

1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 1973 era nitidamente marcado pela *Teoria do Processo como Relação Jurídica* e influenciado pelos processualistas italianos do século XX, sobretudo Enrico Tullio Liebman, que viveu no Brasil durante o período da segunda Guerra Mundial e foi professor de Alfredo Buzaid, grande mentor do supracitado código (GRINOVER, 1987, p.98-102).

A *Teoria do Processo como Relação Jurídica*, proposta inicialmente por Oskar Von Bülow e desenvolvida por outros teóricos¹, representa, em síntese, uma ideia de protagonismo do Juiz no discurso processual, isto é, notadamente uma relação entre autor, réu e Juiz, onde este se situa no “topo” da relação, ficando as outras partes subordinadas à sua vontade. O processo era visto como um mero instrumento ou ferramenta à disposição do julgador, onde restava estabelecido um vínculo de sujeição entre as partes².

No Código de Processo Civil de 2015, o legislador, preocupado com a ineficiência do sistema processual e, conseqüentemente, de todo o ordenamento jurídico brasileiro, ampliou e aperfeiçoou a proposta um modelo constitucional de processo, buscando desvencilhar-se da matriz ‘bülowniana’ e defendendo a cooperação entre as partes na construção dos provimentos jurisdicionais.

A proposta do Código de Processo Civil de 2015 coaduna com a *Teoria Neoinstitucionalista do Processo* de Rosemiro Pereira Leal, já que nesta visão o processo deixa de ser um mero instrumento da jurisdição e passa a ser uma garantia legítima, onde o Juiz não é mais o único intérprete da Constituição Federal, e sim o povo, considerado intérprete originário.

No entanto, apesar de possuir um viés constitucional de processo, que visa efetivar as garantias e demandas do Estado Democrático de Direito, o Código de Processo Civil de 2015

¹ Conforme os ensinamentos de Rosemiro Pereira Leal, diversos juristas eram adeptos da Escola da Relação Jurídica e da Instrumentalidade do processo, como Bülow (o proponente), Chiovenda, Calamandrei, Carnelutti, Redenti, Liebman, Couture, entre outros (2018, p.49).

² É possível encontrar na doutrina diversas versões da Teoria da Relação Jurídica. No entanto, como explica Rosemiro Pereira Leal, “O quadro de reflexão dessa teoria ainda é mais nebuloso, quando seus defensores resolvem, a exemplo de Wach, Hellwig e Köhler, excursionar pela indagação inútil se a relação processual entre juiz, autor e réu é triangular (Wach), angular (Hellwig) ou linear (Köhler), o que, por óbvio, nada acrescenta ao seu perfil lógico que, ainda impregnado das teorias voluntaristas do velho direito subjetivo, vincula autor e réu em polos de subordinação (ativo e passivo), como se o autor pudesse, à margem da lei, por um impulso íntimo de um direito idiossincrático e apriorístico, exigir do réu uma obrigação.” (2018, p.135). Portanto, para o desenvolvimento da presente pesquisa, interessa tão-somente a versão mais simples da Teoria do Processo como Relação Jurídica.

ainda sofre influência dos ideais da *Teoria Instrumentalista do Processo* (como ficou conhecida no Brasil).

Neste sentido, o objetivo geral deste trabalho é estudar o Código de Processo Civil de 2015 sob a ótica da *Teoria Neoinstitucionalista do Processo*, analisando se o instituto sofreu alterações profundas em sua essência teórica ou apenas mudanças pontuais, sem romper, de fato, com o passado.

Como objetivos específicos, o artigo pretende traçar a evolução das Teorias do Processo³ – considerando que uma Teoria permite a melhor compreensão do sistema de Direito –, encerrando com a Teoria Neoinstitucionalista de Rosemiro Pereira Leal. Ademais, serão traçados apontamentos ao Código de Processo Civil de 2015, com base nessa Teoria.

A escolha do tema justifica-se pela necessidade de se analisar a relação entre a lei processual brasileira e a Constituição da República, de modo a aferir se, de fato, as diretrizes constitucionais do Contraditório, Ampla Defesa e Isonomia se materializam no bojo da norma processual.

A metodologia utilizada na presente pesquisa foi exploratória, com a utilização de fontes bibliográficas e com a finalidade de alcançar resultados qualitativos, de modo a atingir os objetivos elencados neste projeto. Quanto aos tipos metodológicos de pesquisa, foram empregados o jurídico-descritivo e o jurídico-propositivo (GUSTIN, 2013, p.21/29). Ademais, buscou-se embasamento teórico em doutrinas e artigos publicados sobre o tema.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS TEORIAS DO PROCESSO

As primeiras teorias do Processo possuem apenas importância histórica, atualmente, visto que os seus ideais inseriam o processo dentro do Direito Privado. A *Teoria do Processo como Contrato* foi criada pelo francês Robert Joseph Pothier, com fundamento no Direito Romano, e tratava-se de um verdadeiro pacto, onde as partes se submetiam às decisões tomadas pelo árbitro escolhido por elas. Nas palavras de Rosemiro Pereira Leal:

