

TESES, ESTUDOS E
PARECERES DE PROCESSO CIVIL

de

JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA

Volume 1

Direito de ação
Partes e terceiros
Processo e política

Volume 2

Jurisdição e competência
Sentença e coisa julgada
Recursos e processos de competência
originária dos Tribunais

Volume 3

Jurisdição constitucional das liberdades
e garantias constitucionais do processo
Execução
Processo cautelar
Outros estudos

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Mesquita, José Ignacio Botelho de

Teses, estudos e pareceres de processo civil, volume 1: direito de ação, partes e terceiros, processo e política / José Ignacio Botelho de Mesquita ; apresentação José Rogério Cruz e Tucci, Walter Piva Rodrigues, Paulo Henrique dos Santos Lucon. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005.

Bibliografia.

ISBN 85-203-2738-9

I. Processo civil 2. Processo civil – Brasil I. Tucci, José Rogério Cruz e. II. Rodrigues, Walter Piva. III. Lucon, Paulo Henrique dos Santos. IV. Título. V. Título : Direito de ação, partes e terceiros, processo e política.

05-3680

CDU-347.9

Índices para catálogo sistemático: I. Processo civil : Direito civil 347.9

JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA

TESES, ESTUDOS E
PARECERES DE PROCESSO CIVIL

Volume 1

DIREITO DE AÇÃO
PARTES E TERCEIROS
PROCESSO E POLÍTICA

Apresentação

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI
WALTER PIVA RODRIGUES
PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

resultado favorece à corrupção interna da própria instituição, o desvio de suas finalidades constitucionais.

As restrições ao devido processo legal e ao princípio da legalidade levam ao aprofundamento e não à solução da crise em que se debate o Poder Judiciário.

O de que o Poder Judiciário carece urgentemente é de recursos materiais e humanos para atender devidamente à demanda de seus serviços. E só irá obtê-los quando conseguir ampliar a margem de confiabilidade nos seus juízos, o que depende, isso sim, de um processo que assegure, antes que tudo, a certeza da fidelidade de suas decisões ao direito posto e à verdade dos fatos.

E neste sentido, e só nele, que o processo pode contribuir para restaurar a autoridade das sentenças e do próprio Poder Judiciário.

Decisões rápidas se obtém adequando-se o número de juízes ao número das causas. E isto deve ser pago com recursos econômicos, não com o direito dos outros. Juízes exaustos, em primeira instância, ou juiz único, o Relator, nas instâncias superiores, em correria, não projetarão perante o povo a imagem do novo juiz, pelo qual tantos, há tanto tempo, estão esperando.

10

AS NOVAS TENDÊNCIAS DO DIREITO PROCESSUAL: UMA CONTRIBUIÇÃO PARA O SEU REEXAME¹

SUMÁRIO: § 1.º Introdução: § 2.º A jurisdição e a jurisdição voluntária: § 3.º O juiz e a lei. Processo e ideologia: § 4.º A reforma processual: § 5.º Novas reflexões sobre os objetivos da reforma: § 6.º Conclusão.

§ 1.º Introdução

1. Objeto destas reflexões é o direito processual considerado sob uma perspectiva temporal, que permita ao observador entender as mudanças pelas quais está passando e possibilite distinguir as forças que as têm impulsionado, de modo a permitir uma nova reflexão sobre os rumos para os quais o processo civil se está dirigindo, ou está sendo dirigido.

As mutações que se observam no processo podem agrupar-se, a meu ver, em duas grandes categorias. A primeira é as das alterações necessárias a que o processo se aperfeiçoe enquanto instrumento para a realização de um fim determinado, sem que este fim em si mesmo seja alterado. Vamos chamá-las de mutações *técnicas*. A segunda é a das mutações que se tornam necessárias em razão de se haver alterado o fim que por meio do processo se visa a atingir. A essas mutações, daria a designação de mutações *políticas*.

Exemplo de mutações *técnicas* tem-se nas alterações introduzidas pelo Código de Processo Civil de 1973 no processo regido pelo Código de 1939. Ainda que tenha variado, e muito, o contexto político, em que cada

¹ As novas tendências do direito processual: Uma contribuição para o seu reexame, *Revista Forense* 361/47, maio a junho de 2002.

um desses Códigos foi projetado e transformado em lei, não houve grande variação, nesse período, quanto à definição do escopo do processo, dos fins a que o processo deveria servir. Exemplificando, é o caso das alterações havidas quanto à disciplina da intervenção de terceiros ou dos limites objetivos da coisa julgada.

Mutações *políticas*, por sua vez, ocorrem quando, por exemplo, se deixa de considerar o processo como um instrumento a serviço da realização do direito e se passa a tê-lo como um instrumento para se coibir a violência, promover a pacificação social e divulgar no seio do povo o conhecimento do direito. O processo voltado para esses fins deve se ocupar, antes, com a conciliação entre os litigantes do que com a submissão dos fatos ao império da lei.

O presente estudo tem por objetivo contribuir para o melhor conhecimento das mutações *políticas* introduzidas no processo; ou seja daquelas que se tornam necessárias em face de uma nova definição dos fins do processo.

2. Esse estudo começa pelo conhecimento dos fins a que o processo pode servir e dos métodos de que historicamente se utiliza para a realização desses fins.

