

# Ensaio sobre a natureza jurídica do processo - A visão do processo como instituição constitucionalizada

Evandro Sérgio Lopes da Silva\*

*Sumário: 1 Introdução. 2 Conceito de natureza jurídica. 3 Teorias sobre a natureza jurídica do processo. 3.1 Processo como contrato. 3.2 Processo como quase contrato. 3.3 Processo como relação jurídica processual ou relacionista (instrumentalista / teleológica). 3.4 Processo como situação jurídica. 3.5 Teoria do processo como instituição ou institucionalista. 3.6 Processo como procedimento em contraditório. 3.7 Teoria constitucionalista do processo. 3.8 Teoria neoinstitucionalista do processo. 4 Conclusão. 5 Referências bibliográficas.*

## 1 Introdução

O presente trabalho tem como por objetivo demonstrar a importância do processo, como instituição constitucionalizada da modelação procedimental, destinada a assegurar o exercício dos direitos fundamentais.

A teoria instrumentalista do processo centrava suas atenções principalmente na celeridade com que o Estado se desincumbe do mister de julgar, tendo como características primordiais resultados práticos, estudando o processo sob o ângulo quantitativo e cronométrico, primando pela quantidade e rapidez, visando a sua finalidade no provimento final (base teleológica) sem se preocupar com a construção gradativa, pelas partes, tanto autor quanto do réu, em contraditório e em equilíbrio, deste provimento final. As partes, por via do contraditório, constroem também o provimento, ou seja, elas participam da formação da sentença, não podendo jamais ficar à mercê do juiz (ser sacralizado e divinizado pela teoria instrumentalista).

Este trabalho procurará demonstrar a importância do processo como procedimento realizado em contraditório pelas partes (autor e réu). Demonstrar-se-á a importância que há na construção do provimento realizado em simétrica paridade pelas partes, reconstruindo o caso concreto e construindo o discurso, preparando assim o provimento final.

## 2 Conceito de natureza jurídica

Segundo Maurício Godinho Delgado<sup>1</sup>, a pesquisa acerca da natureza de um determinado fenômeno supõe a sua precisa definição (busca da essência) seguida de sua classificação (busca de posicionamento comparativo). Consiste em apreender os elementos fundamentais que integrem sua composição específica, contrapondo-os, em seguida, ao conjunto mais próximo de figuras jurídicas, de modo a classificar o instituto enfocado no universo de figuras existentes.

Conceituar a natureza jurídica do processo seria, então, definir, comparar e classificar o Direito Processual em sua essência, classificando-o e relacionando-o no universo das figuras existentes, tais como processo e procedimento.

Conforme bem salienta Rodrigo Rigamonte Fonseca<sup>2</sup>, historicamente, verifica-se que uma série de escolas do pensamento jurídico tentou explicar, cada uma a seu modo, a natureza jurídica do processo. No entanto, embora algumas delas possuam grande número de adeptos, como a Escola Instrumentalista, e influenciem, ainda hoje, a elaboração de nossas leis, vê-se que suas formulações são inconsistentes e não resistem às críticas científicas, ou, até mesmo, destoam da realidade, geralmente confundindo processo com outros institutos jurídicos, principalmente com a jurisdição e o procedimento.

Segundo Aroldo Plínio Gonçalves<sup>3</sup>, procedimento e processo, devem ser tratados como realidades independentes e distintas, sendo que este é uma espécie daquele. O mesmo Gonçalves<sup>4</sup> revela, ainda, que, na concepção fazzalariana, o procedimento seria uma atividade preparatória do ato estatal, atividade esta regulada por uma estrutura normativa, composta de uma "seqüência de normas", que pressupõe uma seqüência de atos; possuindo "posições subjetivas, ou seja, posições de sujeitos perante a norma"<sup>5</sup> e é desenvolvida segundo uma "dinâmica bastante específica", tudo isso destinado a preparar um provimento estatal.

Conforme anota André Leal<sup>6</sup>, a inserção de princípios processuais no plano constitucional, operada

\* Assessor judiciário. 10ª Câmara Cível. Mestrando em Direito pela Universidade Fumec. Pós-graduado em Direito Público pelo IEC-PUCMG. Pós-graduado em Direito Processual pelo IEC-PUCMG.

1 DELGADO, Maurício Godinho. *Introdução ao direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTR, 2001, p. 100.

2 FONSECA, Rodrigo Rigamonte. In LEAL, Rosemiro (coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, v. 1, 2003, p. 13.

3 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 78.

4 Idem, p. 109.

5 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 75.

6 LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Malheiros, 2002, p. 19.

pela Constituição de 1988, sucita necessária problematização das várias abordagens tradicionais dos institutos do processo na infraconstitucionalidade e na própria Constituição, principalmente porque o processo, perante a nova ordem constitucional, não mais pode ser tangido como instrumento a serviço da paz social posto à disposição do Judiciário, tendo em vista que tal implicaria a negação de direitos fundamentais insitos ao processo do paradigma do Estado Democrático de Direito, com retorno aos paternalismos decisoriais do Estado Social.

Como se ainda estivéssemos em um Estado Social de Direito são atribuídos, paulatinamente, maiores “poderes” aos magistrados, cidadãos que, pelo simples fato de terem sido aprovados em concurso de provas e títulos, carregam o peso, neste paradigma, de tornarem-se, a partir de então, profundos concededores de todo o “Direito” e poder “salvar” todos os “consumidores” dos conflitos e fazer “Justiça”<sup>7</sup>.

O Estado Democrático de Direito não é compatível com as teorias do processo do Estado Social. Aquele, ao contrário deste, é, necessariamente, um paradigma que valoriza a cidadania. Um Estado que não prescinde da participação dos indivíduos no poder e nas tomadas de decisão, principalmente quando estas decisões os afetem diretamente. Não se poderia aceitar um modelo teórico de processo civil baseado na justiça salomônica, em que se espera do Estado-Juiz que dê uma boa sentença, compondo adequadamente o litígio. Só pode ser de Estado Democrático de Direito o modelo teórico que, obviamente, respeitando a legalidade, contenha a participação dos afetados pelo provimento na construção do mesmo<sup>8</sup>.

É neste cenário que estaremos apresentando e discutindo as várias teorias sobre a natureza jurídica do processo.

### 3 Teorias sobre a natureza jurídica do processo

Demonstraremos a evolução das teorias da natureza jurídica do processo, passando pela teoria contratualista, pela teoria da relação jurídica (hoje instrumentalista ou relacionista/teleológica), teoria da situação jurídica, teoria do processo como instituição ou institucionalista, teoria do processo como procedimento em contraditório ou fazzalariana, teoria constitucionalista do processo, até chegarmos a evolucionária teoria neoinstitucionalista do processo, buscando, com isso, relacionar os conceitos de processo, procedimento, provimento, jurisdição, contraditório, ampla defesa, devido processo legal e isonomia (princípios ditos fundamentais). O presente trabalho pretende, desde o início, estar vinculado à compreensão neoinstitucionalista do processo.