Vê-se facilmente que esta teoria inspirava-se nas lições dos iluministas do século XVIII (máxime Rousseau) que, por empréstimo de Ulpiano, colocavam a vontade individual como única fonte de direito e dever, nada mais cabendo ao Estado senão

³ Iniciando pelas Teorias criadas por Pothier e Savigny – Processo como Contrato e Processo como Quase-contrato, respectivamente – lembrando que ambas possuem apenas uma importância histórica, visto que foram completamente superadas – passando pelas Teorias do Processo como Relação Jurídica de Büllow, Processo como Situação Jurídica de Goldschmidt, Processo como Instituição de Guasp, Processo como Procedimento em Contraditório de Fazzalari, Processo como Instituição Constitucionalizada (Teoria Constitucionalista do Processo), e Teoria Neoinstitucionalista do Processo de Rosemiro Pereira Leal.

atender aos pactos advindos dos particulares. [...] Para essa teoria, não estavam as pessoas obrigadas a comparecer ao juiz mas, se ao juízo fossem, comprometiam-se, por força da *litiscontestatio* (“a transformação do conflito, vago e indeterminado, em lide” – organização do conflito pela inteligência do pretor), a cumprir a decisão expedida pelo juiz. (LEAL, 2004, p.86/ 87)

A *Teoria do Processo como Quase-contrato* é de autoria do alemão Friedrich Carl Von Savigny que, apesar de tecer críticas ao modelo de processo como contrato, insistiu em mantê-lo na esfera do Direito Privado. Para o jurista, quando o juízo era provocado, presumia-se que a parte provocadora concordaria com todos os termos da decisão, independentemente do interesse do réu. A questão processual, portanto, era entre autor e Juiz e “a parte que ingressava em juízo já consentia que a decisão lhe fosse favorável ou desfavorável” (LEAL, 2004, p.87).

Nessa fase metodológica o direito de *Ação* era ligado exclusivamente ao direito material e não tinha nenhuma autonomia. Nesse contexto, Savigny desenvolveu a *Teoria Imanentista*, cuja ótica era civilista e não tratava o processo como uma ciência autônoma, mas aderida ao direito correspondente, como um apêndice indissociável. *Ação* significava, simultaneamente, o direito de movimentar a jurisdição e o direito ao procedimento (não sendo possível separá-lo do direito material), criando uma única “figura jurídica” (LEAL, 2004, p.122). O autor Ricardo de Barros Leonel explica que no *immanentismo*,

[...] a ação era definida como o direito subjetivo lesado ou resultado da lesão ao direito subjetivo, a jurisdição como sistema de tutela aos direitos, o processo como simples sucessão de atos ou procedimento, incluindo-se mais propriamente a ação no sistema de exercício de direitos e o processo sendo considerado como o conjunto de formas para o exercício de tais direitos. Era evidente, no sincretismo, a confusão entre os planos substancial e processual no ordenamento estatal. (LEONEL, 2017, p.26)

Superado esse primeiro momento histórico, em que os teóricos insistiam em manter o processo na esfera do Direito Privado, iniciou-se a “fase *autonomista*, com a denominada teoria abstrata do direito de ação, passando o processo a ser conhecido como ciência independente.” (LEONEL, 2017, p.27). Foram formuladas as primeiras teorias que davam autonomia ao processo, desvincilhando-o do direito material.

Em 1968, o jurista alemão Oskar Von Bülow apresentou⁴ a *Teoria do Processo como Relação Jurídica*, entendida, em síntese, como a relação onde juiz, autor e réu devem cumprir

⁴ Diz-se ‘apresentou’, pois, apesar de sua importância no desenvolvimento do processo, quem vislumbrou a Teoria da Relação Jurídica foi Hegel, sendo posteriormente sustentada pelo autor Bethmann-Hollweg, em sua obra “Processo Civil de Direito Comum”, mesmo que de maneira imprecisa sobre suas consequências (KHALED JR., 2011, p.40).

requisitos dispostos em lei para validar e legitimar o processo. Essa teoria é baseada na ideia de uma relação de subordinação, onde o juiz se situa no topo ‘da pirâmide’ e o processo é apenas um instrumento utilizado pelo julgador, com a intenção de alcançar justiça e paz social, reforçando a figura da ‘autoridade’. Para Rosemiro Pereira Leal:

Embora seus adeptos afirmem que essa teoria destacou-se por fazer a distinção entre *processo* e *procedimento*, o que dela se conclui é uma *confusão* tormentosa entre processo e procedimento, porque os seus adeptos, na tentativa desesperada de distingui-los, hermetizam, ainda mais, os conceitos de Bülow, ao proclamarem que o *procedimento* é a manifestação fenomênica do processo ou “meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve e termina o processo”. [...] Falam que o processo é instrumento da jurisdição, sem observarem que a *jurisdição* hoje é função fundamental do Estado e este só se legitima, em sua atividade jurisdicional, pelo Processo. É, portanto, o Processo validador e disciplinador da *jurisdição* e não instrumento desta. (LEAL, 2004, p.88)

