

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

ANNA CANDIDA DA CUNHA FERRAZ

HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C758

Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Anna Candida da Cunha Ferraz, Henrique Ribeiro Cardoso – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-289-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Constituição. 3. Democracia.

I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

Apresentação

A obra em apresentação, originada do Grupo de Trabalho Constituição e Democracia II, no âmbito do XXV Congresso do CONPEDI, sediado na UNICURITIBA, no Paraná, contou com a colaboração de pesquisadores de Programas de Pós-graduação de todo o Brasil. Os temas, que enfrentam a tensão entre a democracia e o constitucionalismo, buscam delinear a interação entre os poderes do Estado em momento de crise institucional que o país vivencia.

Os excessos do Poder Judiciário são contrapostos, em artigos que integram esta obra, às omissões do Poder Legislativo e às falhas de governança e de controle do Poder Executivo. O aporte filosófico e sociológico encontrado nos textos enriquece a discussão, ofertando soluções possíveis que passam necessariamente pelo reforço democrático.

A postura mais ativa do Judiciário é identificada como de perigosa inserção na esfera da democracia, tanto representativa quanto participativa. As decisões do Supremo Tribunal Federal, ao funcionar como legislador positivo, avançam e definem questões não submetidas às necessárias discussões nos foros adequados – especialmente no âmbito do Legislativo.

Os estudos apresentados permitem ao leitor perceber o alcance e o conjunto de problemas identificados por pesquisadores em razão dessa postura mais ativa da Corte Constitucional brasileira.

Profa. Dra. Anna Candida da Cunha Ferraz - UNIFIEO

Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso – UFS/UNIT

**DEMOCRATICIDADE JURÍDICA E CONTRADITÓRIO NAS TEORIAS
FAZZALARIANA E NEOINSTITUCIONALISTA DO PROCESSO**

**DEMOCRATICIDAD JURÍDICA E CONTRADICTORIO EN LAS TEORIAS
FAZZALARIANA E NEOINSTITUCIONALISTA DEL PROCESO**

André Cordeiro Leal ¹
Bruno Amazan Avelar de Araújo ²

Resumo

O artigo apresenta os fundamentos teórico e conceituais da proposta de Elio Fazzalari, com a finalidade de interrogá-los a partir das conjecturas acerca da democraticidade jurídica no Estado Democrático de Direito desenvolvidas pela teoria neoinstitucionalista do processo, passando não só pelo contraditório, como também pela distinção fazzalariana entre processo e procedimento e pelo lugar privilegiado que Fazzalari, aderindo à concepção tradicional de jurisdição, reconhece ao juiz na enunciação do provimento que encerra o procedimento. A pesquisa formalizada é bibliográfica e se utiliza da metodologia de base hipotético-dedutiva, aos moldes da proposta de Karl Popper.

Palavras-chave: Democraticidade jurídica, Estado democrático de direito, Contraditório, Teoria fazzalariana do processo, Teoria neoinstitucionalista do processo

Abstract/Resumen/Résumé

El artículo presenta los fundamentos teóricos y conceptuales de la propuesta de Elio Fazzalari con el fin de interrogarlos desde las conjeturas sobre la democraticidad jurídica en el estado democrático de derecho desarrolladas por la teoría neoinstitucionalista del proceso, pasando no sólo por lo contradictorio, sino también por la distinción fazzalariana de proceso y procedimiento y por el lugar privilegiado que Fazzalari, por la adhesión a la concepción tradicional de jurisdicción, reconoce al juez en la enunciación de lo proveimiento que concluye el procedimiento. La investigación formalizada es bibliográfica y hace uso de la metodología hipotético-deductivo de Karl Popper.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Democraticidad jurídica, Estado democrático de derecho, Contradictorio, Teoría fazzalariana del proceso, Teoría neoinstitucionalista del proceso

¹ Doutor e Mestre em Direito Processual pela PUC Minas. Professor do corpo permanente do Mestrado em Direito da Universidade FUMEC. Advogado.

² Mestrando em Direito Público pela Universidade FUMEC de Minas Gerais. Advogado.

1 INTRODUÇÃO

Elio Fazzalari talvez tenha sido um dos principais autores do direito processual da última metade do século XX. Por sua teoria, Fazzalari insere definitivamente o contraditório no processo, tornando-os indissociáveis, porque, para o jurista, não há processo sem a presença do contraditório. Essa indissociabilidade poderia dar a entender que, diante da explícita previsão do contraditório nas diversas constituições ocidentais, dentre as quais a brasileira, a proposta fazzalariana estaria apta a gerar interpretações que pudessem atender às exigências de legitimidade da decisão no direito democrático.

No entanto, a suposta adesão da proposta fazzalariana à democraticidade jurídica desgarrada dos fundamentos de um direito anacrônico merece ser investigada, porque há pontos de intransparência em suas conjecturas quanto aos conteúdos normativos do contraditório e sua relação possível com a racionalidade da decisão jurisdicional.

O presente estudo pretende, assim, investigar a teoria do processo de Elio Fazzalari, bem como o papel que o autor atribui ao contraditório na diferenciação entre processo e procedimento, de molde a apontar a ausência de conteúdos teóricos (respostas) aptos ao atendimento dos exigentes referenciais de legitimidade da decisão jurídica democrática que, segundo as conjecturas da teoria neoinstitucionalista do processo, para ser democrática, não pode ser, simultaneamente, dogmática.

