

PANÓPTICA

OSKAR VON BÜLOW E A DIFUSÃO DAS IDÉIAS DE RELAÇÃO JURÍDICA E PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS¹

OSKAR VON BÜLOW Y LA DIFUSIÓN DE LAS IDEAS DE RELACIÓN JURÍDICA Y PRESUPUESTOS PROCESALES

*Salah H. Khaled Jr.**

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Resumo: Este artigo discute as idéias de relação jurídica e pressupostos processuais de Oskar Von Bülow, a partir dos aportes teóricos da história das idéias e das considerações doutrinárias de vários processualistas clássicos e contemporâneos, como Chiovenda, Aragonese, Alonso, Gimeno Sendra, Alcalá-Zamora y Castillo e Aury Lopes Jr.

Resumen: Este artículo discute las ideas de la relación jurídica y los presupuestos procesales de Oskar von Bülow, desde el marco teórico de la historia de las ideas y las consideraciones doctrinales de varios autores clásicos y contemporáneos, como Chiovenda, Aragonese, Alonso, Alcalá-Zamora y Castillo, Gimeno Sendra y Aury Lopes Jr.

Palavras-chave: Direito Processual Penal; Direito Processual Civil; Relação Jurídica; Pressupostos Processuais; Oskar Von Bulow.

Palabras clave: Derecho Procesal Penal, Derecho Procesal Civil, Relación Jurídica; Presupuestos Procesales.

INTRODUÇÃO: HISTÓRIA DAS IDEIAS PROCESSUAIS

O termo história das idéias processuais suscita questionamentos. Afinal, qual poderia ser o objeto de uma disciplina intitulada história das idéias processuais e qual poderia ser a sua contribuição para o desenvolvimento doutrinário dos estudos processuais? Considerando-se que todo e qualquer texto é datado, ou seja, é produto de uma particular convergência de

¹Este artigo foi desenvolvido a partir das discussões coordenadas pelo professor Dr. Aury Lopes Jr na disciplina “Epistemologia do Direito Processual Penal Contemporâneo” do Doutorado em Ciências Criminais da PUCRS.

* Professor assistente de Direito Penal e Criminologia da Universidade Federal do Rio Grande - FURG. Doutorando e Mestre em Ciências Criminais (PUCRS). Mestre em História (UFRGS). Especialista em História do Brasil (FAPA). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (PUCRS). Licenciado em História (FAPA). Líder do Grupo de Pesquisa Hermenêutica e Ciências Criminais (FURG/CNPq). Autor de “Ambição de Verdade no Processo Penal (Desconstrução Hermenêutica do Mito da Verdade Real)” - jusPODIVM, 2009 e “Horizontes Identitários (A Construção da Narrativa Nacional Brasileira pela Historiografia do Século XIX)”- EDIPUCRS, 2010; professor.salah@terra.com.br.

Recebido: 14/05/2010

Aprovado: 10/10/2010

fatores temporais (históricos) e espaciais (geográficos) a importância do conhecimento sobre a gênese de certas idéias é indiscutível. Essa importância se acentua na medida em que são analisadas idéias que alcançaram grande difusão em um determinado campo de atuação. Um texto – enquanto veículo de expressão de idéias – não pode ser lido de forma isolada, descolado de seus referenciais. São justamente tais referenciais que viabilizaram a sua existência, pois simplesmente não é possível pensar o impensável. Qualquer inovação parte de algo anteriormente estabelecido. Além disso, é justamente através da consideração de dimensões externas à constituição do texto e da idéia nele expressada que a sua leitura pode se tornar mais qualificada e, logo, suas dimensões menos evidentes tornarem-se apreensíveis de decodificação. Dessa forma, limites podem ser superados e o conhecimento pode avançar.

A história das idéias consiste na pretensão de narrar a biografia de uma idéia. Em suma, procura determinar como certas idéias surgem e circulam, como se difundem e alcançam proeminência em um determinado campo de saber. Arthur Lovejoy foi um dos pensadores mais profícuos no que se refere a esse campo de investigação. Segundo o autor, a história das idéias interfere nos rígidos sistemas individuais e para seus próprios propósitos, desmembra-os em seus elementos componentes, naquilo que pode ser chamado de idéias-unidade. Afinal, como o autor indica, o corpo de idéias de um filósofo sempre é algo complexo e heterogêneo e de uma forma que nem mesmo ele suspeita.² Certas idéias são reproduzidas e recicladas de forma imperceptível para os próprios (re)produtores. Na maioria das vezes, a aparente novidade de um sistema decorre de uma aplicação e ordenação diversa dos elementos que o compõem.³

Considerando-se a pluralidade de posicionamentos doutrinários divergentes na seara processual penal, a identificação e decomposição de seus elementos só é possível a partir da percepção das idéias-chave que deram vazão à sua constituição enquanto idéias articuladas. Isso não significa que não surjam novidades, mas que elas são mais raras do que se supõe. Como afirma Lovejoy, os elementos das doutrinas filosóficas não são prontamente reconhecíveis, pois a distribuição da ênfase conduz a conclusões diferentes.⁴ Certamente que o mesmo pode ser dito em relação ao corpo de idéias que integra as diversas correntes do pensamento jurídico-penal. Os postulados da história das idéias mostram-se assim, de grande valia para o estudo da gênese de conceitos-chave do direito processual penal.

2 LOVEJOY, Arthur O. A Grande Cadeia do Ser. São Paulo: Palindromo, 2005. p.13.

3 LOVEJOY, Arthur O. A Grande Cadeia do Ser. São Paulo: Palindromo, 2005. p.14.

4 LOVEJOY, Arthur O. A Grande Cadeia do Ser. São Paulo: Palindromo, 2005. p.14.

A história das idéias tem como um de seus mais importantes princípios o reconhecimento de que apesar de constantes reelaborações e deslocamentos, permanecem os velhos problemas (e, logo, muitas das mesmas perguntas). Isso significa dizer que é nos fatores dinâmicos, persistentes, nas idéias que produzem efeitos na história do pensamento que o historiador das idéias está especialmente interessado.⁵ Sendo assim, uma vez que a idéia-problema em questão é o conceito de processo como relação jurídica, a investigação aqui proposta se direciona para o século XIX e, em especial, para uma obra de particular interesse para a história das idéias processuais: “A Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais”, de Oskar Von Bülow.

Embora a idéia de processo como relação jurídica não possa ser considerada como a concepção mais adequada para o âmbito de problemas específicos da dimensão jurídico-penal, trata-se de uma proposição que encontra grande difusão neste campo e que, portanto, deve ser devidamente decodificada. Afinal, seu autor especificamente a desenvolveu visando o processo civil, o que significa que necessariamente trata-se de uma idéia de difícil transposição para o processo penal.⁶ O próprio Bülow modestamente referiu que caso as noções apresentadas em sua obra venham a demonstrar sua eficácia, poderiam também ser de importância para o direito processual penal.⁷ Isso indica que o autor não estava seguro da correspondência entre os dois campos, o que não impediu, todavia, a sua disseminação na esfera jurídico-penal. Eis aí um dos aspectos mais fascinantes em torno dos estudos no âmbito da história das idéias. Como assinala Baumer, “as idéias tem uma irradiação e um desenvolvimento, uma ascendência e uma posteridade próprias, nas quais os homens participam mais como padrinhos e madrinhas do que como pais legítimos”.⁸ Diante desse cenário aparentemente confuso, onde uma idéia originada a partir do processo civil alcançou predominância no processo penal, fica claro o mérito em torno da proposição de investigação no campo da história das idéias no que se refere ao conceito de relação jurídica.

