

O SEMPRE ATUAL DEBATE ACERCA DO PROCESSO

MARCOS AFONSO BORGES

Sumário: 1. Introdução. 2. Objeto do processo. 3. Natureza jurídica. 4. Sujeitos da relação processual. 5. Pressupostos. 6. Conclusão.

1. Do ponto de vista teleológico ou finalístico, o processo é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz e auxiliares do juízo que, entrelaçados, têm por objeto a prestação jurisdicional solicitada por via da ação.

2. Dentre as várias teorias acerca do objeto merecem destaque, sem desmerecer as demais, a alicerçada no entendimento de Carnelutti, segundo qual o objeto do processo é a composição da lide, conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida ou insatisfeita. (Nesse sentido, dentre outros, José Frederico Marquez, Instituições de Direito Processual Civil, vol. II, pag. 69 e segs.)

A que assevera que o objeto do processo é a prestação jurisdicional, como ato processual. (Nesse sentido, dentre outros, Karl H. Sahwab, El Objeto Litigioso em el Proceso, e Adolfo Alvarado Velloso, Introducción al Estudio del Derecho Procesal, Primeira Parte, pags. 243 e 244.)

E, finalmente, a sustentada por Rogério Lauria Tucci para quem dois são os objetos do processo, o material e o formal. O primeiro é a lide e o segundo, o binômio pressupostos processuais e condições da ação (Curso de Direito Processual Civil, vol. II, págs. 10 e seg.). Já Dante Barrios de Angelis, salientando que “debemos mantener separadas las nociones que la doctrina general” confunde com freqüência: “la de objeto existencial y la de contenido del proceso”, conceitua o objeto do processo sob o prisma “esencial” “de la congñición o gnoseológico”, e o “económico” (Teoria del Proceso, pág. 97 e segs.)

Quer nos parecer, salvo melhor juízo, como se pode inferir da definição formulada, que o objeto do processo é, na realidade, a prestação jurisdicional, não se podendo falar, destarte, em lide, pois há processo com ou sem ela.

Por outro lado, o objeto dito material é do pedido (demanda) como, também, são dele as condições.

Outrossim, os conceitos de essencialidade, cognição e economicidade não satisfazem, dizendo respeito, data venia, à natureza da relação jurídica, em seu duplo aspecto, e não ao objeto, ao fim do processo.

3. No que diz respeito à natureza jurídica, duas escolas colocam-se em posições diametralmente opostas: a dos privatistas e a dos publicistas.

Na primeira estão as teorias do contrato e do quase contrato; e na segunda, a da relação jurídica, da situação e da instituição.

Inspirada no Direito Romano, em que nas duas primeiras fases do seu desenvolvimento o processo (*legis actiones e per formulas*) tinha natureza eminentemente privada, — pois a decisão do conflito de interesses estava a cargo de um particular o iudex ou arbiter, e os pontos do litígio eram fixados pela *litiscontestatio*, — uma corrente de estudiosos sustenta que, em face disso, tendo em vista que havia entre o autor e o réu uma convenção no sentido de acatarem a decisão, o processo tem a natureza de um contrato.

Partindo dos mesmo pressupostos, mas entendendo que, na realidade, falta um dos elementos do contrato, quando as partes se situam em juízo, justamente o consentimento, porque o réu não comparece espontaneamente mas é praticamente induzido a fim de defender o seu direito, alguns juristas dão ao processo a natureza de um quase contrato.

Indubitavelmente, essas duas teorias, presentemente, não podem prevalecer dado o caráter eminentemente público do Direito Processual, que, como ciência autônoma, possui princípios e normas próprios. Mesmo porque, nos dias hodiernos, o conceito de *litiscontestatio* é uma ficção.

Segundo Frederico Marquez, “na doutrina contratualista, supõe-se a existência de uma convenção entre o autor e o réu, em que se fixam os pontos do litígio, derivando ainda da avença os poderes do juiz. Tem a doutrina os seus antecedentes na *litiscontestatio* do Direito Romano. Daí dizer Hugo Rocco que o conceito de um contrato judicial, que a doutrina processual acolhera até alguns anos atrás, tem suas bases de fato no processo civil romano, cujas fontes referem-se ao juízo como contrato (*Sicut in stipulatione contrahitur... ita iudicio contrahitur*, Fr. 3, § 11, Dig. De Peculio XV, 1, Ulpiano, *lib.* 29, *ad edictum*).

