditório não passa de “uma idéia simples e genial”,⁶⁵ porém suficiente para afastar o “velho e inadequado *clichê* pandetístico da ‘relação jurídica processual’, (...) esquema estático (...) que leva em conta a realidade, mas não a explica”.⁶⁶ Elio Fazzalari e Aroldo Plínio Gonçalves tiveram o notável mérito de renovar estruturalmente o conceito de procedimento e de atribuir viés democrático à concepção de processo, rompendo de forma categórica com a teoria processual de Oskar von Bülow:

63. GRECO, Leonardo. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 544-546.

64. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 193.

65. *apud* Apresentação de Ada Pellegrini Grinover ao FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006, p. 5.

66. FAZZALARI, Elio, *op. cit.*, p. 111 *et seq.*

A caracterização do processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes não é compatível com o conceito de processo como relação jurídica. Ressaltou-se, neste capítulo, o quanto foi possível, a idéia de contraditório como *direito* de participação, o conceito renovado de contraditório como *garantia* de participação em simétrica paridade, o contraditório como *oportunidade de participação*, como direito, hoje revestido da especial proteção constitucional. O conceito de relação jurídica é o de vínculo de exigibilidade, de subordinação, de supra e infra-ordenação, de sujeição. Uma garantia não é uma imposição, é uma liberdade protegida, não pode ser coativamente oferecida e não se identifica como instrumento de sujeição. Garantia é liberdade assegurada. Se o contraditório é garantia de simétrica igualdade de participação no processo, como conciliá-lo com a categoria da relação jurídica? Os conceitos de garantia e de vínculo de sujeição vêm de esquemas teóricos distintos. O processo como relação jurídica e como procedimento realizado em contraditório entre as partes não se encontram no mesmo quadro, e não há ponto de identificação entre eles que permita sua unificação conceitual.⁶⁷

De fato, o simétrico contraditório entre as partes expressa de forma evidente a *isonomia processual*. A igualdade, como exigência democrática inerente ao contraditório, fica respeitada quando se define o processo com base na participação paritária dos interessados na atividade preparatória de um provimento, cujo autor (juiz ou árbitro) se vê materialmente influenciado pelas alegações e provas deduzidas pelas partes no bojo do procedimento.

Aliás, além da igualdade, também a *liberdade*, outro sustentáculo da democracia, é concretizada quando são conferidas às partes iguais oportunidades de participação no processo. A liberdade, manifestada através do direito de participação, significa que cabe às partes a valoração a respeito da conveniência e da oportunidade de exercício do contraditório. A liberdade, logo, se revela na possibilidade de *autodeterminação* do modo e da intensidade de que se valerão as partes na atividade preparatória do provimento jurisdicional final.

Assim é que, na perspectiva da teoria do processo como procedimento em simétrico contraditório, o conceito de *direito subjetivo* se dissocia do vínculo de subordinação entre as partes. Pelo contrário, as faculdades outorgadas aos interessados são conceitualmente revistas para refletirem eventual “posição de vantagem do sujeito assegurada pela norma”, a qual incide sobre o “objeto do comportamento” qualificador da conduta praticada (e não mais sobre o ato de outrem).⁶⁸

67. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 132, destaques no original.

68. *Idem, ibidem*, p. 98 e 106.

Com isso, a teoria de Elio Fazzalari e de Aroldo Plínio Gonçalves está em consonância com um regime jurídico democrático pautado na proteção da igualdade e da liberdade. O paritário contraditório entre as partes confere a necessária validade e eficácia a um conceito democrático de processo.

Contudo, não obstante a sua imensa relevância, a mencionada teoria apresenta imperfeições as quais demonstram a sua insuficiência diante do atual estágio de evolução do contraditório. Em outras palavras, é necessário que melhor se harmonize os avanços advindos dessa teoria com a evolução da própria compreensão de *devido processo legal* em um Estado Democrático de Direito (art. 5º, LIV, CRFB). Não se trata, como é óbvio, de um abandono da teoria em comento; pelo contrário, o que se busca é a apresentação de observações que permitam a sua melhor adequação aos ganhos advindos do desenvolvimento do conceito de contraditório.

