

347.9.01
D589i
15.ed.
BCI

mlh

AINSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

© CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO

1ª edição, 1987; 2ª edição, 1990; 3ª edição, 1993;
4ª edição, 1994; 5ª edição, 1996; 6ª edição, 1998; 7ª edição, 1999;
8ª edição, 2000; 9ª edição, 2001; 10ª edição, 2002;
11ª edição, 2003; 12ª edição, 2005; 13ª edição, 2008; 14ª edição, 2009.

ISBN 978-85-392-0174-7

Direitos reservados desta edição por
MALHEIROS EDITORES LTDA.

Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171
CEP 04531-940 – São Paulo – SP

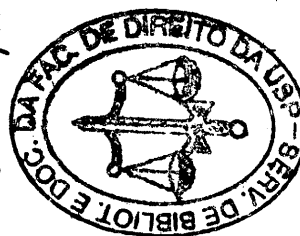
Tel.: (11) 3078-7205

Fax: (11) 3168-5495

URL: www.malheiroseditores.com.br

e-mail: malheiroseditores@terra.com.br

64081/13



Composição
PC Editorial Ltda.

Capa
Criação: Nadia Basso
Arte: PC Editorial Ltda.

03/07/2013

Impresso no Brasil
Printed in Brazil
02.2013

À Laís
e aos nossos três

que determinara a ilegal soltura provisória de criminosos convertidos a determinada confissão religiosa. Profundo sentimento nacional de frustração cercou também a impunidade assegurada, ainda no período de excepcionalidade política, aos envolvidos nos episódios Baumgarten, Capemi e Rio-Centro; e o inconformismo generalizado estava agravado, nesses casos, pelo repúdio da nação ao próprio sistema político-militar garantidor da impunidade.

Nem esses grandes fatores de comprometimento da credibilidade do sistema judiciário têm sido capazes, todavia, de retirar a legitimidade da Justiça. Nela deposita a população a última das esperanças que lhe oferecem as instituições humanas e são inerentes ao regime democrático consubstanciado no Estado de direito; seus membros sabem, de modo mais ou menos consciente, que renunciar a essa esperança seria condenar-se ao perpétuo estado de insatisfação pessoal e profunda insegurança. Todos sabem que necessitam da Justiça e isso contribui muito eficazmente para a manutenção do seu prestígio e permanência da crença na obrigatoriedade de suas decisões. Sem duvidar da validade das decisões imperativas emanadas do Estado-juiz ao cabo do procedimento previamente instituído, a população racionalmente mantém a generalizada crença na legitimidade do sistema processual-estatal e com isso está confiante no resguardo da segurança de cada um. Mesmo as frustrações individuais em face de decisões desfavoráveis e ainda eventuais manifestações incívicas de rebeldia individual (como no grave incidente havido no Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, em setembro de 1985) não infirmam a legitimidade da jurisdição, nem a generalizada aceitação dos resultados do seu exercício.

Essa estabilidade é também alimentada por uma sólida *consistência interna*, representada pela secular idoneidade dos agentes do poder em sede jurisdicional e pelo crescente comprometimento do sistema processual com a ordem constitucional.²²⁹ A recente história política brasileira é exemplo bastante animador dessa capacidade de resistência aos desvios autoritários, mantendo o processo a sua dignidade em nível satisfatório e mantendo-se os magistrados em sua posição esperada pela nação. Nessas vicissitudes e ao longo dos tempos, vêm os juizes cultivando o respeito aos princípios secula-

229. Cf. Luhmann, *Legitimação pelo procedimento*, p. 35.

res do juiz natural, da garantia dos litigantes através da necessária observância das formas legais do processo (*due process of law*), da igualdade entre eles, da efetiva participação contraditória, da ampla defesa em matéria criminal.

Esse clima de respeitabilidade da Justiça e confiabilidade no modo como é conduzida neutraliza em medida satisfatória a força centrífuga representada pelo alto preço, demora, formalismo, impunidade. E, mesmo sem crer na eficiência da Justiça, a população confia na sua idoneidade; mesmo preferindo não recorrer a ela, sabe que em nada mais poderá confiar, quando não contar com ela. Por isso, em nada mais reside a legitimidade do poder exercido *sub specie jurisdictionis*, que opera como fator de manutenção das regras sociais de convivência e de garantia contra as inevitáveis tendências à desagregação social e desvio das metas coletivas.

Essa legitimidade tende naturalmente a caminhar para graus mais elevados e animadores, à medida que o próprio sistema se aperfeiçoe, com maior abertura do canal de acesso, maior celeridade na produção dos resultados, menos formalismo na busca da boa solução, ou seja, à medida que se aproxime do ideal representado pela plena efetividade do controle jurisdicional. O que realmente tem significado e reflexos no grau de legitimidade da jurisdição não é a sua institucionalização, em si mesma (porque sua necessidade todos sentem), mas as variações do grau de sua eficiência: existem objetivos a serem realizados mediante o seu exercício e a população, não abrindo mão deles, não tem dúvida em validar o *poder* jurisdicional. São objetivos individuais e coletivos, situados no plano jurídico, social e mesmo político propriamente dito, todos dependentes do correto exercício da jurisdição.²³⁰ Esta é legitimada pelo grau de fidelidade aos seus escopos, mercê dos quais existe e é exercida.²³¹

Acontecimentos relativamente recentes da história política brasileira vêm dando seguidas oportunidades ao Poder Judiciário para ingressar em uma nova fase de sua vida institucional, figurando como autêntico guardião dos direitos das pessoas. Desde a eleição e posse de Fernando Collor de Mello na Presidência, instalou-se no país um

230. Sobre os escopos da jurisdição, v. *infra*, nn. 18-30.

231. Daí a legitimação como *promessa* da oferta de vantagens, ainda que a custo de sacrifícios individuais e sociais.

processo de gigantismo estatal arbitrário e voraz, com graves e repetidos atentados aos direitos fundamentais, associados a uma violência escalada de corrupção de costumes em todos os níveis da representação política. Na ânsia de equilibrar suas finanças à custa da população, o governo federal instituiu o fantasma do *Estado-inimigo*, que confiscou poupanças e depósitos, que seguidamente manipulou índices de reajuste monetário, que exagera na tributação. E, quando o Supremo Tribunal Federal faz o controle de atos dos demais Poderes do Estado, não faltam parlamentares despreparados para a democracia, a dirigirem palavras de desrespeito e de ameaça ao Judiciário.

Nesse quadro, desempenharam galhardamente seu papel institucional os juízes federais das diversas seções judiciárias do país, seja para a liberação de *cruzados novos* confiscados, seja para a reposição do poder aquisitivo das pensões da previdência social, seja para a repressão à corrupção. Trata-se de episódios históricos de legitimação do Poder Judiciário e resgate de sua credibilidade comprometida. Merecem louvor juízes como Humberto Marques Filgueiras, Pedro Paulo Castello Branco Coelho e Denise Frossard, que tiveram a coragem de ditar medidas enérgicas capazes de romper com uma tradição de inatividade do Poder Judiciário perante os poderosos do governo e do crime organizado. O Supremo Tribunal Federal – notadamente no caso do recebimento de denúncias contra altos dirigentes do partido situacionista, acusados de envolvimento no vergonhoso esquema do *mensalão*. Mesmo sob a ameaça da casuística e revanchista implantação de seu controle externo, preservou valores da democracia ao acatar a tese das chamadas *cláusulas pétreas* e com isso negar a validade constitucional de uma emenda à Constituição que pretendia criar tributo exigível no mesmo ano de sua aprovação.

Os últimos anos foram pontilhados de acontecimentos judiciários como esses, com um saldo bastante positivo para a legitimação político-social do Poder Judiciário, conquistado de modo muito especial pelos juízes federais e, em episódios muito recentes, pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Mesmo assim, falta muito para que a população confie em seus juízes. Pesquisas de opinião pública revelam a grande descrença no Poder Judiciário, que é fruto de seus próprios males e também reflexo do desgaste que a corrupção no Legislativo e no Governo vem impondo a todas as instituições estatais.

PARTE SEGUNDA

A INSTRUMENTALIDADE DO SISTEMA PROCESSUAL

CAPÍTULO IV

ESCOPOS DA JURISDIÇÃO E INSTRUMENTALIDADE

18. processo, escopos, instrumentalidade; 19. os escopos da jurisdição; 20. relatividade social e política.

18. processo, escopos, instrumentalidade

É vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é um *instrumento*, enquanto não acompanhada da indicação dos *objetivos* a serem alcançados mediante o seu emprego. Todo instrumento, como tal, é *meio*; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos *fins* a que se destina. O raciocínio teleológico há de incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos *propósitos* norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam. Assim é que se poderá conferir um conteúdo substancial a essa usual assertiva da doutrina, mediante a investigação do escopo, ou escopos em razão dos quais toda ordem jurídica inclui um sistema processual.

Fixar os escopos do processo equivale, ainda, a revelar o grau de sua *utilidade*. Trata-se de instituição humana, imposta pelo Estado, e a sua legitimidade há de estar apoiada não só na capacidade de realizar objetivos, mas igualmente no modo como estes são recebidos e sentidos pela sociedade. Daí o relevo de que é merecedora a problemática dos escopos do sistema processual e do exercício da jurisdição. A tomada de consciência teleológica, incluindo especificação de todos os objetivos visados e do modo como se integram, constitui peça importantíssima no quadro instrumentalista

do processo:¹ sem compreender a sua instrumentalidade assim integralmente e apoiada nessas colunas, não se estaria dando a ela a condição de verdadeira premissa metodológica, nem seria possível extrair dela quaisquer consequências cientificamente úteis ou aptas a propiciar a melhoria do serviço jurisdicional. Em outras palavras: a perspectiva instrumentalista do processo é teleológica por definição e o método teleológico conduz invariavelmente à visão do processo como instrumento predisposto à realização dos objetivos eleitos.²

19. os escopos da jurisdição

Não é lícito encarar a problemática teleológica da jurisdição, com pretensão à universalidade e *sub specie aeternitatis*. Expressão do poder, a jurisdição é canalizada à realização dos fins do próprio Estado e, em face das cambiantes diretrizes políticas que a História exhibe, os objetivos que a animam consideram-se também sujeitos a essas mesmas variações, no espaço e no tempo.³ Na realidade, as conhecidas tradicionais tentativas de definição teleológica da jurisdição permaneceram no plano jurídico, com a crença de ser suficientes

1. Cf. Habscheid, "As bases do direito processual civil", n. 1, esp. p. 119: em síntese, diz que a visão dos escopos do sistema processual se reflete na estrutura do processo civil (e v. *infra*, nn. 23, 25, 30 e 31, sobre a técnica processual em face dos escopos indicados).

2. Em sentido intencionalmente oposto é a tese com que, na Universidade Federal de Minas Gerais, o magistrado Aroldo Plínio Gonçalves obteve a titularidade como professor de direito processual civil. O título insinua alinhamento com as novas tendências do direito processual (*A técnica processual revisitada*) mas o conteúdo constitui defesa do tecnicismo que aqui venho combatendo. Para aquele autor, talentoso na exposição e erudito na fundamentação, a *revisitação* conveniente consistiria em depurar o processual do não-processual, de modo que a técnica seja técnica pura e as opções ideológicas sejam tratadas fora do direito processual.

3. Inexiste estabilidade histórica quanto aos fins do Estado: cf. Dallari, nn. 48-49, pp. 90 ss. Dos fins limitados do Estado liberal passou-se à expansão dos fins, hoje sintetizados na fórmula *bem-comum*, no Estado social contemporâneo. Naturalmente, outro é o *telos* reconhecido, proclamado e tomado por base das instituições políticas e jurídicas, nos Estados socialistas. Daí a relatividade da ação, proclamada em conhecidos ensaios de Calamandrei e Pekelis. Cf. Zanzucchi, *Diritto processuale civile*, I, p. 4, falando da *relatividade do conceito de jurisdição* e afirmando depois ser impossível dar-lhe "uma noção que valha para todos os tempos e todos os lugares" (p. 5). A relatividade da jurisdição e dos seus escopos, da ação e dos próprios fins do Estado, são temas correlatos (v. *supra*, nn. 2-3; *infra*, n. seg.).

te explicar a função jurisdicional, que antes de tudo é política, em face da mecânica do direito. Aceite-se que, enquanto se tomassem parâmetros exclusivamente jurídicos, seria até razoável a esperança de encontrar fórmulas universais e definitivas.⁴ O que torna absolutamente inviável essa tarefa é a grande premissa metodológica da processualística moderna, consistente na enfoque instrumentalista e teleológico do processo mesmo, considerada agora como um sistema aberto e dependente, legitimado pela aptidão, que tenha e positi-ve, de prestar serviços à comunidade.⁵

Isso não significa que se deva acreditar na suficiência do enfoque exterior do sistema, o que traria enorme risco de fadar à esterilidade de todas as especulações assim conduzidas; definidos os objetivos e traçados os rumos, com as grandes premissas metodológicas assentadas nele, depois vem a tarefa da dogmática, que corresponde à penetração no interior do sistema, agora com reais e conscientes possibilidades de aprimorá-lo tecnicamente.⁶ Isso significa, sim, que a instrumentalidade do sistema processual é alimentada pela visão dos resultados que dele espera a nação. A tomada de consciência teleológica tem, portanto, o valor de possibilitar o correto direcionamento do sistema e adequação do instrumental que o compõe, para melhor aptidão a produzir tais resultados.⁷ A começar da definição da magnitude do próprio poder exercido *sub specie jurisdictionis*, seu condicionamento e limitações, condutas exigidas, permitidas e reprimidas ao juiz e às partes, dimensão da via de acesso ao processo, tratamento a ser dispensado às pessoas litigantes e determinação do modo de ser do processo mesmo — tudo quanto se refira ao sistema processual e possa projetar reflexos no modo como ele atua na vida em sociedade há de ser coordenado com vista aos objetivos conhecidos e conscientemente delineados. A técnica jurídica a serviço dos objetivos políticos e sociais.

4. Mesmo assim, a diversidade entre os sistemas jurídicos constitui empecilho muito sério: considerar, v.g., o sistema romano do *jus praetorium* e o da *common law* (cf. Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, I, n. 27).

5. V. *supra* n. 1; *infra*, nn. 36 ss. (sobre a "efetividade do processo").

6. Cf. Habscheid, "As bases do direito processual civil", n. 2, a, esp. p. 120.

7. Sobre o "poder sem propósitos", cf. Ingo Plöger, *apresentação de Política e governo*, de Karl Deutsch: "o propósito não tem significado quando dissociado do poder" e "o poder sem propósito é apenas um efeito sem objetivos". Cf. *infra*, n. 31.

Na criticada visão estritamente jurídica do fenômeno político que é jurisdição, os estudiosos do processo conformaram-se inicialmente com afirmações extremamente individualistas, ligadas ao sintretismo privatista em que o sistema processual aparece como meio de exercício dos direitos e institucionalmente destinado à sua satisfação. Dizia-se, então, que o escopo do processo era a tutela dos direitos, naquela visão pandectista que colocava a ação como centro do sistema e a descrevia como o próprio direito subjetivo em atitude de repulsa à lesão sofrida.⁸ Hoje, reconhecida a autonomia da ação e proclamado o método do *processo civil de resultados*, sabe-se que a tutela jurisdicional é dada às pessoas, não aos direitos, e somente àquele sujeito que tiver razão: a tutela dos direitos não é o escopo da jurisdição nem do sistema processual,⁹ constitui grave erro de perspectiva a crença de que o sistema gravite em torno da ação ou dos direitos subjetivos materiais.¹⁰

Superada essa colocação, em tempos modernos chegou-se à irreduzível oposição entre duas colocações jurídicas do problema teleológico do sistema processual, reveladoras de dois irreconciliáveis modos de ver o ordenamento jurídico e a função do processo perante o direito.¹¹ Crer na suficiência do direito substancial objetivo para a criação de situações subjetivas materiais sem a mínima participação do processo, ou entender que a este se reserva um papel no *iter* de criação dos direitos — eis as duas posições antagônicas, reveladoras de diferentes tomadas de posição quanto à própria estrutura do ordenamento jurídico e à tarefa reservada ao direito processual, na vida do direito. Como síntese desses dois pensamentos, têm-se as

8. Cfr. Zanzucchi, *Diritto processuale civile*, I, pp. 6 ss., indicando as "diversas teorias sobre o conceito de jurisdição" e incluindo entre elas, naturalmente, aquelas mais "individualistas". Cfr. ainda Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, I, n. 172. Tem-se por pandectismo o método consistente em aplicar "no direito público a ordem conceitual elaborada pela pandectística para o direito romano" (cfr. Denti, *Processo civile e giustizia sociale*, p. 17).

9. Cfr. Liebman, "Norme processuali nel codice civile", n. 1, esp. pp. 155-157; Vidigal, "Escopo do processo civil", n. 9, p. 13; Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, I, nn. 175 e 181.

10. Carnacini ("Tutela giurisdizionale e tecnica del processo", n. 1, p. 696, nota 1) cita Liebman para sustentar que existe mais de uma postura metodológica válida, desde que o observador opte conscientemente por uma delas; e declara optar pela postura que é mais privatista.

11. Oposição irreduzível: v. *infra*, n. 28.2.

fórmulas atuação da vontade concreta da lei e justa composição da lide, nas quais se condensam as teorias dualista e unitária do ordenamento jurídico.¹²

Delas, a segunda insinua (apenas insinua) o superamento da postura exclusivamente jurídica do problema, mediante a conhecida referência constantemente feita à *lide*, que em si mesma é um conceito eminentemente sociológico. Revela o *conflito de interesses* envolvendo pessoas na vida comum em sociedade e clamando por solução pelas vias adequadas. Conquanto posta a problemática da lide em termos intencionalmente jurídicos e descontadas agora as razões para o repúdio da teoria que a vê ao centro do sistema processual, a referência aos *conflitos* que a Justiça opera por dirimir traz o sabor da lembrança do modo como o serviço jurisdicional chega à sociedade e se presta a servi-la.¹³ A jurisdição tem inegáveis implicações com a vida social, tanto que é o reconhecimento de sua utilidade, pelos membros da sociedade, que a legitima no contexto das instituições políticas da nação.

Por outro lado, sendo ela uma expressão do poder estatal, tem implicações com a estrutura política do Estado. Ela reflete, na conjuntura em que se insere, a fórmula das relações entre o Estado e sua população, além de servir de instrumento para a imposição das diretrizes estatais. Inserindo a jurisdição no contexto do poder e com isso saindo da sua tradicional conceituação como *um* poder, percebe-se que a sua institucionalização é vital e indispensável para a própria subsistência do Estado e sua imposição imperativa sobre as pessoas. É não pensar somente nos conflitos transindividuais que um a um chegam clamando por solução, mas na massa de todas as pretensões deduzidas à Justiça, às quais o Estado imporá com a sua autoridade imperativa a força do *seu* direito; não fosse a jurisdição institucionalizada, perderia sentido o ordenamento jurídico estatal como fonte autoritativa de regras de convivência e perderia sentido o próprio Estado que o instituiu e que, para coesão do grupo, tem a estrita necessidade da preservação do ordenamento.

Eis como e por que o correto enquadramento político do processo conduz à insuficiência da determinação de *um* escopo da jurisdição

12. V. *infra*, nn. 28.2 a 28.5.

13. Sobre os conflitos, v. *supra*, n. 15, nota 169; n. 16, nota 192. Para a crítica à teoria da lide, v. *supra*, n. 5.

e mostra a inadequação de todas as posturas só jurídicas, que a todo custo buscam a resposta ao problema nos quadranes do direito, sem descortinar o panorama sócio-político em que inserida a própria função deste. O mal do pensamento positivista reside justamente no curto alcance de suas soluções.¹⁴ Investiga os resultados que o exercício da jurisdição produz sobre o sistema do direito, mas deixa na sombra o que realmente tem relevância e substancial valia, que é a função do próprio direito perante a sociedade. É como satisfazer-se o astrônomo com o exame das rotações terrestres e da revolução em torno ao Sol, esquecido de considerar o rumo que o próprio sistema solar segue em direção ao Apex.¹⁵

Por isso é que, hoje, todo estudo teleológico da jurisdição e do sistema processual há de extrapolar os lindes do direito e da sua vida, projetando-se para fora. É preciso, além do objetivo puramente jurídico da jurisdição, encarar também as tarefas que lhe cabem perante a sociedade e perante o Estado como tal. O processualista contemporâneo tem a responsabilidade de conscientizar esses três planos, recusando-se a permanecer em um só, sob pena de esterilidade nas suas construções, timidez ou endereçamento destoante das diretrizes do próprio Estado social.

Em parte, isso já tem sido feito. A mais moderna doutrina deixou a apresentação do *escopo* da jurisdição, considerado no singular, passando a falar dos seus *escopos* (plural). Já é da doutrina italiana menos recente, aliás, a afirmação da existência de diferentes *ângulos visuais*, a partir dos quais há de ser feita a consideração teleológica da jurisdição, ora pelo seu escopo imediato (*realização de interesses*), ora mediato (*reintegração do direito objetivo*).¹⁶ Substancialmente coincidente é a colocação, feita em terras sul-americanas, dos objetivos de *afirmar a legalidade e resguardar os direitos huma-*

14. Ele despreza a "tensão entre a norma e a realidade": *cf.* Faria, *Poder e legitimidade*, p. 42. Nem se importa muito com a justiça das decisões: Dallari, *Elementos de teoria geral do Estado*, n. 50, esp. p. 93. *Cf.* ainda Sagüés, *Mundo jurídico y mundo político*, p. 214: "a teoria do fim jurídico do Estado mostra somente, como se pode observar a tela atrás da qual aparecem os verdadeiros valores que se trata de obter"; e "trata-se da defesa exterior, da ordem interior, da segurança, da liberdade, da solidariedade social, dos fins sociais ou da justiça".

15. Sobre a teleologia, v. ainda Habscheid, "As bases do direito processual civil", n. 2, a, esp. p. 120; do método teleológico-instrumental, que é o núcleo deste trabalho, fala-se ao longo de toda a obra.

16. *Cf.* Zanzucchi, *Diritto processuale civile*, I, pp. 7 e 11.

¹⁷ Tanto lá como cá, trata-se de dualismo na definição *jurídica nos*.¹⁷ Tanto lá como cá, trata-se de dualismo na definição *jurídica* dos escopos do processo. Mas o que há de mais moderno já é alguma tendência a estabelecer um binômio de objetivos distribuídos entre o campo jurídico e o social, como na maioria dos relatórios nacionais apresentados ao Congresso Internacional de Direito Processual (Gand, Bélgica, 1977): entre outras tendências, preponderou a de que o escopo do processo reside na "realização dos direitos subjetivos e (ou) confirmação da ordem jurídica, objetivo cuja tarefa importante é a da manutenção da paz social e da garantia da segurança jurídica".¹⁸ Os alemães, aliás, a partir de dados colhidos em sua jurisprudência recente, vêm indicando o binômio *manutenção da paz social-segurança jurídica*, como indicador da teleologia que legitima o exercício da jurisdição; falou-se também na "garantia jurídica e paz legal, uma ao lado da outra".¹⁹

Embora incompleto ainda o quadro dos escopos da jurisdição e carente de melhores definições, é inegável a tendência a abandonar a unidade teleológica tradicional. Agora, a visão social e política do fenômeno processual, amparada nessa tendência já definida, pode sugerir válida abertura do leque dos objetivos, para que se chegue à visão integrada problemática posta e se possa, afinal, dar-lhe a necessária sistematização. E esta, como é intuitivo, para ser completa há de incluir o exame dos múltiplos escopos da jurisdição, seja no significado de cada um, seja na distribuição de todos entre os diversos planos propostos (social, político e jurídico), seja ainda na maneira como a consideração de cada uma das metas prefixadas pode repercutir em outros campos (é notória, v.g., a relatividade do próprio escopo jurídico da jurisdição, mercê das cambiantes opções políticas registradas pela História) e sobretudo na técnica processual.

O processualista, sem deixar de sê-lo, há de estar atento à indispensável visão orgânica da interação entre o social, o político e o

17. *Cf.* Ibañez Frocham, *La jurisdicción*, § 24, I, pp. 80 ss.; II, pp. 86 ss.

18. *Cf.* Habscheid, "As bases do direito processual civil", cit., n. 1, p. 119, à p. 125, sustenta "estar exata e correta" a tese segundo a qual "o processo civil serve à realização ou ao exercício dos direitos privados subjetivos" (mas isso é pandectismo puro!); logo acima, dissera que (no congresso de Gand, 1977) "a maior parte dos relatórios nacionais considera que o processo civil tem por escopo, seja a realização dos direitos privados subjetivos, seja a confirmação da ordem objetiva" (são dois escopos puramente jurídicos, sendo inaceitável o primeiro deles).

19. *Cf.* Luhmann, *Legitimação pelo procedimento*, p. 21, citando autores alemães.

jurídico. Há de estar informado dos conceitos e sugestões que outras ciências lhe possam fornecer e conhecer a vivência do processo como instrumento, conhecer a sua potencialidade a conduzir a resultados, ter sensibilidade para as suas deficiências, disposição a concorrer para seu aperfeiçoamento.²⁰ A percepção e exame ordenado de todos os escopos que animam a instituição e exercício da jurisdição como expressão do poder político e a bem do harmonioso convívio social constituem fator de primeira grandeza para o encontro de soluções adequadas, seja no plano teórico ou prático, seja em casos particulares ou na generalização legislativa.

20. *relatividade social e política*

Não foi casual o surgimento da idéia de um escopo metajurídico da jurisdição, geralmente localizado na *paz social*. Ao Estado social contemporâneo repugna a inércia do juiz espectador e conformado; o juiz há de ter a consciência da função que, como agente estatal, é encarregado de desempenhar perante a sociedade. Talvez seja vago dizer que do processo se espera *justiça*, tanto quanto é vaga a afirmação de que o fim do Estado é o *bem comum*.²¹ São conceitos plásticos, que carecem de contornos próprios e se modelam segundo as premissas culturais e as necessidades presentes de cada povo. Na mesma medida em que se diz que o bem comum aponta para o alvo do “desenvolvimento integral da personalidade humana”,²² diz-se também que a justiça, como “primeira virtude das instituições sociais”,²³ postula a ampla liberdade de cada um, com igualdade de

20. Cf. minha *promessa in Fundamentos*, pp. XIII-XV (2ª ed.).

21. *Bonum commune majus est et divinius quam bonum privatum* (palavras de Santo Tomás de Aquino). O bem-comum é o objetivo nacional síntese, na doutrina da Escola Superior de Guerra. Dele, diz Abelardo F. Rossi: “não consiste na simples garantia dos interesses individuais, nem no bem do Estado como tal, mas configura uma situação real comunitária imanente ao todo social, justamente compartilhada por todos e sem a qual o gozo e exercício dos direitos individuais se tornam ilusórios ou não têm plena satisfação, sem esquecer que a preservação destes últimos é também uma exigência intrínseca do bem-comum” (cf. prólogo ao volume *La función judicial*, obra em cooperação, p. XI). Apesar de extensa e um tanto complexa, essa conceitualização é uma tentativa de sair do vago e do impreciso.

22. Cf. Dallari, *Elementos de teoria geral do Estado*, n. 52, p. 94. Como ele, também Rawls distingue o bem-comum do bem-estar (*Uma teoria da justiça*, p. 27).

23. Cf. Rawls, *op. cit.*, p. 67.

oportunidades iniciais.²⁴ Cada nação, em cada momento, premiada pelas circunstâncias históricas, desenvolverá sua própria visão do bem comum e do valor justiça.²⁵

Mas é certo que, não-obstante esses descontos, tem-se como missão permanente do Estado a busca do bem comum e, como dever inalienável a ser cumprido através do exercício do poder, a prática da justiça. Pela visão tradicional da justiça e do processo, à moda do Estado liberal oitocentista e da processualística das primeiras décadas deste século, no fazer cumprir a lei exauria-se a idéia de promover justiça mediante o exercício da jurisdição; e o processo achava-se já então dissociado do pensamento social do tempo, mas a mais autorizada voz doutrinária, presa daquele espírito conservador que despia o sistema processual de qualquer vestimenta ideológica (o neutralismo ideológico), encarava a situação com surpreendente fatalismo, ao preconizar que se procurasse “na própria natureza do processo a causa primeira do distanciamento entre as normas processuais e a vida, da sua refratariedade a assumir o espírito do tempo”.²⁶

O que de lá para cá mudou na mentalidade do processualista, foi sua atitude em face das pressões externas sofridas pelo sistema processual: ele quer que o processo se ofereça à população e se realize

24. Cf. Bagolini, *Visioni della giustizia e senso comune*, pp. 182-183: “em vão foram e são as tentativas de dar fórmulas práticas e regras que sirvam efetivamente como guia de ação e que ao mesmo tempo sejam a expressão de uma idéia absoluta e incondicionada de justiça, correspondente a uma essência universal e imutável”. E diz que talvez a justiça fosse representada pela *igualdade*, “mas esta é também um conceito vazio, que se presta para tendências políticas diversas” (pp. 184-185). Rawls fala nos princípios da liberdade e da igualdade (cf. *Uma teoria da justiça*, pp. 67 ss.).

