

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA TEORIA GERAL DO PROCESSO

(“Processo” em sua acepção abrangente)

(*) João Parente Muniz e Sá Filho

A ciência do direito processual teve seu assento de nascimento em meados do século passado, na obra de Von Bullow sobre as exceções e pressupostos processuais. Registra Cândido R. Dinamarco que o admirável processualista tedesco foi o primeiro a sustentar, para o direito moderno, a tese da unidade do ordenamento jurídico; “citando autores alemães precedentes, afirmou que a lei vai do comando abstrato (**lex generalis**) ao comando concreto (**lex specialis**, contida na sentença), ao comando concreto (execução), tudo isso significando que o direito (não só objetivo, como subjetivo) sofre uma fundamental transformação através do processo” (*).

Antes disso, as normas de processo eram feitas segundo ditames preponderantemente práticos, à maneira dos vetustos praxistas, estudadas pelo critério puramente exegético, inexistindo, em consequência, construção segura do edifício teórico; não transparecia, ainda, a distinção entre direito substancial ou material e processo-direito formal. Institutos como o da coisa julgada, da hipoteca, da prova, da ação eram, então, tidos como de direito material (**).

Campo onde os particulares travam o duelo de seus interesses substanciais, o processo, só a partir de então, passa a ser concebido como um dos instrumentos para realização publicística dos preceitos materiais contidos no ordenamento jurídico.

Já aí descortina a opção metodológica adotada pelo autor que, se por um lado é tributária do positivismo **metodo-**

lógico (não do positivismo à la Comte), na esteira de Kelsen, doutro se abre, generosamente, **exempli gratia**, a concepções doutrinárias diversas como a de que norma jurídica é gênero, integrado de princípios (ou normas-princípio) e regras jurídicas, com proclamação da superlativa hierarquia dos primeiros sobre as últimas.

A segunda parte é dedicada ao estudo do relacionamento entre a Teoria Geral do Direito Público e as Ciências Dogmáticas do Direito, entre as quais se inclui o próprio Direito Processual.

A terceira parte alude à existência de uma Teoria Geral do Processo. Na quarta, resenha-se acerca do processo, dentro de uma visão marcadamente tradicionalista; prisma esse objeto de crítica, que realizamos na quinta parte do trabalho. Na penúltima parte da pesquisa, faz-se referência a uma aproximação do conceito de processo em sua acepção ampla; o último capítulo, afinal, versa sobre o conceito de processo, Ciência do Direito Processual e a Teoria Geral do Processo.

Last but not least, que não cause espécie professor de direito financeiro enveredar num terreno limitrofe, a processualista: tão só do fato exsurja a constatação da extraordinária riqueza dos estudos, até o presente, gestados num dos ramos mais desenvolvidos da ciência jurídica. E do quanto temos a aprender.

O pesado do texto, demais disso, não contradita o que subjaz, vigorosamente, no espírito do autor: a admoestação de Piero Calamandrei, o notável processualista peninsular, autor de genialíssima produção doutrinária, **in verbis**:

"Una piccola bilancia simbolica che da una parte sostiene due grossi volumi infolio e dall'altra una rosa; a si vede, poiché il secondo piatto si abbassa, che sulla bilancia della giustizia, la lieve rosa pesa piu della ponderosa dottrina."

I — Indispensabilidade de uma Teoria Geral

O conhecimento científico visa apreender certo objeto, por meio de um determinado método. A fixação do objeto e do método surgem como questão prévia e fundamental de toda disciplina científica. Estabelecer teoricamente o âmbito

da realidade que constitui o tema de uma disciplina científica supõe a fixação de um conjunto de normas que torna possível proceder frente à investigação científica.

O entrelaçamento entre teoria e prática torna-se essencial para as averiguações da ordem jurídica, desde que esta tem destinatário: "Toda observação empírica pressupõe, portanto, uma certa teoria". Porém, é necessário precisar o sentido da palavra **teoria**, a fim de não se cair em ambigüidades. De certo modo pode-se dizer que a conexão puramente lógico-analítica entre os conceitos fundamentais de uma determinada ciência constitui a "Teoria Geral" de tal disciplina. Porém, em tal sentido, para o formalismo neokantiano e o neopositivista, não cabe falar de autêntica teoria científica enquanto sistema de proposições com valor cognoscitivo empiricamente observável, senão de uma pura descrição analítica da dimensão da realidade que se trata de investigar, como estabelecimento da possibilidade de "objetos em geral" para tal disciplina.

O autêntico processo de conhecimento só começa quando estes conceitos, em conexão com hipóteses específicas, são trasladados para a realidade, permitindo ordenar seus dados segundo princípios unitários, de tal modo que apareça o que designamos como teoria científica propriamente dita. A "Teoria Geral" não é outra coisa senão o "enfoque" que torna possível estabelecer certos dados e reagrupá-los de maneira significativa entre si. As "teorias científicas" propriamente ditas serão aquelas proposições ou sistema de proposições que formulam as conexões significativas de dados, empiricamente observáveis. Uma conexão significativa é aquela predicável para certa generalidade de dados, verificáveis, por conseguinte, sempre que se apresenta em tal classe de dados.

