

### 6.2.2 Direito processual constitucional

Sem prejuízo da compreensão de que o estudo do direito processual civil deve ser feito a partir da Constituição Federal, extraíndo dela o “modelo constitucional do direito processual civil brasileiro”, tema ao qual se dedica todo o Capítulo 3, é importante destacar que alguns autores valem-se da expressão “direito processual constitucional” para descrever e estudar as normas que regulam a denominada “jurisdição constitucional”. Assim, para ilustrar, quando o art. 5º, LXIX, da Constituição Federal, prevê o mandado de segurança para tutelar ilegalidades ameaçadas ou já praticadas por autoridades públicas; quando o art. 5º, LXXII, da Constituição Federal, trata do *habeas data* e quando o art. 103 da Constituição Federal disciplina os legitimados para as chamadas “ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade”.

Ao lado desse “direito processual constitucional”, é também comum encontrar na doutrina a menção a um “direito constitucional processual” ou “tutela constitucional do processo” para significar a subdivisão do direito processual civil voltado ao estudo do conjunto das normas de direito processual que se encontra na Constituição Federal. É o caso de normas como a do art. 5º, XXI, da Constituição Federal, segundo o qual as entidades de classe, quando devidamente representadas, podem atuar em juízo em prol dos interesses de seus associados, previsão que encontra norma similar no ambiente trabalhista (art. 8º, III, da CF) ou até mesmo com a do art. 5º, XXXV, que assegura o acesso à justiça para a tutela de lesões ou ameaças a direito.

Dadas as escolhas metodológicas que norteiam o desenvolvimento deste *Curso*, tratar de “direito processual constitucional” ou de “direito constitucional processual” como “subdivisão” do direito processual civil é medida insuficiente para descrever e aplicar a indispensabilidade e a importância da compreensão do fenômeno processual civil como um todo, que *deve ser* construído *dentro e a partir* da Constituição Federal.

Muito mais do que uma de duas “subdivisões” do direito processual civil, portanto, trata-se de um *método* de trabalho imposto pela própria Constituição Federal e que quer colocá-la como centro gravitacional indispensável para a compreensão do direito processual civil como um todo, do atual estágio científico de seus institutos mais caros e, como não poderia deixar de ser, do próprio Código de Processo Civil. É essa iniciativa que move a elaboração deste *Curso* e que encontra seu ponto culminante no já mencionado Capítulo 3 e, em seguida, no Capítulo 5.

### 6.3. Direito processual do consumidor

Também no campo do direito material privado há tendência, embora bem mais tímida do que no campo do direito material público, para determinadas “especializações” do estudo do direito processual civil, isso certamente como decorrência da evolução histórica do

direito processual civil. A mais marcante delas diz respeito ao chamado "direito processual do consumidor".

Justifica-se, em especial, esse tratamento diferenciado. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/90, a par de estabelecer normas bem específicas para a tutela coletiva, isto é, não individual ou metaindividual do consumidor em juízo – o "direito processual coletivo" –, traz também uma série de normas próprias e diferenciadas para a tutela do consumidor individualmente considerado em juízo. As mais difundidas na doutrina e na jurisprudência são a regra de competência do domicílio do consumidor para os processos em que ele seja autor (art. 101 da Lei n. 8.078/90) e a relativa à possibilidade de inversão do ônus da prova em prol do consumidor diante da verossimilhança da alegação deste e de sua hipossuficiência (art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/90), norma verdadeiramente revolucionária a seu tempo e que encontra sua generalização no art. 139, VI, do CPC.

De resto, as características marcantes do direito *material* do consumidor, caracterizado por declaradas políticas públicas e viés nitidamente protecionista da parte mais fraca da relação jurídica (a exemplo do que caracteriza a tradição do direito do trabalho e diferentemente do que é da tradição do direito civil e do comercial), são dados mais que suficientes para justificar o destaque científico ou, quando menos, didático, do estudo apartado do "direito processual do consumidor". Justamente para que se tenha condições de verificar em que medida este ramo especial do direito privado afeta, ou não, as linhas mestras do direito processual civil voltadas à sua concretização.

#### **6.4. Direito processual societário**

A exemplo das demais "subdivisões" do direito processual civil, o que leva a doutrina a propor a existência de um "direito processual societário", pelo menos para fins didáticos, são as vicissitudes das normas jurídicas que regem o direito societário que, quando transpostas para o plano do processo civil, ensejam questões de difícil resolução, pondo à prova as premissas mais amplas do pensamento contemporâneo do estudo do direito processual civil, em especial as relativas à "instrumentalidade do processo".

Um exemplo terá o condão de ilustrar suficientemente o que foi escrito, até porque ela é uma das mais tormentosas questões que a doutrina do direito processual civil conhece no que diz respeito ao tema "partes e terceiros": se determinado acionista pretende invalidar a assembleia da sociedade anônima à qual pertence, quem deverá ser citado como réu? Basta a citação da sociedade? É necessária a citação daqueles que, na assembleia, tenham votado em sentido contrário ao voto do sócio que tomou a iniciativa de ingressar em juízo? E quem votou no mesmo sentido, pode participar do processo? Se positiva a resposta, a que título? Os sócios da sociedade *podem* ou *devem* participar do processo?

Estas e muitas outras questões, dadas as características do direito societário, não são de fácil resposta. Para colocá-las em contexto mais adequado de exame é que se refere, por vezes, ao “direito processual societário”.

Ademais, a importância social e econômica das empresas e, mais amplamente, das pessoas jurídicas pode acabar por exigir formas diferenciadas de resolução de conflitos, mais aderentes às complexidades das normas materiais, que decorrem de suas leis, estatutos e contratos, para impedir, a todo custo, que um conflito interno seu possa acabar por comprometer o atingimento de sua própria finalidade e, conseqüentemente, da geração de empregos, receita tributada e fruições que ela, empresa, viabiliza. Pertinente exemplo da afirmação está na lembrança da Lei n. 11.101/2005, a lei de recuperação judicial e de falências, que contém uma série de dispositivos de conteúdo processual.

O atual CPC, quando comparado com o CPC de 1973, traz arcabouço normativo mais vasto com relação ao tema, embora ainda muito tímido. Exemplo seguro é a “ação de dissolução parcial de sociedade” (arts. 599 a 609), que, até então, desconhecia disciplina normativa no direito brasileiro.

O Projeto de Código Comercial em trâmite no Congresso Nacional (PL n. 487/2013) contém um Livro próprio para tratar especificamente do assunto.

## 6.5. Direito processual transnacional

Outra subdivisão do direito processual civil que tem gradativamente ganhado destaque nas nossas letras jurídicas é a relativa ao direito processual transnacional.

Por “direito processual transnacional” deve ser entendido o conjunto de normas que regem o direito processual civil no âmbito internacional. Seja com relação a conflitos entre Estados diversos – conflitos do comércio internacional, por exemplo –, seja para tratar do conflito entre nacionais de um país e outro Estado ou, até mesmo, para reger os conflitos entre particulares de diferentes nacionalidades, cada vez mais comum em uma sociedade que se vale de meios de comunicação inimagináveis em outros tempos.

A Constituição Federal e o Código de Processo Civil disciplinam determinados aspectos típicos dessa realidade supranacional. Assim, para ilustrar, é o Superior Tribunal de Justiça que tem competência para conceder *exequatur* para cartas rogatórias e para homologação de sentenças estrangeiras no território brasileiro. É aquela Corte, mercê da alínea i do inciso I do art. 105 da Constituição Federal (introduzida pela Emenda Constitucional n. 45/2004), que passou a ter competência para verificar em que condições os atos de órgãos jurisdicionais estrangeiros reúnem condições mínimas de serem eficazes, isto é, de produzirem seus regulares efeitos em território nacional. Trata-se, em última análise, de manifestação da soberania do Estado brasileiro. O procedimento para tanto encontra sua disciplina nos arts. 960 a 965 do CPC.

Outro importante exemplo é a disciplina da “cooperação internacional” constante dos arts. 26 e 27 do CPC, inexistente no CPC de 1973.

O tema, contudo, vai muito além destas considerações.

No direito europeu da atualidade, por exemplo, dado o alto grau de integração da Comunidade Europeia, o tema é imperativo ao estudo do direito processual civil. A existência de um Tribunal de Justiça europeu, que tem sede em Luxemburgo, é tida por muitos como responsável pelo sucesso de integração de diversos países daquele continente.

No âmbito do Brasil, o que há de mais próximo da realidade europeia, mas muito aquém dela, é o Mercosul. A inexistência de um Tribunal supranacional com funções eminentemente *jurisdicionais*, a exemplo do que se dá no direito europeu, contudo, não inviabiliza que o processualista civil brasileiro volte sua atenção à série de normas jurídicas já produzidas por seus países-membros e que oferecem diretrizes seguras para a solução de controvérsias entre eles e entre os seus nacionais (embora de caráter arbitral) e para a facilitação da prática de certos atos processuais entre as jurisdições dos países-membros, inclusive no que diz respeito ao que o Código de Processo Civil passou a chamar de “tutela provisória”. São, apenas para enunciar alguns, os chamados “Protocolo de Brasília”, “Protocolo de cooperação e assistência jurisdicional em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa” (Protocolo de Las Leñas), “Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdição internacional em matéria contratual” e o “Protocolo de medidas cautelares”, com seus respectivos atos complementares.

Em perspectiva diversa, cabe acentuar que o *American Law Institute* (Instituto de Direito norte-americano) e a UNIDROIT (Instituto para a Unificação do Direito Privado) prepararam e aprovaram conjunta e pioneiramente em 2004 uma espécie de “Código-tipo” sobre princípios e regras de direito processual civil “transnacional” (*Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*) voltados a criar condições de uma maior facilitação e segurança, no sentido de previsibilidade, na resolução dos conflitos no âmbito do comércio internacional. Como todo Código-tipo, a proposta não gera nenhuma espécie de vinculação a quaisquer países ou ordenamentos jurídicos. Não obstante, seu exame é bastante interessante em todos os sentidos, até como forma de verificar que, ao contrário do que poderia parecer, os modelos de direito processual civil dos países estrangeiros tendem, com algumas variantes, às mesmas preocupações de realização adequada e tempestiva do direito material bem conhecidas do direito processual civil brasileiro e de seus estudiosos. Trata-se de princípios e regras que, como eles próprios declaram, “são destinados, principalmente, para julgamento de disputas comerciais transnacionais” e que “[...] podem ser, igualmente, utilizados para a resolução da maioria de outros tipos de disputas civis e servir como base para reformas da lei processual civil”, em tradução livre de um dos pontos da Introdução daquele trabalho<sup>16</sup>.

16. O autor deste Curso voltou-se ao tema em artigo específico sobre o tema intitulado: *Principles and Rules of Transnational Civil Procedure and Brazilian Civil Procedure Compared: a first assessment*, posteriormente publicado em português no volume 122 da *Revista de Processo*.

## 6.6. Direito processual convencional

Sem se confundir com o direito processual transaccional, embora guarde com ele importantes relações, vale destacar o "direito processual *convencional*".

Trata-se da parte do direito processual civil cujo objetivo é o estudo das normas de direito que têm como origem as convenções e os tratados internacionais de que o Brasil seja signatário e que, de alguma forma, devem ter incidência no direito nacional, inclusive na perspectiva do adequado exercício da função jurisdicional.

O tema, menos comum entre os processualistas civis, merece fazer parte dos estudos dos que queiram ter diante de si todas as possibilidades do arcabouço normativo que guiam e limitam o agir do Estado-juíz brasileiro, ampliando, como deve ser, a compreensão dos direitos dos particulares em face do Estado (e não o contrário), viabilizando, com isso, o esmerado controle de *convencionalidade* do direito nacional.

Iniciativa recente e importante a respeito do tema é a de Vitor Moreira da Fonseca com a tese com que conquistou o Título de Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Dentre suas conclusões, merecem transcrição as seguintes: "O juiz brasileiro deve ter como parâmetros de convencionalidade os tratados internacionais de direitos humanos, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e as opiniões consultivas" e "O conceito do 'devido processo legal' ou do 'devido processo constitucional' deve dirigir-se rumo a um 'devido processo convencional', de modo a abranger os direitos humanos previstos em tratados internacionais de direitos humanos."<sup>17</sup>

Este trabalho de Vitor Moreira da Fonseca, que trata do controle de convencionalidade no processo civil, é uma contribuição importante para o estudo do direito processual civil brasileiro. O autor aborda o tema sob uma perspectiva que vai além da mera análise da convencionalidade, tratando também da sua incidência no processo civil. O trabalho é dividido em duas partes principais: a primeira trata da fundamentação teórica do controle de convencionalidade, e a segunda trata da sua aplicação prática no processo civil. O autor defende que o controle de convencionalidade deve ser realizado de forma a garantir a efetividade dos direitos humanos previstos em tratados internacionais, e que o juiz brasileiro deve ter como parâmetros de convencionalidade os tratados internacionais de direitos humanos, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e as opiniões consultivas. O autor também defende que o conceito de devido processo legal ou devido processo constitucional deve ser entendido como um conceito que abrange os direitos humanos previstos em tratados internacionais de direitos humanos.

O trabalho de Vitor Moreira da Fonseca trata do controle de convencionalidade no processo civil, e é uma contribuição importante para o estudo do direito processual civil brasileiro. O autor aborda o tema sob uma perspectiva que vai além da mera análise da convencionalidade, tratando também da sua incidência no processo civil. O trabalho é dividido em duas partes principais: a primeira trata da fundamentação teórica do controle de convencionalidade, e a segunda trata da sua aplicação prática no processo civil. O autor defende que o controle de convencionalidade deve ser realizado de forma a garantir a efetividade dos direitos humanos previstos em tratados internacionais, e que o juiz brasileiro deve ter como parâmetros de convencionalidade os tratados internacionais de direitos humanos, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e as opiniões consultivas. O autor também defende que o conceito de devido processo legal ou devido processo constitucional deve ser entendido como um conceito que abrange os direitos humanos previstos em tratados internacionais de direitos humanos.

Este trabalho de Vitor Moreira da Fonseca, que trata do controle de convencionalidade no processo civil, é uma contribuição importante para o estudo do direito processual civil brasileiro. O autor aborda o tema sob uma perspectiva que vai além da mera análise da convencionalidade, tratando também da sua incidência no processo civil. O trabalho é dividido em duas partes principais: a primeira trata da fundamentação teórica do controle de convencionalidade, e a segunda trata da sua aplicação prática no processo civil. O autor defende que o controle de convencionalidade deve ser realizado de forma a garantir a efetividade dos direitos humanos previstos em tratados internacionais, e que o juiz brasileiro deve ter como parâmetros de convencionalidade os tratados internacionais de direitos humanos, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e as opiniões consultivas. O autor também defende que o conceito de devido processo legal ou devido processo constitucional deve ser entendido como um conceito que abrange os direitos humanos previstos em tratados internacionais de direitos humanos.

