

A EFETIVAÇÃO DO DIREITO ATRAVÉS DO PROCESSO JUDICIAL: considerações sobre as principais teorias da natureza jurídica do processo

Verônica Vaz de Melo¹

Resumo: O processo é mecanismo fundamental para a concretização dos princípios e garantias constitucionais no Estado Democrático de Direito. Por intermédio do processo, é possível buscar os ideais de justiça e liberdade da sociedade democrática. Durante a Antiguidade e período medieval, o desenvolvimento da noção de processo ainda era bem incipiente. O processo não era considerado como ciência autônoma. A partir da Modernidade, surgiram várias teorias que foram sendo aprimoradas ao longo da história do Direito Processual com o propósito de elucidar a natureza jurídica do processo. As primeiras destas teorias que foram desenvolvidas tinham caráter eminentemente de cunho privatista, ao passo que as mais recentes teorias sobre a natureza jurídica do processo têm caráter proeminentemente publicista. Haja vista a grande relevância do estudo processual para a efetivação do Direito, este artigo visa analisar as principais teorias sobre a natureza jurídica do processo, aspectos históricos do desenvolvimento da noção de processo e verificar qual a teoria sobre a natureza jurídica do processo é adotada no Brasil.

Palavras-chave: Direito; Processo; Teoria; Procedimento; Contraditório; Contrato; Quase-Contrato; Situação Jurídica; Neo-Institucionalismo; Relação Jurídica.

THE EFFETIVATION OF RIGHTS THROUGH THE JUDICIAL PROCESS: considerations on the main theories of the legal nature of the process

Abstract: The legal process is a fundamental mechanism for implementation of principles and constitutional guarantees in a democratic State. Through the process, it is possible seek the ideal of justice and freedom of a democratic society. During antiquity and the medieval period, the development of the notion of process was very incipient. The process was not regarded as an autonomous science. From Modernity, there were several theories that have been honed over the history of Procedural Law in order to clarify the legal nature of the process. The first of these theories that were developed had eminently privatizing nature, whereas the latest theories has prominently publicist character. Given the great importance of procedural study for the realization of the law, this article aims to analyze the main theories about the legal nature of the process, historical aspects about development of the notion of process and find what theory on legal nature of the process is adopted in Brazil.

Keywords: Law; Process; Theory; Procedure; Contradictory; Contract; Quasi-Contract; Legal Status; Neo-Institutionalism; Legal Relationship.

¹ Mestre em Direito Internacional na linha de pesquisa Direitos humanos, processos de integração e constitucionalização do Direito Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MINAS). Pós-graduada em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MINAS). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Analista internacional graduada em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MINAS). Advogada. Possui cursos complementares/atualização em Balanced Scorecard, Fundamentos da Gestão de Tecnologia de Informação e em Motivação nas Organizações pela Fundação Getúlio Vargas. Possui cursos complementares/atualização em gerenciamento de projetos, estratégia empresarial e empreendedorismo pelo IBMEC.

1. ASPECTOS HISTÓRICOS DO DESENVOLVIMENTO DA NOÇÃO DE PROCESSO

Durante a antiguidade e o período medieval, o desenvolvimento da noção de processo encontrava-se no seu início. O processo não era considerado como ciência autônoma.

Nestes dois períodos históricos, o que ocorreu foi a identificação entre os conceitos de processo e de ação. Não havia ainda a distinção entre o direito material e o direito processual. Ou seja, o direito processual fazia parte do direito material.

Entretanto, foi a partir desta origem romano-germânica que se desenvolveu o conceito de processo, através de estudos do direito material.

1.1. Noção de processo no Direito Romano

Durante a época em que prevalecia o Direito Romano, os estudiosos analisaram a natureza jurídica do processo sob a ótica do direito privado, com fundamento, especialmente, na idéia de contrato.

Houve três fases distintas do direito processual romano.

A primeira fase compreende o período das chamadas *legis actiones*. Nesta época, imperava o direito oral, sendo o direito substancial criação pretoriana.

Por sua vez, a segunda fase do direito processual romano foi o período do formulário. Neste momento, houve o início da utilização de fórmulas escritas no processo jurídico, apesar ainda de prevalecer o direito oral.

Já a terceira fase abrangeu o período da *cognitio* quando, então, o direito processual romano passou a ser, preponderantemente, escrito. Neste período, afloraram também regras que cuidavam do exercício da jurisdição e da constituição do processo.

No direito romano – período das *legis actiones* e do processo *per formulas* – o processo dependia de prévio consenso das partes. As partes, já no direito romano arcaico, levavam seus conflitos ao pretor (Praetor) – fixando os limites do litígio e do objeto que deveria ser solucionado – e perante ele se comprometiam a aceitar a decisão que viesse a ser tomada. Tal compromisso recebia o nome de *litis contestatio*. A *litis contestatio* era necessária em razão das particularidades da sociedade e da organização política da época. Não havia propriamente um Estado que se impunha sobre os particulares, não sendo capaz de sujeitar os litigantes à sua decisão. Era preciso que as partes se submetessem voluntariamente à solução jurídica. Quando firmavam o compromisso (*litis contestatio*), as partes também escolhiam um árbitro de sua confiança (*ludex*), que então recebia do pretor o encargo de decidir o litígio. (MARINONI, MITIDIERO, ARENHART, 2016, p. 455).

Este instituto do “compromisso” no direito processual romano, também chamado de *litis contestatio* foi interpretado pela doutrina como negócio jurídico de direito privado, ou seja, como um contrato.

Assim, o contrato durante o período do Direito Romano era feito através da *litis contestatio*. Foi por este motivo que se conferiu ao processo natureza contratual. O processo na época do Direito Romano era uma espécie de contrato judicial, possuindo, portanto, natureza privatista.

Desta feita, na época do Direito Romano, para o processo era relevante a iniciativa dos particulares (partes), não interessando tanto a função do juiz. O processo era considerado basicamente um negócio jurídico firmado entre os particulares. Não era um instrumento controlado pelo Estado.

1.2. Noção de processo no período medieval

Durante a Idade Média, assim como no período em que prevalecia o Direito Romano, o processo também não possuía autonomia. Houvera também a incompreensão acerca da distinção entre direito material e ação.

Após a queda do Império Romano, com as invasões bárbaras e início da Idade Média, o Direito Romano, imensamente evoluído, sofreu com o impacto proveniente destas culturas bárbaras, consideradas inferiores em áreas como a do Direito. Tais culturas tinham formas, instrumentos e métodos completamente diferentes dos romanos.

O processo destes povos bárbaros tinha fundamento nas ordálias, ritos sacramentais ou juízos de deuses, marcado por superstições e atos cruéis. Os invasores impuseram a sua maneira e instrumentos jurídicos aos vencidos romanos.

No Direito Romano, as provas serviam para facilitar a formação da convicção do juiz que, ao final, decidia.

Já no Direito Germânico, a convicção do juiz não tinha tamanha importância para solucionar o conflito, visto que a decisão final era alcançada através de operações matemáticas de soma dos valores pré-definidos de cada prova. A decisão deveria ser tomada no sentido apontado por aquele grupo de provas que apresentasse o maior valor, independentemente da convicção do juiz.

