# TEORIA GERAL DO PROCESSO: As Diferentes Visões Teóricas que Surgiram no Decorrer da História do Direito Sobre o Processo.

***Davi Souza de Paula Pinto*** [1]

**Resumo:** Visando abordar sobre as diferentes Teorias do Processo encontradas no curso histórico-jurídico, o artigo centra-se no estudo da Teoria do Processo com Contrato, de Pothier, a Teoria do Processo com Quase-Contrato, de Savigny e Guényva, a Teoria do Processo como Relação Jurídica, de Oskar von Bülow, a Teoria do Processo como Situação Jurídica, de Goldschimidt, a Teoria Constitucionalista do Processo, a Teoria do Processo como Instituição Jurídica, formulada por Guasp, a Teoria do Processo como Procedimento realizado em Contraditório, de Elio Fazzalari e a Teoria Neo-institucionalista do Processo, de Rosemiro Pereira Leal, visando mapear os principais pontos dessas teorias, bem como apontando a evolução que a Teoria do Processo teve no decorrer da história.

**Palavras-chaves:** procedimento, processo, teorias.

***Abstract:*** *Aiming to address the different Judicial Processes theories found in the current historical-legal, the article focuses on the study of Procedure theory with Contract of Pothier, the Theory of Quasi-Contract of Savigny and Guényva, and the Theory of Process as legal relation, Oskar von Bülow, the Theory of Process as Legal Status of Goldschimidt, the Constitucionalist Process Theory, the Theory of Procedure as Law Institution, made by Guasp, the Theory of Process as Procedure held in Contraditory of Elio Fazzalari and Neo-institutionalist theory of Procedure, of Rosemiro Pereira Leal, mapping the main points of these theories, as well as pointing the evolution of procedure theory took place in the story.*

***Keywords:*** *Procedure, Processes, Theories.*

## 1. Introdução

Esta pesquisa pressupõe abordar sobre as diferentes Teorias do Processo encontradas no curso histórico-jurídico, no qual pretendemos aprofundar ao máximo.

Dividimos a presente pesquisa em vários tópicos, cada um, destinado a uma teoria.

Veremos que na *Teoria do Processo com Contrato* Pothier o processo se apresentava como um pacto. A segunda teoria apresentada será a Teoria do Processo com Quase-Contrato, observaremos os principais pensamentos de Savigny e Guényva.

Na *Teoria do Processo como Relação Jurídica*, veremos que a teoria tratará sobre a

[1] *Estudante de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – Betim.*

relação jurídico-processual existente entre os sujeitos do processo (juiz, autor, e réu), dentre outras peculiaridades. Esta teoria será tratada conforme os pensamentos de Oskar von Bülow. Posteriormente abordaremos a Teoria do Processo como Situação Jurídica, de Goldschimidt, formulada em 1925.

Pressupõe também a pesquisa explicações sobre a *Teoria Constitucionalista*, do processo, abordando acerca da importância dos princípios constitucionais: ampla defesa, isonomia e contraditório, reserva legal, dentre outros.

A Teoria do Processo como *Instituição Jurídica*, formulada por Guasp, será estudada através do conceito de instituição. Por ultimo, abordaremos a Teoria do *Processo como Procedimento realizado em Contraditório*, de Elio Fazzalari e a *Teoria Neo-institucionalista do Processo*, do brilhante prof. Rosemiro Pereira Leal.

## 2. Teoria do processo como contrato

O criador e sustentador desta teoria é Pothier, que buscou inspiração em Ulpiano e Rosseau. Confirma-nos, Alvim prolatando que a fonte de inspiração foi um texto de Ulpiano, que, traduzido, resulta "em juízo se contrai obrigações, da mesma forma que nas estipulações" (ALVIM, p.150, 2003).

Sustentam alguns doutrinadores, que Pothier retirou seus fundamentos no Direito Romano.

Afirmam Maria da Glória Colucci e José Maurício Pinto de Almeida, na obra, *Lições de Teoria Geral do Processo*, que a teoria do processo como contrato "desenvolveu-se ligada às raízes romanas do processo, em que este se apresentava como um pacto (liticontestatio) em que os litigantes voluntariamente se submetiam à autoridade do árbitro, por eles escolhido" (COLUCCI; ALMEIDA, p.123, 1999). Nota-se que não eram as partes obrigadas a comparecer em juízo, se fossem, porém, estariam elas subordinadas a qualquer decisão tomada pelo árbitro. Desta maneira, Pothier sustenta sua teoria.

Alvim, apesar de demonstrar a convicção de que Pothier sustentou sua teoria através das idéias de Ulpiano e Rosseau, admite também a possibilidade de ligação e influência do direito romano da seguinte maneira:

> "Na fase remota do direito processual romano, O Estado não havia alcançado ainda um estágio de evolução, capaz de permitir-lhe impor a sua vontade sobre a das partes litigante. Procurava-se, por isto, uma justificação, pela qual a sentença pudesse ser coercitivamente imposta aos contendores. Isto era possível em virtude da *litiscontestatio*, em virtude da qual as partes convencionavam aceitar a decisão que viesse a ser proferida pelo index ou arbiter" (ALVIM, p.150, 2003)

Vê-se que um dos principais fundamentos no direito romano para que uma sentença tivesse eficácia era a *litiscontestatio*, sendo necessário, portanto, um acordo prévio das partes de comparecer em juízo e aceitar a decisão, desfavorável ou favorável.

Podemos observar que Pothier assim como os Romanos faziam, também "instaurava-se o processo pela *litiscontestatio* (convenção das partes perante o juiz para acatar a decisão proferida), e o juiz será o árbitro judicial e facultativo e não órgão jurisdicional

monopolizador da jurisdição" (LEAL, p.77, 78, 2008). Tal facultatividade do exercício da jurisdição e esta ausência do monopólio do Estado nos soam estranho. Assunto que reservaremos para o momento oportuno.

Diante do exposto não nos resta dúvida que o processo para Pothier é um contrato realizado entre os litigantes que se firmava somente "com o comparecimento espontâneo das partes em juízo para a solução do conflito" (LEAL, p.77, 2008).