25. Cf. Dallari, *Elementos de teoria geral do Estado*, n. 52, esp. p. 95: o Estado “busca o bem-comum de um certo povo, situado em determinado território”.

26. Cf. Chiovenda, “Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno”, n. 5, p. 390. Ao início de seu primoroso estudo sobre o tema do acesso à justiça, cuida Roberto Berizzone de lançar desde logo as premissas políticas da nova perspectiva do processo, dizendo que “el siglo que vivimos ha asistido al tránsito inexorable del Estado liberal individualista al Estado Social de Derecho, producto de profundas transformaciones políticas, económicas y sociales”, para em seguida acrescentar que “o sistema de *liberades formais* do século XIX vê-se superado pelas exigências próprias da efetividade, em concreto, dos direitos e garantias que a Constituição tutela” (cf. *Efectivo acceso a la justicia*, cap. I, n. 1, p. 5). Eis a síntese da relatividade social e política aqui considerada no que diz respeito ao confronto entre o velho e o novo processo civil.

e se enderece a resultados jurídico-substanciais, sempre na medida e pelos modos e mediante as escolhas que melhor convenham à realização dos objetivos eleitos pela sociedade política. Como *escopo-síntese* da jurisdição no plano social, pode-se então indicar a *justiça*, que é afinal expressão do próprio *bem comum*,²⁷ no sentido de que não se concebe o desenvolvimento integral da personalidade humana, senão em clima de liberdade e igualdade. Sendo variáveis a dimensão e o conceito que em situações políticas diferentes se ligam a esses atributos,²⁸ dizer isso quase significa nada esclarecer e talvez essa colocação servisse, em alguma medida, a uma boa variedade de regimes políticos distintos entre si.

Na determinação dos fins do Estado e (consequentemente) dos escopos da jurisdição é indispensável, por isso, ter em vista as necessidades e aspirações do seu povo, no tempo presente. Entra aí, dessa forma, o elemento cultural, a determinar concretamente os conceitos de bem comum, de justiça e, particularmente, de justiça social. O agregado humano é visto agora como *nação*, ou seja, como unidade cultural;²⁹ e do modo de ser da nação deriva a indicação do que ela espera do Estado que a envolve e do processo posto a seu serviço. Não se despreza a crescente aproximação cultural entre as nações, seja em razão das facilidades de comunicação de que se dispõe especialmente nas últimas décadas, seja por mérito da doutrina cada vez mais interessada nos aspectos sociais do Estado e do direito, com intensos reflexos na maneira como o sistema processual é visto nesse concerto: a *multinacional do processo*³⁰ tem um efeito polinizante, levando e trazendo os germes de culturas antes diferentes e implantando condições para o melhor enquadramento conceitual e teleológico dos institutos em todos os quadrantes do mundo.

27. Cf. Bagolini, *Visioni della giustizia e senso comune*, p. 183.

28. Cf. ainda Dallari, *Elementos de teoria geral do Estado*, n. 49, esp. p. 92, falando da "diferença de concepções a respeito das mesmas instituições, de época para época"; v., também Bagolini, *op. cit.*, pp. 128-129, 177, 181-184.

29. Nação, conceito cultural e não jurídico, é o conjunto de pessoas espontaneamente agrupadas, vivendo em comum e em torno de valores comuns, falando a mesma língua, dando curso às mesmas tradições, professando a mesma religião, etc. (é, em substância, o conceito passado a muitas gerações de estudantes do Largo de São Francisco, pelo prof. Ataliba Nogueira).

30. Cf. ainda Liebman, "Ai lettori brasiliani", p. IX.

Mesmo assim, subsistem peculiaridades locais, fruto das raízes culturais mais profundas de cada nação e projeção da superestrutura estatal adotada ou imposta. O valor *liberdade* e o valor *igualdade* não têm o mesmo significado nos Estados socialistas e nos liberais, nem coincidem as fórmulas do equilíbrio entre eles, cá e lá: cada Estado concretamente considerado (sempre observadas as variações espaço-temporais) modela em sua carta política e segundo sua própria tradição o modo de ser de suas relações com as pessoas que o compõem. Em outras palavras, a intensidade do poder que exerce sobre elas (*magnitude* do poder), expressa no grau de influência sobre a vida da população e áreas de intervenção estatal, define o modo-de-ser político de cada Estado. E isso ocupa também lugar de relevância na determinação dos escopos da jurisdição, uma vez que, como se compreende, esta não visa nem poderia visar aos mesmos objetivos em um Estado socialista e em um ocidental de tipo capitalista-liberal; nem nas democracias européias contemporâneas se vê a jurisdição exercida com os mesmos fins que nos regimes totalitários vigentes em alguns desses mesmos países ainda no último século.³¹

Uma tendência, no entanto, é universal, quanto aos escopos do processo e do exercício da jurisdição: o *abandono das fórmulas exclusivamente jurídicas*. Outra tendência, no mundo ocidental, é a destinação liberal da jurisdição, como meio de tutela do indivíduo em face de possíveis abusos ou desvios de poder pelos agentes estatais, ou seja, como elemento de equilíbrio entre os valores poder e liberdade. Outra, o reconhecimento do dever que o Estado tem e mediante o processo exerce, de interferir na vida da própria sociedade e nas relações entre seus membros, em nome da chamada *paz social*. Ainda que se faça exame dos escopos da jurisdição em dado Estado concretamente considerado e com referência a determinada conjuntura temporal, esses dados necessariamente afloram, mesmo não sendo os únicos do contexto teleológico examinado e ainda que a intensidade de cada um dos cuidados não seja a mesma em todos os sistemas jurídicos, sociais e políticos do mundo.³²

31. Cf. Barrios de Angelis, *Introducción al estudio del proceso*, n. 5.5.2, esp. p. 52 aludindo ao "espírito jurídico de cada povo" (a remissão é a Sauer: cf. seu *Allgemeine Prozessrechtstheorie*, § 2º, pp. 8 ss.). Nessa linha de raciocínio, sente-se que o social penetra no político e transparece no jurídico (direito positivo).

32. Naturalmente, ao maior desenvolvimento cultural há de corresponder uma melhor técnica do processo (v. *infra*, n. 31).

entre os dois planos do ordenamento jurídico (teoria dualista)² há de aceitar que direito e processo compõem um só sistema voltado à pacificação de conflitos. É uma questão de perspectiva: enquanto a visão jurídica de um e outro em suas relações revela que o processo serve para a atuação do direito, sem inovações ou criação, o enfoque social de ambos os mostra assim solidariamente voltados à mesma ordem de benefícios a serem prestados à sociedade.³

É sabido e repetido que a vida em sociedade gera insatisfações, mercê de condutas contrárias aos interesses das pessoas e também por serem estes literalmente infinitos, enquanto finitos são os bens da vida sobre os quais incidem. Por *insatisfação* entende-se "um sentimento, um fenômeno psíquico que costuma acompanhar a percepção ou a ameaça de uma carência".⁴ São as insatisfações que justificam toda a atividade jurídica do Estado e é a eliminação delas que lhe confere legitimidade. A vida em sociedade seria bem pior se os estados pessoais de insatisfação fossem todos fadados a se perpetuar em *decepções* permanentes e inafastáveis; e o Estado, legislando e exercendo a jurisdição, oferece com isso a *promessa* de pôr fim a esses estados. Eis então que ele define condutas como favoráveis ou desfavoráveis à vida em grupo (licitudes, ilicitudes), acenando com recompensas ou castigos (sanções), além de estabelecer critérios para o acesso aos bens da vida e às situações almejadas.

O Estado está, com isso, positivando o seu poder, no sentido de evitar as condutas desagregadoras, estimular as agregadoras, distribuir os bens entre as pessoas — e, por essas formas, criar o clima

2. V. *infra*, nn. 28.2 e 28.5.

3. O processualista moderno compreendeu que precisa relativizar o binômio direito-processo (Watanabe, *Controle jurisdicional*, n. 14, esp. p. 37), sabedor também de que a instrumentalidade é a porta larga pela qual penetram no sistema processual os influxos dos valores subjacentes à ordem jurídico-substancial (v. supra, n. 1).

4. Cf. Barrios de Ángel, *Introducción al estudio del proceso*, pp. 56-57, que também diz: "o processo origina-se em um fenômeno social comumente denominado insatisfação" (p. 56). É insuficiente, porém, o conceito que dá de "insatisfação" no plano objetivo, porque a liga demasiadamente e de modo constante ao descumprimento de normas e isso corresponderia ao sincretismo jurídico já superado: ainda que satisfeitos todos os preceitos (jurídicos, morais), pode-se ter o processo, que nesse caso estará veiculando uma pretensão infundada (mas o processo tornou-se uma realidade). Não fossem as críticas que merece, a referência *carneuttiana* à lide por pretensão insatisfeita (ou resistida, ou contrastada) teria, sob o aspecto, melhores condições de aceitabilidade (cf. Carneutti, *Istituzioni*, I, nn. 5 ss., pp. 6 ss.).

CAPÍTULO V ESCOPOS SOCIAIS

21. pacificar com justiça; 22. educação; 23. escopos sociais e técnica processual.

21. *pacificar com justiça*

O exame da legitimidade do Estado e do poder conduz naturalmente a observar e medir a capacidade, que aquele tenha e desenvolva mediante o exercício deste, de organizar convenientemente a vida em sociedade, ajudando cada um dos membros desta a realizar suas aspirações individuais, conservando e desenvolvendo bens e valores.¹ Espera-se que, mediante a dinâmica do poder, o Estado chegue efetivamente aos resultados propostos, influenciando favoravelmente a vida do grupo e de cada um dos seus componentes.

Assim a jurisdição, como expressão do poder político. Saindo da extrema abstração consistente em afirmar que ela visa à realização da justiça em cada caso e, mediante a prática reiterada, à implantação do clima social de justiça, chega o momento de com mais precisão indicar os resultados que, mediante o exercício da jurisdição, o Estado se propõe a produzir na vida da sociedade.

Por esse aspecto, a função jurisdicional e a legislação estão ligadas pela unidade do escopo fundamental de ambas: a *paz social*. Mesmo quem postule a distinção funcional muito nítida e marcada

1. Cf. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, cap. VIII, III, n. 7: o Estado caracteriza-se como "associação de um povo, possuidora de uma personalidade jurídica soberana, que de um modo sistemático e centralizador, valendo-se de meios exteriores, favorece os interesses solidários individuais, nacionais e humanos, em direção a uma evolução progressiva e comum". Cf. ainda Dallari, *Elementos de teoria geral do Estado*, n. 50, p. 94 ("conservar, ordenar e ajudar").

favorável à paz entre os homens, eliminando as insatisfações. Mas eis que o Estado positiva também o seu poder ao definir situações concretas, decidindo e realizando praticamente os resultados que entende devidos em cada caso. Legislação e jurisdição englobam-se, assim, em uma unidade teleológica – ambas engajadas em uma tarefa só, de cunho social,⁵ que estaria a meio caminho se fosse confiada só à legislação e não teria significado algum se se cogitasse da jurisdição sem existirem normas de direito substancial. E essa missão pacificadora não tem os resultados comprometidos pelo fato de ordinariamente trazerem situação desvantajosa a pelo menos uma pessoa.

Não se busca o consenso em torno das decisões estatais, mas a *imunização* delas contra os ataques dos contrariados;⁶ e indispensável, para cumprimento da função pacificadora exercida pelo Estado legislando ou *sub specie jurisdictionis*, é a eliminação do conflito como tal, por meios que sejam reconhecidamente idôneos. O que importa, afinal, é “tornar inevitáveis e prováveis decepções em decepções difusas: apesar de descontentes, as partes aceitam a decisão”.⁷ Elas sabem que, exauridos os escalões de julgamento, esperança alguma de solução melhor seria humanamente realizável; além disso, ainda que inconscientemente, sabem também que necessitam da proteção do Estado e não convêm à tranquilidade de ninguém a destruição dos mecanismos estatais de proteção mediante a sistemática desobediência.

Por outro lado, existe a predisposição a aceitar decisões desfavoráveis na medida em que cada um, tendo oportunidade de participar na preparação da decisão e influir no seu teor mediante observância do procedimento adequado (princípio do contraditório, legitimação

5. Cf. Habscheid, “As bases do direito processual civil”, n. 2, a, esp. p. 120. Cf. também Barrios de Angelis, *Introducción al estudio del proceso*, n. 5.5, pp. 50-51: “não há processo sem sociedade, não há sociedade sem processo” (*ubi societas ibi processus, ubi processus ibi societas*). Lembrar, ainda, a função pacificadora do processo em si mesmo, ou seja, a sua função de atenuar os conflitos já durante sua pendência (v. *supra*, n. 16, nota 192).

6. Não se mede a legitimidade pelo conformismo em face de decisões e atuações particularizadas e desfavoráveis, mas pela generalizada disposição a aceitar decisões futuras, em geral e sem a precisa previsão do seu conteúdo.

7. Pensamento de Tércio Sampaio Ferraz Jr., já referido antes (cf. *supra*, n. 17, nota 217); v. *supra*, n. 12, sobre imunidade (*res judicata*, preclusões).

pelo procedimento), confia na idoneidade do sistema em si mesmo. E, por fim: psicologicamente, às vezes a privação consumada é menos incômoda que o conflito pendente: eliminado este desaparecem as angústias inerentes ao estado de insatisfação e esta, se perdurar, estará desativada de boa parte de sua potencialidade anti-social.

Isso não significa que a missão social pacificadora se dê por cumprida mediante o alcance de decisões, quaisquer que sejam e considerado o teor das decisões tomadas. Entra aqui a relevância do valor *justiça*. *Eliminar conflitos mediante critérios justos* – eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado.⁸

É bastante usual, ainda, a alusão à *segurança jurídica*⁹ que se obtém mediante os pronunciamentos jurisdicionais, a saber, segurança quanto à existência, inexistência ou modo-de-ser das relações jurídicas. É inegável o grande valor social desse serviço que o Estado presta através do processo e do exercício da jurisdição. Sucede, porém, que segurança, ou certeza jurídica, é em si mesma fator de pacificação: a experiência mostra que as pessoas mais sofrem as angústias da insatisfação antes de tomarem qualquer iniciativa processual ou mesmo durante a litispendência, experimentando uma sensação de alívio quando o processo termina, ainda que com solução desfavorável. A certeza *pacífica* é é por isso que não constitui um escopo em si mesma, mas degrau na obtenção do objetivo último de pacificação, ou eliminação do estado anímico de insatisfação.

22. educação

Outra missão que o exercício continuado e eficiente da jurisdição deve levar o Estado a cumprir perante a sociedade é a de conscientizar os membros desta para direitos e obrigações. Na medida em

8. Reiteram-se aqui esclarecimentos feitos antes: a) o *conflito* a que nesse estudo se alude não é o “conflito de interesses” da teoria *carnelutiana* (v. *supra*, n. 15, nota 150; n. 16, nota 192); b) consequentemente, reafirma-se o repúdio ao método centrado na lide (*supra*, n. 5); c) os *conflitos* aqui referidos não só aparecem nos processos civis cognitivos de natureza condenatória e constitutiva, mas também meramente declaratória; não só em processos civis cognitivos, mas também cautelares ou executivos; não só em processo civil, mas também em processo penal.

9. Sobre a segurança jurídica como escopo processual, v., por todos, Habscheid, “As bases do direito processual civil”, n. 2, b, esp. p. 122; trata-se de afirmação corrente e moente na doutrina.

que a população confie em seu Poder Judiciário, cada um dos seus membros tende a ser sempre mais zeloso dos próprios direitos e sente mais responsável pela observância dos alheios. Em uma sociedade assim mais educada e confiante, ao cínico "vá buscar seus direitos" que entre nós o devedor inadimplente e mal-intencionado lança sobre o seu credor, corresponde o ameaçador *I sue you*, com que o titular de direito dissuade o obrigado quanto a possíveis resistências injustas.¹⁰

Por tendência, desinformação ou descrença, o brasileiro é pouco afeito às disputas judiciais. Nesse contexto é que a Lei dos Juizados Especiais e o Código do Consumidor também procuram exercer papel muito relevante, seja no sentido de restaurar a confiança da população no Judiciário, seja no de criar o entendimento geral de que ir ao processo é a solução de muitos problemas. Hoje são muitos os estados de insatisfação que se perpetuam e convertem em decepções permanentes, porque as pessoas não se animam a litigar em juízo. É a *litigiosidade contida*, da feliz expressão verbal que ganhou foros de cidade na doutrina brasileira, da qual fatalmente derivam perigosos desdobramentos sociais.¹¹ Essa insatisfação, multiplicada entre os membros da população que não dispõem de uma infra-estrutura em que confiem, está intimamente ligada a manifestações violentas como linchamentos, depredações e até mesmo atos de hostilidade ao próprio Judiciário.¹² O sistema dos juizados especiais cíveis pretende atrair para o campo da atuação jurisdicional, que constitui a sua sede adequada, esses conflitos hoje não jurisdicionalizados e que ou

10. Alude Roberto Berizonce à "ignorância do direito e do sistema de justiça, erigidos em terríveis obstáculos que se opõem ao acesso à justiça", assim como à consequente "série infundável de carências e obstáculos, resumidas no desconhecimento do direito, de que padecem as grandes massas" (cfr. *Efectivo acceso a la justicia*, cap. VIII, esp. p. 129). Tais são os males a serem debelados, inclusive, mediante o correto e difundido exercício da jurisdição.

11. Cfr. ainda, Watanabe, "Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas", n. 2, esp. p. 2, quando fala dos "conflitos que ficam completamente sem solução muitas vezes até pela renúncia total do direito pelo prejudicado. É o que podemos denominar *litigiosidade contida*, fenômeno extremamente perigoso para a estabilidade social, pois é um ingrediente a mais na *panela de pressão social*, que já está demonstrando sinais de deterioração do seu sistema de resistência".

12. Cfr. Watanabe, *ib.*: "*quebra-quebra* ao atraso de trens, cenas de violência no trânsito e recrudesimento de outros tipos de violência".

não são resolvidos ou são resolvidos em sede imprópria.¹³ Pretende-se com isso estabelecer um clima generalizado de confiança no Poder Judiciário e, mais além, de segurança social e insatisfações eliminadas.

A educação através do adequado exercício da jurisdição é assim, portanto, um escopo instrumental do processo, ou seja, um objetivo a ser conseguido com a finalidade de chamar a própria população a trazer as suas insatisfações a serem remediadas em juízo. O escopo último continua sendo a pacificação social, que, na medida em que obtidos bons níveis de confiança no seio da população, torna-se mais fácil de ser também levada a níveis satisfatórios.¹⁴⁻¹⁵

A atitude pronta e rigorosa dos juízes federais, nos episódios dos cruzados novos confiscados e dos 147% dos aposentados da Previdência Social, constitui significativo fator de educação para o exercício e defesa dos direitos. A população sentiu, naquele momento em que o *Estado-inimigo* lançava tentáculos sobre seu patrimônio e direitos constitucionalmente garantidos, que o caminho para uma solução é representado pelo recurso ao Poder Judiciário.¹⁶

23. escopos sociais e técnica processual

A tomada de consciência para esses objetivos do processo, especialmente para o de pacificação com justiça em cada caso concreto,

13. São os "mudos e perdidos", de que fala a sociologia; são os indiferentes, resignados ou inibidos, de que fala Barrios de Angelis (*Introducción al estudio del proceso*, n. 5.6.5, esp. p. 58). Tais atitudes concorrem para a consumação do *direito inerte*, de que falou Carnelutti ao confrontar pretensão e direito: "ao lado da pretensão infundada" (porque inexistente o direito) "coloca-se, como fenômeno inverso, o direito inerte" (porque não formulada a pretensão — cfr. *Istituzioni del processo civile italiano*, I, n. 8, esp. p. 9); v. também Antonio Cláudio da Costa Machado, "Jurisdição voluntária, jurisdição e lide", n. 5.2, p. 74. Examinando essas atitudes agora do ponto-de-vista da técnica processual, tem-se que elas constituem descumprimento de ônus, especialmente do ônus de demandar.

14. A *educação*, de que aqui se trata entre os escopos sociais da jurisdição, não se confunde com o "caráter educacional curricular", referido por Barrios de Angelis (cfr. *Introducción al estudio del proceso*, n. 5.9.2, p. 64); o pensamento do processualista uruguaio estava na problemática do *ensino* do direito; mas ele está na área do tema aqui tratado, quando fala do processo como "meio docente poderoso na educação do povo" (*ib.*, n. 5.9.3).

15. Sobre a *educação* para o pensamento e para a ação socialistas, como escopo político (e não social) nos países socialistas, v. *supra*, n. 3; *infra*, n. 24.

16. V. *supra*, n. 17, parte final.

conduz ao melhor entendimento e justificação de uma série de idéias fundamentais inerentes à ordem processual.

Da afirmada natureza pública do direito processual e suas tendências à publicização crescente poderia decorrer a idéia de uma extrema concentração de poderes na pessoa do juiz, seja para a iniciativa do processo, seja para o impulso ou para a investigação probatória. Se bem seja vigoroso postulado do Estado contemporâneo a participação efetiva do juiz, que não deve postar-se como mero espectador do duelo entre as partes, uma série de temperamentos a essa imaginável posição de *dominus* é de intuitiva necessidade. Sabe-se que o princípio da demanda e o dispositivo constituem limitações indispensáveis ao exercício da jurisdição, no sentido de que o juiz não exerce o seu mister *ex officio*, nem se considera inteiramente solto na relação processual, livre para investigar os fatos segundo os ditames de sua curiosidade.¹⁷

Um dos fundamentos dessas limitações é a exigência de *imparcialidade*¹⁸ e o temor de que, compondo o próprio juiz o *Streitgegenstand* sobre que se pronunciará depois, ou envolvendo-se no empenho de comprovar proposições de fato relevantes para a causa, acabe por assumir uma postura emocional no processo, sem condições espirituais para o julgamento sereno. Não-obstante o grande peso da exigência de imparcialidade, a visão publicista apoiada nos compromissos do processo com a ordem pública poderia afastar ou ao menos enfraquecer essas razões de inércia judicial. Chegou-se mesmo a dizer que, se o escopo de jurisdição é a atuação da vontade da lei e se esta não pertence ao domínio dos litigantes, necessariamente ter-se-ia o indispensável exercício espontâneo da jurisdição (diga-se também: ter-se-ia o pleno envolvimento inquisitorial do juiz na realização da prova).¹⁹ Seria, pois, difícil chegar a uma so-

17. Cfr. Liebman, "Il fondamento del principio dispositivo", esp. n. 2, p. 5 (distinção entre os dois princípios); n. 6, p. 9; n. 7, pp. 11-13. V. ainda Camacini, "Tutela giurisdizionale e tecnica del processo", n. 6, pp. 724-725; Habscheid, "As bases do direito processual civil", n. 8, p. 142.

18. Cfr. Liebman, "Il fondamento del principio dispositivo", cit., n. 7, pp. 11 ss. e *passim*. Cfr. ainda Luhmann (*Legitimação pelo procedimento*, pp. 112-113), dizendo que "o princípio da imparcialidade desempenha a função complementar" e que a "imparcialidade do juiz fica em risco quando este demonstra demasiada atividade".

19. Cfr. Chiovenda, *Principii*, § 2º, I, esp. p. 66: responde à objeção de Simoncelli à sua teoria quanto ao escopo do processo, mas não responde satisfatoriamente

lução satisfatória para o dilema posto, a saber: a) ou se nega que a jurisdição tenha perante o ordenamento jurídico-substancial (e, portanto, perante o próprio Estado) o compromisso de dar efetividade aos seus preceitos concretos; b) ou se tem a propensão a aceitar o seu exercício espontâneo.²⁰ Aos temores quanto ao comprometimento do juiz, poder-se-ia responder que a formação profissional o põe, com razoável teor de segurança, a salvo dos possíveis deslizos; resta por demonstrar que o juiz recrutado por modo idôneo, cercado de garantias e integrante de um Poder Judiciário bem estruturado seja assim tão suscetível a tantas fraquezas. O princípio da demanda e o dispositivo têm o seu inegável valor, mas não são suficientes, em si mesmos, para infirmar as tendências que advêm da ligação do sistema processual aos fins do Estado.

Mas as explicações meramente jurídicas da destinação do processo pecam justamente por deixarem na sombra o valor humano perseguido através do exercício da jurisdição. Saia-se do plano do direito e passe-se ao da sociedade ao qual ele se destina, e então sentir-se-á que seria inteiramente inaceitável e mesmo logicamente sem explicação a busca da paz entre pessoas em um caso concreto, sem saber se elas estão em real conflito. Não constitui reflexo de algum liberalismo político mal sopitado a entrega dos interesses a seus titulares, para que venham ou deixem de vir em busca de proteção jurisdicional. É, ao contrário, o resultado da secular intuição de que a indiscriminada intromissão estatal nas situações correntes entre os indivíduos traria em si o seríssimo risco de mais inquietar do que pacificar: esta seria uma atitude absorvente do Estado paternalista, também incompatível com os postulados da democracia.²¹

ao dizer apenas que "uma coisa é a natureza de uma função, outra é o interesse pelo seu desempenho no caso concreto".

20. É razoável entender que as *medidas cautelares* podem ser concedidas de ofício, quando incidentes: é que, pendente o processo, constitui até dever do juiz dispor as medidas que impeçam a sua efetividade, mercê do decurso do tempo e até mesmo, talvez, da malícia de um dos litigantes (v. CPC, art. 125, incs. II-III).

21. No regime da União Soviética dizia-se que "o procurador desempenha as suas funções através de diferentes meios: pode interpor ele próprio ações ou intervir numa ação já iniciada, em qualquer altura do processo, contando que a sua intervenção seja necessária para a defesa dos interesses do Estado, ou dos direitos subjetivos dos cidadãos" (cfr. Poutchinski, *Princípios de processo civil da URSS e das Repúblicas Federadas*, p. 35; v. também Habscheid, "As bases do direito processual civil", n. 8, p. 142).

Daí a regra da inércia dos órgãos jurisdicionais, completada pela disponibilidade da ação civil ou penal privada. O equilíbrio do sistema é proporcionado mediante a técnica da *ação pública* a cargo do Ministério Público, que também é agente estatal e recebe *legitimatio* para as causas envolvendo direitos e interesses que extrapolem a esfera jurídica dos indivíduos;²² no caso de lesão ao meio ambiente, a legitimidade das associações constitui também um fator de equilíbrio (elas são *intermediárias* entre o indivíduo e o Estado e responsáveis por um patrimônio que nem sempre é de toda a sociedade mas individual não é).

Fora disso, a regra da iniciativa de parte é complementada pela *legitimação individual*, com esse espírito de que o melhor juiz da conveniência de buscar satisfação a interesses é o próprio titular destes. Nem se desconhece a insuficiência do sistema construído, em face dos conhecidos óbices antepostos a ele: a estreiteza da via de acesso ao Judiciário por conta dos custos elevados, as deficiências da assistência judiciária e o despreparo da população para empenhar-se na defesa de direitos e interesses. Para isso, o remédio é a desejada educação, a partir do aprimoramento do sistema e melhor aplicação do Estado, como nos juizados especiais cíveis e atividades paralelas.