Em que pese se tratar de uma teoria cujas bases ideológicas são solipsistas e autocráticas, o *Processo como Relação Jurídica* é de extrema importância para o desenvolvimento histórico das fases do processo, tendo sido aprimorado, posteriormente, por diversos autores. Insta frisar que, ainda hoje, a *Teoria Instrumentalista do Processo* (como ficou conhecida no Brasil) influencia o ordenamento jurídico brasileiro, sendo adotada pela grande maioria dos processualistas. A autora Andréia Alves de Almeida ensina que

Hodiernamente, os seguidores de Bülow, escola instrumentalista do processo, concedem escopos metajurídicos (políticos, éticos e sociais) ao processo, como se esse fosse instrumento a serviço da atividade jurisdicional nas mãos do juiz para se alcançar a justiça. Dando múltiplas finalidades ao processo, tal escola atribui amplos poderes ao juiz, como se ele pudesse, a partir de sua experiência pessoal e ideologia própria, determinar o que é justo. (ALMEIDA, 2005, p.62)

Para o jurista germânico James Goldschmidt, criador da *Teoria do Processo como Situação Jurídica*, o processo não era uma relação jurídica entre juiz, autor e réu, e sim a situação em que o autor está quando dá início a um procedimento, sendo que, neste momento, possui apenas uma expectativa de ter sua pretensão judicial reconhecida. Seria, portanto, um estado de incerteza mediante o reconhecimento do direito material alegado, considerando que é estático, enquanto que o direito processual é dinâmico. Goldschmidt equivocou-se quando desobrigou o juiz de fundamentar as decisões e de fazer uma relação lógica entre os argumentos e provas produzidas e a sentença. Como explica Rosemiro Pereira Leal, o autor

[...] concebeu a sua Teoria do Processo, como situação jurídica, em moldes de realização do processo pela atividade jurisdicional em que o provimento final (sentença) definia simplesmente um *duelo* entre partes, como se fosse um jogo das

partes em busca de uma vitória espetacular. Não precisava a sentença apontar fundamentos jurídicos para sua elaboração e conclusão, porque, segundo Goldschmidt, a sentença é uma resolução do conflito que não guardava uma “relação casual” com o processo, não passando os “direitos processuais” de meros prognósticos que poderiam ou não ser aproveitados pela sentença em prol de qualquer dos contendores. (LEAL, 2004, p.89)

Por volta de 1940, o espanhol Jaime Guasp formulou a *Teoria do Processo como Instituição*, cujos contornos eram sociológicos. Para Guasp o homem era um ser social que em comunidade mostrava as suas limitações e, de acordo com determinadas atitudes e comportamentos, gerava *insatisfação social*. Essa insatisfação criava uma pretensão que, se levada ao direito processual, tornava-se uma pretensão jurídica. O juiz, quando proferia uma sentença, estava, na verdade, homologando uma questão de realidade sociológica. O processo era, portanto, uma *instituição* formada por pessoas submetidas hierarquicamente à vontade do Estado-juiz, detentor do poder. Vale lembrar que, o processualista Eduardo Couture chegou a adotar essa teoria por um período. Conforme explica Leal, quando Couture abandonou essa teoria,

[...] realçando o seu retorno à escola do *processo como relação jurídica*, registrou, com incedível lucidez, que tinha ela fundo sociológico sem qualquer balizamento jurídico da idéia de uma instituição processual e até ressaltou que, “pelo menos até o dia em que a concepção institucional do direito” projetasse suas idéias em planos mais rigorosos, não lhe era possível sustentar tal teoria [...]. (LEAL, 2004, p.90)

O processualista Elio Fazzalari foi o primeiro a estudar o *processo* como um instituto diferente do *procedimento*, desconstruindo a sua natureza de mero instrumento ou meio. Entre 1960 e 1970, desenvolveu a *Teoria do Processo como Procedimento em Contraditório (Teoria Estruturalista do Processo)*, tratando o procedimento como um gênero e o processo, uma espécie. Fazzalari afirmava que o processo não poderia ser definido como simples “finalidade dos atos praticados pelas partes ou pelo juiz, mas pela presença do atendimento do direito ao contraditório entre as partes” (LEAL, 2004, p. 92). Nessa esteira, é possível concluir que o provimento final não pode ser um ato subjetivo de alguém que detém o poder (juiz), e sim uma consequência racional baseada nos atos e provas produzidos e fornecidos pelas partes em procedimento em contraditório. Para Andréia Alves de Almeida:

A teoria de Fazzalari é um referencial importante, pelo fato de seus estudos permitirem o estabelecimento da dessacralização mítica do processo e procedimento, deslocando o eixo de gravidade do Direito Processual, superando o tecnicismo e afastando a concepção de processo como mero instrumento a serviço da atividade jurisdicional. O processo passa a ser compreendido como conquista teórica do cidadão em dado momento histórico e instituto de direitos fundamentais

disciplinadores da atividade do Estado-juiz, através da principiologia do contraditório, isonomia e ampla defesa. Iniciou-se a democratização do discurso processual. (ALMEIDA, 2005, p.63/64)