O processo medieval foi formado a partir da mistura de características do Direito Romano e do Direito dos povos bárbaros.

1.3. Evolução da noção de processo na modernidade até o período atual

O processo é o principal instrumento para a realização dos princípios e garantias constitucionais no Estado Democrático de Direito. Através dele, é possível lutar pela concretização dos ideais de justiça e liberdade na atual sociedade. É mecanismo indispensável à função jurisdicional exercida com vistas a eliminar conflitos e fazer justiça mediante a atuação da vontade concreta da lei.

Pode-se dizer que o processo, como ciência jurídica, surgiu a partir da obra de Oskar von Bülow em 1868. Na sua teoria, Oskar von Bülow desenvolveu idéias como a de pressupostos processuais de existência e desenvolvimento do processo na relação entre as partes (autor e réu) e o juiz; analisou critérios de validade e legitimidade. Considerou o processo como verdadeira ciência jurídica.

Assim, com os estudos de Oskar von Bülow, a doutrina processualista superou a perspectiva tradicional que, até então, considerava o procedimento como mera sucessão de atos para a concretização do Direito. O resultado de tudo isso seria uma nova visão do “processo”.

Desta feita, faz-se necessário distinguir processo e procedimento. Conforme explica Aroldo Plínio Gonçalves:

A palavra procedimento, na linguagem comum, assume freqüentemente o mesmo sentido registrado por Abbagnano na primeira acepção do termo processo: “maneira de operar ou de agir”. Em geral, a doutrina do Direito Processual relembra a origem etimológica do termo procedimento: “procedere” – prosseguir, seguir em frente para dela fazer derivar a palavra “processo”, com idêntico sentido etimológico. No latim, *processus*, -a, -um, é particípio passado de *procedo*, e *processus*, -us, é substantivo. A origem de processo é, portanto, do verbo *procedo*, -is, -ere, -cessi, -cessum, que teve dois sentidos próprios e alguns sentidos figurados. O primeiro sentido próprio, utilizado por César (*De Bello Gallico*) e Cícero (*Tusculanae*), corresponde a avançar, alongar-se; o segundo usado por Titio Lívio, refere-se a prolongar, continuar. Dicionário Escolar Latino-Português do Professor Ernesto Faria. (GONÇALVES, 1992, p.61-62).

Para uma melhor compreensão da origem etimológica e o desenvolvimento doutrinário acerca do conceito de processo e de procedimento, vejamos o posicionamento de alguns importantes processualistas sobre este assunto.

Para os processualistas Cintra, Grinover e Dinamarco,

etimologicamente, processo significa marcha avante, caminhada (do latim *procedere* = seguir adiante). Por isso, durante muito tempo foi ele confundido com a simples sucessão de atos processuais (procedimento), sendo comuns as definições que o colocavam nesse plano. Contudo, desde 1868, com a obra de Büllow (teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias), apercebeu-se a doutrina de que há, no processo, uma força que motiva e justifica a prática dos atos do procedimento, interligando os sujeitos processuais. O processo, então, pode ser encarado pelo aspecto dos atos que lhe dão corpo e das relações entre eles e igualmente pelo aspecto das relações entre os seus sujeitos.

[...]O procedimento é, nesse quadro, apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível. [...] A noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem. Conclui-se, portanto, que o procedimento (aspecto formal do processo) é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2000, p.275).

Já Aroldo Plínio Gonçalves define processo como

Um procedimento, mas não qualquer procedimento; é o procedimento de que participam aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo por ele preparado, mas não apenas participam; participam de uma forma especial, em contraditório entre eles, porque seus interesses em relação ao ato final são opostos (GONÇALVES, 1992, p.68).

Por sua vez, Humberto Theodoro Júnior diz que processo é

[...] o método, isto é, o sistema de compor a lide em juízo através de uma relação jurídica vinculativa de direito público, enquanto procedimento é a forma material com que o processo se realiza em cada caso concreto. [...] É o procedimento que, nos diferentes tipos de demanda, define e ordena os diversos atos processuais necessários.

O processo não depende da existência do direito substancial da parte que invoca. O direito de provocá-lo é abstrato; de maneira que a função jurisdicional atua plenamente, sem subordinação à maior ou menor procedência das razões de mérito argüidas pela parte.

O processo, outrossim, não se submete a uma única forma. Exterioriza-se de várias maneiras diferentes, conforme as particularidades da pretensão do autor e da defesa do réu. O modo próprio de desenvolver o processo conforme as exigências de cada caso é exatamente o procedimento do feito, isto é, o seu rito. (THEODORO, 2006, p.49-52).

6

Em harmonia com Enrico Tullio Liebman, a definição de processo e procedimento estaria relacionada com a seguinte idéia:

todas as relações existentes entre os sujeitos do processo têm o seu fundamento, suas raízes, sua significação no fato básico da pendência do processo; tomadas em conjunto, formam o que se poderia denominar o tecido jurídico interno do processo, enquanto a série de atos (o procedimento) é apenas sua manifestação exterior e visível. (LIEBMAN, 2001, p.77).

Nas palavras de Daniel Amorim Assumpção Neves,

O procedimento é entendido como uma sucessão de atos interligados de maneira lógica e consequencial visando a obtenção de um objetivo final. Costuma-se dizer que o procedimento é a exteriorização do processo, seu aspecto visível, considerando-se que a noção de processo é teleológica, voltada para a finalidade de exercício da função jurisdicional no caso concreto, enquanto a noção de procedimento é formal, significando essa sucessão de atos com um objetivo final. (NEVES, 2016, p.122).

É importante observar que, apesar da relevância do processo na adequada concretização do Direito, ele se configura apenas como uma das formas para solucionar litígios. Há além deste, por exemplo, a autocomposição e a autotutela.

2. CONSIDERAÇÕES RELEVANTES DAS PRINCIPAIS TEORIAS DO PROCESSO A PARTIR DO PROCESSO CIVIL MODERNO ATÉ A ATUALIDADE

Diversas teorias foram criadas e desenvolvidas no decorrer da história do Direito Processual com a finalidade de esclarecer a natureza jurídica do processo. As primeiras

destas teorias possuíam forte caráter privatista, enquanto as mais recentes primam pela natureza publicista do processo.

Vejamos as principais destas teorias, tanto de cunho privatista quanto publicista, suas mais relevantes idéias e fundamentos.

2.1. Teorias do processo de natureza privatista: a teoria do processo como contrato e a teoria do processo como quase-contrato

7

Dentre as principais teorias do processo de cunho privatista estão a teoria do processo como contrato e a teoria do processo como quase-contrato.

A teoria do processo como contrato surgiu na França por volta do ano de 1800, tendo como um dos seus principais expoentes Pothier.

De acordo com os fundamentos desta teoria, o processo é um contrato entre as partes levado a juízo para solucionar determinado conflito.

Vê-se facilmente que essa teoria inspirava-se nas lições dos iluministas do século XVIII (máxime Rousseau) que, por empréstimo de Ulpiano, colocavam a vontade individual como única fonte de direito e dever, nada mais cabendo ao Estado senão atender aos pactos advindos dos particulares. (LEAL, 2004, p.86).