E continua o insigne mestre: Atualmente, não se admite que o processo possa ter a estrutura de um contrato. Constitui um anacronismo entender, em

face da atividade jurisdicional que o Estado desenvolve no processo, que este tenha caráter contratual, muito embora ainda se encontrem resquícios desse conceito obsoleto no Direito Processual francês. Por idênticos motivos, a teoria quase-contratual do processo é também inaceitável. Ela gira em torno do conceito de *litiscontestatio*, que não tem mais razão de ser no direito moderno e que, na realidade, já não mais se compreendia nem mesmo no processo romano *extra ordinem*.

A teoria quase-contratual era admitida por Pereira e Sousa quando falava que é efeito da *litiscontestação* produzir um quase-contrato, acrescentando em nota: “Por este quase contrato as partes se obrigam uma a outra a ouvir a sentença, e estar pelo julgado, e se forma uma espécie de novação necessária... daqui vem que não pode uma das partes a desistir da demanda depois da *litiscontestação* sem o consentimento da outra” (Primeiras Linhas sobre o Processo Civil, § 180, e nota 416). Idem, o Barão de Ramalho (Praxe Brasileira, § 143). Por incrível que pareça, Paula Batista é outro que abraça a teoria quase contratualista (Compêndio de Teoria e Prática, § 105). Lobão, no entanto depois de dizer que “pela *litiscontestação* finge o Direito um quase contrato entre as partes, assim se exprime: ‘Esta é uma das ficções do Direito Romano, que se deve declinar quanto possível’ (Segundas Linhas, notas 318 e 388, n. 4). João Monteiro repele claramente essa orientação quase contratualista (Teoria do Processo Civil, § 117, nota 6). Idem, João Mendes Júnior (Direito Judiciário), 2ª ed. pág. 148 (Instituições de Direito Processual Civil, vol. 2, págs. 85 e 86 e nota 51).

Restam pois, as teorias que integram a escola publicista.

Entre elas, tem posição de destaque a da relação jurídica, cuja formulação inicial coube a Oscar Von Bülow (*La Teoria de las Excepciones Procesales Y los Presupuestos Procesales*. Vide ainda acerca da matéria acima, entre outros, Hélio Tornaghi, *A Relação Processual Penal*, e José da Silva Pacheco, *Direito Processual Civil*).

Segundo esta teoria, o processo é constituído de direitos e deveres afetos àqueles que dele participam, cujas atividades são coordenadas visando a atuação da lei no caso concreto. A esta atividade viculativa Bulöw denominou de relação jurídica, que possui as seguintes características: a) é uma relação de natureza pública: o fim colimado é a jurisdição, cuja efetivação interessa mais à coletividade do que às partes; b) é autônoma: ela tem vida independente da existência, ou da ameaça ou violação do direito material; c) é una: todos os atos que a integram são praticados com um escopo único; d) é complexa: porque nela está inserido um conjunto de direitos e obrigações que são coor-

denados, tendo em mira a prestação jurisdicional, e e) é dinâmica: a relação processual é constituída de atos sucessivos.

Se é verdade que, com relação à natureza jurídica do processo, a quase unanimidade dos processualistas, inclusive nós, a encara como uma relação, não menos certo é, outrossim, que no que é pertinente aos vínculos que dela decorrem, entre os sujeitos (partes, juiz), três posições existem.

Pela primeira, sustentada pelo próprio Bülow, aceita pela grande maioria dos especialistas, a relação existente é triangular, no sentido de que os vínculos ocorrem entre as partes e o juiz entre as próprias partes (entre os brasileiros, a quase unanimidade dos processualistas).

Pela Segunda, criada por Kohler, a relação é linear, no sentido somente autor e réu.

Pela terceira, criada por Wellwing, a relação é angular, porque o vínculo se forma entre o autor e juiz, juiz e réu, não havendo qualquer liame entre as partes (entre os patrícios, salvo, melhor juízo e alguma omissão, defendem esta tese Pontes de Miranda, Tratado da Ação Rescisória das Sentenças e de Outras Decisões, pag. 39, 3 Hélio Tornaghi, A Relação Processual Penal, pág. 47).

Sem embargo do entendimento majoritário e partindo da assertativa de que, em juízo, operam-se duas relações: uma de Direito Processual e outra de Direito Material, sendo que na primeira não há conflito, porque as partes praticam atos visando o mesmo fim, — a prestação jurisdicional, independentemente de seu conteúdo, entendemos que na realidade o processo é uma relação jurídica linear. Não no sentido sustentado por Kohler, autor e réu, mas sim entre as partes e o juiz que, sendo um dos sujeitos do processo, dele obviamente tem de participar. Não está, assim, nem acima nem abaixo, mas no mesmo nível das partes na relação em que as funções são específicas (nesse sentido, também, José de Moura Rocha, Nota Sobre a Fixação da Natureza da Relação Processual, Separata da Revista Symposium, vol. 30, n. 2, 1988 e in Revista de Estudos Processuais, vol. 8).