A disponibilidade dos direitos e interesses conduz também a um equilíbrio entre os deveres do juiz intervencionista e os poderes, faculdade e ônus das partes no processo. De um lado, quer-se um juiz participante, como é próprio ao Estado social contemporâneo. De outro, tratando-se de direitos e interesses disponíveis, confia-se a efetividade de sua defesa judicial à operosidade dos litigantes — e precisamente porque, se é o conflito entre eles que constitui o mais importante motivo da própria existência do processo, nada mais natural que cada um se aplique a este na medida do valor que lhe representa o interesse litigioso. Daí a importância muito grande dos *ônus processuais*, entre os quais o de afirmação e o de provar. A contumácia das partes pode levar desde a simples paralisação do processo até à sua extinção sem julgamento do mérito (*absolutio ab instantia*) e à antecipação desse julgamento, com aceitação dos pontos de fato colocados pelo autor. O *efeito da revelia*, associado à antecipação do julgamento, constitui um dos pontos de mais significativa inovação

22. Cf. Liebman, "Il fondamento del principio dispositivo", cit. n. 5, pp. 8-9.

introduzidos na legislação processual civil pelo Código vigente, onde o escopo jurídico de atuação da lei passa a plano secundário e mais se atende à preocupação de pacificar, tratando o litígio segundo o grau de conflituosidade revelado pelo comportamento dos sujeitos (o réu que não contesta comporta-se de modo menos conflitante que aquele que resiste com empenho). Na execução, quer por título judicial ou extra, tem intensa repercussão o comportamento do demandado que ofereça embargos ou deixe de opô-los: também aqui, ao equiparar os títulos, o legislador brasileiro quis dar valor ao comportamento dos sujeitos processuais e elevar o significado dos ônus, de modo que cada um possa graduar sua resistência desde a mera passividade até as mais enérgicas investidas contra a pretensão do demandante. Essa é outra abertura para o tratamento do pleito judicial conforme a intensidade do conflito a pacificar, mesmo que com isso se possa chegar a resultados não perfeitamente aderentes à vontade do ordenamento jurídico para o caso concreto já antes definido.

Também a *autoridade da coisa julgada* guarda relação com o escopo social magno do processo,²³ uma vez que a definitiva pacificação não se obtém enquanto não conseguida a *imunização* das decisões judiciais. Sabe-se até que a litispendência é extremamente afliitiva e sucede que as pessoas se tomam de inusitada e obsessiva angustia pela espera do resultado final do processo, após instaurado. O advento da definitividade aplaca as incertezas e elimina o estado anti-social de insatisfação. Não se desconsidera que essa autoridade da *res judicata*, *imunizando* a decisão de mérito, mantém relação funcional com mais de um escopo do processo, ou seja, não somente com o de pacificação mas ainda (pelo menos) com o jurídico de atuação da vontade concreta da lei. Mas lá é que ela se sente com mais peso e relevância. Além disso, quando se pensa nas chamadas *sentenças injustas*, que são aquelas que por algum motivo conduzem a resultados não indicados no ordenamento jurídico substancial, tem-se a eliminação definitiva do conflito, com total "imunização" do decidido contra novas investidas, apesar de em nada terem contribuído para a atuação da lei.²⁴

23. Ela integra o jogo de medidas componentes do *equilíbrio de exigências conflitantes*, no direito processual: v. *infra*, n. 32.

24. Mas, quanto à humanização do processo e também das decisões, v. *infra*, nn. 36.2 e 36.3.

liberdade são dois pólos de um equilíbrio que mediante o exercício da jurisdição o Estado procura manter; *participação* é um valor democrático inalienável, para a legitimidade do processo político. Pois a função jurisdicional tem a missão institucionalizada de promover a efetividade desses três valores fundamentais no Estado e na democracia, para a estabilidade das instituições.

A fórmula *atuar a vontade concreta da lei*, com que com muita autoridade se procurou definir teleologicamente a jurisdição, se bem aponte ao ordenamento jurídico como alvo do zelo do Estado-juíz, fá-lo vagamente e não é bastante em si para indicar a missão política que o Estado confia aos seus juízes.² A insistente alusão ao *caso concreto* como destinatário da aplicação do direito pelo juiz, nesse seu trabalho de declarar e atuar a lei, é sinal seguro de um individualismo jamais desmentido na doutrina assim estritamente jurídica do escopo do processo. É a tradicional postura românica consistente em referir todo o direito ao indivíduo (*persona*) e pensar no homem como sujeito de direitos e não como integrante da sociedade política e merecedor de condições para a felicidade pessoal.³ Hoje, que o direito público é conscientemente voltado à organização social e não à distribuição de bens,⁴ é mister ver no processo, ramo do direito público, alguma destinação que vá além da aspiração individual à satisfação de interesses e (agora, mais do que está naquela fórmula insuficiente) além da realização fragmentária de cada preceito jurídico concreto. O próprio direito tem inegavelmente um *fin político*, ou fins políticos, e é imprescindível encerrar o processo, que é instrumento estatal, como algo de que o

2. Cf. Chiovenda, *Principii*, § 2º, I, esp. p. 65; ele disse ainda que a descoberta de que o processo serve à atuação do direito objetivo e não das obrigações constitui "o grande progresso da moderna doutrina processual" (p. 66, nota 1).

3. No pensamento democrático, contemporâneo, tem-se na *solidariedade* um dado indispensável, considerando-se a *promoção do homem* como o marco de uma sociedade ordenada: os objetivos de justiça e de bem-estar geral e individual não de ser alcançados *através da promoção do homem* (cf. Lof, *Qué es la democracia*, n. 6, esp. p. 37; n. 8, p. 43). Mas o pensamento socialista soviético vai mais além, no abandono das fórmulas individualistas tradicionais e chega a pôr em primeiro plano, em vez da pessoa (indivíduo), a própria classe (cf. Habscheid, "As bases do direito processual civil", n. 1, p. 118).

4. Cf. Lafer, *O Brasil e a crise mundial*, p. 20; v. também Orestano, "Azione: storia del problema", n. 4, p. 21 ("direito público, entendido como conjunto de normas de organização do ordenamento político", etc.).

CAPÍTULO VI

ESCOPOS POLÍTICOS

24. os escopos políticos; 25. escopos políticos e técnica processual.

24. os escopos políticos

O intenso comprometimento do sistema processual com a Política (a Justiça faz parte desta), ou seja, a sua inserção entre as instituições atinentes à vida do próprio Estado como tal e nas suas relações com os membros da população, conduz à necessidade de definir os modos pelos quais ele é predisposto a influir politicamente.¹

São, fundamentalmente, três aspectos. Primeiro, afirmar a capacidade estatal de decidir imperativamente (*poder*), sem a qual nem ele mesmo se sustentaria, nem teria como cumprir os fins que o legitimam, nem haveria razão de ser para o seu ordenamento jurídico, projeção positivada do seu poder e dele próprio; segundo, concretizar o culto ao valor *liberdade*, com isso limitando e fazendo observar os contornos do poder e do seu exercício, para a dignidade dos indivíduos sobre os quais ele se exerce; finalmente, assegurar a *participação* dos cidadãos, por si mesmos ou através de suas associações, nos destinos da sociedade política. *Poder* (autoridade) e

1. Inexiste precisão, entre os estudiosos da própria política, na determinação do aspecto político, em seu confronto com outros aspectos da sociedade humana (Dahl, *A moderna análise política*, p. 17). "Um sistema político é apenas um dos aspectos de uma associação", sendo que "na vida das pessoas manifestam-se muitas outras relações, além de poder e autoridade" (p. 20). No presente estudo, tem-se por político o fenômeno da sociedade enquanto detentora do poder, ou seja, o fenômeno *Estado* (que, na realidade, não deixa de ser também um fenômeno social, tanto quanto o jurídico também o é, precisamente porque o Estado é sempre uma sociedade e o direito refere-se sempre à vida em sociedade).

Estado se serve para a consecução dos objetivos políticos que se situam por detrás da própria lei.⁵

Sem dúvida, a organização e subsistência do Estado dependem do exercício organizado do poder legítimo, por meios legítimos. A isso concorre o processo, não agora encarado o resultado do exercício da jurisdição em cada caso concreto, mas na soma de todos os casos trazidos a exame. Decidindo e impondo decisões (não necessariamente em sede jurisdicional), o Estado afirma o seu próprio poder e a autoridade de que instrumentalmente investidos os seus agentes, na busca de fins predeterminados. Além de decidir, ele impõe imperativamente o que decidiu e a *imunização* das decisões, no sentido de que, soberanamente, não admite revisões do decidido. Havendo decidido, produz efeitos imediatos sobre a situação das pessoas e em certa medida espera que cada um pautar seu comportamento segundo os ditames da decisão imperativa. Quando necessário, impõe por si mesmo a disposição das coisas segundo os parâmetros fixados na decisão. Essa é a síntese da atividade jurisdicional, exercida diuturnamente em número indefinido de casos, com afirmação da autoridade e exercício do poder. É claro que, em cada caso, o ordenamento jurídico-substancial fica realizado concretamente; mas é inequívoco que, na continuidade do exercício do poder, o próprio Estado sai reafirmado em sua condição de entidade responsável pela organização da vida social e sai reafirmada a autoridade do seu ordenamento jurídico. Se o Estado deixasse cada um à sua própria sorte, talvez no caos da autotutela e sem o amparo da jurisdição pacificadora, por certo que de nada valeria o melhor dos sistemas jurídico-substanciais; seria a renúncia à própria subsistência da organização política.

5. O *lavor educativo* realizado através do processo dos povos socialistas não se dirige (como no enfoque dado em parte anterior: v. *supra*, n. 22 — somente) a conscientizar direitos e obrigações, mas também a promover o regime socialista (v. *supra*, n. 3). Falava-se do fim de “salvaguardar o sistema social e estatal da URSS”, assim como o de proteger direitos individuais (Gurvich, *Derecho procesal civil soviético*, pp 7-8). O processo seria, em outras palavras, “instrumento de ação política” (Barrios de Angelis, *Introducción al estudio del proceso*, n. 5.9.3, p. 64); “os países socialistas utilizam o processo, não só como forma de afirmar princípios legais, mas também como *oportunidade propagandística*, favorável à *construção do socialismo*. Não se esqueçam os juízos em recinto aberto, com evidente *propósito proselitista*” (*id.*, *ib.*, p. 65). Extinta a União Soviética como realidade política e repudiado o socialismo radical, aguardam-se agora as inovações constitucionais compatibilizadoras.

da sociedade, sendo inconcebível a sociedade política sem o processo e a jurisdição. A confiança no Estado pacificador e respeitoso do valor liberdade é indispensável fator legitimante do poder, do ordenamento e do Estado mesmo.⁶

Outro escopo político considerado é o *culto à liberdade*. Trata-se das liberdades públicas, e especialmente das garantias de preservação do princípio liberal nas relações entre o Estado e o indivíduo.⁷ O Estado democrático faz a solene promessa de observá-las e limitar o exercício do poder de modo a não invadir a esfera de liberdade deixada aos indivíduos sem dano à vida do grupo e ao desenvolvimento dos objetivos comuns.⁸

O escopo jurisdicional de canalizar a *participação democrática* está à base da *ação popular*,⁹ muitas vezes apontada entre os institutos pertinentes à *jurisdição constitucional das liberdades*, bem como na legitimação das associações para demandas de proteção ao *meio ambiente*¹⁰ e outros valores.

Democracia é participação e não só pela via política do voto ou ocupação eletiva de cargos públicos a participação pode ter lugar.

6. V. *supra*, n. 17 (sobre legitimidade).

7. Sobre as liberdades públicas, *cf.* Ferreira Filho-Grinover-Cunha Ferraz, *Liberdades públicas — parte geral*, p. 6: são definidas como “poderes de autodeterminação consagrados pelo direito”. De modo mais explícito, v. Ada Pellegrini Grinover, *Liberdades públicas e processo penal*, n. 1.1.1.2, p. 7: não são públicas somente as liberdades “que envolvam relações do homem com os órgãos estatais, nem se reserva o termo *privadas* para as relações concernentes aos particulares entre si”. “O que torna pública uma liberdade (qualquer que seja o seu objeto) é a intervenção do Poder, através da consagração do direito positivo” (e volta a falar em “poderes de autodeterminação”). Das liberdades públicas, consideram-se no texto somente aquelas que expressam relação com o Estado, dada a linha da exposição em curso.

8. *Cf.* *supra*, n. 2, especialmente sobre a “jurisdição constitucional das liberdades”.

9. Ela permite a fiscalização da moralidade administrativa por iniciativa do cidadão, o qual pode com isso influir na vida do Estado; ele já pode exercer a sua fiscalização mediante o exercício do voto e pode também fazê-lo por essa via mais elaborada e incisiva (*cf.* José Afonso da Silva, *Ação popular constitucional*, esp. nn. 66-67, pp. 90-92, invocando a clássica lição de Loewenstein sobre o controle inter-órgãos dos atos estatais — v. *supra*, n. 2).

10. *Cf.* lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, art. 5º, mas a ação popular é também meio hábil para cumprir parcialmente a tarefa disciplinada nessa lei (*cf.* Barbosa Moreira, “A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados *interesses difusos*”, *passim*).

Todas as formas de *influência* sobre os centros do poder são participativas, no sentido de que representam algum peso para a tomada de decisões; conferir ou conquistar a capacidade de influir é praticar democracia.

Tem-se participação democrática, portanto e bastante significativa, na ação popular, onde se vê o cidadão contribuindo para a fiscalização da moralidade pública e podendo criar condições para o anulamento de atos administrativos lesivos ao patrimônio público; e também nas demandas relativas ao meio ambiente, com os indivíduos reunidos em associações constitucionalmente permitidas e asseguradas, canalizando ao Estado, através do juiz, a sua denúncia de atos ou atividades lesivas ao patrimônio comum e pedido da solução socialmente adequada. No processo da ação popular e nos relativos ao meio ambiente, a jurisdição é exercida com os objetivos imediatos de cada um e (sem considerar agora o escopo social de eliminar insatisfações) também com vista a institucionalizar a participação do indivíduo na determinação dos destinos da sociedade política. Eis outro escopo político da jurisdição e do sistema processual.¹¹

25. *escopos políticos e técnica processual*

É perceptível à primeira vista a instrumentalização jurídico-processual destinada à consecução do objetivo político consistente na preservação das liberdades públicas. A estreita instrumentalidade que liga o processo à Constituição e à ordem política nela delineada conduz à estruturação da chamada *jurisdição constitucional das liberdades*, um complexo de meios preordenados ao exercício da jurisdição,

11. Pode-se também pensar na participação democrática através do processo, não como parte, mas prestando serviços: é o caso dos juizes leigos, árbitros e conciliadores, que, no sistema da Lei dos Juizados Especiais, são auxiliares honorários da Justiça (LJE, arts. 7º e 26, § 2º). A propósito, diz Watanabe, essa é "uma alternativa inovadora que procura reverter a excessiva profissionalização da Justiça, o que certamente permitirá reduzir a burocratização de toda a máquina judiciária" (cf. "Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas", n. 6, pp. 6-7). Também a participação nos conselhos de sentença (juri popular) tem um grande sentido participativo (além do caráter educacional do juri em si mesmo). Uma outra alternativa, para a participação julgando, é a de *eleição* de juizes honorários, para certas causas que a lei determinar (cf. Vigoriti, "A favore del giudice onorario elettivo: spunti e proposte per una riforma", n. 3, pp. 678-679).

em casos concretos, com vista a efetivar as garantias de liberdade ofertadas no plano constitucional.¹² Na técnica do *habeas corpus* e do *mandado de segurança* e no modo como esses instrumentos vão sendo empregados progressivamente na experiência judiciária brasileira, está o reflexo da plasticidade do próprio conceito e medida atribuídos àquelas garantias: o amadurecimento da idéia de entender o mandado de segurança à garantia de direitos líquidos e certos violados por ato jurisdicional constitui significativo passo, nessa evolução;¹³ e assim também, em tempos menos recentes, o *habeas corpus* concedido contra violência de particular à liberdade individual (cárcere privado, hospitais, fazendeiros) e o mandado de segurança contra ato de diretor de estabelecimento particular de ensino ou de sociedade de economia mista.¹⁴ Nessa expansão da abrangência dos remédios processuais constitucionais, tem-se a demonstração de que a consciência jurídico-política brasileira evolui no sentido da incrementação do sistema jurídico-substancial das liberdades públicas, valendo o sistema processual como instrumento dessa gradual e espontânea evolução *informal* do conteúdo substancial da Constituição.¹⁵

12. V. *supra*, n. 2.

13. Cf. Watanabe, *Controle jurisdicional e mandado de segurança*, pp. 93 ss.:

relata a evolução doutrinária e jurisprudencial acerca da admissibilidade do writ contra atos de jurisdição, inclusive no seu relacionamento com os vetos contidos nas Súmulas 267 e 268 do Supremo Tribunal. O mandado de segurança não se tornou sucedâneo perfeito dos recursos, mas os substitui com vantagem e lhes reforça a capacidade de afastar injustiças e a eficácia de decisões. É a ordem constitucional reagindo contra lesões a direitos líquidos e certos a que a ordem legal não estaria sendo capaz de dar a devida proteção. A propósito do tema disse Calmon de Passos: "a teoria do mandado de segurança contra atos jurisdicionais tem que assentar, como a do mandado de segurança em geral, em três noções básicas: a de *ilegalidade* ou *abuso* de poder na atividade jurisdicional do magistrado; a de *direito*, relacionado com o processo e o conjunto de atos que o constituem, resultado do exercício das faculdades que integram as situações de vantagem dos sujeitos; e, por último, a de *liquidez e certeza* desse direito" (cf. "Do mandado de segurança contra atos jurisdicionais: tentativa de sistematização nos cinquenta anos de sua existência", n. 12, p. 52). Até mesmo contra sentença passada em julgado, não se exclui por completo a admissibilidade do writ.

14. Discuti-se sobre isso há tempos, inclusive mediante um desvio de perspectiva consistente em colocar o problema como se fosse de *legitimatio ad causam*, quando ele realmente se situa no campo pertinente ao quesito da adequação (fator relacionado com o interesse de agir).

15. V. *supra*, n. 4.

A instituição da *ação popular* e da tutela jurisdicional ao *meio ambiente* entre nós, ambas paradoxalmente creditadas ao regime de excepcionalidade política dos vinte-e-um anos ditatoriais, constitui a instrumentalização técnico-processual de garantias constitucionais antes mal concretizadas: a da ação popular jazia há mais de vinte anos no texto constitucional sem efetivação e a da inafastabilidade do controle jurisdicional jamais chegara ao ponto de encampar a tutela dos interesses difusos como os relativos ao meio ambiente. Antes a *moralidade administrativa* só poderia ser fiscalizada jurisdicionalmente por vias indiretas ou aleatoriamente, fosse quando estivesse envolta com direitos individuais postulados em juízo, fosse em sede de repressão penal, fosse mediante a problemática provocação da própria Administração pública. Quanto ao meio ambiente, a resistência milenar à *legitimatio* supra-individual acabou cedendo passo à das associações e à do Ministério Público (ação civil pública). São meios de permitir aos indivíduos a almejada participação, seja pelo canal das associações em que eles se reúnem e que ficam a meio caminho entre o indivíduo e o Estado (daí serem entidades *intermediárias*), seja através dos agentes estatais que por destinação institucional têm a missão de representar a sociedade perante o Poder Judiciário, na defesa do interesse público; no caso da tutela ao meio ambiente, como em outros, o Ministério Público recebe e processa a representação dos particulares, com vista a provocar a atividade jurisdicional se for o caso e com isso dar curso a essa participação indireta.¹⁶

Diferente é o grau e intenção da *legitimatio* do *Parquet*, nos regimes políticos que se empenham em exacerbar a condução política da nação pela via do processo. Nos países socialistas, como era o caso da União Soviética e República Democrática Alemã, ao processo e à própria ordem jurídica como um todo era atribuída a missão de educar para o pensamento e ação socialistas;¹⁷ e, para a consecução

16. V. Const., art. 129, inc. III e lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, art. 1º e arts. 8º, 9º e §§. Sobre essa técnica consistente em legitimar o Ministério Público (no caso, à ação civil pública) sem comprometer a imparcialidade do julgador, v. ainda Liebman, "Il fondamento del principio dispositivo", n. 45, pp. 7 ss.

17. V. *supra*, n. 3. Cfr. Habscheid, "As bases do direito processual civil", n. 1, pp. 118-119. Fala-se com muita ênfase também na preservação da "legalidade soviética", que é o meio para assegurar o culto aos princípios políticos eleitos e consagrados na lei: cfr. Gurvich, *Derecho procesal civil soviético*, pp. 8, 28 ("o princípio inquebrantável da legalidade na administração da justiça"), etc.

desse escopo marcadamente político da jurisdição, não só participa do processo com bastante intensidade o Ministério Público, representante do pensamento oficial, como ainda se estende a legitimação a entidades representativas da sociedade e da classe dos trabalhadores.¹⁸ No direito brasileiro a intervenção do Ministério Público não tem esse sentido, ainda quando ele vem, como se costuma dizer, como mero *custos legis*; impele-o o zelo por certos valores sociais de natureza familiar, econômica ou mesmo política, expressos na fórmula *interesse público* — mas sempre a partir do pressuposto democrático da plena independência intelectual e ideológica do *promotor justitiae*, ou seja, sem qualquer prévio direcionamento político estereotipado.¹⁹

Na visão mais ampla das projeções jurídicas do fator político do processo, permitida pela afirmação do escopo de assegurar a autoridade do próprio Estado e do seu ordenamento jurídico-substancial, chega-se a uma série grande de observações, que se situam no plano da crescente publicização do sistema processual.²⁰ Talvez a mais abrangente delas seja a de que constitui preconceito privatista e individualista a crença e generalizada afirmação do *caráter secundário* da jurisdição. Ela é o próprio poder do Estado, exercido com vista aos seus fins institucionais e à sua manutenção como superestrutura da sociedade. É do interesse *primário* do Estado. O que acontece é que, em muitas matérias não-penais, tem-se como correspondente à vida normal dos direitos (sua *fisiologia*) o desenvolvimento de todo o ciclo vital independentemente da intromissão estatal autoritativa;

18. Cfr. Gurvich, *op. cit.*, p. 45: legitimação do interessado, do promotor, de organismos de administração estatal, das empresas, dos *koljoses* "e outras organizações cooperativas e sociais ou dos cidadãos nos casos em que, com base na lei, possam dirigir-se ao tribunal em defesa dos direitos e interesses de outras pessoas". É mais: "o direito processual civil soviético é uma ciência partidária. Serve para a construção do comunismo" (p. 25). Que será dessas idéias agora que extinta se acha a URSS?

19. V. lei compl. n. 75, de 20 de maio de 1993, art. 1º: ele não representa o Estado *pro domo sua*, mas *pro societate*, sendo responsável "pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade", etc. Sobre a posição do Ministério Público no processo, sua imparcialidade, etc., cfr. Calmon de Passos, "Intervenção do Ministério Público nas causas a que se refere o art. 82, III, do Código de Processo Civil", nn. 12-14, pp. 86-88; v. ainda Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria geral do processo*, nn. 122 ss., pp. 228 ss.

20. Cfr. *supra*, n. 5.

só nos casos *patológicos* é que, insatisfeita uma das pessoas, vem ela a provocar o exercício da jurisdição. Será secundária a atividade de jurisdicional, nesses casos, no sentido de que reservada para as hipóteses *patológicas*. Nos casos em que nada se espera ou permite aos indivíduos para a realização dos objetivos, nem nesse sentido se pode afirmar o suposto caráter secundário essencial à jurisdição (ações constitutivas necessárias, pretensão penal punitiva).²¹

Por outro lado, o fato de a jurisdição não ser em princípio exercida de-ofício não é significativo da preponderância do interesse individual sobre o político do Estado: este não a exerce no interesse exclusivo nem mesmo preponderante das partes ou do demandante, nem o faz com sacrifício de interesse seu, como quem cumpre uma obrigação. É a partir daí que se chega a conceituação da *ação como poder* e não direito subjetivo (porque ao direito subjetivo corresponde uma obrigação e esta se traduz invariavelmente em uma situação desfavorável perante a ordem jurídica).²² Essa colocação, de visível tendência publicista, projeta-se também (assim como a visão social do processo) na mitigação do princípio dispositivo (com a recomendação por uma participação mais efetiva do juiz), além de conduzir à regra do *impulso oficial*.²³ sendo do interesse do próprio Estado como tal o exercício da jurisdição, que é um serviço prestado aos indivíduos e à própria sociedade mas não significa sacrifício de valores para quem a exerce, cumpre a ele em primeiro lugar a condução do processo em direção ao objetivo final, sem se considerar o juiz em permanente dependência da iniciativa dos litigantes. Em processo civil, onde mais forte é a atávica tendência a valorizar a regra do impulso de parte, fez-se segura orientação jurisprudencial,

21. *Cf. supra*, n. 5.

22. *Cf. Dinamarco, Execução civil*, nn. 220-221, pp. 363 ss., bem como bibliografia ali citada. A afirmação da ação como direito público subjetivo (*cf. Ada Pellegrini Grinover, Direito de ação*, nn. 21-26, pp. 45 ss.) tem muito mais significado político do que técnico-jurídico, ou seja: trata-se de fórmula ligada à generosa preocupação pela inafastabilidade do controle jurisdicional no Estado-de-direito, sendo a ação uma garantia destinada a assegurar o acesso a ordem jurídica justa. Se fosse válido determinar a natureza jurídica do instituto só por isso, se-lo-ia, no máximo, quanto à ação civil: a penal pertence à acusação e não visa à preservação do direito em jogo no processo crime (a liberdade), mas precisamente ao contrário — isto é, à imposição de restrição a ele (*cf. Dinamarco, Fundamentos do processo civil moderno*, I, n. 144; *supra*, n. 9).

23. CPC, art. 262, parte final.

entre nós, no sentido de limitar a extinção do processo em julgamento do mérito em virtude do abandono por parte do demandante ou de ambos os contendores: só mesmo quando se trate de omissão de atos que estritamente dependam de sua participação efetiva e não de atos esperados do juiz, é que se admite essa extinção anômala.²⁴

Também na teoria do *interesse* de agir transparece significativo reflexo dessa colocação: interesse é por definição *utilidade*²⁵ e, embora o provimento possa oferecer algo de útil ao demandante, ele carece de ação por falta de *legítimo* interesse processual quando, a juízo do Estado, o custo social e individual das atividades que o preparam não traz a perspectiva de retorno que, do ponto-de-vista da utilidade pública, seja compensador (tal é a explicação que se tem da carência de ação por falta de *adequação* do provimento pedido, como v.g. na pretensão executiva desamparada de título).

24. V. *supra*, n. 5, nota 98.

25. Interesse é utilidade e, se não fosse a qualificação *legítimo* (*legítimo interesse*), ficaria sem explicação a falta de interesse por inadequação da via escolhida, especialmente quando ela fosse mais vantajosa para o demandante (mais utilidade!); é o caso da execução intentada sem título. O predicado da legitimidade do interesse é a expressão de uma justa compensação, que o legislador espera do processo, de modo a oferecer suficiente retorno do custo social e individual da sua realização. É como no caso indicado no texto, em que o sacrifício a ser imposto ao patrimônio do demandado constitui um custo que traz muito risco de não ser conforme com a verdadeira vontade da lei, se não houver a boa dose de probabilidade oferecida pelo título executivo; o pedido de condenação antes do vencimento da dívida é também repellido (aqui, por falta de necessidade concreta da jurisdição), porque o Estado não se dispõe a generalizar tutelas jurisdicionais antecipadas, quando talvez em muitos desses casos poderia ter-se a satisfação voluntária e muitos processos serão assim então evitados; outro caso é o do processo crime (cognitivo), que só se instaura se houver *fumus boni juris* (justa causa), ordinariamente fornecida pelo inquérito policial, porque a própria litispendência criminal é gravosa e fonte de contrangimentos, não sendo razoável impô-la, também, sem a probabilidade havida por suficiente. Sobre o interesse de agir, *cf. meu Instituições de direito processual civil*, II, n. 544, pp. 309 ss.

modo como o processo e os seus resultados repercutem no sistema jurídico; além disso, as fórmulas mais conhecidas, através das quais se tentou a definição teleológica do processo, constituem acima de tudo pronunciamentos acerca da função que o processo desempenha perante o direito e na vida dos direitos. A postura sincerética inicial, correspondeu a crença de que ele servisse à tutela dos direitos subjetivos, sem a percepção da existência dos dois planos do ordenamento jurídico; o escopo de aplicação de sanções, atribuído ao sistema processual, constitui evidente reflexo da teoria que via o próprio direito como sistema de sanções; e os dois pensamentos que ainda hoje afloram explícita ou implicitamente nos estudos e nas posturas dos processualistas (*justa composição da lide, atuação da vontade concreta da lei*) estão indissolavelmente associados à teoria unitária ou à dualista do ordenamento jurídico.²

Indagar do escopo jurídico do sistema processual significa, portanto, pôr em questão o modo como opera e posto que ocupa no sistema jurídico.³ Neste quadrante da história do direito, já não teria sequer sentido cogitar da tutela dos direitos como escopo do processo, expressão de uma visão superada do próprio ordenamento jurídico.⁴

2. A teoria de Redenti, ligada à aplicação de sanções e garantias previstas e impostas pelo direito, tem muito do positivismo jurídico de Kelsen (ou, talvez, influência de Bülow), dando nítida idéia da formação gradual do direito; é, portanto, uma colocação puramente jurídica (cf. Redenti, *Intorno al concetto di giurisdizione*, esp. n. II).