A teoria do processo como contrato ficou em voga durante os séculos XVIII e XIX. Pothier aplicava ao processo a mesma lógica utilizada por Rousseau para o contrato social.

Por sua vez, a teoria do processo como quase-contrato, também de natureza privatista, surgiu por volta do ano de 1850 e teve como principais expoentes Savigny e Arnault de Guényvau.

Em consonância com o pensamento de Guényvau:

se o processo não era um contrato e se delito também não podia ser, só haveria de ser um quase-contrato. Tal pensamento partia do erro metodológico fundamental consistente na crença da necessidade de enquadrar o processo, a todo custo, nas categorias do direito privado. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2000, p.278).

Com os avanços dos estudos jurídicos, estas teorias do processo com características privatistas perderam forças e deram lugar a novas teorias de natureza publicista.

2.2. Teorias do processo de natureza publicista

A doutrina majoritária considera que Oskar von Bülow, em sua obra *Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias*, inaugurou uma nova era do processo, visto que retirou o processo da esfera privatista, levando-o para o campo publicista que até hoje está.

2.2.1. Teoria do processo como relação jurídica

A teoria do processo como relação jurídica ganhou força a partir do ano de 1868 através do livro *Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias* de Oskar von Bülow, considerada a primeira obra científica jurídica sobre direito processual.

Para Oskar von Bülow, a relação de direito material é o objeto do processo. Já a relação de direito processual é a estrutura através da qual a discussão acerca do objeto do processo acontecerá.

Não é que haja Bülow propriamente criado a idéia de que no processo há uma relação entre as partes e o juiz, que não se confunde com a relação jurídica de direito material controvertida: antes dele, outros autores já haviam acenado a essa idéia, a qual, de resto, estava presente inclusive em antigo texto do direito comum italiano (Búlgaro): *judicium est actum trium personarum: judicis, actoris et rei*; e, segundo alguns, nas próprias Ordenações do Reino já se vislumbrava, ainda que sem muita nitidez, a intuição de uma relação jurídica ligando partes e Estado – juiz (trata-se da instância ou juízo de que falam as Ordenações Filipinas). (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2000, p.278).

A relevância dos estudos de Oskar von Bülow para o direito processual foi, na realidade, o destaque para a existência de dois planos de relações jurídicas, quais sejam, aquelas de direito material que são objeto do processo e as de direito processual. Oskar von Bülow distinguiu essas duas relações através de três aspectos: pelos sujeitos da relação jurídica, pela prestação jurisdicional e pelos pressupostos processuais.

Assim, a grande contribuição de Oskar von Bülow foi possibilitar a sistematização da relação jurídica processual.

A idéia tradicional de relação jurídica é caracterizada pela idéia de ligação proveniente da esfera normativa entre duas pessoas: uma pode exigir da outra o cumprimento de um dever jurídico.

Quando se menciona o termo relação jurídica no âmbito do Direito Processual, isso não se refere apenas a uma interação, mas ao vínculo entre sujeitos.

Quando na linguagem do direito processual se fala em relação jurídica, não se tende senão a demonstrar o vínculo ou ligação que une entre si aos sujeitos do processo e seus poderes e deveres em relação aos diversos atos processuais. [...] Se fala, então, da relação jurídica processual no sentido apresentado de ordenação da conduta dos sujeitos do processo em suas conexões recíprocas; ao acúmulo de poderes e faculdades em que se encontram uns em relação aos outros. (COUTURE apud GONÇALVES, 1992, p.72, tradução nossa) ².

Diferentemente desta acepção tradicional da teoria do processo como relação jurídica, há a visão kelseniana do processo como relação jurídica.

Segundo Kelsen, a relação jurídica é constituída pela ordem jurídica, ou seja, relações entre normas jurídicas ou relações entre fatos determinados pelas normas jurídicas. Nas palavras de Kelsen: *é definida como relação entre sujeitos jurídicos, quer dizer, entre o sujeito de um dever jurídico e o sujeito do correspondente direito (Berechtigung)*. (KELSEN, 1998, p.182).

Conclui Kelsen sobre a relação jurídica processual que:

do ponto de vista de um conhecimento dirigido ao Direito, isto é, dirigido às normas jurídicas, não são tomadas em linha de conta as relações entre indivíduos, mas apenas relações entre normas, pelos indivíduos criadas e aplicadas, ou entre os fatos determinados pelas normas, dos quais a conduta humana apenas representa um caso especial, se bem que particularmente significativo. (KELSEN, 1998, p.185).

É importante observar que a teoria do processo como relação jurídica também sofre críticas. Por exemplo, para Carnelutti, o processo não pode ser compreendido como relação jurídica. O que há, na realidade, é a pluralidade de relações jurídicas geradas no processo.

² Cuando en el lenguaje del derecho procesal se habla de relación jurídica, no se tiende sino a señalar el vínculo o ligamen que une entre si a los sujetos del proceso y sus poderes y deberes respecto de los diversos actos procesales. [...] Se habla, entonces, de la relación jurídica procesale em el sentido apuntado de ordenación de la conducta de los sujetos del proceso em sus conexiones recíprocas; al cúmulo de poderes y facultades em que se hallan unos respecto de los outros.

A simples verdade de que o processo não é uma relação jurídica visto que gera uma rede, para não dizer um emaranhado de relações jurídicas, não está em absoluto consolidada na ciência do direito processual; e isso bastaria para demonstrar todo o caminho que esta ciência há de recorrer apesar de se considerar muito avançada. (CARNELUTTI apud GONÇALVES, 1992, p.73, tradução nossa) ³.

Diversamente, para Giuseppe Chiovenda, o processo comporta sim relação jurídica:

o processo civil contém uma relação jurídica. É a idéia já inerente ao iudicium romano; assim como a definição de julgamento dada pelo nosso processualista medieval: iudicium est actus trium personarum, actoris, rei, iudicis (Bulgaro, De iudiciis §8). (CHIOVENDA apud GONÇALVES, 1992, p.70, tradução nossa) ⁴.

10

Nas palavras dos processualistas Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Sérgio Cruz Arenhart:

A teoria da relação jurídica processual, quando assimilada pela doutrina italiana, especialmente por Chiovenda, foi utilizada para evidenciar a existência de uma ciência processual autônoma. Chiovenda fez questão de salientar que não constituem uma e a mesma coisa a relação jurídica processual e a relação jurídica substancial deduzida em juízo. Esta é objeto daquela. Diferentes são as leis (processuais – substanciais) que regulam uma e outra. O ilustre processualista italiano, adotando a teoria da relação jurídica processual (“rapporto giuridico processuale”), definiu o processo civil como o complexo dos atos coordenados ao objetivo da atuação da vontade da lei (com respeito a um bem que se pretende garantido por ela), por parte dos órgãos da jurisdição. (MARINONI, MITIDIERO, ARENHART, 2016, p. 479).

Já na concepção de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

³ La simple verdad de que el proceso no es una relación jurídica sino que genera una red, por no decir una maraña de relaciones jurídicas, no está en absoluto consolidada en la ciencia del derecho procesal; y esto bastaría para demostrar todo el camino que esta ciencia ha de recorrer todavía apesar de considerarse muy avanzada.