Para tanto, serão apresentadas as propostas processual e procedimental de Elio Fazzalari, bem como suas críticas à teoria do processo como relação jurídica, de Oskar von Bülow, que é adotada, de forma não problemática do ponto de vista constitucional-democrático, pela dogmática processual brasileira tradicional, como se vê de escritos de importantes autores nacionais¹, tais como, também, os de Candido Rangel Dinamarco (2003). Esses autores, recepcionando a teoria bülowiana² de 1868, assimilam, ademais, também a

¹ Celso Neves (1997, p.187), por exemplo, em obra clássica, sintetizando a recepção do conceito, afirma categoricamente que o processo “É relação jurídica de direito público, de caráter continuativo, resultante do exercício do direito de ação que tem por objeto imediato a realização do direito objetivo e por objeto mediato, ou a solução da lide, ou a satisfação do interesse do litigante, ou a pretensão cautelar que provisoriamente as assegure, ou a integração de negócios jurídicos que versem sobre direitos indisponíveis, mediante a prestação da tutela jurídica que, como obrigação do Estado, incumbe ao Poder Judiciário.” Galeno Lacerda (2008, p.22), responsável pela formação intelectual de inúmeros processualistas, também aduz que “a partir dos estudos dos grandes processualistas alemães do século XIX, passamos a definir o processo como uma relação jurídica de direito público.” No mesmo sentido é a lição de José Eduardo Carneira Alvim (2007, p.169), para quem “A concepção de processo como relação jurídica é dominante na doutrina [...]”

² BÜLOW, Oskar Von. La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales. Tradução: Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ejea, 1964.

concepção de jurisdição pressuposta na obra de Bülow³, o qual, justificando o enfoque relacionista do processo, afirma, em última instância, indiretamente, a jurisdição como técnica decisória de solução compulsória de conflitos pelo Estado.

Como se verá, Elio Fazzalari busca refutar, por sua obra, a teoria do processo como relação jurídica, a qual chama de “pandectista e atrasada” (2006, p.111). Em substituição, propõe a do processo como espécie de procedimento em contraditório em simétrica paridade entre as partes. O contraditório é visto, em Fazzalari, como categoria accidental do procedimento que o transforma em processo.

Com isso, a teoria fazzalariana tem a vantagem, em termos da legitimidade decisória, de exigir, em certas circunstâncias, que sejam chamados os interessados na decisão (provimento) a participar do procedimento que a prepara (hipótese em que o procedimento se denominaria processo), mas, suprimindo considerações sobre referenciais constitucionais desse chamamento, não esclarece a maneira pela qual o dizer e o contradizer resultantes da oportunização impactariam a decisão. Esse ponto, ao que tudo indica, não é problemático para Fazzalari, que, como se demonstrará, ainda considera a decisão um ato de vontade.

Nas proposições sobre o direito democrático da teoria neoinstitucionalista, por outro lado, o contraditório, como princípio constitucional, em articulação com os princípios também constitucionais da isonomia e da ampla defesa, torna-se referente da legitimidade das decisões. Ao contrário do que subjaz à obra fazzalariana, não basta, na perspectiva neoinstitucionalista, que se oportunize eventual pronunciamento das partes para que o contraditório seja atendido, porque, ademais, o que se produz pelo contraditório, em uma perspectiva que aproxima-se da concorrenciaisidade teórica proposta por Popper (2002), passa a ser referente da decisão que advirá.

Na teoria neoinstitucionalista, de Rosemiro Pereira Leal (2013), a processualização do procedimento (regência dos procedimentos pelos princípios institutivos) refuta a inescapabilidade que a dogmática jurídica, inclusive a de Fazzalari, afirma, direta ou indiretamente, existir quanto aos impactos, na decisão, da subjetividade do decisor – subjetividade essa que talvez encontre a radicalização de seu solipsismo em autores do movimento do direito livre alemão, tais como Hermann Kantorowicz (1949), o qual, aliás, faz elogios expressos à proposta do papel do juiz em Bülow.

Esta é a proposta que se deseja testificar (falsear, em termos popperianos): a insuficiência da teoria fazzalariana do processo e do contraditório por ela encampado para fins

³ Sobre a concepção de jurisdição em Bülow, com sua análise detalhada, ver, em especial, a obra de Leal (2008).

de resolução de problemas relativos à legitimidade das decisões no Estado Democrático de Direito em que a interpretação jurídica não se pode realizar pela mera fusão (sincretismo) dos pressupostos dos paradigmas do Estados Liberal e do Estado Social (*welfare state*).

O trabalho tem, assim, como referencial teórico os escritos sobre a teoria neoinstitucionalista do processo, tais como as de Rosemiro Pereira Leal e André Cordeiro Leal, bem como os mais importantes textos sobre a teoria do processo como procedimento em contraditório, com os de Elio Fazzalari e de Aroldo Plínio Gonçalves, passando, ainda, pelos autores relevantes da teoria do processo como relação jurídica, dentre os quais Oskar von Bülow, Cândido Rangel Dinamarco e José Eduardo Carreira Alvim.

A pesquisa é de cunho bibliográfico, pautando-se em textos teórico-científicos sobre o tema, utilizando-se, ainda, da metodologia de base hipotético-dedutiva, aos moldes da proposta de Karl Popper (2002), em que as teorias são comparadas e testadas (falseadas) com o intuito de se examinarem suas possibilidades na resolução de problemas, adotando-se, como resposta provisória, aquela que exhibe um maior conteúdo informativo (maior resistência à crítica).

