

Processo justo e contraditório dinâmico¹

Fair process and dynamic contradictory

Humberto Theodoro Júnior²

Advogados Associados, MG, Brasil

htj@htj.adv.br

Resumo

Este artigo traz uma análise do devido processo legal sob a ótica do denominado *processo justo*, especialmente a partir da visão de Comoglio. Para tanto, torna-se mister avaliar qual é, efetivamente, a dimensão que deverá ser dada ao *processo justo*. Sobreleva considerar, nesse sentido, o papel do contraditório no contexto desse *processo justo*.

Palavras-chave: devido processo legal, processo justo, contraditório.

Abstract

This article presents an analysis of the due process of law through the optic of the nominated “fair process”, especially by the sight of Comoglio. For that, it is important to analyze which is effectively the dimension that should be given to the fair process. It is imperative to consider, in this way, the role of the contradictory in the context of this “fair” process.

Key words: due process of law, fair process, contradictory.

¹ Estudo em homenagem ao Prof. Ovídio Baptista da Silva. Artigo publicado originalmente na *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, 33:5-18, nov-dez 2009.

² Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da UFMG. Desembargador Aposentado do TJMG. Membro da Academia de Direito de Minas Gerais, do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual e da *International Association of Procedural Law*. Advogado. Humberto Theodoro Júnior Advogados Associados. Av. Afonso Pena, 4.121, 12º andar, 30130-008, Belo Horizonte, MG, Brasil.

Nella nuova prospettiva post costituzionale, quindi, il problema del processo non riguarda soltanto il suo essere (id est: la concreta organizzazione secondo le leggi ordinarie vigenti) ma anche il suo dover essere (id est: la conformità del suo assetto positivo alla normativa costituzionale sull'esercizio dell'attività giurisdizionale) (Andolina e Vignera, 1997, p. 5).

Introdução

O processo do Estado Democrático de Direito contemporâneo “não se resume a regular o acesso à justiça, em sentido formal. Sua missão, na ordem dos direitos fundamentais, é proporcionar a todos uma tutela *procedimental* e substancial *justa*, adequada e efetiva. Daí falar-se, modernamente, em garantia de um *processo justo*, de preferência à garantia de um *devido processo legal*” (Theodoro Júnior, 2009a, p. 88).

Em ensaio recente elaborado em parceria com o Prof. Dierle José Coelho Nunes (Theodoro Júnior e Nunes, 2009, p. 108), destacamos que o Estado Democrático de Direito, nos padrões universais emergentes do pós-segunda Grande Guerra, impõe novas perspectivas para a análise do processo. Nessa ótica, a primeira constatação é a da sua fundamental posição dentro da estrutura dos direitos e das garantias constitucionais, de onde necessariamente se terá de extrair o modelo constitucional do processo, entendido como o “conjunto de princípios e regras constitucionais que garantem a legitimidade e a eficiência da aplicação da tutela”.

No mesmo estudo, fizemos ver que a divisão de papéis e de funções a serem desenvolvidas dentro do processo, objeto da preocupação da doutrina estrangeira há algum tempo segundo a teoria dos papéis *Rollen-theorie* (Wassermann, 1978, p. 129), merece ser desenvolvida sob uma visão constitucional que garanta não só o desenvolvimento do processo em tempo razoável como também um debate processual que gere a formação do provimento seguindo os ditames do devido processo legal (*giusto processo*) (Theodoro Júnior, 2009b, p. 245; Theodoro Júnior e Nunes, 2009, p. 108).

No entanto, torna-se imperiosa a aplicação da chamada *comparticipação*³ entre juiz e partes (e seus advogados), idealizada pela doutrina tedesca⁴, que, levada a sério, conduziu à idealização de uma nova forma de implementação da cognição ao se perceber que um de-

bate bem feito conduz à redução do tempo processual e à formação e a decisões melhores construídas, levando à diminuição decorrente da utilização de recursos (Bender e Strecker, 1978, p. 554).

Nessa renovada análise do sistema processual, um princípio constitucional ganha nítido destaque. Trata-se do princípio do contraditório que garante uma simetria de posições subjetivas, além de assegurar aos participantes do processo a possibilidade de dialogar e de exercitar um conjunto de controles, de reações e de escolhas dentro desta estrutura (Fazzalari, 1958, p. 869).

Sob esse enfoque, verifica-se que a doutrina há muito percebeu que o contraditório não pode mais ser analisado apenas como mera garantia formal de bilateralidade da audiência, mas como uma possibilidade de influência (*Einwirkungsmöglichkeit*) (Baur, 1954, p. 403) sobre o desenvolvimento do processo e sobre a formação de decisões racionais, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa.