"Cabe distinguir uma série de níveis teóricos em função do grau de generalidade alcançado pelas proposições verificáveis: desde a mera constatação descritiva de certas regularidades empíricas, sem poder explicá-las mais amplamente e as 'teorias **ad hoc**', até as "teorias de âmbito médio" (MERTON) e as teorias complexas com mais ou menos pretensões de explicar a totalidade dos fenômenos relevantes para a disciplina em questão. Em todos estes casos foram seguidamente aplicados os mesmos conceitos fundamentais; as várias teorias específicas em seus distintos níveis se formulam sempre a partir da mesma **Teoria Geral**. Esta série de graus de abstração indica que todo nível teórico se alcança

recapitulando as diversas proposições de uma ordem imediatamente inferior, verificada **prévia e empiricamente**. O ideal do conhecimento científico estriba-se na axiomatização do complexo teórico, isto é, na constituição de um sistema unitário de proposições, perfeitamente coerente em termos lógico-dedutivos; toda proposição inferior, expressando uma certa regularidade fática de ordem muito concreta, deve ser logicamente deduzível das proposições de ordem teórica superior. As premissas máximas, por cima do edifício teórico, estariam formadas por leis gerais que regem todo o âmbito empírico" (1).

A Teoria Geral não é importante e possível apenas nas pesquisas cujo grau de generalidade abrange todo o conteúdo de uma disciplina jurídica. É necessária e útil aos setores que compõem o agrupamento de temas e preocupações que surgem para elaboração de um certo ramo do conhecimento jurídico.

LUIS RECASÉNS SICHES, ao prefaciar a "Teoria do Direito", de Edgar Bodenheimer, refere-se a uma disciplina que oferece uma visão de conjunto do direito, através do esclarecimento de seus pressupostos e fundamentos, com o exame das bases de sua ciência, por meio de análises de suas conexões com outros aspectos da vida social e um esboço dos ideais de sua inspiração. Tal entendimento deve ser utilizado para quem pretende aprofundar-se nos conhecimentos dos institutos jurídicos, principalmente em termos de Teoria Geral (2).

As indagações sobre as perspectivas de uma Teoria Geral ampliam as possibilidades do conhecimento jurídico, inclusive em termos de direito comparado.

Elas levam à procura de uma definição que há de ser universal, que, no dizer de Lourival Vilanova, deve abstrair-se de todo conteúdo, pois o único caminho será não reter no esquema conceitual o que é variável, heterogêneo, acidental, determinado **hic et nunc**, mas sim as essências que devem ser homogêneas (23).

CARLOS CAMPOS menciona as teorias científicas do direito. Estas, sob a denominação de Teoria Geral do Direito, tomam os fatos constitutivos do domínio jurídico. À luz do método científico e com os elementos de observação direta, indireta e histórica, ao lado de contribuições das ciências particulares, promovem a reconstrução teórica do direito, em termos científicos, relativistas e empíricos (5).

A Teoria Geral do Direito, ao lado de uma Teoria das Normas Jurídicas ou Normologia Jurídica, na expressão de

Hans Nawiasky, constituem fontes essenciais para as indagações que ora realizamos. A Teoria Geral do Direito ocupa-se do que é comum a todos os ordenamentos jurídicos concretos. Não devemos entender a Teoria Geral do Direito como uma Teoria das formas do Direito. Para NAWIASKY, a Teoria Geral do Direito não é unicamente a **Teoria Formal do Direito**, mas também a **Teoria do Conteúdo do Direito**. Existe autonomia entre a **Teoria Geral do Direito** e a **Filosofia Jurídica**. A primeira tem como objeto o direito tal qual é, ao passo que a segunda toma-o como deve ser. No entender de Nawiasky, o caráter positivista da Teoria Geral do Direito não deve conduzir ao entendimento de ser uma ciência puramente empírica, dedicada a só extrair e sistematizar o que é comum aos diversos ordenamentos jurídicos: "Por el contrario, partiendo de la naturaleza del derecho, desarrolla los conceptos generales del derecho para aprehender y ordenar con ellos la materia jurídica dada. Su función consiste, pues, en tratar el material jurídico de experiencia mediante criterios teóricamente elaborados" (18).

Em **Teoria della Scienza Giuridica**, Norberto Bobbio afirma que o aspecto formal de um determinado ordenamento jurídico constitui o objeto de indagação da Teoria Geral do Direito. O aspecto material, o conteúdo da norma, é assunto da Ciência do Direito ou da Jurisprudência" (3).

Reconhece que, ao lado do estudo do direito como norma e instituição, existe a sua indagação como fenômeno social, pertencente à Sociologia Jurídica (3).

Em termos de uma Teoria Geral que não quer se afastar de uma Teoria da Norma Jurídica, não é possível esquecer-se da afirmação geral de Norberto Bobbio de que a experiência jurídica é uma experiência normativa: "La nostra vita si svolge in un mondo di norme. Crediamo de esser liberi, ma in realta siamo avvolti in una fittissima rete di regole di condotta, che dalla nascita sino alla morte dirigono in questa o quella direzione le nostre azioni (4).

As tarefas de uma Teoria Geral do Direito não escondem as suas preocupações com a explanação dos conceitos jurídicos fundamentais, utilizáveis em todo e qualquer domínio do direito. Entende-se que sua significação lógica e sistemática permanece a mesma. As categorias jurídicas fundamentais, para alguns, não dependem apenas do conteúdo concreto das normas jurídicas.