17. *Processo civil e direitos humanos: o controle de convencionalidade no processo civil*, p. 173-174. Para além daquela iniciativa, cabe mencionar também a de Luiz Guilherme Marinoni e Valério de Oliveira Mazzuoli, que coordenaram obra coletiva intitulada *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano*, e a de Luciano Mariz Maia e Yulgan Lira, que organizaram o *Controle de convencionalidade: temas aprofundados*.

## Capítulo 2

# Bases para um pensamento contemporâneo do direito processual civil

### 1. NOTÍCIA HISTÓRICA DO ESTUDO CIENTÍFICO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Sem prejuízo das noções amplas que ocupam o n. 5 do Capítulo 1 a respeito da evolução do direito positivo brasileiro – e aquela exposição é *conscientemente* voltada a apresentar, de forma bem simplificada, a evolução das *leis* sobre o direito processual civil –, é mister evidenciar, ainda que em breves linhas, a evolução do *pensamento* do direito processual civil, isto é, de seu “estudo científico”. Isso porque é a *transformação* desse pensamento ao longo do tempo que se apresenta como um dos fatores determinantes para compreender, na atualidade, as diretrizes mais amplas do direito processual civil como um todo, objeto de preocupação fundamental deste *Curso*, máxime na construção de uma teoria geral do direito processual civil. Elas refletem, de outra parte, a própria modificação do direito legislado, razão pela qual a apresentação de sua síntese é providência inafastável. Elas permitem, por fim, uma compreensão mais adequada para identificar as razões de uma *renovada* forma de pensar, estudar e, conseqüentemente, *sistematizar* o direito processual civil.

Ao longo dos séculos, o direito processual civil passou por diversas fases voltadas precipuamente para sua afirmação científica e para a fixação de seu objeto e de seu método.

Este *Curso*, fiel à sua proposta inicial, não se volta à exposição destas várias escolas<sup>1</sup>. É suficiente o destaque de que, nas suas origens, concebia-se o direito processual civil como um mero apêndice do próprio direito material (o direito substancial controvertido), assim, por

1. Farto material a esse respeito pode ser encontrado em Marco Félix Jobim, *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*, esp. p. 111-139. Para uma visão atualíssima da questão, consultar José Roberto dos Santos Bedaque, *Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?*, esp. p. 19-39.

exemplo, com as regras de direito civil que disciplinavam as atividades contratuais de dois indivíduos. Os institutos do direito processual civil ainda não encontravam configuração própria, sendo tratados muito mais como reflexos ou desdobramentos necessários, usuais, das próprias regras de direito material. Essa primeira “fase”, usualmente denominada “sincrética”, ocupou a maior parte da história do direito processual civil.

○ Fase *sincrética* é um nome que bem descreve a postura do estudioso do processo civil de então. Faltavam-lhe elementos mínimos para *distinguir* as normas processuais civis de outras normas jurídicas e, conseqüentemente, o próprio direito processual civil das normas de outra categoria, as normas substanciais. Os planos do direito material e do direito processual, a que o n. 1 do Capítulo 1 faz menção, não conseguiam ou, mais do que isso, não conseguiram ser vistos e analisados separadamente ao longo desse largo espaço de tempo.

A doutrina reconhece sem maiores discussões ser a obra de Oskar von Bulow, *Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias*, que veio a público em 1868, o marco histórico da emancipação do estudo científico do direito processual civil. Foi nela, com efeito, que o autor alemão identificou a natureza jurídica do processo como algo *distinto* da natureza jurídica daquilo que está contido nele ou que é veiculado por ele. Uma realidade jurídica é o processo; outra, bem diversa, é o direito material (controvertido) nele contido. A natureza jurídica do processo é de direito público; a relação jurídica de direito material nele inserida – e isso é especialmente verdadeiro para o direito brasileiro – não necessariamente.

O que passa a caracterizar o pensamento do processualista civil a partir daquele momento é o alto grau de *autonomia* (por isso, a referência comum a ser esta a “fase autonomista” do estudo científico do direito processual civil, às vezes chamada de “fase científica”) entre o “direito processual civil” e as demais normas jurídicas. A separação entre os planos material e processual permitia que o estudioso do direito processual civil daquela fase conseguisse ver, com clareza, o que caracterizava e justificava, como tal, o direito processual civil, distinguindo-o com nitidez das normas de direito material que, controvertidas, impunham a atuação do Estado-juiz.

É ao longo dessa fase – que, para fins tão somente ilustrativos, ocupou o período que vai de 1868 (levando em conta a obra de Bulow) até meados da década de 1950 – que o estudo do direito processual civil se desenvolveu e que todos os seus institutos foram traçados com solidez. Conceitos como “ação”, “processo”, “relação jurídica processual” e “pressupostos processuais” – que até hoje são referenciais obrigatórios para se estudar o direito processual civil – foram todos traçados e desenvolvidos ao longo daqueles aproximadamente cem anos.

A premissa científica adotada pelas escolas “autonomistas”, contudo, acabou por conduzir o estudo do processo civil para algo muito distante da realidade, muito distante do direito material controvertido, acabando por transformá-lo em uma ciência pouco prática ou, quando menos, extremamente difícil de ser colocada em prática.

Não há razão para criticar o que, analisado com os olhos de hoje, pode parecer errado ou exagerado. Todas as escolas que se voltaram a estudar “cientificamente” o direito processual civil, isolando-o dos demais ramos do direito e, de forma bem ampla, do direito material, negando qualquer grau de interferência entre um e outro plano, apenas aplicaram as premissas mais amplas do pensamento jurídico reinante em sua época. Limitaram-se a reagir a escolas passadas em busca de respostas e de soluções que então se impunham para melhor entender o ambiente do “direito processual civil” a partir de uma ótica de direito, de Estado e de pensamento jurídico então vigente. Não se pode desprezar que o isolacionismo entre os planos material e processual justificou-se até mesmo como forma de tornar *científico* o posto daquele que se voltava a analisar o “direito processual civil”, deixando cair por terra, com essa iniciativa, a pecha de “praxistas”, nome que ao longo da formação do que se convencionou chamar de “processo comum” (ou “processo romano-canônico”), na Idade Média, era reservado para descrever o comportamento dos que estudavam as fontes romanas (com as influências germânicas e bárbaras que a elas foram incorporadas), buscando não só entendê-las, mas, muito mais do que isso, justificar os usos e os costumes do processo de então para resolver problemas eminentemente *práticos*. Até hoje, vale a pena trazer à tona o comentário, chamar um “processualista” de “praxista” ou de “prático” pode ser entendido como ofensivo ou, quando menos, como uma forma de reduzir a importância de sua *ciência* e de seu *estudo*. A iniciativa, cabe assinalar desde logo, é plena e conscientemente repudiada por este *Curso*: o estudo do direito processual civil, na atualidade, deve servir à realidade e à concretização do direito, ofertando soluções práticas para problemas teóricos.

Tanto assim que várias escolas que se voltaram historicamente para o chamado “estudo científico” do direito processual civil nem sempre se ocuparam ou conseguiram fixar premissas sólidas o suficiente para explicar o “direito processual civil” como um todo, mas, quando muito, para explicar determinados *elementos* (partes, portanto) que o compõem. Assim, apenas para ilustrar, as variadas escolas voltadas ao estudo da “ação” não conseguiram e continuam a não conseguir explicar satisfatoriamente a natureza jurídica do “processo”, embora, de uma forma ou de outra, não neguem que “ação” e “processo” guardem relação importante entre si.

As diversas escolas voltadas a explicar o fenômeno “processo”, de sua parte, quiseram reduzir o “direito processual civil” a ele, como se “processo” fosse sinônimo de “direito processual civil”. Que o “processo” é instituto *fundamental* do “direito processual civil” não há por que colocar em dúvida. Contudo, não se trata de instituto *nuclear que permita o estudo do direito processual civil como um todo*. Não, pelo menos na perspectiva do estudo do direito processual civil que a este *Curso* parece indispensável. O estudo do “direito processual civil” vai além do estudo do “processo”. Não há, em suma, sinonímia entre aquela palavra e aquela expressão; o que há entre elas, bem diferentemente, é a mesma relação que existe entre o *conjunto* e uma de suas *partes* integrantes.

É incorreto, contudo, desprezar ou minimizar os avanços fundamentais que aqueles aproximadamente cem anos de evolução do pensamento do direito processual civil significaram para a compreensão do que, mais recentemente, vem prevalecendo em termos de postura metodológica inafastável diante do estudo do direito processual civil. Se, é certo, o alto grau de *tecnicismo* desenvolvido naquela fase significou certo distanciamento do direito processual civil (e, sem dúvida, do próprio processualista) da realidade externa ao “processo”, o “plano material” compreendido de forma bastante ampla, foi naquele curto espaço de tempo que se viabilizou com toda a segurança necessária a distinção das normas substanciais e das normas *processuais*.

O pensamento contemporâneo do direito processual civil busca corrigir os excessos de suas fases anteriores. Se já não há dúvida da *autonomia* do direito processual civil em relação a quaisquer outros grupos de normas jurídicas, isso não pode querer significar que os estudos do direito processual civil possam desconsiderar a realidade que é externa ao próprio processo. Volta-se, nessa fase contemporânea, a fazer ver o processualista que o “direito processual civil” tem finalidades, exteriores a ele, que têm que ser alcançadas. Os elementos externos ao processo, direta ou indiretamente, relacionam-se intimamente com as suas finalidades, com a sua própria razão de ser e, por isso, não podem ser simplesmente deixados de lado. Eles passam, por isso mesmo, a integrar a pauta do processualista desde meados da década de 1950 e, de forma muito mais aguda, com os olhos voltados para a doutrina brasileira, de meados da década de 1980 para cá.

No pensamento contemporâneo do direito processual civil, tem prevalecido o entendimento de que o estudo científico do direito processual civil deve evitar os excessos ou os extremos das fases anteriores e que eles devem ser extirpados em nome de uma compreensão mais adequada do papel a ser desempenhado pelo direito processual civil. Assim, de uma concepção em que o processo se confunde com o direito material e, no polo oposto, de uma concepção de que o direito processual civil não guarda nenhuma relação com o direito material, passa-se a uma reflexão intermediária, verdadeiramente *conjunta*, desses dois planos do ordenamento jurídico, conjugando os acertos das fases e das escolas de pensamento anteriores. Ao entendimento de que o direito processual civil *não se confunde* com o direito material segue-se a concepção do necessário *entrosamento* entre o direito material controverso, veiculado no processo, e sua própria estrutura, sua própria razão de ser. Entender o processo como método de atuação do Estado Constitucional – e, neste sentido, como algo completamente distinto do conflito que é levado ao Poder Judiciário para resolução – não significa dizer que os contornos desse conflito não possam, em alguma medida, ser indispensáveis para compreender as finalidades do direito processual civil e, vale a ênfase, da própria compreensão de vários de seus institutos, inclusive do próprio *processo*.

O próprio art. 493 do CPC, cabe a lembrança, ocupa-se da hipótese ao admitir expressamente que fato “novo”, isto é, ocorrido depois da provocação inicial da jurisdição (ou, como se lê no dispositivo, da “propositura da ação”), deverá ser considerado pelo magistrado no

momento de decidir ou, como também está escrito naquele artigo, “no momento de proferir a decisão”. O dispositivo, destarte, preocupa-se com a necessária *comunicação* que deve existir entre os planos “material” e “processual” ao longo de toda a atuação do Estado-juiz, isto é, ao longo de todo o “processo”.

Que direito material (substancial) não se confunde com o direito processual civil, já não há espaço para qualquer dúvida. Isso, contudo, não significa dizer que o direito processual civil não seja verdadeira e inevitavelmente *alimentado* pelo direito substancial para realizar adequadamente a sua finalidade, que é a de concretização (forçada, se for o caso) das regras residentes naquele outro plano. Não como uma concretização tecnicista, automática, despreocupada com os verdadeiros destinatários das normas jurídicas, as pessoas e o próprio Estado, mas, de qualquer sorte, e para os fins presentes da exposição, uma concretização *forçada* de normas jurídicas em substituição à atuação daqueles que, por qualquer razão, frustraram expectativas alheias. Não há exagero nenhum em afirmar, por isso mesmo, que a relação entre os planos material e processual é de verdadeiro *conteúdo* e *continente*: o direito material (substancial) é *veiculado* pelo direito processual civil para o Estado-juiz para que as relações por ele regidas sejam adequadamente compostas e concretizadas, surtindo seus efeitos no próprio plano material.

É o caso de investigar um pouco mais os elementos que compõem o que este *Curso*, por ora, está a chamar de “fase *contemporânea* do pensamento do direito processual civil” para, mais adiante, no Capítulo 5, apresentar o *neoconcretismo*.

## 2. ELEMENTOS PARA COMPREENSÃO DA FASE CONTEMPORÂNEA DO ESTUDO CIENTÍFICO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

O número anterior tem como único objetivo – é pertinente frisar a iniciativa – contextualizar os largos quadros do pensamento do direito processual civil na atualidade. Ele não pretende, até porque não é esse o objetivo deste *Curso*, *descrever* as diversas etapas que se passaram, desde o direito romano, para o desenvolvimento do estudo contemporâneo do direito processual civil. Este *Curso* contenta-se com a *constatação* de que o ângulo de análise mais adequado para o estudo, a compreensão e, pois, a *sistematização* do direito processual civil deve partir da noção que distingue com nitidez os planos do direito material e do direito processual.

Noção que, é forçoso convir, não há mais como colocar em dúvida. Ninguém ousaria, nos dias de hoje, confundir um contrato celebrado entre credor e devedor com o *processo* destinado à cobrança da dívida ou um edital de licitação com o *processo jurisdicional* voltado à invalidação de alguma cláusula capaz de comprometer a competitividade entre os licitantes e, conseqüentemente, contaminar o contrato administrativo a ser celebrado a partir daquele *processo administrativo*.