⁴ Il processo civile contiene un rapporto giuridico. É l'idea già inerente al iudicium romano; nonchè alla definizione Che del giudizio davano i nostri processualisti medievali: iudicium est actus trium personarum, actoris, rei, iudicis (Bulgaro, De iudiciis §8).

O processo é a síntese dessa relação jurídica progressiva (relação processual) e da série de fatos que determinam a sua progressão (procedimento). A sua dialética reside no funcionamento conjugado dessas posições jurídicas e desses atos e fatos, pois o que acontece na experiência concreta do processo é que de um fato nasce sempre uma posição jurídica, com fundamento na qual outro ato do processo é praticado, nascendo daí nova posição jurídica, a qual por sua vez enseja novo ato, e assim até ao final do procedimento. Cada ato processual, isto é, cada anel da cadeia que é o procedimento, realiza-se no exercício de um poder ou faculdade ou para o desencargo de um ônus ou de um dever, o que significa que é a relação jurídica que dá razão de ser ao procedimento; por sua vez, cada poder, faculdade, ônus, dever, só tem sentido enquanto tende a favorecer a produção de fatos que possibilitarão a consecução do objetivo final do processo. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2000, p.282).

Desta feita, como podemos perceber, com a evolução dos estudos processuais, foram percebidas algumas falhas na teoria da relação jurídica, visto que esta se demonstrava incapaz de corresponder às situações jurídicas em que não havia vínculo entre sujeitos.

Na opinião de Aroldo Plínio Gonçalves, o problema de compreender a natureza processual a partir da idéia de relação jurídica de Direito Público está na própria idéia de relação jurídica:

A se admitir o processo como relação jurídica, na acepção tradicional do termo, ter-se-ia que admitir, conseqüentemente, que ele é um vínculo constituído entre sujeitos em que um pode exigir do outro uma determinada prestação, ou seja, uma conduta determinada. Seria o mesmo que se conceber que há direito de um dos sujeitos processuais sobre a conduta do outro, que perante o primeiro é obrigado, na condição de sujeito passivo, a uma determinada prestação, ou que há direitos das partes sobre a conduta do juiz, que, então, compareceria como sujeito passivo de prestações, ou, ainda, que há direitos do juiz sobre a conduta das partes, que, então, seriam os sujeitos passivos da prestação.

No exercício de faculdades ou poderes, nos atos processuais, a parte sequer se dirige à outra, mas sim ao juiz, que conduz o processo. E, do juiz, as partes não exigem conduta ou atos. Mesmo a doutrina tradicional já via a dificuldade de se sustentar o poder da parte sobre a conduta do juiz, resolvendo a questão pela concepção de que a relação entre eles, juiz e parte, seria de subordinação. Não há relação jurídica entre o juiz e a parte, ou ambas as partes, porque ele não pode exigir delas qualquer conduta, ou a prática de qualquer ato, podendo, qualquer das partes, resolver suas faculdades, poderes e deveres em ônus, ao suportar as conseqüências desfavoráveis que possam advir de sua omissão. (GONÇALVES, 1992, p.97-98).

Neste âmbito, está inserida a questão da jurisdição voluntária que, conforme o pensamento dos processualistas Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, seria, na realidade, procedimento, e não processo, pois este último, necessariamente, estaria sempre ligado ao exercício da função jurisdicional contenciosa e da ação.

Outra crítica a esta concepção doutrinária é a de que na teoria do processo como relação jurídica não haveria limites para a formação subjetiva do convencimento judicial.

Recaséns Siches dispõe em seu livro:

Disse Kantorowicz: que a convicção judicial resultaria incontrolável e que, desse modo, se daria carta branca ao arbítrio judicial. Se não podemos confiar no juramento do juiz, que o obriga a formar com seriedade suas convicções, então é claro que não existe nenhuma garantia. (RECASÉNS SICHES, 1973, p.57, tradução nossa)⁵.

Nesta perspectiva, poder-se-ia concluir que o trâmite processual estaria submetido ao arbítrio judicial, o que poderia gerar verdadeiras injustiças. Ademais, o fato de o próprio juiz ser a pessoa responsável para verificar a existência ou não da relação processual daria grande poder ao juiz sobre a concretização do Direito.

Conforme o pensamento de Cintra, Grinover e Dinamarco (2000), o processo é, na realidade, uma rede complexa de ligações jurídicas entre os sujeitos que o integram.

Sob essa ótica, o processo pode ser considerado como uma relação jurídica constituída a partir de diversas posições jurídicas formadas pelos sujeitos jurídicos. Essas posições jurídicas estariam diretamente ligadas às idéias de poderes, faculdades, deveres, sujeição e ônus processual.

Apesar de todas as críticas sofridas por essa teoria do processo como relação jurídica, ela se demonstra, atualmente, muito importante para a compreensão da natureza jurídica do processo e para o próprio entendimento das conseqüências jurídicas decorrentes do processo posto em prática.

A aceitação da teoria da relação jurídica processual, todavia, não significa afirmar, como foi feito desde o aparecimento desta, que o processo seja a própria relação

⁵ Dice Kantorowicz: que la convicción judicial resultaria incontrolable y que, de esse modo, se daria carta blanca al arbitrio judicial. Si no podemos fiarnos del juramento del juez, que lo obliga a formar con seriedad sus convicciones, entonces claro es que no existe ninguna garantia.

processual, isto é, que processo e relação processual sejam expressões sinônimas. Como já ficou indicado acima, o processo é uma entidade complexa, podendo ser encarado sob o aspecto dos atos que lhe dão corpo e da relação entre eles (procedimento) e igualmente sob aspecto das relações entre os sujeitos (relação processual): a observação do fenômeno processo mostra que, se ele não pode ser confundido com o mero procedimento (como fazia a doutrina antiga), também não se exaure no conceito puro e simples da relação jurídica processual. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2000, p.282).

2.2.2. Teoria do processo como situação jurídica

A teoria do processo como situação jurídica surgiu na Alemanha, por volta do ano de 1925, a partir das críticas de James Goldschmidt à teoria do processo como relação jurídica de Direito Público.

Apesar de não ter sido aceita por grande parte dos processualistas, Goldschmidt, ao criar essa teoria, teceu importantes observações e desenvolveu vários conceitos relevantes, contribuindo, sobremaneira, para a evolução dos estudos da ciência processual.

Foi muito, contudo, o que ficou da doutrina de Goldschmidt, a qual esclareceu uma série de conceitos antes mal compreendidos e envolvidos em dúvidas e enganos. Assim, por exemplo, as idéias de ônus, sujeição e da relação funcional do juiz com o Estado, de natureza administrativa (...). (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2000, p.280).

A percepção do processo como situação jurídica conforme definido por Goldschmidt encontrou diversas críticas doutrinárias, dentre as quais algumas produzidas pela reflexão de Hélio Tornaghi (1977) no seu livro *Instituições de Processo Penal*. Nessa obra, o autor pondera que, realmente, existem situações jurídicas dentro do processo. Porém, este fato por si só não define o processo como uma situação jurídica.

Sob a análise desta crítica, percebe-se claramente que o processo é composto por várias situações jurídicas, não constituindo uma situação jurídica em si. Isso se deve ao fato de que o processo, como meio de exercício da jurisdição, é uma estrutura normativa que comporta várias situações jurídicas, não configurando esta estrutura uma única situação jurídica.