2 A JURISDIÇÃO SEGUNDO A DOGMÁTICA PROCESSUAL TRADICIONAL E SUAS REPERCUSSÕES NAS CONSIDERAÇÕES FAZZALARIANAS

A teoria do processo de Fazzalari ganha compreensibilidade, como se discorrerá adiante, a partir de do conceito de jurisdição que pressupõe. A jurisdição, segundo a visão tradicional da dogmática processual⁴ – e que Fazzalari não refuta –, equivale à arbitragem exercida exclusivamente pelo Estado, como ensina, sobre essa visão, e mediante críticas contundentes, Rosemiro Pereira Leal (2016), derivando daí a afirmação comum de que o

⁴ Os manuais de direito processual, inclusive os já editados sob a perspectiva do novo Código de Processo Civil, são expressos em aderir à consideração de que a jurisdição é atividade dos juízes e tribunais. É exatamente isso que confere ao Estado o denominado monopólio da jurisdição. Ver, a título de exemplo, as obras de Humberto Theodoro Júnior (2015), Luiz Rodrigues Wanbier e Eduardo Talamini (2015) e de Elpídio Donizetti Nunes, o qual, sem abandonar a centralidade do Estado, decompõe a jurisdição : “À função de compor os litígios, de declarar e realizar o Direito, dá-se o nome de jurisdição (do latim *juris dicitio*, que significa dizer o direito). Partindo-se de uma visão clássica, a jurisdição pode ser visualizada sob três enfoques distintos: *como poder*, porquanto emana da soberania do Estado, que assumiu o monopólio de dirimir os conflitos; *como função*, porque constitui dever do Estado prestar a tutela jurisdicional quando chamado; finalmente, *como atividade*, uma vez que a jurisdição atua por meio de uma sequência de atos processuais” (2016, p. 91). A seu turno, Grinover, Cintra e Dinamarco também afirmam, em obra sobre a teoria geral do processo “No estudo da jurisdição, será explicitado que está é uma das expressões do poder estatal, caracterizando-se este como a capacidade que o Estado tem, de decidir imperativamente e impor decisões” (1999, p. 24)

Estado detém o monopólio da jurisdição. Assim, tradicionalmente, entende-se como jurisdição a atividade estatal que assegura o cumprimento da lei mediante a tutela de direitos⁵.

Fazzalari assume exatamente esse caráter estatalizante da jurisdição, e justifica essa perspectiva pela afirmativa de que “O Estado contemporâneo arrogou e arroga para si, cada dia mais, novos poderes e deveres.” (FAZZALARI, 2006, p.31), embora não se saiba exatamente o que estaria a autorizar essa arrogância estatal.

Disso decorre a importância da jurisdição, sem a qual, segundo essa lógica tradicional⁶, seria impossível o convívio em sociedade, já que é ela o meio utilizado para a repressão à inobservância da lei. Jurisdição é tarefa dos juízes, como reconhece Fazzalari:

Para os juízes ordinários, “dizer o direito” em matéria civil significa dispor sobre algumas das “medidas jurisdicionais” [...], cada uma das quais põe fim a correspondentes processos (ou, em alguns casos, meros procedimentos). (2006, p.158).

Portanto, assim considerada, a jurisdição, em síntese, apresenta-se mesmo como uma espécie de arbitragem estatal compulsória (no sentido de que as partes terão que suportar a decisão), pela qual o Estado, uma vez provocado, deve atuar na tutela de direitos, resolvendo conflitos e pacificando a sociedade. Isso, por sua vez, denota o caráter bilateral da tutela jurisdicional, sendo um direito do cidadão e um dever do poder institucional, viabilizado pelo processo.⁷

Fazzalari atribui à jurisdição a “função fundamental de dar justiça” (2006, p.36) e salienta que nos processos que buscam atingir esse objetivo, a regra é a presença do contraditório, sobre o qual mais se discorrerá adiante. Não obstante, ao analisar as “espécies” de jurisdição, Fazzalari afirma que os provimentos jurisdicionais se caracterizam sempre por conter comandos, isto é, “manifestações de vontade do juiz” (2006, p. 454). Sendo assim, ao

⁵ É exatamente o que ensinam Cintra, Grinover e Dinamarco: “Pela jurisdição, como se vê os juízes agem em substituição às partes, que não podem fazer justiça com as próprias mãos (vedada a autodefesa; a elas, que não podem agir, resta a possibilidade de fazer agir, provocando o exercício da função jurisdicional. E como a jurisdição se exerce através do processo, pode-se provisoriamente conceituar este como instrumento pelo qual os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes, eliminando os conflitos e fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso que lhes é apresentado em busca de solução” (1999, p. 23)

⁶ Tal relevância se deve, como se viu, ao fato de ser o poder judiciário responsável pela substituição da autotutela, do uso arbitrário da força, pela tutela jurisdicional, como função de dizer o direito que melhor se aplica ao caso. A essa nova forma de solução de conflitos deu-se o nome de jurisdição.

⁷ Nesse mesmo sentido, é a preciosa lição de Aroldo Plínio Gonçalves: “A jurisdição se organiza para a proteção de direitos e das liberdades na ordem jurídica, contra o ilícito, e ilícito, em qualquer campo do Direito, é a inobservância da conduta normativamente valorada como devida, cuja ocorrência na prática, se se admitir a liberdade do reino humano, não estará fora da esfera do possível.” (2001, p.55).

que tudo indica, para o jurista italiano, “dar justiça” equivale a enunciar a vontade do julgador⁸.