Ocorre que a distinção entre aqueles dois planos não deve significar repúdio a inescindíveis, até porque *indispensáveis*, pontos de contato entre um e outro plano de normas jurídicas. A afirmação e a reafirmação da autonomia científica no estudo do direito processual civil não precisam negar que há *comunicação* entre aqueles diversos planos. Houve justificável razão histórica, política e até mesmo científica para tanto. Não mais, contudo. O que há, a bem da verdade, é um verdadeiro “sistema de vasos comunicantes” entre os planos do direito material e do direito processual civil que, se é certo, mantém a existência autônoma de cada um daqueles planos, convida a um pensar *conjunto* nas mais diversas perspectivas e possibilidades. O direito processual civil alimenta-se necessariamente das normas existentes no plano material e tem em mira, no seu próprio funcionamento, a devolução àquele plano das mesmas normas, devidamente filtradas, para a sua devida concretização pela atuação necessária e indispensável do Estado-juiz. A ênfase do estudo do direito processual civil na atualidade repousa em uma necessária e saudável *simbiose* entre a compreensão desses planos de normas jurídicas, portanto.

Há mais, contudo: o direito processual civil não pode ser compreendido como algo solto ou perdido, no tempo e no espaço, como se ele valesse por si só, como se ele fosse “só” uma “disciplina jurídica”, “só” um “ramo do direito”, como se ele tivesse existência própria, independentemente de quaisquer prescrições normativas, de quaisquer realidades políticas e jurídicas vigentes em determinados espaços de tempo em determinados lugares. A falta de percepção de que as “coisas” do direito só existem *no* direito e, com ele, variam ao sabor das ideologias e valores reinantes em cada ordenamento jurídico é responsável por desvios de toda a ordem. Não há “direito processual civil” na natureza. Ele existe apenas no plano jurídico, embora – e é disso que o pensamento contemporâneo do direito processual civil tem se ocupado – se volte para o mundo não jurídico, exterior, externo a ele próprio.

É por isso que convém evidenciar que os elementos do direito processual civil, cada um de seus diversos institutos, derivam, com inegável intensidade, em primeiro plano e diretamente do próprio modelo de Estado vigente em cada ordenamento jurídico. Como o modelo de Estado brasileiro é “Democrático e de Direito”, como se trata, o Estado brasileiro, de um “Estado Constitucional”, não há como olvidar que os *meios* pelos quais o Estado atua (e o Estado atua sempre e invariavelmente de maneira *processual*) também são regulados pela ordem jurídica e, dessa forma, esta regulação afeta toda a compreensão do que “é” – do que “deve-ser” – o próprio direito processual civil, passando por todos os seus elementos, por todos os seus institutos. As relações entre os planos material e processual, destarte, aparecem inegavelmente qualificados na perspectiva contemporânea e isso desde a formatação do modelo de Estado. No caso brasileiro, essa formatação deriva *diretamente* da Constituição Federal.

Não se trata, portanto, apenas de verificar em que condições o “direito material” será realizado concretamente *pelo* processo, mas, muito mais do que isso, de verificar em que condições

o Estado-juiz pode impor com autoridade a solução para o reconhecimento do direito controvertido, tenha ele sido já lesionado ou ainda em situação de ameaça.

A parcela do ordenamento jurídico que soberanamente impõe as finalidades a serem atingidas pelo Estado brasileiro é a Constituição Federal. É por isso que tanto os seus *fins* como também os *meios* para atingi-los têm que ser extraídos, em primeiro plano, daquele corpo normativo.

Neste contexto, o *processo*, que é *método* de atuação do Estado, no sentido de *técnica* que deve ser utilizada pelo Estado-juiz para prática e exteriorização de sua “vontade” (uma vontade vinculada a determinados fins preestabelecidos, uma “vontade funcional”, em sentido técnico, portanto), de seus atos em cada caso concreto, é forma de garantir que esse equilíbrio entre “meios” e “fins” seja adequadamente alcançado. Seja porque é *técnica* de colocar lado a lado a autoridade estatal (o magistrado) e os destinatários diretos e indiretos do ato a ser praticado, seja porque impõe à autoridade estatal (o magistrado) o dever de atuar pública e motivadamente. O processo, desse prisma de análise, garante o indispensável equilíbrio entre “autoridade” e “liberdade”; garante o equilíbrio entre os seus “resultados” e a “técnica” que o impõe e o que justifica em um modelo de Estado como o brasileiro.

O que se vem de afirmar é mais comum de ser lido em obras de direito administrativo<sup>2</sup>. Este Curso entende, contudo, que a *conformação* constitucional do Estado tão evidenciada naquele ramo do direito engloba qualquer *manifestação* que se faça acerca do direito público<sup>3</sup>. Não há como conceber o estudo da função jurisdicional, que é exercida pelo “Poder Judiciário”, distante daquele mesmo contexto normativo.

Por outro lado, o pensamento jurídico considerado como um todo, e não apenas o do direito processual civil, atravessa uma sensível alteração de *polo metodológico* com a que vem sendo chamada de “abertura” da norma jurídica. De um ordenamento jurídico claramente

2. É a tônica, aliás, de obras consagradíssimas como a de Celso Antônio Bandeira de Mello, *Ato administrativo e direitos dos administrados*, que tanto influenciaram a compreensão do direito público do autor deste Curso.

3. Como propõe Carlos Ari Sundfeld, *Fundamentos de direito público*, p. 92. “Importante perceber a razão da exigência de que os atos estatais sejam fruto de processo. Os agentes públicos exercitam poderes em nome de finalidade que lhes é estranha; desempenham função. Função é o poder outorgado a alguém para o obrigatório atingimento de bem jurídico disposto na norma. A lei, a sentença e o ato administrativo são unilaterais, sua produção não estando condicionada à concordância dos particulares atingidos. Estas duas características das atividades públicas – constituírem função e gerarem atos unilaterais invasivos da esfera jurídica dos indivíduos – exigem a regulação do processo formativo da vontade que expressam.

A atividade estatal é função, submetida a fins exteriores do agente. O legislador, o juiz, o administrador, não dispõem de poderes para realizar seus próprios interesses ou vontades. Seus atos valem na medida em que alcançam os fins que lhes correspondem. Daí dizer-se que a *vontade* do Estado é *funcional*. É nula a punição infligida ao servidor por cultivar ideologia desagradável ao chefe. Inadmissível que a sentença rejeite a ação porque o juiz se desentendeu com o autor. Os agentes públicos são meros canais de expressão da vontade do direito: o legislador, quando edita leis, exprime o querer da Constituição (e do povo); o juiz e o administrador, através de seus atos, realizam a vontade da lei.”

“hermético”, em que a “lei” deixava pouco ou nenhum espaço para ser preenchido pelo seu intérprete e aplicador, passou-se, gradativamente, a uma textura de ordenamento jurídico completamente diversa, em que o legislador, consciente de que não tem condições de prever com exatidão todas as situações das complexas relações sociais e estatais da atualidade, permite, expressamente, que o intérprete e o aplicador do direito *criem a melhor solução para cada caso concreto*.

Rápida análise que se faça do Código Civil (Lei n. 10.402/2002), em comparação com o Código Civil anterior, do longínquo ano de 1916, demonstra o acerto da afirmação. De uma lei que buscava, exaustivamente, descrever as hipóteses de incidência normativa e suas consequências, passou-se a um modelo normativo em que as hipóteses de incidência e as consequências jurídicas respectivas são menos claras, estão para “ser construídas” no dia a dia da aplicação do direito. Qual é a consequência jurídica de um contrato violar o chamado “princípio da probidade ou da boa-fé contratual” (art. 422 do CC)? O contrato é nulo como um todo? Algumas de suas cláusulas é que devem ser declaradas nulas? Se sim, quais cláusulas? O magistrado pode, sem pedido específico dos interessados, reconhecer essa nulidade?

No âmbito do direito público, as questões, a par de serem representativas do mesmo fenômeno, não são menos complexas. Pode o magistrado acolher pedido feito pelo Ministério Público para determinar a entrega de medicamentos a pessoas que sofram de determinada doença para fazer cumprir o art. 196 da Constituição Federal, segundo o qual “a saúde é direito de todos e dever do Estado”? Faz diferença que exista alguma lei específica que determine a aquisição, pelo Estado, daquele medicamento? E se o medicamento for daqueles que ainda não estão homologados ou autorizados pelas autoridades brasileiras competentes? Em suma: até que ponto o Estado-juiz pode contrastar, para declará-las erradas, corrigi-las ou implementá-las concretamente, as chamadas *políticas públicas*? No que pode consistir eventual responsabilização imposta pelo Judiciário dos entes administrativos pelo não cumprimento adequado daquelas políticas?<sup>4</sup>

Todas essas questões – e tantas outras poderiam ser apresentadas – são formuladas apenas com intuito ilustrativo, para demonstrar a riqueza do tema e a circunstância de elas não poderem ser desconsideradas pelo processualista civil no trato de sua própria matéria. Essa verdadeira “mutação de paradigma normativo” afeta também o “ser” ou, o que é mais correto, o “dever-ser” do processo em específico e do direito processual civil como um todo.

4. Tão mais pertinentes as indagações lançadas quando a busca de suas respostas se depara com duas súmulas do TJSP. De acordo com a Súmula 37 daquele Tribunal: “A ação para o fornecimento de medicamento e afins pode ser proposta em face de qualquer pessoa jurídica de Direito Público Interno”. Em consonância com a Súmula 65 da mesma Corte: “Não violam os Princípios Constitucionais da Separação e Independência dos Poderes, da Isonomia, da Discricionariedade Administrativa e da Anualidade Orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes”.

Não é mera coincidência a circunstância de o CPC ter substituído inúmeras menções à palavra *lei* que fazia o CPC de 1973 por *ordenamento jurídico* ou equivalente. É ver, dentre tantas passagens, seus arts. 8º, 18 e 140. Uma das funções tradicionalmente exercitadas, entre nós, pelo Ministério Público de “fiscal *da lei*” passou, pela mesma razão, a ser “fiscal da *ordem jurídica*”. Embora, em rigor, tais alterações sejam despidas de qualquer significado jurídico mais relevante, elas não deixam de ter certo apelo didático que acaba por mostrar não só a correção do que se acabou de escrever, mas também a inegável consolidação dessa evolução do pensamento contemporâneo.

Tais considerações não dizem respeito apenas ao tema relativo à interpretação do direito como um todo. Até porque, fosse assim, seria desnecessária sua referência neste *Curso*. O que releva indicar é que o novo “padrão” da norma jurídica acaba por afetar a própria forma de compreender o direito processual civil e o papel que ele deve desempenhar no ordenamento jurídico da atualidade. Se, por força dos novos horizontes do direito, a compreensão do ordenamento jurídico está sensivelmente alterada, não há como negar que essa mesma renovada *compreensão* – com todos os seus avanços e com todas as suas incertezas – afeta o próprio modo de pensar o direito processual civil em todos os aspectos. A *comunicação* e a *simbiose* dos planos material e processual referidas pelos parágrafos anteriores conduzem necessariamente a essa conclusão.

É importante, até para fins de mais adequada aproximação da matéria, contudo, distinguir o que até agora foi exposto em três grandes grupos, voltados a construir, da forma mais didática possível, as “bases” para compreensão da fase contemporânea do estudo do direito processual civil.

O primeiro é o que até agora foi exposto e será ainda mais bem explicado no número seguinte: o direito processual civil relaciona-se com o direito material. Comunicam-se o plano material e o plano processual. A mais adequada compreensão do direito processual civil depende da perfeita compreensão desses dois “mundos” de normas.

O segundo, ao qual se voltam os n. 2.2 e 2.3, *infra*, relaciona-se mais intimamente com a compreensão de que o direito processual civil é disciplina voltada ao estudo do “direito público” ou, de modo mais preciso, ao estudo de uma das formas de atuação do próprio Estado.

O terceiro diz respeito mais proximamente à “matéria-prima jurídica”, à própria compreensão que as normas jurídicas assumem na atualidade e em que medida elas afetam a compreensão do próprio direito processual civil, isto é, de que maneira elas acabam por impor uma necessária (re)construção de novos padrões de compreensão do direito processual civil como um todo e do papel do próprio Judiciário. É o tema ao qual se voltam os n. 2.4 a 2.6.6.

Assumindo essa proposta de divisão, os números seguintes dedicam-se a analisar um pouco mais de perto cada uma dessas *tendências* do estudo contemporâneo do direito processual civil que bem representam o método adotado para o desenvolvimento deste *Curso*.

É a partir dessas múltiplas formas de ver o objeto em estudo que será possível estabelecer, com o máximo de segurança, a base para a compreensão mais profunda de todo o direito processual civil e, como não poderia deixar de ser, de todas as suas partes integrantes, cada um de seus institutos e temas. A Parte II deste volume 1 e os demais volumes deste Curso vão, no tempo oportuno, demonstrar a aplicabilidade prática dessas premissas para (re)construir o pensamento contemporâneo do direito processual civil na perspectiva *neoconcretista* anunciada no n. 2.7, *infra*, e desenvolvida no Capítulo 5.

## 2.1 A necessária aproximação entre direito processual e direito material

De todas as considerações desenvolvidas até o momento, decorre uma constatação que, embora não seja “a” conclusão do quanto já exposto, pode (e deve) fazer as vezes de uma conclusão *parcial*. Uma “conclusão parcial” que dá sustento sólido às bases para construção de um pensamento contemporâneo do direito processual civil.

Diferentemente do que os “autonomistas” pregaram para justificar o caráter científico do estudo do direito processual civil, como “ramo do direito autônomo”, não vinculado ou dependente de qualquer outro, o direito material – aquele cuja aplicação ou observância controvertida rende ensejo à atividade jurisdicional – influencia a olhos vistos a compreensão do direito processual civil como um todo. Não se trata de dar destaque ao fenômeno da interpretação do direito que o magistrado terá de realizar para decidir, objeto de questionamentos dos n. 2.6 a 2.6.6, mas, bem diferentemente, de compreender que todas as vicissitudes, dificuldades e valores que habitam o plano do direito material são transportados, de uma forma ou de outra, para o plano do processo, fazendo com que esses dois planos do ordenamento jurídico (o material e o processual) comuniquem-se e alimentem-se recíproca e necessariamente. Diversos institutos processuais civis só têm sentido quando analisados à luz do plano do direito material. É importantíssimo, destarte, que o estudo do direito processual civil tenha consciência de que o plano material lhe diz respeito e influencia, de forma mais ou menos tênue, consoante o caso, o próprio “ser” do direito processual civil.

O direito processual civil, não obstante tenha identidade, função, finalidade e natureza próprias, *serve, atende e volta-se* para a concretização do direito material. O direito processual civil *concretiza* o direito material e se deixa influenciar de forma mais ou menos intensa por ele. Nessa perspectiva, o direito processual civil desempenha a finalidade de *instrumento* do direito material.