Uma Teoria Geral necessita, aceita a dicotomia de apurada investigação de cada um dos ramos do direito, suas dis-

tições e particularidades. Torna-se necessária para determinar uma visão ampla e moderna dos fenômenos jurídicos. FRANCESCO CARNELUTTI, após enfrentar certos temas preliminares, chega ao que denomina o "programa" ou "esboço" de uma Teoria Geral do Direito, com algumas conclusões: "Estas reflexões introdutivas constituem os alicerces sobre os quais me proponho construir um ensaio, ou, talvez, um esboço de Teoria Geral do Direito.

O fruto de tais reflexões traduz-se em o fenômeno jurídico a ser considerado, como qualquer outro fenômeno, a partir de três pontos de vista: formal, espacial e temporal" (6).

A preocupação com a sistematização científica deve exprimir as linhas essenciais da doutrina. As exposições sistemáticas de caráter geral não pertencem ao direito privado, mas à Teoria Geral do Direito, pois delas decorrem noções relativas à noção de direito, às suas categorias, às fontes e à sua interpretação. Convém lembrar as palavras de Karl Engisch, referindo-se ao problema do entendimento hermenêutico da lei: "Num Estado constitucional ou democrático, com divisão de poderes e pluralidade de partidos, as coisas podem apresentar-se sob uma luz diferente. É sem dúvida verdade que 'a situação constitucional geral tem incidência sobre o entendimento hermenêutico da lei'. É mesmo possível que, após uma revolução, o método da interpretação seja duplo: uma relativamente ao direito anterior e outro em face do direito novo. O direito antigo será, por vezes, adaptado ao novo estado de coisas criado pela revolução através duma metódica objectivista; o direito novo, pelo contrário, será interpretado ponto por ponto segundo a vontade do legislador revolucionário que conquistou o poder" (12).

II — Teoria Geral do Direito Público e as Ciências Dogmáticas do Direito

Ariel Alvarez Gardiol, ao lado de registrar que as obras de Rudolf Stammler, Gustav Radbruch e, em especial, Hans Kelsen, conduzem as investigações levadas a efeito pela Teoria Geral do Direito à sua definitiva maturidade, aduz: "La Teoría General es un estudio realizado sobre los mismos temas, pero efectuado en una reflexión de segundo grado, en un movimiento de reflujó desde las nociones particularizadas de las distintas ramas del derecho positivo, hacia las nociones generales básicas y fundamentales. El estudioso que conoce las particularidades de las divisiones del derecho, que

ha visto funcionar las instituciones y los conceptos en las variadas ramas del fenómeno jurídico, retorna a las nociones primeras para fijar sus limites precisos, su estructura formal y su contenido material" (15).

Referindo-se à reação contra certas colocações demasiado privatistas da Teoria Geral do Direito, o publicista lusitano Jorge Miranda fala de uma Teoria ou Doutrina Geral do Direito Público, como esforço de redução à unidade dos ramos publicísticos.

"Convém, todavia, lembrar" — pondera o mestre português — "que, não obstante conceitos comuns ou afins com que trabalham os cultores de várias disciplinas (como os de órgão, situação jurídica, poder, processo, responsabilidade do Estado, etc.) levar a cabo tal teoria geral pressupõe uma apurada investigação de cada um dos ramos do direito público, ainda longe de resultados satisfatórios, pelo menos em Portugal" (17).

Ainda assim, trabalhos há de reconhecido nível técnico, como aqui mesmo, na América Latina, o perpetrado por Agustín Gordillo, no seu magnífico "Princípios Gerais do Direito Público". (trad. de Marco Aurélio Greco, R.T., São Paulo, 1977).

Concordando com a legitimidade e mesmo com a imprescindibilidade de tal sorte de investigações, cumpre aduzir que, 'abaixo' do campo de teorização da Teoria Geral do Direito, pode-se mencionar a existência de uma Teoria Geral do Direito Público, como de uma Teoria Geral do Direito Privado; observa-se que em nenhum momento se abandona o campo rigorosamente estrito do conhecimento científico; o corpo de linguagem utilizada é científica; vazada, portanto, em termos técnicos e científicos. Como científico é o campo de investigação de uma Teoria Geral do Direito Constitucional, de uma Teoria Geral do Direito Tributário; de, até mesmo, uma Teoria Geral da Constituição; de uma Teoria Geral do Processo, etc.

O estrato de linguagem da Teoria Geral do Direito descreve pontos de intersecção dos vários segmentos da Ciência do Direito (Dogmática Jurídica ou Ciência Dogmática do Direito), apresentando-se em forma descritiva e com a utilização de termos rigorosamente técnicos.

O nível de linguagem da ciência do Direito, descritiva de seu objeto de linguagem (do direito positivo) é, igual e, naturalmente, vertida em termos técnicos e científicos.

Nesse ponto é válida a ponderação: "não se deve confundir, em absoluto, a realidade do direito positivo e da ciência

cia do direito. A esta compete descrever o prescritivo. Ao direito positivo, como conjunto de regras que se impõem coercitivamente, a disciplina de situações ou comportamentos humanos... Configuram, ademais, dois discursos lingüísticos inconfundíveis, quer quanto à estrutura, quer quanto à organização lógica. "O direito positivo está vertido numa linguagem que é o seu modo de expressão. E essa camada de linguagem como construção do homem, se volta para a disciplina do comportamento humano, no quadro geral de suas relações de intersubjetividade" (Paulo de Barros Carvalho, Curso de Direito Tributário, Saraiva, São Paulo, 1985, pág. 2).