5 LOVEJOY, Arthur O. *A Grande Cadeia do Ser*. São Paulo: Palindromo, 2005.

6 A transposição de categorias do processo civil para o processo penal sem o devido cuidado produz muitas vezes danos inaceitáveis. Como assinala Coutinho, “[...] a teoria geral do processo civil, a cavalo na teoria geral do processo, penetra no nosso processo penal e, ao invés de dar-lhe uma teoria geral, o reduz a um primo pobre, uma parcela, uma fatia da teoria geral. Em suma, teoria geral do processo é engodo; teoria geral é a do processo civil e, a partir dela, as demais.” MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*. 3ª Edição. Curitiba: Juruá, 1998. pp.122-123.

7 BÜLOW, Oskar Von. *La Teoria das Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales*. Buenos Aires: EJE, 1964. p.XVI.

8 BAUMER, Franklin. *O Pensamento Europeu Moderno*. Volume I, Séculos XVII e XVIII. Lisboa: Edições 70, 1990. p.17.

Por fim, um alerta: a história das idéias não deve ser compreendida a partir de um enfoque que busque estabelecer uma verdade totalizante. Pelo contrário, dois de seus maiores expoentes (Lovejoy e Baumer) são claros ao afirmar que trata-se de um empreendimento necessariamente falho e imperfeito, dada a ambição explicativa e a complexidade inerente ao objeto em questão.

1 O CONTEXTO HISTÓRICO-JURÍDICO DA ÉPOCA E A BIOGRAFIA DE OSKAR VON BÜLOW

Até a segunda metade do século XIX o processo detinha na doutrina um caráter meramente adjetivo, considerando-se o direito processual como mero apêndice do direito civil e, portanto, negando-lhe a condição de campo de saber autônomo, dotado de características que lhe são peculiares. O rompimento dessa relação de subordinação ao âmbito material se deu com a polêmica entre Windscheid e Muther, nos anos de 1856 e 1857.⁹

O jurista italiano Pugliese afirma (na introdução que escreveu para a obra que reúne os textos dos referidos autores) que o significado do embate então travado não pode ser compreendido sem levar-se em conta o momento histórico que atravessava a ciência jurídica alemã no século XIX.¹⁰ Dentro da realidade jurídica alemã de então, as lições do direito romano eram consideradas corretas e absolutamente incontestáveis e, portanto, revestidas de universalidade.¹¹ O direito romano de Justiniano permanecia em vigor em grande parte da Alemanha, sendo que não havia trabalho de direito civil e processual que não fizesse referência a fontes romanas.¹² Naquele momento histórico o contexto era de aceitação praticamente unânime da máxima de Celso: a ação era entendida como o próprio direito material colocado em movimento, ou seja, a ação não era compreendida como nada mais que o direito de pedir em juízo o que nos é devido.¹³

9 WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. Polemica sobre la “Actio”. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974.

10 PUGLIESE, Giovanni. Introducción. In: WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. Polemica sobre la “Actio”. Buenos Aires: EJE, 1974. p.XI.

11 Giovanni Pugliese aponta que “[...] ninguém havia pensado em por em dúvida a substancial afinidade entre a figura da actio – cuja referência é a outro momento histórico – e a figura moderna da ação, nem a legitimidade de reunir ambas em uma única definição compreensiva”. PUGLIESE, Giovanni. Introducción. In: WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. Polemica sobre la “Actio”. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974. p.

12 PUGLIESE, Giovanni. Introducción. In: WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. Polemica sobre la “Actio”. Buenos Aires: EJE, 1974. p.XIII.

13 Mesmo dentro de um cenário de aceitação, havia interpretações diversas quanto ao sentido da máxima de Celso, como destaca Chiovenda: “sobre la célebre definición romana “nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeat iudicio persequendi” la doctrina tejía proposiciones aparentemente diversas, pero todas incluyendo un concepto de acción que podría considerarse mixto o impuro. Algunos lo configuraban como la potestad

Partindo dessa premissa, entendia-se que a simples ameaça ou violação a um direito fazia nascer um direito que é o direito de ação. Essa compreensão vinculava-se ao conceito que havia sido estabelecido por Savigny, que sinteticamente pode ser reduzido aos seguintes elementos:

- a) não há ação sem direito
- b) não há direito sem ação
- c) a ação segue a natureza do direito

Portanto, de acordo com a concepção de Savigny, o direito à tutela judicial nasce da lesão de um direito ou de uma ameaça a ele, sendo, portanto, o direito em que se transforma o direito lesionado (ou ameaçado), o que claramente demonstra a falta de autonomia da dimensão processual no saber jurídico da época. Naquele momento não se colocava seriamente qualquer possibilidade de divergência entre o que os romanos entendiam por *actio* e o que os modernos compreendiam por ação (*klagerecht*).¹⁴

A polêmica entre Windscheid e Muther marca justamente o rompimento com a fórmula de Celso e os preceitos de Savigny, abrindo espaço para o desenvolvimento da autonomia do direito processual. A importância dessa inovação não deve ser subestimada: para Couture, “a separação do direito e da ação constituiu para a ciência do processo, um fenômeno análogo ao que representou para a física a divisão do átomo”.¹⁵

A polêmica resultou na possibilidade de criação e evolução de uma teoria do direito processual, representando uma espécie de corte epistemológico indireto: na verdade a questão concentrava-se no problema da *actio* romana e na sua correspondência (ou não) à ação (*klage*) no contexto alemão da segunda metade do século XIX.¹⁶ A discussão entre os dois autores acabou se expandindo para além de tais fronteiras, de forma que o novo entendimento trazido por Windscheid e Muther quanto ao conceito de ação trouxe, inclusive, reflexos no processo e

inmanente al derecho de reaccionar contra la violación, o como el derecho mismo en su tendencia a la actuación; algunos como un derecho nuevo y por si mismo, nacido con la violación del derecho, y teniendo por contenido la obligación del adversario de hacer cesar la violación; mixtos o impuros estos conceptos, ya que si a la acción se le da por contenido una obligación cualquiera del sujeto pasivo del derecho, se cae fácilmente en una duplicación inútil del concepto mismo de derecho”. CHIOVENDA, Giuseppe. La Acción en el Sistema de los Derechos. Bogotá: Temis, 1986. p.6.

14 PUGLIESE, Giovanni. Introducción. In: WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. Polemica sobre la “Actio”. Buenos Aires: EJE, 1974. p. XI.

15 COUTURE, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Depalma, 1951. p.7.

16 Chiovenda esclarece a terminología “[...] Klage, entendida como Klagerecht, o derecho de querrela, término que había sobrevivido al proceso medioeval alemán”. CHIOVENDA, Giuseppe. La Acción en el Sistema de los Derechos. Bogotá: Temis, 1986. p.7.

na jurisdição. Sem levar em conta a polêmica não é possível compreender o cenário jurídico que deu vazão às idéias de Bülow, período em que os estudos no campo processual se desenvolveram de forma verdadeiramente espetacular.