3. Falando das relações entre direito e processo (após afirmar a grande importância de sua determinação, na busca dos escopos processuais), Habscheid transcreve passagem bastante sugestiva de Franz Klein: "o direito material e o processo relacionam-se entre si como o pensamento e a sua expressão" (cf. Habscheid, "As bases do direito processual civil", n. 2, a, esp. p. 120). Sem o processo, ter-se-ia o "direito inerte", de que falou Carnelutti (*Istituzioni del processo civile italiano*, n. 8, esp. p. 9); por isso, *ubi societas ibi processus*. Só não se deve estreitar tanto a ligação entre direito e processo, que dê a impressão de que aquele dependa inexoravelmente e sempre deste, para a sua vida: na realidade, o direito substancial é auto-suficiente, no sentido de que a instituição de direitos e obrigações, relações jurídicas ou *status*, independe da celebração do processo (v. *infra*, n. 28.5).

4. É conhecida a crítica: se o direito é um interesse tutelado, a tutela de direitos seria a tutela do interesse... tutelado. Além disso, essa posição é fruto da visão privatista do sistema, a partir da ótica do demandante, que vem a juízo pretendendo realmente uma tutela, mas que nem sempre tem o direito a obtê-la (e isso é resolvido nos confines do direito substancial). Por fim, a ação penal não visa à tutela de qualquer direito individual, nem a ação civil pública. O "nítido sabor pandectístico" da própria idéia de tutela dos direitos (cf. Liebman, "Norme processuali nel codice

CAPÍTULO VII

O ESCOPO JURÍDICO

26. o problema; 27. colocações introspectivas; 28. o processo e o direito; 28.1 pontos de estrangulamento; 28.2 entre a teoria unitária e a dualista; 28.3 o juiz e o processo; 28.4 os ônus processuais e a conduta das partes; 28.5 suficiência do direito substancial; 29. atuação da vontade concreta do direito; 29.1 críticas e confrontos; 30. escopo jurídico e técnica processual.

26. o problema

Embora seja o direito uma ciência normativa e portanto *social*, sendo *social* tudo quanto é jurídico, existe um modo de ver os fenômenos do direito exclusivamente como tais e pelo significado jurídico que têm, sem atentar à sua inserção na vida da sociedade. Tal é a visão estritamente jurídica que, enquanto aplicada ao estudo do processo e dos seus escopos, mostra-se insuficiente e estéril, clamando por complementações no plano político e no propriamente *social*. A perspectiva estritamente jurídica do sistema processual constitui reflexo do segundo momento histórico da sua ciência, consistente na afirmação da autonomia conceitual e metodológica e aprimoramento interno do sistema.¹ O terceiro momento, visivelmente instrumentalista, é assim justamente por força da percepção das responsabilidades que perante a nação e sua estrutura política o processo é chamado a assumir. Isso não significa, todavia, execrar a visão jurídica de um sistema que em si mesmo é jurídico. É de suma importância e vital relevância na técnica processual a definição do

1. Das posições então assumidas, a mais puramente jurídica foi a de Chiovenda, ligando o processo à vontade do direito substancial e não lançando as vistas à realidade subjacente a ele; a de Carnelutti, embora propusesse um resultado jurídico (a composição da lide), partia de um dado sociológico, que é a lide.

O que realmente tem importância é a definição do escopo jurídico a partir da oposição entre a teoria dualista e a unitária, porque isso significa, afinal, revelar o exato ponto de inserção do processo no universo do direito. Nesse quadro, mostra-se ainda menos produtiva a definição introspectiva do escopo do processo, consistente na produção de decisões ou da coisa julgada.⁵

27. colocações introspectivas

São introspectivas as colocações que consistem na visão do sistema processual em si mesmo, visão interna e pan-processualista, que no fundo pressupõe o processo como fim em si mesmo e não chegar a questionar a sua função perante a ordem jurídica substancial.⁶ É de extrema fragilidade e chega a ser ingênua a crença de que o sistema processual jurisdicional tenha por escopo a produção de decisões, de título executivo ou da coisa julgada.

Sabe-se que o processo é instrumento predisposto ao exercício do poder e que este consiste na capacidade de decidir e impor decisões.⁷ A dinâmica do poder inclui uma série mais ou menos complexa de atos integrados na unidade teleológica de um procedimento,⁸ o qual há de ser conforme com o modelo procedimental legal, sendo absolutamente imprescindível que, nos momentos adequados, o agente

civil", n. 1, esp. p. 156) transparece nessa aplicabilidade somente à ação civil individual.

5. O processo não tutela *direitos*, mas *pessoas* – e, precisamente, as pessoas que, segundo o direito material bem interpretado, tenham direito à tutela jurisdicional: *cf.* Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, I, nn. 175 e 181.

6. Assim, Goldschmidt, *Princípios gerais del proceso*, I, n. 13, pp. 37-38: "o processo é o procedimento cujo fim é a constituição da coisa julgada, isto é, do efeito de que a pretensão do autor valha no futuro, ante os tribunais, como juridicamente fundada ou infundada".

7. *V. supra*, esp. nn. 8 e 11.

8. *Cf.* Luhmann, *Legitimação pelo procedimento*, p. 196, falando em *premissas de decisão*: a sua complexidade (complexidade = leque de soluções possíveis) "é reduzida e determinada através da programação das premissas de decisão". Entende-se que essa redução é dada pelos parâmetros do direito objetivo, de modo que a existência de normas gerais e abstratas limita as possibilidades de decisão. Além disso, o próprio meio de realizar o procedimento é também limitado (ou: a completude do procedimento é reduzida) pelas normas do processo, na medida em que prevalece a legalidade das formas (*v. supra*, n. 16).

do poder decida. Mas daí a considerar que o objetivo do processo seja a produção de decisões vai uma distância muito grande.

Em primeiro lugar, se essa opinião fosse correta ela o seria somente quanto ao processo de conhecimento, nada valendo quanto ao executivo e portanto sendo imprestável no plano da teoria geral (nem mesmo no âmbito do direito processual civil ela teria a indispensável abrangência); embora no processo de execução o juiz decida também, essas decisões não são o fim desse processo nem se situam no seu fim, porque o juiz, ali, quando decide, ele o faz com vista às realizações práticas (no processo executivo, o juiz decide antes de realizar e a decisão não constitui objetivo, mas meio).⁹ Além disso, quem respondesse que o escopo do processo (de conhecimento) é a produção de decisões, continuaria sem explicar para que servem afinal o processo e a própria decisão que o integra. Para que o juiz decide? Permanecer-se-ia na tentativa estéril de justificar o exercício do poder através do próprio poder.¹⁰

Quando se passa a pensar na coisa julgada como objetivo institucional do exercício da jurisdição,¹¹ têm-se todos esses males e mais a ingenuidade da aceitação de algo que vem de fora do sistema como se resultasse de alguma força dele próprio. Não é o procedimento

9. O juiz decide sobre condições da ação executiva, sobre pressupostos processuais, sobre a regularidade do próprio procedimento executivo, sobre os incidentes suscitados. Sobre o tema dos juízos contidos no processo de execução, é preciosa a monografia de Martinetti, *Gli accertamenti degli organi esecutivi* (*cf.* ainda Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, IV, n. 1.793-1.797, pp. 845 ss.). Essa observação abre espaço para toda a problemática do *contradittorio no processo executivo*, tão mal compreendida quanto a própria idéia de instrução (sabe-se que a participação em contradittorio se destina a propiciar a correta instrução da causa, mas nem sempre é lembrado que na execução também exista instrução, não para a prova, mas para a predisposição das coisas para a satisfação da vontade concreta do direito: *cf.* Dinamarco, *ib.*, pp. 94 ss.; Tarzia, "Il contraddittorio nel processo esecutivo", *passim*).

10. No máximo, ter-se-ia resposta para indagações acerca dos resultados do processo, entendido este como instituto de direito processual (o procedimento em contradittorio); não quanto ao processo, como sistema processual (nem, obviamente, quanto ao escopo da jurisdição).

11. Habscheid, dando visão de conjunto quanto a comunicações dos relatores nacionais sobre o tema no Congresso de Gand (1977), fala de uma corrente definindo "o escopo do processo civil como puramente processual"; refere a opinião de James Goldschmidt (*v. supra*, nota 6) e diz que "não há relação de fins para meios, entre a autoridade da coisa julgada e o processo" (*cf.* Habscheid, "As bases do direito processual civil", n. 2, b, pp. 121-122).

que dita a imunização das decisões que ele próprio produz, mas algo que o antecede e no qual ele busca apoio, ou seja, as normas de direito positivo que instituem a autoridade da coisa julgada material (no caso brasileiro, garantia erigida no plano constitucional); nem faria sentido outorgar ao agente do poder (*poder derivado*, não constituinte) o estabelecimento do grau de *imunização* de suas decisões contra futuros questionamentos. Mais ainda: peca essa afirmação da coisa julgada como objetivo processual, também por tomar como invariável algo que é historicamente variável e variável ainda, no seio do mesmo ordenamento jurídico, conforme a natureza do processo (como sustentar tal escopo com relação ao processo penal, quando a coisa julgada da sentença penal condenatória é extremamente instável, sujeita sempre a revisão?). A coisa julgada, não sendo efeito da sentença mas a autoridade de que os seus efeitos se revestem,¹² jamais poderia ser considerada (também por esse motivo) como um objetivo em si mesmo.

Mais desarrazoada, ainda, é a crença no suposto objetivo de criar *título executivo*.¹³ agora, não só o processo de execução estaria excluído, como ainda o cognitivo meramente declaratório ou constitutivo, pois se sabe que somente as sentenças condenatórias são títulos para a execução forçada.

E o mal maior de todas essas idéias introspectivas reside no seu pan-processualismo,¹⁴ sendo posições inteiramente desligadas de qualquer conotação instrumental. Elas se prestam à mais integral neutralidade ideológica do direito processual e desconsideram por completo a inserção do juiz na sociedade. Em nada são aptas a contribuir para o aprimoramento do sistema, correção de rumos, opção por soluções desejáveis. Se a afirmação do escopo de atuar o direito recebeu a acusação de servir indiferentemente a qualquer regime político,¹⁵ essa que é ainda mais vazia presta-se ainda mais a qualquer abuso político,¹⁶ sem forças para manter o imprescindível espírito democrático do processo.

12. Cf. Liebman, *Efficacia ed autorità della sentenza*, esp. § 3º, pp. 37 ss.

13. Referência e crítica a essa colocação, v. in Goldschmidt, *Principios generales*, n. 14, esp. p. 40.

14. Locução atribuída a Micheli ("L'unità dell'ordinamento"), embora empregada por ele em alusão a situação bastante diferente desta considerada aqui.

15. Cf. Denti, *Processo civile e giustizia sociale*, p. 17.

16. Cf. Habscheid, "As bases do direito processual civil", n. 2, b, esp. p. 123.

28. o processo e o direito

Na realidade, é dúplice a relação entre o processo e o direito. Em primeiro lugar, como é natural em regime de legalidade, o processo se rege por normas de direito, as quais ditam o modo como a jurisdição se exerce e o processo se realiza; com isso, reduzindo as opções de comportamento de cada um dos sujeitos do processo,¹⁷ o direito evita a situação de extrema complexidade que geraria incertezas e faria perigar a própria integridade dos direitos e obrigações da ordem substancial e a fidelidade do processo aos seus objetivos. Não é disso que se fala, todavia, quando se alude ao binômio direito-processo: pensa-se, então, nos modos como este concorre para a vida daquele, qual instrumento a serviço de uma ordem exterior.

Essa ordem exterior é representada pelo conjunto de normas e princípios que atribuem bens da vida às pessoas, disciplinam condutas e ditam a organização da convivência social — ou seja, ela é representada pelo que se denomina *direito substancial*.¹⁸ Obviamente, a própria colocação desse binômio, com as investigações em torno da relação funcional entre a ordem do processo e a substancial, pressupõe a aceitação da existência mesma dos dois planos do ordenamento jurídico, sem a qual nada disso faria sentido e certamente as pesquisas seriam menos fecundas e extremamente limitadas, como foram até ao século passado. Mas o jurista contemporâneo tem familiaridade com a distinção entre os dois planos do ordenamento jurídico e da sua própria ciência, tendo bastado para isso o período de um século que veio da descoberta racional da relação jurídico-processual até aos nossos dias: desenvolveu-se grande labor entre os processualistas, nesse período, concentrados na determinação dos lindes entre o processual e o substancial, na fixação de conceitos relativos ao processo e na insistente afirmação da autonomia deste. Não se desconhece que, especialmente entre os civilistas de formação mais privatista e tradicional, prepondera ainda uma postura que, se não é de repúdio a essas idéias e distinção, pelo menos revela alguma dose de indiferença por elas. É o que se

17. Cf. *supra*, n. 16; n. 27, nota 8; Luhmann, *Legitimação pelo procedimento*, p. 195.

18. Cf. Lafer, *O Brasil e a crise mundial*, p. 20; Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, I, n. 142; Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria geral do processo*, n. 11, p. 46.

dá, v.g., na continuação no emprego das locuções *direito substantivo* e *direito adjetivo*, expressivas da teoria imanentista da ação anterior à obra renovadora do século XIX; ou na referência à *lesão*, como elemento caracterizador do interesse de agir (e nesse erro incorre a Constituição brasileira e o próprio Código de Processo Civil).¹⁹ O Código Civil de 1916, fruto de uma cultura ainda sem conhecimento das conquistas científicas do direito processual operadas a partir do século XIX, adotava francamente a teoria civilista da ação, ao dizer que “a todo direito corresponde uma ação, que o assegura”²⁰ e ao inserir indevidamente no conceito de interesse de agir as qualificações de *econômico* ou *moral*.²¹ O Código Civil vigente não repete essas impropriedades.

Tais e outros resíduos privatistas, na obra de juristas menos alinhados a esse movimento já secular e mesmo no texto da lei e em suas colocações (o Código Civil italiano, v.g., inclui o trato da *tutela dos direitos*, com disciplina de matérias puramente processuais),²² não infirmam a consciência generalizada, com satisfatória maturidade, em torno da existência do plano processual distinto do jurídico-material. Existe consenso, também, quanto à insuficiência desta, no sentido de que não dispõe de meios para sua própria imposição acima das vontades divergentes e recalcitrantes;²³ e daí o generalizado reconhecimento da necessidade do processo em qualquer sociedade, o qual está presente mesmo nas sociedades mais rudimentares, ainda que de forma correspondentemente rudimentar.²⁴ Onde as opiniões mais divergem é no ponto referente ao modo dessa ajuda que o processo vem prestar ao direito, o que está intimamente ligado ao modo como seja visto o próprio direito material em sua funcionalidade.

19. Const., art. 5º, inc. XXXV; CPC, art. 4º. Tais dispositivos correspondem a uma visão plana do ordenamento jurídico, contra que me insurjo (cf. Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, I, nn. 228-229).

20. CC-16, art. 75.

21. CC-16, art. 76.

22. Cf. c/c, arts. 2.643 ss.; cf. Liebman, “Norme processuali nel codice civile”, n. 1, pp. 155-157.

23. Falando em *insuficiência*, diz-se somente que, sem o processo, falha às vezes a eficácia da norma substancial, sem que fique ela privada de vigência (v. Faria, *Posder e legitimidade*, p. 105); o que digo aqui não colide com o que está no n. 28.5.

24. Cf., ainda, Barrios de Angelis, *Introducción al estudio del proceso*, n. 5.5.1, p. 50.

Reside aí a célebre polémica entre adeptos da teoria dualista e da unitária.²⁵

28.1 pontos de estrangulamento

Nem constitui óbice a essa consciência e maturidade a existência de pontos de estrangulamento entre os dois planos, representados por dispositivos e institutos com aparência substancial, sendo processuais. Se ao longo da sua estrutura os dois planos do ordenamento jurídico se mantêm paralelos e afastados a boa distância, com separação razoavelmente nítida para os entendidos, em pelo menos três momentos eles se aproximam tanto, que alguma confusão é possível, gerando dúvidas e polémicas a envolver ainda os mais preparados. Trata-se das *condições da ação*, da disciplina da *prova* e da *responsabilidade patrimonial*, pontos que pertencem efetivamente ao direito processual, mas onde tão grande é a influência do substancial, que vozes muito autorizadas chegam a iludir-se com as aparências e crer na pertinência a esse plano. Esses estrangulamentos significam, porém, somente que em alguns momentos a *natureza instrumental* fica mais sensível e vem à tona de modo mais agudo, a ponto de as normas e critérios do direito material, assim como as características da relação jurídica perante este, influenciarem com mais intensidade as soluções que o direito processual dispõe. É natural que todo o direito processual seja permeado dessa influência, posto que instrumento do direito material, mas o que se dá, nos casos indicados, é a exacerbação da influência e intensa contaminação do processual pelo substancial.

Entre as *condições da ação*, isso se dá de modo superlativo no próprio conceito e disciplina da *possibilidade jurídica da demanda*, da qual já foi dito que constitui “improcedência macroscópica”,²⁶

25. V. *infra*, n. 28.2.

26. Cf. José Frederico Marques, *Manual de direito processual civil*, I, n. 140, p. 160: “a falta de possibilidade jurídica do pedido... constitui indício macroscópico da inexistência de pretensão razoável”. Negando diretamente a possibilidade jurídica como condição da ação, Calmon de Passos diz que é caso de “improcedência *prima facie*, que deriva dos próprios termos em que o autor põe a sua pretensão”. Mas a crítica do professor balança parte de um pressuposto não demonstrado e na realidade falso: o de que só se tem carência de ação quando um dos requisitos desta falte desde logo, pelo modo como a petição inicial é redigida. Tal é a teoria da *prospettazione*, segundo a qual a presença ou ausência dos requisitos considerados como

em clara opção por localizá-la no plano substancial. Dela e da *legitimatio ad causam*, dizem também que só se consideram condições da ação e sua ausência implica a carência desta na medida da asserção feita, ou seja: segundo esse pensamento, uma vez presente a possibilidade jurídica ou a legitimidade *in statu assertionis*, se depois se verificar que falta uma ou outra o que se terá é a improcedência da demanda, não carência de ação. Na teoria da asserção, ou *prospettazione*, o requisito da efetiva presença desses dois predicados pertence ao direito substancial e é de mérito a questão a respeito.²⁷

condições da ação é examinada *in statu assertionis*: construída a petição inicial de modo correto, a ulterior demonstração de que uma delas falta conduziria à rejeição da demanda *pelo mérito*. E indaga Calmon de Passos, perplexo: "qual a diferença substancial entre esta e aquela decisão?" (cf.: "Em torno das condições da ação - a possibilidade jurídica", n. 7, esp. p. 62; v. também n. 12, esp. p. 66). Precisa ser dito que o arquiteto da doutrina que inclui a possibilidade jurídica entre as condições da ação (notoriamente, Liebman) jamais aderiu à teoria da asserção. Ele diz sempre, sem ressalvas, que "a ausência de apenas uma delas já induz carência de ação, podendo ser declarada, mesmo de ofício, em qualquer grau do processo" (*Manual de direito processual civil*, I, n. 74, esp. pp. 203-204 trad.; v. ainda "L'azione nella teoria del processo civile", n. 6, pp. 46-47); sintomática também é a proposta que fez, em artigo escrito no Brasil ainda na vigência do Código de 1939, da realização de uma *audiência especial* destinada ao esclarecimento de fatos relacionados com as condições da ação (cf.: "Novamente sobre a legitimação das partes", p. 153). A respeito da problemática da teoria da asserção, v. Mandrioli, *L'azione esecutiva*, p. 63 (o interesse de agir basta ser afirmado); Furno, *Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo*, p. 37 (basta alegar as condições); Attardi, *L'interesse ad agire*, p. 9 (a ação existe, quando houver afirmação do direito e do estado de lesão; v. ainda pp. 26, 27, 80, 82: a afirmação é requisito da viabilidade do processo); Fazzalari, *Note in tema di diritto e processo*, pp. 109-110 (a afirmação legítima os atos preparatórios e a verificação legítima a sentença de mérito - v. também pp. 116, 117, 121, 122: fala da situação substancial preexistente e dá nítida impressão de repudiá-la teoria da *prospettazione*).

27. Paralela a essa questão é a das hipóteses diferentes nas quais costuma ser reconhecida a falta de *legitimatio ad causam*. Tomo dois exemplos: a) o locador moveu ação de despejo ao ex-inquilino, havendo a locação sido transferida a outrem com expressa anuência sua; b) em processos para a indenização por danos decorrentes de acidente automobilístico, é frequente o réu demonstrar que o veículo causador não mais lhe pertencia ao tempo do evento, embora seu nome figurasse ainda no certificado de propriedade. Lá e cá, afirma-se a carência de ação, por falta de legitimidade passiva. A diferença é que, no primeiro caso, eventual sentença que viesse a ser dada em face do ex-inquilino seria de total inutilidade, porque ineficaz perante o segundo, que detém a posse do imóvel; nos casos integrantes da segunda hipótese, eventual condenação dada contra o ex-proprietário do automóvel é perfeitamente exequível contra ele e não é inútil. Duas modalidades diferentes de

Esses desvios de perspectiva são devidos ao intensíssimo grau de influência do direito material na verificação das condições da ação, que chega a estrangular e mesmo dá a impressão de aniquilar, nesse ponto, o espaço existente entre os dois pontos do ordenamento jurídico. Ceder a essa falsa impressão, todavia, significaria levar a indesejáveis extremos a teoria abstrata da ação, minimizando a valia de suas condições. A visão instrumentalista de todo o sistema processual propaga-se a todos os institutos que o compõem e particularmente à ação; considerá-la uma inerência da personalidade, garantia posta no mesmo plano do direito à vida, à intimidade ou à honra, é permancer no vago, sem raízes na situação jurídico-substancial que clama por solução em cada caso.²⁸ Por isso é que, na linha de prestigiosa doutrina que o vigente Código de Processo Civil brasileiro visivelmente tomou por premissa, tem-se por *ação* algo distinto do mero *direito de demandar*, ou *direito à administração da justiça*; para o Código, ação é o *poder de exigir o provimento jurisdicional* (no processo de conhecimento, sentença de mérito) e dela só dispõe quem estiver amparado na efetividade das três condições. O que sucede é que, para a presença efetiva de cada uma delas, mostra relevância de primeira linha a situação de direito material concretamente considerada, sendo imprescindível, sem infração à autonomia dos institutos do direito processual, debruçar as vistas sobre a situação de direito material que está à base da pretensão do autor²⁹ e verificar se cada uma das condições da ação está presente. A presença ou não de cada uma delas, contudo, é algo que diz respeito ao direito processual e projeta efeitos de ordem processual, não-obstante venha do plano substancial o acervo de elementos que em cada caso servirá para essa verificação.

A pertinência da disciplina da *prova* integralmente ao direito processual ou em parte ao substancial (admissibilidade, ônus da prova)

ilegitimidade? Ilegitimidade em graus diferentes? Ou será que, na primeira hipótese, à ilegitimidade se soma a falta de interesse processual? O fato é que, embora no primeiro caso a falta da condição da ação se mostre visível *ictu oculi* e no segundo dependa de instrução, em ambos os tribunais proclamam carência de ação.

28. A teoria de Liebman, acatada no Código, não deixa de ser abstrata, só por realçar a instrumentalidade da ação a uma concreta situação de direito material: cf. Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria geral do processo*, nn. 154-156, pp. 271 ss.

29. Cf. Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, n. 6, pp. 45 ss.; vol. II, n. 542, pp. 305-307.

é um tormento que ainda não se aplacou.³⁰ Não se trata, como na tradicional colocação, de indagar se as normas sobre a prova desfrutam de natureza processual ou pertencem ao *direito civil*: o estágio atual da cultura jurídica permite ver que o que se opõe ao processual não é o civil, o direito privado, mas o *substantial* globalmente considerado. Isso conduz à percepção de que, mesmo na hipótese de ser correta a inclusão dessas normas no Código Civil, a natureza delas não seria propriamente civilista, mas a de normas de direito *material* — a não ser que cada um dos ramos do direito material se dispusesse a formular a sua própria disciplina probatória, seja em direito privado, seja no administrativo ou tributário, que se apresentem também como componentes do direito público. Absurdo!³¹ Mas o vigente Código Civil, voltando no tempo, trouxe uma densa disciplina da prova, dos meios e fontes de prova, presunção *etc.* (arts. 212 ss.).

Colocada pois a questão como convém (natureza processual ou substancial), ela acaba por ficar reduzida de expressão na medida em que se considere ampliado o âmbito da teoria geral do processo: se o processo estatal não-jurisdicional se considera incluído e mesmo o não-estatal praticado pelas entidades intermediárias, fica necessariamente no âmbito do processo e da sua teoria a prova relativa a todas essas áreas. Não deixa de ser processual a prova que se faz no processo perante a Administração pública, *v.g.*, simplesmente porque o processo administrativo também é processo e processuais as normas que o regem. Quem chegasse ao ponto de incluir na teoria geral do processo até mesmo os negócios jurídicos teria com isso alcançado a absoluta eliminação do problema. Admite-se que, sendo as fontes de prova *elementos externos ao processo*, cada uma delas traz consigo conotações da área do direito a que pertencam (uma escritura pública, um registro administrativo). Mas, encaradas todas elas em sua capacidade instrutória, daí assoma sua destinação a vencer quanto a alguma proposição de fato relevante para um julgamento pretendido: a prova é invariavelmente preordenada a alguma decisão, ato de poder que sempre terá lugar no processo.

30. Sobre o tema discorreu o magistrado Hermenegildo Souza Rego, em monografia vitoriosa em concurso de mestrado no Largo de São Francisco: *cf.* *Natureza jurídica das normas sobre a prova, passim*, com farta e atualizada indicação doutrinária.

31. Ponderação inteligente de José Frederico Marques: *cf.* *Instituições de direito processual civil*, III, n. 755, pp. 282-283.

Dai a natureza processual de toda sua disciplina, que foi energeticamente afirmada pelo vigente Código de Processo Civil brasileiro mediante integral regulação da matéria: derogou, com isso, o que a respeito constava em capítulo específico do Código Civil.³² Permaneceu nele, todavia, assim como em outros diplomas de direito substancial, disposições esparsas disciplinando a admissibilidade, eficácia e ônus da prova em diversas situações particularizadas, ou seja, com referência a certas relações jurídicas ou a fatos que os textos especificam — como a prova do casamento pela certidão,³³ o ônus da prova de erro no pagamento,³⁴ a prova do pagamento pelo instrumento de quitação,³⁵ a presunção de pagamento de parcelas anteriores quando uma posterior houver sido paga,³⁶ a prova do contrato de seguro pela apólice ou bilhete de seguro³⁷ *etc.* Mas o vigente Código Civil, desbordando para área que não é de sua competência, voltou a fazer o que o anterior indevidamente fazia, incluindo um título e fartas disposições sobre a prova (arts. 212-232).

Recrimina-se esse retorno metodológico ao passado sincrético do direito mas mal não há, ou erro metodológico e muito menos inconveniente prático, na ubicação de normas específicas sobre a prova junto à disciplina dos institutos jurídico-materiais. Ela corresponde, até, à linha instrumentalista que vai ganhando corpo em direito processual, porque permite que o trato substancial e o processual de certos institutos vivam em harmonia, de modo que se tenham normas de processo compatíveis com as exigências peculiares à situação jurídico-substancial considerada; o ideal, no processo, é a plena aderência de suas formas e soluções ao direito material, evitando desvios e imperfeições que deturpem a *vontade concreta* deste, ou seja, os desígnios que hão de prevalecer em cada caso concreto. Desde que o intérprete não se deixe iludir e não veja nessa proximidade a absorção do processual no substancial, ela é até útil, porque didática, e tem-se mostrado capaz de conduzir a bons

32. *Cf.* Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2º, § 1º; mas os arts. 212 ss. do Código Civil retornam a um passado metodologicamente superado, trazendo uma (parcial) disciplina da prova deslocada de sua sede natural.

33. CC, art. 543.

34. CC, art. 877.

35. CC, art. 319.

36. CC, art. 322.

37. CC, art. 758.

resultados práticos.³⁸ Essa intensa instrumentalidade da prova aos institutos de direito substancial, ainda acrescida da consideração da *prova ad substantiam*, que embora não seja realmente prova (mas elemento formal do ato) a ela se assemelha e com ela é muitas vezes confundida³⁹ — tudo isso somado tem produzido uma aproximação tão grande entre os dois planos do ordenamento jurídico, que esse também se apresenta como significativo ponto de estrangulamento a ser considerado nas reflexões acerca da própria divisão do ordenamento em diferentes patamares.