No direito processual brasileiro essa perspectiva se repete pelo aproveitamento, principalmente, das lições de Enrico Tullio Liebman (2001). Partindo também do pressuposto de que jurisdição é arbitragem estatal compulsória e, por isso, um serviço de solução de conflitos prestado pelo Estado, o conflito se resolve, para o autor, com a análise do mérito da causa: a jurisdição, *stricto sensu*, nada mais é do que a atividade monopolística do estado-juiz no exame do mérito⁹.

Feitas essas considerações a respeito da jurisdição que levaram ao entendimento de que esta é uma atividade desempenhada pelo Estado, passa-se a analisar como se relacionam, sob enfoques diferenciados, jurisdição e processo.

3 PROCESSO, PROCEDIMENTO E CONTRADITÓRIO

Em que pese o fato de ter o direito processual se autonomizado, como segmento do Direito Público, apenas a em 1868, a problemática conceitual do processo já interrogava autores da modernidade jurídica.

Segundo Carreira Alvim (2007), com a queda do Império Romano do Ocidente, dada a invasão dos povos bárbaros, por atuação da Igreja Católica, e no intuito de manter as instituições romanas, surge o processo comum medieval, de influências romano-canônicas, com elementos também germânicos, o qual se apresentava como um método de resolução de conflitos. Herdeiros dessa tradição, os primeiros autores alemães do século XIX estudaram o processo sob a perspectiva privatista – uma espécie de enlace contratual que viabilizava a realização de interesses privados.

Nesse sentido, as primeiras teorias do processo, ditas contratualistas, que datam, mais ou menos, de 1800 e 1840, cujos autores foram, respectivamente, Pothier e Savigny (BOSQUE, 2009, p.18; LEAL, 2016, p. 143-145), pensaram o processo em similaridade com os contratos e suas derivações, na medida em que os litigantes convolvavam, após uma

⁸ Com isso, Fazzalari se encontra alinhado à perspectiva kelseneana, permanecendo, portanto, alheio a todo o debate que se desenvolve, de há muito, acerca da decisão como ato de vontade ou ato de razão e das críticas que já se construíram sobre a primeira dessas classificações, como se vê da obra de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2004).

⁹ Como se vê da obra de Liebman, “A ordem jurídica tende com a jurisdição ao fim de realizar-se praticamente. Esse fim é conseguido pela decisão de mérito, não pelo exame da existência das condições para que ela possa ser proferida. Nessa fase preparatória, o processo funciona, em certo sentido, como um filtro para evitar que haja exercício de jurisdição quando faltam os requisitos que a lei considera indispensáveis para que se possam alcançar resultados satisfatórios.” (2001, p.109).

manifestação prévia e formal de vontade, juntamente com o Estado-árbitro, um pacto que permitiria ao Estado decidir, por um compromisso das partes de que acatariam a decisão.

Segundo a explicação de Rosemiro Pereira Leal (2016), teorias de fundo privatístico, como, principalmente, a de Pothier, seriam insuficientes à compreensão do processo no sentido adotado na atualidade, que levam em conta a obrigatoriedade da jurisdição. Exatamente por isso é que se tratará, a partir deste ponto do trabalho, da teoria bülowiana do processo que já supõe uma estatalidade impositiva das decisões.

3.1 Teoria bülowiana do processo

Como já brevemente adiantado, segundo a concepção desenvolvida, em 1868, por Oskar von Bülow¹⁰, a relação processual, regulada por normas formais (ou processuais), existe para conduzir os expedientes necessários à solução dos conflitos provenientes da relação material. Na relação processual, as partes, assumindo as posições de autor e réu, subordinam-se a um juiz, um “funcionário do Estado” (BÜLOW, 1964, p.2). Nos dizeres de Aroldo Plínio Gonçalves (2001, p. 73-74), essa relação jurídica, no sentido clássico, significa “o enlace normativo entre duas pessoas, das quais uma pode exigir da outra o cumprimento de um dever jurídico”.

Inicialmente desenvolvidas as considerações embrionárias sobre o processo no campo investigatório do direito privado, de onde, aliás, deriva o conceito de relação jurídica, uma ciência do processo só se tornou possível, no entanto, quando se adotou, pelas lições de Bülow, a taxionomia de direito público para essa relação, com o conseqüente afastamento das abordagens contratualistas que até então vinham sendo desenvolvidas (onde a vontade das partes era determinante para a existência do vínculo). A partir daí, dada a pressuposição da supremacia do Estado, o papel do juiz passa a ser ressaltado¹¹.

Segundo André Cordeiro Leal,

¹⁰ É o que o autor esclarece quando afirma que “Nunca se duvidou que o direito processual civil determina as faculdades e os deveres que põem em mútua vinculação as partes e o tribunal. Mas, assim, afirmou-se, também, que o processo é uma relação de direitos e obrigações recíprocos, ou seja, uma relação jurídica [...] pública” (BÜLOW, 1964, p.1-2). No original: “Nunca se há dudado que el derecho procesal civil determina las facultades y los deberes que ponen en mutua vinculación a las partes y al tribunal. Pero, de esa manera, se ha afirmado, también, que el proceso es una relación de derechos y obligaciones recíprocos, es decir, una *relación jurídica* [...] pública.” (BÜLOW, 1964, p.1-2 – grifos do autor).

