

# POR UMA TEORIA GERAL (DOS PROCESSOS EM GERAL!)

*João Paulo Lordelo*<sup>1</sup>

**Sumário.** 1 Introdução; 2 Afinal, o que é uma teoria geral de qualquer coisa?; 3 O que seria uma teoria geral do processo?; 4 As críticas da doutrina processualista penal à teoria geral do processo; 5 Conclusões.

## RESUMO

A partir de uma investigação das premissas necessárias a uma análise teórica mais clara da teoria geral do processo, objetiva-se, de maneira breve e despretensiosa, agregar algumas considerações acerca do tema, tendentes demonstrar a necessidade de problematização das correntes críticas que entendem pela sua inexistência, propondo-se o seu reconhecimento, sem que isso represente qualquer prejuízo às relações processuais de natureza penal.

Palavra-chave: Teoria geral do processo. Direito processual penal.

## 1 INTRODUÇÃO

Não são poucos os embates acerca da existência (ou não) de uma teoria geral do processo. Cuida-se, seguramente, de um dos temas mais polêmicos da área jurídica, suscitando debates incessantes na doutrina nacional e estrangeira.

Nos tempos atuais, os processualistas baianos têm (re)atraído a atenção acadêmica em torno do assunto, que remonta ao início da tradição jurídica brasileira.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Direito do Estado pelo instituto *JusPodivm*. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor em diversos cursos de pós-graduação. Procurador da República. Ex-Defensor Público Federal.

De um lado, pela defesa da teoria geral do processo, destaca-se a obra “Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida”, do Prof. Fredie Didier Jr., publicada no ano de 2012, versão comercial da tese de livre docência defendida pelo autor perante a Faculdade de Direito do Largo do São Francisco – USP<sup>2</sup>.

Do outro, tecendo uma crítica contundente à teoria geral, releva-se o magistério de Rômulo de Andrade Moreira, com a obra “Uma crítica à teoria geral do processo”, publicada em 2013, que tive a oportunidade de conhecer durante o II Seminário Nacional do Instituto Baiano de Direito Processual<sup>3</sup>.

Existe, fora de qualquer dúvida, algo em comum entre ambos os autores, para além da manifesta erudição: a honestidade acadêmica. Embora caminhem em sentidos contrapostos, ambos os posicionamentos estão solidamente fundamentados, amparando-se em elementos de ordem filosófica, dogmática e pragmática.

Neste sentido, o presente artigo pretende, de maneira breve e despretensiosa, agregar algumas considerações acerca do tema, tendentes a desatar o nó existente nas críticas sobre a teoria geral do processo.

## **2 AFINAL, O QUE É UMA TEORIA GERAL DE QUALQUER COISA?**

O tópico em questão explica o pleonasma utilizado no título geral, de modo a fixar uma premissa básica. Ora, questão prévia à análise da teoria geral do processo consiste em saber de que se ocupa uma teoria geral. É aqui que parece residir a maior confusão sobre o tema.

Inexistindo um mínimo consenso sobre o objeto, em termos abstratos, de uma teoria geral qualquer, todo e qualquer debate sobre a teoria geral do processo será infrutífero. Sendo mais claro, caso se entenda que compete à teoria geral reunir elementos de direito positivo, fica realmente difícil

---

<sup>2</sup> DIDIER Jr., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. Salvador: JusPODIVM, 2012.

<sup>3</sup> MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Uma crítica à teoria geral do processo*. Porto Alegre: Lex Magister, 2013.

reconhecer a existência de uma teoria geral do processo.

Mas esse não parece ser o objeto das teorias gerais no direito - sob pena de sequer existir uma teoria geral do direito. É que o direito positivo se ocupa de particularizar a aplicação prática dos mais variados ramos da ciência jurídica, não cabendo ao legislador definir conceitos ou teorias. Não seria concebível, v.g., o legislador brasileiro explicar, em dispositivo do Código Penal, em que consistiria a teoria finalista da ação. Da mesma forma, seria incogitável a positivação, no Código de Processo Civil (CPC), dos conceitos de expressões como “hermenêutica”, “boa-fé” ou “devido processo legal”. Não cabe ao direito positivo conceituar questões de ordem filosófica, sob pena de haver um inegável engessamento da ciência jurídica e uma subversão do papel do legislador.