Vários autores voltaram-se, especificamente, à demonstração da *necessidade* de o estudo do processo civil assumir esse ponto de partida. É imprescindível estreitar ao mínimo indispensável os campos do “direito material” e do “direito processual” ou, para empregar o nome que

ganhou mais notoriedade na doutrina brasileira, reduzir ao mínimo essencial o binômio entre “direito” e “processo”<sup>5</sup>.

Todas as categorias do direito processual civil, de forma mais ou menos intensa ou direta, são *informadas* pelo direito material. Há uma necessária *comunicação*, uma necessária *interpenetração* de um campo no outro, embora o direito material não se confunda com o direito processual nem vice-versa. Mesmo naqueles casos em que as categorias processuais parecem existir independentemente do direito material, não se pode perder de vista que o direito processual civil se volta à concretização do direito material. Mesmo que alguma categoria do direito processual civil, destarte, não receba influências diretas do que está *fora* dele, nem por isso a perspectiva de análise aqui acentuada pode ser perdida de vista. É naquele plano que o processo pretende fazer surtir seus efeitos.

É o que se dá, por exemplo, com o sistema recursal. É difícil justificar qualquer forma de contraste ou de controle de uma decisão judicial por órgão jurisdicional diverso analisando essas estruturas do ponto de vista externo ao processo. Mesmo que o recurso de apelação, para tomar um exemplo, não seja, ele próprio, informado por alguma realidade de direito material, sua finalidade última, a de controlar a correção da sentença proferida pelo órgão jurisdicional de primeira instância, volta-se ao aprimoramento do que foi decidido e, nessa condição, volta-se ao direito material veiculado (ou que deveria estar veiculado) nela. Também a atividade recursal tem em vista, portanto, a produção de efeitos concretos *externos* ao processo.

Mais importante do que *constatar* essa premissa, é fundamental criar condições para bem concretizá-la. Por ora, é suficiente que ela seja erigida como uma das bases da construção do pensamento contemporâneo do direito processual civil. Aceita a premissa, o desenvolvimento do *Curso* perseguirá aquele objetivo.

## 2.2 As ondas de acesso à justiça

O despertar para o que o n. 2 chama de “fase contemporânea” do pensamento do direito processual civil encontra em um autor italiano, Mauro Cappelletti, expoente fundamental para as letras jurídicas consideradas como um todo<sup>6</sup>.

De acordo com Mauro Cappelletti, na exata medida em que o pensamento do direito processual civil passou a ser voltado para a realização de fins alheios ao processo, isto é, mais como “meio” (instrumento) do que como “fim”, colocou-se, no plano social e político, a ne-

5. A referência é feita à insuperável obra de José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*.

6. A obra de referência para as considerações que seguem no texto, escrita em coautoria com Bryant Garth, é *Acesso à justiça*. A tradução para o português foi feita por Ellen Gracie Northfleet.

cessidade de verificar em que condições o direito processual civil tem aptidão concreta, real, de atingir aqueles seus objetivos. Destacou, por isso mesmo, como forma de pensar o direito processual civil, o que ele chamou de “três ondas de acesso à justiça”, cada uma delas voltadas a verificar em que medida o direito processual civil e suas técnicas reúnem condições de realização de suas finalidades.

A primeira dessas “ondas de acesso à justiça” volta-se à criação de condições para propiciar o acesso à justiça aos hipossuficientes economicamente. A preocupação dessa primeira onda repousa fundamentalmente na criação de mecanismos para que todos os cidadãos, independentemente de suas condições econômicas ou financeiras, tenham acesso ao “serviço judiciário”, no sentido de terem condições concretas de requerer a proteção judicial (a tutela jurisdicional) nos casos em que ela se faz necessária e indispensável. É nesse contexto que surgem, para trazer à tona o direito brasileiro, as leis de assistência judiciária gratuita, as defensorias públicas e outras iniciativas similares.

O que importa destacar, a esse respeito, é que a marginalização dessas pessoas do sistema judiciário significa, de uma só vez, sua marginalização do próprio sistema jurídico considerado como um todo, porque, sem adequada proteção jurisdicional, sem condições efetivas de realização *concreta* dos direitos, é até mesmo difícil distinguir o plano do direito material de meras listas declaratórias de direito, a começar pelos direitos consagrados nas Constituições. O problema que se põe para o processualista, destarte, é pensar – vale a ênfase: *repensar* – o direito processual civil como forma de lidar *também* com essas realidades sociais e políticas, viabilizando que elas sejam concretizadas mediante a intervenção e a atuação do Estado-juiz.

O norte seguro dessa “primeira onda de acesso à justiça” repousa na descoberta dos mecanismos de viabilizar a representação de direitos de pessoas que, de outra forma, ficariam excluídas por completo da proteção jurisdicional. Ao tema, com os olhos voltados para o modelo constitucional do direito processual civil brasileiro, dedicam-se, em especial, os n. 2.11 e 2.15 do Capítulo 3.

A segunda “onda de acesso à justiça” delineada por Cappelletti relaciona-se com a proteção judicial do que é chamado de “direitos e interesses *difusos*”, assim entendidos aqueles direitos e interesses que, diferentemente do que sempre se constatou ao longo da evolução do próprio, não se encontram necessariamente “subjetivados” ou “individualizados” em alguém. São direitos e interesses que, muitas vezes, sequer têm aptidão de fruição individualizada, assim como se dá, por exemplo, com o meio ambiente ou com a moralidade administrativa. A característica dessa “onda de acesso à justiça” repousa na constatação de que os modelos de tutela jurisdicional sempre se prenderam a uma espécie de “direito” e “interesse” *individual*, pessoal, subjetivado, em que o reconhecimento do direito de um exclui necessariamente o do outro. Direitos e interesses, examinados desse ângulo, são verdadeiramente “exclusivos”, egoísticos, até mesmo. Direitos e interesses que exigem, para serem tutelados em

juízo, que o seu próprio titular se apresente pessoalmente perante o Estado-juiz, como (ainda) faz regra clara o *caput* do art. 18 do CPC.

Como o desenvolvimento da sociedade levou a inevitáveis modificações substanciais das próprias estruturas jurídicas – padrões de contrato e atuação administrativa nas políticas públicas são dois bons exemplos dessa nova realidade –, a tutela jurisdicional desses “novos” direitos e interesses não poderia ficar aquém dos “tradicionais” no que diz respeito ao tema da tutela jurisdicional. É a verificação das *novas* condições de tutela jurisdicional desses “novos” direitos e interesses, ou, quando menos, a necessária adaptação das antigas fórmulas e métodos, o ponto de análise e de pesquisa que marca a “segunda onda de acesso à justiça”.

Aqui, a exemplo do que se dá com a “primeira onda de acesso à justiça”, a preocupação central é a de viabilizar a representação judicial (no sentido de atuação concreta no plano do processo) de direitos e interesses que, de outra forma, restariam carentes de salvaguarda jurisdicional e, conseqüentemente, não passariam de meras declarações formais de “tutela de direitos”. O tema é retomado pelo n. 3.1 do Capítulo 5.

A chamada “terceira onda de acesso à justiça” propugna um novo meio de ser pensado o próprio direito processual civil como mecanismo de concretização do direito material, levando em conta e aprimorando o enfoque das “duas primeiras ondas de acesso à justiça”. Trata-se, a bem da verdade, de assumir, expressa e conscientemente, que o direito processual civil deve ser pensado de tal forma que garanta, na sua plenitude, as realizações e as fruições asseguradas no plano do direito material. Às técnicas características da “primeira” e da “segunda” “ondas de acesso à justiça” devem ser somadas outras para generalizar a tutela jurisdicional de quaisquer direitos materiais. Não deixa de ser a tomada de consciência explícita da qual o n. 2.1 trata.

É nesse sentido que a proposta da “terceira onda de acesso à justiça” também envolve a criação de mecanismos alternativos de solução de conflitos, que dispensem ou, quando menos, flexibilizem a necessidade da atuação da função jurisdicional, a criação de novos procedimentos de acordo com as vicissitudes do direito material controvertido e, de forma ampla, as reformas das leis processuais para que elas sejam mais aderentes às realidades externas ao processo. Não se trata, pois, de apenas criar condições de *acesso à justiça* no sentido de fazer que determinado direito ou interesse seja levado para apreciação do Estado-juiz, mas, muito além disso, de uma concepção que admite não ser suficiente a *representação* judicial de um direito. É mister também que a *atuação* jurisdicional possa tutelá-lo adequada e eficazmente, *concretizando-o* no plano exterior ao processo, no plano material.

A proposta reformadora que marca a “terceira onda de acesso à justiça” é a que rende ensejo à maior gama de possibilidades críticas ao estudo e à transformação do direito processual civil. É ela que, de forma consciente ou não, predomina na doutrina e na jurisprudência nacionais. É ela que acabou por conduzir às amplas transformações experimentadas pelo CPC de 1973 a partir, sobretudo, de 1994 e que marca, com nitidez, o surgimento do atual CPC.

Ilustra suficientemente bem o acolhimento da preocupação dessa “terceira onda de acesso à Justiça” o art. 4º do CPC, que tem a seguinte redação: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. A ênfase dada pelo dispositivo à “atividade satisfativa”, ao lado da “solução integral do mérito”, isto é, a combinação *adequada* (e necessária) entre as atividades *cognitivas* e *executivas* da função jurisdicional, além de encontrar fundamento expresso no inciso LXXIII do art. 5º da Constituição Federal, mostra o compromisso do direito processual civil com a concretização do direito material.

### 2.3 A instrumentalidade do processo

À medida que o direito considerado como um todo passou a ser estudado, analisado e sistematizado a partir da Constituição Federal – assunto do n. 2.6.4, *infra*, e, com mais vagar, do Capítulo 3 –, novas luzes, novos enfoques, novas preocupações são perceptíveis também para o direito processual civil e, conseqüentemente, para o plano do processo. Nessa perspectiva de análise, a tendência é a de um abandono necessário de uma visão única, predominante ou exclusivamente *técnica* do direito processual civil e a assunção de que ele busca necessariamente valores, fins, objetivos e escopos fora dele, estranhos a ele, que não se confundem com ele, mas que devem ser por ele alcançados e realizados.

Na literatura brasileira, Cândido Rangel Dinamarco, Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, é o mentor daquilo que foi chamado (e com esse nome amplamente divulgado) de “instrumentalidade do processo”, ou seja, a concepção de que o direito processual civil como um todo e o processo em particular só podem ser concebidos e entendidos como *instrumentos* do direito material, como instrumentos do exercício do poder pelo próprio Estado. Mas – e é aqui que reside o fundamental daquela genial construção –, como todo instrumento, sua perfeita compreensão repousa na identificação de quais são suas *finalidades* ou, como prefere Dinamarco, os seus *escopos*. A própria *utilidade* do processo só tem condições de ser medida e avaliada na proporção em que se saiba quais são os fins que ele deve atingir e em que grau esses fins são ou conseguem ser alcançados.

De acordo com a obra (-prima) de Dinamarco, são escopos do processo o “social”, o “político” e o “jurídico”.

Os escopos *sociais* relacionam-se intimamente com a ideia de justiça, de paz social, de apaziguação, de permitir aos cidadãos e à sociedade como um todo as fruições garantidas desde o plano do direito material. Na análise dos escopos sociais do processo, não há como perder de vista que o fundamento último do direito – e isso é expresso na Constituição brasileira, em seu art. 1º, III, e em seu art. 3º, I, III e IV – é a dignidade da pessoa humana. Ao processo, que, considerado em si mesmo, é método de atuação do Estado, não resta alternativa que não a de atingir aquelas mesmas finalidades, que caracterizam o modelo de Estado imposto pela Constituição Federal.

É como se fosse dito que o próprio Estado (aqui, a parcela jurisdicional dele, o Estado-juiz) precisa, ele próprio, do “processo” e, mais amplamente, das normas processuais civis, para realizar os seus próprios valores, os seus próprios objetivos, as suas próprias finalidades e necessidades. É no atingimento dessas finalidades – que justificam a própria razão de ser do Estado Democrático de Direito – que repousam, em última análise, os escopos sociais do “processo”.

Os escopos *políticos*, de seu turno, trazem à tona a necessidade de o Estado-juiz, na sua atuação, ter condições de afirmar a sua *autoridade*, o seu *poder* perante a sociedade, poder este, contudo, que, no modelo de Estado adotado pela Constituição de 1988, não é ilimitado mas, muito pelo contrário, mitigado e vinculado ao atingimento de finalidades públicas, finalidades do próprio Estado e estranhas aos exercentes da autoridade, do poder, *em nome* do Estado. Um “dever-poder”, portanto, como prefere este *Curso*, para homenagear sempre o grande Professor Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>7</sup>.

Por isso, na compreensão do “escopo político” do processo, não há como deixar de lado as preocupações tão clássicas quanto indispensáveis da “liberdade” dos indivíduos (“direitos subjetivos públicos”, assim entendidos os direitos dos cidadãos exigíveis do próprio Estado) e, mais amplamente, a ampla possibilidade (e necessidade) de *participação* dos destinatários da atuação do Estado nessa própria atuação. Seja como forma de verificar em que medida os *limites* inerentes à atuação do próprio Estado estão sendo devidamente observados, mas, mais do que isso, como forma de viabilizar um maior *consenso* com a produção da decisão do Estado-juiz.

De forma bem direta, os escopos *políticos* do processo podem ser entendidos como a necessidade de o Estado-juiz afirmar-se como “autoridade pública” no devido contexto que essa locução deve assumir em um modelo de Estado Constitucional como o brasileiro.

Os escopos *jurídicos*, por fim, representam a compreensão dos institutos processuais e seu desenvolvimento com vistas à consecução dos objetivos mais amplos, porque exteriores ao processo, que são os escopos social e político. A perfeita compreensão do “escopo jurídico do processo” pressupõe, destarte, a necessária *releitura* dos institutos processuais com vistas à sua compreensão em seu adequado contexto e missão teleológica. De nada adianta fixar como *metas* a realização dos escopos social e político se os *meios* de atingimento daquelas finalidades ficam aquém das *possibilidades* e das *necessidades* concretas. O “escopo jurídico”, destarte, rente às preocupações da “terceira onda de acesso à justiça” de Cappelletti, volta-se à revisitação dos tradicionais institutos do direito processual civil com vistas ao seu aperfeiçoamento para cumprirem seu papel mais adequadamente.