A disciplina da *responsabilidade patrimonial*, ou executiva, tem sido objeto de intensa e indevida assimilação nos quadrantes do direito substancial (privado), especialmente por conta de duas de suas manifestações, a saber: a *hipoteca* e a *fraus pauliana*.⁴⁰ Por definição e destinação institucional, responsabilidade, nesse sentido, é a aptidão que os bens integrantes do patrimônio de alguém, ou a universalidade desse patrimônio, tenha a responder por obrigações; em

38. O Código Civil italiano inclui dispositivos sobre a prova, em seu conhecido Livro VI, sobre a tutela dos direitos. A propósito, dirigiu Liebman aguda reprovação ao legislador de sua terra, dizendo que, antes de preocupar-se com o modo de sistematizar tais disposições no Código Civil, ele devia “propar a si próprio o quesito primeiro e fundamental, que diz respeito à sua natureza intrínseca, perguntando-se se havia motivos suficientes para mantê-las em tal código” (“Norme processuali nel codice civile”, n. 1, pp. 156-157). A exposição de motivos do Código Civil italiano havia falado em “certos institutos *bifrontes*, que constituem como que a ponte de passagem entre o processo e o direito”. Liebman mostrou que nada há de “bifronte” nesses institutos e “a sua disciplina... pertence toda inteira ao direito público” (*ib.*, n. 2, esp. p. 158).

39. Cf. Camelutti, *La prova civile*, n. 24, esp. 135: “a escritura, por causa desse seu caráter de permanência, cumpre não só a função de manifestação da vontade, mas ainda a de certificação dessa mesma vontade”. A distinção é hoje ponto bastante esclarecido na doutrina.

40. É notória a distinção entre *Schuld* e *Haftung*, proposta por Brinz, para quem a responsabilidade se apresenta como o *momento real da obrigação* (é o dever de permitir a satisfação do credor). Tal formulada, essa teoria pecou por não considerar a existência de dois planos no ordenamento jurídico (o substancial e o processual), atribuindo aos dois fenômenos a mesma natureza, jurídico-substancial (v. Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, II, § 206, pp. 1-2). Mas a teoria foi depurada pelo gênio de Camelutti (cf. “Direito e processo nella teoria delle obbligazioni”, n. 19; *Lezioni*, V, n. 440) e assim foi aceita por Liebman (v. *Processo de execução*, n. 14, pp. 32 ss.; n. 35, pp. 85-86), Buzaid (cf. *Do concurso de credores no processo de execução*, nn. 4-12, pp. 15 ss.), Alberto dos Reis (*Processo de execução*, nn. 9-10, pp. 13-22) e Dinamarco (*Instituições de direito processual civil*, IV, n. 1.523, pp. 353-355 e *Execução civil*, n. 154, pp. 259-261).

outras palavras, é a aptidão a vir ao estado de *sujeição* às medidas executivas.⁴¹ Se isso fosse sempre lembrado e dessa colocação se tirassem rigorosamente todas as consequências, a hipoteca cessaria definitivamente de ser incluída entre os *direitos reais de garantia*, porque ela se traduz, em última análise, na predisposição do bem à futura sujeição executiva, mediante a seqüela que impede seja eficazmente subtraído ao patrimônio responsável;⁴² e a fraude contra credores, que é motivo para a restauração da responsabilidade incidente sobre o bem com vista à futura sujeição e não-obstante a validade do negócio de que foi objeto, por sua vez deixaria de ser vista como causa de anulabilidade e incluída nos códigos civis.⁴³ Mas a hipoteca é instituto muito antigo e mais antigo que a respon-

41. Cf. Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, IV, n. 1.521, pp. 350-352; *Execução civil*, n. 155, pp. 261-262.

42. Tal é a tese de Camelutti (v. “Natura giurídica dell’ipoteca”, *passim*), aceita por Liebman (cf. “Il titolo esecutivo riguardo ai terzi”, n. 11; *Processo de execução*, n. 36, p. 86), Carnacini (*Contributo alla teoria del pignoramento*, p. 262), Machado Guimarães (*Comentário ao Código de Processo Civil*, IV, n. 59), Amílcar de Castro (*Comentários ao Código de Processo Civil*, VIII, n. 135, p. 94), Dinamarco (*Execução civil*, n. 11, esp. p. 139, nota 204). Mas José Frederico Marques considera esse entendimento uma hipertrofia processualista (*Instituições*, cit., V, n. 1.274, p. 220).

43. A tendência, hoje, é no sentido de incluir a *fraus pauliana* no quadro das causas de ineficácia: cf. Liebman, *Processo de execução*, n. 44, esp. p. 106; Alvino Lima, *A fraude no direito civil*, n. 20, pp. 114-116; n. 55, pp. 183-186; Nelson Haddad, *Da insolvência e sua prova na ação pauliana*, n. 80, esp. p. 52; Dinamarco, *Execução civil*, nn. 158 ss., pp. 205 ss.; *Fundamentos do processo civil moderno*, II, nn. 847-848. Na doutrina italiana é clássica a obra de Butera (*Dell’azione pauliana o revocatoria*), em que enumera pontos de distinção entre a ação revocatória (pauliana) e a de nulidade (v. esp. n. 23, p. 53). Sustento que o bem alienado ou gravado em fraude a credores sai efetivamente do patrimônio do devedor e, conseqüentemente, sai do círculo dos bens que respondem por suas obrigações; a ação pauliana é constitutiva e a sentença que a acolhe desconstitui somente esse efeito secundário do ato de disposição, ou seja, ela repõe o bem sob responsabilidade patrimonial, mas sem repô-lo no patrimônio do alienante (trata-se de ineficácia relativa, porque favorece só aos credores que já o eram antes do negócio fraudulento; e sucessiva, ou eventual, porque o negócio se mantém integralmente eficaz até que sobrevenha sentença desconstituindo o efeito lesivo ao terceiro: cf. meu *Fundamentos do processo civil moderno*, II, n. 848). Com essa colocação, chega-se sem trauma à publicação do instituto nos quadrantes do direito processual, uma vez que se trata somente de subtrair ao negócio jurídico parte da sua eficácia, e precisamente essa parte de eficácia que se refere à responsabilidade do bem alienado ou gravado fraudulentamente (a eficácia jurídico-substancial do negócio é mantida, mesmo em relação aos credores).

sabilidade executiva e a penhora como ato de positividade da responsabilidade (a própria execução patrimonial em Roma não surgiu em tempos precoces, sendo que a penhora é uma derivação do *pignus*, penhor, que por sua vez já era incluído entre os direitos reais sobre coisas alheias);⁴⁴ antiquíssima também é a *actio pauliana*,⁴⁵ instituto que como a hipoteca teve origem em clima jurídico do mais intenso sincretismo e desenvolveu-se e sobreviveu a este, com toda naturalidade entre os juristas, sempre tratado como se pertencesse realmente ao direito privado. A partir da arraigada idéia, sincrética e imanentista, de que o processo fosse um meio para o exercício dos direitos, a responsabilidade patrimonial, como contraposto negativo da ação executiva, permaneceu muito solidamente presa a esses preceitos difíceis de extirpar.⁴⁶ Da fraude pauliana não costuma a doutrina dizer essas coisas, nem propor sua inclusão, pela via da responsabilidade patrimonial, na área do direito processual; quanto à hipoteca, vezes autorizadas vão sustentando sua pertinência a este. É certo que, seja em um ou no outro dos dois institutos, cuida-se de situações em que o bem permanece sob responsabilidade apesar de transferido o domínio, ou retorna a ela sem invalidação da transferência. Mesmo assim, a reação do sistema jurídico é tão eficiente em prol da permanência da responsabilidade, com vista à satisfação do direito garantido, que é habitual a impressão, ainda mais alimentada por longa tradição entre os juristas, de tratar-se de institutos de direito substancial.⁴⁷

28.2 entre a teoria unitária e a dualista

É absolutamente imprescindível ao processualista moderno a tomada de posição entre a visão do direito material como sistema su-

44. Cf. Dinamarco, *Execução civil*, n. 10, esp. pp. 44-46.

45. A *actio pauliana* sucedeu ao *interdictum fraudatorium*, em época indeterminada, para a repressão da *fraus creditorum*, que se incluía entre os *delicta pretorianos* (cf. Correia-Sciascia, *Manual de direito romano*, § 122, pp. 336-337).

46. Cf. Liebman, *Processo de execução*, n. 35, p. 85.

47. Outros pontos em que se manifestam dúvidas quanto ao tratamento devido são os representados pela prescrição, pretensão (fantasma sobrevivente da *actio romana*) e direito natural; a sólida visão dualista do ordenamento jurídico e consencioso afastamento de preceitos sincréticos (v. *supra*, n. 1) concorreria para a melhor visão desses institutos e depuração, na sua teoria, de tudo aquilo que de incompatível com as conquistas da moderna ciência do processo tem sido dito.

ficiente em si mesmo para a criação de direitos e obrigações logo ao suceder de fatos relevantes (teoria dualista do ordenamento jurídico, ou *declarativa*) e a tese de que ele não tem toda essa aptidão, participando então o processo do *iter* criativo (teoria unitária, ou *constitutiva*). Com a escolha que fizer, estará definindo o modo como vê o próprio direito substancial e mais a função exercida pelo processo perante ele e ainda (talvez, sobretudo) o preciso momento de inserção do sistema processual no universo jurídico.⁴⁸

Para a consciente tomada de posição a respeito, é preciso afastar radicalismos. É fadada ao insucesso qualquer tentativa de definir *sub specie aeternitatis* as relações entre direito e processo, sabido que cada sistema jurídico tem o seu modo de ser que varia no espaço e no tempo e observadas as diferenças entre as diversas espécies de processo no seio do mesmo ordenamento jurídico.⁴⁹ A relatividade histórica inafastável nessa matéria mostra-nos, p. ex., a situação do direito romano das *actiones*, conceito sincrético que parecia reunir em si os elementos hoje distribuídos entre o direito subjetivo e a ação — sendo intuitiva a diferença entre a missão do processo naquela ordem jurídica e na atual;⁵⁰ mostra-nos, também, que a função jurisdicional tem outros contornos no sistema jurídico da *common law*, diferentes dos que a caracterizaram na família romano-germânica do direito.⁵¹

48. Aqui, torno ao que antes dissera sobre a importância desse quesito metodológico, salientando que, acima da bondade da tese escolhida, importa a escolha em si mesma, sem a qual não há como situar-se o processualista diante do objeto da sua própria ciência: “o importante não é a utópica concordância de todos sobre os problemas científicos do direito, mas a coerência com que cada um sustenta os próprios pontos-de-vista; e essa coerência não se atinge se não houver uma diretriz constante na apreciação dos diversos institutos em particular” (v. *Fundamentos do processo civil moderno*, I, n. 32). Essas palavras vêm de um escrito bastante antigo, do ano de 1970 (“Reflexões sobre direito e processo”). Agora, como se vê no texto a seguir, mantido embora o pensamento *dualista* (teoria dualista do ordenamento jurídico), a ele são opostas diversas ressalvas, na tentativa de chegar tão próximo quanto possível à realidade (em certo sentido, proponho um grau de “relativização” do contraste entre a teoria dualista e a unitária).

49. Cf. Fazzalari, *Note in tema di diritto e processo*, nn. 11 e 12, pp. 31 ss.

50. Cf. Fazzalari, *Note in tema di diritto e processo*, n. 12, pp. 36 ss., no entanto o qual examina as diversas fases do direito romano e conclui: “definitivamente, parece-me que também no ordenamento romano se encontra sempre a distinção entre direito e processo” (p. 45).

51. Mas são duas coisas diferentes: a) a projeção do julgamento para o futuro, mediante a vinculação da ordem jurídica ao *holding* de uma sentença; b) a criação

No plano endo-sistemático, a identidade conceitual e unidade metodológica que aproximam as diversas espécies de processos e os colocam sob uma só e abrangente teoria geral não implicam equivalência funcional entre todos eles. É até natural e todos conhecem a diversidade das funções exercidas nas diferentes espécies de processos, quer se estabeleça o confronto entre os administrativos e os jurisdicionais, ou entre processos jurisdicionais cognitivos e executivos, etc.; e, daí, passa-se com naturalidade à observação da *diversidade do resultado jurídico* de cada uma das espécies de processos.⁵² Ao de jurisdição voluntária, p. ex., é comumente atribuída função constitutiva (o juiz participando, em acréscimo às partes, das atividades criativas de situações jurídicas novas), quando é precisamente isso que se discute com referência à atividade contenciosa.⁵³ No âmbito desta, existem as sentenças constitutivas, que por definição têm essa carga criativa, mas ainda quanto a elas se pode questionar se o direito à constituição de nova situação jurídica preexiste à sentença ou ele próprio contou com ela para a sua formação (observação válida também quanto à jurisdição voluntária),⁵⁴ e foi com relação à sentença constitutiva, que na doutrina brasileira uma tese extremamente dualista chegou ao ponto de negar natureza jurisdicional ao

no caso concreto, à falta de norma anterior escrita. A primeira questão não tem relação direta com o problema tratado agora, mas com o da jurisprudência como fonte do direito (v. *supra*, n. 14.3). No tocante ao segundo, sente-se que seja só de intensidade a diferença entre o que se dá no sistema da *common law* e nos de direito escrito. Mesmo aqui, "não há nítido contraste entre interpretação e criação do direito" (cf. Cappelletti, *Giudici legislativi*?, n. 4, p. 13) e até quem não creia na função criativa do juiz é obrigado a ver que algo há de relevante nos julgamentos, através dos quais se positiva o poder em casos concretos (eliminando incertezas): dizer, então, que "toda interpretação é criativa" (*ib.*, p. 14) não significa necessariamente aceitar a teoria unitária e, por outro lado, mostra que a *criatividade* existente em um sistema existe também em outro, com mais intensidade porque os parâmetros iniciais positivados não existem.

52. Cf. Cappelletti, *Diritto e processo*, n. 249, pp. 371-372: o resultado do processo de conhecimento é a coisa julgada (*rectius*: é a decisão, ou declaração que ela contém), do executivo é a atribuição (usualmente, diz-se satisfação) e do cautelar é a *cautela judiciária*. Essa é, contudo, uma visão pan-processualista dos resultados. É indispensável considerar os resultados do processo — e tal é a *tutela jurisdicional* de legítima inserção no sistema de um *processo civil de resultados*.

53. V. *supra*, n. 1.5.2; *infra*, n. 28.5.

54. Cf. Chiovenda, *Principii*, § 8º, II, esp. p. 182: "não é que a modificação jurídica seja produzida pela vontade do juiz: a vontade do juiz, também neste caso, não visa senão a formular a vontade da lei".

seu momento criativo, sustentando que ali se aninha uma atividade que se qualifica como "jurissatisfativa".⁵⁵

Com raciocínio de igual ordem, negou-se também caráter jurisdicional à atividade judicial na execução civil,⁵⁶ resultado esse que surpreendentemente coincide com os mais radicais a que chegou a mais expressiva voz da teoria unitária do ordenamento jurídico.⁵⁷

Toda peculiar, por esse aspecto, é a função dos juízes de fato, nos julgamentos pelo júri popular: eles seguem formalmente o programa de respostas a quesitos formulados segundo os fatos relevantes perante o direito penal e que hajam sido alegados, mas são tão livres, em suas respostas secretas imotivadas peremptórias e soberanas, que o veredicto final nem sempre corresponderá à vontade concreta da lei. O conselho de sentença apresenta ao juiz presidente já um projeto definido de sentença que é a expressão de uma vontade concreta formulada sob os influxos da própria causa e sua discussão, sem haver sido necessariamente deduzido a partir de uma premissa maior representada pela vontade abstrata contida na lei penal. Por isso é que, a partir da visão dualista do ordenamento jurídico, chegou-se a insinuar a não-jurisdicionalidade dos julgamentos pelo júri — mas isso constitui pelo menos um exagero, decorrente de examinar a jurisdição exclusivamente a partir do seu escopo jurídico.⁵⁸

Na jurisdição voluntária, portanto, na sentença constitutiva e no júri, tem-se atividade judicial criativa, mas só isso não significa que haja de preponderar a teoria unitária. É que todo o ordenamento jurídico parece estar construído a partir da premissa oposta, muito embora nem a lei nem a própria doutrina costumem guardar rigorosa coerência nessa matéria.⁵⁹ Além disso, das três ordens de sentenças

55. Cf. Celso Neves, *Coisa julgada civil*, pp. 450 ss. (nn. 7-8), pp. 457 ss. (nn. 10-11); "Classificação das ações", *passim*.

56. Cf. Celso Neves, "Classificação das ações", p. 357.

57. Cf. Cappelletti, *Diritto e processo*, n. 176, pp. 283-284; relata a evolução do seu pensamento, que partira da idéia de que *jurisdicio in sola notione consistit*, mas acabou sustentando a jurisdicionalidade da execução (v. também *Istituzioni*, I, n. 30, pp. 29-30).

58. A idéia, não documentada, é de Joaquim Canuto Mendes de Almeida.

59. Diz o art. 1º da lei n. 6.899, de 8 de abril de 1981: "a correção monetária incide sobre qualquer débito *resultante* de decisão judicial", etc.: se *resultante* estivesse a indicar que a sentença é que cria o débito, então não faria sentido uma correção monetária a partir de um *dies a quo* situado no passado (aforamento, vencimento).

consideradas, somente a do júri é que desenganadamente pressupõe inteira liberdade criativa, pois as outras duas só têm de peculiar o segundo momento lógico (tanto na jurisdição voluntária como na contenciosa exercida com fins constitutivos, permanece aberta a questão do direito preexistente ou complementado à constituição que o juiz vem a operar). E obviamente não seria lícito qualificar o ordenamento jurídico e definir as funções dos elementos que o compõem, somente a partir de uma particular espécie de processos e sentenças, sem atenção ao que se dá na generalidade dos casos.

Na realidade, aos sustentadores da teoria unitária cumpria demonstrar as premissas em que assenta e eles jamais lograram fazê-lo de modo convincente. É da experiência comum a constituição e extinção de direitos, em número indefinido de casos e correspondendo à normalidade da vida do direito, sem qualquer intercessão jurisdicional. Isso se dá ordinariamente, quando se trata de direitos e interesses disponíveis, havendo a satisfação voluntária; assim é em primeiro lugar no direito das obrigações, mas também no das coisas e no tributário (pagamento voluntário de tributos em geral), administrativo (v.g., nomeação e investidura de candidatos aprovados em concurso público), etc. Os direitos estão aí em plena vida, na complexidade da vida social, a eles sobrepondo o sistema processual do exercício da jurisdição, com visos de generalidade, somente como fator de severa advertência, ou seja, somente para dissuadir tanto quanto possível eventuais recalitrantes com propensão a condutas divergentes do sistema jurídico. É nesses casos que o exercício efetivo da função jurisdicional tem caráter secundário, no sentido de que somente havendo insatisfação canalizada em demanda é que o Estado dispensará as medidas aptas a corrigir os rumos e impor imperativamente os desígnios do direito material. Resta sem demonstrar a alegada inaptidão do sistema jurídico-substancial para gerar direitos e obrigações.⁶⁰

O ordenamento jurídico, ao contrário, tem implicitamente por premissa a preexistência das situações jurídicas de direito material em torno das quais se desenvolvem os processos em juízo. Disso, dá seguidos e incontáveis sinais, revelados nas seguintes construções: a) constituição do devedor em mora e fluência de juros a partir de momentos anteriores à sentença que declara a existência da obriga-

60. Cfr. Liebman, "Diritto e giurisdizione", pp. 82 ss., esp. p. 84.

ção principal;⁶¹ b) extinção do direito subjetivo material por prescrição, antes da sentença que o reconhece como existente;⁶² c) sentença de acolhimento da demanda de investigação de paternidade, colocando o autor como ocupante da situação familiar devida desde o momento em que nasceu;⁶³ d) usucapião, que se tem por consumado no momento em que implementado o requisito do *tempus*, sendo admissível sua dedução em defesa apesar de não amparado o possuidor por qualquer prévio reconhecimento judicial da prescrição que alega;⁶⁴ e) admissibilidade da reivindicação do bem sobre o qual exercera posse *ad usucapionem* por tempo suficiente, tendo-a perdido o possuidor sem ainda haver obtido sentença que declarasse o usucapião a seu favor (*actio publiciana*).⁶⁵ Nessas colocações e outras tantas em que possa transparecer a regra da eficácia *ex tunc* das sentenças meramente declaratórias, tem-se a confirmação dessa

61. Mas v. nota 59, *supra*.

62. É claro que, se o direito inexistia, não se tem a extinção do direito por prescrição. É usual suscitar *preliminar* de prescrição, a ser apreciada antes da verificação dos fatos e demais elementos relacionados com o *meritum causae*; e pode a prescrição ser pronunciada a qualquer tempo ou grau de jurisdição (CC, art. 166), inclusive ao primeiro exame da petição inicial (CPC, art. 295, inc. IV) ou no momento do julgamento conforme o estado do processo. É muito interessante a distinção proposta por Kazuo Watanabe, no sentido de que, nessa hipótese, não se tem julgamento de mérito (não prevaleceria, pois, a definição legal: CPC, art. 269, inc. IV): *Cfr. Da cognição no processo civil* (tese vitoriosa em concurso de doutoramento, defendida em 18.12.1985 e laureada com grau dez), n. 26, esp. p. 60.

63. Inclusive para fins sucessórios. E, morto o suposto pai, o direito à filiação perdura e a lei confere *legitimatio ad causam* passiva aos sucessores (CC, art. 363, *caput*).

64. V. Súmula 237: "o usucapião pode ser alegado em defesa": entende-se que, se o direito nascesse da sentença, sem que houvesse sentença alguma a respeito não haveria a aquisição do domínio a ser alegada.

65. Nesse caso, como no anterior, a aquisição do domínio é alegada como fundamento da demanda (lá, fundamento da defesa); em ambos os casos, os pontos de fato e de direito referentes ao usucapião serão objeto do conhecimento pelo juiz, mas ele decidirá a respeito *incidenter tantum*, entre os motivos da sentença e não no *decisum*. A jurisprudência admite, ainda, a ação de usucapião movida após perda da posse (Súmula 263: "o possuidor deve ser citado, pessoalmente, para a ação de usucapião"). V. a propósito Negrão-Gouvêa: "normalmente, só o possuidor pode intentar ação de usucapião; mas, se após haver preenchido todos os requisitos para a prescrição aquisitiva, perdeu a posse, também poderá mover ação de usucapião, correspondente, no caso, à ação publiciana do direito romano; nesta hipótese, o possuidor atual terá de ser citado" (*Cfr. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, nota 2 ao art. 942, p. 1.010, 2ª col.).

afirmada predisposição do ordenamento jurídico a tomar por certa a premissa da preexistência dos direitos e obrigações, que as atividades processuais apenas cuidam de revelar, sem nada acrescentar-lhes substancialmente.

O que efetivamente se acrescenta à situação jurídico-material existente entre as partes é a *segurança jurídica*, como efeito do exercício imperativo do poder estatal no processo. O juiz que no processo de conhecimento declara a existência ou inexistência de direitos e obrigações exerce com isso uma função do Estado e, como costuma ser dito e repetido em doutrina, não emite um juízo como qualquer pessoa comum: trata-se de juízo autoritativo, que se impõe às partes com eficácia, propendendo esta a imunizar-se contra possíveis futuros questionamentos, pela autoridade da coisa julgada material que a ordem constitucional oferece para o seu resguardo.⁶⁶⁻⁶⁷ Mas essa segurança não é algo de novo, do ponto-de-vista substancial. Ela constitui fator social de eliminação de insatisfações, jamais fator jurídico de acréscimo patrimonial. Elimina as incertezas que angustiam e sufocam conflitos entre as pessoas. Tem-se essa situação de certeza, ou segurança jurídica, tanto no caso de reconhecimento judicial da existência de direitos e obrigações, como quando a existência é negada: e, através dela, nem é criado o direito que o juiz declara ao julgar procedente a demanda condenatória ou declaratória positiva, nem se cria também algum suposto "não-direito" quando a sentença as julga improcedentes ou acolhe demanda de declaração negativa. A atividade declaratória do juiz constitui exercício de típica *função reveladora*, equiparável à do técnico fotográfico que com os banhos químicos a que submete os filmes já expostos à luz, provoca o surgimento de retratos ou paisagens que lá estavam previamente, mas não eram visíveis.⁶⁸

66. O juízo, contido na sentença, constitui ato concreto de positividade do poder (não só na lei o poder se positiva: v. *supra*, nn. 10-11). A propósito, v. ainda Lubmann, *Legitimação pelo procedimento*, p. 32; Faria, *Poder e legitimidade*, pp. 22 e 32.

67. Sobre essa imunização, a que em ciência política chamou-se "recrudescimento", v. *supra*, n. 12; lá, como cá, tem-se por certo que a imutabilidade da decisão estatal não se confunde com a sua eficácia, nem se insere entre os seus efeitos.

68. Sobre a segurança jurídica obtida mediante o serviço jurisdicional acabado, v. *supra*, n. 21 (ela é fator de pacificação).

Tão grande é a relevância social da certeza dos direitos, que a sua obtenção fascina e tende a favorecer a aceitação da tese constitutivista, ou unitária. Tal não é uma postura racional, porém. É ilusória a idéia de que os direitos só são efetivos quando afirmados e impostos por via do processo, não passando de mera promessa antes disso.⁶⁹ Essa postura expressa, no fundo, as angústias e incertezas caracterizadoras do estado de insatisfação que antecede e motiva os pronunciamentos jurisdicionais; parte, portanto, de dados sociológicos e não jurídicos, cometendo então a impropriedade de inserir na análise jurídica da função jurisdicional algo que não pertence estritamente ao campo do direito. A própria *lide*, conceito sociológico substancialmente definido como *conflito de interesses*, é algo trazido do contexto social para a vida jurídica do processo, sem comportar nenhuma acomodação na realidade do exercício da jurisdição.⁷⁰

Essas falsas premissas favorecem a aceitação da idéia de que a participação ativa do juiz na gênese e construção formal do preceito positivo e concreto que é a sentença seja criativa de direitos e obrigações ou pelo menos se inclua no *iter* de sua criação. Na realidade, se criação houvesse não seria por obra exclusiva do juiz, porque o processo não é feito só por ele: resulta de uma cooperação com os sujeitos interessados, os quais são admitidos a participar e influir efetivamente no teor dos resultados. O exame daquela opinião crítica cada inclui, portanto, atenção à participação ativa do juiz e à mecânica do contraditório efetivo. Trata-se de duas idéias particularmente postas em destaque na doutrina moderna do direito processual,

69. Tal é a conhecida posição de Pekelis. Diz: "o funcionamento do direito de ação e a existência do direito objetivo coincidem" (cfr. "Azione - teoria moderna", n. 9, p. 35, 2ª col.). Fala do direito de ação do credor (direito à ação do Estado) e esboça de sujeição do devedor, para então acrescentar que a chamada relação jurídica substancial outra coisa não é, senão a *sombra* projetada por essas duas relações que credor e devedor terá com o Estado (n. 13, p. 36, 2ª col.). Esse modo de ver ação e direito subjetivo constitui autêntico pan-processualismo, no sentido de que, para o seu autor, ressaltados os casos de "ação direta" permitida pelo direito, não há direitos sem processo e o processo é o único meio através do qual os direitos se efetivam (não há relação jurídica entre particulares, mas de particulares com o Estado).

70. V. *supra*, n. 5. Não que se postule pela eliminação de dados não-jurídicos, na análise do direito e do processo: todo este trabalho assenta exatamente na necessidade de extrapolar os lindes do jurídico. O que se tem em vista, no texto aqui anotado, é que a *lide*, sendo um conceito sociológico, perturba a análise jurídica, enquanto análise jurídica.

de modo que constituiria um desvio a mais a asserção unilateral da criatividades pelo juiz, esquecidas as atividades das partes.⁷¹

28.3 o juiz e o processo

Quanto ao juiz, negar que seu principal ato no processo de conhecimento (a *sentença*, *ato jurisdicional magno*)⁷² esteja juridicamente inserido no labor de criação de direitos e obrigações não significa afastar qualquer influência que através dele possa chegar a exercer sobre o produto acabado desse processo. Só figurativamente tem propriedade falar na *vontade da lei*, ou do direito, na alusão às normas gerais e abstratas que repousam no plano das chamadas fontes do direito: trata-se, no máximo, da vontade expressa pelo Estado e positivada nas leis, dirigida a todos e a nenhum em particular, como receita para a atribuição de bens, para a conduta e cooperação entre as pessoas, para a organização social.⁷³

Além disso, esses preceitos abstratos e genéricos são construídos com vista a situações normais previstas e a partir de hipóteses de

71. Além de tudo, a teoria unitária fixa-se no processo de conhecimento e não poderia mesmo chegar ao ponto de sustentar essa suposta criatividades institucionalizada, quanto ao executivo. Por isso é que os unitaristas excluem o caráter jurisdicional da execução, pois esta não poderia mesmo ter o escopo de *compor* a lide (ou seja, de criar a norma que a disciplina e rege). Carmelutti esteve coerente com seu unitarismo, enquanto negou o caráter jurisdicional da execução; a coerência teve fim, quando passou a admiti-lo (v. *supra*, nota 57).