As críticas que se fazem atualmente da teoria do processo como contrato concerne principalmente a *litiscontestatio*, que "desapareceu por completo: o juiz não é mais um mero árbitro, mas representante do Estado (é órgão do Estado); a jurisdição é verdadeira função estatal" (ALVIM, p.151, 2003).

O Processo não pode ser encarado como "um verdadeiro negócio jurídico de direito privado" (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, p.281, 1996), muito pelo contrário, devemos observar que o Estado é o detentor da jurisdição e o Juiz é um órgão competente que a executa em seu nome.

Surgiram no decorrer histórico, doutrinadores, que tentaram tornar relativo o processo como contrato, denominando a teoria do processo como quase-contrato. Tema reservado no seguinte tópico.

## 3. Teoria do Processo como Quase-Contrato

Em se tratando de termos históricos esta teoria surgiu por volta de 1850 defendida pelo Savigny e Guényva. Os teóricos, ao tentarem contornar as críticas da teoria supramencionada insistiram em "enquadrar o Processo na esfera do direito privado, afirmou que, em não sendo o Processo tipicamente um contato deveria ser um quase-contrato" (LEAL, p.78, 2008).

Segundo o magistral entendimento do professor Rosemiro Pereira Leal o processo era considerado um quase contrato pelos teóricos, por que,

> "a parte que ingressava em juízo já consentia que a decisão lhe fosse favorável ou desfavorável, ocorrendo um nexo entre o autor e o juiz, ainda que o réu não aderisse espontaneamente ao debate da lide" (LEAL, p.78, 2008)

Nota-se que quando o juízo é provocado por uma das partes, presume-se que esta já concorda com os termos que serão proferidos em decisão, não importando o interesse da outra parte. A relação em questão se dá entre autor e juiz.

Nesta teoria houve uma singela modificação do entendimento de *litiscontestatio*, que antes era uma convenção das partes perante o juiz que proferiria uma decisão que seria acatada. Para Savigny e Guényva o consentimento não era inteiramente livre, motivo este que levou os autores a acreditar que o processo "não era um contrato, que pressupõe vontade livre, sendo algo semelhante a um contrato, algo como se fosse um contrato, embora contrato não fosse" (ALVIM, p.152, 2003)

Importante notar que esta teoria não se afastou do âmbito privado, os teóricos "foram buscar nas fontes romanas os fundamentos para a sua teoria. O texto de inspira-

ção foi um fragmento romano "De Pecúlio"" (ALVIM, p.151, 2003). Este foi o fato que culminou a maior parte das críticas desta teoria.

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini, Candido R. Dinamarco, declaram que Savigny e Guényva partiu de um erro metodológico que "consiste na crença da necessidade de enquadrar o processo, a todo custo, nas categorias do direito privado" (CINTRA; GRINOVER, DINAMARCO, p.282, 1996)

Visto todas as criticas das teorias, até então existentes, tornou-se claro a necessidade de novas teorias. Oskar Von Bülow sistematizou uma teoria, conhecida como Teoria do Processo como Relação Jurídica, que muito contribui para o sistema processual que hoje conhecemos.

## 4. Teoria do Processo como Relação Jurídica

A Teoria do Processo como contrato e do Processo como quase-contrato, em pouco favoreceu o sistema processual, ambas, voltadas para o âmbito privado foi fortemente criticadas.

No exato ano de 1868, Oskar von Bülow, "pública na Alemanha uma obra intitulada. *A Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais*" (ALVIM, p.161, 2003). A teoria basicamente trata sobre a relação jurídica processual ocorrente entre as partes e o juiz. Esta idéia já foi discutida por vários outros autores, porém afirma Alvim que mérito à Bülow se dá pela "sistematização da relação processual" (ALVIM, p.162, 2003) e não propriamente da existência da relação processual.

Importante fazer nota, que esta teoria "predomina, até hoje, na confecção dos códigos e leis processuais, foi aprimorada por Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei e Liebmam" (LEAL, p. 78, 2008), outros doutrinadores de extrema importância.

Para compreendermos a teoria em questão, devemos partir de um momento histórico de extrema importância para o Direito. Vejamos o que nos descreve Alvim:

> "Desde o momento em que o Estado vedou ao particular a autotutela ou autodefesa dos próprios interesses, permitindo-a apenas em algumas hipóteses restritas, assumiu para si a obrigação de solucionar o conflito de interesses" (ALVIM, p.163,2003)

O Estado, antes delimitado pelos particulares, era tido apenas, como espectador de tantas relações realizadas entre os particulares. Não podendo intervir. Muitas denominações lhe foram atribuído, a título de exemplo: Estado Polícia, onde poderia agir somente dentro dos limites estabelecidos e das liberdades individuais.

Com o passar do tempo o Estado foi sendo requerido pelos indivíduos para solucionar os problemas concernentes às relações. Passaria assim, o Estado, a ser o único detentor da jurisdição, tendo, portanto, a obrigação de resolver os conflitos de interesses.

Importante dar ênfase de que apesar de ser o detentor da jurisdição, o "Estado-juiz não age de oficio; aguarda sempre a provocação de quem se julga com direito a uma prestação por parte de outrem" (ALVIM, p.163, 2003). Outras limitações ou

atribuições também foram previamente estabelecidas em lei, devendo o Estado através de seus órgãos respeitarem.

Bülow trabalha em sua teoria afirmando também que no processo existem duas relações jurídicas, que são completamente diferentes. Mostra-nos Colucci e Almeida que existem as de "direito material, que no processo se discute, e a de direito formal, que se estabelece entre os sujeitos do processo" (COLUCCI, ALMEIDA, p. 124, 1999). Para melhor compreendermos como se dá as duas relações jurídicas, vejamos o excelente exemplo destacado pelos próprios autores.

> "no processo, o autor pleiteia o pagamento de uma quantia que lhe é devida; antes de peticionar em juízo, já existia entre este mesmo autor e o mesmo réu um vínculo, ou seja uma relação jurídica de direito material, fundada num contrato, no qual o autor figura como credor e o réu como devedor; somente depois de vencido o prazo, e não paga a dívida, é que o titular do direito de crédito veio a juízo reclamar o inadimplemento do contrato, iniciando-se a relação jurídica processual, que só se completou com o chamamento do réu a juízo através da citação" (COLUCCI, ALMEIDA, p. 124;125; 1999)

Em termos técnicos a relação material se dá entre as partes, pode ser pública ou privada, mas será sempre questão de direito público.