Os fins que por meio do processo se podem atingir, em relação aos quais o processo funciona como instrumento, se separam em duas categorias bastante distintas entre si, a que corresponde a divisão da jurisdição em jurisdição *contenciosa* e jurisdição *voluntária*, ambas regidas pelo Código de Processo Civil. Diz o artigo 1.º do Código de Processo Civil: "A jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juizes, em todo o território nacional, conforme as disposições que este Código estabelece".

3. A jurisdição contenciosa os alunos já a conhecem de longa data e não terão dificuldade em reconhecer o fim a que ela se destina. Ela tem por fim a transformação das situações de fato e das situações de direito para que se comportem do modo como está previsto na ordem jurídica.

A jurisdição voluntária, ao contrário, costuma ser uma grande desconhecida; e não só para os alunos, até porque nunca se pacificaram inteiramente os conceitos que se têm sobre ela. Os fins a que se destina a jurisdição voluntária são vários e não coincidentes – pelo menos não necessariamente coincidentes – com o da realização prática da ordem

jurídica. Este, possivelmente, é o ponto em que essas duas espécies de jurisdição mais se distanciam e pode ser observado com perfeita nitidez mediante a comparação entre o disposto nos artigos 126 e 1.109 do Código de Processo Civil.

O art. 126, referente à jurisdição contenciosa, dispõe: "O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide *caber-lhe-á aplicar as normas legais*. Não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito". Completa essa norma a do art. 127: "O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei".

Por sua vez, o art. 1.109, dispendo para a jurisdição voluntária, estatui: "O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; *não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita*, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna".

Essa enorme diferença no modo como o juiz se relaciona com a lei, em cada uma dessas espécies de jurisdição, está a indicar a diferença entre os fins a que está votado o processo num e noutra caso. E a tendência atual, senão do direito processual, pelo menos de grande parte dos processualistas, se está mostrando na inclinação de atribuir à jurisdição contenciosa os fins da jurisdição voluntária, tendendo a fazer com que aquela venha a ser absorvida por esta.

4. Por essa razão, o estudo que vamos empreender há de começar pela análise das peculiaridades da jurisdição voluntária, também chamada de jurisdição "graciosa" ou "*administrativa*". O passo seguinte consistirá em verificar, na história do direito processual, o *como* e o *porquê* se manifesta, em diferentes contextos sociais, políticos e econômicos, inclusive nos nossos, a tendência de absorção da jurisdição contenciosa pela jurisdição voluntária. Vamos verificar também qual a relação (se de compatibilidade ou incompatibilidade) dessa tendência com as garantias constitucionais do processo e quais os resultados a que tudo isto pode conduzir.

§ 2.º A jurisdição e a jurisdição voluntária

5. A jurisdição voluntária tem sido considerada usualmente sob uma perspectiva extremamente acanhada, que não dá a conhecer, de modo

algum, as suas reais dimensões, as suas verdadeiras proporções. Quando se fala em jurisdição voluntária, pensa-se de imediato numa jurisdição reduzida aos casos para os quais servem os procedimentos especiais previstos no Título II do Livro IV do Código de Processo Civil, artigos 1.113 a 1.210, incluindo matérias como a separação consensual, o registro de testamentos, a curatela de interditos e outras que tais.

É em relação a esta vertente do tema que se desenvolveu, por exemplo, o estudo de J. Frederico Marques, de 1952, intitulado *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*.² Como Guido Zanobini, conceituou a jurisdição voluntária como "administração pública do direito privado", significando uma limitação excepcional da autonomia e da liberdade próprias da vida privada, justificada pela possibilidade de ocorrer interferência ou perigo de conflito entre interesses privados e interesses públicos, situação "particularmente evidente no direito das pessoas e no de família".³

É atribuição que poderia ser conferida tanto a órgãos judiciais que a exerceriam a título de *atividade secundária* do Poder Judiciário, como a órgãos administrativos controlados pelo Poder Judiciário, ou a órgãos não dependentes desse Poder. Seus caracteres distintivos seriam, em síntese: a) a jurisdição voluntária seria administrativa quanto à *natureza*; b) seria judiciária quanto ao *órgão*; c) e seria preventiva e constitutiva quanto à *finalidade*; d) teria como *pressuposto* um ato ou negócio jurídico, não uma lide ou situação litigiosa; e) teria a *forma* de procedimento, não de processo; f) não haveria *ação* mas apenas um pedido.

Os atos de jurisdição voluntária distinguir-se-iam dos demais atos administrativos pelas seguintes particularidades: a) não estariam sujeitos a recursos hierárquicos; b) não poderiam ser praticados *ex officio*; c) seriam irrevogáveis em relação a outros poderes do Estado, embora possam ser modificados diante de situações novas.

6. Diversamente, porém, entendo que a jurisdição voluntária tem natureza jurisdicional e, embora nela se inclua o que se possa chamar de *administração pública* de interesses privados, não se limita a apenas isso. A primeira coisa a fazer, portanto, é começar a estabelecer as característi-

cas que diferenciam a jurisdição da mera administração, e depois, se se conseguir situar a jurisdição voluntária no campo da jurisdição, determinar quais as características que distinguem a jurisdição voluntária da contenciosa.

