

INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

© CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO

1ª edição, 1987; 2ª edição, 1990; 3ª edição, 1993;
4ª edição, 1994; 5ª edição, 1996; 6ª edição, 1998; 7ª edição, 1999;
8ª edição, 2000; 9ª edição, 2001; 10ª edição, 2002;
11ª edição, 2003; 12ª edição, 2005.

ISBN 978-85-7420-841-1

Direitos reservados desta edição por
MALHEIROS EDITORES LTDA.
Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171
CEP 04531-940 — São Paulo — SP
Tel.: (11) 3078-7205 — Fax: (11) 3168-5495
URL: www.malheiroseeditores.com.br
e-mail: malheiroseeditores@terra.com.br

Composição

PC Editorial Ltda.

Capa

Nadia Basso

Impresso no Brasil
Printed in Brazil
01-2008

À Laís
e aos nossos três

miséncia do obscurantismo medieval;¹³ de palpante atualidade é a questão das provas obtidas por meio ilícito, que a preservação das liberdades constitucionalmente asseguradas levou o Constituinte a proibir que sejam acolhidas no processo.¹⁴ Na experiência brasileira dos tristes tempos da inflação *galopante* temos o modo como os tribunais vieram a repensar o princípio da demanda e o da fidelidade da liquidação à sentença liquidanda: foi preciso, sem ultrajar substancialmente esses princípios, repudiar a interpretação nominalista da demanda civil de conteúdo pecuniário, bem como da sentença que a acolhe — para permitir a atualização dos valores monetários e defender o credor eficazmente do mal inflacionário.¹⁵ Outra relevantíssima ilustração da afirmada infiltração de valores na vida dos processos é dada pelo modo prudente como os tribunais brasileiros dimensionaram o *efeito da revelia*: nem mesmo a intenção manifestada do legislador, em preceitos trazidos ao ordenamento positivo no corpo do Código de Processo Civil, foi capaz de determinar a aplicação rígida dessa rigorosíssima sanção processual, com as injustiças e distorções a que daria causa e sem o fiel cumprimento dos propósitos a que institucionalmente voltado o processo e o exercício da jurisdição.

Tudo isso e muito mais são manifestações da *postura instrumentalista* que envolve a ciência processual, neste terceiro momento metodológico. É a instrumentalidade o núcleo e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual,¹⁶ sendo consciente ou inconscientemente tomada como premissa pelos que defendem o alargamento da via de acesso ao Judiciário e eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos,

13. Cfr. Cappelletti, *Processo e ideologie*, pp. 6-7.

14. Const., art. 5º, inc. LVI. Cfr. Ada Pellegrini Grinover, *Liberdades públicas e processo penal*, n. 3.2.5.5, esp. p. 267.

15. Cfr. Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, I, n. 158, pp. 367-371; no fundo, isso constitui uma interpretação evolutiva dos princípios, que não os menospreza ou enfraquece, mas os vivifica com a legitimidade decorrente à sua integração ao pensamento da sociedade contemporânea (cfr. Dinamarco, "Princípios e critérios no processo das pequenas causas", n. 1, pp. 102-103).

16. Ela é "a porta maestra, attraverso la quale le ideologie penetrano nel processo"; Mauro Cappelletti, com essas palavras, alude "às ideologias que estão à base do direito substancial, público e privado, bem como dos seus institutos" (cfr. *Processo e ideologie*, p. 6).

nos estudos e propostas pela inafastabilidade do controle jurisdicional e efetividade do processo, nas preocupações pela garantia da ampla defesa no processo criminal ou pela igualdade em qualquer processo, no aumento da participação do juiz na instrução da causa e da sua liberdade na apreciação do resultado da instrução.

A visão instrumental que está no espírito do *processualista* moderno transparece também, de modo bastante visível, nas preocupações do *constituinte* e do *legislador* brasileiro da atualidade, como se vê na Lei dos Juizados Especiais,¹⁷ na Lei da Ação Civil Pública,¹⁸ no Código de Defesa do Consumidor¹⁹ e no Código de Defesa da Criança e do Adolescente²⁰ (medidas destinadas à efetividade do processo, especialmente mediante a oferta de tutela jurisdicional coletiva).²¹ É indispensável que também o *intérprete* fique imbuído desse novo *método de pensamento* e sejam os juizes capazes de dar ao seu instrumento de trabalho a dimensão que os tempos exigem.

Aprimorar o serviço jurisdicional prestado através do processo, dando efetividade a seus princípios formativos (lógico, jurídico, político, econômico), é hoje uma tendência universal. E é justamente a instrumentalidade que vale de suficiente justificação lógico-jurídica para essa indispensável dinâmica do sistema e permeabilidade às pressões axiológicas exteriores: tivesse ele seus próprios objetivos e justificação auto-suficiente, razão inexistiria, ou fundamento, para pô-lo à mercê das mutações políticas, constitucionais, sociais, econômicas e jurídico-substanciais da sociedade.

2. o processo e a ordem constitucional

Generoso aporte ao aprimoramento do processo em face dos seus objetivos tem sido trazido, nestas últimas décadas, pela colocação metodológica a que se denominou *direito processual constitucional* e que consiste na "condensação metodológica e sistematizada dos

17. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.

18. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985.

19. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.

20. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.

21. Sobre a efetividade do processo, especialmente no que diz respeito às leis referidas, v. *infra*, n. 36. I (*admissão em juízo*).

Sobre a volta à *dogmática processual*, agora com a *técnica direcionada à efetividade do processo e amplo acesso à justiça*, v. *infra*, n. 38.

princípios constitucionais do processo”.²² A idéia-síntese que está à base dessa moderna visão metodológica consiste na preocupação pelos valores consagrados constitucionalmente, especialmente a liberdade e a igualdade, que afinal são manifestações de algo dotado de maior espectro e significação transcendente: o valor *justiça*. O conceito significado e dimensões desses e de outros valores fundamentais são, em última análise, aqueles que resultam da ordem constitucional e da maneira como a sociedade contemporânea ao texto supremo interpreta as suas palavras — sendo natural, portanto, a intensa filtragem dessa carga axiológica no sistema do processo (o que, como foi dito, é justificado pela instrumentalidade).²³⁻²⁴

A visão analítica das relações entre processo e Constituição revela ao estudioso *dois sentidos vectoriais* em que elas se desenvolvem, a saber: a) no sentido Constituição-processo, tem-se *tutela constitucional* deste e dos princípios que devem regê-lo, alçados ao plano constitucional; b) no sentido processo-Constituição, a chamada *ju-*

22. Cfr. Cintra-Grimover-Dinamarco, *Teoria geral do processo*, n. 33, p. 73. “Não se trata de um ramo autônomo do direito processual” (está dito ali), como das palavras poderia parecer — “mas sim de uma colocação científica, de um ponto-de-vista metodológico e sistemático, do qual se pode examinar o processo em suas relações com a Constituição” (cfr. ainda Ada Pellegrini Grinover, *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, n. 3, p. 7). O direito processual constitucional, antes considerado na obra de Calamandrei e de Liebman, hoje é de grande moda entre os processualistas italianos, destacando-se Mauro Cappellati, Vincenzo Vigoriti, Luigi Paolo Comoglio, Vittorio Denti, Nicolò Trocker, Giuseppe Tarzia, Giovanni Giacobbe. No Brasil, sem contar a antecipação desse pensamento constitucionalista em passagem de João Mendes Jr., ele foi implantado por José Frederico Marques e extraordinariamente desenvolvido por Ada Pellegrini Grinover, José Carlos Barbosa Moreira, Kazuo Watanabe. No quadro sul-americano, assoma o nome de Eduardo Juan Couture, predecessor de Adolfo Gelsi Bidart e Dante Barrios de Ángelis (Uruguaí), dos atuais processualistas de La Plata (Augusto Mario Morello, Carlos Alberto Nogueira, Juan Carlos Hitters, Roberto Omar Bertzonec); do quadro processual constitucional no plano latino-americano, preocupou-se, no México, Hector Fix-Zamudio.