Sinteticamente, as inovações que favoreceram amplamente o desenvolvimento do direito processual foram, de um lado, o surgimento de um conceito de ação revestido de autonomia face ao direito subjetivo (Windscheid & Muther) e o estabelecimento de uma nova relação jurídica denominada processual, diversa da material (Bülow). Tais desdobramentos fortaleceram o desenvolvimento do direito processual como ciência, sendo que os alemães foram os seus precursores, seguidos dos italianos e, finalmente, dos espanhóis. Sem dúvida, grande parte do que conhecemos hoje como direito processual se deve à contribuição dos processualistas alemães.¹⁷ Como afirma Gimeno Sendra, a doutrina alemã tem o mérito de ter elaborado as doutrinas modernas sobre a natureza jurídica do processo e, em certa medida, de ter reivindicado própria autonomia do direito processual.¹⁸

Dentro dessa perspectiva, duas teses se diferenciam claramente e são revestidas da condição de doutrinas clássicas, na medida em que os autores contemporâneos às seguem fielmente, ou no mínimo, as tomam como ponto de partida. Trata-se da teoria que vê na essência do processo uma relação jurídica processual e a que o configura como um conjunto de situações jurídicas pelas quais atravessam as partes até chegar à sentença definitiva.¹⁹ O artigo em questão se ocupa da primeira teoria, que foi estabelecida por Bülow em sua obra

17 Os alemães foram os precursores no campo dos estudos processuais. Merecem menção, entre outros: 1) Hegel (1831) que vislumbra a concepção de processo como relação jurídica autônoma; b) Bethmann-Hollweg (1840), que sustenta a concepção de Hegel de processo como relação jurídica; c) Klein (1854-1926), Austria – encabeça a escola dos processualistas legisladores, além de ser considerado o transformador da justiça civil austríaca, concretizada em 1895, idealizando a audiência preliminar para dirimir todas as questões processuais à respeito da relação jurídica processual; d) Windscheid (1856), que concebe a ação como pretensão (anspruch) perseguível em juízo; e) Muther (1857), que outorga caráter público à ação, ao afirmar sua direção ao Estado; f) Bülow (1868) que define e desenvolve o conceito de relação jurídica como natureza do processo, que se forma pelo que ele chamou de “pressupostos processuais”; g) Dekengolb y Plosz (1877, 1880) precursores da teoria abstrata da ação, como um direito à sentença; h) Wach (1885), considera que a relação jurídica processual se dá entre as partes assim como das partes ao juiz. A relação jurídica processual se desenvolve e se transforma através do processo, mas sempre mantendo a unidade. Considera a ação como direito autônomo, público, dirigido ao Estado, para exigir tutela concreta. Suas obras “Handbuch” (1885) e “Pretensão de Declaração” (1888) influenciam Chiovenda no que se refere ao tratamento da ação e da relação jurídica processual, como os dois pilares do sistema processual civil; i) Kholer (1891) afirma que a relação jurídica processual ocorre somente entre as partes e que considera a ação como dotada de caráter privado; j) Hellwig (1901), sustenta que a relação jurídica processual se dirige das partes ao juiz; k) Kisch (1909) estabelece que a relação jurídica processual não é composta de direitos e obrigações, senão que entre as partes somente existe estados de ligamenés; l) Goldschmidt (1925) concebe o processo como “situação jurídica” de onde extrai um conjunto de inovadoras categorias, como, por exemplo, a noção de carga; m) Rosenberg (1927), reconhecido por seus estudos em matéria de carga no processo civil e sistematização do direito processual civil alemão. FERRER, Luiz Alfredo Brodermann. Relación Jurídica Procesal. In: Alegatos. N.62 (enero/abril 2006). México.p.8.

18 GIMENO SENDRA, Vicente. Fundamentos del Derecho Procesal. Madrid: Civitas, 1981. p.159.

19 GIMENO SENDRA, Vicente. Fundamentos del Derecho Procesal. Madrid: Civitas, 1981. p.159.

clássica de 1868. A posição de Goldschmidt e suas críticas ao posicionamento de Bülow ficam reservadas, portanto, para outra oportunidade.²⁰

Bülow nasceu em 11 de setembro de 1837 em Wroclaw e morreu em 19 de novembro de 1907 em Heidelberg. Estudou direito em Berlin, Heidelberg e Breslau, tendo obtido seu doutorado em 1859, com o trabalho *praejudicialibus formulis*. Habilitou-se em 1863 com o trabalho *praejudicialibus exceptionibus* e tornou-se professor da Universidade de Giessen em 1865, vindo a lecionar Direito Romano e Direito Civil. Em 1872 foi para Tübingen e em 1885 tornou-se professor da Universidade de Leipzig. Aposentou-se prematuramente em 1892 aos 55 anos, devido a problemas cardíacos, mas continuou dedicando-se aos estudos, publicando várias obras de relevo.²¹

Para Alcalá-Zamora y Castillo, Bülow é “el fundador del moderno processualismo”.²² Ainda que ele não tenha sido o primeiro a pensar na idéia de relação jurídica, sua importância é inegável, como aponta Aragonese Alonso.²³ Para o editor da edição consultada da obra de Bülow, é com ele que se inicia a ciência do processo, uma vez que considera que a base da ciência processual está nos pressupostos processuais. A teoria de Bülow teve grandes reflexos nas obras de Wach, Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei e Liebman, entre tantos outros.²⁴ Como referido anteriormente, pode inclusive ser considerada como predominante até mesmo em âmbito jurídico-penal, apesar de ser muito questionável a sua adequação ao processo penal.

20 Ver GOLDSCHMIDT, James. Principios Generales del Proceso. México: Editorial Obregón y Heredia S.A, 1983. pp.35-37.

21 Seguem-se as obras de Bülow, com os títulos originais: Das Geständnisrecht. Ein Beitrag zur allgemeinen Theorie der Rechtshandlungen. 1899; Absolute Rechtskraft des Urtheils. Separat-Abdruck 1894; Gesetz und Richteramt. 1885; Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten. 1879; Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozess-Voraussetzungen. 1868 (a obra mais conhecida); Gemeines deutsches Zivilprozeßrecht. Vorlesungsnachschrift von L. Fechner aus dem Wintersemester 1868/69; De praejudicialibus formulis. Grassius, Vratislaviae 1859.

22 ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Estudios de Teoria General y Historia del Proceso. V.I. México: UNAM, 1974.

23 O autor indica que a noção de relação já estava presente em Bethmann-Hollweg, em seu “Processo Civil de Direito Comum”, ainda que sem um exame preciso da mesma e sem extrair as amplas conseqüências que dela podem ser deduzidas. ARAGONESES ALONSO, Pedro. Proceso y Derecho Procesal. Madrid: Edersa, 1997. p.206. Também merece menção a vinculação que muitos vêem entre a teoria de Bülow e o trabalho de Búlgaro, jurista do século XII, que já dizia: *judicium est actum trium personarum: judicis, actoris, rei*. Alcalá-Zamora e Aragonese Alonso afirmam que Búlgaro era de Sassoferrato, enquanto alguns autores afirmam que era de Bolonha. Bernardo Dona também foi outro jurista italiano medieval que pode ser considerado como antecedente remoto da teoria.

24 Liebman foi o grande responsável pela difusão dessa teoria no Brasil, durante sua estadia, na Segunda Guerra Mundial. A doutrina de Bülow obteve mais partidários na Alemanha do que a de Goldschmidt, destacando-se, recentemente Pohle. Merecem ainda referência, na Itália, Bettiol, Rocco, Massari, Leone, Redenti e nos países de língua espanhola, Silva Melero, Gómez Orbaneja y Herce Quemada, Morón Palomino, Alsina, Couture, De La Plaza, De Pina y Castillo Larrañaga e Vélez Mariconde.