Apesar de ser uma teoria extremamente importante, o *processo como procedimento em contraditório* ainda não possuía muita ligação com os direitos e garantias constitucionais do processo. Baseando-se nessas críticas e ideias, vários autores, como Eduardo Couture, José Alfredo de Oliveira Baracho, J. J. Gomes Canotilho, Hector Fix-Zamudio e Ítalo Andolina, iniciaram o estudo da *Teoria Constitucionalista do Processo* (processo como instituição constitucionalizada), elevando o processo à categoria de direito e garantia fundamental. O processo, neste caso, deve ser considerado uma instituição capaz de reger o procedimento em contraditório, ampla defesa e *isonomia* e uma constituição não deve se prestar apenas a “estruturar o Estado distribuindo competências, mas estabelecer as normas capazes de impedir a concentração de poder e o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico” (ALMEIDA, 2005, p.65).

Para o autor Paulo Roberto de Gouvêa Medina “a Constituição encontra no processo mais do que um desdobramento de ordem legislativa, a plena realização prática das garantias que institui” (2012, p.9).

O jurista mexicano Hector Fix-Zamudio afirma que a aproximação entre Constituição e Processo no mundo aconteceu após a segunda guerra mundial. Contudo, apenas recentemente esse entendimento ficou claro, por meio dos estudos dos italianos Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera, que denominaram esses novos contornos teóricos como *modelo constitucional de processo* (LEAL, 2004, p.93).

Sobre o *modelo constitucional de processo*, os autores italianos Italo Andolina e Giuseppe Vignera, na obra intitulada “Il fondamenti costituzionali della giustizia civile: Il modello costituzionale del processo civile italiano”⁵, ensinam, entre tantas coisas, que, antes

⁵ Texto original – Prima di prendere in considerazione i singoli elementi (oggettivi e soggettivi) del modello costituzionale del processo civile, è doveroso evidenziare in questa sede i suoi caratteri generali, che possono individuarsi:

- a) nella *espansività*, consistente nella sua idoneità (conseguente alla posizione primaria delle norme costituzionali nella gerarchia delle fonti) a condizionare la fisionomia dei singoli procedimenti giurisdizionali introdotti dal legislatore ordinario, la quale (fisionomia) deve essere comunque compatibile coi connotati di quel modello;
- b) nella *variabilità*, indicante la sua attitudine ad assumere forme diverse, di guisa che l’adeguamento al modello costituzionale (ad opera del legislatore ordinario) delle figure processual concretamente funzionanti può avvenire secondo varie modalità in vista del perseguimento di particolari scopi;
- c) nella *perfettibilità*, designante la sua idoneità ad essere perfezionato dalla legislazione sub-costituzionale, la quale (*scilicet*: nel rispetto, comunque, di quel modello ed in funzione del conseguimento di obiettivi particolari) bem può costruire procedimenti giurisdizionali caratterizzati da (ulteriori) garanzie ed istituti ignoti al modello costituzionale: si pensi, per esempio, al principio di economia processuale, a quello del

de considerar os elementos individuais (objetivos e subjetivos) do modelo constitucional do processo civil, é preciso apontar as suas características gerais, quais sejam: a) a *expansão*, que consiste na sua adequação para afetar a forma dos procedimentos jurisdicionais individuais, introduzidas pela legislação ordinária e que deve ser compatível com as características do modelo proposto; b) a *variabilidade*, indicando a sua capacidade de assumir formas diferentes, de modo que a adaptação ao modelo constitucional funcione concretamente para alcançar determinados objetivos; c) a *perfeição*, designando que sua adequação seja aperfeiçoada pela legislação infraconstitucional, podendo criar novos processos e mecanismos, caracterizados por garantias e institutos do modelo constitucional.

No Brasil, a relação entre Constituição e Processo é cada vez mais próxima e se dá por três fortes motivos. Primeiro pelos processos constitucionais, previstos para dar efetivação e proteção aos direitos fundamentais, como Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, *Habeas Corpus* e *Habeas Data*. Segundo, porque a Constituição Federal de 1988 estabeleceu um sistema de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos. E, por fim, o terceiro motivo é o fato de “as constituições passaram a prever, de modo cada vez mais acentuado, direitos fundamentais processuais, como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal, o princípio do juiz natural, o do acesso à jurisdição, dentre outros” (LAGES e CHAMON JR., 2017, p.294). Nesta última dimensão está o modelo constitucional de processo brasileiro.

Atualmente, a ciência do processo está na fase metodológica denominada *instrumentalista* ou *teleológica*, “em que se tem por essencial definir os objetivos com os quais o Estado exerce a jurisdição, como premissa necessária ao estabelecimento de técnicas adequadas e convenientes” (DINAMARCO e LOPES, 2016, p.19).

Em 1990, o brasileiro Rosemiro Pereira Leal criou a *Teoria Neoinstitucionalista do Processo*. Como se trata da base teórica do presente artigo, tal teoria merece ser estudada a fundo, em tópico separado.