III — Teoria Geral do Processo

Tradicional é o conceito do Direito Processual como o ramo do Direito Público que regula a atividade jurisdicional do Estado para a aplicação das leis e seu estudo compreende a organização do Poder Judiciário, a determinação da competência dos funcionários que o integram e a atuação do Juiz e das partes na substanciação do processo.

Demarca-se, desse modo, a concepção do Direito Processual e, em conseqüência, de processo, pela função jurisdicional que visa prosseguir: o processo, em sentido rigoroso ou técnico seria, especificamente, o que se desenvolve perante os tribunais comuns. Ou, ainda, o conjunto de atos coordenados para o fim de concretizar, individualizar, a vontade da lei, por parte dos órgãos de jurisdição ordinária.

Com o evoluir da ciência processual procurou-se caminhar para a noção ampla de processo, com o fito de ultrapassar o conceito tradicional e restrito. As tentativas recentemente empreendidas tem tomado como ponto de partida a comparação entre o processo judicial, amplamente estudado pela doutrina, em especial o processo civil, e minuciosamente regulado em lei, em ordem a apreender as notas fundamentais, comuns a outros fenômenos jurídicos.

Nessa ordem de idéias insere-se o trabalho desenvolvido por ALDO SANDULLI, segundo o qual haveria um processo *latu sensu* sempre que a produção de um efeito jurídico dependesse de uma sucessão coordenada de atos humanos tendentes àquele fim (20).

Seriam, dessarte, processos em sentido amplo as sucessões coordenadas de atos que visam à emissão de um ato legislativo ou administrativo; a própria formação dos contratos, uma vez que implica a existência de "vários fatos volun-

tários, que entre si se coordenam e fundem de modo a funcionarem como elementos constitutivos de uma única entidade composta" (20); os atos plurilaterais e os atos complexos; os casos — freqüentes no Direito de Família — em que a produção de efeitos de um ato se torna necessária uma autorização ou aprovação; todas as hipóteses de administração pública de direitos privados em que a regularidade ou perfeição de um ato supõe a intervenção da autoridade; enfim, no conceito amplo de processo entrariam também as figuras da sucessão de fatos ilícitos como os de crime continuado (20).

Em todas essas hipóteses observa-se um elemento comum ao processo judicial: depender um efeito jurídico da conjugação de vários atos ou fatos. Indaga-se, no entanto: será esse elemento bastante para delimitação do conceito de processo *latu sensu*?

Ainda assim o mérito inquestionável da tese do publicista italiano está em ter encarado de um ponto de vista unitário o fenômeno que designa por *fattispecie* de formação sucessiva (20).

Confirma JOSÉ AFONSO DA SILVA que a noção ampla de processo é empregada nos estudos de diversos institutos do Direito Constitucional; inclusive que a noção ampla de processo desenvolvido por COUTURE, para conceituar o processo judicial, é aplicável à noção de processo legislativo (22).

No mesmo sentido NELSON DE SOUZA SAMPAIO: "Sob esse ângulo, o processo legislativo é uma espécie do gênero amplo do Direito Processual, também chamado adjetivo ou formal para distingui-lo do Direito Processual em toda sua amplitude que revela o caráter dinâmico do ordenamento jurídico. Por ele o direito regula a sua própria criação, estabelecendo as normas que presidem à produção de outras normas, sejam normas gerais ou individualizadas" (21).

IV — Visão Tradicional do Processo

- a) Litígio, Interesse e Pretensão.
- b) Autodefesa, Autocomposição, Processo.
- c) Breve estudo evolutivo do Processo.
- d) Objeto do Processo.

a) Litígio, Interesse e Pretensão

O processo é um meio de composição de litígio, cuja meta há de atingir a aplicação do Direito Objetivo a uma situação fática concreta.

Litígio é conflito de interesse. Interesse vem a ser a posição favorável para a satisfação de uma necessidade. Sujeito do interesse é o ser físico — livre, inteligente e capaz — a quem a lei atribui personalidade jurídica. E, por fim, objeto da lide é determinado bem, visado e valorado.

No mundo dos fenômenos sociais, o homem vive em função de interesses e de valores estáveis, limitados e contingentes, face à pressão e à interação mental dos demais indivíduos, membros da sociedade do homem.

Por essa razão, o Direito Objetivo regula a atribuição de bens de vida aos diferentes sujeitos jurídicos, através da vontade abstrata da lei. Quando essa norma **agendi** — abstrata e genérica — incide sobre uma situação particular que nela se enquadre, surge “a vontade concreta da lei”. Então, o comando legal se individualiza, tornando-se a regra de conduta **hic et nunc**, como norma adequada a uma situação determinada.

Logo se vê que a infração à lei, ou a qualquer regra de Direito Objetivo alcança, também, o interesse que a ordem jurídica tutela no preceito violado. Que acontece? Se o titular do interesse (público ou privado), assim atingido, não se conformar com a lesão sofrida e exigir a restauração ou reparação do direito violado, desenha-se uma situação fática, concreta e determinada de litígio. Caso o autor da lesão sofrida persista em não alterar o **status quo**, não reparando o dano, os interesses se põem em choque. Importa pois, por cobro ao conflito de interesses — que se caracteriza por uma exigência insatisfeita — e a que resiste um dos sujeitos dos interesses em lide. O litígio se solve pela composição das partes litigantes ou mediante a intervenção de terceiro.