¹¹ É interessante notar, tendo em vista as discussões atuais sobre a cooperação, que Bülow, já em 1868, destacava expressamente que, na relação processual, “[...] as partes são consideradas apenas no aspecto de sua vinculação e cooperação com a atividade judicial [...]” (1964, p. 2). No original: “[...] a las partes se la stoma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial [...]” (1964, p. 2)

O esforço teórico de Bülow surge, portanto, em síntese, como resposta ao problema da operacionalidade do direito, havendo proposto o autor alemão não só um novo enquadramento taxionômico do processo, mas também, e principalmente, uma ilimitada atribuição de poder à magistratura (LEAL, 2008, p. 63).

Se o autor busca uma decisão à qual se submeterá também o réu e que contém um dito judicial, a relação jurídica nada mais é, portanto, do que a sujeição das partes à vontade e ao poder do Estado-juiz – expressão, aliás, que é mesmo sintomática da fusão de duas figuras fantasmais¹². Desta forma, o conceito de processo como relação jurídica pressupõe, desde sempre, o lugar privilegiado da radical subjetividade do juiz.

3.2 Teoria fazzalariana do processo: distinções entre processo e procedimento

Elio Fazzalari, seguindo os passos de James Goldschmidt (2002) que já apontava as fragilidades dos desdobramentos da assimilação do arcabouço conceitual da relação jurídica do direito privado levada a efeito por Bülow, critica a proposta do jurista fundador do direito processual e elabora a teoria do processo como espécie do gênero procedimento.

Em contraposição a Bülow e a seus seguidores, para os quais processo e procedimento se tornam indistintos¹³, Fazzalari resgata a importância do procedimento para, a partir dele, formular uma teoria do processo.

Aliás, a indistinção entre processo e procedimento como sintoma dos relacionistas é vista no texto de Cândido Rangel Dinamarco, expoente da dogmática processual tradicional brasileira de fundo bülowiano:

Em tempos recentes, presencia-se a uma reabilitação do procedimento, como instituto processual de primeira importância. Rejeitaram-no os processualistas do século XIX e na primeira metade deste, encantados com a descoberta de que o processo não se reduz à mera sequência de atos coordenados em cadeia fechada entre a demanda e a sentença: daí as prestigiosas doutrinas que floresceram, entre as quais a do processo como relação jurídica e todas proscrevendo a visão unilateral do processo como procedimento. Jamais conseguiram demonstrar que o processo fosse algo distinto do procedimento, situado fora dele, e em menos de um século acabou por ressurgir na mente dos processualistas o valor do procedimento no próprio conceito de processo. (DINAMARCO, 2003, p. 152).

A dificuldade de separação desses dois institutos decorre exatamente da forte influência que a ideia do processo como relação jurídica exerce sobre a doutrina processualista.

¹² Sobre esse tema, ver DERRIDA (2010)

¹³ A confusão teórica entre processo e procedimento é nítida no texto bülowiano: “El proceso es una relación jurídica que avanza gradualmente y que se desarrolla paso a paso. Mientras que las relaciones jurídicas privadas que constituyen la materia del debate judicial, se presentan como totalmente concluídas, la relación jurídica procesal se encuentra em brión. Esta se prepara por medio de actos particulares” (BÜLOW, 1964, p.2).

É mediante críticas a enfoques como esse que Fazzalari elabora uma distinção entre processo e procedimento com base na relação gênero-espécie. Atribuindo ao procedimento um conceito próprio para, após, discorrer sobre o processo, nega parâmetros relacionados aos escopos de um e de outro como referenciais de distinção. Em lugar de critérios teleológicos, utiliza-se do critério que chama de lógico. É que, como bem ressalta Aroldo Plínio Gonçalves (2001): antes de tudo há, em Fazzalari, entre processo e procedimento, uma relação de inserção, e a diferença se encontra em uma peculiaridade da espécie, o contraditório.

O procedimento é, assim, uma estrutura composta por normas que qualificam condutas e regulam o cumprimento de atividades regulamentadas por outras normas, onde os atos vão se ligando uns aos outros, de modo que o cumprimento do primeiro é pressuposto para a validade do segundo e assim sucessivamente, até se chegar ao ato final.

Sobre isso, esclarece Fazzalari:

[...] 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 sobre a eficácia do ato e dos atos dependentes que o seguem (compreendido aquele final). (2006, p. 117).

Por outro lado, se essa estrutura prevê a participação, em contraditório, daqueles em cuja esfera jurídica incidirão os efeitos do provimento estatal, o procedimento define-se como processo. Assim, todo processo é um procedimento, mas a recíproca não é verdadeira. Falar-se em processo somente quando o procedimento se desenvolve em contraditório.

Sintetizando a estrutura de um procedimento, vê-se que essa é composta de normas, atos e posições subjetivas. E, em sendo estrutura, da legalidade dos atos preparatórios do ato final¹⁴ dependerá a validade deste último.

Do procedimento participam o juiz e as partes, essas como interessadas no provimento final. Se houver previsão legal, essa participação deve ser assegurada pelo magistrado e deve ocorrer em simétrica paridade, ou seja, em iguais oportunidades. Sendo assim, chega-se no conceito fazzalariano de processo: procedimento em contraditório em simétrica paridade entre partes.¹⁵

¹⁴ “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, de modo que, por exemplo, um poder dirigido a um sujeito depois que um dever tenha sido cumprido, por ele ou por outros, e por sua vez o exercício daquele poder constitua o pressuposto para o insurgir-se de um outro poder (ou faculdade ou dever).” (FAZZALARI, 2006, p. 114).