Cintra, Grinover e Dinamarco explicitam outras importantes críticas a esta teoria:

Das muitas críticas endereçadas a essa teoria destacam-se as seguintes: a) ela argumenta pela exceção, tomando como regras as deformações do processo; b) não se pode falar de uma situação, mas de um complexo de situações no processo; c) é exatamente o conjunto de situações jurídicas que recebe o nome de relação jurídica. Mas a crítica mais envolvente foi a que observou que toda aquela situação de incerteza, expressa no ônus, perspectivas, expectativas, possibilidades, refere-se à res in judicium deducta, não ao judicium em si mesmo: o que está posto em dúvida, e talvez exista ou talvez não, é o direito subjetivo material, não o processo. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2000, p.280).

2.2.3. Teoria do processo como procedimento realizado em contraditório

A teoria do processo como procedimento realizado em contraditório foi criada pelo processualista italiano Elio Fazzalari e desenvolvida no Brasil por processualistas como Aroldo Plínio Gonçalves.

Fazzalari elaborou essa teoria com o objetivo de aprimorar os estudos até então existentes acerca da natureza jurídica do processo. Para isso, desconsiderou a sistematização proposta por Oskar von Bülow, através da qual, a idéia de procedimento estava intimamente relacionada à prática dos diversos atos jurídicos que compunham o processo.

De acordo com esta teoria, o processo não pode ser compreendido como simplesmente uma seqüência de atos realizados pelas partes ou pelo juiz, e sim pela existência e respeito ao contraditório entre as partes em paridade.

O processualista italiano Elio Fazzalari distinguiu nesta teoria os conceitos de processo e procedimento a partir da noção do contraditório.

O processo seria uma estrutura normativa constituída a partir de várias situações jurídicas realizadas em consonância com o instituto do contraditório.

O procedimento, por sua vez, seria um gênero do qual o processo seria uma espécie, sendo ambos os conceitos diferenciados a partir da existência ou não do contraditório⁶.

⁶ Em relação à idéia de contraditório, é relevante tecer algumas considerações. A plena realização do contraditório, conforme ressalta Aroldo Plínio Gonçalves, *exige mais do que a audiência da parte, mais do que o direito das partes de se fazerem ouvir. Hoje, seu conceito evoluiu para o de garantia de participação das partes, no sentido em que já falava Von Jhering, em simétrica paridade de armas, no sentido de justiça interna no processo, de justiça no processo, quando as mesmas oportunidades são distribuídas com igualdade às partes. O contraditório é a garantia de participação, em simétrica paridade, das partes, daqueles que são os interessados, ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele*

Haverá processo sempre que o procedimento for realizado em contraditório entre os interessados.

É claro que a atividade que prepara o provimento, seja administrativo ou jurisdicional, nem sempre constitui processo, pois o contraditório pode dela estar ausente. O provimento administrativo e o provimento jurisdicional podem ter como atividade preparatória o simples procedimento, como se dá, por exemplo, no âmbito da administração, em relação a um pedido de inscrição em concurso público [...] e, no âmbito, do Judiciário, em relação a um pedido de tutela, enfim, aos atos da chamada jurisdição voluntária. Mas se ocorre divergência de interesses sobre o provimento, entre seus destinatários, o procedimento pode se transformar em processo. Observa-se, apenas, que, em relação aos exemplos referentes à matéria de natureza simplesmente administrativa, a transformação do procedimento em processo exigirá, naturalmente, o pressuposto de sua instauração perante o órgão jurisdicional.(GONÇALVES, 1992, p.116).

2.2.4. Teoria neo-institucionalista do processo

Na perspectiva da teoria neo-institucionalista⁷ que possui como um dos seus principais precursores o processualista Rosemiro Pereira Leal,

o processo é uma proposta enunciativa em construção que não se sustenta pela convicção única de um teorizador, prescindindo, a sua realização, da compreensão interprocessual do povo total (legitimados ao processo) nas instâncias jurídico-socioeconômicas da Comunidade Política. (LEAL, 2004, p.97).

Essa teoria possui como fundamento o debate democrático na realização do processo.

vier a impor. O contraditório não é, por isso, a mera participação no processo. Essa era a idéia originária do contraditório, quando a participação era concebida como o auge das garantias processuais. (GONÇALVES, 1992, p.120-121).

⁷ Na teoria neo-institucionalista do processo, o termo instituição é utilizado no sentido de *bloco de condutas aleatoriamente construído pelas supostas leis naturais da sociologia ou da economia. Recebe, em nossa teoria, a acepção de conjunto de princípios e institutos jurídicos reunidos ou aproximados pelo Texto Constitucional com a denominação jurídica de Processo, cuja característica é assegurar, pelos princípios do contraditório, ampla defesa, isonomia, direito ao advogado e livre acesso à jurisdicionalidade, o exercício dos direitos criados e expressos no ordenamento constitucional e infraconstitucional por via de procedimentos estabelecidos em modelos legais (devido processo legal) como instrumentalidade manejável pelos juridicamente legitimados.* (LEAL, 2004, p.97).

De conseguinte, o que se busca com uma teoria neo-institucionalista do processo é a fixação constitucional do conceito do que seja juridicamente processo, tendo como base produtiva de seus conteúdos a estrutura de um discurso advindo do exercício permanente da cidadania pela plebicitização efetiva de uma Sociedade Jurídico-política de Direito Democrático. (LEAL, 2004, p.97).

Para o processualista Rosemiro Pereira Leal, a teoria neo-institucionalista do processo é, na realidade, uma teoria da *processualização testificante da validade normativo-democrática* (LEAL, 2004, p.97).

Uma das principais críticas a essa teoria parte exatamente dos seus pressupostos, visto que no discurso democrático, apesar de haver discussão contínua entre maioria e minoria, há uma forte prevalência dos discursos majoritários em detrimento da vontade das minorias, o que possibilita o surgimento do “melhor” argumento e o esquecimento dos outros argumentos apresentados.

Desta feita, este panorama, muitas vezes, esconde um processo excludente das minorias que tende a ter seus interesses desconsiderados e se tornam marginalizadas no ambiente democrático.

3. TEORIA DO PROCESSO ADOTADA NO BRASIL ATUALMENTE

Após essa análise de importantes teorias relativas à natureza jurídica do processo, é possível perceber que, apesar de suas falhas, todas essas teorias contribuíram enormemente para a evolução do Direito Processual e para o aprimoramento da compreensão da natureza jurídica do processo.

Atualmente, a concepção mais aceita pelos processualistas brasileiros é a teoria que define o processo como relação jurídica de Direito Público, distinta da relação de direito material que constitui apenas o seu objeto, sendo também um procedimento em contraditório.

A doutrina processualista brasileira, influenciada por Cândido Rangel Dinamarco, misturou a teoria da relação jurídica do Oskar von Bülow, na qual ele dizia que o processo é um procedimento e uma relação jurídica processual, com a teoria de Elio Fazzalari que é a teoria do procedimento em contraditório.

Para Fazzalari essas duas teorias são inconciliáveis. Mas, no Brasil, a idéia aceita majoritariamente pelos processualistas foi unir tais teorias.