Tal concepção significa que não se pode mais, na atualidade, acreditar que o contraditório se circunscreva ao dizer e ao contradizer formal entre as partes, sem que isso gere uma efetiva ressonância (contribuição) para a fundamentação do provimento, ou seja, afastando a ideia de que a participação das partes no processo possa ser meramente fictícia, ou apenas aparente, e mesmo desnecessária no plano substancial (Theodoro Júnior e Nunes, 2009, p. 109).

É de Comoglio (1988, p. 6) a observação de que, na Alemanha, o contraditório assumiu seus atuais perfis constitucionais:

[...] graças a uma tríplice ordem de situações subjetivas processuais, na qual a qualquer parte vêm reconhecidos: (i) o direito de receber adequadas e tempestivas *informações*, sobre o desencadear do juízo e as atividades realizadas, as iniciativas empreendidas e os atos de impulso realizados pela contraparte e pelo juiz, durante o inteiro curso de processo; (ii) o direito de defender-se ativamente, posicionando-se sobre cada questão, de fato ou de direito, que seja relevante para a decisão da controvérsia; (iii) o direito de pretender que o juiz, a sua vez, leve em consideração as suas defesas, as suas alegações e as suas provas, no momento da prolação da decisão.

Por fim, alertamos para o óbvio de que essa visão atual do princípio do contraditório não deve se limitar a uma discussão de direito comparado (na Alemanha,

³ Chamada pela doutrina alemã de “comunidade de trabalho” (*Arbeitsgemeinschaft*) (Nunes, 2008, p. 212 e ss.).

⁴ Cf. o desenvolvimento dessa doutrina no Brasil em Nunes (2008).

Itália, França⁵, Áustria, Portugal⁶, entre outros países): ela permite vislumbrar e defender, em todo Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil, a existência de um juiz diretor (formal e material do processo), mas que, necessariamente, exerce sua função garantindo às partes a manutenção da possibilidade de também participar ativamente do processo, como se verá adiante⁷ (Theodoro Júnior e Nunes, 2009, p. 110).

O devido processo legal concebido como processo justo

Jurisdição e processo são dois institutos indissociáveis. O direito à jurisdição é, também, o direito de processo, como meio indispensável à realização da justiça. A Constituição, em seu artigo 5º, inc. XXXV, por isso, quando garante o acesso à jurisdição, assegura aos cidadãos, necessariamente, o direito ao processo como uma das garantias individuais (Theodoro Júnior, 2009c, p. 23).

A justa composição da lide só pode ser alcançada quando prestada a tutela jurisdicional dentro das normas processuais traçadas pelo Direito Processual Civil, das quais não é dado ao Estado declinar perante nenhuma causa (Constituição Federal (CF), art. 5º, incs. LIV e LV). É no conjunto dessas normas do direito processual que, de forma prática, se consagram os princípios informativos que inspiram o processo moderno e que propiciam às partes a plena defesa de seus interesses, e, ao juiz, os instrumentos necessários para a busca da verdade real, sem lesão dos direitos individuais dos litigantes.

A garantia do devido processo legal, porém, não se exaure na observância das formas da lei para a tramitação das causas em juízo. Compreende algumas categorias fundamentais como a garantia de juiz natural (CF, art. 5º, inc. XXXVII) e do juiz competente (CF, art.

5º, inc. LIII), a garantia de acesso à justiça (CF, art. 5º inc. XXXV), de ampla defesa e contraditório (CF, art. 5º, inc. LV) e, ainda, a de fundamentação de todas as decisões judiciais (art. 93, inc. IX)⁸.

Uma assimilação da ideia de devido processo legal à de processo justo é feita modernamente. A par da regularidade formal, o processo deve adequar-se a realizar o melhor resultado concreto, em face dos desígnios do direito material. Entrevê-se, nessa perspectiva, também um aspecto substancial na garantia do devido processo legal⁹.

A exemplo da Constituição Italiana, a Carta brasileira foi emendada para explicitar que a garantia do devido processo legal (processo justo) deve assegurar “a razoável duração do processo” e os meios que proporcionem a “celeridade de sua tramitação” (CF, art. 5º, novo inciso LXXVIII, acrescentado pela emenda Constitucional n. 45, de 08/12/2004).

Nesse âmbito de comprometimento com o “justo”, com a “correção”, com a “efetividade” e a “presteza” da prestação jurisdicional, o *due process of law* realiza, entre outras, a função de um superprincípio, coordenando e delimitando todos os demais princípios que informam tanto o processo como o procedimento. Inspira e torna realizável a proporcionalidade e razoabilidade que deve prevalecer na vigência e harmonização de todos os princípios do direito processual de nosso tempo (Theodoro Júnior, 2009c, p. 27).