3. A TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA DO PROCESSO

O objetivo dessa teoria é melhor compreender o objeto de sua análise, a fim de construir fundamentos lógico-jurídicos capazes de testificar as teorias que se dizem

doppio grado di giurisdizione, a quello della collegialità ed all’istituto della cosa giudicata. (ANDOLINA e VIGNERA, 1997, p.9-10)

constitucionais e democráticas, com base na visão crítica de Karl Popper, que acredita que o único modo de identificação de erros é aprendendo com eles de maneira sistemática, contemplando assim, a falibilidade do sistema. A obra *A Teoria Neoinstitucionalista do Processo: uma trajetória conjectural* traz, como o próprio nome sugere, uma opinião fundamentada, uma hipótese, uma suposição que contraria as expectativas dos positivistas (LEAL, 2013, p.1).

A Teoria *rosemiriana* testifica e critica a Teoria *guaspiiana* (Processo como Instituição) – quando se desvencilha das bases sociológicas, como costume, para se apoiar nas garantias e direitos fundamentais, previstos constitucionalmente – e a Teoria de Goldschmidt (Processo como Situação Jurídica), visto que o mesmo manteve o subjetivismo do julgador, incompatível como os princípios do discurso e da democracia, quando alegava que no processo existia apenas expectativa de êxito e não direitos.

Sobre a *Teoria Instrumentalista do Processo*, Leal acredita que Bülow tentou estabelecer pressupostos capazes de constituir e desenvolver o processo, no entanto, conforme explica Andréia Alves de Almeida,

[...] nenhum dos pressupostos cogitados por Bülow, recepcionados na sistemática do Código de processo civil brasileiro, pode instituir a discursividade jurídica com base democrática, porque ao invés de garantir às partes participação no debate de criação, aplicação e fiscalização da lei, acaba conservando a concepção voluntarista e subjetivista do Estado, mascarada pelos ideais republicanos, ampliando os poderes do Estado-juiz na condução da decisão. (ALMEIDA, 2005, p.72)

Essa escola entende que *direito e moral* se confundem e o provimento final pode ser fundamentado por analogia, costumes, princípios gerais do direito ou equidade, na falta de norma (Artigo 4^o da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB). Esse entendimento diverge da concepção do discurso das sociedades democráticas, onde as sentenças devem ser resultado de um espaço de diálogo e de argumentos fundamentados, assim, quando não houver normas, não pode haver julgamento/ decisão.

Para Rosemiro Pereira Leal, o direito foi inefetivo ao longo da história, porque a sua atuação sempre foi entregue ao Estado Dogmático (dogmática analítica⁷), onde a credibilidade

⁶ Lei nº 12.376, de 2010) - Art. 4^o Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm Acesso: 19 Jan. 2017.

⁷ A dogmática analítica busca procedimentos para compreensão da sociedade, tendo a norma como parâmetro. Sua finalidade é proporcionar ao julgador segurança jurídica no momento da aplicação na norma, sistematizando essa atividade, com bases em princípios e premissas. O conhecimento dogmático-analítico está sempre focado nas normas determinantes e são utilizadas para estabelecer a vontade da autoridade judicante. Disponível em:

e a certeza das decisões dos juízes sempre prevaleceram sobre a lei, com a justificativa de que “a lei é dotada de uma incompletude fatal” (LEAL, 2013, p.3).

Existe uma incompatibilidade entre o modelo de *processo constitucional*, afirmado pelo Estado Democrático de Direito, e a Dogmática Jurídica, onde o *saber* dos julgadores é retirado do seu *poder* de decisão. O ideal modelo de processo deve ser exercido por meio de uma conexão existente com a sabedoria popular (assegurada pela Constituição), que torna a legalidade o ponto fundamental de previsão das decisões. Como explica a autora Andréia Alves de Almeida, no modo de ver dos neoinstitucionalistas, em contraponto com a *Teoria Fazzalariana*, o processo

[...] não significa espécie de procedimento como teorizou Fazzalari, mas instituição regencial – devido processo constitucional – de todo procedimento, para que o povo total da sociedade política seja a causalidade deliberativa ou justificativa (pressuposto de legitimidade) das regras de criação, alteração e aplicação do direito, por meio do devido processo legislativo e pelo devido processo legal. (ALMEIDA, 2005, p.68)

Significa dizer que, em Fazzalari, o procedimento era o gênero que se transmutava na espécie processo, cuja existência dependia que o procedimento utilizado determinasse, previamente, o contraditório. Portanto, a primeira crítica consiste no fato de o contraditório não ser um elemento institutivo do processo. Ademais, Rosemiro percebeu a necessidade de relacionar o princípio do contraditório com o instituto da *ampla defesa*, que não foi trabalhada por Fazzalari. Para o autor, a isonomia não pode “significar apenas simétrica paridade de tempo de fala entre partes e de estarem elas presencialmente no procedimento e dele participarem por si ou representadas” (LEAL, 2013, p.39). Em outras palavras, é preciso, além do contraditório, que as partes possuam oportunidades isonômicas, quando resolverem levar ao processo os elementos e provas, permitidos em lei, que possam representar a sua verdade. O conceito de ampla defesa inclui a defesa técnica, ou seja, o direito da parte ser representada por profissional devidamente habilitado, e a defesa efetiva, isto é, a garantia de participação em todos os atos do processo.