Como se sabe, considero a jurisdição como uma atividade transformadora que objetiva transformar a realidade do direito ou a realidade dos fatos para que passem a comportar-se em conformidade com o previsto abstratamente numa ordem preestabelecida. Só isso, porém, não basta para definir a jurisdição, porque atividades dessa mesma natureza podem igualmente ser exercidas, e o são, mediante atos de administração, tanto pública como privada.

A diferença está em que, na administração pública ou privada, os atos pelos quais a atividade administrativa se exerce são praticados *inter partes*, enquanto que na atividade jurisdicional os atos transformadores são praticados *super partes*. No exercício da função jurisdicional, o Estado intervém como terceiro, colocado acima das partes; e só intervém quando os interessados estejam *impedidos* de produzir a necessária transformação por seus próprios meios, por suas próprias mãos.

Examinemos mais de perto esse impedimento.

7. No que se refere à transformação da realidade dos fatos, o *impedimento* surge sempre que algum dos interessados se oponha a que a transformação ocorra. É a conseqüência mais ostensiva da proibição da justiça de mão própria.

Já em relação à transformação da realidade do direito, aí incluídos os estados das pessoas, o *impedimento* ocorre toda vez que a lei se oponha a que a transformação ocorra por ato do próprio interessado.

E isso pode ocorrer ou porque resista algum dos interessados em emprestar o concurso de sua vontade para que o efeito se produza, ou porque, por força de lei, não obstante a disposição favorável de todos os interessados, o efeito pretendido só por sentença poderá ser produzido (e.g., anulação ou declaração de nulidade de ato jurídico, rescisão de sentença, declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, intervenção da União nos Estados ou destes nos Municípios, homologação de sentença estrangeira etc.).

Em síntese, podemos dizer que a jurisdição é uma atividade que objetiva a transformação da realidade dos fatos ou da realidade dos di-

² Do mesmo autor, v. também *Instituições de direito processual civil*, 1958, I, p. 301 e segs.

³ Idem, p. 302.

reitos para que se comportem de acordo com uma ordem preestabelecida; atividade essa que é exercida pelo Estado quando os interessados na transformação estejam impedidos de produzi-la por seus próprios meios.

8. Assim conceituada a jurisdição, nela se inclui tanto a jurisdição contenciosa como a voluntária. Em que se distinguiria uma da outra?

A meu ver, a distinção reside na natureza do fato que torna necessária a transformação.

Há casos em que a transformação se torna necessária em virtude da existência de violação ou ameaça de violação de algum direito subjetivo. Nesse caso a transformação é necessária para adequar as relações jurídicas ou as relações de fato ao que se acha abstratamente previsto na ordem *jurídica*. É o campo da jurisdição *contenciosa*.

Há casos, porém, em que não ocorreu, ou não ocorreu ainda, a violação ou ameaça de violação a direito algum, mas a transformação se torna necessária para afastar o risco de colisão com interesses públicos de outra ordem igualmente contemplada na Constituição Federal, como sejam a ordem política, a ordem econômico-financeira, a ordem social, aí compreendidos os interesses da família, educação, cultura, assistência social etc.

Nessa hipótese, não se trata de dar proteção a interesses ou direitos subjetivos violados ou ameaçados de violação, mas sim da defesa de interesses objetivos, a fim de prevenir conflitos entre estes e os interesses subjetivos que serão fatalmente atingidos pela transformação dos fatos ou dos direitos. Este é o campo específico da jurisdição *voluntária*.

9. Essa espécie apresenta uma particularidade que é relevante para a sua compreensão. Ficou dito que, nela, a necessidade da transformação não decorre da preexistência de uma lesão ou ameaça de lesão a direitos subjetivos. Isto pode ocorrer por dois outros motivos; a saber: *a*) ou porque, de fato, não tenha ocorrido ainda qualquer ofensa a direitos subjetivos, caso em que a jurisdição se exerce apenas para constituir situações novas, com o fim de assegurar que essas situações já sejam criadas de modo conforme à ordem preestabelecida (é o caso em que se incluem os procedimentos especiais de jurisdição voluntária previstos pelo Código de Processo Civil); *b*) ou porque, embora possa já ter ocorrido alguma forma de lesão a direito subjetivo, a necessidade da transformação para produção de determinado efeito jurídico não se vincula à res-

tauração da ordem jurídica no que se refere a esse particular direito subjetivo, mas se deve exclusivamente à necessidade de preservar ou restaurar o prevailecimento de interesses de outra ordem; interesses públicos, sem dúvida, mas inseridos na ordem política, como os inerentes à soberania nacional, à tripartição dos poderes, à hegemonia da Constituição Federal, à inviolabilidade política das liberdades públicas. Aqui, a lesão de direitos subjetivos aparece unicamente como fato que estimula a iniciativa de provocar o exercício da jurisdição, seja para a criação de situações novas, seja para transformação das já existentes.

É assim que se abre um vasto campo para a jurisdição voluntária, de que a doutrina praticamente não tem cogitado, exceção feita à contribuição trazida por Mauro Cappeletti com sua obra *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, na qual qualifica como processos de jurisdição voluntária todos os que se inserem na denominada jurisdição constitucional das liberdades.⁴

São processos sem lide, em que não há partes, apenas interessados, nos quais a *constituição* de novas situações jurídicas de modo já conforme à ordem preestabelecida ou a *restauração* do interesse público lesado fica dependente de sentença.