¹⁵ É o que se colhe da explicação do próprio autor italiano: “Se, pois, o procedimento é regulado de modo que dele também participam aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos [...] e se tal participação é armada de que modo que os contrapostos ‘interessados’ [...] estejam sob o plano de simétrica paridade, então o procedimento compreende o ‘contraditório’, faz-se mais articulado e complexo, e do *genus* (sic) ‘procedimento’ é possível extrair a *species* (sic) ‘processo’” (FAZZALARI, 2006, p. 94 – grifos do autor).

Ainda que Fazzalari contribua dizendo que os interessados no provimento devam ser chamados a comparecer, em contraditório, todos os destinatários, o juiz permanece sendo, nas palavras do jurista italiano, o “autor do provimento” (2006, p. 119), o qual é o responsável último pela valoração da atividade das partes.

Portanto, apesar de considerar a visão relacionista uma compreensão retrógada do processo, o referido autor posiciona o juiz também sobre as partes, e dá a ele, como se viu, o lugar de enunciador último do sentido normativo, já que a decisão é ato de vontade. Assim, embora refute o conceito da relação jurídica afirmada por Bülow, mantém-se fiel à importância da autoridade do magistrado, cuja vontade mantém-se intocada enquanto instância de revelação do sentido normativo.

4 TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA E A NEGATIVA DO CONTRADITÓRIO COMO MERO ATRIBUTO DO PROCESSO

Percebe-se uma predominância e sobreposição às partes, direta ou indireta, da figura do juiz nas teorias sobre as quais se discorreu, as quais se utiliza da jurisdição para impor a vontade do Estado. Sendo assim, muito embora se denominem processualistas, enfatizem não o processo como instância de solução de controvérsias, mas a jurisdição.¹⁶

Apesar do esforço fazzalariano em se desvencilhar da relação jurídica, como visto, sua pretensão não foi totalmente atingida se se observa o lugar do juiz quanto aos atos decisórios surgidos no *iter* procedimental.

É o que ressalta André Cordeiro Leal que, ao tratar da incompatibilidade da teoria neoinstitucionalista com as demais teorias do processo, aduz, na apresentação da obra Teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural, de Rosemiro Pereira Leal (2013), comentando sobre a ausência de aproximação entre as obras de Fazzalari e as de Rosemiro Leal, que

Mostra disso se encontra na passagem em que o autor se concentra nas ideias de Elio Fazzalari, na qual o Professor Rosemiro Pereira Leal apresenta argumentos para demonstrar que a sua proposição supera, em seus conteúdos informativos (como diria Popper), a abordagem fazzalariana do processo, na medida em que, ao contrário desta, não acolhe o processo como espécie inerente ao procedimento, nem

¹⁶ Essa também é a conclusão de André Cordeiro Leal: “No entanto, os autores que ainda se baseiam na antiga ciência do processo fundada pela teoria bülowiana, mesmo que não mais a adotem, como marco de suas reflexões, a teoria do processo como relação jurídica, não conseguem fugir ao núcleo judicialista da jurisdição presente no paradoxo de Bülow” (2008, p.130). Veja-se, a esse respeito, a posição assumida explicitamente por Candido Rangel Dinamarco, em obra em que coloca não o processo, mas a jurisdição no centro da ciência processual (2003).

direitos fundamentais do processo sem cogitar de uma teoria processual constitutiva do sistema constitucional (LEAL, 2013, p. 8).

Isso se dá em razão de que, na perspectiva democrática neoinstitucionalista, a pergunta sobre quem decide assume importância secundária. Como decidir é a resposta que precisa ser obtida. Não se alinha ao Estado “não dogmático”¹⁷ a figura iluminada do julgador, porque não é a autoridade que torna legítima uma decisão. Sobre isso, Rosemiro Pereira Leal, autor da teoria neoinstitucionalista do processo, afirma:

Na pós-modernidade, o cometimento teórico de um discurso não mais se afirma pela autoridade de seu autor. A individualidade atualmente não é mais impositiva dos conteúdos (relato) da justificação das Ciências Política, Econômica e Jurídica. (LEAL, 2012, p. 92).

A resposta estaria, segundo a proposta neoinstitucionalista, em eleger o processo como interpretante¹⁸ do direito democrático. Ampliando ainda mais suas considerações, o autor remete o problema da legitimidade da decisão, inclusive, para a própria elaboração dos textos legais. É o que Rosemiro Leal afirma: “Quando é crido que *lei* contém uma incompletude fatal e que as *leis* não regulam a sua própria aplicação, ainda não se cogitou de uma **teoria da lei** como fiz [...] na *teoria neoinstitucionalista do processo*.” (LEAL, 2013, p.3).

Em outras palavras, o processo, para essa proposta, é uma teoria constitucionalizada e constitucionalizante que viabiliza, pelos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, a instalação de espaços de produção, reprodução e interpretação do direito democrático.

5 O CONTRADITÓRIO FAZZALARIANO E A PROPOSTA NEOINSTITUCIONALISTA

Viu-se que a contribuição fazzalariana para a ciência do processo está em construir um conceito de procedimento e em apontar a presença do contraditório como aquilo que distingue os procedimentos em geral do processo. Como se viu, segundo Fazzalari (2006), aos

¹⁷ Expressão utilizada pela teoria neoinstitucionalista do processo para aludir ao direito produzido e interpretado sob o paradigma do Estado Democrático de Direito.