Dinamarco também acentua a necessidade de compreender, para afastá-la, a “instrumentalidade no seu aspecto (ou sentido) *negativo*”. Pela expressão devem ser entendidas as defor-

---

7. *Curso de direito administrativo*, p. 27.

mações ou exageros derivados da identificação dos escopos da jurisdição. É tratar o processo fora de seu contexto, hipertrofiando quaisquer de seus escopos em detrimento dos outros ou, até mesmo, o que significaria retrocesso tão inescandível como indesejável, dando-se destaque mais às próprias estruturas do processo (escopo jurídico) do que àquilo que está fora dele e que por ele deve ser atingido (escopos social e político). O próprio Dinamarco chega, a propósito, a acentuar o risco que é transformar a “forma”, inerente à prestação jurisdicional, para fins de *garantia* para os sujeitos do processo, em *formalidade* estéril, vazia de significado. A instrumentalidade no sentido negativo, destarte, prega a ausência de abusos ou de excessos na compreensão dos escopos do processo. É, em última análise, seu necessário ponto de equilíbrio.

## 2.4 Os direitos fundamentais e o direito processual civil

Outro desdobramento que também diz respeito à assunção de o direito processual civil precisar ser estudado a partir da ótica constitucional relaciona-se com a temática dos direitos fundamentais. Se a ênfase do constitucionalismo atual é justamente o asseguramento dos direitos fundamentais (na Constituição brasileira, vale o destaque uma vez mais dos arts. 1º, III, e 3º), o direito processual civil como um todo e, em particular, o próprio processo, como mecanismo de atuação do próprio Estado, não podem ficar aquém daquele desiderato constitucional. É afirmar de forma bem direta: o direito processual civil e todos os seus institutos devem ser compreendidos de maneira a realizar os direitos fundamentais tais quais assegurados no plano constitucional.

A doutrina mais recente do direito constitucional tem destacado a importância da exata compreensão do que são e para que servem os chamados “direitos fundamentais”. Para os fins deste *Curso*, cabe tão somente constatar essa realidade e indicar em que condições ela deve servir para a (re)construção da fase contemporânea do estudo do direito processual civil.

É bastante comum, a esse respeito, ler-se, na doutrina especializada, o entendimento de que é desejável distinguir quatro “gerações” ou “dimensões” dos direitos fundamentais. Essas “gerações” ou “dimensões” de direitos devem ser compreendidas no sentido de que, embora seja possível distinguir quatro grupos bem definidos de direitos fundamentais, desde sua primeira percepção nos primórdios do estudo do direito público até as mais recentes conquistas que o mundo globalizado da atualidade reserva, inclusive para o direito processual civil, elas convivem entre si e não foram suplantadas umas pelas outras. São, vale o destaque, apenas grupos classificatórios que acabaram por se justificar ao longo do tempo.

Sem pretender ir a fundo na matéria, é bem ilustrativa a seguinte indicação de cada uma dessas “gerações” ou “dimensões” dos direitos fundamentais, construídas a partir da obra de Paulo Bonavides<sup>8</sup>.

Os “direitos fundamentais da primeira geração” são os clássicos direitos da liberdade em sentido amplo do indivíduo oponível em relação ao Estado. Eles significam, antes de mais nada, a imposição de *limites*, de *abstenções*, à atuação do Estado. Geram para o próprio Estado obrigações ou deveres de não fazer ou de não agir. São direitos que, desde sua compreensão e estudo, caracterizam o indivíduo como tal, alheio ao grupo social.

Os “direitos fundamentais da segunda geração” representam os direitos que começaram a ser estudados e compreendidos mais fortemente no século XX. São os chamados “direitos sociais” em sentido amplo, que passam a ser compreendidos a partir de uma visão da sociedade como um todo e não mais do indivíduo dela isolado. De um estado original de baixíssima eficácia – questionava-se até mesmo se se tratava, ou não, de normas jurídicas e, como tais, dignas de tutela material ou jurisdicional –, a Constituição brasileira de 1988 fez expressa opção em reconhecer-lhes *status* de norma jurídica e de aplicabilidade imediata. Isso, no campo do processo, quer significar que elas são dignas de tutela *jurisdicional*.

Os “direitos fundamentais da terceira geração” voltam-se, em um campo de atuação ainda mais amplo, a tutelar situações não de um indivíduo ou de uma coletividade específica em determinado Estado, mas do próprio ser humano enquanto tal, independentemente de sua nacionalidade. São direitos que dizem respeito às condições do meio ambiente, comunicação, patrimônio comum da humanidade, à paz, por exemplo.

Os “direitos fundamentais da quarta geração” surgem como uma consequência da globalização política na esfera da normatividade jurídica e são bem representados pelo direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo.

Há até mesmo a identificação de “direitos fundamentais *institucionais*”, querendo a expressão significar a necessária proteção despendida pela Constituição não aos indivíduos considerados isoladamente em face do Estado, mas, em uma perspectiva mais ampla, dos indivíduos reunidos em *instituições* voltadas a desempenhar determinados papéis na estrutura do Estado ou da sociedade.

Na perspectiva processual, essas dimensões dos direitos fundamentais rendem exemplos seguros da importância do estudo do “direito processual *coletivo*”.

Mais importante do que aprofundar o estudo dessas *dimensões* dos direitos fundamentais, o que releva para este *Curso* é aspecto diverso da temática. O que deve ser posto em destaque é que se os constitucionalistas não hesitam em afirmar que todos esses “direitos”, independentemente da “dimensão” ou “geração” a que pertençam, são, ao contrário do que à doutri-

8. A referência é feita ao *Curso de direito constitucional*, p. 561-572.

na tradicional quis parecer, “justiciáveis” no sentido de que eles não podem e não devem ser entendidos como meras prescrições de direitos, é porque eles devem ser concretizados inclusive – e se necessário – pela atuação do Estado-juiz.

São direitos que, porque assegurados pela Constituição Federal, *devem-ser* concretizados pelo Estado como um todo e, até mesmo, pelos e entre os próprios particulares. Não são mais, como a doutrina tradicional chegou a entender em determinado momento evolutivo, meras *declarações* de direitos ou meras normas *programáticas*, sem eficácia direta e imediata que, no máximo, vinculariam o legislador. São, bem diferentemente, normas que impõem um comportamento ativo e decisivo de *todo o Estado*, que não só dispõem a respeito de objetivos a serem alcançados, mas, também, que impõem formas para seu atingimento, que têm efeitos diretos e imediatos, e é por isso que aqueles direitos, na concepção aqui analisada, devem ser realizados, sob pena de ruírem os próprios objetivos do Estado. Como a apresentação da matéria já terá dado a entender, esses “meios de realização concreta” residem, também, no direito processual civil e envolvem, também, a atuação do Estado-juiz.

Um exemplo tem o condão de expor com bastante fidelidade as preocupações que estão por trás dos parágrafos anteriores: a Constituição Federal brasileira assegura, em seu art. 196, que todos têm *direito* à saúde e que ela é *dever* do Estado. O que acontece, no entanto, se o cidadão se vê privado daquela garantia constitucional? Pode ele ir ao Estado-juiz para pleitear *tutela jurisdicional*, isto é, pedir para que o Estado-juiz o proteja contra aquela situação que, no plano material constitucional, é-lhe assegurada expressamente? Pode o magistrado conceder ao cidadão os remédios ou os tratamentos que, não obstante garantidos pela Constituição Federal, ele não consegue obter no “plano material”, é dizer, de forma bem direta: no próprio posto de saúde ou no hospital público? Os nossos Tribunais, inclusive o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, vêm dando a essas questões respostas positivas<sup>9</sup>.

9. Assim, apenas a título ilustrativo: “Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Administrativo. 3. Fornecimento pelo SUS de medicamento específico. Razões médicas insuficientes para afastar o uso do medicamento de referência. 4. Necessidade do revolvimento do conjunto fático-probatório. Impossibilidade. Súmula 279. Precedentes. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental a que se nega provimento” (STF, 2ª Turma, ARE AgR 1.034.264/PE, rel. Min. Gilmar Mendes, j.un. 29-9-2017, DJe 10-10-2017); “SAÚDE – MEDICAMENTOS. O preceito do artigo 196 da Constituição Federal assegura aos menos afortunados o fornecimento, pelo Estado, dos medicamentos necessários ao restabelecimento da saúde. [...]” (STF, 1ª Turma, ARE AgR 1.021.259/PE, rel. Min. Marco Aurélio, j.un. 15-8-2017, DJe 19-10-2017), e “ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TEMA 106. JULGAMENTO SOB O RITO DO ART. 1.036 DO CPC/2015. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO CONSTANTES DOS ATOS NORMATIVOS DO SUS. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL. REQUISITOS CUMULATIVOS PARA O FORNECIMENTO. 1. Caso dos autos: A ora recorrida, conforme consta do receituário e do laudo médico (fls. 14-15, e-STJ), é portadora de glaucoma crônico bilateral (CID 440.1), necessitando fazer uso contínuo de medicamentos (colírios: azorga 5 ml, glaub 5 ml e optive 15 ml), na forma prescrita por médico em atendimento pelo Sistema Único de Saúde – SUS. A Corte de origem entendeu que foi devidamente demonstrada a necessidade da ora recorrida em receber a medicação pleiteada, bem como a ausência de condições financeiras para aquisição dos medicamentos. 2. Alegações da recorrente:

O exemplo dado não quer problematizar a questão, tão interessante quanto complexa. O que ele quer destacar é a medida em que se faz necessária a revisão do pensamento do direito processual civil, forte na sua compreensão desde seu plano exterior, na própria configuração dos direitos, mesmo que de normatividade bastante difusa, mas, nem por isso, menos “justificáveis”. Trata-se, claramente, de entender a necessidade de a *função judiciária* não ser conivente com as omissões das demais *funções* do Estado. Como a *função judiciária* é, também, “Estado” para todos os fins, trata-se, isso não pode ser colocado em dúvida, também de *função estatal* e, como tal, ela deve perseguir o atingimento concreto das finalidades públicas impostas desde a Constituição Federal na perspectiva aqui analisada.

Ademais, não fosse suficiente o que dão conta os parágrafos anteriores, a temática dos “direitos fundamentais” não pode ser alheia à pauta de preocupações do pensamento *contemporâneo* do direito processual civil, na exata medida em que seus estudiosos não negam que eles, os direitos fundamentais, se integram ao ordenamento jurídico por intermédio de *princípios jurídicos* e, nessa medida, convida, não fosse por tudo quanto já escrito, a uma renovada reflexão do direito processual civil desde o plano constitucional. É por isso, aliás, que alguns autores vêm se referindo a um “direito fundamental à efetividade da jurisdição” e, mais amplamente, ao próprio “direito de ação” como um “direito *fundamental*”. A questão, no que aqui interessa, é menos de nomenclatura e mais de conteúdo, com o intuito de reinterpretar e reequipar a compreensão do direito processual civil na atualidade.

Por essa razão é que se justifica o destaque da importância de se levar em conta a teoria dos direitos fundamentais para a adequada compreensão do estudo do direito processual civil. Não há como deixar de lado a noção de que a função jurisdicional é (também) mecanismo de concretização dos valores idealizados pela própria Constituição Federal para busca, em última análise, de melhor vida para todos. Com esse deslocamento metodológico, o estudo do direito processual civil passa a *servir*, em última análise, ao destinatário da norma

---

Destacou-se que a assistência farmacêutica estatal apenas pode ser prestada por intermédio da entrega de medicamentos prescritos em conformidade com os Protocolos Clínicos incorporados ao SUS ou, na hipótese de inexistência de protocolo, com o fornecimento de medicamentos constantes em listas editadas pelos entes públicos. Subsidiariamente, pede que seja reconhecida a possibilidade de substituição do medicamento pleiteado por outros já padronizados e disponibilizados. 3. Tese afetada: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106). Trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento de medicamento, previsto no inciso I do art. 19-M da Lei n. 8.080/1990, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas. 4. TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015: A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento. 5. Recurso especial do Estado do Rio de Janeiro não provido. Acórdão submetido à sistemática do art. 1.036 do CPC/2015” (STJ, 1ª Seção, REsp repetitivo 1.657.156/RJ, rel. Min. Benedito Gonçalves, j.un. 25-4-2018, DJe 4-5-2018).

jurídica, o próprio homem e a própria mulher, inserido(a) na sua vida social, no seu Estado, e não mais ao “direito em si mesmo considerado”.

O direito, assim entendido, é uma das formas de regulação da vida em sociedade e, por isso mesmo, o seu objetivo final é a felicidade do próprio homem em sentido amplo e da própria sociedade, a realização de seus valores mais caros, no que são inequívocos, pertinente a ênfase, os arts. 1º e 3º da Constituição Federal. Na medida em que aqueles valores não são alcançáveis voluntária ou espontaneamente, a mesma concepção relativa à *necessidade* da intervenção judiciária que abriu este *Curso* apresenta-se para a redobrada reflexão do estudante e do estudioso do direito processual civil.

## 2.5 Síntese conclusiva parcial

À guisa de síntese conclusiva do que os n. 2.1 a 2.4 tratam, valem algumas considerações que querem fornecer uma visão de conjunto das considerações feitas até aqui.

Mesmo assumindo a distinção entre os dois “planos normativos” *material* e *processual*, importa ter presente que ambos se comunicam necessariamente. Essa *comunicação*, contudo, é qualificada porque o “plano processual”, o “direito processual civil”, volta-se a disciplinar a atuação do próprio Estado-juiz. E não se trata de um “Estado” qualquer, mas de um específico modelo de Estado, o “Estado Constitucional”, que é – que *deve-ser* – assumido como aquele desejado (imposto) pela Constituição de 1988, não afetado, no particular, pelas inúmeras (e constantes) Emendas Constitucionais.

Assim, ao mesmo tempo que a dicotomia “tutela de direitos” e “tutela *jurisdicional* de direitos” justifica uma reflexão redobrada no estudo do “direito processual civil”, para verificar em que medida as legítimas expectativas que nascem e se reproduzem no “plano material” serão adequadamente tuteladas (protegidas) naquele mesmo plano, o exercício da *função jurisdicional* não pode ser descomprometido com outros valores, que regem, que vinculam, que impõem o modo de atuação do próprio Estado. Os valores do direito material controvertido influenciam, de maneira mais ou menos sensível, a forma de sua tutela *jurisdicional*; mas os valores regentes da atuação e da personificação do próprio Estado atuam sobre o seu específico agir, qualificando-o. Por isso, a comunicação entre os planos exteriores ao processo e a ele inerentes, verdadeiramente *interiores*, é qualificada.

Não se trata, apenas, de estudar as formas de tutela *jurisdicional* *mecanicamente*, como se bastassem *quaisquer* formas, qualquer tutela, qualquer atuação do Estado. Em um modelo de Estado como o brasileiro, o desafio que se apresenta necessariamente é o de se pensar os limites e as melhores formas, as formas *ótimas* de atuação do próprio Estado, no exercício da *função jurisdicional*. É esse o desafio do estudo *contemporâneo* do direito processual civil. É esse o desafio assumido para o desenvolvimento deste *Curso*.