Como justo, para efeito da nova garantia fundamental, não se pode aceitar qualquer processo que se limite a ser regular no plano formal. Justo, como esclarece Trocker (2001, p. 383-384), “é o processo que se desenvolve respeitando os parâmetros fixados pelas normas constitucionais e pelos valores consagrados pela coletividade. E tal é o processo que se desenvolve perante um juiz imparcial, em contraditório entre todos

⁵ França: Nouveau code de procédure civile. Article 16. “Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d’en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu’il a relevés d’office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations” (Normand, 1988, p. 736).

⁶ Portugal: Código de Processo Civil. Art. 3º. 3. “O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de fato mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem”.

⁷ Devemos nos preocupar com o reforço do papel do juiz, mas, ao mesmo tempo com o reforço do papel das partes e dos advogados, pois, caso contrário, delinear-se-á um sistema antidemocrático de aplicação de tutela no qual o juiz deverá trabalhar praticamente sozinho sem subsídio técnico algum do procedimento e dos advogados.

⁸ Das garantias do juiz natural e do contraditório decorrem alguns subprincípios aplicáveis à instauração do processo e ao julgamento da causa, como os que são denominados *princípio da demanda* e *princípio da congruência* (Theodoro Júnior, 2009c, p. 507).

⁹ Compromete-se o devido processo legal com a necessidade de assegurar a efetividade da tutela jurisdicional. Ressaltando a instrumentalidade do direito processual, esta deve ser avaliada em termos de *eficiência* na defesa do direito material subjetivo. Na ordem constitucional, o processo se insere entre as garantias fundamentais e se apresenta como apanágio da cidadania. É necessário, pois, que o exercício de suas regras “apresente *in concreto* a utilidade efetiva para as quais foram predispostas” (Ricci, 1995, p. 16). A Constituição italiana, após a reforma de 1999, estatui, expressamente, em seu art. 111: “La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge”. Nessa ideia de *processo justo*, insere-se, além das tradicionais figuras do juiz natural imparcial, do contraditório, da legalidade das formas, e do compromisso com a ordem jurídica substancial, “uma afirmação, não menos categórica, da *efetividade* dos meios processuais e das formas de tutela obteneíveis junto ao juízo [...] aos quais se agrega, ainda, o compromisso com os valores de “correção”, “equidade” e “justiça procedimental” (Comoglio, 2004a, p. 154-158). O processo deve ser desenvolvido para proporcionar à parte o melhor resultado possível em termos de direito material (devido processo *substancial*).

os interessados, em tempo razoável, como a propósito estabelece o art. 111 da Constituição” [italiana].

Preocupações que não se restringem aos aspectos formais ou procedimentais ligados à garantia de contraditório e de ampla defesa entram nessa moderna concepção do processo justo. Integram-na também escopos de ordem substancial, quando se exige do juiz que não seja apenas a “boca da lei” a repetir na sentença a literalidade dos enunciados das normas dadas pelo legislador. Na interpretação e aplicação do direito positivo, ao julgar a causa, cabe-lhe, sem dúvida, uma tarefa integrativa, consistente em atualizar e adequar o enunciado da norma aos fatos e valores em jogo no caso concreto. O juiz tem de complementar a obra do legislador, servindo-se de critérios éticos e consuetudinários, para que o resultado final do processo seja realmente justo, no plano substancial. É assim que o processo será, efetivamente, um instrumento de justiça.

Uma vez que o atual Estado Democrático de Direito se assenta sobre os direitos fundamentais, que não apenas são reconhecidos e declarados, mas cuja realização se torna missão estatal, ao processo se reconhece o papel básico de instrumento de efetivação da própria ordem constitucional. Nesta função, o processo, mais do que garantia da efetividade dos direitos substanciais, apresenta-se como meio de concretizar, dialética e racionalmente, os preceitos e princípios constitucionais. Dessa maneira, o debate, em que se enseja o contraditório e a ampla defesa, conduz, pelo provimento jurisdicional, à complementação e ao aperfeiçoamento da obra normativa do legislador. O juiz, enfim, não repete o discurso do legislador. Faz nele integrar os direitos fundamentais, não só na interpretação da lei comum, como na sua aplicação ao quadro fático, e, ainda, de maneira direta, faz atuar e prevalecer a supremacia da Constituição. O devido processo legal, portanto, pressupõe não apenas a aplicação adequada do direito positivo, uma vez que lhe toca, antes de tudo, realizar a vontade soberana das regras e dos princípios constitucionais. A regra infraconstitucional somente será aplicada ao se mostrar fiel à Constituição. Do contrário, será recusada. E, mesmo quando a lide for resolvida mediante observância da lei comum, o seu sentido haverá de ser definido segundo a conformidade com a Constituição (Theodoro Júnior, 2009c, p. 25).

O devido processo legal, no Estado Democrático de Direito, jamais poderá ser visto como simples procedimento desenvolvido em juízo. Seu papel é o de atuar sobre os mecanismos procedimentais de modo a preparar e proporcionar provimento jurisdicional compatível com a supremacia da Constituição e a garantia de efetividade dos direitos fundamentais.