Contra a teoria de Bülow, James Goldschmidt elaborou a do processo como situação. Para o mestre alemão, o processo não é relação, porque inexistente nexos entre as partes e o juiz e entre elas mesmas; isto porque, em verdade, autor e réu encontram-se em posição de expectativa com relação à sentença favorável, constituído tal estado uma situação jurídica. São palavras do jurista: “puede concebirse el Derecho como un conjunto de imperativos que han de seguir los sometidos a, pero también como una serie de normas que han de ser aplicadas por el juez. Esta última concepción es la adecuada para el Derecho justiciario, y, por conseguinte, para el Derecho Procesal Civil. Desde

este punto de vista, las normas jurídicas constituyen, para los sometidos a ellas, las conminaciones de que el juez observará determinada conducta, y, en último término, de que dictará una sentencia judicial de determinado alcance. Los vínculos jurídicos que nacen de aquí entre las partes no son propiamente “relaciones jurídicas” (consideración “estática” del Derecho) esto es, no son facultades ni deberes en el sentido de poderes sobre imperativos o mandatos, sino ‘situaciones jurídicas’ (consideración dinámica del derecho), es decir, situaciones de expectativa, esperanzas de la conducta judicial que ha de producirse, y en último término, del fallo judicial futuro, en una palabra: expectativas, posibilidades y cargas. Sólo aquéllas son derechos en sentido procesal — el mismo derecho a la tutela jurídica (acción procesal) no es, desde este punto de vista, más que una expectativa jurídicamente fundada, y las últimas — las cargas —, ‘imperativos del propio interés, ocupan en el proceso el lugar de las obligaciones. La situación jurídica se diferencia de la relación jurídica no sólo por su contenido, sino también porque depende, no de la ‘existencia’, sino de la evidencia y muy especialmente de la prueba de sus presupuestos. El concepto de la ‘situación jurídica’ se debe a Köhler, el cual ve en ella una relación jurídica. Pero en todo caso, es un concepto específicamente de derecho procesal, y hasta quizá su concepto fundamental” (Derecho Procesal Civil, págs. 8 e 9).

A terceira teoria, elaborada principalmente por Jaime Guarip, sustenta que o processo é uma instituição.

Assevera o mestre espanhol “Institución es un conjunto de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común y objetiva a la que figuran adheridas, sea esa o no su finalidad individual, las diversas voluntades particulares de los sujetos de quienes procede aquella actividad. Hay, pues, dos elementos fundamentales en toda institución: la idea objetiva o común y las voluntades particulares que se adhieren a la misma; el primero de estos elementos se halla esencialmente por encima del segundo; aquél, incluso suele corresponder muchas veces al derecho público, éste al derecho privado o, por lo menos, son de ámbito público y privado, respectivamente, los orígenes de un y outro.

Así entendido, el proceso es, por su naturaleza, una verdadera institución. La idea común y objetiva que en él se observa es de la satisfacción de una pretensión. Las voluntades particulares que en proceso actúan se adhieren todas a esta idea común; lo mismo el Juez en su fallo que el autor en su pretensión, que el demandado en su oposición, tratan de satisfacer la reclamación que engendra el proceso, aunque cada uno de los sujetos procesales entienda de una manera particularmente distinta el contenido concreto que en

cada caso se debe integrar la satisfacción que se persigue” (Jaime Guasp, Derecho Procesal Civil, vol. I, pág. 22. nesse sentido também Olman Arguedas Salazar, La Justicia en Costa Rica, in Revista de Estudos Processuais, vol. 7).

No que diz respeito a essas derradeiras (situação e instituição), muitas críticas procedentes são feitas. Isto porque, com relação ao entendimento de Goldschmidt, a grande falha está em que ele não diz o que é processo, limita-se a descrever a situação das partes em face da res in iudiciun deducta; e por outro lado, as partes não têm uma atuação estática (espera), mas, ao contrário, sua função é dinâmica. Já com relação à lição de Guasp, o pecado está na sua imprecisão, pois o conceito de instituição é por demais elástico.

4. Sendo o processo uma relação jurídica, aqueles que dela participam recebem a denominação de sujeitos, que, segundo a doutrina, são classificados em principais, secundários e em posição especial.

São considerados principais o juiz e as partes (autor e réu), pois sem eles não pode haver processo; secundários, os auxiliares do juízo; e em posição especial os advogados e o Ministério Público, elementos essenciais à Justiça.