¹⁸ A teoria neoinstitucionalista do processo, com as contribuições do linguista Edward Lopes, apresenta o processo como código-interpretante do direito. Afirma Rosemiro Pereira Leal que “Na minha teoria neoinstitucionalista da linguagem, o devido processo não é um ‘metanível descritivo’ que possa pretender estar dotado da ‘propriedade de zerar a ideologia’, mas é um núcleo inaugurador de um referente (interpretante) linguístico na metalinguagem do texto e do discurso que codifica a formação de um vínculo auto-crítico-intradiscursivo (intradiscussivo) para todos os implicados de uma comunidade juridicamente (normativamente) constitucionalizada (co-institucionalizada) e candidata à autoria de uma sociedade jurídico-política em que destinadores e destinatários normativos estejam em simétrica paridade isomênica.” (2010, p.276-277)

interessados é assegurado, no processo, o direito de participação, de audição, haja vista a incidência dos efeitos do provimento em suas esferas jurídicas. É essa participação que os diferencia. O contraditório é que faz do processo um procedimento.

Além disso, depreende-se do texto do autor italiano que o contraditório deve se dar em simétrica paridade entre os interessados no provimento. Em outras palavras, as partes devem dispor da mesma gama de oportunidades, para que possam influenciar o autor do provimento. Segundo o jurista italiano,

Tal estrutura [contraditório] consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades [...]; de modo que cada contraditor possa exercer um conjunto [...] de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas do resultado. (FAZZALARI, 2006, p. 119/120).

Esclareça-se, ainda, que o dizer e contradizer não são propriamente o contraditório fazzalariano, mas os “conteúdos” desse. Em outros termos e a oportunidade assegurada, garantida, às partes para que essas empreendam atos que visem a que o direito, afirmado ou negado, e posto em debate, seja acertado a seu favor (GONÇALVES, 2001, p. 127).

Em outras palavras, o contraditório não é a defesa apropriadamente dita. É a garantia de que haverá uma ou várias oportunidades, no iter processual, para que se exerça esse e outros direitos que resguardem as partes, para dizer e contradizer. As partes são colocadas em simétrica paridade, de molde a que as oportunidades sejam distribuídas igualmente, mas consideradas suas posições de antagonistas.

Sem desconsiderar o avanço da teoria de Fazzalari, se comparada ao entendimento da relação jurídica, Rosemiro Leal (2016) pondera algumas ininteligibilidades na proposta do autor italiano, dentre as quais a definição do que seria “essência do contraditório”, explicada por Gonçalves como sendo a “igualdade de oportunidades” garantida pela simétrica paridade (GONÇALVES, 2001, p. 127).

Sendo assim, para Leal (2016, p.177), em Fazzalari, “embutiu-se o contraditório na isonomia”, o que seria pouco esclarecedor. Para Rosemiro Leal,

Se o contraditório se define por uma ‘essência’, esse ensino se tornaria tópico-retórico à medida que não explicasse o que seria igualdade de oportunidade ou liberdade para todos perante a lei. O corolário essencial resolveu-se, como se lê do trecho mencionado, pela ‘simétrica paridade de participação no processo’. Embutir-se o *contraditório* na *isonomia* sem considerar a complexidade do instituto da ‘simétrica paridade’ (*isonomia*), traduzindo-a nos estritos limites da igual liberdade participativa para todos. Porém, a *isonomia* supõe três vertentes de reflexão: isotopia, *isonomia* e *isocrítica* com outras implicações topológicas mas ampliadas por Francis Wolff. Essa conjectura é, na teoria processual democrática, de relevantíssima importância, porque igual oportunidade, como contraditório, poderia

até mesmo ser garantida em Estados autocráticos ou judicialistas por uma constituição ou leis de fundo positivista ou pós-positivista. (2016, p.177)

A presença do contraditório é incompatível com a teoria do processo como relação jurídica e, quiçá, seja esta a razão pela qual tal teoria não o desenvolveu, porque enquanto a visão relacionista permeia a exigibilidade, a arbitrariedade, a imposição e principalmente, a autoridade judicial, o contraditório trás a ideia da participação dos interessados na construção do provimento estatal, que sob orientação desse princípio, não será fruto de uma única vontade majestosa.

Diferentemente da oportunização do dizer e contradizer, e até do não dizer, o contraditório, desenvolvido entre as partes, como princípio constitucional, assegurado no artigo 5º, LV, da Constituição da República de 1988, encontra na teoria neoinstitucionalista uma posição distinta daquela que lhe foi dada por Fazzalari, porque o direito ao contraditório não integra uma simples ritualidade do procedimento para convencer o juiz.

Mesmo que estejam as partes em contraditório e disponham do direito de participação igualitária no processo, os resultados dessa participação e das atividades dos contraditores dependem do gostar subjetivo do juiz, “na relevância das mesmas para o autor do provimento”, como coloca o processualista italiano. (FAZZALARI, 2006, p. 119).

Em Fazzalari, aliás, a valoração de provas, por meio das quais o juiz pode “deduzir” os fatos, é feita através de um juízo de probabilidade, que depende do entendimento do julgador acerca daquilo que é mais provável de acontecer, com base em observações passadas:

O emprego necessário, por parte do juiz, das “máximas de experiência” (isto é, das proposições por meio das quais a experiência se coloca e se torna interindividual) assegura a racionalidade da sua decisão e, em cada caso, a torna controlável em sede de impugnação. (FAZZALARI, 2006, p.459).

