

ROSEMIRO PEREIRA LEAL

TEORIA GERAL DO
PROCESSO
PRIMEIROS ESTUDOS

15ª edição revista, ampliada e atualizada

Com remissões ao NCPC/2015

ROSEMIRO PEREIRA LEAL

TEORIA
GERAL
DO
PROCESSO
PRIMEIROS ESTUDOS

15ª edição revista, ampliada e atualizada
Com remissões ao NCPC/2015

FORUM

Teoria Geral do Processo – Primeiros Estudos questiona aspectos controvertidos e polêmicos da matéria que – extravasando os limites curriculares das faculdades de direito – atualmente interessa, por sua abordagem multidisciplinar, aos segmentos acadêmicos mais variados e voltados às ciências humanas e sociais e à atividade de advocacia, assessoria, consultoria, pareceres e à reflexão jurídica em geral.

O processo é estudado na perspectiva democrática como instituição linguístico-jurídica coconstitucionalizante de regência e fundação dos procedimentos legais que põem em movimento direitos processualmente criados e assegurados.

É o processo, no Estado Democrático, o recinto jurídico-argumentativo e fundamentante que põe em igualdade os diferentes na criação, fiscalização, aplicação, alteração e extinção de direitos. Sabe-se que atualmente o direito não pode mais ser concebido como superestrutura técnica e homologatória de uma realidade repressora e hostil à plena dignificação do homem.

Nesta 15ª edição, o autor reafirma os conteúdos de sua *teoria neoinstitucionalista do processo* (teoria neoinstitucionalista do direito democrático), desenvolvida ao longo de seus estudos, esperando que provoque questionamentos e refutações no mundo jurídico, como forma de reduzir o tédio científico e estimular o debate jurídico-acadêmico. “Entendo que, a partir desta 15ª edição, a minha *Teoria Neoinstitucionalista do Direito* assume denotações de maior compreensão para os estudiosos da Ciência Jurídica em suas múltiplas especialidades”.

Área específica

TEORIA GERAL DO PROCESSO

Áreas afins

PROCESSOS PENAL, CIVIL, ADMINISTRATIVO,
CONSTITUCIONAL, ECONÔMICO, FILOSOFIA

Público-alvo/consumidores

Professores, Alunos, Advogados, Assessores,
Consultores, Desembargadores, Juízes, Promotores,
Defensores Públicos e demais profissionais da área do
Direito

FORMATO: 17 x 24 cm

CÓDIGO: 10001848

L433t Leal, Rosemiro Pereira

Teoria geral do processo: primeiros estudos / Rosemiro Pereira Leal. – 15. ed. - Belo Horizonte : Fórum, 2021.

363 p. E-book

ISBN: 978-65-5518-107-4

1. Direito Constitucional. 2. Direito Administrativo. 3. Direito Processual Civil e Penal. 4. Direitos Humanos. I. Título.

2016-135

CDD: 341.46

CDU: 347.9

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 15. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021. 363 p. E-book. ISBN 978-65-5518-107-4.

ROSEMIRO PEREIRA LEAL

Advogado e consultor em Belo Horizonte - MG. Doutor em Direito Constitucional pela FDUFG com créditos plenos em Direito Público (curso de Doutorado em Direito Público). Professor efetivo de Direito Econômico da Faculdade de Direito e da Faculdade de Ciências Econômicas da UFGM. Professor substituto de Direito e Prática Processual da UFGM. Especialista em Direito Público pela UFGM. Professor da Graduação e professor-cofundador da pós-graduação (stricto sensu) em Direito da PUC Minas. Professor do Departamento de Direito Processual Civil da Escola Superior de Advocacia da OAB-MG, da Escola de Contas do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais e examinador permanente de Direito Público da Universidade Estadual de Minas Gerais (UEMG). Lecionou Direito Processual Civil como convidado da Universidade Nova de Lisboa (UNL). Jurista integrante da Popper Gallery da Universidade de Warwick da Inglaterra (UK). Fundador e primeiro presidente da Associação dos Advogados de Minas Gerais, membro fundador e presidente interino do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB-MG. Presidente da Comissão de Ensino Jurídico da OAB-MG. Membro efetivo do Instituto dos Advogados de Minas Gerais e presidente-fundador do Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos (INPEJ).