23. Cfr. *supra*, n. 1, nota 13.

24. A perspectiva constitucionalista não postula, nem se postula neste estudo, a substituição da técnica processual pela orientação proposta, mas o emprego do raciocínio constitucionalista em benefício da melhor técnica e adequada utilidade social e política do sistema processual (definir propósitos). Quer-se por essa via, *organizar* melhor a realidade processual a partir de grandes premissas colhidas na ordem constitucional e conscientizadas pelo processualista — sabido que “a perspectiva não distorce mas organiza a realidade” (Celso Latier, *O Brasil e a crise mundial*, p. 20).

risdição constitucional, voltada ao controle da constitucionalidade das leis e atos administrativos e à preservação de garantias oferecidas pela Constituição (*jurisdição constitucional das liberdades*), mas toda a idéia de instrumentalidade processual em si mesma, que apresenta o processo como sistema estabelecido para a realização da ordem jurídica, constitucional inclusive.

A *tutela constitucional do processo* tem o significado e escopo de assegurar a conformação dos institutos do direito processual e o seu funcionamento aos princípios que descendem da própria ordem constitucional. No campo do processo civil, vê-se a garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional; no do penal, o da ampla defesa, sendo rigorosamente indispensável a celebração do processo, como condição para a imposição da pena (*nulla pena sine iudicio*); todo processo há de ser feito em contraditório, respeitada a igualdade entre as partes perante o juiz natural e observadas as garantias inerentes à cláusula *due process of law*. O processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados; ele é, por assim dizer, o *microcosmos democrático* do Estado-de-direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade.²⁵ A evolução do sistema de garantias constitucionais dos princípios do processo e da organização judiciária, a partir do conhecido art. 39 da *Magna Charta Libertatum* (João-Sem-Terra, 1215) e através dos aprimoramentos creditados às Constituições, *bills of rights*, tribunais e doutrinadores, vai caminhando nos tempos atuais para a conscientização generalizada entre os usuários dos mecanismos processuais.²⁶

Na jurisprudência brasileira conhecem-se situações em que, independentemente de lei específica a consagrar certos princípios constitucionais do processo, têm eles sido lembrados e impostos em

25. “Nel processo si riflettono, come in uno specchio, i grandi temi della libertà e della giustizia, i fondamentali problemi della convivenza sociale e internazionale” (Cappellati, *Processo e ideologie*, p. 5).

26. Cfr. Ada Pellegrini Grinover, *Os princípios constitucionais*, n. 4, p. 8: “o antecedente histórico das garantias constitucionais do processo é constituído pelo art. 39 da *Magna Charta*”; continha a garantia do devido processo legal, embora sem empregar a locução hoje consagrada (*law of the land*), a qual surgiu pela primeira vez no século seguinte (rei Eduardo III, estatuto de 1534).

casos concretos e mediante suas aplicações específicas. É o caso, v.g., da reiterada orientação no sentido de ser nulo o interrogatório do acusado sem a presença do defensor, por violação ao princípio constitucional da ampla defesa;²⁷ ou de julgado que repeliu a aplicação rígida de regras do Código de Processo Civil sobre o valor da causa, por que a exagerada elevação deste para fins de adiantamento de custas representa inconstitucional entrave ao acesso à Justiça e violação ao princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional²⁸ (por análogo fundamento, a Corte constitucional italiana declarou inconstitucional a exigência de *cautio pro expensis*, que também viola a garantia constitucional da igualdade);²⁹⁻³⁰ ou, ainda, de vários posicionamentos em prol da abertura da *legittimatio ad causam*, seja para dar um elástico maior ao significado da locução *direito individual*, contida na garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional, seja repudiando o individualismo da regra da legitimação individual.³¹

27. Cfr. Cintura-Grimover-Dinamarco, *Teoria geral do processo*, n. 199, esp. p. 309.

28. Cfr. TJSP, 1ª C. Civ., agr. instr. n. 61.427-1, j. 15.10.1985, rel. Rangel Dinamarco, v. II.

29. Cfr. Liebman, *Manual de direito processual civil*, I, n. 65, esp. p. 178 trad.

30. Em função da garantia do contraditório, cheguei a suspeitar da inconstitucionalidade dos incs. I e III do art. 17 do Código de Processo Civil, em sua redação primitiva: ambos limitavam excepcionalmente a defesa e sancionavam a resistência oposta sem convicção ou mediante culposa suposição de situações inexistentes (cfr. Dinamarco, *Direito processual civil*, n. 6, esp. p. 10). Como destacou Liebman, “se cada litigante pode contar, para vencer, apenas com a própria capacidade de explorar os elementos e os argumentos favoráveis, não se pode pretender que forneça também os que lhe são desfavoráveis e poderiam favorecer o adversário” (*Manual de direito processual civil*, I, n. 60, esp. p. 166 trad.); e o Código chegava a considerar litigante de má-fé aquele que omitisse fatos desfavoráveis (art. 17, inc. III), o que evidentemente tolhia a liberdade de participação contraditória (v. também Barbi, *Comentários*, I, n. 160, p. 178). Uma lei posterior substituiu a redação do inc. I por outra aceitável e suprimiu a hipótese do inc. III (lei n. 6.771, de 27.3.1980).

31. Cfr. Const., art. 5º, inc. XXXV, CPC, art. 6º. A garantia da ação não se oferece somente nos casos de lesão (*lesão*, elemento civilista sobre vivo em pelo menos dois dispositivos vigentes no direito brasileiro: cfr. Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, I, m. 29, pp. 76 ss. e 35, esp. p. 94); a fórmula constitucional, *ut verba sonant*, apresenta-se demasiadamente estreita (cfr. Barbosa Moreira, “Notas sobre o problema e a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional em matéria civil” (cfr. Watanabe, *Controle jurisdicional*, n. 14, esp. p. 35, para quem a garantia constitucional do art. 5º, inc. XXV, é bastante ampla e visa à “*efetiva rea-*

A grande preocupação pela ineficiência do Poder Judiciário brasileiro em tempos atuais levou o Congresso Nacional a proceder a uma *Reforma Constitucional do Judiciário*, com a qual aportou à Constituição Federal não só normas sobre a estrutura e funcionamento desse Poder, como também outras diretamente incidentes sobre a ordem processual (EC n. 45, de 8.12.04). Entre estas, tem destaque em primeiro plano a que implanta o sistema de *stimulus vinculantes*, destinadas a fixar o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre temas de intensa e incômoda repetição, que congelam seus serviços e prejudicam a generalidade dos jurisdicionados (Const., art. 103-A, *caput* e § 1º, red. EC n. 45, de 8.12.04). Também com vista a desafogar o Supremo Tribunal Federal, a emenda de 2004 impôs, para a admissibilidade do recurso extraordinário, o requisito da *repercussão geral*, que é reprimição do *incidente de relevância da questão federal*, vigente até à vigência da Constituição Federal de 1988 (art. 102, § 3º). Outra inovação processual importante foi a supressão de férias coletivas e, conseqüentemente, das *férias forenses* em todos os graus jurisdicionais de todas as Justicas (Const., art. 93, inc. XII). Mas a tutela jurisdicional do processo, nessa emenda, chegou ao ponto de incluir algumas regras de port menor, que não mereciam a dignidade constitucional, como a que manda implantar o *automatismo judiciário* (art. 93, inc. XIV) e a que determina a *distribuição imediata* em todos os juízos e tribunais (art. 93, inc. XV).³²

Fala-se na *jurisdição constitucional*, pensando-se agora diretamente na instrumentalidade do sistema processual à ordem social econômica e política representada pela Constituição e leis ordinárias: o processo é “meio, não só para chegar ao fim próximo, que é o julgamento, como ao fim remoto, que é a segurança constitucional

lização judicial do direito” – fórmula com que superta eventuais restrições ao caso de *lesão*). Na realidade, aliás, a garantia da ação civil vai ao ponto de abrir as portas do Judiciário, também, para situações caracterizadas como *interesse legítimo* e não autêntico direito subjetivo: cfr. TJSP, 1ª C. Civ. emb. infr. n. 32.204-1, rel. Rangel Dinamarco, m. v. (tratava-se de vizinho que em grau de apelação havia sido julgado carente de ação ao demandar condenação do proprietário ao lado a demolir construção feita sem observância de regras edilícias sobre o recuo frontal). Ada Pellegrini Grimover, todavia (*Os princípios*, n. 6, esp. nota 39, p. 17), apóia Barbi na exclusão dos interesses legítimos (mas cfr. Barbi, *Do mandato de segurança*, n. 78, pp. 86 ss.). O repúdio à legitimação exclusivamente individual constitui tendência moderna em prol da *efetividade do processo*: v. infra, n. 36. I (“Admissão em juízo”).