Assim, desconstruindo a *Teoria do Processo como Procedimento em Contraditório*, Rosemiro preleciona que na *Teoria Neoinstitucionalista*

[...] o processo é uma instituição (linguístico-autocrítico-jurídica) coinstitucionalizante e coinstitucionalizada (constitucional) que se enuncia proposicionalmente pelos **institutos** (princípios normados) do contraditório-vida,

ampla defesa-liberdade, isonomia-dignidade (igualdade). Essa biunivocidade se apresenta como direitos fundamentais fundantes do sistema, líquidos, certos, exigíveis, consoante posto, em caráter pré-cógnito, no bojo do sistema jurídico. (LEAL, 2013, p.40)

Acerca da limitação de Leal à *Teoria Constitucionalista do Processo*, é possível dizer que nesta teoria o processo, de fato, é concebido num modelo constitucional dialógico, no entanto, a realização do diálogo é limitada (feita através do instituto da representatividade) e não por uma construção verdadeiramente participada dos interessados, tornando-se incompatível com a natureza discursiva do Estado Democrático de Direito. Nas palavras de Davi de Paula Alves:

[...] é importante lembrar que não se pode afirmar que o simples exercício do direito de ação é capaz de delinear, com perfeição, o efetivo exercício da democracia, por parte do jurisdicionado. Tal assertiva se deve ao fato de que as decisões jurisdicionais devem ser proferidas com base em um sistema constitucionalizado, que pressuponha intensa participação das partes na construção da decisão. (ALVES, 2017, p.68)

Examinados os pontos mais importantes da *Teoria Neoinstitucionalista* de Rosemiro Pereira Leal, compreendendo que este é o ponto alto da evolução histórica do processo, atualmente, passa-se para a análise crítica do Código de Processo de Civil de 2015 à luz da teoria *rosemiriana*.

4. APONTAMENTOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 COM BASE NA TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA

A própria *Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil* afirmava que “criou-se um Código novo, que não significa, todavia, uma ruptura com o passado, mas um passo a frente” (2010, p.13)⁸. E ainda, no mesmo dispositivo: “Assim procedeu a Comissão de Juristas que reformou o sistema processual: criou saudável equilíbrio entre conservação e inovação, sem que tenha havido drástica ruptura com o presente ou com o passado” (2010, p.33). A partir dessas afirmações é possível perceber que, apesar de ter rumado na busca por um “modelo constitucional de processo⁹”, conforme previsto na Constituição Federal de 1988, o Código de Processo Civil de 2015 ainda sofre fortes

⁸⁸ BRASÍLIA, 2010. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf> Acesso em: 22 de Jan. 2017.

⁹ Expressão criada pelos autores italianos Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera.

influências da Teoria do *Processo como Relação Jurídica*, de autoria do jurista alemão Oskar Von Büllow. Sobre o Projeto, o autor Rosemiro Pereira Leal se posicionou afirmando que:

Por vários artigos do Projeto do Novo CPC, a exemplo dos CPC's anteriores (1939 e 1973), suprime-se o exercício de uma *metalinguagem*, transformando a Lei Codificada Civil, por violação ao **devido processo** no Estado Democrático de Direito, em peça exclusiva do manipulador sentido normativo (juiz) pela *auctoritas* de que está investido. A mítica da autoridade na dicção do direito submete a interpretação jurídica à regência de juízos ordálicos e de conveniência e equidade que escapam à cognitividade probatória de democratização decisória pelo contraditório e ampla defesa, excluindo o discurso jurídico (escritura legal) como eixo polarizador de sentidos para todos os argumentos *processualmente* legitimados. Nesse quadro, a heterossignificatividade do discurso jurídico, em razão da recusa judicial infiscalizável de acatar o *paradigma teórico* da estabilidade constitucionalmente adotado, é deslindada pela intuição, sensibilidade e clarividência do magistrado na esfera de sua solitária consciência. (LEAL, 2013, p.18/19)

É possível citar exemplos que demonstram o fato de que o Código de Processo Civil de 2015 avançou rumo à concretização do processo constitucional, sobretudo se comparado aos códigos anteriores. Porém, o que se pretende mostrar é que, apesar desse avanço, ainda existem críticas e deficiências a serem apontadas e sanadas, visto que nem todas as mudanças alcançaram as premissas garantistas do Estado Democrático de Direito.