Pelo que se expôs, conclui-se que litígio é conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. A resistência constitui a pedra de toque do litígio. Daí que pretensão, outra coisa não é, senão a exigência de subordinação de um interesse alheio a um interesse próprio. Somente, através da aplicação da vontade concreta da lei, resolve-se, positivamente, o conflito, com a prevalência do interesse que, de fato, for tutelado e enquadrável no Direito Objetivo.

Em suma, no litígio, a pretensão qualificada (resistência harmônica ao interesse lesado) prevalece, na busca da aplicação da vontade concreta da lei — fim imediato de composição da lide.

b) Autodefesa. Autocomposição. Processo.

Compor a lide é função jurídico-social da lei. Faz parte do plano geral da administração estatal. A lei resultaria vazia e meramente programática, se não tivesse um objetivo prático para o homem, membro do Estado. O Estado legisla para o homem, para seu bem comum. A lei, embora seja limitação da liberdade, é condição indispensável de segurança individual e da ordem pública, sem o que estaria em xeque a consecução do bem comum: fim supremo do organograma da política administrativa.

A lei, objeto de contenda, como Direito Objetivo, concretiza-se através do processo. Por isso, é que se pode dizer, em sentido lato, que processo é uma forma de composição do litígio e de atuação da lei. Dinamiza-se o processo, quando há lide, quando o interesse ferido abstratamente, necessita da concretização da lei.

No entanto, o processo (que se caracteriza pela decisão imperativa de um terceiro) não é o único meio de composição da lide. Para que impere a ordem jurídica de interesse e de pretensões em conflito, os litigantes podem valer-se da autodefesa e da autocomposição. Pela autodefesa, uma vez imposto o interesse de uma parte, sacrifica-se a pretensão da outra. Pela autocomposição, um dos contendores consente e cede no todo ou em parte, com vistas à solução do litígio. Neste sentido, cumpre citar a greve e o procedimento penal inquisitivo. São exemplos esporádicos, à margem do moderno Direito Processual, sem significação na tutela geral de interesses contenciosos, pois que a autodefesa e a autocomposição são formas primitivas que antecederam ao processo contemporâneo.

É inegável que o processo é a forma legal, a via regular da composição do litígio. A prática de formalidades, de atos e de termos pelos sujeitos da relação processual constitui o processo, em sentido estrito (procedimento), cujo objetivo (**causa finalis**) é o solucionamento de conflito de interesses. Logo se percebe que, mirando uma política teleológica própria, o processo (Direito Processual) se transforma em instrumento de paz social para a resolução de um estado de fato extraprocessual. Em função desta finalística, os atos processuais se coordenam, como relação jurídica complexa em que figuram, de um lado, o órgão judiciário do Estado e, de outro lado, os sujeitos da lide: partes do processo.

c) Breve Estudo Evolutivo do Processo

A moderna doutrina processual, mercê de audaciosas conquistas e de profunda renovação de base, afastando o processo da mediocridade procedimentalista de praxes e de estilos de foro, efetuou substancial revisão dos institutos processuais. Não só dando legítima e definitiva estrutura ao Direito Processual, mas, também, aperfeiçoando-lhe a dimensão teleológica. Desta sorte, situou-se o processo em seu devido lugar como instrumento legal compositivo de litígios nos quadros do Direito Público. Nas mais recentes produções da doutrina processual, existe uma ânsia crescente de pesquisa e de conexão entre o processo e os institutos processuais com base nos princípios político-constitucionais do Estado. É, hoje, o Direito Processual, ramo do Direito Público, sob a égide da Constituição.

Ademais, passa a transcender, em muito, o caráter de instrumento compositivo de litígios. Como se verá.

d) Objeto do Processo

Retomando a noção de função do processo, FRANCESCO CARNELUTTI afirma que a característica específica da função processual está precisamente na justa composição da lide.

E o fim específico do processo está na justa composição da lide. Indaga o notável processualista italiano acerca do que entende por "justa composição da lide". "Ho già avvertito che giustizia è conformità a una regola; pertanto, la composizione è giusta quando è conforme alla regola che nel processo si deve applicare; perciò, secondo i casi, quando è conforme al Diritto o alla equità. Peraltro, la composizione è giusta in quanto sia giudicata tale; e sotto questa profilo si distingue la giustizia individuale dalla giustizia sociale. Ora, non vi è dubbio che la giustizia, alla quale deve soddisfare la composizione della lite, è questa seconda, non la prima; in altre parole, che la conformità della soluzione alla regola deve essere riconosciuta dall'opzione pubblica (6).

Adverte, ainda, CARNELUTTI que o processo compõe a lide não de modo qualquer, mas segundo o direito. Entretanto, não quer, com isso, negar que o legislador objective a atuação da justiça, mas este, considera CARNELUTTI, é um fim meta-jurídico: o que equivale dizer que, segundo o direito, o poder do legislador é livre, o do juiz, vinculado; ainda quando profere a sentença de caráter dispositivo, o juiz deve proferí-la

segundo a eqüidade. Ademais, o conflito sobre o qual provê o juiz é uma lide, porque é qualificado por uma pretensão.

Contrariamente à tese de CARNELUTTI, GIUSEPPE CHIOVENDA, situa o objeto do processo na atuação da vontade da lei. Aduz que a destinação do processo é fazer justiça. Juridicamente, a vontade concreta da lei é aquilo que o juiz afirma como tal. O erro eventual do juiz não autoriza ou sustenta que o direito efetivo ou desconhecido, sobreviva ao estado de obrigação natural (o que equivaleria a destruir a coisa julgada), nem afirmar, de modo geral, que antes do processo não exista direito.