Há, de tal sorte, um aspecto procedimental do devido processo legal, que impõe a fiel observância do contraditório e da ampla defesa, decorrência obrigatória da garantia constitucional do princípio da igualdade; e há também um aspecto substancial, segundo o qual a vontade concretizada pelo provimento jurisdicional terá de fazer prevalecer, sempre, a supremacia das normas, dos princípios e dos valores constitucionais.

Processo justo na perspectiva de Comoglio

À primeira vista parece difícil pensar na avaliação moral de um instrumento eminentemente técnico como é o processo, submetido, por natureza e função, a regramento procedimental traçado estritamente pela lei. Quando muito o qualificativo “justo”, “injusto”, “bom” ou “mau” seria mais adequado ao resultado ou produto do processo, ou seja, ao seu “resultado final” (o provimento com o qual se implementa a tutela jurisdicional).

Na verdade, porém, há uma presença ética na própria estrutura procedimental arquitetada pelo direito processual positivo, inspirado nos princípios constitucionais e nos princípios comuns infraconstitucionais que exigem dos sujeitos da relação processual e de seus representantes constante e rigoroso respeito aos preceitos da boa fé, lealdade e probidade.

Ademais, a própria meta de fazer *justiça* aos litigantes, perseguida pela função jurisdicional, reclama um compromisso natural do processo com um valor ético, caro aos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Não se pode, por isso mesmo, desconectar o comportamento prático de todos os protagonistas do processo – partes, defensores, ministério público, juiz e auxiliares – dos valores éticos ou morais que envolvem a ideia de justiça. Diante disso, é perfeitamente adequada a qualificação de *processo justo* com a qual a Constituição Italiana identifica o meio de acesso à tutela jurisdicional, dentro das garantias fundamentais.

Com efeito, o processo, na antiga lição de Capograssi, aplica a vontade concreta da lei, revendo fatos passados entre as partes para fazê-los sofrer os efeitos genericamente previstos na ordem jurídica positiva. Além disso, em sua tarefa natural, deve modificar, destruir o evento reconstituído em juízo, substituindo-o por um novo evento, com o qual, em regra, cancela as consequências práticas e jurídicas da situação pretérita, por força da decisão judicial. O exercício desse poder-dever sobre os fatos é, então,

“um colaborar com a vida, é um viver, tem todo o valor da vida [...]”¹⁰.

A fim de reforçar as considerações indicadas, trazemos a conclusão que extrai Comoglio (2004b, p. 6-7) dessa natureza e força do processo é a seguinte:

Da qualsiasi angolazione lo si consideri, il processo è (e rimane), nella sua elementare realtà, un ‘dramma’ di persone e di accadimenti della vita di tutti i giorni, di cui l’uomo, nella combinazione variabile delle sue aspirazioni, dei suoi comportamenti, delle sue azioni, delle sue debolezze o dei suoi interessi, è il fulcro intorno al quale ruota l’intero apparato di giustizia. Se al centro di questo dramma infinito si trova pur sempre l’uomo, come singolo individuo o come partecipe delle ‘formazioni sociali ove si svolge la sua personalità’, con tutto il suo fardello di nobiltà (non di rado, assai poca), di passioni, di rancori e di miserie (perlopiù, tante o troppe), il processo che a qualsiasi titolo lo coinvolga può dirsi ‘giusto’, nella sola misura in cui le forme che lo caratterizzano e le attività che in esso si compiono non siano mai tali, da pregiudicare alcuno dei suoi *diritti personali inviolabili*, riconosciuti e garantiti dallo Stato.

Trata-se, seguindo o notável professor italiano, como é universalmente constatado, de tutelar “aqueles direitos que visam salvaguardar os bens individuais mais preciosos, e, sobretudo, aqueles relacionados à vida, à liberdade da pessoa, à intangibilidade do domicílio ou da privacidade, à liberdade e sigilo das comunicações, à tutela da propriedade individual, e assim por diante” (Comoglio, 2004b, p. 7).

Assim, “entre estes *diritos invioláveis* se coloca, com grande relevo, também, o próprio *direito a um processo ‘justo’* e ao inderrogável respeito de suas garantias ‘mínimas’ (ou seja, em outras palavras, o direito a uma *justiça procedimental em sentido lato*)”. Por essa razão, conclui Comoglio (2004b, p. 7): “a *ética* que o anima é, em suma, o conjunto dos *valores* fundamentais da civilização e da democracia, dos quais se originam, segundo a premissa jusnaturalística do moderno Estado de Direito, o reconhecimento e a inderrogável proteção dos *diritos invioláveis do homem*”.