De fato, apesar dos horizontes abertos com a polêmica entre Windscheid e Muther, é com Bülow que propriamente pode se pensar em um direito processual. De acordo com Chiovenda, Bülow desenvolveu uma noção que já havia sido concebida por Hegel e definiu o processo categoricamente como uma relação jurídica que se desenvolve entre partes e juiz: uma relação de direito público que é fundada pela demanda judicial.²⁵ Com Bülow o direito processual atinge sua definição e autonomia, constituindo-se como ramo independente das ciências jurídicas. Lopes Jr considera que a obra de Bülow foi um marco definitivo para o processo, pois estabeleceu o rompimento do direito material com o direito processual e a conseqüente independência das relações jurídicas que se estabelecem nessas duas dimensões. É o definitivo sepultamento das explicações privatistas do processo.²⁶ Segundo Lopes Jr, “a teoria do processo como relação jurídica é o marco mais relevante para o estudo do conceito de partes, principalmente porque representou uma evolução de conteúdo democrático-liberal do processo [...]”.²⁷

2 SÍNTESE DAS PRINCIPAIS IDÉIAS DE BÜLOW

Aragoneses Alonso sintetiza a contribuição de Bülow, no que se refere à idéia de relação jurídica processual²⁸:

a) A relação jurídica processual é pública, já que os direitos e obrigações processuais se dão entre os funcionários do Estado e os cidadãos: a função processual é levada a cabo por funcionários públicos e a atividade das partes se têm em conta unicamente no aspecto de sua vinculação e cooperação com a atividade pública;

b) A relação jurídica processual avança gradualmente e se desenvolve passo a passo, o que constitui uma qualidade importante do processo, mas as investigações feitas unilateralmente a partir deste aspecto chegam a conclusões que se não são falsas, acabam sendo muito limitadas;

25 CHIOVENDA, Giuseppe. *La Acción en el Sistema de los Derechos*. Bogotá: Temis, 1986. p.12.

26 LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.36.

27 LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.36.

28 ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y Derecho Procesal*. Madrid: Edersa, 1997. p.206.

c) Não se pode confundir a relação processual com a relação litigiosa. A relação processual somente se aperfeiçoa com a litis contestação; o contrato de direito público pelo qual, de um lado, o Tribunal assume a concreta obrigação de decidir e realizar o direito deduzido em juízo e de outro lado, as partes ficam obrigadas, para isto, a prestar uma colaboração indispensável e submeter-se aos resultados desta atividade comum;

d) Que o processo é, portanto, uma *relação jurídica* e que assim se apresentam à ciência processual problemas análogos aos que dizem respeito às demais relações jurídicas, dentre os quais, os requisitos a que se sujeita o nascimento destas. A esta necessidade corresponde o conceito de pressupostos processuais.

Explicitada sinteticamente a concepção do autor, interessa agora verificar como ele sustenta tais argumentos, a partir de suas próprias palavras. Afinal, sempre é interessante travar contato com o que os homens do passado sustentavam através da sua própria forma de expressão de idéias.

3 A TEORIA DAS EXCEÇÕES PROCESSUAIS E OS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS DE BÜLOW

Bülow considera, no prólogo de sua obra, que a ciência processual civil ainda tem muito a crescer antes de chegar ao nível de amadurecimento atingido pelos demais campos do direito. Mas para que isso aconteça, é necessário que seja feito um esforço dogmático livre, pois muitas das mais importantes e básicas idéias processuais têm se mantido na penumbra, obscurecidas por uma construção conceitual inadequada e por uma terminologia equivocada. Tanto a referida construção conceitual como a terminologia empregada são heranças recebidas do direito medieval e conservadas com grande fidelidade.²⁹

Bülow anuncia suas intenções de forma semelhante ao que Windscheid havia feito: se propõe a estabelecer de forma clara e precisa os parâmetros que devem demarcar a dinâmica do direito contemporâneo, rompendo com o que considera limites dados pela vinculação a noções jurídicas que pertencem ao passado. Com essa intenção em mente, Bülow busca aclarar alguns dos conceitos que ele considera fundamentais. Para ele, a tarefa principal era a de afastar uma equivocada teoria sobre o processo civil, que impede que tais conceitos sejam

29 BÜLOW, Oskar Von. La Teoria das Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales. Buenos Aires: EJE, 1964. p.XV.

vislumbrados. O autor procurou investigar os aspectos mais fundamentais da história do processo civil, reconhecendo, no entanto, que acabou se limitando às suas características mais marcantes e que obteve resultados incompletos. Além disso, Bülow destaca que apesar de ter estudado o direito processual civil, muitas de suas contribuições se estendem ao direito comum, permitindo, inclusive, a percepção definitiva do limite entre direito civil e direito processual civil, o que evidentemente favorece em muito a autonomia deste último.

É no capítulo primeiro, intitulado de “La Relacion Juridica Procesal, Los Presupuestos Procesuales y La Teoria de Las Excepciones Procesales” que Bülow esboça os elementos mais relevantes de seu pensamento. Os tópicos do artigo seguem a estrutura adotada pelo autor neste capítulo, procurando apontar os elementos mais importantes para a discussão aqui proposta.

3.1 EL PROCESO COMO RELACIÓN JURÍDICA ENTRE EL TRIBUNAL Y LAS PARTES. UNILATERALIDAD DEL CRITÉRIO TRADICIONAL SOBRE EL CONCEPTO DEL PROCESO. LA EXPRESIÓN “PROCESO”

Segundo Bülow, nunca houve dúvidas quanto ao direito processual civil determinar as faculdades e os deveres que vinculam mutuamente as partes e o tribunal. Mas dessa maneira também foi afirmado (ainda que isso tenha sido pouco percebido) que o processo é uma relação de direitos e obrigações recíprocas, a dizer, uma relação jurídica.³⁰

Nas palavras de Bülow, trata-se de uma realidade simples, mas importantíssima para a ciência do direito processual civil e que até agora não foi devidamente apreciada nem sequer compreendida. Costuma-se falar apenas em relações de direito privado. No entanto, estas são relações distintas das relações processuais. As relações de direito privado remetem a direitos e obrigações que se dão entre os funcionários do Estado e os cidadãos; no processo as partes são levadas em conta unicamente no aspecto de sua vinculação e cooperação com a atividade judicial. Essa relação pertence ao direito público e o processo conforma, portanto, uma relação jurídica pública.³¹ Como sintetiza Lopes Jr, para Bülow, o processo é uma relação jurídica de direito público, autônoma e independente da relação jurídica de direito material.³² De acordo com Bülow, “o processo é um conjunto de direitos e obrigações recíprocos, isto é,

30 BÜLOW, Oskar Von. La Teoria das Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales. Buenos Aires: EJE, 1964. p.1.

31 BÜLOW, Oskar Von. La Teoria das Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales. Buenos Aires: EJE, 1964. pp.1-2.

32 LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.37.

uma relação jurídica”³³, ou em outros termos mas com o mesmo sentido, como aponta Gimeno Sendra, “um conjunto de vinculações jurídicas existentes entre as pessoas que participam do processo”.³⁴

Conforme Bülow, a relação jurídica processual ainda se diferencia das demais relações de direito por outra característica que lhe é singular e que pode ter contribuído, em grande parte, para o desconhecimento de sua natureza de relação jurídica contínua. O autor afirma que o processo é uma relação jurídica que avança gradualmente e que se desenvolve passo a passo, sendo que a sua força motriz inicial é o direito de ação.³⁵ Segundo Gimeno Sendra, “a relação jurídica processual se instaura com o exercício da ação e se finaliza com a resolução do conflito”.³⁶ Como refere Lopes Jr, “é uma relação contínua, que avança gradualmente e se desenvolve passo a passo, em uma seqüência de atos logicamente concatenados”.³⁷ Diferentemente das relações de direito privado, apresenta uma característica que lhe é peculiar: seu caráter evolutivo.³⁸ Mas como indica Sendra, apesar da complexidade de vinculações jurídicas existentes no processo, destaca-se sua unidade. Há uma única relação jurídica processual entre o julgador e as partes.

Segundo Bülow, a relação jurídica processual está em constante movimento e transformação.³⁹ Para Sendra, ao dizer isso Bulow procura salvaguardar sua teoria contra qualquer gênero de crítica baseada em futuras mudanças no âmbito das partes ou modificações oportunas de objeto processual.⁴⁰

Bülow assinala que enquanto as relações privadas que constituem a matéria de debate judicial se apresentam como totalmente concluídas, a relação jurídica processual se encontra em gestação. Ela se prepara por meio de atos particulares. Somente se concretiza por meio da litiscontestação, o contrato de direito público mediante o qual, de um lado, o tribunal assume a concreta obrigação de decidir e realizar o direito deduzido em juízo e de outro, as partes se tornam obrigadas a para tal, prestar uma colaboração indispensável e submeter-se aos

33 BÜLOW, Oskar Von. La Teoria das Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales. Buenos Aires: EJE, 1964. p.2.