O caso acima, nos mostra que no direito material há uma relação entre particulares que quando postulada em juízo devido o inadimplemento de uma obrigação, inicia-se outra relação. A segunda relação é destacada por Bülow de relação jurídica processual, ou direito formal. Importante lembrar, que não haverá tal relação se o réu não for sequer chamado a juízo.

O autor quando possui um direito de ação poderá exercê-lo ou não. Caso este "se dirige ao juiz, exercendo o direito de ação, nasce aí uma relação jurídica entre autor e o juiz" (ALVIM, p.164, 2003). Este vínculo, porém, para considerarmos, relação jurídica processual deve completar-se, pois falta a presença do réu, que deverá ser demandado.

O réu pelo menos, deverá ter ciência de que há postulado em juízo uma ação em seu nome. Caso não tenha conhecimento o juiz não poderá atribui nenhuma decisão "sem ouvir o réu. (...) Dando-se conhecimento ao réu de que foi ajuizada uma ação contra ele, também o réu passa a ser interligado aos demais sujeitos processuais (...) pela mesma relação jurídica" (ALVIM, p. 164, 2003)

A título de curiosidade sabemos que os sujeitos principais da relação processual, conforme vislumbrado são: demandante (autor), demandado (réu), Estado (juiz), porém demonstra a doutrina que no processo "não há apenas juiz e partes, pois dele participam vários outros sujeitos, secundários, tais como auxiliares do juízo" (COLUCCI; ALMEIDA, p.125,1999) dentre outros.

Outra curiosidade interessante é que o autor e réu poderão ser sempre "sujeitos parciais, pois o que pretendem em juízo é que prevaleçam seus interesses, ao passo que o juiz (...) é sujeito principal e imparcial" (COLUCCI, ALMEIDA, p.125, 1999). Nota-se que, conforme já observamos o Estado ao exercer a jurisdição têm limitações e atribuições estabelecidas em lei: A imparcialidade do juiz é uma delas.

O que não pode restar dúvida é que entre os sujeitos do processo se esta-

belecem vínculos, justificando mais uma vez, a denominação da Teoria de Bülow: Teoria da Relação Jurídica.

Em resumo, as relações jurídico-processual, apresentam-se da seguinte forma:

> "1. os sujeitos principais do processo: o autor, o réu e o juiz; 2. o objeto, ou seja, a prestação jurisdicional, pela qual autor e réu aguardam a solução do litígio e a declaração de direito aplicável ao caso; 3. os pressupostos ou requisitos para exigência do processo: um pedido, já que a jurisdição é inerte e só age quando provocada; a capacidade de quem formula o pedido; e a investidura do destinatário do pedido, o juiz, que deve ser o legitimo representante do Poder Público, como tal investido" (COLUCCI; ALMEIDA, p.125, 1999)

Vê-se, portanto, que para relação jurídico-processual, é necessário que todos os requisitos estejam presentes e sendo observados: capacidade de quem formula o pedido; legitimidade do juiz, provocação da jurisdição, objeto do litígio. Etc.

Bülow em sua teoria faz a distinção de processo e procedimento. Processo é um instrumento da jurisdição, motivo este que levou alguns doutrinadores considerar a teoria de Bülow como instrumentalista do processo.

Procedimento é considerado como meio que inicia, desenvolve e termina o processo, ou seja, compõe-se de "tantos atos processuais quantos necessários ao atingimento do seu escopo" (ALVIM, p.163, 2003). Quanto à distinção iremos compreender melhor quando trabalharmos a teoria do processo como procedimento em contraditório.

A presente teoria, apesar de brilhante, sofreu críticas, por parte de alguns doutrinadores: Goldschimidt e Fazallari. Sintetizando-as, vejamos:

> "a) baseia-se na divisão do processo em duas fases (...), com a crença de que na primeira delas apenas se comprovam os pressupostos processuais e na segunda apenas se examina o mérito, o que nem para o direito romano é verdadeiro; b) o juiz tem obrigações no processo, mas inexistem sanções processuais ao seu descumprimento; c) as partes não tem obrigações no processo, mas estão simplesmente num estado de sujeição à autoridade do órgão jurisdicional" (CINTRA; GRINOVER, DINAMARCO, p.283, 1996)

## 5. Teoria do Processo como Situação Jurídica

Um dos principais críticos da teoria do processo como relação jurídica, Goldschimidt, funda sua própria teoria, na Alemanha em 1925. O teórico não "admitia que o processo fosse uma relação jurídica, porque não concebia a existência de relação (nexo) entre as partes e o juiz e nem entre as próprias partes" (ALVIM, p;158, 2003). Portanto, sua teoria, vem intitular um processo como situação jurídica, reconhecida e estabelecida por lei.

Goldschimidt, não admite tal relação entre os sujeitos (juiz, autor, réu) porque para ele "o juiz atua por dever funcional, de caráter administrativo, e as partes simplesmente estão sujeitas à autoridade do órgão jurisdicional" (ALVIM, p.158, 2003). Portanto, as partes no processo, atuam como sujeitas ao órgão da jurisdição, enquanto que

o juiz atua no processo por dever de sua função. Vê-se que não se relacionam. Sob este ponto de vista, observa-se que nem mesmo as partes se relacionam.

O importante para Goldschimidt são as situações jurídicas regradas por normas, que manterá as partes e o juiz no processo. As normas possuem dupla natureza, sendo assim, "representam imperativos (jurídicos) dirigidos aos particulares e são medidas (regras) para o julgamento do juiz, ou seja, critérios de acordo com os quais o juiz julga a conduta dos particulares" (ALVIM, p.158, 2003). Vê-se que em momento algum a teoria refere-se à vinculação, e sim, trata a doutrina de regras e da imperatividade da norma jurídica sobre o juiz e os particulares.