Expõe o mestre que: "Mesmo quando entre as partes existe um contraste, não é o objetivo do processo compô-lo, mas dizer e atuar a vontade da lei. Se com a coisa julgada, se com os atos executivos úteis o contraste pode cessar, isto é consequência e resultado da atuação da lei" (8). "Enfim, se por justa composição se entender a que é conforme à lei, resolve-se na atuação da vontade da lei; se, porém, se entende uma composição qualquer que seja, contanto que ponha fim a lide, deve-se radicalmente repudiar uma doutrina que volveria o processo moderno, inteiramente inspirado em alto ideal de justiça, ao processo embrionário dos tempos primitivos, só concebido para impor a paz a todo custo aos litigantes" (8).

EDUARDO COUTURE, por sua vez, após afirmar que o processo judicial, com o debate das partes interessadas e produção de provas, tem como alvo a coisa julgada, isto é, a solução eventualmente coativa do conflito de interesses, esclarece: "Esse fim é privado e público ao mesmo tempo. É privado, no que diz respeito às próprias partes, por ter feito cessar o conflito" (9). A "finalidade de caráter público consiste em garantir a efetividade integral do direito. Processo é um instrumento de produção jurídica e uma forma incessante de realização do Direito. Este se realiza, positivamente, nas sentenças judiciais e a elas se chega apenas mediante o processo. Este, como se tem dito, mantém a *lex continuitatis* do Direito" (9).

V — Crítica à Concepção Tradicional de Processo

Já aludimos ao fato de que a Ciência Processual moderna adota como paradigma o Processo Civil; para EDUARDO COUTURE, por exemplo, o processo é, em si, um método de debate.

Como conseqüência direta da adoção de modelos da civilística processual, detectamos, à luz dos ensinamentos de EUGÊNIO FLORIAN, que a concepção de processo como juízo que dá solução a um conflito de interesses é notoriamente forçada, quando se propugna para adaptação ao processo penal; bem assim o conceito de "parte" é conduzido ao direito processual penal de modo notoriamente artificial, quando se alude à figura do Representante do Ministério Público; a concepção de impulso processual que, sobre a base da figura do juiz como "terceiro imparcial" no conflito, subordina todo ato do órgão à incitação dos interessados (**ne procedat index in officio**); também.

"No âmbito do processo civil" — pondera o mestre — "o juiz está regido por critérios jurídicos puros, com abstração quase sempre da qualidade das pessoas, prescindindo de critérios e apreciações discricionários, de equidade e ética; no processo penal, ao contrário, o juiz julgará o homem e por isso inspirar-se-á em critérios ético-sociais" (13).

Na mesma linha de raciocínio, MAGALHÃES NORONHA menciona que a idéia de defesa, no âmbito do processo civil, está desvinculada de um defensor vigilante e não desidioso, que no processo penal constitui causa de anulação (13).

A idéia de ação processual, por sua vez, impida quando se cogita da processualística civil, resulta de certo modo artificialiosa quando se culda do processo penal; a noção de "coisa julgada", nuclear para o processo civil, no processo penal não pode ser compreendida da forma rígida como é tratada no primeiro, pois a revisão criminal é praticamente ilimitada, além de não haver prazo, ao contrário da ação rescisória.

Não sendo este o caminho, resta-nos a busca de outro fundamento, o que procuraremos levar a cabo no item seguinte. Advirta-se, de antemão, que não procuramos negar a existência de uma ciência do direito processual — conclusão que poderia advir do pensamento dos autores citados neste item. Procuramos apenas realçar que a adoção de modelos elaborados pela civilística processual ao processo penal resulta, no mínimo, artificialiosa. O caminho é outro. O fundamento, diverso. Como a seguir se verá.

VI — Conceito de Processo. A Ciência do Direito Processual. A Teoria Geral do Processo.

A idéia de processo em sentido jurídico aparece, virtualmente, em todos os campos do direito. Existe um processo

legislativo, um processo administrativo disciplinar, um processo administrativo tributário ou fiscal, etc.; um processo judicial (penal, civil, trabalhista, etc.); um processo constitucional, etc.

Podemos, assim, concebê-lo como a atividade desempenhada por órgãos do Estado na criação e aplicação de normas jurídicas gerais ou individuais. Ou como a sucessão ordenada de formalidades, tendentes à formação ou execução de uma vontade funcional.

Não se restringe, portanto, a idéia de processo a situações contenciosas. Nem a atividade jurisdicional, **stricto sensu**.

Admite, portanto, o conceito acima exposto, a existência legítima de um processo legislativo, (constituem-no a sucessão de formalidades como a apresentação de um projeto de lei, sua discussão, pareceres das comissões, sua votação, aprovação pelo Legislativo; a promulgação e sanção, pelo Executivo; a publicação no órgão oficial). De um processo administrativo não contencioso, como a sucessão de trâmites, como um despacho de abertura de concurso público, publicação de editais, apresentação de requerimentos, realização de provas, todos destinados à formação de uma vontade, no caso, de um órgão público competente para prática do ato administrativo de nomeação de um funcionário público (norma individual).