34 GIMENO SENDRA, Vicente. Fundamentos del Derecho Procesal. Madrid: Civitas, 1981. p.159.

35 BÜLOW, Oskar Von. La Teoria das Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales. Buenos Aires: EJE, 1964. p.2.

36 GIMENO SENDRA, Vicente. Fundamentos del Derecho Procesal. Madrid: Civitas, 1981. p.159.

37 LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.38.

38 GIMENO SENDRA, Vicente. Fundamentos del Derecho Procesal. Madrid: Civitas, 1981. p.160.

39 BÜLOW, Oskar Von. La Teoria das Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales. Buenos Aires: EJE, 1964. p.3.

40 GIMENO SENDRA, Vicente. Fundamentos del Derecho Procesal. Madrid: Civitas, 1981. p.160.

resultados dessa atividade comum. Esta atividade ulterior também se dá através de uma série de atos separados, independentes e resultantes uns dos outros.

Sendra destaca em Bülow a constituição da relação jurídica processual mediante o exercício da ação e a prévia concorrência dos pressupostos processuais, destacando sua autonomia, ou seja, sua independência face a relação jurídica material formada entre o autor e seu adversário, com o nascimento do litígio.⁴¹ Como refere o autor, ainda que o conflito surgido entre as partes possa ter natureza privada e ser preexistente ao processo, a relação jurídica processual é *sempre* de natureza pública: os direitos e obrigações que assistem aos sujeitos processuais pertencem ao campo do Direito Público.⁴²

Bülow alerta que o processo não tem sido considerado como uma relação de direito público, que se desenvolve de modo progressivo, entre tribunal e partes; o que tem sido destacado é sempre unicamente aquele aspecto da noção de processo que é visível para a maioria: sua marcha gradual, ou seja, o procedimento: unilateralidade que tem sua origem na jurisprudência romana e na Idade Média e que foi favorecida pela concepção germânica de direito. Para ele, a palavra “processo” se tornou um monumento imperecível e um ponto de apoio difícil de ser derrubado: quem pretenda extrair seu verdadeiro sentido será levado, pela expressão “processo” a um caminho seño falso, muito estreito.⁴³ Segundo Ferrer, Bülow sustenta que o termo relação jurídica processual seria mais científico e mais apto a qualificar o procedimento processual do que o termo processo, usualmente empregado.⁴⁴ Bülow destaca que contrariamente ao que se pensa, os romanos concebiam o processo como mais do que uma idéia superficial de uma série de atos do juiz e das partes; pensaram a sua natureza como uma relação jurídica unitária.⁴⁵

Em suma, Bülow estabelece o conceito de relação jurídica e desenvolve suas características, qualificando-a de autônoma (independente da relação jurídica material), pública (dada a presença do Estado, detentor da jurisdição a quem se direciona a ação) e complexa (dada sua característica de movimento e transformação), cujo conteúdo (direitos e

41 GIMENO SENDRA, Vicente. Fundamentos del Derecho Procesal. Madrid: Civitas, 1981. p.160.

42 GIMENO SENDRA, Vicente. Fundamentos del Derecho Procesal. Madrid: Civitas, 1981. p.160. Grifos do autor.

43 BÜLOW, Oskar Von. La Teoria das Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales. Buenos Aires: EJE, 1964. p.3.

44 FERRER, Luiz Alfredo Brodermann. Relación Jurídica Procesal. In: Alegatos. N.62 (enero/abril 2006). México. p.12.

45 BÜLOW, Oskar Von. La Teoria das Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales. Buenos Aires: EJE, 1964. p.4.

obrigações) se desenvolve em movimento (diversas etapas do processo), sob o conceito de unidade.⁴⁶

3.2 LAS CONDICIONES PARA LA CONSTITUCIÓN DE LA RELACIÓN JURÍDICA PROCESAL O LOS PRESUPUESTOS PROCESALES. IMPORTANCIA DE ESTE CONCEPTO. EL SUPOESTO DE HECHO (TATBESTAND) DE LA RELACIÓN MATERIAL EM LITÍGIO E DE LA RELACIÓN PROCESAL. CONSIGUIENTE ESTRUCTURA DEL PROCESO. LA LITISCONTESTATIO Y LA ABSOLUTIO AB INSTANTIA

Bülow destaca que se o processo é, portanto, uma relação jurídica, se apresentam à ciência processual análogos problemas aos que surgiram e foram resolvidos anteriormente, à respeito das demais relações jurídicas. Uma relação jurídica tem requisitos a que se sujeita para o seu nascimento. É necessário saber entre que pessoas pode ter lugar, a que objeto se refere, que fato ou ato é necessário para seu surgimento, quem é capaz ou está habilitado para realizar tal ato.⁴⁷ São problemas que também devem se colocar na relação jurídica processual e não se mostram a esse respeito menos apropriados ou fecundos do que se mostram nas relações jurídicas privadas. Para Bülow, como aponta Lopes Jr, os elementos constitutivos da relação jurídica processual são: pessoas, matéria, atos e momento em que se desenvolvem.⁴⁸ Tudo isso remete a uma série de preceitos legais que estão estreitamente unidos:

- 1) A competência, capacidade e “insuspeitabilidade” do tribunal; a capacidade processual das partes (pessoa legítima para estar em juízo) e a legitimação de seu representante;
- 2) As qualidades próprias e imprescindíveis de uma matéria litigiosa civil;
- 3) A redação e comunicação (ou notificação) de demanda e a obrigação do autor pelas cauções processuais;
- 4) A ordem entre vários processos.

Para Bülow, são prescrições que devem fixar (em clara contraposição a regras que são puramente relativas ao andamento do procedimento) os requisitos de admissibilidade e as

46 FERRER, Luiz Alfredo Brodermann. Relación Jurídica Procesal. In: Alegatos. N.62 (enero/abril 2006). México.p.14.

47 BÜLOW, Oskar Von. La Teoria das Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales. Buenos Aires: EJE, 1964. p.4.

48 LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.38.

condições prévias para a tramitação de toda relação processual.⁴⁹ Elas precisam entre que pessoas, sobre que matéria, por meio de que atos e em que momento se pode dar um processo. Segundo ele, um defeito em qualquer das relações indicadas impediria o surgimento do processo. Em suma, Bülow aponta que nestes princípios estão contidos os elementos constitutivos da relação jurídica processual; uma idéia que segundo ele é tão pouco tida em conta até a sua explicitação, que nem sequer foi designada com uma nomenclatura definida. Dessa forma, ele propõe a expressão pressupostos processuais.⁵⁰ Segundo o autor, a teoria dos pressupostos processuais surge basicamente da distinção entre a relação jurídica material e a relação jurídico-processual e procura definir quais são os pressupostos de validade e existência do processo.⁵¹

Bülow sustenta que esta idéia permite um ponto de vista extremamente proveitoso para a dimensão científica do direito processual civil, na medida em que é semelhante às categorias correlativas de “requisitos constitutivos de uma relação privada” (civil) e “delito-tipo” (penal). Bülow insiste que não se trata da mera reunião conjunta de categorias isoladas, mas sim de um ponto de vista que se mostra mais adequado para iniciar exames mais profundos da estrutura do processo judicial e a essência de muitos fenômenos processuais particulares que precisam ser aclarados. De acordo com Lopes Jr, foi possível assim compreender a existência do processo e desenvolver uma teoria das nulidades com fundamentos mais adequados.⁵²

Com esse grupo de requisitos processuais – os pressupostos processuais – se acrescenta à relação litigiosa substancial existente no processo uma matéria de debate mais ampla e particular. Bülow considera que o tribunal não deve decidir somente sobre a existência da pretensão jurídica em questão, mas para poder fazê-lo, deve também verificar se concorrem as condições de existência do próprio processo.⁵³ Trata-se, segundo ele, de um dualismo que sempre se mostrou decisivo na classificação do procedimento judicial e que

49 BÜLOW, Oskar Von. La Teoria das Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales. Buenos Aires: EJE, 1964. p.5.