Além de negar uma relação jurídica entre os sujeitos principais do processo, outro ponto destacável da teoria de Goldschimidt, refere-se aos direitos subjetivos que são convertidos no processo em meras expectativas. Vejamos:

> "aquilo que, numa visão estática, era um direito subjetivo, agora se degrada de meras possibilidades (de praticar atos para que o direito seja reconhecido), expectativas (de obter esse reconhecimento), perspectivas (de uma sentença desfavorável), e ônus (encargo de praticar certos atos, cedendo a imperativos ou impulsos do próprio interesse, para evitar a sentença desfavorável)" (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, p.283; 284, 1996)

Vê-se que para o teórico o processo no seu estado dinâmico constitui uma situação jurídica que para as partes os direitos tornaram-se expectativas, possibilidades, perspectivas, encargos (ônus) ou até mesmo dispensa do mesmo.

As criticas não deixaram de alvejar a presente teoria. Todos os pontos abordados pelo teórico foram perseguidos. O primeiro e o mais criticado refere-se à relação jurídica processual. Alvim, doutrina que é um equivoco Goldscimidt sustentar que o "juiz exerce suas funções por delegação do Estado, não havendo relações jurídicas entre o julgador e as partes" (ALVIM, p. 160, 2003). Mais uma vez o processo como relação jurídica, demonstra ser mais considerável pelos doutrinadores.

Cintra, Dinamarco e Ada Pellegrini atacam a teoria do processo como situação jurídica no ponto em que os direitos subjetivos são transformado em "meras chances (expressão utilizada por Goldschmidt para englobar todas as possibilidades, expectativas, perspectivas e ônus)" (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, p.284, 1996).

## 6. Teoria Constitucionalista do Processo

O processo passa a ser visualizado como uma instituição constitucionalizada, sendo, portanto, uma garantia, munido de princípios constitucionais. Segundo Rosemiro Pereira Leal, estas idéias moderníssimas preconizadas, devem-se ao "prof. José Alfredo de Oliveira Baracho" (LEAL, 84, 2008). Não podemos negar sua importância para tal teoria, assim como não podemos que esta corrente de estudos deve-se também ao Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera.

Citado por Leal, Ítalo Andolina em seus estudos, mostra-nos que:

> "processo, em seus novos contornos teóricos na pós-modernidade, apresenta-se como necessária instituição constitucionalizada que, pela principiologia constitucional do devi-

> do processo que compreende os princípios de reserva legal, da ampla defesa, isonomia e contraditório, converte-se em direito-garantia" (LEAL, p. 84;85, 2008)

Vê-se, portanto, a importância dos princípios elencados acima para o processo. Logo, podemos perceber também a importância do Sistema Constitucional, que ao nosso sentir, é uma garantia do próprio processo, inclusive da efetivação dos direitos ali tratados.

Para compreendermos melhor a teoria estudada neste tópico, devemos observar que possuímos direitos e garantias de três espécies: direitos materiais, garantias formais e por ultimo, garantias instrumentais. Situamos nossa explicação na brilhante síntese disposta na obra de Vicente Greco Filho, o autor explica-nos da seguinte maneira:

> "Consideram-se direitos materiais aqueles diretamente outorgados pelo texto constitucional, o qual define, também, o seu conteúdo. (...) Consideram-se garantias formais aquelas que, sem definir o conteúdo do direito, asseguram a ordem jurídica, os princípios da juridicidade, evitando o arbítrio, banalizando a distribuição dos direitos em geral (...) Consideram-se garantias instrumentais ou processuais as disposições que visam assegurar a efetividade dos direitos materiais e das garantias formais, cercando por sua vez, sua aplicação de garantias" (GRECO, p.28;29, 2008)

As garantias instrumentais denominada também de garantias processuais, existem em função dos direitos matérias e das garantias formais. O processo Constitucionalizado deve obedecer princípios assegurando, a ordem jurídica, os direitos elencados na constituição, dentre outros.

A guise de conclusão, o processo visto como instituição constitucionalizada é nada mais, do que um direito-garantia, que se efetiva através "dos princípios que inspiram sua perfeita realização" (COLUCCI, ALMEIDA, p.44, 1999).

## 7. Teoria do Processo como Instituição

O principal doutrinador desta teoria é Guasp, que ganha alguns adeptos, tais como o espanhol Menendez-Pidal, e Coutore, que posteriormente abandona esta corrente teórica.

Resalta Alvim, que Coutore antes de abandonar a teoria do processo como instituição, "escreveu uma monografia sobre o tema "O processo com instituição jurídica" e, na primeira edição dos *Fundamentos del derecho procesal civil*, expôs a tese" (ALVIM, p.153, 2003). Prova que mostra-nos que apesar de Coutore em novas edições considerar tal teoria insustentável, um dia se aderiu a ela.

O idealizador Guasp, para explicar a natureza jurídica do processo, procurou sua fonte fora do direito. "Adotou o conceito de instituição, criado e consolidado no âmbito das ciências sociais" (ALVIM, p.153, 2003).

Sem nos precipitamos em dizer como visualizamos o processo nesta teoria, devemos saber o que é uma instituição. Vejamos o magistral entendimento de José Eduardo Carreiro Alvim:

> "A instituições são formas padronizadas de comportamento relativamente a determinadas necessidades. São modos de agir, sentir e pensar do homem em sociedade e que se reputa tão importantes que qualquer procedimento contrário a eles resulta numa sanção especifica" (ALVIM, p.155, 2003)

Deste modo de agir, ou seja, desta padronização voltada para as necessidades de uma determinada sociedade, surge quase que intrinsecamente o processo como instituição. Sendo o Estado detentor da jurisdição, qualquer comportamento contrário à instituição, poderá este atribuir sanções previstas em lei.

Na sociedade quando os interesses se cruzam, o modo de agir mais sensato é dirigir-se ao juiz. Portanto, para a teoria do processo como instituição o modo de agir mediante um conflito de interesses se dá "através do processo" (ALVIM, p.156, 2003).