Aliás, grande parte da evolução dos conceitos de processo e procedimento encontra-se descrita na excelente coletânea de pesquisas jurídicas no curso de Mestrado em Direito, coordenadas e organizadas pelo ilustre processualista Rosemiro Pereira Leal<sup>9</sup>, professor da PUC-MG e um dos idealizadores/construtores de uma nova visão da ciência processual, especificamente em seu volume V - *Processo, ação e jurisdição em Carnelutti, Liebman e Fazzalari*.

#### 3.1 Processo como contrato

Segundo os estudiosos, esta teoria, surgida nos séculos XVIII e XIX, na doutrina francesa, liga-se à ideia romana do processo. Colocava o pacto, ou seja, a vontade individual, como única fonte de direito e dever, nada mais cabendo ao Estado senão atender aos pactos advindos dos particulares.

Rosemiro Pereira Leal<sup>10</sup> compara esta teoria com o Direito Romano da fase formulista (processo formular), em que se aboliu o sistema rígido das *legis actiones* e as funções de árbitro (*judex*) foram exercidas pelos peritos que se notabilizaram como juristas, surgindo a figura do jurisconsulto e do pretor nomeado pelo governo (magistrado), que, por via de éditos, exercia funções jurisdicionais de fornecer ao árbitro a fórmula (instrumento regido pelo próprio pretor), que continha o resumo, limites e objeto da demanda (*litiscontestatio*), o nome do árbitro livremente escolhido pelos demandantes e o compromisso, a ser assinado pelos litigantes, de seguirem os modelos da fórmula e de obedecerem à decisão (sentença) a ser proferida pelo árbitro<sup>11</sup>.

Cintra, Grinover e Dinamarco<sup>12</sup> destacam que essa teoria tem mero significado histórico, pois parte do pressuposto, hoje falso, de que as partes se submetem voluntariamente ao processo e aos seus resultados, através de um verdadeiro negócio jurídico de direito privado (a litiscontestação). Esta concepção também era aceitável em face de um Estado ainda fraco, incapaz de impor, coercitivamente, suas decisões. Ressalta-se que esta é uma fase quase que limiar entre a autotutela e a jurisdição. Na realidade, a sujeição das partes é o exato contraposto do poder estatal (jurisdição), que o juiz impõe inevitavelmente às pessoas independentemente da voluntária aceitação.

7 LEAL, Rosemiro (coord.). Dierle José Coelho Nunes, in *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, vol. IV 2004, p.182.

8 Idem, p.155.

9 LEAL, Rosemiro (coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, vols. I, II, III, IV e V, 2004.

10 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 75.

11 Idem, p. 38.

12 GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 279.

### 3.2 Processo como quase contrato

Segundo Rosemiro Pereira Leal<sup>13</sup>, esta teoria foi defendida por Savigny e Guényvau (1850), insistindo em enquadrar o processo na esfera do direito privado, afirmando que, em não sendo o processo tipicamente um contrato, deveria ser um quase contrato, porque 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 autor não aderisse espontaneamente ao debate da lide.

Cintra, Grinover e Dinamarco<sup>14</sup> atribuem a Arnaut de Guényvau, autor francês do século XIX, esta teoria. Segundo estes autores, esta teoria sistematizava que, se o processo não era um contrato e se delito também não poderia ser, só haveria de ser um quase contrato. Esta teoria se baseava na necessidade de enquadrar o processo, a todo custo, nas categorias do direito privado.

Tal teoria mostra-se insuficiente para o estudo da natureza jurídica do processo, tendo em vista a jurisdição já ser obrigatória naquela época, tornando assim desnecessário o prévio consentimento da parte para que o juiz pudesse proferir a decisão que lhe fosse favorável ou desfavorável. O próprio Código Napoleônico da época admitia a lei como a fonte principal das obrigações, devendo estar as partes e as decisões sempre ligadas a esta.

### 3.3 Processo como relação jurídica processual ou relacionista (instrumentalista / teleológica)

Essa doutrina é devida a Bülow, que, inspirado nos ensinamentos de Búlgaro, a expôs em 1868, em seu livro *Teoria dos pressupostos processuais*, obra considerada como o início da construção de uma ciência própria do direito processual<sup>15</sup> e que abriu horizontes para o nascimento da autonomia do processo ante o conteúdo do direito material<sup>16</sup>.

Essa teoria, nascida do individualismo jurídico do século passado, constituía-se em vínculos entre sujeitos, em que um sujeito possuía o poder de exigir a conduta de outro sujeito, sendo posteriormente, seguida e aprimorada por Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei, Liebman, Cintra, Grinover e Dinamarco, estes três últimos, membros da Escola Instrumentalista no Brasil.

Bülow afirmava em sua obra (*La teoría de las excepciones procesuales y los presupuestos procesales*) que o processo não se reduz a mero procedimento, mero regulamento das formas e ordem dos atos do juiz e partes, ou mera sucessão de atos<sup>17</sup>.

Salienta Aroldo Plínio Gonçalves<sup>18</sup> que, no desenvolvimento do Direito Processual Civil como ciência autônoma, a doutrina, sob a influência do próprio Bülow, reagiu contra a postura tradicional dos séculos passados, que absorvia o processo no procedimento e considerava este como mera sucessão de atos que compunham o rito da aplicação judicial do direito. A teoria da relação jurídica buscou a distinção entre processo e procedimento e encontrou, em critérios teleológicos, a base da diferenciação. Tal teoria perdurou por longos anos, até que novas idéias começaram a despontar, indicando ser possível considerarmos as relações entre procedimento e processo.

Segundo Cintra, Grinover e Dinamarco<sup>19</sup>, “o grande mérito de Bülow foi a sistematização, não a intuição da existência da relação jurídica processual, ordenadora da conduta dos sujeitos do processo em suas ligações recíprocas. Bülow, na verdade, não criou a idéia da relação jurídica processual e sua configuração tríplice: ele apenas a racionalizou e desenvolveu, propondo desdobramentos. Ressalte-se que, antes dele, já dissera Búlgaro que “*judicium est adctus trium personarum, judicis, actoris, rei*”; as Ordenações do Reino diziam que “três pessoas são por direito necessárias em qualquer Juízo, juiz que julgue, autor que demande e réu que se defenda” (L. III, XXX, p.); na obra de Bethmann-Holweg, que o próprio Bülow refere na sua, igualmente havia alusão à relação jurídica processual.

Abrem-se aqui parênteses para lembramos da polêmica instaurada por dois juristas alemães (Bernhard Windscheid e Theodor Muther), em meados do século XIX (por volta de 1850), em que Windscheid via na ação o direito de a parte reclamar contra o adversário, perante a Justiça; já para Muther, a ação era direito público subjetivo, dirigido contra o Estado, para que este lhe reconhecesse o direito, obrigando o adversário a cumprir o que lhe era devido. Vê-se por que o conceito do direito de ação, que iria surgir das posturas divergentes entre esses dois juristas alemães, nasce sob o signo de um conceito da relação jurídica engendrado por uma noção de direito subjetivo<sup>20</sup>.