72. Cf. Bellinetti, *Da sentença*, p. 96 (ato jurisdicional *magno*).

73. Como foi dito, o processo é permeável aos influxos axiológicos da sociedade, que inclusive lhe são transmitidos pelo próprio direito substancial (instrumentalidade). Não só o modo de ser do processo é legitimamente modelado por esse critério, como ainda ele há de estar presente no espírito do juiz no momento do julgamento, quando então chega a um ponto bastante crítico a sua condição de agente da sociedade, para que julgue conforme esta espere que ele julgue (naturalmente, nos limites das escolhas permitidas em lei). Em sentido diferente, fala Denti da *política social* confiada ao juiz, ou seja, da "direta atribuição, ao juiz, de tarefas de política social, com funções que outrora teriam sido consideradas administrativas, mas que hoje não se pode mais duvidar que sejam substancialmente jurisdicionais" (*Processo civile e giustizia sociale*, pp. 69-70). Dá exemplos: são hipóteses, previstas em lei, em que o juiz tem o poder de atenuar os rigores da lei e levar em conta as disparidades sócio-econômicas entre as partes (v.g., fixando o *justo aluguel* nas locações, remanejando o vencimento de "prestações que se tornaram muito gravosas para o devedor em virtude de acontecimentos extraordinários", etc. Merece referência também a dissertação arrojada de Ruy Portanova, já citada (*supra*, n. 3, nota 58).

fato absolutamente claras a quem os estabelece; e a realidade da vida que chega ao juiz, no drama de cada processo, é muito mais complexa e intrincada, solicitando dele uma sensibilidade muito grande para a identificação dos fatos e enquadramento em categorias jurídicas, para a descoberta da própria verdade quanto às alegações de fato feitas pelos litigantes e sobretudo para a determinação do preciso e atual significado das palavras contidas na lei. Examinar as provas, intuir o correto enquadramento jurídico e interpretar de modo correto os textos legais à luz dos grandes princípios e das exigências sociais do tempo — eis a grande tarefa do juiz, ao sentenciar. Entram aí as convicções sócio-políticas do juiz, que hão de refletir as aspirações da própria sociedade; o juiz indiferente às escolhas axiológicas da sociedade e que pretenda apegar-se a um exagerado literalismo exegético tende a ser injusto, porque pelo menos estende generalizações a pontos intoléráveis, tratando os casos peculiares como se não fossem portadores de peculiaridades, na ingênua crença de estar com isso sendo fiel ao direito. O juiz moderno compreende que só se lhe exige *imparcialidade* no que diz respeito à oferta de iguais oportunidades às partes e recusa a estabelecer distinções em razão das próprias pessoas ou reveladoras de preferências pessoaisíssimas. Não se lhe tolera, porém, a *indiferença*.

Por isso é que a jurisprudência representa papel importante na evolução do direito, contando-se casos muito expressivos em que se manifesta o exercício dessa função. Entre eles, avulta a chamada *rebelião judiciária* com que nos anos vinte o Tribunal de Darmstadt recusou o nominalismo da expressão monetária das obrigações, para impor soluções condizentes com a realidade inflacionária da Alemanha no primeiro pós-guerra deste século. Sem tanta conotação de rebeldia à lei, souberam os tribunais brasileiros também conduzir a atualização dos créditos em caso de dívidas de valor, especialmente nas indenizações por ilícito, em que dos dispositivos legais preexistentes extraíram a exigência de indenização por valor atualizado.⁷⁴ Houve também os conhecidos casos de mutuários do Sistema Financeiro da Habitação, a quem foi judicialmente reconhecido o direito à limitação dos reajustes nas prestações que pagam, tendo-se em conta

74. Essa guinada jurisprudencial ("rebelião judiciária" de Darmstadt) é bem uma dessas atitudes que revelam a consciência da integração do juiz na sociedade, vendo os seus problemas. O processo atua, então, como instrumento das mudanças informais da ordem jurídica (v. *supra*, n. 4).

a chamada *equivalência salarial*. É histórica, ainda, a transformação no trato da concubina, especialmente no tocante aos direitos de ordem patrimonial perante a pessoa com quem viveu *more uxorio* e para a formação de cujo patrimônio contribuiu. Ao tempo da antiga Lei de Falências os tribunais afrouxaram também a interpretação da exigência legal de ausência de protesto, como requisito para a concordata preventiva, o que corresponde à idéia, hoje universalmente vitoriosa, de recuperar a empresa em crise. As seguidas aplicações da teoria da descon sideração da pessoa jurídica (*disregard doctrine*) constituem outra relevantíssima tendência.⁷⁵

Em todos esses exemplos, que com imaginação se multiplicariam, aparece o juiz como autêntico canal de comunicação entre a sociedade e o mundo jurídico, cabendo-lhe a positivação do poder

75. Todos esses exemplos revelam a inexorabilidade de certas determinantes sociais e políticas, que atuam sobre o espírito do juiz, legitimando soluções antes talvez não cogitadas e certamente ilegítimas perante outra ordem. Na história recente da Justiça brasileira, contam-se os casos muito expressivos de *uso alternativo do direito*, que foram objeto de interessante pesquisa conduzida por Joaquim de Arruda Falcão (cf. *Conflito de direito de propriedade - invasões urbanas*), voluntariamente organizado pelo pensador pernambucano e portador da cooperação de vários intelectuais (três economistas, dois juristas e um cientista político). Essa pesquisa refere-se às invasões de imóveis, ocorridas no Grande Recife, pelos fins dos anos setenta e princípio dos oitenta. Houve pleitos judiciais a respeito, nos quais se teve, em níveis mais ou menos acentuados, a consciência de um direito mais eloquente que os direitos que emergem do sistema posto pelas leis do país: o direito à moradia. Disse Joaquim Falcão, na apresentação dessa obra: "a eventual ilegalidade e a inviabilidade financeira não extinguem o direito à moradia" (p. VIII). A propósito, disse alhures Boaventura de Souza Santos: "os habitantes dos bairros têm conseguido algumas vitórias nos tribunais, ainda que à partida os seus argumentos sejam relativamente frágeis em termos estritamente jurídicos. Essas vitórias conferem um autêntico *uso alternativo do direito*, tornado possível pela argumentação tecnicamente sofisticada de advogados altamente competentes"; e acrescentou: "a interpretação inovadora do direito substantivo (sic) passa pelo aumento dos poderes dos juizes na condução do processo" (cf. "Introdução à sociologia da administração da justiça", III, n. 1, esp. p. 133). A propósito, Tércio Sampaio Ferraz Jr. falou das "manifestações de um *direito inoficial*", consubstanciado em "desconfirmações mais sutis, não intencionais, não assumidas como tais, em que a retórica desconfirmadora se utiliza (p. 133). Houve casos em que prevaleceu nesses julgamentos um "direito inoficial", isto é, não positivado na ordem jurídica do país, mas em alguma medida legitimado pelas necessidades dos invasores (cf. Tércio Sampaio Ferraz Jr., "O oficial e o inoficial", *passim* e esp. n. 4, pp. 111 ss.). Nesse relato, vê-se manifestação macroscópica da postura dos juizes em face das pressões axiológicas a que não devem manter-se insensíveis.

mediante decisões endereçadas a casos concretos.⁷⁶ Tanto como o legislador, ele é agente estatal e tem a missão de decidir segundo as escolhas da sociedade. Não é legislador, porém, nem duplicado do legislador teria sentido que fosse ante o sistema político-constitucional da separação dos *Poderes* do Estado.⁷⁷ Só mesmo sob a condição de esvaziar o direito de qualquer conteúdo axiológico e reduzi-lo à norma entendida como mero preceito positivado e depois liberto de ligações com a base social, é que se poderia talvez pensar nessa função como criativa do direito. Os arautos da teoria unitária lançam a barra longe demais, ao equiparar o juiz ao arranjador ou ao intérprete musical, que participam com maior criatividade e dão de si e do seu talento, legitimamente, para o enriquecimento das peças que adaptam ou executam.⁷⁸ Quando o juiz extrapola os lindes da lei e dos valores que o clima axiológico da sociedade projeta sobre os fatos em exame, quando ele traz os seus sentimentos e preferências pessoais e os projeta sobre o julgamento que em nome do Estado é chamado a fazer, ele poderá estar criando realmente, mas isso não significa que crie sua *função* institucionalizada. Tomar o fenômeno (*sein*) por escopo (*sollen*) constitui desvio de perspectiva, tanto mais grave quanto as distorções dessa ordem não são sequer apontadas como frequentes.⁷⁹

76. O juiz, especialmente em tempos de crise e de mudanças como este em que vivemos, está sempre pressionado pelas forças opostas que caracterizam a já denunciada tensão entre a norma e a realidade: de um lado, sujeito ao "governo das leis"; de outro, responsável pela efetividade de um *direito progressivo*, para a qual é indispensável "ponderar as exigências sociais, econômicas, morais, que se dão na coletividade". Para ser correto o modo de exercer o seu ofício, ele há de preservar "um equilíbrio estável entre o imperativo axiológico e a segurança jurídica (cf. Spota, *El juez y el abogado*, n. 4, pp. 23-24; v. ainda Cappelletti, *Giudici legislativi?*, esp. n. 4, p. 13). O que se diz aqui guarda relação também com o *modo de ser do processo*, mas principalmente com a *justiça nas decisões*, que são dois aspectos importantes da *efetividade do processo*, tratados à guisa de síntese final nos itens 36.2 e 36.3 do presente estudo.

77. Mesmo sendo *law makers*: v. Cappelletti, *Giudici legislativi?*, esp. n. 11, pp. 63 ss.

78. Cf. Mauro Brandão Lopes, aula inaugural proferida na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, em 4 de março de 1985.

79. São exemplos típicos dessas distorções: a) o caso do padreiro que obteve do juiz do trabalho a reintegração no emprego, após ter sido despedido em consequência de envolvimento amoroso com a mulher do patrão; b) o da absolvição de pessoa que havia inscrito frase provocativa aos *carabinieri* em frente ao quartel deles (*abaixo os carabinieri*) havendo o juiz então declarado que, sem a ênfase

Além disso, descontentos os casos em que o envelhecimento da lei torna obsoleto o seu sentido gramatical e indispensável a descoberta de outros sentidos compatíveis com as exigências axiológicas atuais, o que se tem como ordinário é a correspondência da lei à realidade sócio-política da nação. Os louvores à interpretação evolutiva não podem chegar a algo que se pareça com as idéias de escola do direito livre.⁸⁰ O clima de legalidade ditado constitucionalmente no Estado-de-direito repele a institucionalização de sentenças *contra legem*, ainda que “a lei vigente conduza a resultados viciados ou injustos”.⁸¹

A sujeição do juiz à lei, que não se traduz em culto servil às palavras desta, é impeditiva da *livre invenção jurídica*, tendo-se o governo das leis como inerência dos sistemas jurídicos em que vivemos e como “imperativo axiológico da segurança jurídica”.⁸²

Em casos de formar-se um valo entre o texto da lei e os sentimentos da nação, muito profundo e insuperável, perde legitimidade a lei e isso cria clima para a legitimação das sentenças que se afastem do que ela em sua criação veio ditar.⁸³ Fora disso, carece de suporte a

trazida por um ponto de exclamação, a frase não era criminosa (!). Os exemplos são italianos e foram largamente noticiados na imprensa da Itália; foram narrados por Vincenzo Vigoriti, em aula dada como parte do curso, que coordenei, de teoria geral do processo (11.11.1985).

80. Cfr. Tornaghi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1, p. 388, sobre a *Freirechtsbewegung*, que “porém não considera a sentença como lei” (Goldschmidt, *Princípios gerais del proceso*, I, n. 15, pp. 41-42).

81. Cfr. Spota, *El juez y el abogado*, n. 4, pp. 22-23: essa idéia, própria do *Freirecht*, não é aceita pela ordem jurídica dos países ocidentais ligados à tradição romano-germânica, como a Argentina (onde escrito o livro citado) e o Brasil.

82. Ainda Spota, *op. loc. cit.*

83. Permite-se (ou exige-se?) que o juiz se afaste do sentido gramatical dos textos legais e mesmo do preceito desenganadamente contido neles, somente quando isso for necessário para o substancial cumprimento do direito – entendido este não só com vistas postas no ordenamento jurídico como um todo, mas na inteireza do trínio fato-valor-norma. Nesse sentido é que se pode falar em “direito jurisprudencial” (*Richterrecht*), caracterizado pela avançada tomada de posições pelos juizes e tribunais, em antecipação a modificações de que o legislador ainda se faz dever. “Um bom juiz pode muito bem ser criativo, dinâmico, *ativista* e patentear-se como tal, mas só um mau juiz agiria pelas formas e modos de um legislador; conforme penso, um juiz que agisse de tal maneira simplesmente deixaria de ser um juiz” (Cappelletti, *Giudici legislatori?*, n. 11, esp. p. 64). O *direito jurisprudencial* é tomado, por Giovanni Orrù, como *fonte irrecusável de conhecimento do direito*, mais significativa que o *Gewohnheitsrecht* (direito consuetudinário) de *românica*

sentença violadora da lei, ante o sistema jurídico como ele é; e sucederá também de carcer de legitimidade, como no caso de exagerada liberalidade no trato da lei penal em tempos de clamor público contra a violência urbana e clima de insegurança.

Em suma: o juízo do bem e do mal das disposições com que a nação pretende ditar critérios para a vida em comum não pertence ao juiz. Este pensa no caso concreto e cabe-lhe apenas, com sua sensibilidade, buscar no sistema de direito positivo e nas razões que lhe estão à base, a justiça do caso. Tem liberdade para a opção entre duas soluções igualmente aceitáveis ante o texto legal, cumprindo-lhe encaminhar-se pela que melhor satisfaça seu sentimento de justiça.⁸⁴ Não tem, contudo, salvo em situações teratológicas, o poder de alterar os desígnios positivados pelo Estado através da via adequada, ainda que para corrigir situações que lhe pareçam desequilibradas.⁸⁵ cumpre-lhe ter presente a advertência de que “the greatest happiness of the greatest number is the measure of right and wrong”.⁸⁶ Nessas colunas do Estado-de-direito, aliás, repousa a segurança geral.⁸⁷

E a manutenção do clima de segurança exige também o respeito à legalidade no trato do processo pelo juiz. No de conhecimento, ele

memória e menos que o *direito legal* (cfr. *Richterrecht*, n. 5.3, pp. 100-101). É, como já foi dito: vale menos que uma ordem, mais que um conselho (mas: a problemática das decisões reiteradas, como suposta fonte de direito a ser observada em outros casos, não equivale à que vem tratada neste passo da obra).

84. Na Lei dos Juizados Especiais foi recomendada aos juizes essa sistemática opção pela solução mais justa que o ordenamento jurídico comportar. “Entre duas possíveis interpretações, ambas razoavelmente encontradas nas palavras da lei, as recomendações trazidas no art. 5º farão com que o juiz prefira a que melhor satisfaça às exigências do bem comum e aos fins sociais da própria lei – ou seja, farão com que ele opte pela solução que atenda ao seu senso de justiça” (cfr. Dinamarco, “Princípios e critérios no processo das pequenas causas”, n. 7, esp. p. 116); e essa é uma das *lições* vindas da Lei das Pequenas Causas, a ser recolhida, assimilada e afinal praticada por todos os juizes, porque fazer justiça é a glória do seu mister e para isso não seria sequer preciso que a lei trouxesse tão solene recomendação (cfr. Dinamarco, “A Lei das Pequenas Causas e a renovação do processo civil”, n. 2, pp. 198 ss.).

85. Cfr. Súmula 339: “não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob *fundamento de isonomia*”.

86. Severa e clássica advertência de Jeremy Bentham.

87. Mesmo sabendo-se que do mero Estado-de-direito, passou-se agora ao *Estado social de direito* (cfr. Trocker, *Processo civil e costituzione*, esp. p. 96; Orrù, *Richterrecht*, I, n. 3, p. 26) e estando-se convencido da “fuga do legislador às suas responsabilidades políticas” (Orrù, *ib.*, esp. p. 31).

tem condições de influir no teor da decisão que virá; no executivo, pode influir no bom ou mau êxito dos resultados práticos visados, maior ou menor sacrifício para o devedor; em ambos, depende dele em boa parte a presteza da obtenção dos resultados. Por isso é que, se de um lado no Estado moderno não mais se tolera o juiz passivo e espectador, de outro sua participação ativa encontra limites ditados pelo mesmo sistema de legalidade. Todo empenho que se espera do juiz no curso do processo e para sua instrução precisa, pois, por um lado, ser conduzido com a consciência dos objetivos e menos apego às formas como tais ou à letra da lei; mas, por outro, com a preocupação pela integridade do *due process of law*, que representa penhor de segurança aos litigantes. É claro que, com certas atitudes menos ortodoxas ou desapegadas do texto da lei, o juiz acaba por endereçar os fatos a resultados que não seriam atingidos se sua postura fosse outra e que não costumavam sê-lo antes das inovações que ele põe em prática. São atitudes marcadamente instrumentalistas, das quais significativo exemplo é a já referida *desconsideração da pessoa jurídica*, especialmente no trato da responsabilidade patrimonial: a penhora de bem da sociedade por quotas entre marido e mulher viola os clássicos esquemas jurídicos da personalidade jurídica distinta da dos sócios e da distinção de responsabilidades, mas faz justiça e neutraliza a fraude. Trazer essa construção a crédito da teoria unitária, contudo, constituiria vício do mesmo quilate daquele consistente em pensar que é o *juiz* quem pessoalmente cria novas soluções de direito substancial; é esquecer que ele age como canal de comunicação entre a nação e o processo e que, quando inovar por conta própria, *contra legem* ou fora dos limites tolerados, ele estará agindo sem fidelidade aos objetivos de sua missão e o que pretender impor carecerá de licitude ou mesmo de legitimidade.

28.4 os ônus processuais e a conduta das partes

Excluída a iniciativa judicial para o processo e limitada quanto à prova; deixada aquela com exclusividade e esta em grande parte aos próprios litigantes; limitada a eficácia de cada demanda a provocar somente o pronunciamento dos órgãos judiciais no nível jurisdicional em que houver sido proposta e dependendo de nova demanda o acesso ao patamar jurisdicional seguinte; sendo importante para a consecução dos resultados do processo o comparecimento dos liti-

gantes em certas oportunidades; tendo o processo o seu custo financeiro e só sendo gratuito em caso de pessoas necessitadas — resulta que o sistema confia aos litigantes muitas atividades como “imperativos do próprio interesse”, ou seja, dirige-lhes variados e seguidos ônus ao longo de todo o arco do procedimento.⁸⁸ Não se trata de algo assimilável ao conceito de deveres, “impostos pelo interesse de um terceiro ou da comunidade” e cuja inobservância pusesse o desobediente em situação de ilicitude: “pelo contrário, o adversário não deseja outra coisa, senão que a parte deixe de desincumbir-se de seu ônus de fundamentar, de provar, de comparar, *etc.*”⁸⁹ A teoria dos ônus processuais, sua conceituação, distinção de figuras afins, inserção no sistema do processo, constitui umas das mais lúcidas e preciosas contribuições que se aportaram à sua ciência no século XX, servindo para esclarecer muitos pontos de dúvida e ditar o correto direcionamento e justa medida das consequências dos possíveis comportamentos omissivos das partes.

Assim bem compreendidos, os ônus processuais desempenham a função de verdadeiras *molae propulsoras*, responsáveis pela motivação das partes a se empenharem na eficiente defesa de seus direitos ou de suas aspirações, participando ativamente do processo civil mediante atos destinados a gerar resultados favoráveis.⁹⁰

Existem *ônus absolutos ou relativos* (*perfeitos ou menos perfeitos*), conforme seu descumprimento conduza fatal e invariavelmente à consequência favorável ou prive inexoravelmente o sujeito de uma situação vantajosa possível — ou somente torne improvável a vantagem ou provável o prejuízo. Por outro lado, os ônus processuais, que são encargos ou “pesos” postos sobre as partes para a realização de atos de sua própria conveniência, referem-se a *atos causativos ou indutivos*. Os indutivos atuam como condição para obter medidas favoráveis, são condutas destinadas a atuar sobre o espírito do juiz; chamam-se também *atos de obtenção* e também se dizem *alternativos*, no sentido de que por si sós não são capazes de produzir o resultado desejado, mas somente de atuar sobre o espírito do juiz no sentido de pronunciar-se favoravelmente. Os atos causativos “operam

88. Cf. Goldschmidt, *Principios generales del proceso*, I, n. 37.

89. Cf. Goldschmidt, *op. cit.*, n. 38, p. 93.

90. Cf. Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, III, n. 1.117, p. 553.

o seu efeito na situação processual de imediato e por si próprios", dizem-se, por isso, *determinantes*, dada sua suficiência funcional.⁹¹

Da combinação dessas idéias e sua aplicação às diversas espécies de processos surge a medida da importância da efetiva participação contraditória dos litigantes e definição das consequências de suas possíveis omissões. Nessa variação, tem peso muito grande a natureza jurídico-substancial do próprio conflito, pois daí decorre o grau maior ou menor de disponibilidade e, pois, intensidade mais ou menos profunda dos ônus e das consequências de seu descumprimento.

Entre os ônus processuais, o primeiro e de maior peso é o *ônus de afirmar*, especificamente considerado nos termos do ônus de mandar: sem a demanda inicial, processo algum se forma e a própria jurisdição não se exerce (*nemo iudex sine actore*).⁹² Mas o ônus de afirmar acompanha as partes em todo o processo, sendo desempenhado normalmente por atos indutivos da maior importância, como a afirmação (pelo réu) de fatos extintivos, modificativos ou impeditivos, a da incompetência, suspeição ou impedimento do juiz, a da afirmação da procedência ou improcedência da demanda ao cabo da instrução, etc.,⁹³ de um modo geral, da necessidade de fundamentar

91. Inexiste uniformidade terminológica quanto a essa classificação dos atos processuais: a) os que Liebman chama *causativos* (*Manual*, I, n. 115, pp. 254-255), nos *Princípios gerais del proceso*, de Goldschmidt, estão como "atos de causação" (v. n. 64, pp. 163 ss.) e no seu *Zivilprozessrecht* figuram como *Bewirkungshandlungen* (na tradução espanhola, "atos constitutivos": v. § 39, 2, p. 227), aludindo Barbosa Moreira a eles como comportamentos *determinantes* (v. *Litisconsórcio unitário*, n. 95, pp. 161, 162; v. ainda Dinamarco, *Litisconsórcio*, n. 70, esp. p. 171, texto e notas 59 e 60); b) os que Liebman chama indutivos (*ib.*), nos *Princípios gerais*, de Goldschmidt, estão como "atos de obtenção" (v. n. 44, pp. 111 ss.) e no *Zivilprozessrecht* figuram como *Erwirkungshandlungen* (na tradução espanhola, "atos de postulação"), aludindo Barbosa Moreira a eles como comportamentos *alternativos* (*ib.*).

92. Ou, na versão germânica, *wo kein Kläger ist, da ist kein Richter*; sobre o princípio da demanda, *cf.* Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 398, pp. 42-45. Como quem pede há de justificar o *petitum* alinhando uma *causa petendi*, só demanda corretamente quem demanda alegando de modo adequado (sobre o ônus da afirmação, v. Carnelutti, *La prova civile*, esp. n. 3, pp. 23 ss.: "fato não afirmado vale como fato inexistente").

93. Ressaltar a distinção entre *objeções* e *exceções em sentido estrito*, pois só quanto a estas o conhecimento pelo juiz é defeso em caso de não-alegação (prescrição, incapacidade, vícios do consentimento, incompetência relativa, suspeição - CPC, art. 128, 2ª parte): v. Chiovenda, "Sulla eccezione", esp. p. 153 (embora esteja

as postulações decorre que ordinariamente o ônus de afirmar é inerente aos atos indutivos em geral. Ao ônus da afirmação, contrapõe-se o de *contestar*. Ele varia de processo para processo e chega a ser bastante tênue no processo criminal, onde a indisponibilidade do direito de liberdade conduz à garantia constitucional da ampla defesa e contraditório efetivo; e, daí, a contumácia do acusado que não comparece para cumprir o ônus (relativo ao extremo) da defesa é compensada pela nomeação de defensor e o processo é nulo se ele se considerar substancialmente indefeso. No outro extremo está o processo civil entre capazes e por direitos disponíveis, onde o ônus de contestar chega ao maior grau possível de intensidade (embora absoluto não seja nem mesmo aí), a ponto de os argumentos de fato contidos nas afirmações do autor não se erigirem em questões se não forem contestados e, não criada a dúvida em torno deles, ficam fora do campo probatório (não constituem objeto da prova).⁹⁴

Depois, é de suma importância o *ônus da prova*, que também varia de intensidade conforme a natureza do litígio e conseqüente maior ou menor disponibilidade das faculdades e *chances* processuais. Onde mais se sente o princípio dispositivo, mais presente está o peso desse ônus e as conseqüências praticamente *causativas* da omissão da prova, no sentido de que, para o juiz "fato não provado é fato inexistente" (*regra de julgamento*)⁹⁵ e, uma vez finda a ins-

ele cuidando especificamente das exceções de mérito em sentido estrito, às pp. 154 e ss. diz algo que pode ser recolhido com o caráter de generalidade que interessa à presente nota: há fatos a que se "atribui eficácia impeditiva ou extintiva somente quando o réu assim a quiser, e que portanto não têm essa eficácia se o réu não o quiser"; v. ainda meu *Instituições de direito processual civil*, II, n. 557, pp. 333-336.

94. *Cf.* CPC, arts. 319 e 320, c/c art. 334, inc. III (e isso é diferente de uma presunção). Das ressalvas e atenuações a esse rigoroso tratamento destinado ao réu que não cumpre com o ônus de contestar, não é o caso de falar nesta sede, onde a alusão a este visa somente a compor o quadro dos ônus processuais e seu descumprimento.

95. Ordinariamente, sucumbirá (ou é mais provável que sucumba) "aquela das duas partes que *tertia deinde* provar o fato que ficou incerto" (*cf.* Liebman, *Manuale di diritto processuale*, II, n. 172, esp. p. 89), porque ao *non liquet* quanto aos fatos da causa não pode seguir-se um *non liquet* quanto à causa em si mesma, sob pena de denegação de justiça (CPC, art. 126; Const., art. 153, § 4º, inafastabilidade do controle jurisdicional); insistentemente, a doutrina sublinha não ser admissível, nessas hipóteses, um julgamento "no estado dos autos", i. é, julgamento que deixe prejudicado o objeto do processo (Liebman, *ib.*; Micheli, *L'onere della prova*, n. 27, esp. p. 179; Verde, *L'onere della prova nel processo civile*, n. 1, pp. 11 ss.), observando que "se falou, a propósito, de *ônus objetivo ou substancial*, para aludir ao

trução, as afirmações, omissões e negativas referentes aos fatos de relevância para o julgamento serão interpretadas e confrontadas à luz do resultado da experiência probatória. O *direito à prova* é de primeira importância para a efetividade da garantia constitucional da ação e da defesa e, correlativamente, o seu não-exercício, nos casos de maior disponibilidade e na medida da disponibilidade do direito substancial em cada caso, conduz a consequências mais graves quanto ao resultado substancial do processo.⁹⁶

Depois desses vêm os ônus de *recorrer*, causando o transpasse da causa para outro nível de apreciação judiciária e procurando atuar sobre o espírito dos novos julgadores (induzi-los) no sentido do julgamento favorável pretendido; o de *comparar*, seja para o interrogatório ou para submeter-se a exame; o de *adiantar despesas* do processo, como condição de eficácia de ato próprio ou de realização de algum ato processual; e tantos outros, em momentos específicos de todo o procedimento e com relação a situações mais ou menos particularizadas; no processo de execução civil, há o ônus de *nomear bens à penhora*, o de impugnar avaliações, o de postular remição ou adjudicação, etc.