É, pois, “no sacrossanto respeito à pessoa e aos seus direitos *essenciais* que se traduz, em última análise, a *ética* (ou, se se preferir, a *deontologia*) do *processo justo*” (Comoglio, 2004b, p. 7).

Reais dimensões do processo justo

O moderno processo justo traz em seu bojo significativa carga ética, tanto na regulação procedimental como na formulação substancial dos provimentos decisórios (Theodoro Júnior, 2009c, p. 25). É importante, contudo, não se afastar do jurídico, para indevidamente fazer sobrepujar o ético como regra suprema e, portanto, capaz de anular o direito positivo. Moral e direito coexistem no terreno da normatização da conduta em sociedade, mas não se confundem, nem se anulam reciprocamente, cada qual tem sua natureza, seu método e seu campo de incidência. A moral se volta, acima de tudo, para o aperfeiçoamento íntimo da pessoa e se sujeita a sanções também íntimas e pessoais, que, todavia, não se revestem da imperatividade própria da lei jurídica. Ao contrário da moral, a regra de direito é objetivamente traçada por órgão político, no exercício de atividade soberana. A transgressão de seus preceitos implica censura do poder estatal, manifestada por meio de sanções típicas do caráter coercitivo das regras jurídicas.

As regras morais são utilizáveis pelo julgamento em juízo quando jurisdicizadas de alguma forma, pela ordem jurídica. Assim, quando a lei invoca algum valor ou preceito ético, não o faz nos moldes do que comumente ocorre no plano íntimo próprio da moral. A fonte ética terá de ser amoldada aos padrões objetivos indispensáveis à normatização jurídica. Não é o bom para o espírito que se perquire, mas o bom para o relacionamento social regrado pela lei.

Em nome da eticidade, não se admite que o provimento judicial se torne fonte primária de uma justiça paternalista e assistencial, alheia ou contrária aos preceitos editados pelo legislador. *Justo e injusto* medem-se, no processo, pelos padrões objetivos próprios de direito, e não pela ótica subjetiva e intimista da moral, mesmo porque não é possível na ordem prática quantificar e delimitar, com precisão, os valores e preceitos puramente éticos, em todo seu alcance *in concreto*.

É pela *equidade* que o valor moral penetra na aplicação judicial do direito. Analisando o pensamento filosófico de Hart (1963), exposto em *Law, liberty and morality*, observa Baracho (2007) que, nesse tema, “o princípio geral, latente nas aplicações da ideia de justiça, assenta-se que os indivíduos têm direito, uns em relação aos outros, bem como uma certa posição

¹⁰ Capograssi (2004 [1950], p. 6, nota 19), *Giudizio, processo, scienza, verità*. Riv. Dir. Proc.: “[...] si può dire che il giudice è il giustiziere dell’evento: l’opposto dello storico” (il quale si cotenta di far rivivere, per finalità gnoseologiche, l’evento storico, senza doverlo “modificare rimpiazzare o distruggere” *jure imperii*).

relativa de igualdade ou desigualdade” (Baracho, 2007, p. 10-11). É, pois, pela prevalência dos princípios constitucionais de liberdade e igualdade ou de ilegalidade e efetividade da tutela jurisdicional, sobretudo, que se realiza a *equidade* e se repele a *iniquidade* na composição dos conflitos jurídicos¹¹.

Diante dessas ideias, o *processo justo*, em que se transformou o antigo *devido* processo legal, é o meio concreto de praticar o processo judicial delineado pela Constituição para assegurar o pleno acesso à justiça e a realização das garantias fundamentais traduzidas nos princípios da legalidade, liberdade e igualdade. Nesta ordem de ideias, o processo, para ser *justo*, nos moldes constitucionais do Estado Democrático de Direito, terá de consagrar, no plano procedimental (Andolina, 2005, p. 96):

- (a) o direito de acesso à justiça;
- (b) o direito de defesa;
- (c) o contraditório e a paridade das armas (processuais) entre as partes;
- (d) a independência e a imparcialidade do juiz;
- (e) a obrigatoriedade da motivação dos provimentos judiciais decisórios;
- (f) a garantia de uma duração razoável, que proporcione uma tempestiva tutela jurisdicional.

No plano substancial, o processo justo deverá proporcionar a efetividade da tutela àquele a quem corresponda a situação jurídica amparada pelo direito, aplicado com base em critérios valorizados pela equidade concebida, sobretudo à luz das garantias e dos princípios constitucionais.

O contraditório no processo justo

A construção clássica do contraditório se deu à luz de uma visão estática que o confundia simplesmente com a bilateralidade da audiência das partes durante a sucessão dos atos do processo. O juiz nele não se imiscuía. Era um simples espectador do duelo dos litigantes.

Após o segundo pós-guerra, com a mais ampla constitucionalização de garantias processuais, o estudo destas e o interesse democrático pela colaboração das partes proporcionaram novos horizontes de análise para o princípio do contraditório.