Indaga-se: qual seria, então, o objeto das teorias gerais no direito? No campo da metodologia da pesquisa científica, parece haver consenso no sentido de ser a teoria “todo o sistema de proposições orientado para um objeto com fim cognoscitivo”<sup>4</sup>.

Uma teoria *geral*, por seu turno, destina-se a reunir conceitos que possuem pretensão universal, invariável. Ou seja, cabe à teoria geral compilar enunciados sobre seu objeto válidos em qualquer lugar onde tal objeto possa ser verificado<sup>5</sup>.

Em síntese, as teorias gerais no direito têm a função de reunir conceitos *lógico-jurídicos* sobre o tema escolhido. Entende-se por conceito lógico-jurídico aquele de natureza fundamental, oriundo da filosofia do direito, que tem por objetivo auxiliar a sua compreensão independentemente do tempo e do local que se tome por referência. Diferentemente dos conceitos *jurídico-positivos*, que decorrem de construção legislativa, os *lógico-jurídicos* têm pretensão de validade universal, consistindo em conceitos formais, lógicos.

Tais conceitos têm, basicamente, duas funções. A primeira consiste em auxiliar os agentes operadores do direito na interpretação e aplicação das

---

<sup>4</sup> VILANOVA, Lourival. *O problema do objeto da teoria geral do Estado*. Tese para a cátedra de Teoria Geral do Estado, na Faculdade de Direito da Universidade do Recife. Recife, 1953, p. 11.

<sup>5</sup> DIDIER Jr., op. cit., p. 36.

normas jurídicas. A segunda consiste em servir de base à construção dos conceitos jurídico-positivos, a cargo do legislador.

Tal diferenciação não é nova. Em sua “teoria pura”, Kelsen toma a palavra “Constituição” em dois sentidos: no lógico-jurídico e no jurídico-positivo. O primeiro integra a teoria geral do direito, consistindo na “norma fundamental hipotética, cuja função é servir de fundamento lógico transcendental da validade da constituição jurídico-positiva”<sup>6</sup>. O segundo equivale à norma positiva suprema, conjunto de normas que regula a criação de outras normas.

### **3 O QUE SERIA UMA TEORIA GERAL DO PROCESSO?**

A teoria geral do processo consiste em um excerto da teoria geral do direito, ocupando-se dos conceitos fundamentais relacionados ao processo, um dos fatos sociais regulados pelo direito. Assim, é compreendida como uma teoria geral, pois os conceitos lógico-jurídicos processuais que a compõem têm pretensão universal<sup>7</sup>.

Em poucas palavras, a teoria geral do processo tem por objeto os conceitos lógico-jurídicos processuais.

Na teoria geral do direito, a palavra “processo” tem abrangência ampla, incluindo os modos pelos quais o direito disciplina sua própria criação. Todo meio dirigido à produção de uma norma jurídica (geral ou individual) pode ser denominado “processo” (tanto o processo legislativo quanto o processo administrativo e o judicial têm por objetivo a elaboração de uma norma, geral ou individual).

A dificuldade existente na construção da teoria geral do processo reside justamente na árdua tarefa que consiste em diferenciar os conceitos lógico-jurídicos dos jurídico-positivos. Trata-se de uma “verdadeira arte”, como revelara Fredie Didier Jr., na sua turma de “Teoria do Processo e Tutela de Direitos”, de que tive a oportunidade de participar durante o curso de mestrado

---

<sup>6</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 39.

<sup>7</sup> DIDIER JR., op. cit., p. 64.

em direito público da Universidade Federal da Bahia.

A título exemplificativo, as noções de competência, processo, jurisdição, demanda, pretensão, prova, presunção e capacidade de ser parte pertencem à teoria geral do processo, sendo compreendidas da mesma forma em qualquer relação processual (processo civil, processo penal, processo administrativo etc.). Não se negam as particularidades existentes nos variados campos de atuação processual existentes, fato que não afeta a teoria geral, que não se ocupa de tais diferenças, mas sim da essência do processo (aquilo que é imutável, ou tem pretensão de sê-lo).