Com Windscheid (séc. XIX), o conceito de direito subjetivo deu origem ao de relação jurídica. O antigo *vinculum juris* aperfeiçoou-se como o vínculo normativo que liga sujeitos, em dois pólos, passivo e ativo,

13 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p.75.

14 GRINOVER, Ada Pellegrini et all. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 279.

15 GOLDSCHMIDT, James. *Teoria geral do processo*. Campinas: Minelli, 2003, p. 14.

16 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 76

17 GRINOVER, Ada Pellegrini et all. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 282.

18 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 63.

19 GRINOVER, Ada Pellegrini et all. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 220.

20 LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Malheiros, 2002, p. 89.

atribuindo ao sujeito ativo o poder de exigir do sujeito passivo uma determinada conduta e impondo a este o dever de prestá-la<sup>21</sup>.

A inovação racionalizadora, na ótica instrumentalista, teve por mérito principal o destaque dos dois planos do próprio ordenamento jurídico, a partir da visão da relação jurídica processual e da relação de direito privado como duas realidades distintas<sup>22</sup>. Houve, também, bastante realce à existência de dois planos de relações: a de direito material, que se discute no processo; e a de direito processual, que é o continente em que se coloca a discussão sobre aquela. Observou-se também que a relação jurídica processual se distingue da de direito material por três aspectos: pelos seus sujeitos (juiz, autor e réu), pelo seu objeto (a prestação jurisdicional) e pelos seus pressupostos (os pressupostos processuais).

Os autores instrumentalistas consideram o procedimento como mero aspecto formal do processo, ou seja, meio extrínseco de desenvolvimento do processo, meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo até reduzi-lo à manifestação exterior do processo, não se confundindo conceitualmente com este; os autos, por sua vez, são a materialidade dos documentos em que se corporificam os atos do procedimento.

Já o processo poderia ser encarado pelo aspecto dos atos que lhe dão corpo e das relações entre eles e igualmente pelo aspecto das relações entre os seus sujeitos, ou seja, formado por um vínculo entre sujeitos. Conceituavam o processo como relação jurídica entre autor, réu e juiz.

Esta linha doutrinária que tenta separar o procedimento do processo firmou-se sobre o critério teleológico (pacificação com justiça<sup>23</sup>), pelo qual se atribui finalidade ao processo e se considera o procedimento deles desconstituído. Se o procedimento envolvera o processo, a ponto de diluí-lo na mera sucessão de atos, aquele seria diluído neste, absorvendo-o e anulando a sua importância<sup>24</sup>.

Segundo o Prof. Aroldo Plínio Gonçalves<sup>25</sup>, a teoria clássica da relação jurídica, proveniente do Direito Civil, a se admitir o processo como relação jurídica, admitiria que ele é um vínculo constituído entre sujeitos, em que um pode exigir do outro uma determinada prestação, ou seja, uma conduta determinada. Por isso, então, poder-se falar em uma divisão entre “sujeito ativo” e “sujeito passivo” na relação. O núcleo da relação jurídica estava na autonomia da vontade. A clássica ideia de relação jurídica constrói-se sobre a noção de que é ela um liame normativo entre duas pessoas, através do qual uma pode exigir da outra o cumprimento de um dever jurídico; essa definição se deu, tendo em vista o paradigma da época em que a base desta teoria foi elaborada, qual seja no bojo do pensamento liberal que dominou o século XIX, sustentando-se, assim, na noção fundamental de direito subjetivo.

O conceito de relação jurídica não pode ser compreendido como um vínculo originado da vontade das partes, mas sim “uma conexão de normas que determinam a conduta dos indivíduos”<sup>26</sup>. Não há, verdadeiramente, relação entre sujeitos, mas apenas relações entre normas e entre as condutas que são por elas reguladas, formando o seu conteúdo<sup>27</sup>. Percebe-se, então, que, ao adotar tal teoria, acaba-se por confundir a situação de direito material com o processo, desfazendo-se toda a proposta inovadora que tal pensamento propunha.

Rosemiro Pereira Leal<sup>28</sup> ressalta que conceituar o processo como relação jurídica entre autor, juiz e réu (escolas da relação jurídica e instrumentalista do processo) é manter-se fiel à ideia de Bülow, que refletia a sujeição das partes ao regime de direitos subjetivos, de conotação nitidamente voluntarista, em que o autor no pólo ativo exige do réu, no pólo passivo, cumprimento de um direito de que se diz titular.

Segundo relata o Prof. Rosemiro Pereira Leal<sup>29</sup>, os estudiosos desse tema advertem que Bülow, para a construção desta teoria, valeu-se da máxima de Búlgaro (jurista italiano do século XIII), que dizia: “*judicium est actum trium personarum: judicis, actoris et rei*” (o processo é um ato de três personagens: do juiz, do autor e do réu).

Nessa versão, o processo é meio, método ou finalidade abstrata (metafísica) de se obter provimento, em nada se distinguindo do procedimento, que, segundo os adeptos desta escola instrumentalista, seria meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível; essa diferenciação criada entre processo e procedimento seria o grande ponto de destaque desta teoria, mas que na verdade serviu apenas para misturar ainda mais os conceitos.

Tal diferenciação ficou ainda mais difícil de ser percebida quando os teóricos dessa teoria conceituaram procedimento como manifestação fenomênica do processo ou “meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve e termina o processo, este, por sua vez, seria encarado pelo aspecto dos atos que lhe dão corpo e das relações entre eles e igualmente pelo aspecto das relações entre seus sujeitos”<sup>30</sup>.

21 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 76.

22 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 19.

23 GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 34.

24 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 66.

25 Idem, p. 97.

26 Idem, p. 81.

27 Idem, p. 82.

28 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 83.

29 Idem, p. 76.

30 GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 277.

Para piorar o quadro, os adeptos desta teoria conectam o processo à jurisdição, através de escopos metajurídicos, transformando o processo em “uma corda a serviço da atividade jurisdicional nas mãos do juiz para puxar pela coleira mágica a Justiça Redentora para todos os homens, trazendo-lhes paz e felicidade”<sup>31</sup>. É posta em destaque a função jurisdicional pacificadora como fator de eliminação dos conflitos que afligem as pessoas e lhes trazem angústia; de outro, para advertir os encarregados do sistema quanto à necessidade de fazer do processo um meio efetivo para a realização da justiça<sup>32</sup>. Rosemiro Pereira Leal afirma que a jurisdição não é instituto fundamental da teoria do processo, sendo mero capítulo do Direito Processual, pormenorizando, ainda, que a jurisdição seria instituto fundamental da teoria do Estado, e não da Teoria do Processo<sup>33</sup>. Evidente que, a aceitar sem reservas tais colocações, o processo se configura em estranha ritualística de judicância carismática, num retrocesso desalentador, que chega às raias do hermetismo, porque só plenamente operável por uma sensibilidade superior e imanente ao bom juiz, como donativo de divindade<sup>34</sup>.