Resumindo, a jurisdição se apresenta como atividade de transformação da realidade para fazer prevalecer a ordem jurídica *stricto sensu*, que é o caso da *jurisdição contenciosa*; ou para fazer prevalecer a ordem política, econômico-financeira ou social, que é o caso da *jurisdição voluntária*. Aquela pressupõe lesão ou ameaça a interesses jurídicos e esta pressupõe lesão ou ameaça a interesses políticos, econômicos ou sociais.

10. Dessa distinção básica, decorrem as particularidades da jurisdição voluntária que a distinguem da jurisdição contenciosa e se acham refletidas no Código de Processo Civil; a saber:

a) Inexistência de lide e de partes. A iniciativa do processo é atribuída aos interessados ou ao Ministério Público, em conformidade com o disposto na CF, art. 127 e no CPC art. 1.104;

b) Inexistência de contraditório no sentido constitucional (CF art. 5.º, LV), embora observado o princípio dialético (CPC arts. 1.105, 1.106 e 1.108);

⁴ Ob. cit., 1976, item 38, p. 112 e segs.

- c) Observância do princípio inquisitório (CPC art. 1.107);
- d) Relevância do critério de legalidade estrita (CPC art. 1.109);
- e) Informalidade, celeridade e simplicidade do procedimento;
- f) Possibilidade de modificação da sentença (CPC art. 1.111).

Confrontando-se as duas espécies de jurisdição – a contenciosa e a voluntária – pode-se perceber que são opostas entre si. Essa oposição constitui apenas o reflexo da que existe entre, de um lado, os interesses políticos, econômico-financeiros ou sociais e, de outro lado, os interesses que configuram os direitos subjetivos.

Pode-se dizer que há um estado de permanente tensão entre essas duas ordens de interesses e que esta tensão incide de modo particular na relação entre o juiz e a lei. É uma tensão de natureza política e mergulha raízes profundas na história, separando duas formas básicas de governo: o governo dos homens e o governo das leis.

Convém examinar mais de perto esse ponto.

§ 3.º O juiz e a lei. Processo e ideologia

11. Historicamente, parece-me que a tensão incidente sobre a relação entre o juiz e a lei alcançou o seu ponto mais dramático na Revolução Francesa de 1789, quando se impôs uma rígida tripartição de poderes, com absoluta supremacia para o Legislativo, conforme preconizado por Montesquieu no *Espírito das leis*.

Essa concepção do Estado contrapunha-se diretamente ao absolutismo monárquico, informado pelo princípio de que o rei, ou imperador, não era subordinado às leis; era de *legibus solutus*, o que se exteriorizava na frase “*L’Etat c’est moi*”, ou naquela outra que se encontra nas Ordenações: “*O Rey he ley animada sobre a terra*”.

Inspirou-se Montesquieu no sistema da Inglaterra, onde vigorava o princípio oposto: o rei está acima de todos os homens, mas abaixo de Deus e do meu direito. *Dieu et mon droit*.

A proposta de Montesquieu, compreensivelmente, era radical. Elevava ao extremo o brocardo *dura lex, sed lex*. Do ponto de vista do poder, o juiz deveria personalizar um ser *inanimado*, não sendo mais do que a *boca da lei*. Era vedado ao juiz o ato de interpretar a lei, o que não lhe

competiria fazer nem mesmo para *mitigar suas asperezas*. A tarefa de interpretar a lei não poderia ser desempenhada senão pelo Poder Legislativo e exclusivamente mediante outra lei, dita interpretativa.

Para não sermos injustos, porém, é preciso situar corretamente o pensamento de Montesquieu dentro do contexto de sua visão da tripartição dos poderes. Montesquieu parte do princípio de que a tripartição dos poderes é indispensável para a defesa da liberdade política. Liberdade essa que não existirá, disse ele, “*se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo*”, porque “*se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor*”.⁵ Seu pensamento se completa com o princípio de que, embora os tribunais não devam ser fixos,⁶ “os julgamentos devem sê-lo, a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto exato da lei. Se fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos”.⁷ A essa idéia corresponde também o pensamento de Locke, quando afirma que a liberdade consiste em “não estar sujeito de modo algum à vontade inconstante, incerta, desconhecida, arbitrária, de um homem”,⁸ fazendo eco à vigorosa denúncia de Antígona que os séculos não deixam sepultar: “Esta, entre outras, é a vantagem dos tiranos: dizer e fazer tudo que entendem”.

12. O final do século XVIII marca o início do constitucionalismo moderno e o surgimento do *Estado de Direito*. O século XIX, por sua vez, dá início à industrialização e inaugura uma nova era, que viria a privilegiar o Poder Executivo e proporcionar, no século seguinte, o surgimento do *Estado Social*, contraposto ao Estado de Direito. É quando se forma a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e, em contraponto, tem

⁵ *O espírito das leis*, Brasília, 1982, trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, p. 187.

⁶ Isto é, “O poder de julgar não deve ser outorgado a um senado permanente, mas exercido por pessoas extraídas do corpo do povo, num certo período do ano, de modo prescrito pela lei, para formar um tribunal que dure apenas o tempo necessário” (ob. cit. p. 188).

⁷ Ob. cit. p. 189.

⁸ *De l’esprit des lois*, anotado por Michel Clément, Lib. Larousse, 1969. II, p. 12, nota 4.

nascimento o nacional socialismo alemão e o fascismo italiano, com ampla repercussão na península ibérica e na América Latina.