É o que reconhece, de uma certa forma, Rômulo de Andrade Moreira. Embora conteste, de forma clara e direta, a existência de uma teoria geral do processo, o autor reconhece que

conceitos genéricos, tais como os de jurisdição, processo, órgãos judiciários, competência (com muitas ressalvas), procedimento (*idem*), atos processuais, prova, etc., servem para as duas disciplinas [processo civil e processo penal].<sup>8</sup>

#### **4 AS CRÍTICAS DA DOUTRINA PROCESSUALISTA PENAL À TEORIA DO PROCESSO**

A legitimidade científica da teoria geral do processo ainda é contestada por diversos autores, muito embora seja manifesto o consenso sobre a existência de inúmeros institutos que são comuns a todos os ramos do processo. Tanto Carnelutti quanto Liebman se mostraram favoráveis à teoria do processo, ainda que este último tenha registrado sua preocupação pelas “excessivas abstrações”<sup>9</sup>.

O tema é inegavelmente polêmico, sobretudo por conta da ausência de consenso sobre a estrutura, rigidez e funcionalidade dos conceitos gerais da teoria do processo.

Em breve síntese, a crítica feita por processualistas penais à teoria geral pode ser resumida nos seguintes argumentos, delineados por Rômulo de

---

<sup>8</sup> MOREIRA, op. cit., p. 13.

<sup>9</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 67.

Andrade Moreira<sup>10</sup>:

- a) não seria possível conceber o direito processual como uma só categoria (teoria unitária) dentro da ciência do direito, eis que o direito processual civil tem o seu próprio conteúdo, que o difere substancialmente do conteúdo do direito processual penal;
- b) em virtude das diferenças existentes, não seria possível aplicar os princípios e regras do processo civil ao processo penal, sob pena de haver uma indesejável “processualização civil” do processo penal.

As críticas apresentadas são extremamente relevantes, pois se preocupam, sobretudo, com a tutela adequada do bem jurídico liberdade, ínsito ao direito processual penal.

Nesse sentido, registra Elmir Duclerc:

O problema é que conceber o Direito Processual Penal como um sub-ramo de uma teoria geral do processo, sob o argumento de simplificação ou da compreensão sistemática do ordenamento jurídico, quase sempre implicará contaminá-lo, também, com a própria filosofia do processo civil, dominada por uma lógica individualista e utilitarista, incompatível com a gravidade das questões em torno da liberdade humana. [...] Parece claro, portanto, que a captura do processo penal por uma técnica criada para otimizar o processo decisório de processos não penais, e preponderantemente patrimoniais, acabou sendo mais um passo na direção da tecnicização dos mecanismos de resolução de conflitos penais, em total harmonia com o discurso criminológico do século XIX, sob forte influência da ciência positivista.<sup>11</sup>

De fato, não se pode discordar de Rômulo de Andrade Moreira, ao sustentar a impossibilidade de se conceber o direito processual como uma única categoria. A título exemplificativo, como referido pelo autor, o ônus da prova, no processo penal, possui contornos totalmente diversos da regra geral do processo civil:

Estabelecer, simples e categoricamente, que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”, repetindo o Código de Processo Civil (art. 333, I e II), é fazer tábula rasa dos referidos princípios [princípios da inocência e do *in dubio pro reo*].<sup>12</sup>

Ocorre que as diferenças apontadas pelo autor entre o processo

---

<sup>10</sup> MOREIRA, op. cit., p. 11.

<sup>11</sup> DUCLERC apud MOREIRA, op. cit., p. 18.

<sup>12</sup> MOREIRA, op. cit., p. 33.

penal e o processo civil residem no campo do direito positivo, o que se justifica pelos bens jurídicos envolvidos. Não apenas no campo do direito positivo, mas também no campo da zetética, por óbvio, há enormes diferenças entre tais áreas do saber jurídico (o que faz a teoria geral do direito processual penal ser bem diferente da teoria geral do direito processual civil). Mas não é disso que cuida a teoria geral do processo. Ela não se ocupa das particularidades, nem pretende construir o direito processual como uma só categoria dentro da ciência do direito.