Diante das considerações até aqui expostas, o que importa colocar em relevo, portanto, é a circunstância de que o estudo contemporâneo do direito processual civil caracteriza-se pelo máximo equilíbrio entre os “resultados do processo” e a “técnica processual”. Esse tema, que tem assento expresso na própria Constituição Federal, extrapola, por isso mesmo, sua concepção como mera “proposta filosófica de estudar o processo civil” ou, colocado de outra forma, como um modelo a ser ou não seguido de acordo com a vontade daquele que se propõe estudar o direito processual civil.

A bem da verdade, o estudo do direito processual civil é *necessariamente vinculado* à realização concreta de valores que estão dispersos no ordenamento jurídico, desde e a partir da Constituição Federal, e que justificam, em última análise, a própria razão de ser do Estado e, devidamente atualizada, a razão histórica pela qual ele, o Estado, “vedou” que seus particulares, a sociedade civil, e ele próprio fizessem “justiça com as próprias mãos”. Na contraface da vedação generalizada da “autotutela” localiza-se o tema e todos os ricos desdobramentos da “tutela *jurisdicional*” nas mãos de um específico modelo de Estado, como é o brasileiro.

É como se sublinhasse que aquele que se predispõe a estudar o direito processual civil não tivesse escolha nenhuma sobre como iniciar a descoberta do objeto de sua análise. Ele tem que começar pela Constituição Federal e verificar em que medida o direito processual civil como um todo e cada um de seus institutos, a “jurisdição”, a “ação”, o “processo” e a “defesa”, para mencionar os considerados institutos “fundamentais”, mostram-se capazes de realizar adequadamente o equilíbrio entre aquelas duas vertentes: a obtenção dos *resultados* práticos e concretos do processo e a *técnica* que se desenvolveu enormemente desde os primeiros estudos “científicos” do direito processual civil, e que cria as condições mínimas (os *meios*) para atingimento daqueles fins. Como o direito processual civil assenta-se no estudo de uma atuação do Estado (do Estado-juiz), os meios e os fins são regulados pela ordem jurídica e, nesse sentido, a correção de um afeta a do outro e vice-versa.

É por essa razão que Cândido Rangel Dinamarco, ao tratar da sua visão “instrumentalista do processo”, destaca ser o processo um verdadeiro “microcosmos” do Estado Democrático, Social de Direito<sup>10</sup>. Para este *Curso*, a expressão deve ser compreendida no sentido de as opções políticas feitas pela Constituição brasileira deverem estar espelhadas, verdadeiramente refletidas, no direito processual civil. Até porque o *processo*, em si mesmo considerado, é *método* indispensável de manifestação da vontade do Estado, de todo o Estado, e não só do Estado-juiz, e é, por isso, justamente por isso, que todo o direito processual civil se ocupa, em última análise, do estudo dessa forma de *exteriorização* da vontade estatal, em estreita observância aos limites e aos objetivos impostos pelo ordenamento jurídico, a começar pela Constituição Federal.

10. *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 89-90.

## 2.6 A interpretação do direito e a atividade jurisdicional

É necessário ir além para a construção de uma base sólida relativa à (re)construção do pensamento contemporâneo do direito processual civil na atualidade.

Uma nova forma de se pensar o direito processual civil, forte na compreensão e aplicação dos valores da Constituição Federal e na teoria dos “direitos fundamentais”, justifica-se também em função do “tipo” de norma jurídica que, cada vez mais, é a utilizada como padrão pelo legislador brasileiro.

Com efeito, o paradigma atual do direito legislado – não só do “direito constitucional”, mas de todo o “direito”, inclusive do próprio Código de Processo Civil – é, por si só, suficiente para que a “abertura” interpretativa propugnada com relação à teoria dos direitos fundamentais faça-se também presente em todas as demais situações de atuação do Poder Judiciário. Mais ainda quando há parcela que afirma que ao juiz não é dado *criar* direito algum, que a atribuição do Poder Judiciário ainda é a de julgar conforme e *sob* as condições da lei preexistente. Como se esta “lei” fosse suficiente, sempre e por definição, para cobrir todo e qualquer fato conflituoso que seja entregue ao juiz para julgamento. Como se a atividade do juiz fosse, apenas, a de *aplicar* uma lei sem qualquer margem subjetiva de apreciação do próprio fato e do direito.

Diante desse quadro, é importante traçar algumas considerações específicas para assentar suficientemente – sempre com ânimo de mera *constatação* e não de *demonstração*, sob pena de ir além dos limites deste *Curso* – as noções indicadas no parágrafo anterior.

### 2.6.1 A crise do legalismo

Na atualidade, não se pode colocar em dúvida que o estudo do direito, mesmo o estudo *científico* do direito, já não pode ser entendido como fenômeno de “neutralidade” ou de “pureza” no sentido de afastar por completo o que é jurídico propriamente dito daquilo que não o é. Quando menos, que o direito não corresponde à *letra* da lei e que todas as consequências jurídicas possíveis para quaisquer fatos não estão em estado de latência nos códigos e nos mais variados diplomas normativos na cômoda posição de aguardo de serem pinçados e aplicados pelo magistrado quando devidamente provocado para tanto.

Definitivamente, esse paradigma do que “é” o direito já não pode prevalecer. Não que, por vezes, aquela mesma e tradicional forma de se compreender e atuar diante do fenômeno jurídico não possa ocorrer hoje como ocorria há um ou dois séculos. No entanto, o paradigma do direito, a postura do intérprete e do aplicador diante do fenômeno jurídico, alterou-se por completo.

O fato é que hoje se pensa e se aplica direito de uma forma muito diferente do que se aplicava, por exemplo, no início da década de 1970 no Brasil, quando da promulgação do

Código de Processo Civil de 1973. Mais ainda quando percebemos que esse novo (ou *atual*) paradigma do direito, essa postura diversa diante do fenômeno jurídico, generalizou-se por completo, inclusive *no e por causa do* atual Código de Processo Civil. Mesmo a “matéria-prima” do direito (a própria norma jurídica ou, mais precisamente, os *textos* jurídicos que, em verdade, são sua “matéria-prima”) já não aparece, perante aquele que vê o fenômeno jurídico, da mesma forma que outrora. Desde o nascimento do “pensamento jurídico moderno”, assim entendido o período que nasce com o Estado na concepção que hoje o conhecemos e o reconhecemos até os dias atuais, há uma longa escalada – em ritmo crescente – de alteração do padrão de análise, compreensão, manuseio e finalidades do próprio direito.

O que se constata é que, na atualidade, já não se pode afirmar que o direito pode ser estudado, analisado, sistematizado ou aplicado despido de quaisquer outros valores que não os “exclusivamente” jurídicos.

Até porque, mesmo nos primeiros questionamentos dos exegetas do século XIX, é muito difícil – se não absolutamente impossível – discernir o que é direito do que não é direito quando ele é analisado do ponto de vista do seu *conteúdo*. Qual a distinção entre uma norma jurídica ou de uma norma ética ou moral do ponto de vista de seu *conteúdo*? É jurídico o material empregado pelo aplicador do direito para resolver antinomias ou para preencher lacunas que se evidenciam nas soluções dos casos concretos?

A necessidade de enfrentamento dessas questões acabou por levar a outras formulações acerca do pensamento jurídico como um todo e do próprio “positivismo jurídico”. Até porque – isso também já não pode ser posto de lado e desconsiderado – a “neutralidade” da ciência, de qualquer ciência, é, por si só, uma opção ideológica e que se justifica, de uma forma ou de outra, consoante sejam os valores políticos reinantes em dada sociedade em dado momento.

Essas muito breves considerações têm como objetivo, tão só, o de evidenciar que o atual estágio do pensamento jurídico é *conscientemente valorativo*; é, *conscientemente, aberto* à captação e à compreensão dos valores dispersos da sociedade; é, *conscientemente, problemático*. Independente de se querer constatar esse fenômeno anteriormente, é certo que, na atualidade, o elemento “não jurídico” *deve-ser* expressamente levado em conta pelo “cientista” e pelo “aplicador” do direito. Aquele elemento integra a própria “matéria-prima” que o aplicador do direito tem que manusear para resolver os problemas jurídicos que lhe são dados para resolução, contextualizando-os adequadamente quando soluciona cada caso concreto que lhe é apresentado.

A função do magistrado, não há como esconder essa *realidade*, é uma atividade *criativa*. Já não se espera do magistrado que realize uma reflexão quase-que-lógica ou quase-que-matemática sobre dadas premissas para concluir em um ou em outro sentido, mas, bem diferen-

falar, em todos e em quaisquer casos, que a atividade do intérprete e do aplicador do direito seja meramente *subsuntiva*, mas, bem diferentemente, sua função passa a ser *concretizadora*, no sentido de *criadora* do próprio direito a ser aplicado, justamente em função da *complexidade* do ordenamento jurídico atual. De uma atividade de mero *conhecimento-neutro* (um comportamento passivo) do fenômeno jurídico para sua aplicação, passa-se a uma atividade *criadora-valorativa* (um comportamento ativo), *conscientemente* criadora e valorativa do juiz<sup>11</sup>.

A dificuldade, e também o desafio, que se põe para os modelos de compreensão do fenômeno jurídico da atualidade, destarte, é *como* compatibilizar a compreensão e a sistematização desses valores dispersos pela sociedade e pelo próprio Estado na aplicação do direito. É como, e em que condições, *capturar* os valores que estão inescandivelmente dispersos pela sociedade e pelo próprio Estado.

Como os n. 2.2 e 2.3, *supra*, evidenciam, essa mesma preocupação tem “migrado” também – e conscientemente – para o direito processual civil. Para o estudo do direito processual civil, a doutrina – assim como os Tribunais – tem destacado cada vez mais a necessidade de incorporar expressamente os *valores* derivados da Constituição Federal e, pois, de uma forma mais ampla, do próprio Estado brasileiro. O art. 1º do CPC, nesse particular, é felicíssimo, verdadeiramente didático, quando acentua a necessária *ordenação, disciplina e interpretação* do direito processual civil “conforme os *valores* e as *normas fundamentais* estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil”.

## 2.6.2 A indispensabilidade da interpretação do direito

As observações expostas no número anterior dão conta da profunda alteração que o “direito”, e assim como ele seu estudioso, atravessou ao longo dos tempos e ainda atravessa nos dias atuais. Mais do que nunca, mesmo nos países de tradição românico-germânica, como é o caso brasileiro, prega-se a imprescindibilidade da *interpretação* do direito para seu conhecimento derradeiro. É afirmação que a cada dia ganha mais adeptos, a de que a norma jurí-

11. “A inafastável consequência da evolução do pensamento do direito e a concordância, entre filósofos e teóricos do direito, de que o fenômeno jurídico *não pode* ser pensado de forma ‘pura’ ou ‘neutra’, despido de outros elementos que não os exclusivamente jurídicos, é a percepção de que o juiz, ao *aplicar* o direito, é um *criador* de normas jurídicas. O caráter ‘avalorativo’, típico do positivismo jurídico, já não pode ser acatado (ver itens 1 e 3, *supra*). Trata-se, é certo, de uma modalidade de *criação* um tanto diferente daquela que está sob responsabilidade do legislador, mas a interpretação e a aplicação do direito, mesmo quando feitas pelo juiz, que tem o dever de julgar um caso concreto, são, necessariamente, *criativas*.” [...] “O consequente incremento dos poderes do juiz a partir de um novo padrão de norma jurídica ou diante de uma nova forma de sua enunciação é inegável. Deixa-se de lado o mito da neutralidade do juiz, mero aplicador *automático* da lei, e se passa a lidar com o juiz que se sabe necessariamente influenciado pelos valores dispersos na sociedade civil e no próprio Estado. O juiz, antes mero *aplicador* da lei, dada pronta e acabada pelo legislador, passa a ser hoje compreendido como elo fundamental na cadeia de *produção* normativa. É ele, isso já não pode ser negado, evitado, escondido ou escamoteado, *criador* da norma jurídica” (Cassio Scarpinella Bueno, *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 64-66).

dica é, em verdade, o *texto da lei interpretado e aplicado à luz dos fatos concretos*. Não há direito sem interpretação e sem aplicação concreta. Interpretação e aplicação são, na realidade, uma só operação, analisada em dois momentos diversos. Norma jurídica não se confunde com o *texto* normativo; norma jurídica é o necessário e inafastável *resultado da interpretação do texto normativo*<sup>12</sup>.

O que se põe a olhos vistos, portanto, é a necessidade de compatibilizar essas amplas e abertas formas de interpretação do direito com o que se espera de uma decisão jurisdicional. Como a *qualidade* das normas jurídicas – a “matéria-prima” do direito (seus *textos*) – alterou-se bastante daquilo que tradicionalmente era reconhecido como objeto de norma jurídica ou, quando menos, passível de uma regulação jurídica, não há como evitar que se pergunte em que condições concretas a tradicional formação de um magistrado tem condições de lhe oferecer, com os resultados que se fazem necessários para o adequado desempenho de sua função jurisdicional, condições concretas e subjetivas de interpretar e, conseqüentemente, aplicar o direito levando em conta dados, elementos e dificuldades que com certeza não são de seu conhecimento técnico.

Uma coisa, vale a pena frisar esse ponto, é reconhecer que o magistrado julgue a mesma *qualidade de causas* que a magistratura sempre enfrentou, desde os tempos do direito romano. Para tanto, há séculos, verdadeiros milênios, de tradição. A outra é esperar do Judiciário que bem decida a respeito das condições específicas e concretas da implementação de uma política pública, de uma prática abusiva de mercado, sobre a constitucionalidade de um plano econômico que pretende pôr fim à instabilidade da economia de um país e assim por diante.

Por mais que se altere e que se queira alterar o próprio modelo de resolução de conflitos, inclusive com a sua “desestatização”, isto é, com a retirada das mãos do Estado do *método* de resolução do conflito (como se dá, por exemplo, com a arbitragem), não há como deixar de verificar que a questão aqui discutida não surge no plano do próprio processo, mas, bem diferentemente, no plano do direito material. Quiçá, até em um plano ainda mais elevado, na própria filosofia ou teoria geral do direito. Ao processo, como *instrumento* que é, cabe apenas conformar-se, ajustando-se às radicais transformações do direito material e às diversas posturas que se colocam diante da sua própria compreensão, adaptando-se necessariamente a tais alterações, sob pena de se mostrar insatisfatório para a consecução de seus objetivos e, conseqüentemente, frustrando a própria concretização do direito.