A primeira crítica formulada se refere, especificamente, à definição de *provimento* formulada por Elio Fazzalari, como “emanações de vontade dos órgãos públicos” ou comandos que declaram “manifestações de vontade do juiz”.⁶⁹ Ora, a decisão final que põe termo ao processo não é um ato subjetivo de vontade do julgador. Pelo contrário, o provimento jurisdicional, em face do modelo participativo de processo, é o resultado de uma atividade preparatória (processo) realizada com respeito ao simétrico diálogo entre as partes – e entre estas e o juiz –, com a respectiva prerrogativa de influência dos interessados no conteúdo do pronunciamento decisório.

Por seu turno, a segunda crítica – e aquela que, a nosso ver, exige uma análise mais aprofundada – diz respeito ao próprio conceito de *contraditório* edificado pela mencionada teoria. E isso porque, com o devido respeito, entendemos que a teoria em apreço adota uma visão assaz *restritiva e incompleta* em face do atual estágio de evolução conceitual do contraditório.

Com efeito, a referida teoria, não obstante tenha conceituado acertadamente o contraditório como uma “estrutura dialética”, *limita-se* a defini-lo como uma simples *característica própria* do processo – ainda que seja o seu *elemento* ou a sua *ratio distinguendi*. Com isso, o contraditório, dentro da estrutura de atos e posições subjetivas do procedimento, aparece para sustentar a *existência*, a *validade* e a *eficácia* do provimento final:

Por isso até ontem, e talvez ainda hoje, a *característica própria* do processo – o contraditório – não foi tomada por todos os processualistas e juspublicistas,

69. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006, p. 441 e 454.

e o processo foi absolvido na genérica fisionomia do procedimento. (...). O procedimento se apresenta, pois, como uma seqüência de ‘atos’, os quais são previstos e valorados pelas normas. O procedimento é, enfim, visto como uma série de ‘faculdades’, ‘poderes’, ‘deveres’, quantas e quais sejam as posições subjetivas possíveis de serem extraídas das normas em discurso e que resultam também elas necessariamente ligadas (...). Isso não significa que o efeito jurídico decorra do complexo de atos que compõem o procedimento: aquele efeito dependerá mesmo, sempre do ato final, que é resultado do procedimento. Isso quer dizer, portanto, que tal ato não deve ser considerado *válido* e que a *eficácia* porventura desenvolvida poderá ser neutralizada, caso ele (o ato final) não tenha sido precedido da seqüência de atos determinados pela lei. (...). Ainda: o regime de *validade* e *eficácia* de cada ato do procedimento, e daquele final, depende da regularidade ou irregularidade do ato que o precede e influi sobre a *validade* e a *eficácia* do ato e dos atos dependentes que o seguem (compreendido aquele final). Em tudo isso está a confirmação da validade teórica da noção de procedimento e da sua necessidade.⁷⁰

(...) o processo é uma espécie do gênero procedimento, e, se pode ser dele separado é por uma diferença específica, uma *propriedade* que possui e que o torna, então, distinto, na mesma escala em que pode haver distinção entre gênero e espécie. A diferença específica entre o procedimento geral, que pode ou não se desenvolver como processo, e o procedimento que é processo, é a presença neste do *elemento* que o especifica: o contraditório. (...). No procedimento, os atos e as posições subjetivas são normativamente previstos e se conectam de forma especial para tornar possível o advento do ato final, por ele preparado. Não só o ato final, em sua *existência*, mas a própria *validade* desse ato e conseqüentemente, sua *eficácia*, dependerão do correto desenvolvimento do procedimento.⁷¹

Entretanto, o contraditório não pode ser considerado, tão somente, uma mera *qualidade particular* ou um simples *predicado* que diferencia o processo dos vários tipos de procedimento. Ademais, o respeito ao contraditório e à estrutura procedimental embasa *muito mais* do que a *existência*, a *validade* e a *eficácia* do provimento final.

É preciso, portanto, *ir além*.

De fato, o contraditório consiste na estrutura dialética do processo, e também é a característica específica que distingue o processo das outras espécies de procedimento. Porém, *mais do que isso*, em um Estado Democrático de Direito, o contraditório é um *direito fundamental constitucional* que atua como a própria *fonte de legitimação* da ordem jurídico-processual.

70. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006, p. 109-121, sem destaques no original.

71. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e Teoria do Processo*. 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 56-57 e 93-94, sem destaques no original.

O contraditório, portanto, consubstancia o *fundamento de legitimidade* do exercício democrático da função jurisdicional, cuja inobservância, na atividade preparatória (processo), produz a ilegitimidade absoluta de seu resultado (provimento). Portanto, mais do que a *conditio sine qua non* de existência, de validade e de eficácia do processo e da decisão judicial, o contraditório retrata o próprio fundamento que legitima o procedimento e o provimento daí advindo, como resultado da atividade dialética dos seus destinatários.

Portanto, o contraditório, ao proporcionar a ampla participação dos interessados nos atos preparatórios do provimento final, constitui “fator de legitimidade do ato estatal, pois representa a possibilidade que as pessoas diretamente envolvidas com o processo têm de influir em seu resultado”.⁷² A decisão judicial apenas existe e é válida, eficaz e legítima, isto é, consentânea com as normas constitucionais e com os ideais democráticos, se houver a observância da simétrica paridade processual entre as partes.⁷³ A “participação das partes na formação da decisão”, bem como a garantia dos meios necessários à *efetivação* dessa participação, legitimam a tarefa jurisdicional:⁷⁴

Em substância, o que legitima a outorga da tutela jurisdicional é a *participação* que o procedimento propiciou, em associação com a observância da legalidade inerente à garantia do *devido processo legal*. Um processo não será *justo e equo* quando os sujeitos não puderam participar adequadamente ou quando, por algum modo, haja o juiz avançado além de seus poderes ou transgredido regras inerentes à disciplina legal do processo (*due process of law*).⁷⁵

72. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil*: questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 20.

73. Na esteira do ensinamento de Norberto Bobbio, a questão acerca da legitimidade de um poder estatal perpassa a discussão acerca da justificação do poder político com relação à obediência de sua autoridade, se pela força ou pelo convencimento (BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*: para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 14. ed., São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 86-91). Portanto, na nossa visão, a discussão acerca da legitimação de um poder estatal, no Estado Democrático de Direito, relaciona-se ao seu exercício com a observância das normas constitucionais. E isso porque a justificação, que possibilita a aceitação da imperatividade estatal, está associada ao respeito aos princípios basilares da democracia, da cidadania, da soberania popular e da dignidade da pessoa humana, bem como aos direitos e às garantias fundamentais.

74. MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 852, ano 95, p. 13-14, out. 2006. Em outra obra, o autor retoma a ideia ao dizer que “o conceito de procedimento como participação em contraditório está ligado à necessidade da legitimação do poder pela participação, pois o procedimento que garante a participação (logicamente, a participação efetiva e adequada) possibilita a legitimação do exercício do poder. (...). Democracia quer significar, acima de tudo, participação. A participação no poder é da essência da democracia. É essa participação que legitima o exercício do poder” (*Idem, Novas linhas do processo civil*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 143-145).

75. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2004. v. II, p. 32, destaques no original.

Por fim, e como crítica final, cite-se que o conceito *restritivo* de contraditório adotado pela teoria em apreço não contempla a dimensão *dinâmica* (ou *substancial* ou *material*) do contraditório. Pelo contrário, a referida teoria *limita-se* a abarcar apenas o aspecto *estático* (ou *formal*) do contraditório, pois se restringe a assegurar a *participação* das partes na elaboração do provimento final, embora com o acréscimo da garantia da *igualdade de oportunidades*.

No entanto, como salientado alhures, o contraditório, além da garantia de *informação* e de *participação isonômica* dos interessados, resguarda também às partes a prerrogativa de *influência material* e de *controle* do conteúdo da decisão judicial. Nesses termos, a edição de um provimento há de, necessariamente, estar precedida de uma atividade preparatória que garanta às partes igualdade de oportunidades de participar e de influir no resultado da atividade jurisdicional.