SUMÁRIO

NOTA À 15ª EDIÇÃO

Rosemiro Pereira Leal.....17

CAPÍTULO 1

O SURGIMENTO DO *PROCESSO* NA RESOLUÇÃO E REDUÇÃO DOS CONFLITOS

19

1.1	Humanidade e direito	19
1.2	A ciência jurídica e seu objeto	21
1.3	As teorias do direito – quadro geral.....	23
1.3.1	A doutrina (teoria) idealista	24
1.3.2	O realismo jurídico.....	25
1.3.3	O realismo e o positivismo jurídico.....	26
1.3.4	O novo positivismo e o fenomenalismo	27
1.3.5	O formalismo jurídico irreducionista moderno.....	28
1.3.6	O estruturalismo jurídico.....	31
1.3.7	Síntese	32
1.4	Quadro histórico das modalidades de resolução de conflito – Autotutela. Autocomposição. Mediação. Arbitragem. Jurisdição. Processo – da barbárie às sociedades democráticas de direito	34
1.4.1	Autotutela.....	34
1.4.2	Autocomposição.....	35
1.4.3	Mediação e arbitragem.....	35
1.4.3.1	Período sacerdotal ou pré-romano	35
1.4.3.2	Período da <i>legis actiones</i>	36
1.4.3.3	Período formular – direito romano arcaico	36
1.4.3.4	Período formular – direito romano clássico	37
1.4.3.5	Período da <i>cognitio extra ordinem</i> – direito romano pós-clássico	37
1.5	Jurisdição – aspectos históricos.....	37
1.5.1	Arbitrio, discricionariedade, jurisdição	38
1.6	O Estado, o processo e a tutela jurisdicional (judicacional).....	41
1.7	O processo na pós-modernidade e a jurisdição constitucional – uma visão neoinstitucionalista do processo (teoria do autor).....	43
1.7.1	<i>Processo</i> e seus conseqüências lógicas na Teoria Neoinstitucionalista do Processo	47

CAPÍTULO 2

DA TÉCNICA PROCEDIMENTAL À CIÊNCIA PROCESSUAL

CONTEMPORÂNEA.....49

2.1	Introdução	49
2.2	Da velha Grécia aos nossos dias	50
2.3	Epistemologia da ciência processual.....	55
2.4	A técnica	56
2.5	A ciência	56
2.6	Teoria.....	57
2.7	Crítica científica	58
2.8	Teoria científica.....	59
2.9	Técnica jurídica, direito processual e sistemática procedimental.....	60

CAPÍTULO 3

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO.....61

3.1	Constituição e processo	61
3.2	Processo e hermenêutica constitucional a partir do Estado de Direito Democrático...62	
3.2.1	O devido processo constitucional.....	62
3.2.2	O anacronismo da hermenêutica pela jurisdição do decisor.....	65
3.2.3	Concretização do direito nas democracias plenárias.....	67
3.2.4	Devido processo coinstitucional, conceito de parte na democracia	68
3.3	Direito procedimental e direito processual.....	72
3.4	Tutela processual da jurisdição	73
3.5	Acesso à jurisdição	74
3.6	Teorias do processo e “processo jurisdicional”.....	75
3.7	Modelos processuais e constituição democrática.....	76

3.7.1	Introdução	76
3.7.2	Sociedade pressuposta e justiça civil.....	77
3.7.3	Instituição do processo e modelo civil do processo	78
3.7.4	Direito fundamental e direito individual	80
3.8	O paradigma processual ante as sequelas míticas do poder constituinte originário ..	82
3.8.1	Introdução	82
3.8.2	O sincretismo fatal dos positivistas	84
3.8.3	Processo e linguagem em Popper	86
3.8.4	Polemização processual da legitimidade do direito	88
3.8.5	Desprocessualização do direito no estado telemático	91