Não há duvidas que a sociedade considere o processo importante, pois ele é a "garantia da estabilidade da paz jurídica, e do próprio ordenamento jurídico" (ALVIM, p. 156, 2003). Portanto, seguindo o raciocínio da teoria não podemos negar que o processo é uma instituição, porque o papel de uma instituição não seria garantir a estabilidade de uma comunidade social?

Não deixou de ser diferente com a teoria do processo como instituição, ela também foi cercada pelas críticas. A principal delas foi realizada por Frederico Marques, citado por Alvim, a seguir:

> "O defeito desta teoria, (...) está no impreciso conceito de instituição, pois tudo pode ser reduzido ao esquema institucional, uma vez que tão elástico e impreciso é o significado de instituição (...) razão não há para substituir-se a noção de relação processual por aquela de instituição" (ALVIM, p.157, 2003).

Veja que para Frederico Marques, instituição é um conceito muito abrangente, e que a noção que presenciamos em tópico anterior, não deve ser mudada pela teoria de Guasp. Portanto, prevalece a critica de que não pode ser considerável uma teoria se não houver conceitos precisos.

## 8. Teoria do Processo como Procedimento em Contraditório

Para dissertamos sobre a teoria do processo como procedimento em contraditório, baseamos nossas provas em dois grandes doutrinadores: Rosemiro Pereira Leal e o Aroldo Plínio Gonçalves. Escolhemos estes autores por uma única razão, possuem grande entendimento e explicam a fundo a teoria.

A Teoria foi desenvolvida por um processualista italiano, Elio Fazzalari, o principal estudo da teoria é aprofundar sobre "o instituto do processo em conceitos que distinguissem do procedimento que é a sua estrutura técnico-jurídica" (LEAL, p.83, 2008).

Tomou cuidado Fazzalari quando distinguiu o processo de procedimento e integralizando em sua teoria, o contraditório. Vejamos detalhadamente cada elemento trabalhado pelo autor.

Descreve Leal, seguindo a linha de pensamento de Fazzalari que o processo, um dos elementos em questão, não pode ser definido:

> "pela mera seqüências, direção ou finalidade dos atos praticados pelas partes ou pelo juiz, mas pela presença do atendimento do direito ao contraditório entre as partes, em simétrica paridade" (LEAL, p.83, 2008)

Portanto, o processo não pode ser compreendido se não houver o contraditório, que só ocorre quando as partes em litígio possuem simétrica paridade, ou seja, mesmo espaço-temporal no processo.

O procedimento para Fazzalari, não significa "conceito particular de uma disciplina, mas um conceito geral do Direito, e dever ser colhido, extraído, de um complexo de normas" (GONÇALVES, p. 109, 1992). Simplificando, o procedimento não pode ser compreendido somente como atos ou série de atos realizados no processo, se não for à luz de normas processuais.

O procedimento conforme anota Rosemiro Pereira Leal corresponde "a uma estrutura técnica construída pelas partes" (LEAL, p.83, 2008), que sem a observância as normas processuais, ou sem sua presença, o procedimento pode ser considerado como "um amontoado de atos não-jurídicos sem qualquer legitimidade, validade e eficácia" (LEAL, p.83,2008). Portanto, não há procedimento sem norma jurídica.

Outro elemento importante observado na obra de Gonçalves, é que o procedimento pode ser também visualizado como "atividade preparatória do provimento" (GONÇALVES, p.112, 1992), que nada mais é do que a conclusão/decisão, ou ultimo ato do procedimento que se esgotou.

O contraditório, já mencionado neste tópico, deve ser visto com mais afinco. Segundo Gonçalves, não deve ser entendido somente como a participação dos sujeitos do processo (juiz, auxiliares, autor, réu, intervenientes). Contraditório é mais do que isto, afinal é um elemento de extrema importância para a teoria em estudo, portanto, este deve representar também uma forma de garantia "participação, em simétrica paridade, das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, daqueles que são os "interessados"" (GONÇALVES, p.120, 1992)

Fazzalari trabalha com a figura do juiz em sua teoria. Vejamos. Quando o Estado assume para si o exercício da jurisdição o juiz natural (previamente escolhido para exercer determinados atos estabelecidos em lei) é investido também desta função jurisdicional, portanto ele fala pelo Estado.

O juiz como sujeito no processo e funcionário do Estado deve sempre ser terceiro no conflito de interesse das partes, simplesmente porque ele será o autor do provimento, e, inclusive, pratica atos (provimentos) "no curso do procedimento (...) e de outros atos processuais que a lhe lei reserva" (GONÇALVES, p. 120, 1992).

A principal crítica encontrada em face desta teoria, é que Fazzalari quando distinguiu o processo de procedimento, integralizando em sua teoria o contraditório, conforme vimos, não "fê-lo originariamente pela reflexão constitucional" (LEAL, p.83, 2008).

## 9. Teoria Neo-Institucionalista do Processo

A pesquisa não ficaria completa se não dispusermos em tópico a teoria do Professor Rosemiro Pereira Leal, denominada de neo-institucionalista do processo.

Para explicarmos algo e não cairmos em idéias errôneas: pré-conceitos. Devemos buscar a fundo sobre o que pensou Rosemiro e no que se fundamentou para instaurar esta nova teoria visualizada em sua obrar, discutida por tantos outros autores e bastante comentada pelos Estudiosos do Direito.

Primeiramente devemos observar a modéstia do autor ao inserir em sua obra TGP, Teoria Geral do Processo, 6º edição, anteriormente ao tópico sete (O Processo na pós-modernidade e a jurisdição constitucional – Uma visão neo-institucionalista do processo), outras teorias e não expor primeiramente a sua. Não podemos contestar a idéia de que por esperteza o autor tenha inserido em sua obra a teoria em tal lugar justamente para atrair o respeito e a atenção dos leitores.

Podemos observar que várias são as fontes doutrinárias pesquisadas pelo autor que se utiliza delas para estruturar ou sustentar sua teoria, mesmo que divergindo dos doutrinadores em questão, são eles: Joaquim Carlos Salgado, Noberto Bobbio, Steven Connor, Aroldo Plínio Gonçalves, Eduardo J. Couture, J. Alfredo de Oliveira Baracho, Ítalo Andolina, Elio Fazzalari, C.R. Dinamarco, dentre outros.