32. Cfr. Dinamarco, “A Reforma Constitucional do Poder Judiciário”, *Instituições de direito processual civil*, vol. I.

dos direitos e da execução das leis”.³³ No âmbito dela (que também leva o nome de *justiça* constitucional), além dos mecanismos destinados à verificação da constitucionalidade das leis “alguns países adotaram também um arsenal de processos especiais destinados a assegurar a certos direitos fundamentais do homem uma tutela jurisdicional particularmente forte e diferenciada”.³⁴

Entende-se que os mecanismos e institutos integrantes da jurisdição constitucional guardam estreita relação funcional com a atenção do constituinte ao equilíbrio entre poder e liberdade e ao reconhecimento de que a lei, os estatutos e o contrato só se legitimam na medida em que compatíveis com os valores guardados superiormente na Constituição e não, simplesmente, porque tenham em si próprios a razão de sua existência e eficácia (*jus quia jussum*): é preciso assegurar, inclusive mediante a predisposição de formas adequadas rápidas e energias para o exercício da jurisdição, a prevalência normativa da vontade oriunda da mais elevada fonte de poder no Estado, ou seja, assegurar a *supremacia da Constituição*. Essa é uma premissa básica do Estado-de-direito, onde não basta a proclamação do intuito de agir “segundo o direito e não segundo o arbítrio”,³⁵ sendo indispensável a oferta de canais para o juízo do bem ou do mal em casos concretos, ou seja, para o reconhecimento do direito e banimento do arbítrio.

No contexto da jurisdição constitucional, indispensável no Estado-de-direito, a primeira ordem de mecanismos que a doutrina traz à colação é a dos destinados ao *controle da constitucionalidade das leis*. O constituinte tem por premissa a falibilidade do legislador e põe empenho em fazer valer em sua feição atual o binômio lei-liber-

33. Palavras de João Mendes Jr. Dai ser “inegável o paralelo entre a disciplina do processo e o regime constitucional em que o processo se desenvolve” (Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, n. 12, p. 71 e n. 74, pp. 307 ss.; Cintura-Grimover-Dinamarco, *Teoria geral do processo*, n. 33, pp. 85 ss.).

34. Cf. Cappellletti, “Appunti per una fenomenologia della giustizia nel XX secolo”, 2, a, esp. p. 158. Ele é que fala em *justiça* constitucional, não *jurisdição* constitucional: terço natureza jurisdicional as atividades que a caracterizam? v. *infra*, n. 15.

35. Agir segundo o direito e não arbitrariamente constitui, segundo Trocker, característica formal do Estado-de-direito (*Prozess civil e costituzione*, p. 96): o Estado-de-direito é substancialmente, hoje, *Estado social*, e a problemática política verdadeira consiste em “buscar o sistema (e meios) para realizar efetivamente esses programas” (os programas de ação assumidos pelo Estado social — *ib.*, p. 118).

dade, assim estruturado: “não mais direitos de liberdade na medida das leis, mas leis na medida dos direitos de liberdade”³⁶ (esse é o sugestivo aforismo representativo da moderna escalada *do princípio da legalidade ao da constitucionalidade*). Indica-se o controle da constitucionalidade das leis como o mais moderno entre os instrumentos destinados a tornar efetivo o princípio da supremacia constitucional, pouco importando se ele é feito por órgão específico (as cortes constitucionais europeias) ou se constitui controle *diffuso* (as cortes constitucionais norte-americanas, como no sistema norte-americano, a ser feito pelo Poder Judiciário, como no sistema norte-americano, que no Brasil se adota; o que tem relevância é tratar-se de controle *inter-órgãos*, feito por instituição diversa da responsável pela elaboração da norma.³⁷ No sistema difuso que praticamos, a possibilidade do controle *incidenter tantum* ativa a instrumentalidade do próprio processo jurisdicional à ordem constitucional, sem a necessidade da cisão do julgamento da causa (nos sistemas europeus, o órgão judiciário somente *deliba* a questão constitucional e envia o julgamento à corte competente).³⁸

Vêm depois os institutos de controle da constitucionalidade e integrantes do bloco a que se denominaria *jurisdição constitucional das liberdades*. O *mandado de segurança* e o *habeas corpus* brasileiros têm suas funções bem definidas e aquele serve para a proteção das liberdades públicas (*direito líquido e certo*) somente enquanto não tuteladas pelo segundo, o qual, por sua vez, é destinado ao zelo pela liberdade corporal do indivíduo. São capítulos conhecidos na doutrina brasileira a origem do mandado de segurança no *juicio de amparo* dos mexicanos e a da proteção à liberdade de locomoção, no *habeas corpus* de formação anglo-saxônica.

A *Verfassungsschwerter* introduzida, na Alemanha federativa por lei ordinária autorizada no *Grundgesetz* e depois elevada à dignidade constitucional é ambivalente, estendendo-se “não somente à liberdade pessoal, mas a todos os direitos individuais e sociais

36. Cf. Trocker, *ib.*, pp. 126-127, dizendo ainda: “...ou, mais geralmente, não mais legalidade da Constituição, mas constitucionalidade das leis”.

37. Cf. Trocker, *ib.*, p. 127, sobre o controle externo (*inter-órgãos*) e o seu significado político, *cf.* Loewenstein, *Verfassungssysteme*, cap. VIII, pp. 294 ss. trad. (com especial destaque aos “controles inter-órgãos dos tribunais perante o governo e o Parlamento”).

38. Cf. Liebman, *Manual de direito processual civil*, I, n. 13, pp. 49-51 trad., com minha nota n. 24, referente ao direito brasileiro.

proclamados pela Constituição de Bonn”.³⁹ Esse remédio potencieado, da competência da Corte constitucional federal, destina-se em primeiro lugar à efetividade dos chamados direitos fundamentais (*Grundrechte*) ou seja, direitos decorrentes de preceitos constitucionais. A nossa *ação popular*, se bem não destinada a tutelar somente a observância da *Constituição* nos atos administrativos (prende-se ao binômio ilegalidade-lesividade), é também, como os dois remédios precedentes, oferecida pela Constituição em norma programática, ou de *eficácia contida* (e depois explicitada em lei ordinária). Instrumentalidade mais especificamente ligada à ordem constitucional tem-se no seu homônimo germânico (a *Populärklage*, da Constituição da Bavária), pertinente também a *quisquis de populo* para a repulsa “contra as violações do *bill of rights* contido na Constituição daquele *Land*, perpetradas pelas autoridades públicas deste”.⁴⁰

A nossa *ação direta de inconstitucionalidade* passou a integrar a jurisdição constitucional das liberdades a partir de quando a legitimidade ativa deixou de ser exclusiva do Procurador-Geral da República e estendeu-se a diversas entidades representativas do povo, com possibilidade de liminar que beneficiará pessoas ou categorias.⁴¹

Em todo o campo coberto pela *jurisdição constitucional das liberdades* vê-se, pois, a óbcecada preocupação em dar efetividade às garantias que a Constituição oferece, para que não fiquem em mera promessa. Isso é substancialmente assim também nos mecanismos de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos da Administração, onde se trata de impedir que prevaleçam se e quando em conflito com a ordem constitucional. Conclui-se, portanto, que toda a *jurisdição constitucional* se caracteriza como conjunto de remédios processuais oferecidos pela Constituição, para a prevalência dos valores que ela própria abriga. Eis então, de modo visível, a relação de instrumentalidade desses remédios para com a Constituição. É lícito concluir, ainda, que todo o *direito processual constitucional* constitui uma postura instrumentalista — seja nessa instituição de remédios destinados ao zelo pela ordem constitucional, seja na oferta

39. *Cfr.* Cappelletti, “Appunti per una fenomenologia della giustizia nel XX secolo”, 2, esp. p. 159; v. também Trocker, *Processo civile e costituzione*, p. 148.