CAPÍTULO 4

TEORIA GERAL E ESTUDO DO PROCESSO E DA JURISDIÇÃO	95	
4.1	Denominação da disciplina – Explicação didática	95
4.2	Teorias do ordenamento jurídico e unificação do processo	96
4.3	Direito processual – Conceitos	98
4.4	As teorias do processo na história do direito	99
4.4.1	Teoria do processo como contrato	99
4.4.2	Teoria do processo como quase contrato	100
4.4.3	Teoria do processo como relação jurídica.....	100
4.4.4	Teoria do processo como situação jurídica	101
4.4.5	Teoria do processo como instituição	102
4.4.6	Teoria do processo como procedimento em contraditório	103
4.4.7	Teoria constitucionalista do processo.....	104
4.4.8	Teoria (proposição) neoinstitucionalista do processo.....	105
4.4.9	Teoria constitucionalista do processo e teoria neoinstitucionalista do processo (<i>distinções</i>)	109
4.4.10	Aspectos Relevantes da Teoria Neoinstitucionalista do Processo	110
4.5	Processo e procedimento.....	111
4.6	Princípios institutivos e informativos do processo	112
4.6.1	Princípios institutivos do processo.....	113
4.6.1.1	Princípio. Pressuposto. Fundamento. Noções	114
4.6.1.2	O contraditório	115
4.6.1.3	Isonomia e simétrica paridade (<i>distinções</i>).....	115
4.6.1.3.1	A questão da dignidade	115
4.6.1.4	Ampla defesa	115
4.6.1.5	As proposições enunciativas do processo na teoria neoinstitucionalista	116
4.6.1.5.1	Processo ante o absolutismo do saber solitário	116
4.6.1.5.2	Processo e suas proposições institutivas (<i>contraditório, ampla defesa, isonomia</i>)	121
4.6.1.5.3	A produção do sentido legal como maldição (<i>mal-dicção</i>).....	122
4.6.1.5.4	Processo e tempo nas democracias não paideicas	124
4.6.1.5.5	Conclusões	124
4.6.2	Princípios (institutos linguísticos) informativos do processo	125
4.6.2.1	Princípio da oralidade	125
4.6.2.2	Princípio da publicidade	126
4.6.2.3	Princípio da lealdade processual	126
4.6.2.4	Princípios da disponibilidade e da indisponibilidade.....	127
4.6.2.5	Princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas	127
4.7	Requisitos da jurisdição: atividade do juiz (judicação)	128
4.7.1	Requisito da investidura	128
4.7.2	Requisito da inércia.....	129
4.7.3	Requisito da aderência territorial.....	130
4.7.4	Requisitos da inafastabilidade, inevitabilidade e indelegabilidade	131
4.7.5	Requisito do juízo natural.....	132
4.7.6	Imparcialidade do juiz.....	133
4.7.6.1	Fundamentos democráticos da imparcialidade judicial no direito brasileiro.....	133
4.7.7	Requisitos da persuasão racional do juiz, requisito da motivação das decisões judiciais e requisito do duplo grau de jurisdição	135
4.8	Lei e norma.....	137
4.8.1	Teoria da norma	137
4.8.2	Norma material e norma processual	138
4.8.3	Eficácia da norma processual	138
4.9	Liquidez e certeza na processualidade democrática.....	139
4.9.1	O processo instituinte do melhor argumento	139
4.9.2	Liquidez e certeza na processualidade constituinte	140
4.9.3	A qualidade executivo-constitucional de direitos	141
4.9.4	O plano cognitivo de acertamento dos direitos fundamentais	143