12. Há farto material de pesquisa para o assunto, cabendo dar destaque às reflexões feitas por jovem e talentosíssimo Professor de Direito Processual Civil da PUCSP, Georges Abboud, em seu *Processo constitucional brasileiro*, p. 65-350, em especial, p. 196-262. O autor deste *Curso*, por sua vez, teve oportunidade de se dedicar ao tema comparando a interpretação do direito à interpretação musical, destacando a importância de se conscientizar a distinção entre o *texto* e o resultado da interpretação, a *norma*. Para os amantes da música, a leitura é, quando

### 2.6.3 A norma jurídica e sua concretização

O direito precisa ser interpretado para ser aplicado. É correto afirmar que não há direito sem sua interpretação e sem sua específica aplicação aos casos concretos. O que há são *textos* que não se confundem com as *normas jurídicas* propriamente ditas. As normas são decorrência da interpretação dos textos.

E os textos jurídicos, verdadeira “matéria-prima” sobre a qual recai o trabalho do intérprete e do aplicador do direito, alteraram-se profundamente nos últimos anos, mormente quando são analisados da perspectiva de sua forma de expressão e realização sensível.

É por isso que é cada vez mais frequente, porque indispensável, tratar de “princípios”, de “cláusulas gerais”, de “conceitos vagos e indeterminados”, e assuntos tais que, a olhos vistos, correspondem hoje à maneira usual da produção normativa por meio dos textos. Rareiam as hipóteses em que o texto jurídico reúne, ele próprio, elementos objetivos o suficiente para afastar maiores dúvidas sobre seu sentido e, conseqüentemente, há incontáveis divergências naquela necessária busca.

Aquelas figuras representam uma “técnica” (consciente) de construir *textos* jurídicos que conduzem o magistrado a se debruçar sobre cada fato apresentado para julgamento para extrair dele o que lhe parece mais sensível, mais importante, mais marcante, mais característico, a fim de interpretá-lo e aplicá-lo adequadamente, concretizando a norma jurídica. Não se trata, pois, de uma aplicação no sentido “tradicional” do termo, que se refere, mesmo que *inconscientemente*, ao magistrado como um autômato do direito. A proposta é no sentido de que a aplicação pressupõe verdadeira *criação* do direito para o caso concreto, valorando pessoalmente aquilo que está em julgamento. Não apenas a recuperação de uma valoração que terá sido feita pelo próprio legislador ao editar a “lei”, no momento em que constrói o texto jurídico, mas, bem diferentemente, de uma valoração *presente*, a ser feita pelo próprio magistrado, diante do caso concreto com todas as suas peculiaridades e que deve decidir mesmo quando a solução não esteja clara, expressa, pressuposta, “dada” na *letra* da lei, *reconstruindo*, pois, o texto para dar nascimento à norma jurídica aplicável.

O atual Código de Processo Civil é, ele mesmo, prova segura do acerto de todo esse desenvolvimento. Longe, bem longe, das grandes codificações do final do século XIX e do início do século XX e da própria concepção ideológica que, de alguma forma, prevaleceu sobre o CPC de 1973 nos seus primeiros quinze ou vinte anos de vigência a respeito da viabilidade de um código compreender “todo o” direito legislado, o CPC de 2015 é um código do século XXI, repleto de “princípios”, de “cláusulas gerais”, de “conceitos vagos” a serem considerados pelo magistrado (e, antes da sua decisão, também pelos demais sujeitos do processo que *cooperam* igualmente para aquele fim, como quer seu art. 6º) para decidir. É impossível querer constranger o direito processual civil aos seus artigos.

O que se veio de destacar é arredo ao que por muito tempo prevaleceu em termos de “técnica legislativa”, no sentido de negar que o magistrado pudesse *valorar* a hipótese con-

creta do julgamento, a partir do texto jurídico. Os textos jurídicos construídos com cláusulas gerais, por exemplo, ao contrário de outros que adotam a técnica “casuística”, pressupõem uma pesquisa mais livre do magistrado em busca dos fatos que reclamam a incidência desta ou daquela norma e, mais do que isso, permitem que o magistrado *crie* o direito a ser aplicado na exata proporção em que o texto a ser interpretado *não lhe fornece*, com objetividade suficiente e com a extensão usual da técnica casuística, quais são as hipóteses que reclamam a sua incidência, com exclusão de todas as outras. São formas, enfim, de autorizar que o magistrado *valore* expressa e conscientemente o caso concreto que se lhe apresenta para julgamento.

Vale a pena ilustrar o pensamento: uma coisa é estatuir que o magistrado fixará o prazo de quinze dias para o devedor pagar o valor devido, sob pena de multa de dez por cento sobre o débito (art. 523, *caput*, e § 1º do CPC). Outra, bem diferente, é a lei autorizar que o magistrado determine “[...] todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária” (art. 139, IV, do CPC). No primeiro caso, a técnica empregada pelo legislador é a casuística, que não permite ao magistrado nenhuma “liberdade” para se desviar daquilo que já foi valorado *previamente* pelo legislador. No segundo caso, em que a norma jurídica emprega cláusulas gerais, o magistrado tem, expressamente concedida pelo legislador, “liberdade” para encontrar os casos em que entende ser necessário atuar e mais do que isso: que atos praticar para garantir a salvaguarda de direitos que a lei lhe determina. No primeiro caso, está-se diante de uma técnica executiva *típica*; no segundo, *atípica*, que, por definição, exige a complementação do magistrado diante das peculiaridades de cada caso concreto.

Não faltam exemplos como esses ao longo do CPC, que, a seu tempo, serão enfrentados. Por ora, o que cabe destacar é que a “abertura” de um texto jurídico, sempre no sentido de possibilidades (e necessidades) interpretativas, formulado com “cláusulas gerais” ou com o emprego de “conceitos vagos e indeterminados” é indesmentível. As formas de *captura* do que é essencial a seu tipo – para sua aplicação (incidência) concreta, destarte – não podem pressupor a mesma e tradicional forma de pensar e aplicar o direito. Muito pelo contrário. Porque se trata de situações bem diferentes – e é fundamental que a doutrina indique essas distinções –, é mister que se busquem *outros* mecanismos para a sua interpretação.

Uma última ressalva é fundamental. O emprego da palavra “liberdade”, no sentido de o texto jurídico, pela adoção de uma das técnicas referidas, ter outorgado expressamente *espaços de decisão valorativa* para o magistrado interpretá-lo deve ser invariavelmente acompanhado de aspas com o intuito, declarado, de destacar o termo. A iniciativa se justifica porque a “liberdade” reconhecida pelo magistrado em tais casos – como, de resto, para qualquer intérprete ou aplicador do direito que exerça *função pública* – é sempre mitigada. Não é uma liberdade totalmente “livre”, sem possibilidade de controle, em que impera a vontade pessoal. Como o magistrado é agente do Estado, a sua vontade pessoal deve invariavelmente ceder espaço à

vontade coletiva, à vontade que, de forma mais ou menos clara, pode ser extraída, senão como a melhor, pelo menos como a mais aceita pela comunidade jurídica como um todo. O direito – a afirmação é bem esclarecida na sua filosofia – não é uma ciência de verdades demonstráveis, mas é uma ciência de verdades consensuais, convencionadas e justificáveis. Verdades compartilháveis, portanto.

Por isso, a “liberdade” reconhecida ao magistrado pelos textos jurídicos, mesmo pelos mais “abertos” deles, é sempre uma “liberdade-fim”, voltada invariavelmente à realização de uma finalidade estranha ao agente e consonante com os interesses de toda a sociedade e do Estado. Trata-se, portanto, menos de liberdade no sentido usual da palavra e muito mais de permissão para a captura dos valores dispersos pela sociedade e pelo Estado para interpretar adequadamente o texto jurídico com vistas à interpretação ótima da norma jurídica para ser aplicada em cada caso concreto. É a “vontade funcional” sobre a qual versa o n. 2, *supra*.

#### 2.6.4 A chamada constitucionalização do direito

As considerações cuja constatação é feita pelos números anteriores têm ocupado, de forma gradativa, os estudos do direito em geral. Os próprios constitucionalistas têm destacado a importância de releitura, inegável reconstrução, dos métodos de entender e aplicar o próprio direito constitucional, quando analisado a partir dos princípios constitucionais, compreendidos estes como normas jurídicas. É o que muitos chamam de nova hermenêutica do direito ou de neoconstitucionalismo<sup>13</sup>.

Mas não só. A partir das mesmas considerações tem-se pertinentemente destacado a inegável e a maior influência do direito constitucional nos demais ramos do direito. É o fenômeno que alguns chamam de “constitucionalização do direito”. De uma perspectiva, sem qualquer exagero, milenar de análise, interpretação e aplicação do direito desde a lei – e os Códigos, nesse contexto, assumiam papel de relevo, de verdadeira completude de parcela do ordenamento jurídico –, assume-se conscientemente, em direção diametralmente oposta, a necessidade de o direito ser analisado, interpretado e aplicado desde a Constituição.

O que cabe destacar a respeito é que, na exata medida em que se fala, no campo do direito constitucional, da necessidade da construção de uma “nova”, ou, quando menos, “típica” hermenêutica, à altura dos novos tipos normativos, a constitucionalização referida acima convida à mesma reflexão no campo do direito processual civil. Mais ainda quando a Cons-

13. “Estamos num novo momento de viragem. Depois do Constitucionalismo tradicional e do moderno, na ordem do dia há um Constitucionalismo moderníssimo, ou contemporâneo (nosso contemporâneo), em que avultam fenômenos como os direitos humanos, o neoconstitucionalismo, o ativismo judicial do juiz constitucional e mesmo do juiz ordinário em matéria constitucional (ou aplicando princípios constitucionais a outras, todas as outras matérias... o que dá no mesmo), a globalização do direito constitucional, etc.” (Paulo Ferreira da Cunha, *Constituição e constitucionalismos: síntese prospectiva*, p. 79).

O que deve ser posto em relevo é a constatação de que, nos padrões atuais de interpretar e aplicar o direito como um todo – e o direito processual civil em específico –, os padrões da hermenêutica tradicional mostram-se insuficientes. Eles não conseguem comunicar às normas jurídicas o seu rico campo de abrangência e as variadas gamas de interpretação desejada (e verdadeiramente incentivada) de seus textos desde o plano constitucional. Já não há espaço para analisar o Código de Processo Civil como se ele fosse uma realidade normativa própria e que não precisasse comunicar-se com a Constituição Federal para os fins e pelos motivos até aqui expostos.

Não é por acaso, aliás, que o próprio art. 1º do CPC enaltece a *sistematização* do direito processual civil a partir da Constituição ou, como se lê do dispositivo, sua *ordenação, disciplina e interpretação* desde aquela perspectiva. Não que houvesse alternativa entre fazê-lo ou deixar de fazê-lo. Contudo, a assunção expressa do legislador dessa perspectiva ao abrir o próprio Código assume inegável caráter didático. Sua comparação com o art. 1º do CPC de 1973 é eloquente do acerto do que se está afirmando. De acordo com aquele dispositivo, “A jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juízes, em todo o território nacional, conforme as disposições que este Código estabelece”. A inversão do ponto de partida interpretativo é notável, a dispensar quaisquer comentários<sup>14</sup>.

A “constitucionalização” do direito processual civil, por si só, convida o estudioso do direito processual civil a lidar com métodos hermenêuticos diversos – a “*filtragem constitucional*” de que tanto falam alguns constitucionalistas –, tomando consciência de que a interpretação do direito é *valorativa* e que o “processo”, como método de atuação do Estado, não tem como deixar de sê-lo em igual medida, até como forma de realizar adequadamente aqueles valores: *no e pelo* processo. A dificuldade reside em identificar adequadamente esses “valores” e estabelecer parâmetros o mais objetivos possível para que a interpretação e aplicação do direito não se tornem aleatórias, arbitrárias ou subjetivas. A “neutralidade” científica de outrora não pode, a qualquer título, ser aceita nos dias atuais; não desde a perspectiva de exame aqui proposta.

O comportamento intelectual, cognitivo e prático daquele que pretende estudar ou aplicar o Código de Processo Civil deve ser, portanto, completamente diverso daquele que o moveu em direção à sua formulação original. É indiferente que estejamos diante de um “novo” Código promulgado em pleno século XXI. Os *textos* que compõem o atual Código de Processo Civil enunciam princípios, repetindo, inclusive, muitos dos princípios constitucionais do direito processual civil; são *textos* construídos mediante a técnica do emprego de conceitos vagos e indeterminados ou que veiculam cláusulas gerais; são *textos*, em suma, que

---

14. O art. 1º do Projeto de novo CPC da Câmara dos Deputados, por mais paradoxal que possa parecer, assemelhava-

pressupõem um diferente e distinto método de interpretação e aplicação do direito, não só pelo magistrado, mas também por todos os demais sujeitos do processo. Um método que reconhece – e que até pressupõe – ser mito a *neutralidade* do magistrado. Um método que reconhece – e que até pressupõe – a *necessidade* de o magistrado se comunicar com os valores dispersos pela sociedade civil e pelo próprio Estado para *criar* a norma jurídica a ser aplicada, levando em conta não os seus valores pessoais, mas os valores *da sociedade e do Estado*, derivados, nem poderia ser diferente, da própria Constituição Federal, e, por isso mesmo, valores *jurídicos*.

Desdobramento importante do quanto consta do parágrafo anterior relaciona-se com a distinção entre “direito” e “fato”. Certo que tal distinção é tarefa tortuosa, das mais árduas, e que ocupa séculos de reflexões dos juristas. Não obstante, e sem violar as finalidades a que se volta o presente *Curso*, é possível acentuar, com alguma tranquilidade, que o resultado dessa pesquisa para o que interessa no presente contexto é que os campos jurídico e fático completam-se e comunicam-se necessariamente. Isso fica ainda mais evidente na medida em que os textos jurídicos passam a se valer assumida e frequentemente das características apresentadas acima.

Disso decorre a necessidade de abandonar a figura de um magistrado que conhece e apreende os fatos quase que *intuitivamente*, no sentido de ser capaz de detectar sua existência, mas ter pouca ou nenhuma preocupação com suas reais consequências e efeitos no próprio mundo fático, e passar a conceber a figura de um magistrado que tem conhecimento *consciente* desses mesmos fatos e de suas consequências jurídicas. Tudo para que o magistrado esteja apto a produzir decisões racionalmente fundadas e socialmente aceitáveis. A expressa autorização do *caput* do art. 370 quanto ao magistrado determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito, até mesmo de ofício, isto é, independentemente de pedido de uma das partes, merece ser compreendida nesse mesmo contexto.