Apesar de ser um diploma legal com ideais constitucionais, ainda é possível encontrar no Código de Processo Civil de 2015 normas pautadas no protagonismo e no solipsismo do Juiz, na instrumentalidade e nos escopos metajurídicos do processo (escopos sociais, econômicos, políticos, entre outros). Conforme os ensinamentos do autor Luís Gustavo Reis Mundim:

“Percebe-se que os objetivos traçados para o NCPC advém de ideias tipicamente instrumentais de celeridade, efetividade e eficiência, que acabam por se preocupar mais com o tempo sendo inimigo do processo do que com a implementação de direitos fundamentais e com o alcance de legitimidade democrática pelo Devido Processo Constitucional.” (MUNDIM, 2016, p.62)

Como exemplo de norma que permite a decisão subjetivista do Juiz, podemos citar o artigo 8º¹⁰ do Código de Processo Civil de 2015. Quando o dispositivo afirma que o Juiz deve atender “aos fins sociais e às exigências do bem comum” para promover a dignidade da pessoa humana, adota conceitos indeterminados que permitem ao julgador dar os significados

¹⁰ CPC/ 15 - Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.
Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm > Acesso em 22 Jul. 2018.

que lhe aprouver, decidindo de acordo com o que considera melhor para a sociedade. E, tendo em vista que motivação é diferente de fundamentação, o artigo 489, §1º, inciso II¹¹, não é capaz de impedir a criação solipsista do Juiz. Sobre o conceito de motivação e a sua diferença para fundamentação, André Cordeiro Leal define que:

Motivar, como se infere dos inúmeros escritos que tratam da atividade decisória, seja ela ‘jurisdicional’, seja legislativa, reduz-se, na dogmática jurídica brasileira atual (ainda impregnada de ancianidade inaceitável decorrente da desconsideração dos debates filosóficos sobre a temática), a um esforço retórico que intenta obter adesão do destinatário normativo através da sedução gerada por uma racionalidade estratégica (instrumental) engendrada para obstar o questionamento e a interlocução crítica que poderia ser suscitada pelo destinatário normativo, de forma a que, luhmanianamente, os destinatários das decisões estejam permanentemente aptos a aceitar decisões jurídicas de conteúdo ainda não definido. (LEAL, 2012, p.381)

Essas características são encontradas no Estado Social e confrontam os princípios do Estado Democrático de Direito, como o devido processo legal (e seus corolários: contraditório e ampla defesa) e a cooperação entre as partes, visto que todos os envolvidos tem o direito de participar dialogicamente da construção dos provimentos judiciais, apresentando os seus argumentos, como uma garantia do exercício da cidadania. Para o autor Fabrício Veiga Costa a cidadania deve ser entendida também “como um direito de participação no processo e, por conseguinte, da participação na construção e no debate do mérito processual” (2012, p.77).

Rosemiro Pereira Leal reforça que o processo precisa ter sempre a intenção de ‘fugir’ da autocracia estatal e judicial, ensinando que a ciência não pode se prestar a afirmações definitivas, nem partir somente do direito positivado, para produzir, por meio da subjetividade dos julgadores, resultados gerais e/ou conclusivos. Para o autor:

Os resultados da Ciência Jurídica são aproveitáveis nos diversos ramos do pensamento jurídico, à medida em que apresentem discursos de *esclarecimento* das diversas realidades jurídicas surgidas e dos respectivos modos históricos dessa produção jurídica, aptos a apontar contradições e abrir perspectivas de aperfeiçoamento ou mesmo substituição das práticas jurídicas atuais e futuras para, em nosso caso, na esfera da *Ciência do Processo*, garantir a todos indistintamente provimentos jurisdicionais que, passíveis de controle pelo *Processo*, não estejam centrados na pretoriana subjetividade dos julgadores ou no corporativismo do Judiciário, na autocracia do Estado ou no interesse dos agrupamentos hegemônicos. (LEAL, 2004, p.35) (grifos do autor)

¹¹ CPC/ 15 - Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o **motivo** concreto de sua incidência no caso (grifo nosso).

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm > Acesso em 22 Jul. 2018.

A interpretação do sistema processual e dos seus institutos não pode se resumir ao cumprimento de questões econômicas do Estado, pois, diante da Globalização, os modelos jurídicos acabam sendo eleitos por decisão (imposição) dos grupos econômicos dominantes, sem preocupação e responsabilidade com a legitimidade do processo constitucional, no Estado Democrático de Direito (CURI, NUNES e BAHIA, 2009, p.357). Sobre as reformas processuais, Ivan Curi, Dierle Nunes e Alexandre Bahia ensinam que,

[...] apesar de se afirmar que as reformas são realizadas de acordo com os princípios processuais constitucionais e com a perspectiva constitucional democrática e/ou socializadora, verifica-se que o discurso de boa parcela da doutrina processual brasileira se deixou contaminar por concepções funcionais e de eficácia que não se preocupam com o viés público e garantista do sistema processual constitucional. E, mais, qualquer discurso garantista, fruto de uma perspectiva democrática constitucional, é visto e desnaturado pelo discurso dominante, como a defesa de uma perspectiva formalista e burocratizante, como se um processo democrático que respeitasse toda a principiologia processual-constitucional também não pudesse ser célere e funcional (CURI, NUNES e BAHIA, 2009,p.357/358)

A reforma sofreu, ainda, críticas dos juristas no que tange aos direitos coletivos e difusos, que permanecem sem a tutela adequada já que o ‘novo’ dispositivo não disciplinou o processo coletivo, bem como quanto a falta de participação dos interessados na construção do processo, até chegar o momento de prolação do provimento final.