Essa preponderância do juiz é observada, em Fazzalari, até quando se trata do recurso, meio de impugnação das decisões judiciais, o que para o mencionado autor é tido como “luto da perda” (2006, p. 197). Portanto, diante da afinidade entre as teorias de Bülow e Fazzalari acerca do papel do juiz, o contraditório se esvai como referencial de construção de decisões cuja legitimidade não se origine do saber pressuposto do julgador, ao contrário daquilo que ocorre com a teoria neoinstitucionalista do processo, para a qual o contraditório é um referente da democraticidade jurídica.

Em obra que sintetiza seu pensamento, o autor da teoria neoinstitucionalista o processo revisita a perspectiva fazzalariana e apresenta ao leitor as razões da ausência de

aproximação entre o princípio do contraditório no neoinstitucionalismo e o contraditório em Fazzalari:

Em 1999 publiquei a primeira edição de minha Teoria Geral do Processo, em que, embora ressaltando a grandeza e o destemor da inteligência do eminente processualista italiano Elio Fazzalari, ao pioneiramente desenvolver sua instigante e singular *teoria do processo* que se desgarrava do instrumentalismo da escola bülowiana e de seus adeptos, ressalvei que se impunha alçar a teoria fazzalariana, por outra vertente epistemológica, ao bojo de uma nova teoria da constitucionalidade com vistas a liberar a garantia fundamental do contraditório, que em sua teoria estava, a meu ver, confinada na relação processo-procedimento de tal sorte que, à existência do processo, seria indispensável que os procedimentos legalmente criados já trouxessem, de modo imanente, o atributo do dever da oferta do contraditório. Assim, em Fazzalari, não é um contraditório um dos elementos institutivos do processo, mas o processo é que seria aristotelicamente uma qualidade do procedimento (gênero) que se transmutava em processo (espécie). (LEAL, 2013, p. 39).

O que se vê, portanto, é que o contraditório, na teoria neoinstitucionalista, como **princípio institutivo** que é, difere radicalmente do contraditório em Fazzalari, cuja teoria apenas considera o contraditório como critério de distinção entre processo e procedimento, sem cogitar, no entanto, dos impactos democráticos dessa distinção.

6 CONCLUSÕES

Depreende-se que, em Fazzalari, o contraditório aparece como mera oportunização do dizer e contradizer, que se dá, aos interessados no provimento, em simétrica paridade. Esse contraditório é o que distingue o processo do procedimento.

Embora não se possa negar importância ao esforço do autor italiano, sua teoria, reduzindo o contraditório a mero atributo acidental do procedimento, exime-se em indagar como o contraditório, na qualidade de princípio constitucional, poderia contribuir para as reflexões sobre a democraticidade jurídica das decisões judiciais.

Essa dificuldade parece mesmo decorrer da suposição da inescapabilidade do lugar privilegiado do juiz na dicção do sentido legal, já que o julgador aparece nas cogitações fazzalarianas como intérprete qualificado do direito. Isso denota a ambivalência da teoria de Fazzalari, que critica as escolas do pensamento jurídico que partem do processo como relação jurídica, mas retoma, implicitamente, os pressupostos jurisdicionalistas da teoria bülowiana.

É nesse sentido que se pode afirmar que o contraditório fazzalariano é estranho a processualidade democrática proposta pela teoria neoinstitucionalista do processo, para a qual a contraditorialidade não está a serviço o Estado-juiz, porque, como princípio institutivo

coextenso aos demais princípios da ampla defesa e da isonomia, o contraditório permite que se construa uma decisão jurídica, cuja legitimidade se desgarra da sapiência de quem decide.

REFERÊNCIAS

- BOSQUE, Wagner Mendonça. *Princípio da razoável duração do procedimento: aplicabilidade e operacionalidade no direito processual democrático*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_BosquesWM_.pdf> Acesso em 20 jun. 2016.
- CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria geral do processo*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2003;
- DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil – 19 edição revisada e completamente reformulada conforme o Novo CPC – Lei 13.105, de 16 de março de 2015 e atualizada de acordo com a Lei 13.256, de 04 de fevereiro de 2016*. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Campinas: Bookseller, 2006;
- GOLDSCHMIDT, James. *Princípios gerais do processo civil*. Belo Horizonte: Líder, 2002.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 2001;
- KANTOROWICZ, Hermann. La lucha por la ciencia del derecho. In *La ciencia del derecho – Savigny, Kirchmann, Zitelmann, Kantorowicz*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1949.
- LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- LEAL, André Cordeiro. *A instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.
- LEAL, André Cordeiro. Inconsistências do direito ao recurso como meio de acesso ao duplo grau de jurisdição. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. *Direito processual: estudo democrático da processualidade jurídica constitucionalizada*. Belo Horizonte: Puc Minas, Instituto de Educação Continuada, 2012, p. 337-348.
- LEAL, André Cordeiro. Apresentação. In: LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 13 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. Araras: Bestbook, 2001.

NEVES, Celso. *Estrutura fundamental do processo civil – tutela jurídica processual, ação, processo e procedimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

OLIVEIRA, Marcelo Cattoni Andrade de. Interpretação como ato de conhecimento e interpretação *como ato de vontade*. In OLIVEIRA, Marcelo Cattoni Andrade (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 121-149.

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. 14. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral dos recursos, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 15. ed. São Paulo: RT, 2015, v.1