O mais recente processualista a criticar a teoria do processo como relação jurídica foi Elio Fazzalari, com a ideia de módulo processual. Defende que o procedimento contém atos interligados de maneira lógica e regidos por determinadas normas, sendo que o posterior, também regido por normas, dependerá do anterior, e entre eles se formará um conjunto lógico com um objetivo final. Para a prática de cada ato deve-se permitir a participação das partes em contraditório, sendo justamente essa paridade simétrica de oportunidades de participação a cada etapa do procedimento que o torna um processo. O doutrinador italiano afirma que o processo é uma espécie do gênero contraditório. (NEVES, 2016, p.121).

É importante observar que a doutrina brasileira que concorda com a teoria do processo como relação jurídica de acordo com os preceitos de Elio Fazzalari não enxerga qualquer problema em relação à inserção do contraditório na definição de processo.

Este posicionamento da doutrina majoritária aqui no Brasil, na realidade, pode ser visto como uma crítica a este ponto específico da teoria esculpida pelo processualista italiano Elio Fazzalari, visto que ele explicitamente contesta a possibilidade de a relação jurídica processual em contraditório fazer parte do conceito de processo. Segundo Elio Fazzalari, o processo é espécie do gênero contraditório.

Assim, na visão processualista brasileira, o procedimento é uma sucessão de atos interligados de forma lógica, visando um objetivo. O contraditório é um princípio processual. E o processo é um procedimento animado por uma relação jurídica em contraditório.

Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves,

Para os defensores desse entendimento, a relação jurídica processual representa a projeção e a concretização da exigência constitucional do contraditório. As faculdades, poderes, deveres, ônus e estado de sujeição das partes no processo significam que esses sujeitos estão envolvidos numa relação jurídica, que se desenvolverá em contraditório. São duas facetas de uma mesma realidade, não havendo razão para descartar a relação jurídica ou o contraditório na conceituação de processo. (NEVES, 2016, p.201).

Isto posto, para a doutrina majoritária brasileira, tanto a relação jurídica quanto o contraditório devem fazer parte do conceito de processo.

Desta feita, na concepção brasileira, há três elementos no conceito de processo: procedimento, relação jurídica e contraditório.

Na realidade, a presença da relação jurídico-processual no processo é a projeção jurídica e instrumentação técnica da exigência político-constitucional do contraditório. Terem as partes poderes e faculdades no processo, ao lado de deveres, ônus e sujeição, significa, de um lado, estarem envolvidas numa relação jurídica; de outro, significa que o processo é realizado em contraditório. Não há qualquer incompatibilidade entre essas duas facetas da mesma realidade. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2000, p.283).

4. RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL

4.1. Composição da relação jurídica processual

A doutrina processual majoritária afirma que a relação jurídica processual é formada minimamente pelo demandante, demandado e Estado-Juiz.

Nas palavras de Daniel Amorim Assumpção Neves, é importante notar que:

A percepção do momento inicial de surgimento da relação jurídica processual é de suma importância, porque para aqueles que entendem ser tal elemento componente da natureza jurídica do processo, naturalmente que sem a presença dele, não se poderia falar em processo. Se o processo é realmente o procedimento animado pela relação jurídica em contraditório, somente com a presença desses três elementos seria possível defender a existência do processo. (NEVES, 2016, p.123).

Há situações excepcionais, todavia, em que a lei admite processos sem autor. Isso se dá nos casos em que o princípio da demanda é excepcionado. Por exemplo, casos em que há previsão legal de a demanda ser iniciada de ofício pelo juiz. É a hipótese processo de restauração de autos, que é de jurisdição contenciosa em procedimento especial. Ressalto que no Código de Processo Civil de 2015 não há mais a possibilidade de o inventário decorrer de iniciativa do magistrado.

Também há previsões excepcionais no ordenamento jurídico brasileiro em que é possível a existência de processo sem autor. Por exemplo, processos objetivos como é o caso da ação direta de inconstitucionalidade (ADI).

Assim, é pacífico o entendimento na doutrina de que a relação jurídica processual é tríplice, formada por três sujeitos, sendo o demandante e o demandado sujeitos parciais e o juiz sujeito imparcial.

Todavia, a doutrina diverge acerca da relação processual tríplice ser angular ou triangular.

Na relação jurídica processual tríplice triangular os sujeitos demandante, demandado e juiz compartilham interações diretas entre si. Já na relação jurídica processual tríplice angular, o demandante e o demandado possuem relação apenas indireta entre si, sendo esta intermediada pelo juiz.

Nada obstante, prevalece na doutrina o entendimento de que a relação jurídica processual tríplice é triangular. Por exemplo, o dever de lealdade e boa-fé com o juiz e com a parte contrária e vice-versa. Este dever que a parte tem com a parte contrária não passa pelo juiz. Então, há uma relação direta entre autor e réu. Assim, é possível demonstrar a triangularidade da relação jurídica processual.

Outro exemplo muito bom que comprova que esta relação jurídica processual é triangular é a suspensão do processo. Isto porque o autor e réu podem suspender o processo por acordo de vontades e o juiz simplesmente homologa. Essa homologação é meramente declaratória. O processo estará suspenso no dia que for protocolado o acordo de suspensão. Não é a decisão do juiz que suspende e sim o ato de vontade de autor e réu que suspende o processo. Esta é outro exemplo que demonstra ser a relação jurídica processual triangular.

A relação processual se triangulariza a partir da citação, sendo que a parte derrotada deverá, ao final do processo, reembolsar as custas processuais adiantadas pela parte vencedora.

No momento da propositura da ação, há uma relação entre autor e juiz porque o réu só vai ser integrado à relação com a citação válida. Assim, no instante da propositura, conforme preceitua Barbosa Moreira e Luiz Guilherme Marinoni, não há uma relação jurídica linear. É uma relação jurídica processual em formação gradual que começa a ser construída na propositura da ação e se completa com a citação válida do réu.

Entretanto, o processualista Daniel Amorim Assumpção Neves ressalta que

O processo já existe mesmo antes da citação do réu, inclusive sendo possível ao juiz proferir sentença nesse momento, tanto terminativa (art. 330 do Novo CPC) como definitiva (art. 332 do Novo CPC), extinguindo processo sem ou com a resolução do mérito. Só é possível extinguir algo que já exista, sendo imperioso compreender que a citação do réu não faz surgir a relação processual, mas tão somente a complementa nas hipóteses em que não for cabível a extinção liminar da demanda. Fala-se corretamente em formação gradual do processo. (NEVES, 2016, p. 125).

Conforme ainda analisa este mesmo processualista:

Ainda que se admita ser a relação jurídica processual tríplice, com a propositura da demanda pelo autor já existirá uma relação jurídica, ainda que limitada ao autor e juiz (relação linear entre esses dois sujeitos). Pode-se falar em relação jurídica incompleta, que será definitivamente formada com a citação válida do réu, mas não seria correto entender que só a partir desse momento passa a existir a relação jurídica processual. (NEVES, 2016, p.125).

20

Deste modo, antes mesmo da citação válida do réu, já existiria uma relação jurídica processual que permitiria, a depender do caso concreto e em consonância com os preceitos legais, o juiz proferir sentença. Isso porque há uma relação jurídica processual a partir da propositura da ação, ainda que essa relação jurídica processual seja incompleta, se formando integralmente apenas com a citação válida do réu.