Os seguidores desta teoria envidam os maiores esforços para fundamentar a legitimidade do exercício do poder jurisdicional, entretanto não percebem o anacronismo e a inadequação de tais esforços ao paradigma de Estado Democrático de Direito constitucionalmente consagrado. A jurisdição é um dever do Estado, possuidor do qualificador poder e nunca um poder-dever<sup>35</sup>.

Segundo os instrumentalistas, o processo é um instrumento a serviço da paz social. Toda a atividade exercida pelo Estado visa a um objetivo maior, que é a pacificação social<sup>36</sup>, sendo o processo um meio efetivo para a realização da justiça<sup>37</sup>. Falar em instrumentalidade é alertar para a necessária efetividade do processo, ou seja, para a necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à ordem jurídica justa.

Todavia, nota-se nesta teoria uma confusão tremenda entre processo e procedimento, porque seus adeptos, na ânsia de distingui-los, reforçam, ainda mais, os conceitos de Bülow, ao declararem que o procedimento (sequência de atos procedimentais - aspecto objetivo) é apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve e termina o processo (relação jurídica - aspecto subjetivo), sendo a manifestação extrínseca deste; e, ainda mais, ao declararem que, tendo o processo a noção essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício de poder (jurisdicional), ressaltam que a noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem; um aspecto formal do processo e um meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo.<sup>38</sup>

Segundo o Prof. Aroldo Plínio Gonçalves<sup>39</sup>, o modelo de relação jurídica, que tinha como pilar o Direito Subjetivo, construiu-se sobre a idéia de que é um enlace normativo entre duas pessoas, das quais uma pode exigir da outra o cumprimento de um dever jurídico, ou seja, era uma relação de sujeição. Seus elementos se definiram com a contribuição definitiva de Windscheid para as novas bases científicas do Direito Subjetivo, a partir das quais o “vínculo de exigibilidade” liga “sujeito ativo” e “sujeito passivo”, por um poder de vontade. O conceito de direito subjetivo deu origem ao de relação jurídica. Tal vínculo de exigibilidade que liga sujeitos em dois pólos, passivo e ativo, atribuía ao sujeito ativo o poder de exigir do sujeito passivo uma determinada conduta e impunha a este o dever de prestá-la, vínculo este, de sujeição.

### 3.4 Processo como situação jurídica

Com crítica à teoria do processo como relação jurídica foi desenvolvida, por volta de 1925, na Alemanha, a teoria da situação jurídica, cujo principal expoente foi James Goldschmidt.

Goldschmidt contestou a validade da teoria da relação processual e viu no processo simples situação jurídica. Na visão do processualista alemão, o processo representa uma situação jurídica de sujeição a um futuro comando sentencial em que se materializam as expectativas dos contendores em relação a um resultado, que pode ser favorável ou desfavorável. A norma jurídica, enquanto estática, tem ínsito um provável direito subjetivo, e, quando esta mesma norma é posta em atuação pelo processo, dito direito se converte em uma expectativa, funcionando a norma como critério para o julgador.

Goldschmidt demonstrou que a relação jurídica de direito privado gera fundamentalmente direitos e obrigações para as partes, o que não acontece, ou apenas excepcionalmente acontece na relação processual, onde nem o autor, nem o réu têm - enquanto sujeitos de tal relação - direitos e obrigações um para com o outro. Com efeito, todo o direito subjetivo trazido por seu titular ao processo, como objeto de uma controvérsia a ser tratada por sentença judicial, pela simples contingência de estar sujeito ao crivo do

31 LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Malheiros, 2002, p. 89.

32 GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 37.

33 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 64.

34 *Idem*, p. 65.

35 LEAL, Rosemiro (coord.); SOARES, Carlos Henrique; SOARES, Gustavo Torres. *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2004, v. IV, p.156.

36 GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 41.

37 *Idem*, p. 37.

38 *Idem*, p. 277.

39 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 74.

magistrado - que, por definição, poderá negar sua existência -, transformar-se-á, para aquele que se julga titular, numa simples expectativa de direito. Não há entre autor e réu uma verdadeira relação jurídica geradora de direitos e obrigações recíprocos, de tal modo que um pudesse exigir do outro uma prestação positiva ou negativa. Saliente-se que, ao mostrar que o direito processual, ao contrário do direito material, caracterizava-se por um estado generalizado de incertezas, nenhuma das partes poderia saber os verdadeiros limites de seus direitos e obrigações. A incerteza é, indiscutivelmente, para esta teoria, a marca essencial da relação processual.

Segundo Ernane Fidélis dos Santos<sup>40</sup>, de início, nega-se, nesta teoria, a existência de direitos e obrigações entre os sujeitos do processo, sob fundamento de que o juiz não tem nenhuma obrigação de sentenciar em correspectividade com o direito as partes à sentença. O dever é imposto pelo Estado e tem caráter extraprocessual. Para o réu, não se vê nenhuma obrigação, mas apenas ônus, que é espécie de faculdade de contestar a demanda. O direito subjetivo das partes existe e é pré-processual. Este dependerá da sentença que poderá decretá-lo como existente ou inexistente. Ficam assim as partes, desde a instauração do processo, em tal posição diante do direito subjetivo, que tudo se resume em mera eventualidade de sua existência ou não. É uma situação, e não relação jurídica. Não há, assim, direitos processuais, senão meras expectativas de se obter vantagem.

Continuando, o doutrinador observa que, segundo esta teoria, a única relação jurídica que existe é a de direito material que se faz valer no processo, definindo-se a final e fazendo cessar a incerteza que com ele se instaurou. É essa posição da parte diante da sentença judicial que se espera, definindo o direito, é situação, e não relação jurídica.

Aroldo Plínio Gonçalves<sup>41</sup> relata que a teoria da situação jurídica nasceu para superar a doutrina da relação jurídica e para fornecer um critério “mais objetivo” para se falar em direitos, não em “direitos objetivos”, no direito como norma, mas em direitos constituídos para um determinado sujeito, que assume sua titularidade; ressalte-se que essa teoria não pretendeu eliminar a noção de direito que decorre da norma para um determinado titular.

Esta teoria afirmava não existirem direitos no processo, mas possibilidades de êxito, expectativas e ônus. Os direitos seriam precedentes ao processo. Haveria um poder - direito material judicial -, visto que decorrente do Estado, e não um direito subjetivo. O processo seria um conjunto de situações legitimadas e, no todo, uma situação legitimada<sup>42</sup>.

Goldschmidt concebeu sua teoria do processo, como situação jurídica, em moldes de realização do processo pela atividade jurisdicional em que o provimento final (sentença) definiria simplesmente um duelo entre partes, como se fosse um jogo das partes em busca de uma vitória espetacular. O processo era uma forma alegórica de canteiro judicial onde as partes lançavam suas alegações, que poderiam ou não germinar pelo adubo íntimo do entendimento do julgador<sup>43</sup>.