O processo, durante o liberalismo privilegiava o papel das partes e, após os grandes movimentos reformistas pela oralidade e pela instauração do princípio autoritário, implementou um ativismo judicial, privilegiando a figura do juiz. Passou, assim, o Estado Constitucional democrático, com a releitura do contraditório, a permitir uma melhora da relação juiz-litigantes. Com isso, garantiu um efetivo diálogo, e comunidade de trabalho, (*Arbeitsgemeinschaft*) entre os sujeitos processuais na fase preparatória do procedimento (audiência preliminar para fixação dos pontos controvertidos). Na fase de problematização (audiência de instrução e julgamento), permitiu também a comparticipação na estrutura procedimental (Theodoro Júnior e Nunes, 2009, p. 115).

A utilização da fase preparatória (art. 331 do Código de Processo Civil (CPC) do Brasil), levada a sério e com a fixação adequada de todos os pontos controvertidos, pode conduzir a uma redução do tempo processual em face da percepção pelas próprias partes (e seus advogados) de que a continuidade do feito não se faz adequada e necessária. Devido a isso, um advogado técnico será levado à busca da conciliação com o término do processo em prazo razoável.

Essa tendência de utilização metódica da fase preparatória para filtragem e fomento do debate das questões endoprocessuais (pontos controvertidos) de fato e de direito, teve início com Franz Klein em sua festejada ÖZPO (Ordenança Processual Civil austríaca) de 1895. Atualmente acha-se revigorada pelas reformas alemãs da ZPO (Ordenança Processual Civil), mediante a *Vereinfachungsnovelle* de 1976¹², pela reforma *Woolf*¹³ (1995, 1996) do novo processo civil inglês, pela *Ley de enjuiciamiento civil* espanhola (Montero Aroca, 2002) e outras leis europeias. Conduziu, enfim, à conclusão de que essa fase processual pode auxiliar muito numa adequação do modelo cognitivo brasileiro para a obtenção de resultados técnicos e constitucionalmente adequados, especialmente no que tange à aplicação da celeridade e do contraditório dinâmico.

Para tanto, não se fariam necessárias nem mesmo alterações legislativas, somente uma percepção simples de que a fase de nossa audiência preliminar (art. 331, CPC) não serve apenas para a tentativa de obtenção do acordo e da declaração de saneamento, uma vez que esta deve buscar uma função técnica mais importante: a filtragem completa da discussão endoprocessual para a

¹¹ Federal Constitutional Court, June 21, 1977 (BVerfGE 45, 187).

¹² Estruturada a partir dos resultados práticos obtidos pelo Modelo de Stuttgart levada a cabo pelo juiz Rolf Bender e seus pares, inspirada na preleção de Fritz Baur, de 1965 (cf. Baur, 1966).

¹³ Cf. também Bahia (2007, p. 34).

fase posterior de problematização, caso o acordo não seja possível e nem tecnicamente recomendável¹⁴.

Os sujeitos processuais devem, desse modo, assumir a responsabilidade na utilização adequada da fase preparatória do procedimento, efetivamente preparando-se para tal, sem considerar o procedimento como uma série de formalidades desnecessárias e descabidas de sentido. É da assunção das respectivas faculdades, poderes e ônus que ocorrerá a obtenção de resultados práticos, céleres e constitucionalmente adequados.

Nesses termos, após a percepção do fomento do constitucionalismo no século XX, torna-se inaceitável o entendimento que trabalha com uma separação de papéis na estrutura processual, que de um lado possuiria o juiz como terceiro com acesso privilegiado do que seria o bem comum e de outro com partes que se veriam alijadas do discurso processual, entregando seus interesses jurídicos ao critério de *bem comum* desse órgão judicial (Habermas, 2002, p. 295-296). Não podemos colocar o papel de todos os sujeitos processuais no mesmo plano, mas, ao mesmo tempo, devemos estabelecer que cada um, no exercício de seu papel, possa influenciar na formação da decisão, garantindo-se debates e, ao mesmo tempo, processos mais rápidos. Impõe-se, no moderno Estado Democrático de Direito, a releitura do contraditório “como garantia de influência [das partes] no desenvolvimento e resultado do processo” (Trocker, 1974, p. 371; Comoglio, 1970, p. 118).

O delineamento dessa moderna concepção isonômica do contraditório se inicia de modo mais efetivo a partir desse momento, mediante a percepção da doutrina processual germânica de que este não poderia mais ser analisado tão-somente como mera garantia formal de bilateralidade da audiência, mas, sim, como uma possibilidade de influência (*Einwirkungsmöglichkeit*) sobre o conteúdo das decisões (Baur, 1954, p. 403) e sobre o desenvolvimento do processo, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa (Bender e Streckler, 1978, p. 554). Existiria, então, um dever de consulta do juiz impondo fomento ao debate preventivo (Walter, 2001, p. 736) e à submissão de todos os fundamentos (*ratio decidendi*) da futura decisão ao contraditório (Baur, 1954, p. 408). Por esse princípio, estariam asseguradas a igualdade de chances (*Chancengleichheit*) e a igualdade de armas (*Waffengleichheit*) (Baur, 1954, p. 403).