O fato de se tratar de ramos da ciência do direito com regras bastante diferentes não representa um obstáculo à existência de uma teoria geral. Da mesma forma, o fato de o direito tributário e o direito eleitoral, *v.g.*, possuírem regras e princípios diversos não comprometem a existência de uma teoria geral do direito.

Vale dizer, também no âmbito do processo “não-penal”, há inúmeras particularidades no que tange ao ônus da prova. A regra do art. 333 do CPC não se aplica indistintamente a qualquer seara cível, sendo suplantada no âmbito das relações de consumo (CDC, arts. 6º, VIII; art. 12, §1º, e art. 38), no direito ambiental (STJ, REsp 972902/RS<sup>13</sup>), nos processos trabalhistas e até mesmo nos processos administrativos, em razão da presunção de legitimidade dos atos da Administração, quando sujeitos ao regime público.

A construção de uma teoria geral do processo não deve ser concebida como uma imposição do positivismo jurídico. Ao revés, atualmente, ela advém de uma nova fase do pensamento jurídico, caracterizada sobretudo pelas transformações metodológicas que ocorreram a partir da segunda metade do século XX, período posterior à Segunda Guerra Mundial. Cuida-se do chamado neoconstitucionalismo, também denominado neopositivismo, que inaugurou uma série de mudanças nos variados campos da teoria geral do direito e da ciência do direito constitucional.

Por óbvio, a teoria do processo, enquanto excerto (ou teoria parcial) da teoria geral do direito, também se influenciaria por tais mudanças.

---

<sup>13</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 972902/RS. Relatora: Min. Eliana Calmon. Segunda Turma. Brasília, 25 ago. 2009. *Diário da Justiça*, 14 set. 2009.

A questão toma contornos ideológicos, o que se justifica pela realidade kafkiana vivenciada pelos agentes do sistema de justiça penal. Vive-se, ainda nos dias atuais, uma realidade processual pitoresca, sobretudo nos confins do Brasil. Nesse contexto, ganha destaque o papel do garantismo penal, que, na seara processual, tem se preocupado com a incidência indevida de *regras e princípios* do processo civil no processo penal.

É uma preocupação relevante e responsável, mas que, por vezes, assume uma postura que transborda a lógica da filosofia jurídica, criando inconvenientes invariavelmente suportados pelo jurisdicionado.

A título de exemplo, tenho defendido, na prática diária, a aplicação das regras e princípios probatórios do processo penal no âmbito dos processos de improbidade administrativa, em razão da gravidade das sanções previstas na Lei n. 8.429/1992. Vale dizer, em diversas situações, o processo não-penal (até mesmo o administrativo) pode conduzir à aplicação de sanções tão graves quanto algumas previstas na legislação penal. Mantendo-se o exemplo da Lei de Improbidade Administrativa, são previstas, dentre outras, as penas de perda da função pública, suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

É comum, nas ações de improbidade administrativa, que alguns réus possuam defesas colidentes, acusando-se mutuamente. Em tais casos, nos depoimentos pessoais, não se tem reconhecido o direito de o advogado de um dos réus formular perguntas ao outro, sob a alegação de que, nos termos do art. 343 do CPC, “compete a cada parte requerer o depoimento pessoal da outra”, integrante do outro polo da relação processual. Tal posicionamento afeta, de maneira severa, o direito à ampla defesa, num contexto evidentemente sancionador.

Também no âmbito do processo administrativo disciplinar, a Lei 8.112/90 prevê, em seu art. 127, penalidades extremamente graves, tais como a demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade, que, nas hipóteses do art. 137, parágrafo único, incompatibilizam o ex-servidor para nova investidura em cargo público por toda a sua vida.

Tais punições, em razão da extrema gravidade, impõem a atração



dos princípios do processo penal, notadamente a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*.

Percebe-se, portanto, que uma postura tendente a apartar, de maneira absoluta, o processo civil do processo penal pode conduzir a decisões extremamente injustas. Assim, a “processualização penal” do processo civil, em determinados casos, pode ser extremamente benéfica, tendo em vista que, em inúmeras situações, o processo civil tem por objeto direitos indisponíveis e sanções graves. Não se pode concebê-lo como uma seara que lida, tão-somente, com direitos patrimoniais disponíveis.