Cintra, Grinover e Dinamarco<sup>44</sup>, ao comentarem esta concepção, relatam que se observa, nessa teoria, inicialmente, o que sucede na guerra, quando o vencedor desfruta de situações vantajosas pela simples razão da luta e da vitória, não se cogitando de que tivesse ou não direito anteriormente; depois faz um paralelo com o que ocorre através do processo. Aquilo que, numa visão estática, era um direito subjetivo, agora se degrada em meras possibilidades de se praticarem atos para que o direito seja reconhecido, expectativas de obter esses reconhecimentos, perspectivas de uma sentença favorável e ônus para evitar uma sentença desfavorável. Onde havia o direito, há agora meras chances de se alcançar uma sentença favorável.

O despertar da doutrina jurídica para a fragilidade do conceito de relação jurídica, como vínculo entre sujeitos, vínculo de exigibilidade, não teve, como consequência necessária, a destruição da concepção de direitos decorrentes da norma, mas a modificação de seus fundamentos e a sua visualização sob um novo prisma. O direito que decorre da norma passou a ser visto não mais com o um poder sobre outrem, mas como uma posição de vantagem de um sujeito “em relação a um bem”, posição que não se funda em relação de vontades dominantes e vontades subjugadas, mas na existência de uma situação jurídica em que se pode considerar a posição subjetiva, a posição do sujeito em relação à norma que disciplina. A teoria da situação jurídica evoluiu de sua consideração como complexo de normas para uma situação constituída por fatos e atos que a lei reconhece como idôneos para sua formação<sup>45</sup>.

### 3.5 Teoria do processo como instituição ou institucionalista

Tal teoria tem como idealizador Jaime Guasp. Parte da premissa sociológica de que o processo representa uma escolha do grupo social. As escolhas de determinados valores e comportamentos, quando alcançam um grau de abrangência significativo, sejam escolhas democráticas ou não, e neste último caso

40 SANTOS, Ernane Fidélis. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 29.

41 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 90.

42 FONSECA, Rodrigo Rigamonte. In LEAL, Rosemiro (coord.). *ob. cit.*, p. 14.

43 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 78.

44 GRINOVER, Ada Pellegrini *et all.* *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 281.

45 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 93.

são impostas por uma estrutura de poder apta a impô-las, atingem a institucionalização, passando a valerem de per si, ou seja, adquirem, dentro de um determinado espaço de tempo, uma inquestionabilidade. O processo não deixa de ser uma instituição, mas afirmar isto pouco acresce na tentativa de delinear-lo corretamente.

Ressalte-se que Jaime Guasp, ao acolher o processo como instituição, não poderia mesmo assentar essa teoria em outros pilares, senão nos sociológicos, que, entre os anos 30 e 40, com a propagação das idéias positivistas, faziam sucesso entre os intelectuais.

### 3.6 Processo como procedimento em contraditório

Com a ruptura paradigmática do Estado Social para o Estado Democrático de Direito, faz-se necessária, também, uma reconstrução do processo. Como primeiro sinal dessa ruptura de paradigma, tem-se a teoria do processo como procedimento em contraditório do processualista italiano Elio Fazzalari, em 1978.

Elio Fazzalari, ao construir a teoria do processo como procedimento em contraditório, já se preocupa com o discurso democrático instituído pelas Constituições de sociedades pós-modernas. O processualista partiu do conceito de procedimento para definir a natureza jurídica do processo, mas para isso teve de reelaborar aquele conceito. Procedimento, aqui, é a atividade preparatória do provimento; “uma atividade regulada por uma estrutura normativa, composta por uma seqüência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica”<sup>46</sup>.

Pode-se, então a partir daí, conceituar procedimento como “estrutura técnica de atos jurídicos seqüenciais numa relação espaço-temporal, segundo o modelo legal, em que o ato inicial é sempre pressuposto (condição) do ato conseqüente e este extensão do ato antecedente e assim, sucessivamente, até o provimento final”. Procedimento sem norma de comando estrutural é um amontoado de atos não jurídicos sem qualquer legitimidade, validade e eficácia. O procedimento não é atividade que se esgota no cumprimento de um único ato, mas requer toda uma série de atos e uma série de normas que os disciplinam, em conexão entre elas, regendo a seqüência de seu desenvolvimento. Por isso se fala em procedimento como seqüência de normas, atos e de posições subjetivas<sup>47</sup>, de forma que o pressuposto de incidência de uma norma é o cumprimento de uma atividade prevista na norma anterior da série do complexo normativo.

Fazzalari, em verdadeira renovação do conceito de procedimento, assentou as bases da teoria que concebe o processo como espécie de procedimento realizado em contraditório entre as partes, afastando-se, assim, a ideia de distinção entre processo e procedimento. As características do procedimento e do processo não devem ser investigadas em razão dos elementos finalísticos, mas devem ser buscadas dentro do próprio sistema jurídico que os disciplina. E o sistema normativo revela que, antes que distinção, há entre eles uma relação de inclusão, porque o processo é uma espécie do gênero procedimento<sup>48</sup>. Tal teoria teve o mérito de separar cientificamente os conceitos de processo de procedimento, colocando o primeiro como espécie do segundo. Assim, o processo judicial deixou de ser um instituto flutuante, etéreo, ritualístico, uma mera seqüência atos praticados pelas partes e pelo juiz, sem qualquer vínculo lógico-jurídico, para ser caracterizado como procedimento realizado em contraditório<sup>49</sup>.

Coube a Fazzalari a iniciação dos estudos para ressemantizar o instituto do processo em conceitos que o distinguíssem do procedimento, que é a sua estrutura técnico-jurídica, bem assim resgatá-lo de teorias que o colocavam como mero veículo, método ou meio, fenômeno ou expressão, da atividade jurisdicional para produzir provimentos. Explicou, em sua obra, que o processo não se define pela mera seqüência, direção ou finalidade dos atos praticados pelas partes ou pelo juiz, mas pela presença do atendimento ao contraditório entre as partes, em simétrica paridade, no procedimento, que, longe de ser uma seqüência de atos exteriorizadores do processo, equivalia a uma estrutura técnica construída pelas partes sob o comando do modelo normativo processual.<sup>50</sup>

Por sua vez, o provimento seria um ato do Estado, de caráter imperativo, produzido pelos órgãos no âmbito de sua competência, seja um ato administrativo, um ato legislativo ou um ato jurisdicional. Nessa perspectiva, o processo é o procedimento realizado em contraditório entre os interessados, e a essência deste está na simétrica paridade da participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados, porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos. Fazzalari<sup>51</sup> considerava como sujeitos do processo não só o juiz e seus auxiliares, mas também as partes: autor, réu, os litisconsortes, no processo civil; o Ministério Público, o acusado, “a parte civil” e o responsável civil, no processo penal, etc.

46 Idem, p.102.

47 LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Malheiros, 2002, p. 83.

48 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 68.

49 LEAL, Rosemiro (coord.) Manuel Bravo Saramago, in *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2004, v. IV, p.176.