No campo do direito, esse movimento marcou a tendência de absorção do direito privado pelo direito público, refletida na chamada luta contra o direito subjetivo (*Kampf wieder das Subjektiverrecht*), com enorme repercussão sobre a definição do escopo da jurisdição, sobre a vinculação do juiz à lei e, portanto, sobre o processo civil em si mesmo considerado, aí compreendidas suas principais instituições. Vamos nos deter um pouco nessas mutações para ver como do ponto central das tensões, localizado na relação entre o juiz e a lei, elas se irradiam para diversos outros setores do direito processual.

12.1. No que respeita à ação, manifestou-se a tendência de reduzir o direito de ação ao direito ao processo; e do direito à proteção jurídica (*Rechtsschutzanspruch*) a uma mera expectativa de tutela jurídica (*Anrecht auf Rechtsschutz*).

Essa teoria foi desenvolvida por Adolf Schönke na sua obra *Zivilprozessrecht*, Berlim, 1938, que a sustentou dizendo:

“Conforme a nossa atual concepção político-jurídica, a essência e a missão do processo somente podem ser encontradas na direção apontada por Klein. Todo processo civil afeta também a comunidade, especialmente porque exige energias que ela terá de prestar-lhe, resultando daí que esta deva ter a faculdade de influir amplamente por meio do juiz no curso do procedimento. O processo civil não serve para medir a habilidade ou a destreza como em uma competição esportiva; é um remédio pacífico destinado a restabelecer entre os particulares a paz e com isso manter a (paz) da comunidade. O que desde logo não se pode admitir é uma pretensão ou direito do indivíduo contra o Estado, como direito público subjetivo (...) porque o Estado cumpre no processo civil uma missão geral de proteção jurídica, mas não um dever especial de tal proteção”.⁹

E acrescentava: “A acentuação progressiva do aspecto público do processo civil o aproxima cada vez mais do processo penal. Se chegou a falar em uma ‘penalização’ do processo civil, mas quiçá possa expressar-se melhor esse fenômeno como a maior acentuação dos interesses da

comunidade. Esta evolução esfuma os limites entre o processo civil e o penal, e a cada dia abre mais ambiente a uma *teoria processual comum*.”¹⁰

O que marca essa teoria é a sua vinculação à idéia de que o processo é um instrumento posto à disposição do Estado para servir aos seus fins de pacificação social.

12.2. Em relação ao escopo do processo, a mesma idéia exposta por Schönke foi desenvolvida por De Boor (*Rechtstreit*, Berlim, 1939), para quem o escopo do processo e a manutenção da paz jurídica, podendo ainda, ao seu turno, prestar-se a outros fins entre os quais servir à tutela jurídica do indivíduo, à determinação das normas jurídicas e a sua adaptação à vida social em contínua renovação, e também à difusão no povo do conhecimento jurídico.¹¹

12.3. Nessa mesma senda, cuidando da relação entre o juiz e a lei, caminhou o pensamento de Lenz (*Neue Grundlagen der Rechtsfindung*, Hamburgo, 1940). Conforme relata Segni no artigo já citado,¹² Lenz aprofunda o contraste entre a lei e o que seria o *direito do Estado*, concebido este como a ordem desejada pelo povo (*Gelebte Ordnung*). Nega que a função do juiz seja a de aplicar a lei, e que pudesse o juiz estar a ela subordinado. O direito, diz, não é a norma, é princípio vital da sociedade.

Dentro dessa perspectiva, o processo se caracteriza como um dos modos pelos quais o Estado exercita o seu poder (*Macht*), que não é simples exercício de faculdades que lhe cabem, enquanto sujeito de direito, mas concreta condição de vida da comunidade, tendo natureza política.

O exercício desse poder no processo teria por escopo revelar o direito da comunidade, obra para qual colaboram o Estado e as partes.

Admite Lenz, por isso, que o juiz não aplique a lei, se contrária à ordenação comunitária (*Gemeinschaftsordnung*).

13. Isto conduz de modo perfeitamente claro ao apagamento da distinção entre jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária, ou administrativa, e levou Baumbach a propor em sua obra *Zivilprozess und*

¹⁰ Idem, p. 16, não sublinhado no original.

¹¹ Cf. Antonio Segni, “*Alcuni orientamenti della dottrina processuale germanica*”, publicado na *Rivista del Diritto Commerciale*, XXXIX, 1941, e reproduzido em “*Scritti giuridici*”, 1965, I, p. 196 e segs.

¹² “*Alcuni orientamenti...*”, p. 203 e segs.

⁹ *Derecho Procesal Civil*, Barcelona, 1950, p. 15.

Freiwillige Gerichtsbarkeit, publicada na *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht* (1938, p. 583), a abolição do processo civil e sua absorção na jurisdição voluntária, que é a espécie de jurisdição adequada quando o processo tem por fim primordial a tutela de um único interesse, no caso o interesse do Estado.¹³

Quanto a essa última afirmação é inegável que a observação de Baumbach é inteiramente pertinente.

Se voltarmos a observar outra vez a disciplina do Código de Processo Civil para os processos de jurisdição voluntária veremos que ela corresponde exatamente às características dessa doutrina.