50 BÜLOW, Oskar Von. La Teoria das Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales. Buenos Aires: EJE, 1964. p.6.

51 Convém referir que Manzini considerou o conceito de pressupostos processuais vago e exótico e Goldschmidt também o atacou duramente. Merecem destaque no contexto brasileiro recente as críticas de Lopes Jr à idéia de pressupostos processuais. Ver LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

52 LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.38.

53 BÜLOW, Oskar Von. La Teoria das Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales. Buenos Aires: EJE, 1964. pp.6-7.

levou à divisão do processo em dois capítulos, dos quais um se dedica à investigação de uma relação litigiosa material e o outro, exatamente à verificação dos pressupostos processuais.

Portanto, para Bülow, os pressupostos processuais constituem a matéria do procedimento prévio e conseqüentemente, entram em íntima relação com o ato final deste; final que consiste em uma *litiscontestatio* ou em uma *absolutio ab instantia* (rejeição da demanda por inadmissível). Ambas as alternativas não são nada mais do que um exame da relação processual. A *litiscontestatio* é a resposta positiva enquanto a rejeição é a negação à questão da verificação das condições de existência da relação jurídica processual.⁵⁴

Bülow assinala que o exame dos pressupostos processuais também é proveitoso para resolver a importante questão de se a carga das alegações e da prova cabe ao autor ou ao demandado no processo preparatório. Além disso, ele destaca que também se faz necessário investigar na relação processual que elementos dos pressupostos processuais são constitutivos e quais são impeditivos, assim como é de grande valor a individualização dos eventos extintivos. Se uma falta é indicada e confirmada no início do procedimento, este se inviabiliza. Mas e se essa falta não é notada e o processo chega ao seu fim? Deverá ser declarado inválido, ainda que posteriormente? Ou em outras palavras: é possível considerar-se como causa de nulidade a ausência de um pressuposto processual? Bülow considera que essas são perguntas necessárias para que a teoria das nulidades processuais encontre um fundamento seguro.

Mesmo que não haja concordância quanto às respostas a que o autor chega, a relevância dos problemas identificados e suscitados é indiscutível, indicando questões e pontos de tensão que ainda permanecem revestidos de grande relevância para a dinâmica processual.

3.3 LA TEORIA ACTUAL. LAS EXCEPCIONES DILATORIAS. EXAMEN DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES SOLO DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA EXCEPCIÓN. DEFECTOS DE ESTA DOCTRINA. NECESIDAD DE ABANDONARLA. LA SOLUCIÓN

Segundo Bülow, os pontos de vista por ele sustentados não foram levados em conta até agora pela ciência processual e pela legislação. Pouco tem sido compreendido da importância de tais prescrições, que têm sido consideradas como disposições que nem sequer

54 BÜLOW, Oskar Von. La Teoria das Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales. Buenos Aires: EJE, 1964. p.8.

pertencem ao direito processual.⁵⁵ Bülow desconstrói esse pensamento ao sustentar que o que se conhece como “*excepciones procesales*” tem a sua matéria provida pelos pressupostos processuais. As primeiras não são mais do que as últimas expressadas negativamente, na forma de exceção, podendo ser enumeradas assim:

- 1) Referentes às pessoas do processo: arguição de foro incompetente; prevenção; juiz inábil ou suspeito; de falta de personalidade para estar em juízo; de legitimação para o processo; de falta de tutor ou síndico;
- 2) Correspondentes a matéria do processo em si: de processo não formado de acordo com o ritual;
- 3) Concernentes à proposição da demanda, à sua comunicação ou prestação de caução: libelo obscuro ou inepto, prazo muito curto, lugar inseguro, reconvenção;
- 4) Relativas à ordem consecutiva dos processos: exceção prejudicial; de conexão de causas, de impestividade.

O autor assinala que a doutrina vinha considerando tudo o que se vincula aos pressupostos processuais somente pela via negativa, desde o ponto de vista da *exceptio*.⁵⁶ Bülow adverte de forma incisiva que não se fala na distinção entre eventos constitutivos e impeditivos do processo; somente se (re)conhece os últimos.

Para ele, a pior conseqüência desse ponto de vista é o obscurecimento da verdadeira matéria dos pressupostos processuais. Logo, não se trata apenas de uma linguagem inadequada, mas sim de conceitos com fundamentos falsos e viciados, que ocultam parte importante do direito processual civil e obstaculizam seu desenvolvimento, fazendo com que uma série de problemas não sejam resolvidos, como a questão da carga da prova.

Bülow afirma que uma relação jurídica jamais poderá ser apreciada em sua totalidade desde o ponto de vista da *exceptio*, ainda mais com uma idéia tão indeterminada delas. Uma diferenciação entre eventos processuais constitutivos, impeditivos e extintivos será impossível caso somente se levem em consideração os últimos.⁵⁷ O autor critica que desgraçadamente permanece sendo este o caso na nova legislação alemã.

55 BÜLOW, Oskar Von. La Teoria das Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales. Buenos Aires: EJE, 1964. pp.10-11.

56 BÜLOW, Oskar Von. La Teoria das Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales. Buenos Aires: EJE, 1964. pp.12-13.

57 BÜLOW, Oskar Von. La Teoria das Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales. Buenos Aires: EJE, 1964. pp.15-16.

Para desconstituir essa primazia das *exceptio* no pensamento corrente, Bülow propõe um estudo de cunho histórico onde irá investigar a verdadeira natureza destas e assim eliminar os inconvenientes que se opõem a uma exata compreensão dos pressupostos processuais. É o que ele faz no restante da obra, fechando o raciocínio e os aspectos propositivos de suas idéias nas últimas páginas do livro.

3.4 RESULTADOS EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL ALEMAN

No último capítulo Bülow retoma boa parte de seus argumentos de forma conclusiva. O autor refere (de forma semelhante ao que havia feito anteriormente Windscheid) que muitas vezes se utilizam passagens do direito romano para procurar sustentação jurídica para um princípio de direito moderno. A teoria das exceções processuais que é tão acolhida no direito moderno é erroneamente vinculada ao direito romano. E mais ainda: trata-se de uma falsa formulação conceitual, que tem feito com que os pressupostos processuais tenham sido considerados durante muito tempo sob a forma de exceções processuais, um verdadeiro erro científico.⁵⁸

Para ele, todo progresso científico é obstaculizado pela primazia das chamadas exceções processuais dilatórias. Trata-se de um esquema vazio e carente de fundamento, que provém de equívocos e conduz a grandes enganos. Não deve ser dito que a exceção é aquilo que o demandado pode alegar frente à demanda, mas o que deve aduzir contra aquela (e também provar) quando deseja e quer que o tribunal a considere. Segundo Bülow, esta é uma idéia de exceção que merece ser conservada com todo zelo e que tem um sentido exato e um ótimo fundamento.⁵⁹

Já no que se refere aos pressupostos processuais, Bülow sustenta que o tribunal não deve se portar de forma passiva: não deve ser um mero espectador diante da controvérsia das partes, que suscitarium as contravenções processuais cometidas pelo adversário mediante os recursos pertinentes. É justamente essa concepção tradicional que preparou o ambiente para que a noção de exceção alcançasse uma amplitude tão excessiva.⁶⁰ No entanto, é exatamente o

58 BÜLOW, Oskar Von. La Teoria das Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales. Buenos Aires: EJE, 1964. pp.288-289.