50 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 80.

51 LORENTZ, Lutiana Nacur. A coisa julgada coletiva: *ultra partes, erga omnes e secundum eventum litis*. *Revista do Curso de Direito da FUMEC*. Belo Horizonte: Síntese, 2003, v. 6.

sendo que o provimento final deveria ser construído em simétrica paridade e em contraditório pelas partes.

Lutiana Nacur Lorentz<sup>52</sup>, invocando Gonçalves, salienta que o processo, na fase atual de desenvolvimento do nosso Direito, deve ser tomado não como a junção de procedimento e relação jurídica, como querem os integrantes da escola instrumentalista, ou relacionistas, mas sim na sua acepção de procedimento realizado em contraditório entre as partes. Contraditório este que só se desenvolve em simétrica paridade entre as partes, através da aplicação dos princípios constitucionais, dentre os quais o contraditório.

Nas palavras do mestre Aroldo Plínio Gonçalves, o contraditório não é o dizer e o contradizer sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo do ato final. Essa será sua matéria, o seu conteúdo possível. O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo<sup>53</sup>. O processo começa a se definir pela participação dos interessados no provimento na fase que o prepara, ou seja, no procedimento<sup>54</sup>.

Fazzalari, aliás, não resume o fenômeno processo apenas no campo do direito processual, mas o elege como instituto de presença obrigatória no Estado Democrático de Direito, nas funções jurisdicional, legislativa e administrativa do Estado, além de reconhecê-lo, também, na ordem privada.

Com efeito, o processo define-se por sua qualidade-regente do procedimento. Quando o procedimento não se faz em contraditório, tem-se somente o procedimento, não processo. Isso não quer dizer que os procedimentos sem processo sejam ilegais, porque há vários procedimentos que, embora legais, dispensam o contraditório, já que muitos procedimentos não se fazem sob o regime de contenciosidade, na qual o direito-garantia do contraditório é imprescindível<sup>55</sup>. Procedimento, aqui, como sequência de normas conexas, de atos completos (cumpridos seus pressupostos), de posições subjetivas, e não uma atividade que se esgota no cumprimento de um único ato, um provimento.

Chega-se, assim, ao processo como espécie de procedimento realizado, através do contraditório, entre os interessados, conceito este que é incompatível com o conceito de relação jurídica, que é o vínculo de exigibilidade, de subordinação, de supra e infra-ordenação, de sujeição<sup>56</sup>.

Rosemiro Pereira Leal, analisando esta teoria, ressalta que a reflexão fazzalariana do processo, para sua validade jurídico-científica, terá de partir, na atualidade, dos estudos dos fundamentos jurídico-institucionais do processo, e não da qualidade de procedimento em si mesmo<sup>57</sup>.

### 3.7 Teoria constitucionalista do processo

O estudo do processo, nas sociedades democráticas atuais, passa necessariamente, pela Constituição, pois é esta que vai instituir o modelo procedimental garantidor do devido processo legal. O processo como instituição constitucionalizada, ou seja, "direito-garantia constitucional de construção dos provimentos e da jurisprudência"<sup>58</sup>, apta a reger, em contraditório, ampla defesa e isonomia, o procedimento, como direito-garantia fundamental, revolucionou os conceitos até então existentes.

Assim foi pensado por Andolina e Vignera, para quem o processo obedece a um modelo constitucionalizado que estrutura os procedimentos jurisdicionais. Afirma Andolina que "a constituição traçou um verdadeiro modelo de processo jurisdicional, elevando o nível de garantias constitucionais em alguns pontos essenciais, colocando o processo no centro de toda a estrutura de atuação das garantias constitucionais"<sup>59</sup>. Andolina e Vignera vão além da proposta de Fazzalari e se ocupam do estudo do processo como modelo constitucionalizado a vincular a estruturação dos procedimentos preparatórios dos provimentos jurisdicionais. Portanto, a partir desses autores, o processo não é apenas procedimento em contraditório. Tais autores desenvolvem uma teoria que se destina à explicitação dos aspectos que devem ser atendidos para que os procedimentos criados pela norma infraconstitucional se amoldem às determinações presentes na Constituição<sup>60</sup>. Assim, buscam demonstrar, em análises objetiva e subjetiva, que é forçoso entender o processo como modelo constitucionalizado a ser obedecido na construção dos procedimentos na infraconstitucionalidade<sup>61</sup>.

52 LORENTZ, Lutiana Nacur. *Métodos extrajudiciais de solução de conflitos trabalhista* - comissões de conciliação prévia, termos de ajuste de conduta, mediação e arbitragem. São Paulo: LTr, 2002, p.111.

53 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p.127.

54 Idem, p.113.

55 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p.186.

56 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p.132.

57 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 51.

58 LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria da defesa no processo civil, in *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v.1, n.1, 1º sem. 1998, p.109.

59 LEAL, Rosemiro (coord.). Terezinha Ribeiro Chaves in *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2004, v. III, p.125.

60 LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Malheiros, 2002, p. 87.

61 Idem, p. 88.

O processo, em seus novos contornos teóricos na pós-modernidade, apresenta-se como necessária instituição constitucionalizada que, pela principiologia do instituto constitucional do devido processo legal, que compreende os princípios da reserva legal, da ampla defesa, isonomia e contraditório, converte-se em direito-garantia impostergável e representativo de conquistas históricas da humanidade na luta secular empreendida contra a tirania<sup>62</sup>. Somente a lei constitucional, que se origina livremente do povo em paradigmas universais de dignidade e liberdades humanas, assegurará o devido processo como fonte jurisdicional da judicatura e direito-garantia das partes. O processo, na pós-modernidade, se estrutura pela principiologia instituída constitucionalmente, princípios estes que deixam de ser meros atributos do processo e passam à condição de princípio (norma) determinativo de sua própria inserção na estruturação de todos os procedimentos preparatórios dos atos jurisdicionais<sup>63</sup>.

No Estado Constituinte, o processo é cláusula inderrogável de resistência jurídica com raízes na soberania popular (única fonte legítima de poder) na construção da Constituição, porque, não seguida a principiologia do processo constituinte, não se pode falar em legitimidade legislativa na geração da norma constitucional. O legislador, nas sociedades políticas democráticas de direito, uma vez eleito, submete-se aos princípios do processo, como instituição jurídica balizadora da soberania popular e da cidadania, cujos fundamentos, se não assentados juridicamente, de forma legal, preexistente e básica, como única fonte do poder constituinte, assumem significações culturais antagônicas ao conceito moderno de Estado Democrático de Direito<sup>64</sup>.

### 3.8 Teoria neoinstitucionalista do processo

Rosemiro Pereira Leal e as novas gerações apontam uma nova e moderna visão do processo, construída à luz do Estado Democrático de Direito: uma visão neoinstitucionalista do processo. Processo visto como tema central do estudo do Direito Processual.