É ela marcada exatamente pela simplicidade, oralidade, informalidade e, principalmente, por dispensar o juiz de decidir segundo critérios de legalidade estrita, sendo-lhe facultado adotar para cada caso a solução que julgar mais oportuna e conveniente, podendo a sentença ser modificada se ocorrerem circunstâncias supervenientes.¹⁴ E essa sentença se cumpre independentemente de processo de execução.

O poder de sedução dessa doutrina é inegável e se tem demonstrado resistente até mesmo ao passar dos muitos anos que dela nos separam, como revela o fato de haver renascido no Brasil, nos anos 80, no ocaso do regime militar. E apenas ressurgida não tardou a empolgar os espíritos, a começar pela magistratura, traduzindo-se numa nova versão do conceito de instrumentalidade do processo, para a qual convergem e na qual se congregam as perspectivas e os elementos caracterizadores das teorias ora recordadas.

E isso não é de se estranhar.

14. Essa visão do processo se impôs na Alemanha do final da década de 30, como exigência do *Führerprinzip* que informou toda a doutrina do Nacional Socialismo, inspirado no *Mein Kampf* de Adolf Hitler, a bíblia do III Reich. Era uma doutrina que levava ao delírio, quando reunido em massa na praça pública, o povo alemão; não um povo qualquer, inculto e fanático, mas um dos povos mais cultos da humanidade.

E a tal ponto que se estendeu à Itália, onde, inobstante as notórias diferenças culturais, igual êxtase despertava nas massas populares reunidas para ouvir *il Duce*, Benito Mussolini, igualmente idolatrado por elas. Bem o demonstra a dedicatória com que Emilio Betti abre sua obra capital, *Diritto Processuale Civile Italiano*, Roma, 1936: "À Itália imortal, cônica da sua altíssima missão histórica de fulcro indefectível da civilidade europeia, dirigida na clareza romana da sua fé contra o desonesto farisaísmo legalitário conjurado para a conservação da injustiça, é dedicado este livro, humilde testemunho daquele culto do direito que é por tradição milenária romano e italiano."

O resultado catastrófico a que essa ideologia conduziu é de todos conhecido, mas é objeto atualmente de esquecimento. Diria uma "amnésia erudita".¹⁵

Neutralizando a lei, corrompe a base de sustentação não só do Estado de Direito, mas do próprio Estado, inclusive o totalitário.

15. Foi em resposta aos trágicos resultados a que essas configurações da relação entre o juiz e a lei conduziram os povos submetidos ao flagelo do nazi-fascismo, que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, inaugurando o após-guerra, se defrontou com a necessidade de reafirmar novamente a independência do juiz como condição do respeito aos direitos fundamentais. E não só ela, como também a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, cuja origem é a mesma, acrescida apenas das ameaças que passaram a soprar do leste europeu.¹⁶

Com efeito, não discrepa das teses do nacional socialismo a doutrina desenvolvida nas democracias populares a respeito da independência dos juizes, que Zhivko Stalev sintetiza: "Para ser um fiel guardião do direito o juiz está adstrito a interpretá-lo de acordo com a natureza fundamental do estado (em cujo nome a lei é editada e o julgamento é profe-

¹⁵ Expressão empregada por Daniel J. Boorstin para designar o esquecimento que o cristianismo impôs entre 300 e 1.300 dC sobre o conhecimento de que a Terra é redonda. Cf. *Os descobridores*, 1983, p. 103.

¹⁶ Jean-Marc Varaut, em *Le droit au juge*, anota com rigor: "C'est au sortir de la nuit que les nations européennes, libres, mais menacées dans leur liberté par la nuit surveillée qui s'étendait déjà sur leurs soeurs des bords du Danube et de la Vistule, proclamaient l'inesestimable valeur du droit - comme médiation du spirituel dans le temporel social - et dont le dépérissement entraîne le dépérissement de l'humanité en l'homme" (ob. cit., Paris, 1991, p. 235).

¹³ Cf. P. Calamandrei, "Abolizione del processo civile?", publicado na *Rivista di diritto processuale civile*, 1938, p. 1, in *Opere giuridiche*, 1965, I, p. 386 e segs.

¹⁴ CPC art. 1.109 e 1.110.

rido), e em concordância com os seus princípios e objetivos, *i. e.*, de acordo com as políticas do estado -- sendo o direito apenas um instrumento legal para a sua realização. Neste sentido um juiz apolítico não existe e não deve existir". E, em nota, esclarece: "É por isso que não há contradição entre o art. 129 CBPR (Constituição da República Popular da Bulgária), proclamando a independência judicial, e o art. 125 da mesma Constituição conclamando os tribunais a educar o povo -- por intermédio das suas decisões -- a serem devotados à causa do socialismo. É perfeitamente natural -- conclui -- que o direito socialista seja aplicado no espírito do socialismo".¹⁷

A queda do muro de Berlim repetiu perante o mundo a queda do III Reich, desfazendo outra vez a mística do totalitarismo e, com ela, a do juiz político, dedicado, antes que à realização do direito, à execução dos fins sociais e políticos do Estado, à educação do povo e à promoção da paz social. Como disse Calamandrei, "*Nei regimi totalitari il giudice non è indipendente: é un organo politico, é un strumentum regni*"¹⁸

16. O pós-guerra trouxe um fenômeno curioso. As tendências totalitárias, que sempre existiram e irão continuar a existir, não podendo mais abrigar-se sob a ideologia da direita vencida no teatro da guerra e submetida a julgamento no tribunal de Nüremberg, apontada como a expressão mais eloqüente de tudo o que seria politicamente indesejável, não encontraram outra via de expansão senão o ideário da esquerda comunista que, bem ou mal, tinha a seu favor o fato de haver sido acolhida como aliada das democracias ocidentais na guerra contra o "Eixo" constituído pela Alemanha, o Japão e a Itália e dividido com elas as honras da vitória sobre o totalitarismo de direita.