O contraditório, assim, é guindado a elemento normativo estrutural da participação (Comoglio, 1988, p. 2), assegurando, constitucionalmente, o polícentrismo processual (Nunes, 2008). Com isso, todos os sujeitos potencialmente atingidos pela incidência do julgado (potencialidade ofensiva) têm a garantia de contribuir de forma crítica e construtiva para sua formação (Trocker, 1988, p. 35-95, 74-85, *passim*).

Ao analisar o conteúdo do preceito presente no § 139¹⁵, entre outros, da *Ordenança Processual alemã* e no Código de Processo Civil português, ambos reformados¹⁶, vislumbra-se que o direito de participação das partes não constitui um acréscimo inútil ou supérfluo. Desse modo, o aumento dos poderes dos juízes não significou a redução das garantias de defesa das partes, tanto que os pontos delineados por estas devem ser levados em conta na fundamentação das decisões, e ao juiz não é dada a possibilidade de decidir de ofício sem o anterior e prévio conhecimento das partes (Theodoro Júnior e Nunes, 2009, p. 123-124).

É possível notar que, se os poderes do julgador são aumentados, impõe-se a este o dever de informar às partes as iniciativas que pretende exercer, permitindo-lhes um espaço de discussão em contraditório, no qual deve haver a expansão e a institucionalização do esclarecimento judicial a cada etapa do procedimento, inviabilizando julgamentos surpresa (Bender e Streckler, 1978, p. 554).

Desse modo, o *contraditório moderno constitui uma verdadeira garantia de não surpresa* que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que, em “solitária onipotência”, aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes (Ferri, 1988, p. 781-782). Tudo o que o juiz decidir fora do debate já ensejado às partes corresponde a surpreendê-las, e a desconsiderar o caráter dialético do processo, mesmo que o objeto do decisório corresponda a matéria apreciável de ofício (Theodoro Júnior e Nunes, 2009, p. 125).

Conclusões

As ponderações delineadas neste breve ensaio demonstram que a leitura dinâmica da garantia do contraditório, como incentivador ao aspecto dialógico do proce-

¹⁴ Art. 331, *caput*, CPC: “Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir [...] § 2º. Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário”.

¹⁵ ZPO – Ordenança Processual Civil – 139. *Direção material do processo*. Versão de 05/12/2005.

¹⁶ Art. 3.3 do Código de Processo Civil português - *Necessidade do pedido e da contraditório*. Versão do Dec-Lei n. 226/2008.

dimento, impõe uma efetiva comparticipação dos sujeitos processuais em todo o *iter* formativo das decisões.

Cria-se, assim, uma nova tendência e uma nova leitura paritária entre os sujeitos processuais, sem confundir seus papéis, mas, de modo a se implementar uma participação real com a assunção da corresponsabilidade endoprocessual por todos.

Insta, desse modo, registrar que o papel do julgador de garantidor de direitos fundamentais, diretor técnico do processo, impõe a este o diálogo entre as partes para encontrar a melhor aplicação (normativa) da tutela mediante o debate processual e não por meio de um exercício solitário do poder.

À comparticipação advinda da leitura dinâmica do contraditório (e de outras garantias processuais constitucionais) importa uma democratização do sistema de aplicação de tutela. Assim, chegaremos a uma aplicação de tutela com resultados úteis e de acordo com as perspectivas de um Estado Democrático de Direito.

Enfim, o *processo justo* nas dimensões constitucionais do Estado Democrático de Direito deve ser construído e concluído como obra do esforço e participação das partes e do juiz. Ele não dá margem ao autoritarismo judicial, pois, mesmo quando a questão é daquelas que o juiz pode enfrentar de ofício, não deverá decidi-la sem antes ensejar a discussão com as partes, e assim permitir-lhes influir, lógica e juridicamente, com seus argumentos, na formação do julgado. O “processo justo”, como adverte Comoglio (2004b, p. 352), não convive com a possibilidade de julgamentos “de surpresa”, qualquer que seja o seu conteúdo¹⁷.