Segundo o autor, a visão pós-moderna, não hegeliana do Estado (partidário dos direitos naturais, sagrados e inalienáveis, gravados por uma força sobrenatural na razão ou intuição dos homens<sup>65</sup>: no caso da teoria da relação jurídica esta força seria o poder-juiz-Estado) é que tem que nortear o estudo atual do processo e sua autonomia jurídica na constitucionalização estrutural nas sociedades políticas<sup>66</sup>.

Esta teoria, ao criticar a relação jurídica, ressalta como um dos pontos negativos desta a afirmativa de que “a jurisdição se exerce através do processo” e que “este é mero instrumento e meio do exercício da jurisdição”<sup>67</sup>. Tal crítica se dá principalmente pelo fato de que o processo, ao contrário da jurisdição, define-se hoje em garantias principiológicas pela reserva legal de direito antecipadamente assegurado nas leis fundamentais (Constituições). A jurisdição, como atividade monopolística de o Estado reconhecer o direito (art. 5º, XXXV, da CR/88), não traz em seu arcabouço garantias pela figura do juiz (ainda que íntegro, sábio e culto) de criação do direito<sup>68</sup>. A jurisdição, por si mesma, não pressupõe critérios de julgar ou proceder, mas atividade de decidir subordinada ao dever de fazê-lo segundo os princípios fundamentais do processo<sup>69</sup>. O provimento, ou sentença, não deve ser a síntese do sentimento do juiz, nem sua convicção, sua discricionariedade, nem seu sentimento, nem seu livre-arbítrio, nem suas convicções religiosas, morais, culturais, deve sim ser o provimento construído pelas partes, em contraditório, em igualdade e isonomia de oportunidades dentro do processo, a fim de garantir que o provimento seja o mais imparcial possível.

O processo deve ser visto como instituição jurídica que, ao lado do Estado, do povo, da cidadania, da soberania popular, contém princípios próprios definidos nas garantias do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, reunidos pelo instituto do devido processo legal aliados à estrutura do Estado Democrático de Direito.

O processo deve ser estudado como instituição constitucionalizada, direito-garantia constitucional de construção dos provimentos e da jurisprudência pelo contraditório e ampla defesa. Não é concebível a idéia do “surgimento do processo a partir da arbitragem obrigatória<sup>70</sup>”, haja vista que o processo só surgiu recentemente com a conquista histórica das garantias e direitos fundamentais constitucionalizados da isonomia, do contraditório e da ampla defesa.

Na pós-modernidade, o conceito de processo, como instituição, não se refere pelas lições de Maurice Harriou ou dos administrativistas franceses do século XIX ou dos processualistas e juristas dos primeiros quartéis do século XX, sequer pelas posições sociológicas de Guasp e Morel, mas pelo grau de autonomia jurídica como se desponha no discurso de nosso texto constitucional, como conquista histórica da cidadania juridicamente fundamentada em princípios e institutos de inerência universalizante e ampliadora em

62 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 82.

63 LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Malheiros, 2002, p. 88.

64 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 82.

65 Idem, p. 23.

66 Idem, p. 48.

67 GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 27.

68 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 40.

69 Idem, p. 41.

70 GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 27.

réplica ao colonialismo dos padrões repressores de centração psicológica e política dos chamados Estados-nações hegemônicas<sup>71</sup>. Não se pode aceitar a existência, no Estado Democrático de Direito, de hierarquias entre as instituições jurídicas ou a prevalência de umas sobre as outras no bojo constitucional, como se fossem caixas de ferramentas à escolha e a serviço do Estado absoluto<sup>72</sup>.

Nesta ótica, o autor propõe a construção de uma teoria do processo avançado, à luz do Estado Democrático de Direito, onde o processo evoluído não é tido simplesmente como procedimento em contraditório, mas como uma instituição jurídica, institucionalmente definido e constitucionalizado pelos fundamentos normativos do contraditório, ampla defesa, direito ao advogado e isonomia, ainda que o procedimento se faça em contraditório, porque o contraditório há de ser princípio regente (direito-garantia constitucionalizado) do procedimento, e não atributo consentido por leis ordinárias processuais ou dosado pela atuação jurisdicional em conceitos e juízos personalistas de senso comum, de conveniência e muito menos de discricionariedade do julgador<sup>73</sup>. Propõe então uma visão do processo ligada às condições de legitimação das decisões judiciais, já alinhadas ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

O Código de Processo Civil (**Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**) e o Código Civil Brasileiro (**Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**) não se encontram, hoje, em sintonia com as atuais e modernas teorias do processo. Construídas sob o paradigma do Estado Liberal, tais leis deram amplos poderes ao julgador, tido como salvador, ético, sábio, puro, vestal ou prodigamente justo e talentoso, sendo o processo visto apenas como instrumento etéreo da jurisdição ou a serviço da atividade jurisdicional, que, para os instrumentalistas, também tem escatologias redentoras, nas varas mágicas dos juízos de concorrer para a paz social e a felicidade paradisíaca do homem<sup>74</sup>. A jurisdição é o centro gravitacional do processo, construído sobre um discurso estatalista, autocrático, anacrônico e pretoriano, em que o juiz justiceiro supre a figura do advogado e a inércia da parte, esquecendo-se de que nos termos do art. 133 da CF/88: “O advogado é indispensável à administração da justiça [...]”.

É justamente essa percepção de jurisdição/juiz salvador que esta teoria tenta combater, propondo que o processo, como instituição jurídica, defina-se como bloco de condicionamentos do exercício da jurisdição na solução dos conflitos e da validade da tutela jurisdicional, que, não mais sendo um ato ou meio ritualístico, sentencial e solitário do Estado-juiz, seja um provimento construído pelos referentes normativos da estrutura institucional constitucionalizada do processo. O que não pode ocorrer é, a pretexto de oferecer solução ao problema da efetividade, dotar o juiz de vasto poder discricionário, de uma clarividência, de uma ideologia própria ou até mesmo de sua magnanimidade para julgar com base em caracteres subjetivos, sem fundamentação, o que é incabível no paradigma de Direito Democrático. O juiz não deve manejar o processo, este deve ser construído pelas partes e não ficar à discricionariedade do mesmo, baseando-se em suas concepções subjetivas sobre justiça para decidir. A atividade jurisdicional não é mais um comportamento pessoal e idiossincrático do juiz, mas uma estrutura procedimentalizadora dos atos jurídicos sequenciais a que se obriga o órgão jurisdicional pelo controle que lhe impõe a norma processual, legitimando-o ao processo<sup>75</sup>.

É importante salientar que o processo não busca decisões justas, mas sim a garantia de que as partes possam participar em isonomia e contraditório na construção do provimento final, como, por exemplo, a sentença; as partes devem construí-lo. Contraditório, aqui, não é o dizer e o contradizer sobre matéria controvertida, não é discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo do ato final, e sim a igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo<sup>76</sup>. E é essa participação que o juiz deve buscar e garantir, e não simplesmente acatar o pedido e ou a defesa. Não devemos colocar o direito processual como o direito da jurisdição salvadora pelas mãos sábias e benevolentes dos juízes. Aliás, o processo não nasceu com as atuais garantias fundamentais, ao simples e automático exercício da jurisdição pelo Estado, pelo contrário, foi uma evolução construída, aos poucos, pela ciência.