CAPÍTULO 5	
CICLO HISTÓRICO DO DIREITO DE AÇÃO E A DINÂMICA DO PROCESSO147	
5.1	Ação e direito de ação.....147
5.1.1	Teoria imanentista.....148
5.1.2	A ação como direito subjetivo, público e autônomo.....148
5.1.3	A ação como direito subjetivo, público e concreto.....148
5.1.4	A ação como direito público, subjetivo, autônomo e abstrato149
5.2	Elementos configurativos e estruturais do procedimento (ação).....149
5.2.1	Elementos configurativos.....149
5.2.2	Elementos estruturais.....150
5.3	A estrutura (espaço-tempo procedimental) do mérito.....152
5.4	Convalidação dos pressupostos processuais152
CAPÍTULO 6	
PROCESSO DE CONHECIMENTO, EXECUÇÃO E CAUTELAR – OUTROS	
PROCEDIMENTOS155	
6.1	Processo de conhecimento – Noções155
6.2	Processo de conhecimento – <i>Preliminar e mérito</i>156
6.2.1	Articulação estrutural do processo.....156
6.2.2	Matéria preliminar e matéria de mérito.....158
6.2.3	A antecipação de tutela e o instituto da preliminar160
6.2.4	Conclusões163
6.3	Verossimilhança e inequívocidade na tutela provisória em processo civil163
6.3.1	Abertura temática.....163
6.3.2	Processo constitucional e jurisdição (judicação).....164
6.3.3	Conceito de tutela na teoria do processo165
6.3.4	Verossimilhança e inequívocidade – Tentativa de ressemantização167
6.3.5	Conclusões169
6.4	Fundado receio de dano irreparável na antecipação de tutela no processo civil169
6.4.1	Memória temática.....169
6.4.2	Perigo de dano (não presunção ou suposição)170
6.4.3	Perigo de dano irreparável171
6.4.4	A questão insólita do perigo de dano (irreparável!?)172
6.4.5	Conclusões173
6.5	Antecipação de tutela legal em face de defesa abusiva e manifesto propósito protelatório na teoria do processo173
6.5.1	Considerações introdutórias sobre a lei brasileira173
6.5.2	Uso e abuso de defesa e fraude processual174
6.5.3	Protelação e tempo legal176
6.5.4	Conclusões176
6.6	Processo de execução, cautelar e outros procedimentos – Noções176
CAPÍTULO 7	
CONCURSO DE AÇÕES E CUMULAÇÃO DE PEDIDOS181	
7.1	Cúmulo – Concurso de ações e cumulação de pedidos181
CAPÍTULO 8	
ATOS PROCESSUAIS E PRAZOS183	
8.1	Atos processuais – Ato processual. Ato procedimental. Vícios. Nulidades.....183
8.2	Autos. Auto. Termo. Ata184
8.3	Prazo – O tempo legal. Preclusão. Perempção. Prescrição. Decadência184
CAPÍTULO 9	
PRETENSÃO E RESISTÊNCIA NO PROCESSO CIVIL.....187	
9.1	Teoria da pretensão e da defesa no processo civil.....187
9.1.1	Pretensão e defesa187
9.1.2	Due <i>process</i> e contraditório189
9.1.3	Direito de ação e ação (procedimento).....190
9.1.4	Ação e exceção192
9.1.5	Excetividade das preliminares192
9.1.6	Direito de ampla defesa e o direito ao advogado.....193
9.1.7	Controle da jurisdição pelo advogado.....194
9.2	Teoria da prova – Sistemas históricos194
9.2.1	A prova na teoria do processo contemporâneo196
9.2.1.1	Instituto jurídico da prova196
9.2.1.2	A prova em direito197

9.2.1.3	A prova e a estrutura procedimental	198
9.2.1.4	Cogitação democrático-constitucional do instituto da prova.....	199
9.2.1.5	Conclusões	201
9.2.2	Valoração e valorização da prova	202
9.3	Sentença e coisa julgada (ainda na concepção de Liebman).....	202
9.3.1	A relativização inconstitucional da coisa julgada (concepção neoinstitucionalista) ..	204
9.3.1.1	Introdução	204
9.3.1.2	Distinção imprescindível: coisa julgada e sentença transitada.....	205
9.3.1.3	Coisa julgada e a exclusão da interditalidade.....	208
9.3.1.4	O mito da onipotência turbinada.....	209
9.3.1.5	O substancialismo anacrônico da <i>coisa julgada material</i>	210
9.3.1.6	Coisa julgada e devido processo.....	213
9.3.1.7	A ideologia tecnicista da modernidade	214
9.3.1.8	Precedentes no NCPC e Coisa Julgada	219
9.4	Recursos: aspectos históricos, teóricos e práticos.....	232
9.4.1	História	232
9.4.2	Duplo grau de jurisdição como duplo grau de competência	232
9.4.3	Conceito de recurso	233
9.4.4	Aspectos tipológicos de recursos.....	234
9.4.5	Impropriedades terminológicas no NCPC.....	234
9.4.6	Juízos de admissibilidade e de mérito	235
9.5	Outros aspectos recursais.....	236
9.5.1	Da legitimidade e interesses recursais	236
9.5.2	Pressupostos do recurso (requisitos do recurso).....	236
9.5.3	Fase da abordagem jurisdicional do recurso.....	236
9.5.4	Recursos no novo processo civil brasileiro.....	237
9.5.5	Efeitos do recurso.....	237