Como garantia fundamental de paritário diálogo entre as partes, o contraditório não atua apenas como simples dizer ou contradizer sob uma “ótica mecânica de contraposição de teses”⁷⁶ (aspecto formal ou estático), mas, também, como garantia constitucional de debate em simétricas posições e em igualdade de oportunidades, com efetiva prerrogativa de influência no conteúdo do provimento dialeticamente construído.⁷⁷ Assim sendo, o contraditório, mais do que informação e participação no processo (bilateralidade de audiência), retrata o direito de a parte ter todos os seus argumentos séria e efetivamente considerados pelo julgador, por ocasião da prolação de um provimento elaborado em *comparticipação* com as partes (motivação decisória como elemento do contraditório).⁷⁸

Em suma, a teoria de Elio Fazzalari e de Aroldo Plínio Gonçalves guarda imensa importância no desenvolvimento de um processo consentâneo ao regime democrático. O que se pretende, portanto, não é a crítica que leve ao seu abandono teórico, mas, diferentemente, o seu aperfeiçoamento e a sua adequação em prol da adoção de um contraditório totalmente apropriado a um Estado Democrático de Direito.

76. THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle. Princípio do contraditório no Direito brasileiro. In: THEODORO JUNIOR, Humberto; CALMON, Petrónio; NUNES, Dierle (Coord.). *Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2012, p. 284.

77. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo justo e contraditório dinâmico*. Disponível em: <http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/91.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2012.

78. Supremo Tribunal Federal, MS n.º 24268, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2004, DJ 17-09-2004 PP-00053 EMENT VOL-02164-01 PP-00154 RDDP n. 23, 2005, p. 133-151 RTJ VOL-00191-03 PP-00922.

7. CONCLUSÃO: A REAL NECESSIDADE DE SE DEFINIR A NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO DIANTE DO ATUAL ESTÁGIO DO CONTRADITÓRIO

Por tudo o que foi exposto, é possível concluir que o contraditório assume uma função constitucional que ultrapassa a sua simples definição como *ratio distinguendi* do processo. Em face de um modelo participativo de processo, o contraditório legitima o exercício democrático da jurisdição a partir do permanente diálogo isonômico e influente das partes, e entre estas e o juiz.

Em realidade, como *matéria constitucional* (art. 5º, LIV e LV, da CRFB) e núcleo do devido processo legal, o contraditório consiste em garantia *democrática* e *cívica* do jurisdicionado à informação, à participação e à interferência material nos resultados da atividade jurisdicional, de forma a operacionalizar o exercício do excelso princípio constitucional da soberania popular.⁷⁹

A democracia e a cidadania, no processo, operam-se através da participação efetiva das partes na construção da decisão judicial.⁸⁰ A garantia fundamental do contraditório, como base para o exercício democrático da função jurisdicional, reflete, também, a própria dignidade das partes na atuação processual:

A faculdade concedida aos litigantes de pronunciar-se e intervir ativamente no processo impede, outrossim, sujeitem-se passivamente à definição jurídica ou fática da causa efetuada pelo órgão judicial. E exclui, por outro lado, o tratamento da parte como simples ‘objeto’ de pronunciamento judicial, garantindo o seu direito de atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo e seu resultado, desenvolvendo antes da decisão a defesa das suas razões. A matéria vincula-se ao próprio respeito à dignidade humana e aos valores intrínsecos da democracia, adquirindo sua melhor expressão e referencial, no âmbito processual, no princípio do contraditório, compreendido de maneira renovada, e cuja efetividade não significa apenas o debate das questões entre as partes, mas o concreto exercício do direito de defesa para fins de formação do convencimento do juiz, atuando, assim, como anteparo à lacunosidade ou insuficiência da sua cognição.⁸¹

Portanto, o contraditório, como fundamento de legitimidade do processo, do provimento e da jurisdição, consiste em garantia fundamental que permite o

79. BONAVIDES, Paulo. O Poder Judiciário e o parágrafo único do art. 1º da Constituição do Brasil. In: CUNHA, Sérgio Sérvulo da; GRAU, Eros Roberto (Org.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 69 e 85-86.

80. Como bem ressalta a doutrina, “cidadania é participação”, e “a democracia realiza-se por intermédio da cidadania” (SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. *Direitos humanos e cidadania*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 247-248).

81. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 234.

exercício direto, pelas partes, do soberano poder popular,⁸² dentro de um enfoque amplamente democrático de tutela da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

Com isso, perde relevância – e porque não dizer até mesmo perde *sentido prático* – a busca incessante da doutrina em definir, conceitualmente, a natureza jurídico-teórica do processo. A rigor, o que realmente importa, diante da perspectiva constitucional e democrática do processo, é que as garantias fundamentais do *contraditório* e do *devido processo legal* sejam respeitadas em todas as suas dimensões.

A efetiva tutela e efetivação do contraditório independem de tecnicismos conceituais ou elucubrações teórico-formais acerca da natureza jurídica do processo. É preciso superar a ideia do processo como forma, e pela forma. Como *realidade posta* que é o processo, o que verdadeiramente interessa é que sejam assegurados aos cidadãos instrumentos jurídico-processuais que viabilizem a observância dos direitos fundamentais e das garantias constitucionais processuais.

Como bem ressalta Luiz Guilherme Marinoni, a discussão acerca do processo como uma relação jurídica (e também como um procedimento) parece um debate *inócuo*, que possuía relevo há séculos atrás, quando o Direito Processual ainda buscava a sua autonomia científica:

O processo não pode mais ser visto como uma relação jurídica processual. Aliás, não importa nem mesmo saber se realmente existe uma relação jurídica processual. É que a sua existência revelaria apenas o aspecto interno e estático do processo, o que importa muito pouco diante do estágio que o direito processual atingiu no Estado constitucional.

É evidente que há alguma relação entre as partes e o juiz, pouco importando se existe uma única relação jurídica que se desenvolve ou várias relações ou se essas relações decorrem de situações jurídicas ou de uma única situação jurídica. Essa questão possuía relevo há quase cento e cinquenta anos, época em que os doutrinadores se preocuparam em elaborar o que acontecia no plano da aplicação do direito ou do direito processual a partir da formulação de conceitos gerais-abstratos, como o da relação jurídica.⁸³

No atual estágio de evolução do contraditório, ousamos dizer que não há uma real necessidade de se definir se o processo é uma relação jurídica, um

82. Nessa linha, Luiz Guilherme Marinoni aduz que “A jurisdição deve realizar os fins do Estado e, inclusive, permitir a participação popular, através do processo, no poder” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 18).

83. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1, p. 461.

procedimento ou qualquer outro instituto jurídico. Em verdade, o que a sociedade reclama, diante dos princípios democráticos da liberdade, da igualdade, da solidariedade, enfim, da proteção à dignidade da pessoa humana, é que sejam concretizados o seu direito fundamental ao contraditório e às demais garantias constitucionais que compõem o devido processo legal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. O Poder Judiciário e o parágrafo único do art. 1º da Constituição do Brasil. In: CUNHA, Sérgio Sérvulo da; GRAU, Eros Roberto (Org.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BÜLOW, Oskar von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2005.
- CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil: estudos sobre o Processo Civil*. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 1.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.
- DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- DIDIER JR., Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de processo*, São Paulo, ano 30, n. 127, set. 2005.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2004. v. II.

- FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Book-seller: Campinas, 2006.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- _____. *Técnica processual e Teoria do Processo*. 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- GRECO, Leonardo. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.
- LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.
- LLORENTE, Francisco Rubio. *Derechos fundamentales y principios constitucionales: doctrina jurisprudencial*. Barcelona: Ariel, 1995.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.
- _____. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 852, ano 95, out. 2006.
- _____. *Questões do novo Direito Processual Civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2000.
- _____. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1996.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. 1. ed., Curitiba: Juruá, 2011.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: introdução ao Direito Civil, teoria geral do Direito Civil*. 20. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. *Direitos humanos e cidadania*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- TEIXEIRA, Wellington Luzia. *Da natureza jurídica do processo à decisão judicial democratizada*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo justo e contraditório dinâmico*. Disponível em: <http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/91.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2012.
- THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle. Princípio do contraditório no Direito brasileiro. In: THEODORO JUNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES,

Dierle (Coord.). *Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1987.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; CORREIA DE ALMEIDA, Flávio Renato; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 7. ed., São Paulo: RT, 2005. v. 1.