A concepção proposta, portanto, aproxima-se mais da ideia de processo como modelo, como feito por Andolina e Vignera, mas ultrapassa-a, na medida em que já se conecta o processo à própria legitimidade das decisões judiciais no Estado Democrático<sup>77</sup>. Com isso, esta teoria gera impacto teórico direto sobre o entendimento do exercício da própria atividade jurisdicional estatal, haja vista que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, jurisdição e processo se relacionam de maneira diversa da que propõe o Estado Social<sup>78</sup>. A jurisdição, em face do estágio da Ciência Processual e do Direito Processual, não tem qualquer valia sem o processo, hoje considerado no plano do direito processual positivo como complexo normativo constitucionalizado e garantidor dos direitos fundamentais da ampla

71 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 48.

72 Idem, p. 49.

73 Idem, p. 49.

74 Idem, p. 84.

75 Idem, p. 41.

76 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p.127.

77 LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Malheiros, 2002, p. 89.

78 Idem, p. 89.

defesa, contraditório e isonomia das partes e como mecanismo legal de controle da atividade do órgão-jurisdicional (juiz), que não mais está autorizado a utilizar o processo como método, meio, ou mera exteriorização instrumental do exercício da jurisdição<sup>79</sup>. Não se pode conceber que o magistrado, que recebe do Estado a ordem-dever de tutelar direitos, possa ter faculdades ou poderes de ditar o direito ao seu alvedrio ou sentimento. Conclui-se, pois, que não há para o órgão jurisdicional qualquer folga de conduta subjetiva ou flexibilização de vontade pelo árbitro ou discricionariedade, no exercício da função jurisdicional, porque, a existirem tais hipóteses, quebrar-se-ia a garantia da simétrica paridade dos sujeitos do processo<sup>80</sup>.

#### 4 Conclusão

Pela análise das teorias até aqui construídas no que tange à natureza jurídica do processo, concluímos que, no Estado Democrático de Direito, toda e qualquer decisão que atinge direta ou indiretamente o indivíduo deve ser construída pelas partes, com ampla participação isonômica dos interessados, em contraditório, com ampla defesa (inclusive com a participação técnica e imprescindível do advogado). Conclui-se ainda que a teoria moderna do processo não pode se render ao instrumentalismo majoritário da doutrina que insiste em colocar o processo como mero veículo, modo ou método de atuação de uma jurisdição mística e apostolar de talentosa agilidade na solução dos conflitos de interesse da sociedade atual.

Não podemos conceber que, em uma República Federativa constituída em Estado Democrático de Direito (art.1º da Constituição Federal do Brasil), com objetivos claros de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 2º da nossa Carta Maior), o estudo do Direito Processual seja, ainda, realizado à luz de um Estado Social, liberal, mas sim tenha a sua produção científica reproduzida à luz dos direitos fundamentais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

Em síntese, as autoridades responsáveis pela intermediação na solução dos conflitos na sociedade, sejam eles judiciais ou não, devem solucioná-los juntamente com os interessados na demanda, respeitando sempre as garantias do contraditório, do devido processo legal, da isonomia, da ampla defesa (inclusive o direito à defesa técnica pelo advogado) e não trazer para si a responsabilidade de resolvê-los como se fossem deuses ou sabedores maiores da sociedade.

Ressalte-se, ainda, a necessidade de termos a construção das normas (leis), quando envolverem interesses individuais ou difusos e as de grande repercussão, à luz da consulta dos diretamente ou indiretamente envolvidos, sob pena de serem legais, mas ilegítimas, imorais, antidemocráticas e não atenderem aos reais interesses dos maiores interessados: os cidadãos.

Citem-se aí as leis dos Juizados, da Arbitragem, da Justiça do Trabalho, onde se pregam procedimentos simplificados, com a temida justificativa de uma justiça célere, de uma prestação jurisdicional mais rápida e mais efetiva. Observe-se, nestas normas, a não necessidade de advogado (consequentemente a não obrigatoriedade de fornecimento deste pelo Estado, através das defensorias); a informalidade dos procedimentos e das provas, onde as partes, muitas vezes, são pessoas simples, diante de grandes empresas, com grandes advogados, sem isonomia perante a “lei”, apenas sob o comando e a proteção do juiz sabe-tudo, comandante do procedimento. Veja aí o perigo e a possibilidade de uma “prestação jurisdicional” precária, ilusória, nem sempre satisfativa.

Verifica-se, então, a necessidade de repensarmos a Ciência do Processo e construirmos uma teoria avançada à luz do Estado Democrático de Direito, onde o processo evoluído não é tido simplesmente como procedimento em contraditório, mas como uma instituição jurídica, institucionalmente definido e constitucionalizado.

#### 5 Referências bibliográficas

BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichteschein. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1964.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del diritto processuale civile*. Padova: Cedam - Casa Editrice Dott. Antônio Milani, 1936. XIV, vol. I.

\_\_\_\_\_. *Sistema de direito processual civil*. São Paulo: ClassicBook, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Bookseller, vols. I, II e III, 2000.

79 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 42.

80 Idem, p. 41.

- DELGADO, Maurício Godinho. *Introdução ao direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTR, 2001.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- FIÚZA, César (coord.). *Direito processual na história*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- GOLDSCHIMIDT, James. *Teoria geral do processo*. Campinas: Minelli, 2003.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- \_\_\_\_\_. A coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor e o conceito de parte. *Revista Forense*, Separata, 1994.
- GRINOVER, Ada Pellegrini *et all*. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: Cedam, 1996.
- LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Malheiros, 2002.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- \_\_\_\_\_. (coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, vols. I, II, III, IV e V, 2004.
- \_\_\_\_\_. Teoria da defesa no processo civil, in *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v.1, n.1, 1º sem. 1998.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. 5. ed. Milano: 1992.
- LORENTZ, Lutiana Nacur. *Métodos extrajudiciais de solução de conflitos trabalhistas - comissões de conciliação prévia, termos de ajuste de conduta, mediação e arbitragem*. São Paulo: LTr, 2002.
- \_\_\_\_\_. A coisa julgada coletiva: *ultra partes, erga omnes e secundum eventum litis*. Revista do Curso de Direito da Fumec. Belo Horizonte: Síntese, 2003, v. 6.
- NERY, Nelson. O processo do trabalho e os direitos individuais homogêneos - um estudo sobre a ação civil pública trabalhista. *Revista LTr*, fev./2000.
- \_\_\_\_\_. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6 ed., São Paulo: Revista do Tribunais, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Princípios fundamentais - teoria geral dos recursos*. 4 ed. São Paulo: RT, 1997.
- OLIVEIRA, Allan Helder de. *O réu na tutela antecipatória do Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
- SANTOS, Ernane Fidélis. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2003.