Como, naturalmente, de um processo judicial, com as formalidades que lhe são próprias: petição inicial, contestação, diligências probatórias que preparam a formação da sentença, que decide o litígio entre as partes. Já observamos, inclusive, que a palavra processo, numa concepção rigorosamente tradicional, se aplica à atividade em que se procede à aplicação de normas gerais a casos individuais concretos, seja, ademais, ditando a norma individual que regerá tal caso (a sentença que culmina o processo de conhecimento, no âmbito do processo civil), seja executando a sanção contra o obrigado (processo de execução, no campo da civilística processual).

A Ciência do Direito Processual tem por objeto o conjunto de normas disciplinadoras do processo; seu objeto, assim, é o próprio direito processual.

A Teoria Geral do Processo, que não se confunde com a construção da matéria do processo em sua totalidade; objetiva, através de instrumental rigorosamente científico, apre-

der os conceitos, as instituições e os princípios comuns aos distintos ramos do processo.

De sorte que configure um sistema unitário de proposições, perfeitamente coerente em termos lógico-dedutivo. E que toda proposição inferior, expressando uma certa regularidade fática de ordem muito concreta, deve logicamente ser deduzível das proposições de ordem teórica superior, que constituem o próprio âmbito da Teoria Geral do Processo. Afinal, o ideal do conhecimento científico estriba-se, precisamente, na axiomatização de um complexo teórico, que configura o sistema unitário de proposições antes referido.

Como assevera HÉCTOR FIX ZAMUNDIO, "se trata en realidad de una conclusión muy simples, que consiste em sustener la existencia de una série de conceptos comuns a todas las ramas de enjuiciamento, los cuales pueden estudiarse en su aspecto genérico, sin perjuicio de los aspectos peculiares que asunen en cada una de las disciplinas específicas" (14).

VII — **Processo Administrativo**. "Processo Tributário Administrativo" (art. 151, III, do C.T.N.) ou Processo Administrativo Fiscal, Espécie do Primeiro.

A atividade da Administração Pública é, em larga escala, uma **atividade processual** e o processo administrativo é "o instrumento adequado da ação jurídica da Administração Pública, destacando, no processo, **uma fase graciosa**, em que o órgão administrativo faz aplicação autoritária da lei olhando apenas os interesses que lhe são confiados ou decidindo sobre as pretensões dos particulares, a que se segue **uma fase contenciosa**, quando seja permitida a discussão contraditória da legalidade do ato" (cf. Marcello Caetano, "Manual de Direito Administrativo", 7a. ed., Coimbra Edit. Ltda. 1965).

Administrativistas azevados à ótica tradicionalista temem invadir a esfera da processualística (de densidade e riqueza ímpares) e insistem na coexistência de um processo "propriamente dito", insito o conteúdo **contencioso**, e de **procedimento**, termo reservado para designar a simples técnica de funcionamento do aparelhamento administrativo.

Registra MARCELLO CAETANO (cf. "Princípios Fundamentais do Direito Administrativo", Forense, Rio, 1977, pág. 510) que:

"O Código de Processo Civil brasileiro de 1973 consagrou a distinção entre processo e procedimento. Mas esta discriminação conceitual e terminológica não passou do âmbito

da lei processual civil. As leis brasileiras continuam a consagrar a prática corrente de designar pela palavra **processo** os ritos da atuação dos órgãos não judiciais, e assim se encontra referência ao **processo legislativo** e ao **processo administrativo**, e, neste último, ao processo disciplinar, ao processo de licitação, etc.”

Aliás, **processo** e **procedimento** são termos que ostentam idêntica etimologia: do latim, **procedere**, que significa avançar, andar para frente. Processo é o caminho a percorrer para alcançar dada finalidade.

E o ilustre mestre lusitano, no excelente “Princípios Fundamentais do Direito Administrativo”, cita-o, ainda que a título de **esboço**, investe na teorização do processo administrativo no plano de teoria geral.

VIII — **Conclusão**

A guisa de conclusão temos que o Direito Processual, em sua acepção ampla, versa sobre o conjunto de normas jurídicas disciplinadoras da atividade desempenhada pelos órgãos do Estado na criação e aplicação das normas jurídicas.

Como premissa temos a idéia da formação gradual do direito, vez que este se produz através de sucessivas etapas: **1)** a norma fundamental, pressuposto-epistemológico; **2)** a constituição; **3)** a lei; **4)** o decreto; **5)** o negócio jurídico; **6)** a sentença; **7)** a execução. Das quais cada qual constitui pressuposto da seguinte execução da precedente. O direito não impõe um dever ser ao indivíduo mas enuncia sanções e lhe mostra qual a conduta com a qual ele poderá evitar a aplicação destas. A sentença, v.g. aplicada a sanção, é também fonte do direito, de natureza preponderantemente constitutiva, não pura e simplesmente declaratória de direito preexistente (16).

Em KELSEN lemos que “...las normas generales del derecho legislado o consuetudinario tienen una función doble: **1)** determinar quiénes son los órganos encargados de la aplicación del derecho y cuál es el procedimiento a que deben someterse, y **2)** determinar los atos judiciales y administrativos de tales órganos. Por medio de sus actos, estos últimos crean normas individuales al aplicar a casos concretos las normas generales. A estas dos funciones corresponden las

dos especies de derecho comumente distinguidas: derecho material ou sustantivo y derecho formal ou adietivo" (16).