Leal, já havia em mente criar uma teoria que diferenciasse das existentes, pois ao inserir sua teoria no mundo jurídico doutrinário, Leal, faz a seguinte afirmativa: "A Teoria neo-institucionalista do processo nenhuma relação tem com as demais teorias" (LEAL, 102, 2005).

Para entendermos a teoria criada pelo professor Rosemiro Pereira Leal, o nosso ponto de partida é o pressuposto de que vivemos uma pós-modernidade onde o processo se adapta a este fato. Sabe-se que somos filhos de nosso tempo, atualmente em muito se fala do "pós-modernismo" que segundo a visão de Rosemiro é "um pós-mundo posto pelo homem sem pressupostos históricos condicionadores" (LEAL, p. 51,2005).

Nesta pós-modernidade o Processo como instituição se infere "pelo grau da autonomia jurídica constitucionalizada a exemplo do que desponta no discurso do nosso texto constitucional" (LEAL,p 51, 2005). Portanto é considerável a conquista da fundamentação do processo em princípios e institutos que repudiam a repressão e concentração política.

Hoje a Jurisdição Constitucional realizada pelo processo, representa uma condição de igualdade institucional entre o Estado e os cidadãos. Diante deste pensamento, Rosemiro afirma que no pós-modernismo não pode haver também "hierarquia de instituições jurídicas ou a prevalência de uma sobre as outra no bojo constitucional" (LEAL, p 52, 2005), pois a constituição sem sombra de dúvida, uma fonte jurídico-institucional, não representa um Estado instrumental.

> Segundo o autor, nesta teoria o conceito de Instituição deve ser tido como o conjunto de princípios e institutos jurídicos reunidos ou aproximados pelo texto constitucional com a denominação jurídica de Processo, cuja característica é assegurar o exercício dos direitos

> criados e expressos no texto constitucional e infra-constitucional por via de procedimentos estabelecidos em modelos legais (LOPES. Disponível em http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4519)

Sustenta Rosemiro um importante elemento para a formulação de sua teoria: a cidadania. Em síntese, a Cidadania se apresenta como uma garantia e um direito fundamental intitulado na Constituição. Portanto, pode se afirmar que a cidadania é constitucionalizada, que se dá também pelo Processo, lembrando que sem distinção ou dicotomia de Processo infraconstitucional ou Processo constitucional. Rosemiro afirma a importância da cidadania (soberania popular) em sua teoria da seguinte maneira.

> O Processo (...) não se estabelece pelas forças imaginosamente naturais de uma sociedade ou pelo poder de uma elite dirigente ou genialmente judicante, ou pelo diálogo de especialistas, mas se impõem por conexão teórica com a cidadania (soberania popular) constitucionalmente assegurada, que torna o princípio da reserva legal do processo, nas democracias ativas, o êxito fundamental da previsibilidade das decisões (LEAL, p.102, 2005)

Sabe-se que o processo é uma instituição que legitima a jurisdição "e a tutela judicial, que é o provimento (decisão do Estado-juiz)" (LEAL, p 52, 2005) sobre uma determinada questão. Este fato só pode ocorrer se houver total submissão aos princípios constitucionais e jurisdicionais. Rosemiro também trabalha em sua teoria com os mesmo elementos, Estado, Processo e Tutela Jurisdicional. Na visão Neo-institucionalista o processo,

> é tido como uma instituição constitucionalizada, pode-se definir o processo como sendo uma conjunção de princípios (contraditório, ampla defesa, isonomia, direito ao advogado e à gratuidade judicial) que é referente lógico-jurídico da procedimentalidade ainda que esta, em seus modelos legais específicos, não se realize expressa e necessariamente em contraditório.O Processo é concebido como instituição regente e pressuposto de legitimidade de toda a criação, transformação, postulação e reconhecimento de direitos pelos provimentos legiferantes, judiciais e administrativos.(LOPES.Disponível.em.http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4519)

Para o autor o Processo de um ordenamento jurídico na pós-modernidade, em muito favorece o exercício da Jurisdição buscando, assim, a "solução dos conflitos e da validade da tutela jurisdicional" (LEAL, p.53, 2005), construindo assim um provimento baseado em normas institucionais constitucionalizadas do Processo. Idéia esta que se aproxima muito com os pensamentos de Fazzalari, porém, é bastante visível que Rosemiro aperfeiçoa e corrige alguns erros visualizados na obra daquele. Outros equívocos de outros autores pesquisados por Rosemiro foram destacados, tais como o erro dos seguidores da Teoria Instrumentalista do Processo.

Podemos, então, verificar que Rosemiro cria e sustenta a sua teoria, também, através de equívocos de outros autores. Felizmente, Leal os corrige com sua inovada teoria. Importante lembrar, desde já, que se não fosse por sua analise crítica aguçada tais erros não transpareceriam.

Conforme já mencionado a teoria em questão, tem como ponto chave solucionar o problema de concentração e repressão por Parte do Estado, portanto só podemos compreendê-la através de uma teoria constitucional de direito democrático, o mesmo que dizer, direito estruturado e legitimado pela cidadania.

Segundo o autor não haverá processo, nos procedimentos quando o mesmo "não estiver antes institucionalmente definido e constitucionalizado pelos fundamentos normativos do contraditório, da ampla defesa do direito ao advogado e da isonomia" (LEAL, p54, 2005), inclusive da gratuidade judiciária. Direitos estes que devem ser fundada no texto maior.

Nota-se, portanto que outro elemento utilizado por Rosemiro para a formulação de sua teoria, sem sombra de dúvida, é o nosso texto de maior importância: A Constituição de 1988. Vê-se então a afinidade com o Estado Democrático de Direito, sendo o processo neste contexto o principal assegurador do exercício dos direitos e garantias constitucionais, desde que observe todos os princípios já mencionados. Nestes termos, relata Rosemiro:

> "A partir do momento histórico que a Constituição se proclama condutora de uma Sociedade Jurídico-Política sob denominação de Estado Democrático de Direito, como se lê no art.1º da CR/88 do Brasil, é inarredável que pouco importanto o que seja o existir do Brasileiro, o mundo jurídico institucionalizado do Brasil é o contido no ordenamento constitucional e não mais das estruturas morais, éticas e econômicas do quotidiano nacional" (LEAL, p.101, 2005)

Podemos observar nestes dois últimos parágrafos, uma aproximação que Rosemiro tem com os pensamentos do autor Frederich Muller, mais especificamente, de sua obra, "Quem é o povo?" publicada em 2000.