59 BÜLOW, Oskar Von. La Teoria das Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales. Buenos Aires: EJE, 1964. p.290.

60 BÜLOW, Oskar Von. La Teoria das Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales. Buenos Aires: EJE, 1964. p.291.

contrário: o processo e especialmente os pressupostos processuais não devem ser deixados à mercê da mera vontade das partes.⁶¹

Bülow sustenta que a validade da relação processual é uma questão que não pode ser deixada em sua totalidade à livre disposição das partes, pois não se trata de um ajuste privado entre os litigantes, somente influenciado por interesses individuais, mas de um ato realizado com ativa participação e sob a autoridade do Estado, cujos requisitos são coativos e em grande parte, absolutos. Bülow estabelece que não é permitido estabelecer uma demanda onde não seja indicada a relação jurídica que se alega (*unsubstantiirte Klage*); que um processo que tramitou perante uma autoridade não judicial ou perante um tribunal incompetente, ou por uma parte incapaz de atuar, ou por meio de um representante não legitimado, a respeito de um direito que não é privado, é improcedente, nulo e inútil. O demandado pode admiti-lo, segundo queira; mas o tribunal não tem que esperar que o réu acuse o defeito; deve considerá-lo sempre. Obviamente, não como se estivesse obrigado a um sistema policial de rastreamento, mas com base no que as partes expõem. Porém, em relação a esse material deve aplicar, de ofício, a norma de direito processual respectiva e examinar se o autor satisfaz os requisitos de nascimento da relação jurídica processual. Somente em caso afirmativo o juiz deve aprovar o processo e deixá-lo seguir seu curso. Dessa forma, o tribunal assume diante da relação processual uma atitude cuja classe e modo não se diferencia muito da atitude que assume frente à matéria em litígio.⁶²

Bülow destaca que a diferença essencial entre ambas encontra-se no fato de que a constituição da relação processual não se leva a cabo fora do tribunal, senão perante ele e com a sua importante colaboração: por conseguinte, a relação processual cuida, por si mesma, em sua constituição, de um fator que exige que não seja abandonada à iniciativa do demandado.⁶³ Portanto, o complexo de pressupostos processuais não pode ser pensado a partir do ponto de vista das exceções processuais, como tem sido o caso até agora. Uma noção ridícula de “*exceptio*” ou de um processo contratual puro é o preço que deve se pagar pela manutenção desse entendimento sobre as exceções processuais. Como sempre houve uma recusa à noção de processo contratual puro, o caminho adotado sempre foi o primeiro.⁶⁴

61 BÜLOW, Oskar Von. La Teoria das Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales. Buenos Aires: EJE, 1964. p.292.

62 BÜLOW, Oskar Von. La Teoria das Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales. Buenos Aires: EJE, 1964. p.293.

63 BÜLOW, Oskar Von. La Teoria das Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales. Buenos Aires: EJE, 1964. p.294.

64 BÜLOW, Oskar Von. La Teoria das Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales. Buenos Aires: EJE, 1964. p.295.

Segundo Bülow, o problema da carga da prova encontra-se em direta relação com este. A vinculação de provar é uma consequência da vinculação de alegar; quem afirma deve provar também. Se as exceções são afirmações que o réu tem que formular para que cheguem à cognição do tribunal, resulta disso que caso venham a ser contraditas, ele deve produzir a prova delas. Já que “não é a afirmação senão a prova uma carga” isso resulta em uma consequência grave da idéia de exceção, pois todos os pressupostos processuais acabam entrando no conceito amplo de exceção. Bülow considera que dessa consequência resulta que nunca se pode exigir do autor prova de um pressuposto processual, pois seria sempre assunto do demandado, enquanto demonstração de sua negativa.

Para Bülow, é forçoso romper abertamente e sem reservas com essa teoria errônea, que deformou toda raiz do processo civil. Além do obscurecimento dos importantíssimos conceitos básicos dos pressupostos processuais (com todas as numerosas consequências que derivam para a teoria da litiscontestação, da sentença e da nulidade) existem também os efeitos que esse obscurecimento produz na jurisprudência e que são motivo suficiente para justificar o deslocamento necessário.⁶⁵

Bülow considera que somente a partir do reconhecimento dos pressupostos processuais é possível perceber que existem elementos a cargo do autor e do demandado; que esses têm uma parte favorável e outra desfavorável. Considerar em cada situação a quem cabe a carga da prova é tarefa difícil e complexa: só pode ser resolvida depois de uma conscienciosa investigação particular das teorias da competência, dos poderes do tribunal, da legitimação processual, dos requisitos do objeto litigioso civil, etc. Mas a única condição essencial prévia para tal investigação é considerar tais teorias desde o ponto de vista de uma relação processual e dos pressupostos processuais e eliminar totalmente do sistema processual civil as exceções processuais. Segundo ele, ninguém lamentará a perda desse pomposo ornamento do precioso latim canônico.⁶⁶

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A forma com que Bülow se posiciona indica claramente sua condição de moderno, na medida em que procura superar a tradição, ou seja, buscando o rompimento com o passado. O

65 BÜLOW, Oskar Von. La Teoria das Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales. Buenos Aires: EJE, 1964. p.299.

66 BÜLOW, Oskar Von. La Teoria das Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales. Buenos Aires: EJE, 1964. p.301.

que diferencia os *modernos* dos chamados *antigos* é justamente essa distinção.⁶⁷ Enquanto os antigos viam no passado um modelo a ser seguido e admirado, os modernos viam o passado como algo a ser superado em busca do progresso, que é a categoria chave da modernidade.⁶⁸ É dentro de tal contexto, que Bülow contribui para constituição e legitimação de um campo de saber, de um campo científico. Uma das idéias-chave da ciência da modernidade era a de separabilidade. O século XIX foi o momento de constituição dos campos de saber, das disciplinas, das áreas de atuação de cada ciência, bem como da sua autonomia face às demais.

No que se refere à independência do direito processual, Bülow teve papel verdadeiramente fundamental. Conforme Sendra, um balanço da obra de Bülow indica que lhe corresponde o mérito de ter propriamente inaugurado a era do processualismo científico, de ter explicado o processo a partir de categorias de Direito Público, de ter distinguido com clareza o procedimento do processo e de ter destacado o caráter tridimensional do mesmo, em especial, a idéia de contraditório, que permanece sendo um dos postulados essenciais do processo contemporâneo.⁶⁹ Sendra aponta que no que se refere à idéia de relação jurídica e pressupostos processuais a teoria de Bulow goza de quase unanimidade entre seus defensores. O mesmo não ocorre, no entanto, na determinação dos sujeitos integrantes da relação jurídica processual.⁷⁰ Para Hellwig, por exemplo, é somente entre o Estado e as partes (J-A / J-R). Chiovenda fez considerações semelhantes, apontando que há muita discordância sobre quem efetivamente integra a relação jurídica processual, indicando que alguns afirmam que ela ocorre somente entre as partes (Kohler), enquanto outros afirmam que se dá entre as partes e o juiz (Planck, Schneider) e, finalmente, quem diga que se dá de um lado entre as partes e de outro, entre partes e juiz (Bülow, Wach e Sintenis).⁷¹

A opinião dominante permanece sendo a de uma relação triangular, como originalmente defendida por Bülow e seguida por Wach, ou seja, tanto entre as partes como isoladamente entre cada uma delas e o tribunal. Para Wach o processo é uma relação de direito público entre partes interessadas, cujo conteúdo representa direitos e deveres de

67 Ver BAUMER, Franklin. O Pensamento Europeu Moderno. Volume I, Séculos XVII e XVIII. Lisboa: Edições 70, 1990.

68 Seguindo a orientação de Ruth Gauer, “a modernidade é aqui pensada como um modo de civilização fundado pelo racionalismo moderno. Esse racionalismo embasou toda a concepção de ciência moderna, criou uma consciência secularizada, uma fé inabalável na razão, uma crença no progresso o qual destruiria a tradição e criaria condições ideais para o desenvolvimento humano.” GAUER, Ruth M. Chittó. O reino da estupidez e o reino da razão. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.77.