Numa visão da dinâmica jurídica, colhendo por critério o processo de individualização e concreção crescentes, desenhemos os seguintes ramos do direito processual:

a) o Direito Processual Constitucional: refere-se não apenas à criação e reforma da Constituição; objetiva, ainda, a tutela dos princípios constitucionais, inclusive dos procedimentos aceitos para declaração de inconstitucionalidade das leis e atos de governo;

b) o Direito Processual Legislativo: diz respeito aos procedimentos adotados para a criação de leis ou normas jurídicas gerais;

c) o Direito Processual Jurisdicional: jurisdição concebida numa acepção abrangente não apenas das atividades levadas a efeito pelo Poder Judiciário; aqui se inclui o contencioso administrativo. De sorte que o Direito Processual Jurisdicional bifurca-se em Direito Processual Jurisdicional Administrativo e Direito Processual Jurisdicional Judicial. Neste último detectamos a existência de um: **1) Direito Processual Civil** (que engloba: Direito Processual Civil Comum, Direito Processual Trabalhista, Direito Processual Eleitoral) e **2) Direito Processual Penal** (Direito Processual Penal Comum, Direito Processual Penal Militar e Direito Processual Penal Eleitoral).

d) Direito Processual Administrativo Gracioso.

NOTAS

(*) A obra a que nos reportamos, em tradução espanhola de Miquel A. Rosas Lichtschein, intitula-se "**La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales**", Ejea, Buenos Aires, 1964, Oskar Von Bollow.

(**) Nossa frase não é das mais precisas em termos de verdade histórica. Não deixa de ser arbitrário utilizar o trabalho de Von Bullow como divisor de águas ou épocas, melhor dizendo. Aceite-se, apenas, portanto, como generalização.

— Dedico o presente trabalho aos ex-colegas do Tribunal de Contas, sem exceção, todos, hoje, meus amigos.

(*) **João Parente Muniz e Sá Filho**
— ex-Técnico de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco; Procurador do Estado e Professor de Direito Constitucional da Escola Superior da Magistratura.

BIBLIOGRAFIA

- 1) **Badía, Juan Ferrando** — Métodos en el Estudio de la Ciencia Política. Separata de Revista Española de la Opinión Pública, nº 31, Jan./mar., 1973, págs. 9 e 10.
- 2) **Bodenheimer, Edgard** — Teoría del Derecho, Fondo da Cultura Económica, México, 1946, 2a. ed., pág. 9.
- 3) **Bobbio, Norberto** — Teoria della Scienza Giuridica, G. Giappichelli Editore, Torino, 1958, pág. 39.
- 4) ————. Teoria della Norma Giuridica, G. Giappichelli Editore, Torino, 1958, pág. 3.
- 5) **Campos, Carlos** — Ensaio sobre a Teoria da Ciência do Direito — Editorial Cardal LTDA., Belo Horizonte, 1952, pág. 215.
- 6) **Carnelutti, Francesco** — Teoria Geral do Direito, Livraria Acadêmica, São Paulo, 1942, pág. 74.
- 7) ————. Sistema del Diritto Processuale Civile, Pádua, Cedam, 1936, págs. 231, 247, 246, 247, 248.
- 8) **Chiovenda, Giuseppe** — Instituições de Direito Processual Civil, Saraiva, São Paulo, 1965, pág. 46.
- 9) **Couture, Eduardo** — Introdução ao Estudo do Direito Processual Civil, José Konfino, Rio de Janeiro, 1951, pág. 68.
- 10) ————. Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Depalma, Buenos Aires, 1977, pág. 121.
- 11) **Dinamarco, Cândido R.** — Reflexões sobre Direito e Processo, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, nº 14, 1971, pág. 49.
- 12) **Engisch, Karl** — Introdução ao Pensamento Jurídico, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1977, págs. 149, 150.
- 13) **Florian, Eugênio** — Elementos de Derecho Procesal Penal, Barcelona, 1933, págs. 20 e 55.
- 14) **Fix-Zamundio, Héctor** — El juicio de Amparo y la Enseñanza del Derecho Procesal, Estudios en honor de Niceto Alcalá — Zamora, in Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto Investigaciones Jurídicas, México, nº 22 e 23, jun./agosto, 1975, pág. 431.
- 15) **Gardioli, Ariel Alvares** — Introducción a una Teoria General del Derecho, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1975, pág. 8.
- 16) **Kelsen, Hans** — Teoria General del Derecho-Universitaria, México, 1950, págs. 133, 140.

- 17) **Miranda, Jorge** — Manual de Direito Constitucional, Vol. I, Coimbra Editora LTDA., Coimbra, 1981, pág. 21.
- 18) **Nawiasky, Hans** — Teoría General del Derecho, Ediciones Rialph S.A., Madrid, 1962, pág. 27.
- 19) **Noronha, Magalhães** — Curso de Direito Processual Penal, Saraiva, 7a. Edição, São Paulo, pág. 320.
- 20) **Sandulli, Aldo** — Il Procedimento Administrativo, Ristampa, Giuffrè, Milão, 1959, págs. 1, 16, 7, 8, 10.
- 21) **Sampaio, Nelson de Souza** — O Processo Legislativo, Saraiva, São Paulo, 1968, pág. 2.
- 22) **Silva, José Afonso** — Princípio do Processo de Formação das Leis no Direito Constitucional, Editora Revista dos Tribunais, 1964, págs. 26, 27.
- 23) **Vilanova, Lourival** — Sobre o Conceito de Direito, Imprensa Oficial, Recife, 1947, pág. 48.