40. *Cfr.* Cappelletti, *ib.*; à hominímia referida não corresponde, como se vê, equivalência funcional entre a *Populärklage* e a ação popular brasileira.

41. *Cfr.* Const., art. 103.

de garantias aos princípios do processo, para que ele possa cumprir adequadamente a sua função e conduzir a resultados jurídico-substanciais desejados pela própria Constituição e pela lei ordinária (tutela constitucional do processo).

Fora do campo do direito processual constitucional, tem-se a instrumentalidade do processo, pelas vias ordinárias, à ordem constitucional enquanto integrante da ordem jurídica nacional globalmente considerada. Sempre que dá efetividade a algum preceito contido em lei ordinária, indiretamente o processo está servindo à Constituição, na medida em que aquele é necessariamente irradiação de preceitos e princípios constitucionais.

3. o processo e a ordem constitucional (mutações)

É natural que, como instrumento, o sistema processual guarde *perene* correspondência com a ordem constitucional a que serve, inclusive acompanhando-a nas mutações por que ela passa. Em princípio, o processo acompanha as opções políticas do constituinte, as grandes linhas ideológicas abrigadas sob o pálio constitucional. “Os sistemas políticos se refletem na norma constitucional e têm um efeito direto sobre as bases do direito processual”.⁴² Compreende-se, pois, que o processo do Estado liberal não possa sobreviver nos regimes socialistas, nem esteja mais presente no Estado ocidental contemporâneo, de cunho social. O processo que nos serve hoje há de ser o espelho e salvaguarda dos valores individuais e coletivos que a ordem constitucional vigente entende de cultivar. Os princípios que ela inclui não podem ter no presente a mesma extensão e significado de outros tempos e regimes políticos, apesar de eventualmente inalterada a formulação verbal.⁴³ O que há de *perene* nos princípios

42. *Cfr.* Habscheid, “As bases do direito processual civil”, n. 1, esp. p. 119. Essa afirmação é muito significativa, especialmente pela sua colocação em um relatório de congresso internacional, onde a comparação jurídica é tônica destacada (*cfr. supra*, n. 1, nota 7) e pela inserção em rubrica com a sugestiva indicação “o processo civil enquanto instituição do Estado”; as instituições do Estado hão de ter, necessariamente, o feito do Estado a que pertencem.

43. *Cfr.* ainda, Habscheid, *op. loc. cit.*: “frequentemente a terminologia jurídica é a mesma, mas o significado dos termos é diverso”. Essa é uma observação elementar mas indispensável em direito comparado; em suas aulas de “direito constitucional italiano e comparado”, na Faculdade de Ciências Políticas da Universidade de Milão, o prof. Paolo Biscaretti di Ruffia observava a semelhança verbal das Cons-

é a idéia-mestra que cada um contém; e eles são sujeitos a variações histórico-culturais e políticas no tempo e no espaço, no tocante a sua extensão e à interpretação que merecem dentro de cada sistema constitucional. A instabilidade histórica das estruturas e instituições sociais atinge também os princípios constitucionais do processo, que assim não podem ser rigorosamente considerados *sub specie aeternitatis*.⁴⁴

Pois o Estado social contemporâneo, que repudia a filosofia política dos *fins limitados do Estado*, pretende chegar ao valor *hominem* através do culto à *justiça* e sabe que, para isso, é indispensável dar ao conceito de *justiça* um conteúdo substancial e efetivo. É preciso reduzir as diferenças sociais e econômicas tanto quanto possível, gerando oportunidades. É preciso assegurar a todos a fruição dos bens materiais e imateriais que integram o patrimônio comum da nação. É preciso criar efetivas condições para a mobilidade sócio-econômica, inclusive mediante a liberdade de associação. E o Estado, então, pretendendo ser “a providência do seu povo”,⁴⁵ sente que o título sabidamente integradas em sistemas políticos dos mais diferentes matizes e dizia que, para sentir a diferença, “bisogna andar sul posto”.

44. Trata-se de princípios *gerais*, ou *fundamentais*, mutáveis por sua própria natureza porque associados sempre a opções tomadas fora do sistema processual e lançadas sobre ele: os princípios *informativos* (ou *formativos*) que são diretamente ligados à técnica processual, não recebem reflexos das mutações políticas, nem direta nem necessariamente (cf. *supra* n. 1, nota 9, com especial atenção ao pensamento de Mendonça Lima). *A relatividade histórica* dos princípios gerais do processo reflete-se na dimensão da garantia constitucional da ação (cf. Calamandrei: “Relatività del concetto di azione” na *magnitudo* da jurisdição, no modo como se estabelece a cooperação entre os sujeitos processuais, etc.; referem-se a propósito, na literatura processual, os ensaios de Calamandrei (“Relatività del concetto di azione”) e de Pekelis (“Azione – teoria moderna”), ambos escritos sobre a ação provavelmente porque o processualista latino do seu tempo estava inteiramente condicionado à idéia da ação como centro do sistema (cf. Dinamarco, “Os institutos fundametalis”, in *Fundamentos do processo civil moderno*, n. 36, pp. 62 ss.; v. *infra*, n. 9).

45. Entre aspas, palavras já citadas de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*supra*, n. 1, nota 2). O ilustre constitucionalista disse-as no contexto de exposição acerca do *Welfare State*, que Dalmo Dallari distingue do *Estado social*, neste estudo considerado, porque o *bem-estar*, que o caracteriza, não tem toda a dignidade do *bonum commune* (cf. *Elementos de teoria geral do Estado*, n. 50, p. 92). No repúdio aos *fins limitados* do Estado, Dallari observa que, perante essa concepção, “se há ou não *injustiças* isso fica em plano secundário, interessando apenas a obediência aos preceitos que são formalmente jurídicos” (*ib.*, esp. p. 93). Na *lei fundamental de Bonn* (Constituição da República Federativa Alemã), está proclamado o “Estado... demo-

bem-estar coletivo depende intimamente da sua participação efetiva nos destinos da população. Ele é, por isso, declaradamente *interventionista*, agindo sobre a ordem econômica e social e buscando a sua modelagem segundo os objetivos da ideologia aceita. O *pacto social* refletido na nova ordem constitucional, inclui o traçado de diretrizes nesse sentido da integração social e econômica da população.

Por outro lado, o Estado contemporâneo tende a ser Estado-de-direito, onde assoma a garantia da legalidade e a abertura do Poder Judiciário como guarda último da Constituição e dos valores e garantias que ela abriga e oferece. Os sucessivos movimentos político-sociais da Humanidade nos últimos duzentos anos, com a Revolução Francesa, e a industrial, gerando a ascensão da burguesia e do proletariado e a universalização do voto mais a urbanização da população e notável expansão dos meios de comunicação de massa, são fatores da crescente conscientização cívico-política das populações (no Brasil, o movimento “diretas-já” e mesmo a exploração publicitária do drama da moléstia e morte do presidente eleito acabaram cumprindo esse importante papel de provocar um processo de despertar da população adormecida, para os valores cívicos da nação). Pois, nesse quadro, constitui verdadeira *trend* universal, apoiada em sentimentos mais ou menos conscientizados pelas populações, a observância dos padrões de legalidade e banimento do arbítrio, como é próprio do Estado-de-direito.⁴⁶

crático e social” e a propósito o processualista Nicoló Trocker desenvolve agudas considerações, sempre associando as idéias de Estado social e Estado-de-direito (cf. *Processo civile e costituzione*, pp. 96 ss.). Os dois aspectos, *social* e *jurídico*, considerados por Trocker remontam a um significado *político* que os unifica: o Estado é, realmente, uma “pirâmide de três faces”, como foi dito sugestivamente por Miguel Reale ao referir o aspecto social, o jurídico e o político da sua teoria (cf. *Reale, Teoria do direito e do Estado*, p. 108).