17. Não tardou muito para que começasse a mostrar-se atrativo o sistema jurídico soviético que, no campo do processo, mantinha de certo modo as mesmas tendências do fascismo e do nacional socialismo. Entre elas, a absorção do direito privado pelo direito público, a compreensão do processo como instrumento da política do estado, a submissão dos

juizes não à lei mas às diretrizes do Partido único, a natureza administrativa imposta à atividade judicial e a conversão da advocacia em atividade estatal.

E era natural que essa atração se exercesse em primeiro lugar sobre a Itália, seja porque a Alemanha, mais do que ninguém e por justas razões, passou a execrar os regimes totalitários, seja porque o Japão, o outro parceiro da Itália no "Eixo" com a Alemanha, não constituía campo propício ao florescimento de doutrinas autoritárias de corte ocidental.

18. Assim foi que já em 1962, Mauro Cappelletti propunha "uma atenuação dos excessos da prática e da ideologia comunista (...) que poderá conduzir a uma redução do radical contraste entre o sistema processual comunista e aquele dos países ocidentais".¹⁹

Ele relembra os aspectos mais acentuados desse contraste, indicando entre outros, do lado comunista, a "penalização" do processo civil,²⁰ a supressão do direito privado e a perda da disponibilidade do direito substancial com a consequência de conduzir à "abolição do poder monopolístico dos particulares sobre a instauração e sobre a determinação do objeto do processo civil".²¹

Pondera, a propósito, que a "autonomia" do direito processual importa "uma certa abstração de alguns elementos desse direito em relação ao objeto substancial do processo, mas não importa, ao mesmo tempo, necessária abstração desses elementos em relação a todo fundamento extra jurídico, extra processual, cultural político econômico ideológico".²²

A aproximação entre os dois sistemas estaria exatamente nesse ponto; ou seja; na vinculação do direito processual a fundamentos ideológicos, a despeito da autonomia de que desfrutava diante do direito substancial. Essa proposta se opõe ao entendimento de que a ideologia deve estar no direito substancial que o processo atua e não nos fundamentos

¹⁹ *Ideologia e processo*, p. 24.

²⁰ *Idem*, p. 22.

²¹ *Idem*, p. 24, nota 39.

²² *Idem*, p. 27.

¹⁷ "*Fundamental guarantees of litigants in civil proceedings: a survey of the laws of the European people's democracies*", in *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*. Milão, 1973, p. 376 e nota 45 na p. 377.

¹⁸ "*Processo e democrazia*", in *Opere giuridiche*. Nápoles, 1965, I, p. 650.

do direito processual. O processo alicerçado em fundamentos políticos é sempre instrumento do Estado, sim, mas não do direito substancial.

19. O fato é, no entanto, que a idéia de que o processo deva estar atrelado a alguma ideologia política mostrou continuar gozando do mesmo prestígio e do mesmo poder de sedução que outrora.

Na verdade o ideal de um processo do tipo que serve à jurisdição voluntária, caracterizado fortemente pela independência do juiz diante da lei, vinculado apenas aos fins sociais e à política do Estado, sempre foi a marca dos regimes de opressão.

E não se pode negar o forte apelo romântico, e até mesmo religioso, que se contém na figura que o juiz personifica na jurisdição voluntária em contraste com a do juiz na jurisdição contenciosa, notadamente no juízo criminal. É a figura do juiz sereno e conciliador, posto acima das paixões humanas, que não decide segundo a letra fria da lei, mas sim em conformidade com a justiça do caso concreto e o bem comum.

Não é de estranhar, por isso, que entre a queda do III Reich e a queda do Muro de Berlim, se tenha estabelecido um conflito, neste ponto, entre o Estado de direito e o Estado social; o *Rechtsstaat* e o *Sozialstaat*, também chamado de Estado Providência.

É possível dizer que este conflito alcançou sua expressão culminante no Maio de 1968, na França, que assinalou uma crise profunda no racionalismo formalista sob o lema "*L'imagination au pouvoir*", refletido na tão famosa quão sedutora palavra de ordem — "*É proibido proibir*" — contraposta a toda e qualquer forma de exercício regular do poder instituído.