Conforme já dito Rosemiro utilizou-se de muitos autores para criar sua teoria. A pergunta que tantos estudiosos tentam desvendar é: O que levou Leal a criar uma teoria e quais são os fundamentos (raízes, fontes) utilizados para sua instauração? Nota-se que é extremamente complicado trabalhar em torno de uma pergunta subjetiva, portanto, para não tomarmos posições diversas da pretendida pelo autor, é mais apropriado demonstrar sua resposta.

> "Prezado Davi : É difícil formular uma resposta sobre a sua indagação em poucas linhas, mas lhe adianto que, em meus estudos filosófico-epistemológicos, desde o meu curso clássico que fiz em colégio italiano, passando pelo seminário franciscano que cursei também na minha juventude, além de um percurso enorme em universidades estrangeiras, concluí que as "teorias" processuais praticadas e ensinadas eram inadequadas à compreensão das conquistas democráticas que fizemos com a Constituição de 1988" (LEAL, resposta de e-mail, 2008)

Vê-se, portanto, seu principal referencial: Constituição de 1988, considerado pelo autor uma conquista democrática. A democracia, conforme já trabalhado é outro elemento, importante para Rosemiro. Em resposta, o autor crítica e, considera insuficiente para a sua teoria todos os pensamentos presentes no decurso da história do homem, que não seja capaz de tirar o mesmo da repressão autoritária do Estado. Vejamos o que Profere Leal:

> "A minha teoria tem raízes nos postulados conjecturas de Popper que se colocou contra as teses do essencialismo, do idealismo e do historicismo, que marcaram a produção do conhecimento humano de Parmênides a Platão, de Aristoteles a Tomás de Aquino, de Kant a Hegel e deste a Husserl, Vico, Marx, desembocando nas Escolas de Viena e Frankfurt. **Popper**, com suas obras, enfrentou gigantes cerebrais de Platão a Habermas. **Entendeu que as idéias sustentadas por esses pensadores eram precárias para retirar o homem das tiranias dos saberes solitários e "iluminados" dos que se achavam portadores de qualidades inatas para conduzirem a humanidade**" (LEAL, resposta e-mail, 2008) (grifo nosso)

Fica claro, portanto que outra fonte utilizada por Rosemiro é Popper, um filósofo da ciência e também um filósofo político e social, e o mais importante, aqui para nós Estudiosos do Direito, Popper erradica o totalitarismo sendo, assim veemente defensor da democracia.

Por ultimo argumenta o autor que o principal conteúdo da sua teoria é fazer permitir nas estruturas "instituinte, constituinte e constituída do direito, "argumentos compartilhados" de tal sorte a construir decisões cuja autoria não se faça pelo imperativo das "vontades" autoritárias de poucos" (LEAL, resposta e-mail, 2008). Portanto, está nesta frase implícito aquele conceito já trabalhado: cidadania.

Para fecharmos este titulo, em seqüência aos pensamentos retratados, devemos notar uma peculiaridade sobre a teoria neo-institucionalista presentes na obra de Leal:

"A Teoria Neo-Institucionalista **preconiza fiscalidade (controle de constitucionalidade aberto a qualquer povo) do processo legiferante nas bases insituintes e constituintes da legalidade**, vem como na atuação e modificação, aplicação ou extinção do direito constituído e **trabalha a socialização do conhecimento crítico-democrático em pressupostos (direito fundamental) de auto-ilustração (dignidade)** pelo exercício da cidadania como **legitimação ao direito-de-ação coextenso ao procedimento processualizado**" (LEAL, p.105, 2005) (grifo nosso)

Vê-se, que todos os elementos acima, sustentam a teoria de Rosemiro, que sem dúvida contribui para a matéria TGP e os Estudiosos do Direito. Importante ainda lembrar, que esta teoria não é um pensamento acabado, tal como nos relata Rosemiro.

## 10. Considerações Finais

Na *Teoria do Processo com Contrato* observamos que Pothier inquestionavelmente buscou inspiração em Ulpiano e Rosseau, inclusive no direito romano. O processo se apresentava como um pacto (liticontestatio), pois, se entendia que as partes ao comparecerem espontaneamente em juízo, voluntariamente também se submetiam à autoridade de árbitro que proferiria uma decisão. Concluímos que é infindável tal teoria porque o processo não é um negócio jurídico de direito privado. Daqui alguns anos, há a possibilidades de que esta teoria seja pouco conhecida e tratada profundamente nas doutrinas de Teoria Geral do Processo, pois, possui apenas valor histórico.

Na *Teoria do Processo com Quase-Contrato* observamos que Savigny e Guényva inserem também em sua teoria o processo na esfera do direito privado, que deveria ser entendido como um quase-contrato. Uma das partes provocando o juízo, este pode atribuir uma decisão, não sendo importante o interesse da outra parte. A mudança da *litiscontestatio* (convenção das partes perante o juiz), para esta teoria o consentimento não é inteiramente livre, motivo pelo qual levou os teóricos acreditarem que o processo deve ser visto como um quase-contrato. Esta teoria também é infundada, pois partiu do mesmo pressuposto da teoria do processo como contrato, de que o processo deve ser visto no âmbito do direito privado.

Na *Teoria do Processo como Relação Jurídica*, vimos que Oskar von Bülow, a funda na Alemanha. Teoria esta que basicamente trata sobre a relação jurídico-processual que ocorre entre as partes e o juiz. Não podemos negar que esta teoria possui grande importância, pois, até hoje está presente nos códigos e nas leis processuais.

A teoria parte do pressuposto de que o Estado deve ser o único detentor da jurisdição, tendo, portanto, a obrigação de resolver os conflitos de interesses, quando provocado, pois não age de oficio. Conclui-se, que o Estado-juiz apesar de ter a jurisdição ele possui obrigações e é limitado por lei.