CAPÍTULO 10

TEMAS SIGNIFICATIVOS	239	
10.1	Judiciário: poder ou função. Órgãos	239
10.2	Competência: critérios determinativos	239
10.2.1	Considerações relevantes.....	239
10.2.2	Competência absoluta e competência relativa.....	243
10.3	Juiz. Juízo. Vara. Comarca. Foro. Fórum. Entrância. Instância.....	244

CAPÍTULO 11

A JUDICIARIZAÇÃO DO PROCESSO AINDA NO NCPC BRASILEIRO.....	245	
11.1	Introdução	245
11.2	O fetiche das urgencialidades	246
11.3	A dialética da desprocessualização	247
11.4	Alguns aspectos antinômicos do NCPC ante a CF/88	248
11.4.1	A coinstitutionalização do direito pelo processo	249
11.4.2	Aspectos antinômicos exógenos e endógenos	250
11.4.3	A logomaquia do NCPC	251
11.5	Análise crítica do Novo CPC na perspectiva da teoria geral do processo.....	252
11.5.1	Noções de sistemas em processo	253
11.5.2	O Novo CPC e sua ideologia normativa	256
11.5.3	Posições antagônicas: TGP e poder	257

CAPÍTULO 12

A CONTINUIDADE DO CARÁTER OCULTO DO SENTIDO NORMATIVO NO DIREITO BRASILEIRO.....	259	
12.1	O vandalismo da vontade legífera na gestação normativa	259
12.2	A impossibilidade da dogmática jurídica e o processo coinstitutionalizante	260
12.3	Isomenismo <i>versus</i> garantismo e ativismo	262
12.4	O despotismo da jurisprudencialização do direito	264
12.5	Conclusão	265

CAPÍTULO 13

A CRISE DO DOGMATISMO E IMPLICAÇÕES JURÍDICO-POLÍTICAS	267	
13.1	O <i>non liquet</i> e a crise do direito.....	267
13.2	A relação direito e política	270

SINOPSE DA 15ª EDIÇÃO – 20 PONTOS

PONTO Nº 1	
TEORIA GERAL DO PROCESSO (TGP). INTRODUÇÃO.	
CONSECTÁRIOS LÓGICOS DO PROCESSO	272
PONTO Nº 2	
A TEORIA DO SINCRETISMO EM MAX WEBER.....	282
PONTO Nº 3	
ESTADO E TUTELA JURISDICIONAL.....	282
PONTO Nº 4	
ORIGEM HISTÓRICA DA JURISDIÇÃO (JUDICAÇÃO).....	286
PONTO Nº 5	
CICLO HISTÓRICO DA “JUSTIÇA PRIVADA” PARA A “JUSTIÇA PÚBLICA”	287
PONTO Nº 6	
TEORIAS DO ORDENAMENTO JURÍDICO	290
PONTO Nº 7	
PROCESSO.....	293
PONTO Nº 8	
CICLO HISTÓRICO DO DIREITO DE AÇÃO	300
PONTO Nº 9	
NORMA PROCESSUAL	304
PONTO Nº 10	
TEORIA DO PROCEDIMENTO	308
PONTO Nº 11	
ELEMENTOS CONFIGURATIVOS DA AÇÃO (do procedimento)	314
PONTO Nº 12	
ELEMENTOS ESTRUTURAIS DA AÇÃO	316
PONTO Nº 13	
CÚMULO	320
PONTO Nº 14	
A DEFESA NO PROCESSO CIVIL.....	322
PONTO Nº 15	
INSTITUTO DA PROVA.....	324
PONTO Nº 16	
SENTENÇA E COISA JULGADA	332
PONTO Nº 17	
COMPETÊNCIA	337
PONTO Nº 18	
ATOS PROCESSUAIS.....	339
PONTO Nº 19	
PRAZO E SUA CONTAGEM.....	341
PONTO Nº 20	
TEORIA DO RECURSO	344
REFERÊNCIAS.....	349