4.2. Características da relação jurídica processual

A relação jurídica de direito processual tem cinco principais características.

A primeira destas características é a autonomia. A relação jurídica processual existe independentemente da relação jurídica material. Em todo processo é alegada uma relação jurídica material. Apesar disto, a existência ou não desta relação jurídica material pouco importa para a existência da relação jurídica processual. Por exemplo, uma ação de cobrança que, ao final, o juiz confirma que não havia débito do réu para com o autor. Existiu, neste caso, a relação jurídica processual, mas não existia a relação jurídica material entre autor e réu.

A segunda característica da relação jurídica processual é a complexidade. A relação jurídica processual é premiada de sucessivas situações jurídicas. As partes sucessivamente terão ônus, faculdades, direitos, deveres, estado de sujeição. Por sua vez, o juiz também terá situações jurídicas de deveres e poderes.

A cada procedimento os sujeitos integrantes da relação jurídica processual atuam nestas situações jurídicas de forma passiva e ativa, tornando a relação jurídica processual complexa.

A terceira característica da relação jurídica processual é o dinamismo. Isto é, a relação jurídica processual é continuada, ou seja, não é instantânea. Ela vai durar por todo procedimento de forma dinâmica.

Diferente das relações de direito material, que em regra são instantâneas, a relação jurídica processual é continuada, desenvolvendo-se durante o tempo. Ainda que atualmente esse tempo venha sendo exagerado na maioria das demandas em nosso país, é impossível imaginar um processo instantâneo sem ofensa aos princípios processuais. Dessa maneira, existe uma continuidade da relação jurídica processual que envolve um dinamismo porque esse desenvolvimento faz com que o procedimento caminhe rumo ao seu final durante certo lapso temporal. A atuação dos sujeitos processuais torna dinâmica a relação jurídica processual. (NEVES, 2016, p.127).

A quarta característica da relação jurídica processual é a unidade. A relação jurídica processual proporciona ao processo atos interligados de maneira lógica que dependem para a sua realização de como o ato anterior foi praticado.

Assim, realizado o primeiro ato do procedimental que é a interposição da exordial, o segundo ato a ser realizado dependerá de como este primeiro ato foi feito. Por exemplo, a depender de como foi feita a petição inicial, poderá o juiz determinar a emenda da exordial, reconhecer a incompetência absoluta, julgar a improcedência liminar, indeferir a petição inicial ou determinar a citação do réu.

A quinta característica da relação jurídica processual é a sua natureza pública. A relação jurídica processual tem sempre natureza pública. Isso porque não há como ter uma ação sem juiz. O único que não pode faltar nesta relação jurídica processual no seu transcorrer é o Estado-Juiz.

A presença obrigatória do Estado-Juiz garante a natureza pública a esta relação jurídica processual, indiscutivelmente.

Tem natureza pública a relação jurídica de direito processual em razão da participação do juiz, como representante do Estado. Não só a participação do Estado-juiz na relação jurídica processual, mas também seu interesse na boa prestação jurisdicional, que, afinal, é uma aspiração da coletividade, tornam indiscutível a natureza pública dessa relação jurídica. Não se discute atualmente ser o processo instituto de direito público. (NEVES, 2016, p.129).

4.3. Garantia da relação jurídica processual em contraditório

Conforme dito anteriormente, segundo a posição majoritária da doutrina brasileira, o processo é um procedimento animado por uma relação jurídica em contraditório, conduzida pelo Estado-juiz.

O poder jurisdicional é realizado por meio do processo. E a jurisdição precisa que o processo seja um efetivo e legítimo instrumento para a proteção do direito material.

No Estado Democrático de Direito, essa legitimação do processo é alcançada através da concreta participação das partes no processo. É essencial à democracia a participação das partes no exercício do poder estatal que é representado no processo judicial pelo Estado-juiz.

As partes da demanda serão atingidas pelas decisões judiciais proferidas no processo, em particular, pela coisa julgada que acarretará imutabilidade e estabilidade à decisão final. E esta decisão só poderá ser alterada através da ação rescisória que possibilitará a modificação da coisa julgada em algumas situações excepcionais.

No processo judicial, o princípio político da participação no Estado Democrático de Direito reflete-se no respeito ao princípio constitucional do contraditório presente no art. 5º, LV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O princípio do contraditório, direito fundamental, é o instrumento jurídico a partir do qual as partes, na relação jurídica processual, deverão ter ciência da existência do processo e de tudo que nele acontece juntamente com a possibilidade de manifestação, apresentação de suas razões e fundamentos, opondo-se a pretensão da parte adversa.

Segundo o processualista Cássio Scarpinella Bueno,

Contraditório deve ser entendido como possibilidade de participação e colaboração ou cooperação ampla de todos os sujeitos processuais ao longo de todo o processo. E mais: esta participação, colaboração ou cooperação devem ser compreendidas na perspectiva de as partes e eventuais terceiros intervenientes conseguirem influenciar a decisão do juiz. Quando menos, que tenham condições reais, efetivas, de influenciar os diversos atos e decisões a serem proferidas pelo magistrado ao longo do processo. Contraditório é realização concreta, também em juízo, das opções políticas do legislador brasileiro sobre o modelo de Estado adotado pela Constituição brasileira. Contraditório é forma pela qual se efetivam os princípios democráticos da República brasileira, que viabiliza ampla participação no exercício das funções estatais. (BUENO, 2016, p.63).

Para formar a convicção do juiz da forma mais ampla possível, o princípio do contraditório desempenha um importante papel, já que oportuniza ao magistrado ouvir todas as partes do processo, seus motivos e fundamentos. Desta feita, o juiz terá mais condições de decidir adequadamente.

De acordo com o processualista Daniel Amorim Assumpção Neves,

Essa ampla participação pode ser obtida por intermédio de um contraditório participativo, mediante o qual o juiz mantenha um diálogo permanente e intenso com as partes, bem como por meio do contraditório efetivo, sendo as participações das partes aptas a influenciar a formação do convencimento do juiz.

A mencionada participação das partes acarreta ao menos duas evidentes vantagens: a) quanto mais ampla tiver sido a participação das partes, maiores serão as chances de obtenção de pacificação social, considerando-se que a parte derrotada que entende ter feito tudo que havia a fazer para defender seu interesse em juízo tende a se conformar mais facilmente com sua derrota; b) sendo a participação das partes ampla, o juiz terá mais elementos para valorar e proferir uma decisão de melhor qualidade. (NEVES, 2016, p.55).

Outro ponto fundamental para que a relação jurídica processual realmente seja em contraditório é a publicidade dos atos do juiz e da fundamentação de suas decisões, o que possibilitará o adequado exercício do contraditório pelas partes.

É importante notar também que a atual concepção do princípio do contraditório existente hoje no Estado Democrático de Direito é bem diferente da noção que se tinha durante a época do Estado Liberal, em que a idéia era do contraditório formal.

Durante o Estado Liberal não há a eficiente realização do contraditório, dado seu aspecto meramente formal, o que dificultava a possibilidade de influência e de diálogo com o juiz.