Diante de tantas alternativas de condutas oferecidas às partes ao longo do procedimento e das consequências mais ou menos sérias e intensas das possíveis omissões e dos comportamentos causativos desfavoráveis (v.g., desistência de um meio de prova, renúncia ao recurso ou desistência do recurso interposto), poder-se-ia talvez chegar a idéias de simpatia pela tese do processo como instrumento de criação de direitos — não já por obra do juiz, como é comum en-

teúdo que o juiz deverá dar à decisão na hipótese de que alguns fatos relevantes tenham ficado sem (suficiente) demonstração" (p. 15). Buzaid aceita essa idéia dos processualistas austríacos, falando em *ônus objetivo da prova* (cf. "Do ônus da prova", n. 18, pp. 65-66).

96. O *direito à prova*, como expressão resumida das variadas faculdades probatórias concedidas às partes no processo, situa-se na encruzilhada dos dois grandes princípios constitucionais indicados por Ada Pellegrini Grinover quanto ao processo civil: "o direito à tutela jurisdicional e o devido processo legal" (cf. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, n. 6, esp. p. 19). Impedir a prova pela parte significaria privá-la de meios legítimos para o acesso à *ordem jurídica justa*, a serviço do qual está predisposto o processo: e isso significa restringir o controle jurisdicional, ao mesmo tempo que desvirtuar a própria ordem do processo (cf., no direito positivo, as restrições à faculdade de pactuarem as partes a alteração da distribuição do *onus probandi*: CPC, art. 333, par. ún.).

tre as afirmações vindas da escola constitutivista, mas dos próprios litigantes. Em virtude de afirmações não feitas ou feitas de modo deficiente, de contestação omitida, de falha na produção de prova, de algum não-comparecimento ou falta de preparo (v.g., salários provisórios do perito) ou, em suma de algum comportamento capaz de induzir ou causar situações desfavoráveis,⁹⁷ pode a parte endereçar o processo por rumos tais que afinal ele venha a produzir um resultado que não é precisamente aquele correspondente à vontade do direito no caso concreto. Ter-se-á, v.g., o acolhimento da demanda inicial porque revel o réu e *presumidos* os fatos que compõem a causa de pedir; ou seu acolhimento ou rejeição porque não provado o fato extintivo alegado pelo réu ou o constitutivo alegado pelo autor; ou a execução conduzirá à satisfação do demandante não-credor, simplesmente porque o executado não ofertou embargos.

Essas são, contudo, as distorções inevitáveis a que está sujeito o sistema. Não é justo avaliá-lo a partir desses acontecimentos anormais, nem correto ver nos resultados assim aleatoriamente distorcidos por esses autênticos *acidentes de percurso* algo que interfira no *escopo* que anima o sistema processual. Além do mais, só mesmo um observador clarividente ou talvez onisciente seria capaz de determinar os casos em que realmente o resultado do processo teria sido outro, não foram as condutas que efetivamente tiveram as parzes no seu curso (especialmente no processo de conhecimento).

A dialética do contraditório é mesmo composta assim das incertezas em que se refletem perspectivas, possibilidades, *chances*, expectativas e ônus,⁹⁸ e cada qual dos litigantes há de contar muito consigo

97. Na lei italiana, o juiz é expressamente autorizado a "extrair argumentos de prova" da "recusa injustificada a permitir inspeções que ele haja ordenado e, em geral, do comportamento das partes no processo". Embora inexistia preceito análogo em nosso direito positivo, essa orientação decorre com naturalidade do poder de *livre convencimento* de que o juiz é dotado (CPC, art. 131) e da prerrogativa de decidir segundo *quod plerumque accidit* (art. 335). Disposições análogas estão no projeto de Código Civil brasileiro (o qual intenta nova invasão da área das leis processuais, disciplinando a prova), o qual diz que "quem se nega a submeter-se a exame médico, não poderá aproveitar-se de sua recusa" (art. 231) e que "a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame" (art. 232).

98. Afirmação muito conhecida, de James Goldschmidt (cf. *Zivilprozessrecht*, § 33, pp. 194-196); a aguda crítica de Liebman ("L'opera scientifica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto processuale") atinge apenas o desvio de perspectiva consistente em atribuir ao processo as vicissitudes que pertencem ao

mesmo e com a cooperação efetiva que possa trazer ao juiz no processo, sempre com vista à melhoria de sua própria situação. Antes de insinuar visão diferente das coisas quanto ao modo de ser do direito material e do escopo do processo, essa construção serve para mostrar que o escopo jurídico, sendo o mais superficial e menos significativo, cede passo a considerações de outra ordem, ligadas ao campo político e ao social. Se o resultado do processo se afastou dos desígnios do direito substancial⁹⁹ nada de mau ou muito significativo reside nisso, desde que o escopo social de pacificação haja sido atingido; melhor ainda, se foi feita pacificação com justiça. Pois mesmo nos casos de mais estreita indisponibilidade do direito substancial em litígio é inevitável confiar às partes a sua própria defesa e o juízo da conveniência de fazê-la com maior ou menor empenho, com a consciência do que sucederá se o empenho for menor. O grau de aplicação de cada um à defesa de suas pretensões dá a medida da profundidade do conflito e da importância que ele representa em sua vida, para o seu interesse e para a sua felicidade. Em resumo, a inevitável influência que o comportamento dos litigantes pode exercer sobre o processo e seu resultado constitui reflexo do valor social do conflito.

28.5 *suficiência do direito substancial*

Tem-se por demonstrado que o sistema de direito substancial não é institucionalmente dependente do processo ou das atividades dos sujeitos que operam através dele, para a constituição de situações jurídicas novas na dinâmica da vida social. *Ex facto oritur ius*: com o ocorrer concreto de fatos que se enquadram nos modelos instituídos na lei com visos de abstração e generalidade (*fatispectie*),¹⁰⁰ desencadeia-se, também concretamente, a consequência imposta (*sanctio juris*) e isso

seu objeto, mas é por todos reconhecido o grande valor científico do destaque dado a essas situações jurídicas (cf. Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, I, n. 145).

99. Bem pessimista é a visão de Goldschmidt quanto à atuação do direito, dizendo que ela constitui somente o *fin ideal* do processo, de *indole teleológica*. A efetividade da pretendida atuação é problemática e aleatória e “se refuta por cada sentença que não concorde com o direito material” (*Principios generales del proceso*, I, n. 14, p. 39).

100. A vida do direito, sintetizada assim, flui mediante raciocínios dedutivos, a partir da norma positivada, vista esta como o “contexto onde os elementos fáticos estão abstratamente representados em termos de média uniforme” (cf. Faria, *Poder e legiti-*

acontece diuturnamente na sociedade, automaticamente, sem a explícita declaração de direitos e obrigações, pelo juiz ou por quem quer que seja. Direitos nascem, modificam-se e extinguem-se em número indeterminado, na vida comum das pessoas. Jamais a escola unitarista logrou demonstrar o contrário, como lhe cumpria. O estado de certeza, que o exercício da jurisdição através do processo é capaz de proporcionar aos litigantes, não é algo de juridicamente substancial que se possa considerar acrescido ao acervo de direitos das pessoas.

Nem constituem exceções a isso aquelas situações em que somente através do processo certos direitos podem ser satisfeitos, ou relações jurídicas constituídas, ou desconstruídas. Trata-se de construções do direito positivo, no plano constitucional ou legal, ditadas por conveniência da segurança das pessoas; e, por tratar-se de soluções do direito posto, são suscetíveis de variações no tempo e no espaço, nessa realidade histórica que caracteriza o próprio direito e a dimensão da função jurisdicional assumida pelo Estado. Fundamentalmente, têm-se duas situações tratadas dessa maneira: a imposição de pena criminal e a que transpore nas chamadas *ações constitutivas necessárias*.

O sistema estatal repressivo evoluiu no sentido da rígida imposição da regra *nulla poena sine iudicio* (cf. Const., art. 5º, incs. LIV, LV e LVII), antepondo-se invariavelmente o processo entre a pretensão punitiva e o indigitado agente criminoso e assegurada a ampla defesa e o contraditório como condição indispensável para a eventual aplicação da pena. O processo aparece, aí, como algo sem o qual não terá vida prática o direito substancial, na sua imposição concreta e efetiva.¹⁰¹ E isso assim é, conforme lição sabida e repetida, em vir-

midade, n. 2, esp. p. 42). Essa descrição corresponde rigorosamente à que está à base do pensamento *chiovendiano* sobre a vontade abstrata e vontade concreta da lei.

101. No caso do processo penal condenatório, bem como nas chamadas *ações constitutivas necessárias* (processo civil), tem-se uma *instrumentalidade potenciada* do processo ao direito material, no sentido de que ele não só se presta a produzir efetivamente os efeitos predispostos por este, mas ainda só mesmo através dele esses efeitos podem ser produzidos. São casos, por outro lado, em que bastante aguda se torna também a aplicação do princípio da *inafastabilidade do controle jurisdicional*, porque: a) no civil, ou se tem o processo à disposição (processo efetivo, regular e prestativo), ou se é obrigado a renunciar definitivamente à pretensão; b) no criminal, a pretensão punitiva ficaria fadada à definitiva frustração, não fora o processo (e, inversamente, este funciona como indispensável filtro das pretensões punitivas). O *direito ao processo*, que afinal constitui o conteúdo do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (cf. Ada Pellegrini Grinover, *Os princípios constitucionais e*

tude da *indisponibilidade* do direito de liberdade do acusado. Pois a indisponibilidade de direitos conduz também a exigir que certas relações jurídico-substanciais não-penais também só sejam suscetíveis de constituição ou desconstituição mediante a passagem pelos canais do processo. É o que se dá com a desconstituição da sociedade conjugal ou do próprio vínculo (desquite, divórcio), anulação de casamento, suspensão ou perda do pátrio-poder, demissão de funcionário vitalício, etc.;¹⁰² também nesses casos, ou se obtém judicialmente o resultado desejado ou se renuncia definitivamente a ele.

Nenhum desses casos considerados constitui demonstração da insuficiência do direito substancial, todavia. Resta sempre por demonstrar, por primeiro, que o concreto *jus punitivis* inexistisse antes da sentença, o que aliás é desmentido pela idéia da prescrição pela pena em concreto, antes ditada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e agora consagrada em lei;¹⁰³ e o vigoroso veto à imposição da pena sem prévio processo resulta de generosa opção político-liberal do constituinte, em nome da liberdade e não por razões técnico-jurídicas.¹⁰⁴ Por outro lado, aquelas situações não-penais só atingíveis mediante sentença também poderiam sê-lo se assim entendesse o legislador: bastaria não conceder vitaliciedade aos juízes ou discipliná-la de outra forma, assim como bastaria permitir que a separação judicial, divórcio ou supressão do poder parental fossem acertados administrativamente, sem a mínima participação

Código de Processo Civil, n. 6, c, p. 18), no civil é garantia da oferta da via processual (além de constituir reafirmação da proibição da autotutela) e no criminal é garantia da liberdade individual, que só mediante o processo pode ser atingida.

102. *Cf.* CC, arts. 394-395.

103. Antes, Súmula 146; depois da lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977, §§ 1º e 2º do Código Penal, redigidos por ela; agora, a nova parte geral; a redação dada aos arts. 109-110. A idéia da prescrição da *pretensão penal*, corrente na matéria, corresponde à aceitação da *pretensão de direito material*, conceito pandectista introduzido por Windscheid e fonte de muitos mal-entendidos, que o Código Civil de 2002 trouxe para o direito positivo brasileiro.

104. *Cf.* Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria geral do processo*, n. 22, pp. 66 ss. V. ainda Ada Pellegrini Grinover, "explicação necessária", in *O processo constitucional em marcha*, n. 1, p. 1: "se não se admite que o acusado possa anuir na imposição da pena, também não se pode admitir que a pena seja imposta por intermédio de um processo que não lhe garanta o exercício de uma defesa efetiva e completa, com todos os seus corolários" (isso, em vista do "interesse geral à regularidade do procedimento e à justiça das decisões"). *Cf.* *supra*, n. 2.

jurisdicional do Estado. Sem radicalismos, poder-se-ia no máximo chegar até à concessão consistente em admitir que, se de alguma insuficiência padece o sistema jurídico-substancial, ela é relativa e sobretudo desejada e consentida. De qualquer modo, também quanto às sentenças constitutivas necessárias tem propriedade a observação feita quanto às penas: antes dela, o direito que elas reconhecem já existia. Existia o direito à separação, ao divórcio, o direito do filho a libertar-se do poder familiar, mal exercido, etc. — só não existia, ainda e pelas razões de política legislativa indicadas, a situação nova a que esse direito tendia a conduzir.

Em todos os casos considerados, a jurisdição aparece como atividade primária na vida dos direitos e não secundária, como tradicionalmente parecia ser ela de modo invariável.¹⁰⁵ Mesmo constituindo-se atividade primária e indispensável na vida de certos direitos, ela não se erige em fator de credibilidade da teoria unitária do ordenamento jurídico. Nas demais sentenças constitutivas (não-necessárias), tem-se também a constituição de situações jurídico-substanciais novas que poderiam ter sido criadas por vontade da outra parte mas não o foram (e a jurisdição, aí, é atividade secundária). Tanto como nos casos antes considerados, contudo, o direito à modificação jurídica preexistia e esta só não poderia ser obtida, unilateralmente e sem o concurso da vontade do outro sujeito, em atenção à segurança da esfera de direitos deste (sempre, portanto, razões de política legislativa e não de mera técnica jurídica): é o que se dá, *v.g.*, com relação ao despejo ou à anulação ou rescisão de contratos em geral.

Resumindo, há casos de *insatisfação* resultante da maneira como o sistema de direito positivo é construído, ditando a canalização de certas pretensões ao Poder Judiciário como único caminho para a eventual satisfação e o veto a qualquer outro modo, mesmo consensual; e casos em que a insatisfação decorre da recusa da pessoa que poderia validamente atender à pretensão e eventualmente satisfazê-la, mas não o faz. Em ambos os casos, por um motivo ou por outro, a constituição de situações novas só mesmo jurisdicionalmente se pode obter — e isso é assim, sempre por motivos de ordem política. Por outro lado, quando se deixa de pensar no *jus punitivis* concreto do Estado, ou no direito de qualquer sujeito a alguma transformação

105. V. *supra*, n. 5.

jurídica, para pensar-se então na própria imposição da pena ou na transformação jurídica em si mesma, na realidade já se pressupõe o direito a esses resultados, como premissa indispensável a eles; e os resultados obtidos através do exercício da jurisdição constituem, assim, a *atuação prática* da vontade jurídica preexistente — o que confirma e não desmente, a teoria dualista do ordenamento jurídico.¹⁰⁶

29. atuação da vontade concreta do direito

Excluída a integração do sistema processual no labor de criação das situações jurídicas de direito material e tendo-se por demonstrada a tese dualista do ordenamento jurídico, chega-se com naturalidade ao reconhecimento de que o escopo jurídico da jurisdição não é a *composição* das lides, ou seja, o estabelecimento da regra que disciplina e dá solução a cada uma delas em concreto;¹⁰⁷ a regra do caso concreto já existia antes, perfeita e acabada, interessando agora dar-lhe efetividade, ou seja, promover a sua atuação. O escopo de *atuação da vontade concreta da lei* é tão intimamente ligado à tese dualista, que por expressivos defensores desta fórmula assim construída tem sido apontada também como uma das características fundamentais da própria jurisdição (ao lado do caráter substitutivo).¹⁰⁸

No processo cognitivo das modalidades condenatória e meramente declaratória, não se tem atuação da vontade do direito objetivo material; nem no processo cautelar. A simples remoção de dúvidas objetivas quanto à existência ou modo-de-ser de *status*, relações jurídicas, direitos e obrigações (sentença meramente declaratória)

106. Lembra-se, ainda uma vez, que as sentenças constitutivas operam a realização do direito imediatamente, sem intervalo; por isso é que já lhe foi atribuído caráter de execução (o que só se pode aceitar mediante ampliação do conceito de *execução*, além dos confines do sentido com que é usada no Livro II do Código de Processo Civil e na sua teoria).

107. V. *supra*, n. 28.3 (*vontade da lei*, locução figurativa). *Lei*, nessa locução frequentemente empregada por Chiovenda, está por *direito*: não se refere ao campo da *lei*, em sentido formal, mas de todas as formas de manifestação do direito (a partir da Constituição) e, mais amplamente ainda, tem-se em vista a *vontade* do próprio direito, considerando em sua estrutura triplíce.

108. Notoriamente, Chiovenda (*Principii*, § 13, I, esp. pp. 293 e 301. V. também Liebman, *Manual*, n. 1, p. 19 trad.; Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, n. 117, pp. 315-317 e Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria geral do processo*, n. 62, pp. 149-150).

tem seu significado no plano social pacificando e eliminando as angústias da incerteza; mas não conduz, por si só, a algum estado de realização prática.¹⁰⁹ A sentença condenatória civil, declarando a existência de direitos e obrigações, nessa parte desempenha a mesma função da meramente declaratória e só por isso já tem relevância social e jurídica; e quando, no segundo momento lógico, constitui título para a execução forçada ao *aplicar a vontade sancionária*, ela simplesmente prepara e insinua a atuação do direito através do processo executivo. Mas a situação criada pela sentença condenatória por essa forma situa-se no plano do processo e limita-se a facilitar a atuação da vontade do direito substancial, sem chegar a promover essa situação.¹¹⁰ E os provimentos cautelares, sendo por definição hipoteticamente instrumentais ao processo principal (cognitivo ou executivo), nem afastam incertezas nem muito menos deixam situações fáticas consolidadas: eles operam somente evitando as deteriorações que o decurso do tempo poderia trazer à situação sobre a qual algum outro processo agiria, mas a atuação da lei virá por conta deste e não da cautela.¹¹¹⁻¹¹²

109. E assim é, ou porque o modo como o estado de insatisfação se caracteriza não requer mesmo nada além da certeza (v.g., usucapião, investigação de paternidade), ou porque o demandante, embora pudesse pedir algo mais, delimitou o seu *petitum* à declaração (CPC, art. 4º, par.).

110. Por esse aspecto, a *sentença condenatória é constitutiva*. Entende-se: concorre para a constituição de uma situação jurídica nova, que é a ação executiva (como título executivo, ela cria uma situação tal, que passa a ser adequado ao caso o exercício *in executivis* da jurisdição). É constitutiva, pois, somente no plano processual (cfr. Attardi, *L'interesse ad agire*, p. 103; Liebman, "Il titolo esecutivo riguardo ai terzi", n. 5, pp. 361 ss.). "Esse segundo provimento, que se segue à declaração e que o juiz não pode proferir se não lhe tiver sido expressamente pedido, é a aplicação da sanção estabelecida pela lei para o ato ilícito cometido pela outra parte" (*Manual*, I, n. 84, esp. p. 183); de minha parte, associo o título executivo (e, portanto, a sentença condenatória), ao requisito do interesse de agir (v. *Execução civil*, n. 26, pp. 265 ss.).

111. Da instrumentalidade, falou superiormente Calamandrei: cfr. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, esp. n. 9, p. 21 ("a serviço de um provimento definitivo"). Ele diz que há nos provimentos cautelares, "mais que o escopo de atuar o direito, o escopo imediato de assegurar a eficácia prática do provimento definitivo", etc. No contexto, essas palavras do Mestre florentino não têm o significado que tem a proposta de Goldschmidt, no sentido de investigar "o fim que em cada processo se alcança" quase em substituição à busca do fim do processo, genericamente considerado (v. *Principios generales del proceso*, I, n. 14, esp. p. 39). Com bastante clareza, falou Carnelutti (já citado antes) dos resultados dos diferentes processos: coisa julgada (*sic*), *atribuição* (satisfação) ou cautela

Ter-se-ia, com isso, a impressão de que fica diluída essa função atribuída ao sistema processual, pois limitada à atividade jurisdicional exercida no processo executivo e naqueles instituídos para a produção de sentenças constitutivas. Por outro lado, poder-se-ia ainda alegar que não só jurisdicionalmente se tem a atuação da vontade da lei, mas diuturnamente também, por obra dos próprios interessados ou mediante a atividade administrativa do Estado. São falsas as duas objeções, porque ambas se afastam do ângulo visual adequado. Só mesmo o sistema processual atua a vontade concreta da lei, *pelo objetivo de atuá-la* e, embora o objetivo não seja desde logo atingido mediante toda e qualquer espécie de processos jurisdicionais, todos eles são realizados *para que* ele o seja. Assim, a Administração tem na lei o limite de sua atividade, não o objeto de seus cuidados (como os órgãos jurisdicionais); e os provimentos meramente declaratórios, condenatórios ou cautelares, embora não atuem por si mesmos o direito, constituem instrumentos ativados *para que* ele seja atuado (v.g.: tratando-se de obrigação por prestação em favor do vencedor no processo condenatório, a atuação ter-se-á por ato voluntário do devedor ou mediante o processo executivo, mas é inegável que a sentença condenatória foi preferida com esse fim).¹¹³

A firmeza com que se sustenta a tese da atuação jurídica está, portanto, apoiada sempre na idéia de que se trata de um *escopo* (que, por definição, é mesmo um *fin ideal*) e não uma observação fenomênica.¹¹⁴ Cada sentença que se afaste dessa missão e produza

(*Diritto e processo*, n. 249, p. 371). Qualquer que seja o resultado de cada processo, ou de cada espécie de processos, o *escopo* que motiva o exercício da jurisdição em todos eles é sempre o mesmo (segundo aqui se sustenta, a atuação da vontade de direito).

112. "O valor que o tempo tem no processo é imenso e em grande parte desconhecido. Não seria imprudente comparar o tempo a um inimigo, contra quem o juiz luta sem trégua" (Carnelutti, *Diritto e processo*, n. 232, esp. p. 354). Não só os provimentos cautelares trazem esse significado de neutralização dos males do tempo, mas ainda a execução provisória (a que inclusive já se chegou a atribuir natureza cautelar), ação meramente declaratória, títulos executivos extrajudiciais, procedimento sumário, etc.

113. São afirmações quase corriqueiras e, seguramente, do conhecimento de todo processualista (remontam, como é notório, a Chiovenda: *cfr. Principii*, § 2º, pp. 63 ss., esp. p. 67); estão no texto, para compor o raciocínio completo, sem deixar hiatos.

114. *Cfr. Goldschmidt, Principios generales del proceso*, n. 14, esp. p. 39.

resultados não queridos pelo direito estará falhando ao escopo, não negando que o escopo seja esse. São as imperfeições do sistema, que ou se debitam à inevitabilidade de alguma parcela de subjetivismo nos julgamentos, ou à menor diligência das partes, ou às próprias dificuldades de cada caso. Aceite-se, embora sempre sem o pessimismo com que foi formulada, a ressalva de que a estrita fidelidade dos julgamentos à vontade concreta do direito é problemática e aleatória, porque dependente de muitos fatores quase imponderáveis.¹¹⁵

Mas esses desvios e distorções não devem influir na determinação daquilo que se almeja e espera do processo e da espécie de relação que ele há de desenvolver com o direito objetivo material dentro do sistema jurídico global do país: sua fidelidade aos desígnios do direito objetivo é um valor em si mesma, na medida em que nas disposições jurídico-substanciais reside a projeção das escolhas políticas e sociais da nação, resumidas com vista à solução geral dos casos concretos. A independência intelectual do juiz não autoriza o arbítrio e a lei é limitativa das escolhas do juiz, como fase de um afunilamento que parte da Constituição e que ainda é menos estreito quando passa pela fase da legislação.¹¹⁶ (o juiz não é legislador e a sentença não é *lex specialis*).¹¹⁷ A positivação do poder em casos concretos, representada pela atividade jurisdicional, é um ato, político, destinado à preservação de valores pelos quais opta o Estado sem a participação do juiz enquanto tal.¹¹⁸ Assim como a política tem seus *fins jurídicos*,

115. Negar a verdade como objetivo do processo e dizer que a certeza não pode ser exigida como pressuposto dos julgamentos, sob pena de inviabilizá-los (*infra*, n. 33), não significa renunciar à busca da verdade, nem ao ideal de fidelidade aos fatos reais e, portanto, à vontade concreta do direito (*cfr.* Baur, "Transformações do processo civil em nosso tempo", p. 63).

116. São idéias que vêm da *Reine Rechtslehre*, mas cuja aceitação não implica alinhamento ao positivismo jurídico de Kelsen. Em linguagem metajurídica, dir-se-á que, quanto mais próximo do concreto se situa uma decisão, menor é a *complexidade* de que ela encontra diante de si, ou seja, menor o leque de alternativas.

117. *Cfr.* Cappelletti, *Giudici legislatori?*, n. 11, pp. 63 ss.

118. Em outras palavras: opções legislativas, antes das opções judiciais. É claro que, como cidadão, o juiz há de participar de alguma forma daquele processo decisório no plano legislativo, ao menos mediante o voto (mas também levando aos centros de poder as sugestões de sua experiência qualificada: *cfr.* Dinamarco, *promessa, passim*). Exemplo significativo foi a participação de magistrados paulistas, representando a sua Associação, na comissão que redigiu o anteprojeto que se converteu na Lei das Pequenas Causas (lei n. 7.244, de 7.11.1984).

há também os *fins políticos do direito*,¹¹⁹ aos quais o processo há de servir com fidelidade. O direito mesmo é instrumento da política e isso serve para pôr em destaque algo que não é usual, ou seja, que o próprio escopo jurídico de atuação da vontade concreta do direito, sendo embora primordialmente um *escopo técnico*,¹²⁰ imediatamente acaba voltando-se aos valores fundamentais da sociedade política e com isso deixa de ter relevância só jurídica. O culto racional à legalidade constitui, portanto, substancialmente, culto a esses valores tais como escolhidos e escalonados pelos agentes do poder investidos dessa competência,¹²¹ e isso explica por que, em variados pontos da disciplina técnica do processo, encontram-se soluções pouco aderentes à estrita finalidade jurídica, a qual como que se dilui e perde em importância diante do peso dos grandes objetivos que o próprio direito material é chamado a realizar.¹²²

29.1 críticas e confrontos

A insuficiência da perspectiva jurídica nas investigações teleológicas do sistema processual é reflexo da pobreza da visão puramente jurídica do próprio direito. O *processo em função do direito* constituiu uma postura quase tão acanhada quanto a que encara o *direito pelo direito*. Em ambas, afinal, tem-se somente a visão jurídica... do

119. Não é pacífica a tese da existência de fins jurídicos da política e fins políticos do direito. No que respeita à observação feita pelo processualista (que é jurista), basta ter por certo que o direito assume para si certos objetivos maturados e conformados na política. Néstor Pedro Sagüés entende que, no mesmo momento em que o direito assume a tarefa de dar efetividade a valores políticos; nesse mesmo momento “estes últimos se introduzem no catálogo dos valores do direito” (*cf. Mundo jurídico y mundo político*, pp. 216-217). Mesmo que assim seja e, no momento em que o direito os atua, os valores políticos já sejam também valores jurídicos, a instrumentalidade do direito à política não fica negada (*v. supra*, nn. 2-3). Criteriosa é a manifestação de José Eduardo Faria: “o conceito de justiça não pode ser tratado como uma questão fechada; somente terá algum significado dentro do contexto da política, uma vez que a nomogênese jurídica resulta da interação e cooperação de todos os elementos vitais da comunidade” (*Poder e legitimidade*, p. 16).

120. *Cf.* Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, II, p. 348.

121. *Cf.* Zanzucchi, *Direito processual civil*, p. 7. O jurídico reflete o político, na medida em que a lei e as sentenças forem fiéis aos valores políticos da nação.