Referências

- ANDOLINA, I.A. 2005. Il ‘Giusto Processo’ nell’esperienza italiana e comunitaria. *Annali del seminario giuridico*, **VI**: 355-378.
- ANDOLINA, I.; VIGNERA, G. 1997. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2ª ed., Torino, G. Giappichelli, 275 p.
- BAUR, F. 1954. Der Anspruch auf rechliches Gehör. *Archiv für civilistische Praxis*, **153**:393-395.
- BAUR, F. 1966. *Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozeß*. Berlin, Walter de Gruyter & co, 26 p.
- BARACHO, J.A.O. 2007. Lei, jurisprudência, filosofia e moral em HART. *O Sino do Samuel*, [s.l., s.n.].
- BAHIA, A.G.M.F. 2007. *Interesse público e interesse privado nos recursos extraordinários: por uma compreensão adequada no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte, MG. Tese de Doutorado. UFMG, 248 p.

- BENDER, R.; STRECKER, C. 1978. Access to justice in the Federal Republic of Germany. In: M. CAPPELLETTI; B. GARTH, *Access to justice – a world survey*. Milano, Giuffrè, vol. I, livro II.
- CAPOGRASSI, G. 2004 [1950]. Giudizio, processo, scienza, verità. In: L.P. COMOGLIO, *Etica e tecnica del “giusto processo”*. Torino, G. Giappichelli.
- COMOGLIO, L.P. 1988. Voce: contraddittorio (principio del). In: *Enciclopedia giuridica*. Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, vol. 8, p. 2-5.
- COMOGLIO, L.P. 2004a. Il ‘giusto processo’ civile in Italia. *Revista de Processo*, **116**:154-158.
- COMOGLIO, L.P. 2004b. *Etica e tecnica del “giusto processo”*. Torino, G. Giappichelli, 429 p.
- COMOGLIO, L.P. 1970. *La garanzia costituzionale dell’azione ed il processo civile*. Padova, Cedam, 370 p.
- FAZZALARI, E. 1958. Diffusione del processo e compiti della dottrina. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, **3**:861-880.
- FERRI, C. 1988. Sull’effettività del contraddittorio. *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, **42**:780-795.
- HABERMAS, J. 2002. *Verdad y justificación*. Madrid, Trotta, 326 p.
- HART, H.L.A. 1963. *Law, liberty, and morality*. Stanford, Stanford University Press, 88 p.
- MONTERO AROCA, J. 2002. *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*. Napoli, Edizioni Scientifiche italiane, 169 p.
- NORMAND, J. 1988. I poteri del giudice e delle parti quanto al fondamento delle pretese controverse. *Rivista di diritto processuale*, p. 736-750.
- NUNES, D.J.C. 2008. *Processo jurisdiccional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba, Juruá, 286 p.
- RICCI, G. 1995. *Principi di Diritto Processuale Generale*. Torino, Giappichelli, 366 p.
- THEODORO JÚNIOR, H. 2009a. Direito fundamental à duração razoável do processo. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, **29**:83-100.
- THEODORO JÚNIOR, H. 2009b. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: M.A.C. de OLIVEIRA; F.D. MACHADO (coord.), *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte, Del Rey, p. 233-263.
- THEODORO JÚNIOR, H. 2009c. *Curso de Direito Processual Civil*. 50ª ed., Rio de Janeiro, Forense, vol. I, n° 22, 662 p.
- THEODORO JÚNIOR, H.; NUNES, D.J.C. 2009. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, **168**:107-141.
- TROCKER, N. 1974. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano, A. Giuffrè, 768 p. (Studi di diritto comparato, 12).
- TROCKER, N. 1988. I limiti soggettivi del giudicato tra tecniche di tutela sostanziale e garanzie di difesa processuale. *Rivista di Diritto Processuale*, **XLIII**:35-95.
- TROCKER, N. 2001. Il nuovo art. III della Costituzione e il giusto processo in matéria civile: profili generali. *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, **2**:383-384.
- WASSERMANN, R. 1978. *Der soziale Zivilprozeß Zur Theorie um praxis des zivilprozesses im sozialen rechtsstaat*. Neuwied, Darmstadt, Luchterhand, 198 p.
- WOOLF, L. 1995. *Access to justice. Interim Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*. London, HMSO, 192 p.
- WOOLF, L. 1996. *Access to justice. Final Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*. London, HMSO, 139 p.

¹⁷ Para Comoglio (2004b, p. 352, nota 59), perante a garantia constitucional do “processo justo” (art. 111, primo-secondo comma, Cost. Ital.), a intervenção das partes para clarear o tema a decidir não pode mais ser vista como mera *faculdade discricionária do juiz*. Há, *in casu*, um “potere-dovere” de prevenção contra as possíveis “decisões de surpresa”, tornando *constitucionalmente necessários* (e não mais apenas “oportunos”) o prévio destaque e a prévia indicação (às partes), da questão a dirimir, ainda que se trate de matéria de direito abordável de ofício. Mesmo em tais circunstâncias, “a decisão resolutória não será permitida ao juiz senão depois que as partes mesmas tenham podido tratar dela e discuti-la em amplo contraditório”.