Uma vez que ficou evidenciada a existência de uma duplicidade de relações, a determinada pela ação (pretensão processual) e a oriunda do pedido (pretensão material), e sendo certo, outrossim, que na relação de Direito Processual não há conflito, que somente pode ocorrer na de Direito Material, constata-se, no que se refere àquela, que às partes são as pessoas físicas ou jurídicas que postulam a prestação jurisdicional, independentemente do Direito Substancial posto em Juízo; já com relação a esta (relação de Direito Material), partes são as pessoas físicas ou jurídicas que pedem e em face de quem é pedido o reconhecimento do Direito Material.

Disso resulta que uma pessoa pode ser parte na relação de Direito Processual e não ser na relação de Direito Material, hipótese em que ela estará pleiteando em nome próprio direito alheio. Esse fenômeno, chamado por Lopes da Costa de legitimação extraordinária, foi desvendado por Köhler, e Chiovenda, dando-lhe particular atenção, denominou-o de substituição processual, designação que se tornou generalizada entre os processualistas italianos.

O substituto, como se pode aperceber, é parte unicamente no sentido processual por não ser titular do direito que se está discutindo em juízo, pertencente ao substituído.

Por outro lado, deve ser evidenciado ainda, no que se refere ao tema parte, que aquele que não participa da relação processual nesta posição é denominado de terceiro, que em determinadas hipóteses pode intervir no processo, oportunidade em que deixa esta condição e passa a ser parte.

Essa intervenção pode se verificar, segundo a legislação brasileira através de: 1° assistência (intervenção voluntária de terceiro no processo por meio da qual alguém ingressa na relação processual a fim de auxiliar uma das partes); 2° oposição (é intervenção que visa excluir autor e réu sob fundamento de o oponente ter direito, no todo ou em parte, sobre o objeto do litígio); 3° nomeação à autoria (é o chamamento que o detentor da coisa demandada faz, no processo, do possuidor ou proprietário, a fim de afastar de si as conseqüências da demanda); 4° denunciação da lide (ato pelo qual a parte litigante, nas ações reais e pessoais de indenização, denuncia o litígio a terceiro, de quem houve a coisa ou o Direito Real, ou a quem esteja obrigado por lei ou por contrato a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo de quem perdeu a demanda, a fim de vir a juízo substituí-lo, defendendo os seus direitos); 5° chamamento ao processo (ato pelo qual é chamado para integrar o contraditório): a) o devedor, na ação em que o fiador for réu; b) os outros fiadores, se para ação houver sido citado apenas um deles; c) todos os devedores solidários, se a dívida em comum estiver sendo cobrada pelo credor, total ou parcialmente, de apenas alguns deles; 6° recurso de terceiro prejudicado (intervenção daquele que, não sendo parte, sofreu um ônus sobre o seu patrimônio em virtude de sentença); 7° intervenção de credor na execução (ocorrência dos credores do devedor comum em insolvência); 8° embargos de terceiro (intervenção, por via de ação, daquele que, não sendo parte do feito, sofreu turbação ou esbulho na posse de seus bens, por ato de constrição judicial).

5. Para que se possa obter o pronunciamento jurisdicional sobre o pedido, imprescindível se torna que o processo esteja constituído validamente, formalmente apto e, para tanto, exige o direito que determinados requisitos sejam preenchidos.

Esses requisitos são denominados pressupostos processuais.

No que diz respeito à constituição, do ponto de vista subjetivo, eles são: com relação ao juiz: terá de ser imparcial, isto é, não ser impedido, nem suspeito; com relação às partes: é necessário que se tenha capacidade para ser parte, capacidade processual (*legitimatío ao processum*) e capacidade postulatória (*ius potulandi*). A capacidade de ser parte coincide com a capacidade civil. A *legitimatío ad processum* refere-se à capacidade para estar em juízo; desta forma, não têm capacidade processual as pessoas enumeradas no artigo 3° do Código Civil brasileiro devendo, por conseguinte, ser representadas; têm-na limitadamente os incapazes relativamente, assim reconhecidos pela lei civil, hipótese em que deverão ser assistidos; e plenamente, os maiores. O *ius postulandi* refere-se ao direito de peticionar em juízo, que é conferido aos advogados.

Objetivamente encarados, eis os pressupostos de constituição: a investidura do juiz, a petição vestibular do autor, o despacho inicial do julgador e a citação do réu.

Já sob a ótica da validade da relação processual, os pressupostos são: a inexistência de fatos impeditivos e a adoção do procedimento estabelecido em lei.

6. Em suma, os aspectos aqui abordados, de forma, evidentemente, não exaustiva, demonstram que o processo continua a ser um campo palpitante, a continuar a merecer continuas reflexões.