Assim, apesar de o Judiciário ter demonstrado um viés constitucional após as reformas, o diálogo promovido para formar a decisão é realizado entre especialistas e não contribui, plenamente, com os princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando que foram examinados os principais momentos evolutivos do processo, nota-se que os ideais de Bülow (Processo como Relação Jurídica – fase instrumentalista) perduraram no tempo e, ainda hoje, é possível encontrar inúmeros juristas adeptos à sua Teoria. O processo continua marcado pelo forte protagonismo do Juiz e por decisões que exaltam o solipsismo, sem considerar, verdadeiramente, o contraditório, a ampla defesa e a isonomia.

Em que pese o Código de Processo Civil de 2015 ter avançado no sentido de promover o modelo constitucional, que eleva o processo ao *status* de garantia fundamental e visa dar efetividade às premissas do Estado Democrático de Direito, tal expectativa ainda não obteve pleno êxito.

Conforme a *Teoria Neoinstitucionalista do Processo*, de autoria do jurista Rosemiro Pereira Leal, essa inefetividade do direito acontece em decorrência do dogmatismo jurídico, que faz com o que o poder de decisão do Juiz prevaleça sobre a lei. Para Leal, o modelo ideal de processo deve ser exercido com base na sabedoria do povo (realidade) e na participação popular. Nesse ponto reside, inclusive, a sua crítica à *Teoria Constitucionalista do Processo*. Apesar de considerar que o processo é uma instituição constitucional, sua testificação demonstra que para que as decisões sejam democráticas, de fato, o povo deve ser considerado o intérprete originário da Constituição Federal e não o judiciário, na figura do juiz.

Assim, de acordo com a *Teoria Neoinstitucionalista*, que testifica as demais teorias com base nos critérios *popperianos*, é possível concluir que o Código de Processo Civil de 2015, apesar de ter caminhado rumo à constitucionalização do processo, ainda deixa a desejar no que tange à plena participação dos interessados no processo e na construção do provimento final, bem como nas questões inerentes à proteção das garantias e direitos coletivos e difusos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade Jurídica e Legitimidade Normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

ANDOLINA, Italo e VIGNERA, Giuseppe. *Il fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.

ALVES, Davi de Paula. *A construção participada das decisões jurisdicionais: o direito processual analisado sob a perspectiva da democracia*. In COSTA, Fabrício Veiga e NECES, Isabela Dias (org.) *Pesquisa Jurídica no Estado Democrático: I Encontro Interinstitucional de Iniciação Científica em Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

COSTA, Fabrício Veiga. *Mérito Processual: A Formação Participada nas Ações Coletivas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

CURI, Ivan Guérios; NUNES, Dierle José Coelho e BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Processo Constitucional Contemporâneo*. BFD 85 (2009), p. 343-373. Content downloaded/printed from HeinOnline Thu Mar 23 16:27:29 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O magistério de Enrico Tullio Liebman no Brasil*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 81, p. 98-102, jan. 1986. ISSN 2318-8235. Disponível em:
<<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67069/69679>> Acesso em 16 de Jul. 2018.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 4ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

KHALED JR., Salah Hassan, *Oskar Von Bülow e a difusão das ideias de relação jurídica e pressupostos processuais*. *Panóptica*, v. 4, n. 20, p. 19-41, 2010. Disponível em: <http://www.panoptica.org/op20/20_2.pdf> Acesso em 20 Jul. 2018.

LAGES, Cintia Garabini e CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Acerca da segurança jurídica e da uniformidade das decisões a partir do novo código de processo civil à luz do modelo constitucional do processo brasileiro*. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. v. 7. n. 2. Ago. 2017.

LEAL, André Cordeiro. A inconstitucional ancianidade do (ante) projeto do novo Código de Processo Civil. In: CASTRO, João Antônio Lima. (Coord.) *Direito processual*. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 14. ed. revista, atualizada e aumentada. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LEAL, Rosemiro Pereira. *A Teoria Neoinstitucionalista do Processo: uma trajetória conjectural*. Volume 07. Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 4ª edição revista, ampliada e atualizada de acordo com o CPC/ 2015. São Paulo: Malheiros, 2017.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MUNDIM, Luís Gustavo Reis. *O “paradoxo de Bülow” no Novo Código de Processo Civil: Os artigos 8º e 140 como homologadores do solipsismo judicial*. In: *Jurisdição e Técnica Procedimental*. Sérgio Henrique Zandoná Freitas; André Cordeiro Leal; Rafael Frattari; Wilson Engelmann [Orgs.]. Coleção Instituições Sociais, Direito e Democracia -- vol. 6 -- Coord.: Maria Tereza Fonseca Dias -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.