Até porque não há como negar que a necessidade de captura do fato e do direito pelo magistrado pode envolver – e sempre envolveu e continua a envolver – um juízo de valor. Nesse sentido, não haverá como olvidar a assunção, generalizada, de que ideologia, interpretação e aplicação do direito não são coisas tão diversas como tradicionalmente foi pregado.

### 2.6.5 O papel do direito jurisprudencial

Outra vertente digna de nota para a caracterização, o mais completa possível – ainda que para fins de mera *constatação* –, do pensamento jurídico contemporâneo, que deve presidir as reflexões atuais do direito processual civil, diz respeito ao papel que as decisões jurisprudenciais em geral acabaram assumindo do direito brasileiro, alcançando, com o atual CPC, inegável momento de ápice.

Desde o início da década de 1960, ocorreu uma lenta caminhada em direção a emprestar e a reconhecer a determinadas decisões dos Tribunais efeitos *paradigmáticos*. De certa forma

é a concepção que Victor Nunes Leal tinha das “Súmulas” do Supremo Tribunal Federal – e, mais corretamente, na concepção de seu próprio idealizador, da *Súmula* (no singular), como sinônimo de *suma*, de *síntese* da jurisprudência daquela Corte<sup>15</sup> –, incorporadas no Regimento Interno daquele Tribunal, com as modificações introduzidas pela Emenda Regimental de 3 de agosto de 1963, passando pelo art. 63 da Lei n. 5.010/66 para o Tribunal Federal de Recursos, e chegando ao art. 38 da Lei n. 8.038/90, já depois da Constituição Federal de 1988, que acabou sendo incorporado e desenvolvido ao art. 557 do CPC de 1973 com sucessivas alterações experimentadas até a Lei n. 9.756/98.

Nesta evolução é fundamental o destaque às profundas modificações trazidas pela Emenda Constitucional n. 45/2004 ao “modelo constitucional” que autorizou ao Supremo Tribunal Federal editar súmulas *vinculantes* (art. 103-A da CF), além de reconhecer essa mesma qualidade às decisões proferidas na ação direta de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade (art. 102, *a*, da CF).

Ainda na primeira década dos anos 2000, o CPC de 1973 se viu modificado profundamente para incorporar mecanismos editados para finalidade similar, de criação de decisões paradigmáticas pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive na perspectiva da repercussão geral, que passou a ser exigência de admissibilidade do recurso extraordinário mercê da precitada EC n. 45/2004 (arts. 543-A e 543-B do CPC de 1973, introduzidos pela Lei n. 11.418/2006), e do Superior Tribunal de Justiça com os chamados recursos especiais *repetitivos* do art. 543-C do CPC de 1973, introduzido pela Lei n. 11.678/2008. O próprio art. 285-A do CPC de 1973, dispositivo tão interessante quanto polêmico, objeto, inclusive, da ADI 3.695/DF proposta pelo Conselho Federal da OAB perante o Supremo Tribunal Federal, parecia querer pressupor a viabilidade de o magistrado indeferir liminarmente petições iniciais com base em julgados anteriores, dando larga aplicação, destarte, às decisões “paradigmáticas” acima referidas, verdadeiros “indexadores jurisprudenciais”<sup>16</sup>.

O atual Código de Processo Civil consolida e desenvolve sobremaneira essa forma de pensar. É ler os *capi* de seus arts. 926 e 927, segundo os quais, respectivamente: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” e “Os juízes e os tribunais observarão: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do

15. Para a concepção original, consultar com proveito, do próprio Victor Nunes Leal seu “Passado e futuro da Súmula do STF”, esp. p. 1-6 e 13-15.

16. A referida ADI perdeu o objeto e foi declarada extinta com o advento do CPC de 2015 pelo Ministro Alexandre de Moraes em decisão datada de 12 de maio de 2017.

Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”.

Não cabe, aqui e agora, criticar ou elogiar essas modificações legais e constitucionais. Há momento próprio para tanto, especialmente no volume 2 deste *Curso*. Aqui é suficiente a mera constatação da generalização dessa tendência como parte integrante do pensamento contemporâneo do direito processual civil. Seja porque determinadas decisões têm, por força do “modelo constitucional”, efeitos *vinculantes*, seja porque, menos que isso, elas ostentam efeitos “meramente *persuasivos*”, mas merecem ser levadas em conta na interpretação e na aplicação do direito pelos mais variados órgãos jurisdicionais.

Essa constatação não significa, convém advertir desde logo, que o direito brasileiro tenha abandonado suas origens da tradição do *civil law* ou querido se transformar em algo similar ao *common law*. Nada disso. O que ocorre é a mera valorização do papel que as decisões dos Tribunais podem (ou devem) ter na interpretação e na aplicação do direito (leia-se: do texto jurídico) com vistas a garantir maior *isonomia*, *segurança* e *previsibilidade* jurídicas.

O papel paradigmático da “jurisprudência”, mesmo compreendida a palavra na sua acepção mais tradicional, é (e sempre foi) suficiente para essa finalidade, sem necessidade de importação de modelos e realidades de outros países para nós. E pior: importação de determinadas partes de determinados modelos e de determinadas realidades para o sistema brasileiro como se, pela mera circunstância de ser estrangeiro, o modelo fosse (ou parecesse) adequado para a resolução de problemas do ordenamento jurídico brasileiro e do acúmulo de trabalho nos nossos Tribunais. É o famoso “complexo de vira-lata do brasileiro”, imortalizado nas crônicas esportivas de Nelson Rodrigues, aplicado à sedizente “nova doutrina” do direito processual civil.

Mais do que discutir a questão em tal perspectiva, é suficiente entender que, para a experiência jurídica nacional, nunca foi tão importante saber como os Tribunais decidem as mais variadas questões, porque há uma verdadeira *indexação* de resultados jurisprudenciais idealizada pelo CPC, a imperar desde o juízo de admissibilidade da petição inicial, instante em que o autor, exercendo seu direito de ação, rompe a inércia da jurisdição. O “direito jurisprudencial” – nomenclatura a ser empregada ao longo deste *Curso* para descrever essa realidade normativa – é, pois, uma das pedras de toque do CPC.

Diante dessa constatação, o que se põe para a construção de um pensamento contemporâneo do direito processual civil é levar em conta o papel que aqueles indexadores jurisprudenciais podem assumir no modelo constitucional do direito processual civil. Mas não só no sentido de seus resultados e de suas aplicações concretas. Importa também – e como decorrência do mesmo modelo – colocar em relevo o modo de sua produção, justamente para que as preocupações dos números anteriores sejam concretizadas. Não é errado afirmar desde logo que, quanto maior a eficácia pretendida pelo Código de Processo Civil a determinada decisão judicial, maior tem que ser a preocupação sobre a participação de seus destinatários na sua produção.

## 2.6.6 O papel do magistrado na ordem jurídica atual

Quase que com ânimo de conclusão das considerações com as quais se ocupam os números anteriores, é importante destacar o papel que o magistrado assume no que este *Curso* propõe seja chamada de “fase contemporânea” do estudo do direito processual civil.

O que é necessário destacar é que o paradigma de produção do ordenamento jurídico na atualidade, desde sua gênese, é diverso daquele sob o qual todos os grandes temas do direito processual civil “científico” foram concebidos e se desenvolveram.

Assim, a necessidade de *abertura interpretativa* é uma *necessidade* para todo o sistema jurídico. Ela precisa ser “generalizada”, não se limitando apenas à temática dos “direitos fundamentais” ou das questões que têm assento expresso na Constituição Federal. A necessidade de abertura não repousa somente na interpretação de um texto jurídico constante da Constituição. Também os textos jurídicos constantes das variadas normas infraconstitucionais caracterizam-se, cada vez mais, pela mesma abertura. É constatar o próprio CPC de 2015, com seus princípios, suas cláusulas gerais e seus conceitos vagos e indeterminados, permitindo que o magistrado, em cada caso concreto – e não mais o legislador abstrata e genericamente –, *crie* o direito a ser aplicado a partir da análise, em concreto, dos valores que devem, ou não, prevalecer.

Não se trata apenas da necessidade de acentuar a prática e o aprimoramento de uma democracia *substancial*, que substitui uma democracia meramente *formal*, também no ambiente do direito processual civil, tendo o exercício da função jurisdicional como pano de fundo, forte no que foi escrito até o momento. Trata-se de verdadeira questão de *legitimidade* do sistema jurídico como um todo. Mais ainda, quando a *abertura* do sistema jurídico coloca na ordem do dia, mais e mais, a amplíssima discussão sobre a “judicialização da política” e da “politização do direito” ou da “justiça”. E, se é verdade que essa discussão se apresenta muito mais intensamente no plano constitucional, não é exclusiva daquele plano, mormente em um sistema como o nosso, que admite generalizadamente o contraste, perante o Judiciário, dos “interesses e direitos” supraindividuais e, sem ressalvas, de um Judiciário que deve enfrentar diuturnamente – porque a jurisdição, no Brasil, é uma – todas as questões que envolvem os conflitos entre particulares e Administração Pública.

Disso decorre a constatação de que o incremento da atividade do magistrado – a hipertrofia de seus *deveres-poderes* – por vezes deriva da modificação das próprias normas materiais e não necessária e invariavelmente das de direito processual. Deixa-se de lado, com isso, o mito da neutralidade do juiz, mero aplicador *automático* da norma jurídica – o “boca da lei” –, e passa-se a lidar com o magistrado que se sabe necessariamente influenciado pelos valores dispersos na sociedade civil e no próprio Estado. O magistrado, antes mero *aplicador* da norma jurídica, dada como pronta e acabada pelo legislador, hoje passa a ser compreendido como elo fundamental na cadeia de *produção* normativa. É ele *criador* da norma jurídica. E, além de *aplicar* o direito, o juiz detém *deveres-poderes* para *concretizar* a sua decisão, o que, de

sua parte, convida a uma *reconstrução* de outros temas do direito processual civil, assunto que encontra no Capítulo 5 o ponto culminante dessa exposição.

A principal conclusão a que o assunto até aqui exposto deve conduzir é a de que o “novo padrão da norma jurídica” (sua consciente abertura e valoração) não pode ser realidade desconhecida ou menosprezada por quem se predispõe a estudar o direito processual civil. Ao contrário do que poderia dizer respeito e ter interesse apenas para o estudioso da filosofia do direito, a teoria geral do direito encontra o seu eco – não há como negar isso – na compreensão mais ampla de cada “ramo”, de cada “área” do direito. Com o direito processual civil não é diverso. Ter *consciência* desse novo paradigma normativo, acolhido expressa e conscientemente pelo CPC, aliás, é ter *consciência* da necessidade de pautar a compreensão do direito processual civil no seu devido contexto, que é o de compreender, no seu sentido mais amplo, como o Estado-juiz resolve com ânimo de definitividade um conflito de interesses intersubjetivo e em que condições essa resolução – dizer qual é o direito aplicável e concretizá-lo – é tarefa que se justifica de acordo com as opções políticas de cada ordenamento jurídico (aqui, todo o pensamento é voltado ao brasileiro) e que, por isso mesmo, pode aceitar diversas variações.

A *consciência* destas considerações convida o estudioso do direito processual civil a compreender em que medida o resultado último do exercício da função jurisdicional – o reconhecimento do direito aplicável ao caso e a criação de condições efetivas de sua concretização – tem de ser aderente ao cada vez mais complexo e multifacetário ordenamento jurídico, voltado à regulação de uma sociedade e de um Estado que também são cada vez mais complexos e multifacetários. Não só o *fim* (a “justiça material”, para empregar expressão usual), mas também o *meio* da atuação do Estado-juiz (o “devido processo *constitucional*”) diz respeito intimamente ao estudo do direito processual civil.

## 2.7 O neoconcretismo: um primeiro aceno

Este *Curso* vem, desde suas edições anteriores ao CPC de 2015, adotando a palavra “neoconcretismo” para descrever, em sua plenitude, o resultado das considerações que ocupam os números anteriores, aliado ao alcance proposto para o “modelo constitucional do direito processual civil” e à revisitação dos “institutos fundamentais do direito processual civil”. Em suma: uma nova forma de *pensar* e de *aplicar* o direito processual civil.

Seria prematuro, por isso mesmo, expor aqui e agora a proposta metodológica sugerida por este *Curso*, seu verdadeiro núcleo e o que ele elege – e o faz conscientemente – como eixo gravitacional de todas as considerações que sobre o direito processual civil – não apenas sobre o Código de Processo Civil – merecem ser elaboradas. Em suma: o centro da teoria geral do direito processual civil aqui exposta.

Por enquanto, basta a ressalva, verdadeiro alerta, de que ainda há o que ser exposto, construído e reconstruído, para alcançar aquele objetivo em sua plenitude no Capítulo 5.

## O modelo constitucional do direito processual civil

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As considerações do Capítulo 2 quanto à necessidade de serem estabelecidas (novas) bases para a construção de um (novo) pensamento do direito processual civil, um pensamento *contemporâneo* do direito processual civil, querem evidenciar um aspecto, mencionado insistentemente: é a partir da Constituição Federal que se *deve* buscar compreender o que é, para que serve e como “funciona” o direito processual civil como um todo e cada uma de suas partes, a começar pelos seus consagradíssimos “institutos fundamentais”.

O Capítulo que agora se inicia tem como objetivo a aplicação daquelas premissas metodológicas para ofertar uma visão ampla do direito processual civil no ordenamento jurídico brasileiro atual.

Para tratar de “direito processual civil” é insuficiente referir-se ao “Código de Processo Civil”. Se é que isso já foi válido alguma vez em tempos idos, o que é certo, absolutamente certo, é que o “direito processual civil”, como, de resto, todos os outros ramos e disciplinas jurídicas, está inserido em um *contexto* bem mais amplo, que é o da Constituição Federal. Não há como, para ir direto ao ponto, tratar de “direito”, de “qualquer direito”, sem que se volte os olhos em primeiro lugar para a Constituição. Até porque, e isso é uma especial verdade para o direito positivo brasileiro, uma mera leitura que se faça da Constituição Federal revelará que ela regula uma gama absolutamente fantástica de assuntos, quase tudo, a bem da verdade.

Evitando desvios de toda a ordem, o que releva afirmar e fixar como premissa metodológica fundamental para se tratar de qualquer assunto de direito processual civil é que os dispositivos do Código de Processo Civil (e isso é pertinente também para a legislação processual civil extravagante como um todo) não bastam por si sós. Não estão “soltos”. Mais ainda: é insuficiente para a tão conhecida quanto festejada “interpretação sistemática do