Conclui-se com a pesquisa, que a relação jurídico-processual nasce primeiramente entre autor e juiz, quando aquele exerce um direito de ação. O réu, tendo conhecimento da ação passará também a fazer parte desta relação jurídica. O Juiz deverá ser sempre imparcial, enquanto que as partes devem ser sempre parciais, pois o interesse em jogo são deles.

Na *Teoria do Processo como Situação Jurídica*, observamos que Goldschimidt, em 1925, critica a idéia de que o processo seja uma relação jurídica, afirmando, que este é uma situação jurídica. Para esta teoria as partes do processo são sujeitas a jurisdição. O juiz se apresenta no processo por dever funcional. Portanto, sob este ponto de vista, estes não se relacionam. – Ao nosso sentir, não nos parece apropriado.

Conclui-se que as normas possuem um caráter importante para Goldschimidt são as situações jurídicas regradas por normas, pois para as partes estas representam imperativos e para o juiz, regras para julgar os particulares.

A referir os direitos subjetivos em sua teoria Goldschimidt, transforma os em meras chances. Ponto que foi corretamente criticado.

*Na Teoria Constitucionalista*, o processo passa a ser visualizado como um direito-garantia através de princípios constitucionais. São idéias que devem-se ao prof. José Alfredo de Oliveira Baracho dentre outros tais como: Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera.

O Processo é uma instituição constitucionalizada que compreende alguns princípios de extrema importância: reserva legal, ampla defesa, isonomia e contraditório.

*Na Teoria do Processo como Instituição Jurídica* podemos concluir que Guasp ganha bastantes adeptos, convencendo Menendez-Pidal e Coutore da certeza de uma teoria aparentemente correta, porém Coutore a abandona por considerá-la insustentável.

Observamos que Guasp aborda sua teoria através do conceito de instituição,

que nada mais é do que formas padronizadas de comportamentos. O processo surge ligado a este conceito de instituição. O comportamento correto (com exceção em casos permitidos por lei) em face de um conflito de interesses se dará através do processo, que como instituição deverá garantir a paz e estabilidade jurídica.

Porém, conclui-se que, está teoria não foi bem sucedida devido a falta de precisão do conceito de instituição que é abrangente.

*Na Teoria do processo como procedimento em contraditório* foi uma teoria foi desenvolvida pelo italiano, Elio Fazzalari, que trabalha profundamente na distinção do processo e procedimento, integrando em sua teoria, o contraditório.

Observamos também que o processo, não pode ser compreendido sem a presença do contraditório.

O Contraditório, além de representar a participação dos sujeitos do processo (juiz, autor, réu, etc.), pode ser também compreendido como uma garantia desta participação, em simétrica paridade.

O procedimento, atos realizados no processo, deve ser compreendido por um complexo de normas para ter legitimidade, validade e eficácia. Concluímos também que este é uma atividade que prepara o provimento, ou seja, decisão.

Concluímos que o juiz é investido da função jurisdicional, e deve se apresentar no processo como terceiro justamente porque ele será autor do provimento.

Quanto a *Teoria Neo-institucionalista do Processo*, concluímos, que não se pode compreende-la se não for sob a noção de que vivemos uma pós-modernidade em que o processo se adapta a isto. Observarmos que o processo na pós-modernidade representa uma condição de igualdade institucional entre o Estado e os cidadãos não havendo assim, a questão de hierarquia, nem sequer mesmo de instituições jurídicas. O processo se apresenta constitucionalizado, contendo princípios e institutos que repudiam o autoritarismo, e repressão contra os cidadãos.

Concluímos que o processo é importante no que tange o exercício da Jurisdição, devendo buscar a solução dos conflitos dando eficácia à tutela jurisdicional.

No processo, o exercício da cidadania é um direito constitucionalizado, e os princípios da constituição, que porta-nos ao Estado Democrático de Direito. A teoria neo-institucionalista funda-se nestes pilares, sem qualquer um destes elementos não há que se falar na teoria formulada por Rosemiro, nem mesmo em processo, pois ele é o principal assegurador do exercício dos direitos e das garantias constitucionais.

Rosemiro Pereira Leal não teria criado tal teoria se não fosse pela aproximação com os pensamentos de Frederich Muller e principalmente de Popper, um filósofo que se postula contra o totalitarismo, e defende a democracia.

Busca a *Teoria Neo-institucionalista do Processo* através das estruturas instituinte, constituinte e democrática fazer com que a cidadania se exerça em seu maior grau. Ora, pois, a teoria neo-institucionalista deve ter um controle de constitucionalidade aberto a qualquer povo, o processo baseado em institutos e na Constituição representando assim, a legalidade, exercendo a democracia e legitimando a dignidade da pessoa humana através da cidadania.

## 11. Referências


ALVIM, José Eduardo Carreira, **Teoria Geral do Processo**, 8º edição, Forense, Rio de Janeiro, 2003.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. 12. edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1996.

COLUCCI Maria da Glória Lins da Silva; ALMEIDA, José Maurício Pinto, **Lições de Teoria Geral do Processo**, 4º edição – 3º tiragem, Juruá Editora, Curitiba/PR, 1999

GONÇALVES, Aroldo Plínio, **Técnica Processual e Teoria do Processo**, ISBN: 85-321-0071-6, Editora AIDE, Rio de Janeiro 1992.

GRECO, VICENTE, **Direito Processual Civil Brasileiro, Teoria geral do Processo a Auxiliares da Justiça**, Volume I, 20º edição, Saraiva, São Paulo, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira, **TGP, Teoria Geral do Processo**, 6º edição, Thomson Iob, São Paulo, 2005.

_____, Rosemiro Pereira, **TGP, Teoria Geral do Processo, Primeiros Estudos**, 7º Edição Revista e Atualizada, Editora Forense, Rio de Janeiro. 2008

_____, Rosemiro Pereira, em resposta por e-mail no dia 27 de Maio, 2008. www.rosemi-roleal@ig.com.br

LOPES, Bráulio Lisboa, http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4519