46. Falar em Estado-de-direito é falar na *face jurídica* do Estado (v. nota ant.), considerando em primeiro lugar a *legalidade* a que submetido o exercício do poder. Enquanto tal e considerada isoladamente, esta nada tem a ver com os postulados liberal-democráticos, sabido que o jurídico é superficial e serve a qualquer infra-estrutura social e política. Não é absurdo, v.g., que nos regimes totalitários o princípio da legalidade seja afirmado e cultivado, como sucedia na URSS. Quando se apercebeu da fragilidade das posições marxistas radicais contra o direito e o próprio Estado, em 1936 disse Stalin enfaticamente: “agora, é mais importante do que nunca a estabilidade das leis” (cf. Santa Pinter, *Sistema del derecho soviético*, pp. 3-10, esp. p. 5). A legalidade dos regimes ditatoriais, como o brasileiro do tempo dos militares no governo, é, em si mesma, tão neutra como a soviética e nenhuma

Por isso é que o processo nos Estados ocidentais de hoje, marcados pelo cunho social e legalista, há de oferecer também em si mesmo a garantia da legalidade processual (seria estranho o juiz, órgão estatal, agir com arbítrio no exercício da sua função de controlador da legalidade) e ser dotado de meios aptos a promover a igualdade e garantir a liberdade. A maneira como diante da escala axiológica da sociedade contemporânea são interpretadas as garantias constitucionais de igualdade substancial entre as pessoas (e entre as partes), da inafastabilidade do controle jurisdicional, da ampla defesa e do contraditório, do devido processo legal — todos eles endereçados à efetividade do processo em sua função de instrumento a serviço da ordem constitucional e legal⁴⁷ — conduz à existência de um processo acessível a todos e a todas as suas causas (por mais humildes que sejam aqueles e menor expressão econômica tenham estas), ágil e simplificado, aberto à participação efetiva dos sujeitos interessados e contando com a atenta vigilância do juiz sobre a instrução e sua interferência até ao ponto em que não atinja a própria liberdade dos litigantes.⁴⁸ A *Lei dos Juizados Especiais* e o *Código de Defesa do Consumidor* são ilustrações desses reflexos processuais das opções sócio-políticas contidas na ordem constitucional: o *novo processo que instituem* (não mero procedimento novo) apresenta um *conjunto* delas ofereceu resguardo aos valores democráticos da liberdade, da igualdade e da participação nos destinos do Estado. Por isso é que, com Trocker, na relatividade das opções políticas do Ocidente, segundo as tendências do tempo, é de todo acerto aproximar os conceitos de Estado-de-direito e Estado social.

47. Sobre a efetividade do processo, *infra*, n. 36.

48. Fala Gelsi Bidart na “universalização e adequação do processo” (*cf.* “Processo y época de cambio”, pp. 442-443): ele quer um sistema aberto e um processo “comunitário” (p. 444), tendo os seus sujeitos “maior proximidade e possibilidade de colaboração mais adequada ao preparo dos elementos editados para a prolação do julgado”. E Fritz Baur chega a sustentar que a atividade judicial (ou jurisdicional?) inclui uma *assistência judicial às partes*, cabendo ao juiz “sugerir-lhes que requereiam as providências necessárias e ministrem material de fato suplementar, bem como introduzir no processo as provas que as partes desconhecem ou lhes sejam inacessíveis”; em seguida, diz que “na maioria dos casos o juiz consegue evitar o perigo” de envolver-se demasiadamente no conflito e perder a imparcialidade (*cf.* Baur, “Transformações do processo civil em nosso tempo”, I, p. 59). Essa constitui típica manifestação do Estado intervencionista, inconcebível em um clima de liberalismo (o tema associa-se à “efetividade do processo”, *esp.* quanto ao item “o modo de ser do processo”, v. *infra*, n. 36-2).

*de ideias*⁴⁹ que constitui resposta adequada e moderna às exigências contidas nos princípios constitucionais do processo (processo acessível, aberto, gratuito em primeiro grau de jurisdição, ágil, simples e concentrado, permeável a um grau elevadíssimo de participação das partes e do juiz). E a *Lei da Ação Civil Pública*, disciplinando a *legitimatio* do Ministério Público e associações para demandas de proteção judiciária ao consumidor, patrimônio paisagístico e ambiental, *etc.*, é outro reflexo da ordem constitucional vigente, sensível à relevância sócio-cultural de valores dessa ordem e à necessidade de oferecer efetivas garantias de sua preservação e fruição geral (inafastabilidade do controle jurisdicional em relação aos interesses difusos; v. também art. 129, inc. III).⁵⁰

No contexto da sensibilidade do sistema processual aos influxos e mutações da ordem constitucional é que se situam as propostas e as *ondas* renovatórias do processo, pois é natural que o instrumento se altere e adapte às mutantes necessidades funcionais decorrentes da variação dos objetivos substanciais a perseguir.⁵¹ Todo esse dis-

49. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, e lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Cf.* Dinamarco, “Princípios e critérios no processo das pequenas causas”, n. 1, *esp.*, pp. 105-106.

50. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985.

51. Em sociologia diz-se que os sistemas sociais têm certas *funções básicas em comum*, sendo autorizadamente indicadas quatro: a) manter seus modelos básicos; b) adaptar-se às condições variáveis; c) integrar suas próprias tarefas e funções; d) atingir os seus próprios objetivos (*cf.* Deutsch, *Política e governo*, p. 154). Pois na tarefa de adaptação vê-se manifestação da *dinâmica social*, que é dinâmica do próprio Estado enquanto sociedade. O Estado, em certas situações, vê-se obrigado ou entende convenientemente *mudar de objetivos* (como, no Brasil, a mudança obcecada em direção à segurança nacional, a partir do ano de 1968) ou *autotransformar-se* (v.g., do liberalismo político ao Estado social contemporâneo). E é natural que essa dinâmica se accentue nos tempos modernos, dadas as rápidas transformações a que presenciemos: “o mundo paroquial de pequenos grupos se converteu em grande sociedade em um prazo relativamente curto”, do que resultou uma “brecha entre o passado e o futuro que, segundo Hannah Arendt, se traduziu pelo *esfacelamento dos papéis morais e das categorias políticas que computam a continuidade histórica da tradição ocidental*” (*cf.* José Eduardo Faria, *Poder e legitimidade*, pp. 15-16). Ora, com os novos padrões morais e políticos em cena, entende-se que o direito, que é instrumento da política e das instituições sociais, precisa passar por um processo de atenuamento a essa ordem instituída. Quanto ao processo, nessa *época de mudança*, é também chamado a alterar-se para poder “cumprir, de acordo com os tempos, sua meta de realizar a justiça positiva no caso concreto com verdadeira eficácia” — dados que farão com que “a sociedade o aceite como tal, o incorpore adequadamente ao seu desenvolvimento” (*cf.* Gelsi Bidart, “Processo

curso envolvendo a correspondência do instrumento aos objetivos e a afirmação do processo como *microcosmos* tem valor relativo, porém, quando sujeito ao crivo de uma apreciação fenomenológica (a correspondência deveria ser constante e absoluta, mas não é).