69 GIMENO SENDRA, Vicente. Fundamentos del Derecho Procesal. Madrid: Civitas, 1981. p.161.

70 GIMENO SENDRA, Vicente. Fundamentos del Derecho Procesal. Madrid: Civitas, 1981. pp.160-161

71 CHIOVENDA, Giuseppe. La Acción en el Sistema de los Derechos. Bogotá: Temis, 1986.p.14.

natureza processual com independência da relação jurídica material, posto que mediante o processo o direito não apenas é, mas vale e adquire realidade.⁷²

A difusão que a teoria de Bülow alcançou é impressionante. Como referido anteriormente, se estendeu até mesmo ao processo penal, apesar de sua insuficiência. Quanto a isso, fica o alerta de Coutinho: o autor constata que são poucas as vozes discordantes em relação à dita teoria geral do processo, mas que é necessário estabelecer o lugar do discurso do processo civil, que não pode ser utilizado de forma plena no processo penal, ignorando a diferença de referencial semântico e conduzindo à inevitável legitimação do *status quo*.⁷³

O maior mérito da teoria em termos de processo penal foi o reconhecimento de que o acusado não é um mero objeto do processo, submetido à perseguição estatal, tendo sido elevado à condição de parte. Por outro lado, como salienta Lopes Jr, a obra de Bülow “[...] foi fundante de equivocadas noções de segurança e igualdade que brotaram da chamada relação de direitos estabelecidos entre as partes e entre as partes e o juiz”. O autor destaca que “o erro foi o de crer que no processo penal houvesse uma efetiva relação jurídica, com um autêntico processo de partes”.⁷⁴ Não custa lembrar mais uma vez que o próprio Bülow não estabeleceu que a sua teoria abrangia também o processo penal, mas sim, que eventualmente poderia lhe ser de alguma valia. Além disso, deve ser destacado que embora o desenvolvimento da autonomia processual tenha sido um avanço em seu tempo, a relação entre direito penal e processo penal vem sendo repensada, não à luz de uma subordinação, mas de uma conexão, como sustenta Coutinho.⁷⁵ Não é por acaso que Hassemer e Muñoz Conde falam na idéia de uma “Ciência Totalizadora do Direito Penal” que pretende reunir de forma coesa todos os instrumentos das Ciências Criminais, desde a Criminologia e a Política Criminal, passando pelo Direito Penal e Direito Processual Penal, até o que chamam de Direito Penitenciário, sem

72 ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y Derecho Procesal*. Madrid: Edersa, 1997.p.209.

73 MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*. 3ª Edição. Curitiba: Juruá, 1998. p.123.

74 Fica registrado o alerta de Lopes Jr: “Com certeza, foi muito sedutora a tese de que no processo haveria um sujeito que exercitava nele direitos subjetivos e, principalmente, que poderia exigir do juiz que efetivamente prestasse a tutela jurisdicional solicitada sob a forma de resistência (defesa). Apaixonante, ainda, a idéia de que existiria uma relação jurídica, obrigatória, do juiz com relação às partes, que teriam o direito de lograr através do ato final um verdadeiro clima de legalidade e restabelecimento da “paz social””. LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Grifos do autor.

75 MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*. 3ª Edição. Curitiba: Juruá, 1998. p.145. Como refere Lopes Jr, “[...] a ação processual penal é um direito potestativo de acusar, público, autônomo, abstrato, mas conexo instrumentalmente ao caso penal”. LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.331. Inclusive, vale dizer, com condições que lhe são próprias e específicas.

descuidar do âmbito da Dogmática Penal.⁷⁶ Como aponta Roxin, é inimaginável um Direito Penal moderno sem estreita colaboração entre todas as disciplinas parciais que compõem a “Ciência Global do Direito Penal”.⁷⁷ É preciso repensar a própria constituição da autonomia processual em busca de um modelo de análise integrado e conceitualmente mais rico e coerente. Isso sem falar na óbvia necessidade de conformidade constitucional a que deve se submeter o instrumental processual penal.

Por fim, deve ser salientado que a concepção do processo como relação jurídica é genuinamente alemã: são alemães Hegel, que a vislumbra; Bethmann-Hollweg, que a sustenta; Bülow que pela primeira vez a desenvolve, sendo alemães também aqueles que a difundem, que lhe trazem retificações e modificações, que lhes adaptam aos distintos ramos do processo e que mais duramente a combatem e propõem sua substituição (caso de Goldschmidt).⁷⁸ Muito antes de penetrar na Itália já havia sido trabalhada pelos grandes processualistas alemães (Bülow, Kohler, Wach, Stein, Hellwig, etc.), tendo sido estabelecida em seus mínimos detalhes.⁷⁹

Os autores citados contribuíram com idéias cujo impacto até hoje se faz sentir e que certamente ainda são relevantes. São autores que certamente merecem ser lidos e conhecidos diretamente na fonte e não apenas através de citações indiretas ou mesmo de breves estudos como é o caso do artigo em questão. Despertar esse interesse e mostrar que a história da constituição de um campo de saber permanece relevante para a sua finalidade prática é, assim, outra contribuição que a história das idéias processuais pode prestar ao desenvolvimento do saber jurídico atual.

5 BIBLIOGRAFIA

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de Teoria General y Historia del Proceso*. V.1. México: UNAM, 1974.

76 HASSEMER, Winfried e MUNÖZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1989. Pp.143-144.

77 ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General Tomo I*. Madrid: Civitas, 1997. p.47.

78 As críticas de Goldschmidt consistem em um ataque aos pressupostos da relação jurídica, na negação de direitos e obrigações processuais (o próprio conteúdo da relação) e na atribuição de caráter metafísico e estático à doutrina vigente nos sistemas processuais contemporâneos. Para ele, os pressupostos processuais não representam pressupostos do processo: logo, deixam de condicionar o nascimento da relação jurídica processual para serem concebidos como pressupostos da decisão sobre o mérito. LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pp.40-41.

79 A referência é importante uma vez que a autoria foi equivocadamente atribuída aos italianos por Sentís Melendo, Alsina e Mercader.

- ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y Derecho Procesal*. Madrid: Edersa, 1997.
- BAUMER, Franklin. *O Pensamento Europeu Moderno. Volume I, Séculos XVII e XVIII*. Lisboa: Edições 70, 1990.
- BÜLOW, Oskar Von. *La Teoria das Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales*. Buenos Aires: EJE, 1964.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *La Acción en el Sistema de los Derechos*. Bogotá: Temis, 1986.
- COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1951.
- FERRER, Luiz Alfredo Brodermann. *Relación Jurídica Procesal*. In: *Alegatos*. N.62 (enero/abril 2006). México.
- GAUER, Ruth M. Chittó. *O reino da estupidez e o reino da razão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- GIMENO SENDRA, Vicente. *Fundamentos del Derecho Procesal*. Madrid: Civitas, 1981.
- GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso*. México: Editorial Obregón y Heredia S.A, 1983.
- HASSEMER, Winfried e MUNÓZ CONDE, Francisco. *Introduccion a la Criminologia y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1989.
- LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- LOVEJOY, Arthur O. *A Grande Cadeia do Ser*. São Paulo: Palindromo, 2005.
- MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*. 3ª Edição. Curitiba: Juruá, 1998.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General Tomo I*. Madrid: Civitas, 1997.
- WINDSCHEID, Bernard e MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974.