122. Não fosse assim, o processo seria instrumento só técnico, o que vem sendo negado ao longo de todo este trabalho.

direito.¹²³ Mesmo colocados fundamentalmente no plano jurídico, contudo, os estudos constitucionais do processo foram capazes de descortinar novos horizontes para a ciência processual, despertando curiosidades quanto às implicações sociais e políticas do sistema. Grande marco significativo dessa tendência foi a enérgica afirmação do processo como *instrumento ético* e não meramente técnico.¹²⁴

Das teorias que disputam primazia na definição do escopo (jurídico) da jurisdição, a que mais se expõe a essa censura é justamente essa referida à atuação da vontade concreta da lei. Tem seu valor e é tecnicamente correta, em face do modo-de-ser do direito substancial e do ordenamento jurídico. Sem interligações com o social e o político, contudo, e pretendendo isolar-se como indicadora do escopo (supostamente único) do sistema processual, ela traz a marca de uma profunda *indiferença político-social*, que a comprometeria não fora o que agora se vai começando a ver em outros planos (escopos sociais e políticos). Assim concebida, mereceu a acusação de não oferecer “proteção alguma contra um abuso político do processo civil”,¹²⁵ mais grave ainda, disse-se que essa colocação serviu efetivamente de instrumento a regimes autoritários, nas experiências políticas européias da primeira metade deste século.¹²⁶ Mereceria também que dela se dissesse que corresponde a “uma concepção puramente formal do direito”, em que “se há ou não injustiça, isso fica em plano secundário, interessando apenas a obediência aos preceitos que são formalmente jurídicos”.¹²⁷

Da mesma insuficiência social e política não padece a teoria que com essa se defronta. Trata-se da indicação da *justa composição da*

123. Carnacini fala em *dois planos* na análise jurídica, mas ambos são jurídicos: “já é tempo de passar, do plano da tutela jurídica dos interesses materiais realizada pela via do processo civil, para o relativo à estrutura deste” (*cf.* “Tutela giurisdizionale e tecnica del processo”, n. 16, p. 757). Está a postular, em outras palavras, a manutenção da tradicional postura jurídica. O que aqui se pretende, na linha metodológica avançada que tem em Mauro Cappelletti o principal arauto e na Escola processual de Florença a sua sede, é justamente transcender o jurídico e ir às bases sociais e políticas do direito processual.

124. Ainda Cappelletti (*Processo e ideologie*, logo à abertura da “promessa”: p. VII e *passim*).

125. *Cf.* Habscheid, “As bases do direito processual civil”, n. 2, b, esp. p. 123.

126. *Cf.* Denti, *Processo civile e giustizia sociale*, p. 17. *V. supra*, nn. 2, 3, 21, 24.

127. Palavras de Dallari, *Elementos de teoria geral do Estado*, n. 50, p. 93.

lide como escopo da jurisdição. Essa teoria não deixou de ser jurídica, para ser sociológica, muito embora a *lide*, conceito e elemento em volta do qual gira todo o sistema proposto, seja em si mesmo um dado sociológico muito mais do que jurídico.¹²⁸ *Compor a lide*, ou seja, ditar a disciplina jurídica que concretamente a resolve, é uma tarefa puramente jurídica.¹²⁹ Mas vem da vida em relação o *conflicto de interesses* que constitui a substância da lide e a *resistência à pretensão* que a qualifica e lhe confere concreta relevância. Além disso, a adjetivação *justa (justa composição)* traz em si uma carga de preocupação ética pelos resultados do processo, o que aliás constitui coerente reflexo da proposta do método teleológico no trato do sistema processual.¹³⁰

O que torna inaceitável esse pensamento são as grandes premissas metodológicas de que ele parte, ou seja, a suposta insuficiência do ordenamento jurídico substancial a gerar direitos e obrigações,¹³¹ mais a falsa afirmação da onipresença da lide. É um sistema de bases profundamente privatistas, inconscientemente ligadas a pressupostos pandectistas do direito processual e à crença de que a jurisdição seja sempre e invariavelmente uma atividade secundária; sem consi-

128. As teses fundamentais de Carnelutti têm "um marcado sabor sociológico", diz Barrios de Angelis (*Introducción al estudio del proceso*, n. 5.5.2, esp. p. 52 - e isso é do entendimento geral, a partir da notória crítica de Calamandrei); mas o processualista uruguia disse também que "Carnelutti se mostrou partidário de um *realismo* que não chegou ao estudo sociológico sistemático, limitando-se a preconizar a união das abstrações e a vida judicial".

129. *Cf.* Carnelutti, "La sentenza condizionale". Ele sustenta a inaptidão das normas jurídico-materiais para estabelecer desde logo, ao suceder dos fatos, a regra jurídica concreta destinada a disciplina das consequências desses fatos. A sentença é que *torna concreto ou particular* o preceito abstrato ou genérico contido na norma legal: é um *arco*, que só se fecha em *círculo* quando houver o comando complementar; e isso é que significa, na linguagem *carneluttiana*, *compor a lide*. *Compor* não está ali, como poderia parecer, por *pacificar* ou *solucionar*.

130. *Cf.* Carnelutti, *Metodologia del diritto, passim*; "Il diritto come antiteologia", *passim*; "Nuove riflessioni intorno al metodo", com críticas ao "antiteologismo" ("um dos aspectos da afirmação da ciência exata na história do pensamento"). É preciso adotar, para cada ciência (ou grupos de ciências), o método que seja adequado ao seu objeto - disse Voegelin ao ressaltar que a atitude positivista despreza certas "verdades elementares" e por isso sustenta método inadequado; "*um homem educado* não deve esperar exatidão de tipo matemático em um tratado sobre política" (*Cf. A nova ciência da política*, p. 19)...; nem nos estudos de direito processual.

131. V. *supra*, n. 5.

derar a problemática da suficiência ou insuficiência do ordenamento jurídico, o sistema centrado na lide como pólo metodológico fundamental seria aplicável somente às relações de direito privado caracterizadas por direitos disponíveis (objetiva e subjetivamente).¹³² Há situações em que o processo se justifica independentemente de qualquer consideração acerca de eventual resistência à pretensão (elemento formal da lide), como nas ações de nulidade de casamento ou perda do pátrio-poder. Em outras, falece o próprio elemento substancial da lide, ou seja, o conflito de interesses definido como incompatibilidade entre a relação de utilidade do mesmo bem com mais de uma pessoa: é o que se tem nos processos criminais por ação pública, não se considerando boa para o Estado a imposição de pena a indivíduo que não seja culpado e, portanto, só tendo ele interesse na imposição da pena quando o acusado efetivamente a merecer (e, não-obstante, o processo se faz e se justifica mesmo antes da certeza quanto à realidade jurídico-substancial do caso). Essa colocação criticada prende-se, também, a uma postura metodológica viciada e consistente em ver no âmbito da jurisdição somente o processo de reconhecimento e o *executivo não*; quanto a este, não tem o menor sentido falar em *composição* da lide, no sentido jurídico em que esse vocábulo é tomado.¹³³

Ora, o que há de correto nessa insinuante doutrina chegou a ponto de impor-se mesmo a seguidores da oposta e levá-los a tentar uma conciliação entre os dois pensamentos. Elas se repelem radicalmente, todavia, como azeite e água que jamais se misturam - e isso por conta das premissas metodológicas diametralmente opostas de que partem. Não-obstante, conhecem-se diversas tentativas de conciliar o inconciliável, como na indicação do escopo da jurisdição mediante

132. De pertinência as observações de Galeno Lacerda, em aula proferida durante o curso de "Estudo crítico de teoria geral do processo" (São Paulo, 2ª semestre de 1978). *Cf.* ainda Barbosa Moreira ("Tendências contemporâneas do direito processual civil", n. 3, pp. 40 ss.), ressaltando que a linha evolutiva converge, hoje, para soluções de maior dimensão social, seja pelo teor das decisões, seja pela abrangência subjetiva, seja franqueando o processo a número maior de pessoas (acesso à Justiça); com essa vibração publicista e solidarista, não se compadece o privatismo individualista da teoria centrada na lide.

133. V. *supra*, nota 129 (por isso, Carnelutti não esteve coerente com o seu método e os seus conceitos, quando passou a afirmar a integração das atividades executivas na jurisdição).

descontinuidade acentuada com a que a precedeu";¹³⁹ e a observação fenomenológica dos novos fatos, relações, necessidades e angústias do tempo presente mostra que em tempos assim acaba por chegar a graus mais sensíveis a "tensão entre a norma e a realidade".¹⁴⁰

Nesse quadro de descompassos, especialmente notando-se que as tendências solidaristas inerentes ao Estado social tornam inadequadas as soluções individualistas contidas na lei, é preciso então dar à fórmula *atuação da vontade concreta* a desejável interpretação dinâmica; o *concreto* deixa de identificar-se com o "individual" e não há de passar, portanto, a níveis tais de redução da realidade, que invariavelmente só mesmo direitos e interesses de uma pessoa só e particularizados em uma concreta situação jurídica só, possam ser objeto da atuação jurisdicional. Como muito sugestivamente se disse, ao trato *atômico* das relações jurídicas os novos estilos de vida e sociedade exigem que suceda o seu tratamento *molecular*.¹⁴¹ Constituem vigorosa afirmação dessa diretriz imposta ao direito processual pelo atual modo de ser da vida em sociedade, onde se multiplicam os problemas comuns, as quebras da ortodoxia processual segundo a lei posta, que foram observadas em pesquisa levada a efeito a partir de invasões urbanas ocorridas no Grande Recife: teve-se o *Código de Processo Civil em questão*, no sentido de que, para o tratamento *molecular* das gravíssimas situações sociais criadas, era preciso adaptar seus dispositivos de conformação individualista, aos fenômenos processuais coletivos que então surgiram.¹⁴² Outra manifestação expressiva é a *tendência generalizada à ampliação da legitimidade ad causam* ativa, de modo que com mais agilidade o Poder Judiciário possa po-

139. E daí "a crise de autoridade e de legitimidade por que passa o mundo contemporâneo" (Faria, *Poder e legitimidade*, p. 15).

140. Cfr. Faria, *op. cit.*, p. 42. E é nesse contexto que há de ser vista a gravíssima problemática social das invasões urbanas, conformando-se o sistema jurídico positivado com a inserção do *direito inoficial*, portador de soluções casuísticas angustiosamente conquistadas (cfr. Tércio Sampaio Ferraz Jr., "O oficial e o inoficial", esp. n. 4, pp. 111 ss.).

141. Cfr. Watanabe, palavras ditas em conferências.

142. Cfr. Joaquim Falcão, "Justiça social e justiça legal", IV, pp. 87 ss. (questões sobre a legitimidade das partes, os prazos processuais e, em geral sobre o modo de ser do processo diante das situações excepcionabilíssimas que os casos apresentaram); nos casos considerados, pôs-se de modo muito crítico o dilema entre "a submissão do homem à técnica, ou a humanização desta" (Gelsi Bidart, *Processo y época de cambio*, I, p. 423 — cfr. *infra*, n. 36.2).

sustivar soluções mediante uma só atividade envolvendo toda uma comunidade de pessoas ligadas por interesses comuns (interesses coletivos, legitimação de associações, *class actions*); ou de modo a tornar possível a proteção, antes negada, a interesses que não se polarizam ou individualizam em nenhuma pessoa, justamente por pertencerem a todos (interesses difusos, ação civil pública).

Entende-se pois que a vontade concreta *do direito*, referida na fórmula em exame, não é necessariamente vontade da lei para a solução de conflito envolvendo estritamente dois antagonistas perfeitamente personalizados e individualizados, em uma situação jurídica reduzida à singularidade. O verdadeiro sentido atual da fórmula precisa ser descoberto através dessa observação do social agindo sobre o jurídico, gerando a inextinguibilidade da agilização e universalização da Justiça.¹⁴³ Feito esse desconto, o acerto da fórmula reside em primeiro lugar no repúdio às idéias da teoria unitária do ordenamento jurídico; e a aparente inadequação às exigências sócio-jurídicas do tempo, superáveis mediante a interpretação dinâmica proposta, não lhe é peculiar mas inerente à visão puramente jurídica do sistema processual (a *justa composição da lide* é também algo estritamente individualista, agravado pelo privatismo que revela). Depois, a alusão ao *concreto* contém também em si a advertência para a realidade do exercício fragmentário da jurisdição, o qual, se não há de fechar-se no exagero da orientação *atômica*, por outro lado é inadequado para as soluções tão genéricas quanto a lei e abstratas a ponto de perderem qualquer referibilidade a pessoas, fatos e circunstâncias da vida real.¹⁴⁴

143. A realidade das relações jurídicas pluri-individuais exerce pressão no sentido de se lhes ofertarem vias processuais compatíveis com o seu próprio modo de ser.

144. Cfr. Súmula 239 STF: "decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores". Tal é uma inerência do sistema processual tradicional, de marca profundamente *singularista*, em que cada processo só se destina a produzir efeitos rigorosamente limitados ao caso concreto *in judicium deductum*. Por isso é que a coisa julgada não vincula terceiros (art. 472), circunscreve-se à causa posta em julgamento em sua triplice identidade (art. 300, §§ 1º a 3º) e não abrange a motivação (art. 469, incs. I e II); limites subjetivos e objetivos da *res judicata*, herdados dos romanos. Falta ainda a disciplina técnico-processual adequada à *molecularização* das decisões, mas todo o sistema exerce pressão nesse sentido, seja pela coletivização da própria vida e dos interesses das pessoas (difusos, coletivos, individuais homogêneos), seja pelas inovações coletivizantes apresentadas na própria ordem jurídico-positiva. E pensar

30. escopo jurídico e técnica processual

Dos escopos do processo, o jurídico é que, justamente por ser *prima facie* técnico, mais se presta a considerações de ordem técnica e mais influências projeta sobre a técnica processual. Isso não significa reconhecer ou pressupor a natureza exclusivamente técnica do processo, como instrumento sem conotações éticas ou deontológicas e desligado da escala axiológica da nação e do Estado. Ele é instrumento e é técnico, mas pelo canal da sua instrumentalidade jurídica social e política recebe os influxos do clima cultural que o envolve, tanto como o direito substancial.¹⁴⁵ O que se põe em destaque é que, voltado o sistema processual à preservação dos preceitos concretos do direito objetivo e estando este positivado em forma abstrata na lei escrita, o legislador do processo e o seu usuário (doutor in inclusive) têm maior facilidade em distinguir os caminhos que poderão com mais autenticidade conduzir a resultados juridicamente corretos. O legislador e o juiz têm muito mais consciência do escopo jurídico do processo do que dos seus propósitos sociais ou políticos. Daí o grande apuro técnico por que tem passado o direito processual (especialmente o processual civil), sempre porém muito mais endereçado à precisa realização prática do direito material do que à pacificação social.¹⁴⁶

(a) no mandato de segurança coletivo (Const., art. 5º, inc. LXX), (b) na ampla legitimação das entidades associativas e sindicatos (art. 5º, inc. XXI), (c) na legitimação de entidades representativas para a ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), (d) na ação civil pública em prol do meio ambiente e outros valores (Const., art. 129, inc. III; art. 216 e art. 225; lei n. 7.347, de 24.7.1985), (e) nas ações coletivas em defesa do consumidor (Cód. cons., arts. 91 ss.), (f) na ação civil pública de proteção aos menores e adolescentes (arts. 141 ss.). Nesse quadro, falta pouco para se tomar consciência de que já não temos aquele sistema *singularista* de feição romana, consagrado no Código de Processo Civil. É chegado, pois, o momento de repensar a Súmula 239 na busca de meios técnico-processuais para mais um passo direcionado à *universalização da jurisdição, molecularizando* os serviços jurisdicionais de modo a otimizar-lhes a capacidade de cumprir de modo mais efetivo o objetivo social de pacificar.

145. A instrumentalidade é a *porta-mestra* para o ingresso de valores no sistema processual (cfr. Cappelletti, *Processo e ideologie*, p. 6; v. *supra*, n. 1).

146. Da parte dos juízes, essa é uma postura burocrática, favorecida em parte, no Brasil, pela excessiva profissionalização da Magistratura (cfr. Watanabe, "Filosofia e características do Juizado especial de pequenas causas", n. 6, esp. p. 7). A "desprofissionalização" é tema atual entre os processualistas modernos, preocupados com quem julga e não só com a técnica do modo do julgamento (a propósito, cfr. Denti-

por esse aspecto, merece atenção também o fato de que mesmo dois institutos fundamentais, que pertencem à ordem processual mas preexistem ao processo e sobrepõem a ele — a jurisdição e a ação¹⁴⁷ — tradicionalmente vinham sendo estudados e foram notavelmente bem explicados, sempre no plano da técnica processual. São praticamente de hoje as preocupações sobre a ação como garantia que constitui projeção do Estado-de-direito e não mero instrumento técnico (imamente, concreto ou abstrato) para a ativação do processo;¹⁴⁸ as construções acerca da ação tiveram origem, aliás, no direito privado e a ele durante muitos séculos se pensou que pertencesse. Sobre a jurisdição, também preponderam os exames do ponto-de-vista técnico, seja para demonstrar a sua inércia, seja para distingui-la das demais funções ou *poderes* do Estado, seja para afirmar que o seu exercício está dividido entre os órgãos jurisdicionais do país (competência, medida da jurisdição).

Vigoriti, "La conciliazione comme moyen d'éviter le procès", n. 10, c: denunciam uma "insatisfação sempre crescente" e uma "atitude cada vez mais crítica contra o *profissionalismo jurídico*", além de uma "tomada de consciência dos indivíduos que desejam recuperar o sentido de 'comunidade', atribuindo então, a cada um, um papel mais ativo nas decisões que dizem respeito ao seu modo de vida". A Lei dos Juizados Especiais, abrindo espaço para a participação comunitária (juízes leigos, conciliadores, árbitros), alinha-se com as mais modernas tendências, expressas na voz autorizada de Cappelletti: "a constatada exigência de um tal juiz ou *ombudsman*, de vizinhança, com encargos de conciliação, mediação e informação, mais do que de verdadeiro juízo" (cfr. "Giudici laici: alcune ragioni attuali per una loro maggiore utilizzazione in Italia", III, p. 710). Cfr. ainda Cappelletti, "Giudici non professionali: una nota critica sul dibattito in Italia", insistindo na idéia do *juiz de vizinhança* e alvitrando iniciativas experimentais para a futura implantação (esp. p. 9). A proposta de Vigoriti, já referida antes, é também no sentido da recepção do sistema de juízes honorários, eleitos (cfr. "A favore del giudice onorario elettivo", *passim*).

147. *Jurisdição*, manifestação do poder estatal (fenômeno antes de tudo político). Ação (civil), garantia constitucional que constitui inerência do Estado-de-direito (ligação à ordem político-constitucional). Cfr. em outros tempos, disse-se que "a teoria do processo civil vive... essencialmente de crédito. O conceito de ação lhe é oferecido em empréstimo pelo direito civil, o de jurisdição pelo direito constitucional" (Degenkolb, *apud* Liebman, *Manual*, I, n. 20, nota 3, esp. p. 64 trad.). Escrevendo sobre "o direito à jurisdição antes do processo", Horacio D. Rosatti definiu o *direito à jurisdição* como um *suposto do processo*, cronologicamente precedente a ele e que continua na sua pendência, até a obtenção da sentença firme (cfr. *El derecho a la jurisdicción antes del proceso*, esp. pp. 29, 31); a anterioridade considerada é cronológica (p. 29) e o *direito à jurisdição* equivale à garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional.

148. Ação civil: a penal não tem esse significado.

Quando se passa ao exame da “estrutura interna do processo”,¹⁴⁹ mais se acentua a conotação técnica dos endereçamentos, ou seja, a preocupação de aperfeiçoar a engrenagem em si mesma, vista do ângulo interno e sem alusões ao mundo exterior. Já pela metade do século XIX, foram enunciados os *princípios informativos* do direito processual, de que se fala até hoje (lógico, jurídico, político, econômico).¹⁵⁰ Na fórmula “escolha dos meios mais seguros e expeditos para buscar e descobrir a verdade e evitar o erro”¹⁵¹ (princípio lógico), reside verdadeira exaltação ao aprimoramento técnico, seja da parte do legislador, seja na interpretação das regras processuais e na prática do processo. Depois, tendo-se o princípio dispositivo como autêntica regra de ordem técnica, justificada primordialmente pela preocupação por preservar a imparcialidade do juiz, ainda aí continuou essa postura,¹⁵² a oposição entre a *Untersuchungsmaxime* e a *Verhandlungsmaxime* foi posta em termos endoprocessuais

149. Alvitre de Carnacini, “Tutela giurisdizionale e tecnica del processo”, n. 19, que reivindica exclusivamente para esse plano o exame dos princípios dispositivo e inquisitório (p. 768). Liebman não se mostra infenso a considerar o princípio dispositivo um *princípio técnico*, só acrescentando que essa qualificação não dá a necessária explicação completa; energeticamente, associa-o ao dever de *imparcialidade* do juiz (cfr. “Il fondamento del principio dispositivo”, nn. 3 ss., pp. 5 ss.), mas não leva em conta a sua justificação associada ao *escopo social* de pacificação, para equilíbrio do sistema, como neste trabalho se alvitra (*supra*, n. 23; *infra*, n. 31).

150. Cfr. Chiovenda, “Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno”, n. 2, p. 383 (conferência em Nápoles, 11.3.1906), referindo Mancini; ainda *Principii*, § 4º, VI, esp. p. 133; Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, n. 77, esp. p. 201 (sempre sobre os princípios informativos), bem como o substancioso estudo de Mendonça Lima, “Os princípios informativos no Código de Processo Civil”, *passim*. É clássica a obra de Robert Wyness Millar, *The formative principles of civil procedure*; na tradução argentina, o apresentador, que foi Eduardo J. Couture, destacou: “o autor deste livro não faz dogmática nem lógica jurídica. Seu plano de realização é a técnica ou, se se preferir, em um sentido muito mais penetrante, a política processual” (*prólogo*, p. 11 trad.). O trabalho é verdadeiramente posto em termos de técnica (“bilateralidade da audiência”, impulso processual, prova formal e prova racional, oralidade e escritura, etc.) e o vocábulo *política*, empregado pelo professor uruguaio, não tem a conotação que aqui se lhe empresta (v. *supra*, n. 10, n. 24).

151. Cfr. Chiovenda, *Principii*, § 4º, VI, esp. p. 133; Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, n. 17, p. 57.

152. V. *supra*, nota 149.

e portanto técnicos, assim prosseguindo as especulações acerca da distinção entre a segunda e a *Dispositionsmaxime*.¹⁵³

O zelo por não errar nos julgamentos, especialmente em matéria de fato, é uma característica marcante dessa postura tradicional, herdeira de um culto exagerado à *verdade* e à *certeza*. É claro que, para a autenticidade das decisões à vontade concreta da lei, que resulta da ocorrência de fatos delineados no modelo abstrato, é preciso que elas se apoiem na perfeita informação sobre o *segmento da História*.¹⁵⁴ É relevante em cada caso. Daí a importância da *prova*, que em cada caso é tão importante quanto seja a questão de fato a ser deslinhada.¹⁵⁵ E, com a evolução social experimentada ao longo dos séculos (especialmente a partir da Revolução Francesa) e mais o grande progresso da ciência, a prova experimentou extraordinário aperfeiçoamento jurídico e técnico, seja afastando-se de preconceitos e racionalizando-se, seja aproveitando recursos antes não conhecidos. Mesmo assim, nem sempre é possível, em cada caso, representar com clareza ao espírito do juiz os fatos que ele haveria de levar em consideração ao julgar.¹⁵⁶ A técnica processual desenvolveu então a disciplina do *ônus da prova* e regra de julgamento (*ônus objetivo da*

153. Cfr. Carnacini, *op. loc. cit.*; mas os temas transcendem à técnica processual e têm muito a ver com a política e com a infra-estrutura social do direito e do processo (v. *supra*, esp. n. 3).

154. Os fatos afirmados constituem o resultado de um corte feito no fluxo contínuo da História, para o isolamento dos pontos de interesse: são os “eventos da vida” (Lent, “Contributo alla dottrina dell’oggetto del processo”, pp. 464-466), ou “episódios da vida” (Tarzia, “Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno all’oggetto del processo”, p. 268), ou “estado de coisas” (= acontecimentos históricos: cfr. Schwab, *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*, pp. 39-48).

155. Embora não lhe sobre espaço entre os *institutos fundamentais do direito processual* (já que os quatro usualmente indicados fornecem a explicação global endo-sistemática de toda a teoria do processo), a prova ocupa posição de extraordinária grandeza no sistema, pois dela depende o correto exercício da jurisdição (fidelidade à vontade concreta do direito) e sem ela a garantia de ação e o *jus exceptionis* careceriam de conteúdo substancial. Daí a alusão a um *direito à prova* (Liebman), e a um *direito probatório* (Sentis Melendo, *La prueba – los grandes temas del derecho probatorio*).

156. É própria de todos os juízos históricos uma margem de risco, porque “estamos no terreno da convicção subjetiva, da certeza meramente psicológica, não da certeza lógica” (cfr. Liebman, *Manuale*, II, n. 164, esp. p. 71); sobre “certeza, probabilidade e risco” na vida do processo, v. mais amplamente *infra*, n. 33.

prova),¹⁵⁷ com que se bane o *non liquet* e impede-se o fracasso total do processo de conhecimento. Mas, enquanto mantida essa postura de extremo apego à verdade e à certeza, todo esse aprimoramento técnico do processo corresponde a uma introspecção do sistema, que é posto a viver por si próprio sem indagar por que, como e em quais casos vale a pena ser assim.¹⁵⁸ A disposição de meios para a segura descoberta da verdade (princípio lógico) tem valor relativo, que se evidencia quando se pensa que a verdade não é em si um objetivo processual: a descoberta da verdade é somente um meio para conseguir a desejada autenticidade ao direito substancial e, afinal, a justiça nas decisões.¹⁵⁹

A concentração das atenções sobre o objetivo jurídico do sistema processual, ou seja, sobre seu caráter instrumental ao direito material objetivo (deixando na sombra a relevância social e política do processo) é, por outro lado, responsável pelo imobilismo do sistema, que nasceu sob o signo do individualismo e ao longo de dois milênios continua até hoje aferrado a técnicas individualistas incompatíveis com o palpatar solidarista dos tempos. Tem-se, com isso, na marca da formação do processo, a regra da *legitimidade ad causam individual*, só excepcionada em casos raros, de direito estrito; no ponto de terminação do processo de conhecimento, a eficácia direta da sentença de mérito atingindo somente as partes do processo e a autoridade da coisa julgada subjetivamente limitada a elas. E têm-se, ao longo de todo o arco dos diferentes procedimentos, critérios e disposições que pressupõem o envolvimento de indivíduos e não de categorias.¹⁶⁰ São reflexos não só desse modo estritamente jurídi-

157. V. *supra*, n. 28.4, nota 94.

158. Cf. ainda Lafer, *O Brasil e a crise mundial*, n. 19: ao exame do processo pelo ângulo interno com investigações sobre *como* ele é feito, some-se a perspectiva externa, que nos permitirá perceber *para que* ele *deve* ser feito. E sempre, como ao longo deste estudo vem sendo sustentado, uma questão de eleição de perspectivas adequadas.

159. V. *infra*, n. 33 (e adiante-se: se a busca da verdade fosse objetivo processual autônomo, seria uma frustração toda a faina para chegar a ela e depois, findo o processo, a *verdade dos fatos* não ficaria imunizada de novos questionamentos: CPC, art. 469, inc. II).

160. É o processo individualista, que herdamos e praticamos. A legitimidade exclusivamente individual (CPC, art. 6º) começou a ser posta em crise no Brasil, com algum atraso, quando a Lei da Ação Civil (art. 5º) conferiu legitimidade às associações representativas. E Kazuo Watanabe vinha sustentando que mesmo em face

co de ver a ordem processual instrumentalmente conexa à substancial, como também da tradicional interpretação individualista dessa própria instrumentalidade; sua interpretação evolutiva, associada à abertura do leque dos escopos do processo na área social e na política, são fatores capazes de contribuir eficazmente para a correção desses rumos e correta teorização das novas tendências.¹⁶¹

do art. 6º do Código de Processo Civil é admissível ter-se uma legitimação por categoria, considerando que todo interesse *difuso* é também interesse de cada um e a parcela de titularidade do interesse basta para a legitimação; maior poder de reação às inovações tem a nossa mentalidade viciada nos velhos padrões herdados, do que o próprio texto da lei (cf. Watanabe, "Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimidade para agir", esp. pp. 87-89). Quanto ao modo de ser do processo, os litígios em torno das invasões urbanas no Grande Recife trouxeram uma série de sugestões à reflexão do processualista, sobre modo de realizar citações extremamente dificultadas, sobre alargamentos discricionários de prazos, significado da exigência legal de publicidade, etc. Discorrendo sobre toda essa problemática, Joaquim Falcão pôs em destaque ainda a eficácia das sentenças além dos limites dos invasores chamados ao litígio (cf. "Justiça social e justiça legal", esp. pp. 87 ss.).

161. A própria definição do processo, como procedimento e relação jurídica processual, corresponde a uma visão técnico-jurídica. Por isso é que a tendência, hoje, é inserir no conceito o elemento político representado pelo contraditório, que é portador das idéias de atração do processo aos seus objetivos extrajurídicos (v. *supra*, n. 16).