Quando se dá a ruptura revolucionária da ordem constitucional, sendo radical e brusca a mudança de rumos políticos, toda a ordem jurídica tende a mostrar-se desde logo manifestamente impressável e também a reforma das instituições processuais faz-se urgente e indispensável. Sendo a própria revolução antijurídica perante a ordem precedente, antijurídica passam a ser, perante a nova ordem criada (na medida do repúdio à ordem jurídica afastada), as instituições com ela incompatíveis.⁵² Por isso é que, passada a fase de conflito entre a ordem preexistente e a revolucionária e a de institucionalização fundamental da revolução, chega o momento em que toda a nova ordem jurídica vem a ser composta, inclusive no plano das instituições processuais⁵³ (implantada a Revolução Francesa e a prole-

y época de cambio". VII, 4, p. 441); e o ideal, dificilmente atingível, seria o da evolução do sistema processual ao mesmo ritmo das instituições políticas, sociais e jurídico-substanciais (a sua *aceleração*, ou "rapidação": *cf.*: Geisli, *op. cit.*, I, C, nota I, p. 422).

52. Esse contraste é menos sensível nas falsas revoluções latino-americanas, onde pouco mais se tem do que enrijecimento das relações entre Estado e indivíduo (não passando de *autogolpes*, aplicados pelos próprios detentores do poder, ex.: Brasil, 1968) ou alteração subjetiva de governantes (Geisli Bidart: *mera* revolução). Karl Deusch: "em sistemas políticos, uma autotransformação violenta, dizendo respeito a uma parte significativa da sociedade, é chamada de *revolução*, e distinta dos *coups d'état* ou das revoluções palacianas, que tão-somente *trocam as pessoas* que estão no poder *ou as leis em vigor*, sem, no entanto, mudarem os fundamentos do modo de viver na sociedade" (*Política e governo*, p. 158).

53. Segundo Geisli Bidart, "revolução e direito... encontram-se fundamentalmente em três momentos": a) contraste entre a ordem revolucionária em vias de implantação e a ordem precedente; b) imposição da "ordem jurídica revolucionária", de transição; c) institucionalização da nova ordem, estável ("Processo y época de cambio", II, C, p. 427; rubrica "proceso y revolución"). Alcalá-Zamora, ao repelir a ideia da *pseudo-jurisdição revolucionária* (o processo seria "um ato anti-revolucionário, de tal modo que juízo e revolução viriam a ser ângulos opostos pelo vértice", porque a parcialidade é inerente aos julgamentos revolucionários), diz que as *revoluções de verdade* "supõem o levante contra uma situação caracterizada por sua flagrante e insustentável injustiça política, econômica ou social e, corretivamente, pelo desejo de instaurar um novo regime livre dos vícios do antigo"; mas admite as arbitrariedades praticadas pelos tribunais revolucionários e chega a dizer que "a justiça de Villa ou Zapata teve, realmente, muito do respectivo candidato e pouco ou nada de justiça" ("Justicia y revolución", nn. I, 2 e II, pp. 20 e 28). Entende-se

tária, sobrevieram desde logo os códigos de Napoleão e o soviético). Em caso de mutações revolucionárias bruscas e radicais na ordem constitucional, é portanto efêmero o descompasso entre o processual e o substancial, sendo menos provável que dure.

Mas a ordem processual mostra-se ordinariamente mais lenta que a Constituição, na sua evolução gradual segundo a interpretação dinâmica (sociológica) dos textos. A causa mais aguda desse retardamento é o preconceito consistente em considerar o processo como *mero instrumento técnico* e o direito processual como *ciência neutra* em face das opções axiológicas do Estado.⁵⁴ Essa *neutralidade ideológica* é, na realidade, sobrecapa de posturas ou intuítos conservadores. Disse-se até que ela "incorpora e perpetua o liberalismo do século XIX",⁵⁵ o que talvez constitua um exagero mas seguramente

que o autor se refere aos períodos de implantação da revolução, do seu direito e da sua justiça: e que, na passagem daí para o período da revolução institucionalizada e mesmo daí por diante a *imparcialidade* do juiz não equivalha a uma suposta *indiferença* política, que seria a negação da própria ordem revolucionária.

54. Se houvesse a consciência arraigada da identidade ideológica entre processo e direito substancial, sentir-se-ia mais rapidamente e de modo mais firme a necessidade de atualização do sistema processual. Mas este tende a manter-se retardado com relação aos progressos do direito material e isso "se deve não tanto à natureza própria de suas normas, como à maior atenção que se presta às *substantivas*, porque, seguramente e à medida que (historicamente) se separa e dá maior importância ao direito substantivo sobre o processual, é preponderantemente aquele que se destina a afetar a vida humana em relação" (Geisli Bidart, "Processo y época de cambio", V, 4, p. 433). O processo, afinal, é instrumento manipulado somente pelos profissionais do foro e (especialmente o processo civil) não integra o acervo de conhecimentos do homem comum (*cf.*: Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, I, n. 34, p. 93: "o processo não é um fato da vida cotidiana do leigo").

55. *Cf.*: Denti, *Processo civile e giustizia sociale*, p. 17 (esp. nota 10, em que transcreve o dito acima), destacando o liberalismo político que se projetou na "ideologia jurídica que dominou a ciência do processo em toda a primeira metade do século e que transpareceu nas grandes obras sistemáticas bem conhecidas de todos os estudiosos". Ele fala de "uma ciência aparentemente neutra", preocupada com os princípios e garantias que compõem a estrutura interna do direito processual. E conclui: "na realidade, a *neutralidade* dessas construções conceituais era apenas aparente, pois elas *correspondiam em cheio à ideologia conservadora* da qual a ciência jurídica havia colhido os seus princípios informadores". Tão intensa e generalizada é, hoje, a afirmação do *caráter ético do processo* (ou caráter deontológico: comportamentos pautados segundo os valores escolhidos), que quase se torna um lugar-comum a sua reafirmação. Justifica-se, porém, pela necessidade de passar da teoria à prática e promover, além das alterações legislativas indispensáveis, acima de tudo uma verdadeira *mudança de mentalidade* quanto ao processo e o modo de tratá-lo: sublima Mauro Cappiello o *caráter genuinamente revolucionário* das

denuncia a sobrevivência de níveis intoléráveis de prevalência do princípio dispositivo, em pleno Estado intervencionista. A mesma preocupação que leva a opor cuidadosas ressalvas ao próprio emprego do vocábulo *ideologia* em ciência política transparece nesse outro preconceito, pelo temor de que, tanguido por ideais políticos de coloração marxista, pudesse o juiz trair o seu dever de imparcialidade e a sua condição de agente estatal do regime capitalista.⁵⁶ O erro consiste em esquecer que o juiz é membro da sociedade em que vive e participa do seu acervo cultural e dos problemas que a envolvem, advindo daí as escolhas que, através dele, a própria sociedade vem a fazer no processo.⁵⁷

novas colocações processuais (refere-se especificamente ao acesso à Justiça), com o qual se pretende, mais do que os resultados imediatos e peculiares às propostas feitas, a instituição de um novo método de análise jurídica (cf. Cappellati, "Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero", n. 5, pp. 75-76). Na literatura processual soviética, compreensivelmente preocupada com as projeções políticas do direito e confronto entre o seu regime socialista e o capitalismo ocidental, foi destacado que a tarefa da ciência do direito processual "consiste em desmascarar o caráter 'apolítico' das teorias burguesas do processo civil e pôr a calva a sua essência reacionária" (cf. Gurvich, *Derecho procesal soviético*, § 6º, p. 25). Todas essas afirmações têm o grande valor metodológico da inserção do processo em um contexto social e político, com o rompimento da suposta barreira entre o jurídico e essa ordem mais ampla.