Da mesma forma, a aplicação subsidiária do CPC às relações penais pode oferecer soluções simples para algumas lacunas, havendo inclusive previsão expressa nesse sentido no art. 362 do CPP, ao invocar as regras da citação por hora certa do CPC. Igualmente, a jurisprudência tem entendido pela aplicação subsidiária do art. 132 do CPC ao processo penal, ao regular as exceções do princípio da identidade física do juiz. O mesmo se observa em relação ao art. 267 do CPC, que trata da extinção do processo sem resolução de mérito, comumente aplicado aos processos penais.

## 5 CONCLUSÕES

1. Percebeu-se, no curso do presente artigo, que a legitimidade científica da teoria geral do processo ainda é contestada por diversos autores, muito embora seja incontestável o consenso sobre a existência de inúmeros institutos que são comuns a todos os ramos do processo.

2. Questão prévia à análise da teoria geral do processo consiste em saber de que se ocupa uma teoria geral. É aqui que parece residir a maior confusão sobre o tema. Inexistindo um mínimo consenso sobre o objeto, em termos abstratos, de uma teoria geral qualquer, todo e qualquer debate sobre a teoria geral do processo será infrutífero.

3. As teorias gerais no direito têm a função de reunir conceitos *lógico-jurídicos* sobre o tema escolhido. Entende-se por conceito lógico-jurídico

aquele de natureza fundamental, oriundo da filosofia do direito, que tem por objetivo auxiliar a sua compreensão independentemente do tempo e do local que se tome por referência. Diferentemente dos conceitos *jurídico-positivos*, que decorrem de construção legislativa, os lógico-jurídicos têm pretensão de validade universal, consistindo em conceitos formais, lógicos.

4. O direito positivo se ocupa de particularizar a aplicação prática dos mais variados ramos da ciência jurídica, não cabendo ao legislador definir conceitos ou teorias.

5. A teoria geral do processo consiste em um excerto da teoria geral do direito, ocupando-se dos conceitos fundamentais relacionados ao processo, um dos fatos sociais regulados pelo direito. A dificuldade existente na construção da teoria geral do processo reside justamente na árdua tarefa que consiste em diferenciar os conceitos lógico-jurídicos dos jurídico-positivos.

6. As diferenças comumente apontadas pela doutrina entre o processo penal e o processo civil residem no campo do direito positivo, o que se justifica pelos bens jurídicos envolvidos. Não apenas no campo do direito positivo, mas também no campo da zetética, por óbvio, há enormes diferenças entre tais áreas do saber jurídico (o que faz a teoria geral do direito processual penal ser bem diferente da teoria geral do direito processual civil). Mas não é disso que cuida a teoria geral do processo. Ela não se ocupa das particularidades, nem pretende construir o direito processual como uma só categoria dentro da ciência do direito.

7. O fato de se tratar de ramos da ciência do direito com regras bastante diferentes não nega, em nada, a existência de uma teoria geral. Da mesma forma, o fato de o direito tributário e o direito eleitoral possuírem regras e princípios diversos em nada afetam a existência de uma teoria geral do direito.

9. A construção de uma teoria geral do processo não deve ser concebida como uma imposição do positivismo jurídico. Ao revés, atualmente, ela advém de uma nova fase do pensamento jurídico, caracterizada sobretudo pelas transformações metodológicas que ocorreram a partir da segunda metade do século XX, período posterior à Segunda Guerra Mundial. Cuida-se

do chamado neoconstitucionalismo, também denominado neopositivismo, que inaugurou uma série de mudanças nos variados campos da teoria geral do direito e da ciência do direito constitucional.

10. Uma postura tendente a apartar, de maneira absoluta, o processo civil do processo penal pode conduzir a decisões extremamente injustas.

## REFERÊNCIAS

DIDIER Jr., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. Salvador: JusPODIVM, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Uma crítica à teoria geral do processo*. Porto Alegre: Lex Magister, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

VILANOVA, Lourival. *O problema do objeto da teoria geral do Estado*. Tese para a cátedra de Teoria Geral do Estado, na Faculdade de Direito da Universidade do Recife. Recife, 1953.