Para que seja substancialmente respeitado, não basta informar e permitir a reação, mas exigir que essa reação no caso concreto tenha real poder de influenciar o juiz na formação de seu convencimento. A reação deve ser apta a efetivamente influenciar o juiz na prolação de sua decisão, porque em caso contrário o contraditório seria mais um princípio “para inglês ver”, sem grande significação prática. O “poder de influência” passa a ser, portanto, o terceiro elemento do contraditório, tão essencial quanto os elementos da informação e da reação. (NEVES, 2016, p.142).

Já no Estado Democrático de Direito, há uma nova percepção do princípio do contraditório que valoriza a eficaz participação das partes integrantes da relação jurídica processual para a formação do convencimento do juiz.

Essa conceituação do princípio do contraditório valoriza a participação das partes não apenas de maneira formal, mas sim de forma real no caso concreto.

Se a legitimação do exercício da jurisdição depende da participação, e essa tem importante expressão no princípio do contraditório, não há como entender como legítimo ou democrático o processo que priva alguém de participar por razões de natureza econômica ou social. A legitimidade do processo liga-se a uma possibilidade real – e não meramente formal – de participação.

Nessa linha importam não apenas as garantias de assistência judiciária gratuita – isto é, o fornecimento, por parte do Estado, de advogados gratuitos, a dispensa do pagamento de custas processuais e a oferta de produção de provas sem o pagamento de despesas –, mas também as normas processuais que objetivam garantir a efetiva participação da parte segundo as necessidades do direito substancial. (MARINONI, MITIDIERO, ARENHART, 2016, p. 476).

Desta maneira, tanto o Poder Legislativo quanto o Poder Judiciário devem trazer discriminações para garantir a participação equânime das partes no processo através do contraditório. Tais garantias devem ser dadas considerando a situação econômica, social das partes e as peculiaridades do caso concreto.

Assegurar a isonomia das partes na relação jurídica processual possibilita que o princípio do contraditório seja realizado satisfatoriamente na prática.

Para expressar a noção de participação em igualdade de condições, parte da doutrina, sobretudo italiana, fala em participação com paridade de armas. Ora, não é legítimo o poder exercido em um processo em que as partes não podem efetivamente participar ou em que apenas uma delas possui efetivas condições de influir sobre o convencimento do juiz. Um processo desse tipo certamente não é um “processo justo” ou um processo democrático. Daí por que se diz que as partes não só têm o direito de participar do processo, como também o direito de participar com paridade de armas. (MARINONI, MITIDIERO, ARENHART, 2016, p. 477).

Na legislação brasileira, um dos exemplos para garantir a isonomia entre as partes e, conseqüentemente, a adequada realização do contraditório é o art. 6.º, VIII, do CDC (Código

de Defesa do Consumidor - lei 8.078/90) que prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova pelo juiz a favor do consumidor hipossuficiente.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O primeiro grande salto doutrinário no que diz respeito ao estudo da natureza jurídica processual foi a mudança de percepção do instituto antes inserido na esfera privatista do Direito para o âmbito publicista.

Em 1868, com a publicação dos estudos de Oskar von Bülow, houve importantes mudanças na doutrina processual.

Nessa época, foi desenvolvida a teoria do processo como relação jurídica de direito público. A partir de então outras teorias processuais surgiram, trazendo críticas e visando superar essa nova teoria.

A teoria do processo como situação jurídica, criada por Goldschidt em 1925, foi pouco aceita pela doutrina. Porém, esclareceu e desenvolveu vários importantes conceitos e expressões processuais como ônus, sujeição e relação funcional do juiz com o Estado.

Não obstante as críticas apresentadas por Fazzalari à teoria do processo como relação jurídica, a partir da teoria do processo como procedimento realizado em contraditório criada por ele, faz-se mister considerar que não há motivos suficientes para se rejeitar a teoria do processo como relação jurídica.

No processo, as partes realmente estão inseridas numa relação jurídica em que há deveres, poderes, ônus e sujeição e, por outro lado, toda essa estrutura possui sua dinâmica em consonância com o instituto do contraditório, não havendo, portanto, nenhuma incoerência entre os principais pontos destas duas teorias.

Já em relação à teoria neo-institucionalista do processo que possui como um dos pressupostos fundamentais a busca pela realização do processo em bases constitucionais democráticas, percebemos não haver nesse ponto divergência com a teoria do processo como relação jurídica, visto que esta última também prima pelo respeito aos fundamentos democráticos constitucionais na realização do processo.

No Estado Democrático de Direito, os sujeitos podem juridicamente alcançar a solução dos seus litígios e promover a cooperação em torno de interesses comuns. Isso ocorre pelo processo que integra os interessados por meio dos enlaces normativos.

Nesta estrutura, as partes possuem poderes, deveres, ônus e sujeições. A relação jurídica em contraditório, neste contexto, é exatamente essa importante ligação existente entre os sujeitos jurídicos.

É possível notar então que, apesar das contribuições de todas as teorias analisadas neste artigo, a teoria que mais atende os anseios doutrinários e sociais, na atualidade brasileira, é a teoria do processo como relação jurídica em contraditório. Ou seja, o processo como relação jurídica, distinta da relação de direito material que constitui somente o seu objeto, sendo também um procedimento em contraditório, conduzido pelo Estado-juiz.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Rafael Sirangelo de. **Igualdade e Processo: Posições Processuais Equilibradas e Unidade do Direito**. São Paulo: Ed. RT, 2015.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do Novo CPC**. São Paulo: RT, 2015.

AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

AMENDOEIRA JR., Sidnei. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Coords. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo: RT, 2015.

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano**. Seconda edizione. Torino: G.Giappichelli Editore, 1997.

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

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Coords. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coordenador). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Paolo Capitanio. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**. 3ª ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 4ª edición. Montevideo-Buenos Aires: Julio César Faira, 2004.

COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Coords. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DINAMARCO, Cândido R. **A instrumentalidade do processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Cândido R. **Instituições de direito processual civil: fundamentos e institutos fundamentais do direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. Ottava edizione. Padova: CEDAM, 1996.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. **Novo Código de Processo Civil**. Salvador: JusPodivm, 2015.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Teoria geral do processo – Comentários ao CPC de 2015 – Parte geral**. São Paulo: Método, 2015.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEAL, André Cordeiro. **Processo e jurisdição no Estado Democrático de Direito – reconstrução da jurisdição a partir do direito processual democrático**. Belo Horizonte: Curso de Pós-Graduação em Direito da PUC, 2006 (Tese de Doutorado em Direito Processual).

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002a.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson-IOB, 2004.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002b.

LEAL, Rosemiro Pereira (coord.). **Estudos continuados de teoria do processo**. São Paulo: IOB Thomson, 2005, Vol. VI, p. 15-52.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. v. I. Trad. Cândido R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. Araras: Bestbook, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O Novo Processo Civil**. São Paulo: RT, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **A garantia do contraditório: do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Efetividade e processo de conhecimento: do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RECASÉNS SICHES, Luis. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. México: Editorial Porrúa, 1973.

ROCHA, Leonel Severo. **Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. Curitiba: JM Editora, 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 44. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1977.

VAZ, Alexandre Mário Pessoa. **Direito processual civil**. 2. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2002.

ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.