56. Refiro-me ao repúdio que a doutrina da Escola Superior de Guerra vota à *ideologia* como tal, sem distinguir *ideologias*; em coletânea organizada para os seus estagiários no ano de 1975, reuniu, entre outros estudos, uma pesquisa de ds. Antonio de Arruda sobre "como a ESG tem focalizado as ideologias" (cf. *Realidades contemporâneas - ideologia*, distribuição interna). Percebe-se, especialmente conhecendo-se a linha política da ESG, que a sua preocupação é mesmo, como está no texto, pela infiltração marxista, o que a leva a repudiar a própria idéia de ideologia, como expressão da falsidade de dogmas e pensamento. As ideologias a que se mostram permeáveis os sistemas processuais são "razões e condicionamentos sociais e culturais que em determinado contexto histórico situam-se e atuam na norma e no instituto, na lei e no ordenamento, assim como a interpretação e, em geral, na atividade dos juizes e dos juristas" (cf. Cappellati, *Processo e ideologia*, "premissas", p. IX). E, sobre o tema, dissera Mannheim: "embora o marxismo tenha contribuído grandemente para a formulação original do problema, tanto a palavra como o seu significado são muito mais antigos do que o marxismo, e, depois que apareceu esse movimento, o termo se viu enriquecido por novos sentidos, concebidos independentemente dele" (cf. *Ideologia e utopia*, II, n. 1).

57. Sobre as relações entre direito e processo, incluindo o exame da função do juiz nesse contexto, v. *Infra*, nn. 28.2, 28.3 e 28.5.

Um dos grandes serviços que o processualista prestou ao direito e à justiça nas últimas décadas foi a energética afirmação do comprometimento axiológico das instituições processuais: ele repensou o significado e a medida da *indiferença inicial* a que obrigado o juiz, o qual na realidade precisa estar iluminado pela visão dos resultados sócio-econômicos e políticos a que a sua decisão poderá conduzir.⁵⁸ Na Lei dos Juizados Especiais vê-se patética recomendação ao juiz, para que não se retrairia, para que participe da instrução, para que só se satisfaça com o resultado da experiência probatória quando o seu senso de justiça estiver tranquilizado e para que dê aos textos legais a interpretação que seja capaz de fazer justiça no caso concreto.⁵⁹ Tal é a postura instrumentalista esperada de todos os juizes. E, embora o Poder Judiciário seja uma estrutura muito volumosa e pesada,

58. Imparcialidade não significa indiferença axiológica: "isenção do magistrado não significa insensibilidade" (cf. 1º TACSP, *JTA* 74/243). Esse pensamento transpareceu também em dissertação para mestrado, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul pelo magistrado Ruy Portanova, um dos chamados *juizes alternativos* daquele estado (e de cuja banca tive a honra de participar, no ano de 1991). A *indiferença inicial* do cientista, à qual se assimilou a postura psíquica do juiz, chega somente até ao ponto de refletir sua imparcialidade (cf. Liebman, *Manual de direito processual civil*, I, n. 3, esp. p. 26 trad., texto e nota 5): não se confunde nem inclui a indiferença quanto aos valores sociais e políticos da sociedade. A tradicional postura introspectiva do sistema, que levava ao exame das normas, princípios e categorias processuais em si mesmos e no máximo permitia que fossem examinados em sua conexão com o direito substancial constitui fator de descompasso entre o processo e o direito substancial e permite que as atividades processuais conduzam a situações discrepantes dos designios daquele e do conceito de justiça vigente na sociedade. Essa *neutralidade* foi que permitiu um desvio "em direção potencialmente autoritária" (Denti, *Processo civile e giustizia sociale*, p. 17). Pelo que ela tem de manifestação do positivismo jurídico, para o qual "lei é lei", merece a crítica, a este dirigida, de "haver deixado indefesa a ciência jurídica - e consequentemente a administração da justiça alemã - contra os horrores e arbítrios do nazismo" (cf. Bagolini, *Visioni della giustizia e senso comune*, pp. 127-128). Assim, "o escopo do processo civil liberto de toda ideologia, no sentido de sua determinação formalista, ou então empírica, não oferece, assim, proteção alguma contra um *abuso político* do direito processual civil" (cf. Habscheid, "As bases do direito processual civil", n. 2, b, p. 123). Do ponto-de-vista metodológico, essas considerações reforçam a *idéia instrumental* do processo civil e a da insuflência da determinação do seu escopo jurídico. Ele é um instrumento, sim, mas não a serviço exclusivamente do direito substancial: sua missão mais elevada é a que tem perante a sociedade, para a pacificação segundo critérios vigentes de justiça e para a estabilidade das instituições (v. *infra*, nn. 19 ss.).

59. Cf. lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, arts. 5º e 6º, v. Dinamarco, *Manual dos Juizados cíveis*, n. 5, pp. 38 ss.

dotada de elevado grau de inércia que não lhe permite evoluções muito ágeis ou imprudentes (até porque o retrocesso é sobremaneira difícil e sempre desaconselhável), o juiz moderno vai-se libertando do preconceito conservador. Na Itália, movimentos internos da própria categoria dos magistrados há várias décadas vêm pondo em polêmica a postura política do juiz.⁶⁰ No Brasil, ainda que sem a colocação sistemática do problema, vê-se em muitos julgados nítida opção política, como em conhecida linha jurisprudencial instalada no extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo e como nos exemplos, já referidos, dos julgados sobre a atualização de créditos, sobre o efeito da revelia, sobre os créditos do Sistema Financeiro da Habitação, etc.

Mas tal lavor interpretativo não seria tão estritamente indispensável, se a lei do processo acompanhasse rigorosamente a evolução daqueles rumos, ditando soluções processuais novas a cada momento que a Constituição se alterasse (na letra ou no espírito). Isso não se dá, nem seria aconselhável que se desse. No Brasil, nós temos um sistema processual civil implantado pelo Estado Novo autoritário e que sobreviveu à redemocratização de 1946 e ao movimento militar de 1964, permanecendo na nova ordem constitucional (o Código de Processo Penal é o mesmo e o de Processo Civil vigente traz as mesmas características do precedente). Salvo o que pôde acontecer por força de leis especiais, especialmente as das *Reformas* e as que instituíram a tutela coletiva, o significado maior da evolução havida de 1939 para cá, é de ser creditado ao trabalho da doutrina (especial-

60. Os juizes que comungam das posições políticas mais "avançadas" propugnam, como se compreende, por posições menos legalistas e portanto mais criativas, com o juiz mais participante (cfr. Moriondo, *L'ideologia della magistratura italiana*, p. 35); a *neutralidade*, como foi dito, caracteriza os conservadores, interessados em conter as evoluções sociais e políticas (*supra*, nota 14). No contexto italiano dos turbulentos anos *sessenta*, o grupo *Magistratura democratica* era o de posições mais esquerdizantes; *Unità per la costituzione* (Unicost) era de centro-esquerda e as posições mais conservadoras ficam por conta de *Magistratura indipendente*. Pelo que se vê dos escritos especializados, também na Itália havia e há muita preocupação pela posição do juiz, sua independência, forma do recrutamento de juizes, etc., tudo a partir da percepção de que a participação do julgador na produção dos resultados do processo é muito grande e suas premissas culturais não podem ser desprezadas (cfr. Vigoriti, "A favore del giudice onorario sponti e proposte per una riforma", *passim*). Antes de estabelecer como se julga e deve-se julgar, é lícito fixar bem quem deve julgar.

mente, dos processual-constitucionalistas, em sua atitude rigorosamente instrumentalista) e ao bom-senso dos juizes.

Outro aspecto dos descompassos entre o processo e a ordem constitucional teve-se durante os vinte anos de regime autoritário que vivemos e principalmente no período em que maior foi a repressão e a restrição aos direitos e liberdades públicas. Muito pouco se alterou o sistema processual, nesse tempo. No processo penal, pouco mais se teve do que a supressão do *habeas corpus* quando a constrição viesse sob o fundamento da prática de crime público, ou contra a segurança nacional, etc.;⁶¹ no civil, a impossibilidade jurídica das demandas de apreciação judiciária de certos atos *revolucionários*.⁶² Outras restrições às vias de acesso à tutela jurisdicional não houve. O nível de livre participação dos sujeitos processuais, em contrário e com igualdade, não se alterou; nem os juizes e tribunais se curvaram, nem se fizeram agentes do poder de fato ilegítimamente instalado. A bem da verdade, atentados de maior gravidade não perpetraram os autocratas contra o Poder Judiciário. O mal maior que o regime excepcional causou ao equilíbrio entre o instrumento processual e a ordem jurídica servida por ele foi a relativa contenção da evolução instrumentalista. Em primeiro lugar, porque a suspensão das garantias constitucionais dos juizes foi sempre um fator de insegurança pessoal de cada um e, conseqüentemente, de redução do nível de independência (e a postura *ideológica* do juiz é sempre vista com temores antimarxistas, como se sabe). Depois, porque clima não havia para uma escalada de significativas inovações legislativas em sede processual (nem substancial), no sentido das grandes conquistas e aspirações sociais.⁶³

Feitos esses descontos, todavia, o modelo processual manteve-se íntegro e o processo, como instrumento ou *microcosmos* do Estado, acabou permanecendo com características democráticas que este

61. Cfr. AI-5, art. 10.

62. Cfr. a propósito, Ada Pellegrini Grinover, *Direito de ação*, n. 47, pp. 137 ss. Cfr. ainda EC n. 11, de 13 de outubro de 1978, art. 3º, AI-5, art. 4º, § 5º e art. 11; Const-69 art. 181.

63. Mas são desse período a Lei da Ação Popular (lei n. 4.717, de 29.6.65) e a Lei das Pequenas Causas (lei n. 7.244, de 7.11.84, substituída pela Lei dos Juizados Especiais — lei n. 9.099, de 26.9.95); a Lei da Ação Civil Pública (lei n. 7.347, de 24.7.85), embora promulgada depois, originou-se de mensagem do último Ministro da Justiça do regime extinto.

mesmo não apresentava. A razão fundamental desse descompasso consentido é que na realidade não houve autêntica revolução no Brasil, como revoluções não são as tomadas do poder que com frequência se dão nos Estados latino-americanos. A estrutura de sujeição ao poder e as relações sociais e econômicas entre as pessoas permanecem fundamentalmente tal e qual, não chegando a ser sequer sentida qualquer necessidade de alteração no sistema do processo.

4. *O processo como instrumento de mutações na ordem constitucional e legal*

Apesar da separação dos *Poderes* do Estado (não competindo ao juiz legislar ou mesmo complementar a lei ou Constituição) e não obstante a aplicação do exercício da função jurisdicional exclusivamente a casos concretos, a interpretação judicial tem sido apontada como instrumento de mutação constitucional (inclui-se, com isso, entre os “processos informais de mudança da Constituição”).⁶⁴ Exer-

64. *Cfr.* Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Processos informais de mudança da Constituição*, esp. pp. 102 ss. O tema, muito interessante, diz respeito à *continuação* do trabalho do constituinte pela via da interpretação constitucional. As Constituições rígidas tenderiam a tornar-se obsoletas, não fora essa permanente dinâmica que lhes assegura a aderência à realidade dos tempos e aos mutantes valores da sociedade. Não pretendo abrir aqui a discussão em torno da precisa função que o juiz desempenha perante o direito substancial, se cria ou não cria (sempre o confronto entre a teoria unitária e a dualista do ordenamento jurídico; *cf.* *infra*, n. 28.2, *etc.*). Aliás, mesmo quem afirma a criatividade pelo juiz nega-se a assimilá-lo ao legislador, como se vê do próprio título polêmico da conhecidíssima obra de Mauro Cappelletti, *Giudici legislatori?* Ele diz: “... os juizes são chamados a interpretar e por isso, inevitavelmente, a aclarar, integrar, plasmar e transformar o direito — e não raramente a criá-lo *ex novo*. Mas isso não significa que eles sejam *legisladores*”, e passa a falar das *virtutes passivas* do juiz, que o caracterizam como tal, pondo a tônica na referência de sua atividade a *cases and controversies*, na imparcialidade, com sua colocação *super partes*, no contraditório, na inércia inicial (*tabi non est actio, non est iurisdiclio*); *cf.* *op. cit.*, n. 11, pp. 63 ss. Da função complementar do juiz perante a legislação, fala a doutrina do direito *jurisprudencial*, ou *Richerrecht*, como em obra de Giovanni Ortú: “nos setores mais avisados da ciência jurídica, chegou-se a uma convergência quase unânime ao reconhecimento de que o ato judicial, como intervenção decisiva sobre a norma, enquanto fase da própria vida dela, é sempre criativo”, porque, “em virtude do caráter incompleto, equívoco e antinômico dos enunciados legislativos, qualquer *corpus juris*, por mais aperfeiçoado que possa ser, não tem condições para eliminar aquelas margens de liberdade inventiva, escolha pessoal e criatividade do intérprete, indispensáveis para realizar a síntese dinâmica entre a natureza abstrata da norma e o caráter concreto da situa-

endo o poder nacional em nome do Estado, o juiz dita decisões que são providas de imperatividade (provimento)⁶⁵ e que, por mais de um modo, podem influir no conteúdo da Constituição ou das leis, ou no significado dos textos, ou mesmo nas diretrizes políticas do Estado.

Diversos fatores são indicados pela doutrina constitucionalista, como criadores de clima propício à recepção dessa influência, sendo alguns inerentes à própria Constituição (deficiência de linguagem, seu caráter sintético, lacunas e omissões) e outros, vindos do mundo exterior (evolução dos valores, mutações sociais, *etc.*);⁶⁶ e o que de

ção histórica a ser juridicamente qualificada” (*cf.* *Richerrecht*, cap. I, n. 1, p. 12). Esse elegantíssimo problema, contudo, não se confunde com o da jurisprudência como fonte do direito, ainda que ambos sejam bastante próximos. O autor citado fala da “força vinculativa da jurisprudência consolidada”, ainda que para dizer que “pode ter natureza simplesmente fática, ou ao mesmo tempo fática e axiológica” (cap. II, n. 3, p. 71), passando a considerar depois o dever do juiz em observar os precedentes (n. 4, p. 74). Uma coisa, todavia, é a complementação da norma no caso concreto e outra é a descoberta de normas já preestabelecidas mediante o concurso da legislação com a jurisprudência reiterada. No primeiro caso, haja ou não a suposta criatividade, trata-se sempre de positividade do poder e seguramente o ato é vinculante nos limites estabelecidos pela dogmática processual; mas a *força* da jurisprudência, projetada para casos futuros, se bem não possa ser negada, poder não é nem positividade dele, mas mera *influência*, que com o poder não se confunde; *cf.* *infra*, n. 14.3.

65. *Cfr. infra*, n. 13.

66. *Cfr.* Cunha Ferraz, *Processos informais*, cit., p. 125. *Cfr.* ainda Lowenstein: ideal seria uma Constituição que disciplinasse o processo político com perfeita previsão das futuras evoluções da comunidade; mas, como esta evolui segundo determinantes históricas que nunca podem ser previstas (e quantas mutações não são deveras surpreendentes!), da necessidade de aderência da Constituição à realidade social deriva a plasticidade dela própria, a qual se mostra, assim, como “um organismo vivo, sempre em movimento como a própria vida” (*cf.* *Verfassungsgestalt*, p. 164 trad.). Para o discurso desenvolvido no presente, tem da obra, são esses fatores externos que suscitam maior interesse (fala-se de *mutações*). A esse propósito, tem pertinência o relato das decisões da Suprema Corte norte-americana acerca da segregação de negros em escolas públicas. Sem alteração constitucional formal acerca do alcance da garantia da igualdade, estabeleceram-se inicialmente a doutrina “separada mas igual” (Plessy vs. Ferguson, 1897), “segundo a qual as escolas públicas separadas para crianças negras eram legais, tendo, porém, que ser iguais... às escolas para crianças brancas”; meio século após, reconheceu a Suprema Corte que “não havia, de fato, igualdade possível para as crianças negras em escolas segregadas” (Brown vs. Board of Education of Topeka, 1954); *cf.* Deutsch, *Política e governo*, p. 198, com essa máxima: “a revisão judicial proporciona uma oportunidade suplementar de compensar os cidadãos cujas necessidades e direitos, como indivíduos ou membros de grupos minoritários, não encontraram uma resposta adequada no processo legislativo”. A mesma idéia, em projeção mais ampla, está no pensamento