20. O Maio de 1968 na França foi um movimento que, iniciado no mundo estudantil, rapidamente se propagou pela França inteira, com repercussão em várias partes do mundo, levantado basicamente pela insatisfação diante da incapacidade do Estado de atender do modo desejado exigências coletivas de caráter social. Foi um movimento tão poderoso que chegou a ameaçar os fundamentos da ordem social, mantida a duras penas pela autoridade de que dispunha Charles de Gaulle e pelo peso político da "maioria silenciosa" revelado na demonstração de 30 de maio que se estendeu da Concorde à Étoile.²³

²³ No começo daquele mês, em protesto pelo fechamento da Faculdade de Letras de Nanterre, ocupada em março por alunos indignados com a prisão

Caracterizou-se esse movimento, essa "revolução da juventude em 1968" como seria lembrado mais tarde, pelo "engajamento em todos os movimentos de libertação, tanto no domínio político, seja nacional ou internacional, com o apoio ao anti-colonialismo, como dos modelos capitalistas de produção e propriedade dos bens, com a contestação ao sistema produtivo e distributivo de riquezas"²⁴

A Justiça não sairia ileso desse terremoto. Um mês depois, em 8 de junho de 1968 é criado na França o Sindicato da Magistratura, que, no dizer de Georges Fenech, põe em marcha a politização da justiça.²⁵ As proposições que inspiravam a atuação desse sindicato apontavam para um movimento aparentemente anárquico-revolucionário que constituía, na verdade, um movimento retrógrado, de volta ao totalitarismo. Cito algumas delas, a título de exemplo apenas, mas que não estão longe, de modo nenhum, de muito do que se tem ouvido no Brasil recentemente, como se fossem a expressão do mais acendrado progressismo:

A sociedade é profundamente injusta. Deste modo, os indivíduos que infringem suas leis não devem ser rotulados de delinquentes, porquanto são supostos de lutar contra as desigualdades que ela produz.²⁶

de colegas, estudantes da Sorbonne fizeram uma grande manifestação que se transformou em conflito com a polícia. A Sorbonne foi fechada e as ruas de Paris ocupadas pelos estudantes. As demonstrações estudantis se repetiram nas semanas seguintes com números cada vez maiores de participantes e crescente violência e se espalharam pelo mundo. Nos Estados Unidos, na Polônia, na Itália, no Brasil, na Grã-Bretanha, na Bélgica, na Bolívia, em todos os continentes, os jovens iam às ruas para demonstrar o seu descontentamento, reclamando por participação nos órgãos universitários de decisão. Suas reivindicações desbordavam, porém, o quadro dos estudos e tocavam os fundamentos da ordem social, exprimindo-se cada vez menos por intermédio dos canais políticos ou associações estudantis. Durou desde a tomada da Sorbonne, em 3 de maio, até sua desocupação pela polícia em 16 de junho. Daniel Cohn-Bendit tornou-se internacionalmente conhecido naquela época, mercê da liderança exercida durante o movimento.

²⁴ *Jornal do Brasil*, Caderno B Especial-68. *Um ano especial: Cenário político internacional* (<http://jbonline.terra.com.br/memoria/texto02.html>).

²⁵ *Main basse sur la Justice*, 1997, p. 23.

²⁶ *Idem*, p. 25.

A lei deve ser analisada como o produto de uma ordem estabelecida sobre uma relação de forças. A lei do mais forte, portanto, oprime necessariamente; ela é injusta.²⁷

Daí, o juiz não deve ser neutro. Tem que ser parcial para defender, contra a injustiça da lei, aqueles a quem a lei persegue.²⁸

É assim que retorna ao palco do direito europeu ocidental a idéia de um processo orientado na busca da realização do bem comum, não necessariamente coincidente com o direito posto, mas refletido nas aspirações do povo, ou daquela parte do povo que um juiz *engagé* considere merecedora de defesa contra as leis aprovadas pela sociedade organizada.

Essa idéia expressa um absoluto ceticismo em relação à lei, contrapondo-se nesse particular ao rígido legalismo revolucionário do século XVIII.

Henry Hart,²⁹ citado por Jacques Lenoble,³⁰ diz dessas duas posições extremas que elas “constituem fortes exagerações, salutares (porém) quando elas se corrigem mutuamente, e a verdade repousa entre elas”.

“Hoje ninguém mais põe em dúvida – diz Lenoble – que o juiz dispõe (contra o que queria o revolucionário francês e o teórico do século XIX) de um real poder normativo; de outro lado, como indicam H. Hart e Charles Perelman, (também ninguém põe em dúvida) que o trabalho do juiz não é restringido por um conceptualismo e um literalismo rígidos, nem por um funcionalismo teleológico ou sociológico, como pensavam os partidários da Escola do Direito Livre da 1ª metade do século XX”.³¹

21. E, de fato, não se pode perder de vista, quando se considera a relação do juiz com a lei, que os anseios de um povo não têm outro modo para expressar-se senão a linguagem. E se expressam autoritativamente

²⁷ Idem, p. 33.

²⁸ Idem, p. 34.

²⁹ *The concept of law*, Oxford, 1961.

³⁰ “*Crise du juge et transformation nécessaire du droit*”, in *La crise du juge*, Paris, 1990, p. 141.

³¹ Ob. cit., p. 141.

pela linguagem da lei. Nesse sentido, a lei deve ser vista como um espelho do próprio povo, cuja vontade, bem ou mal, a lei expressa.

Negar a vinculação do juiz e, portanto, a vinculação da sentença à lei, é negar simplesmente a vinculação do juiz com o povo a que ele pertence e isolá-lo num páramo solitário onde não vivam mais do que juizes.

Atribuir à sentença outros fins que o de atuar a lei, fins que o juiz vá buscar alhures, é desnaturar a sentença e o juiz, transformando o juiz num administrador ou num legislador. E submeter o povo a uma vontade que não é a sua. Piero Calamandrei o disse de forma extremamente convincente:

“*Fu detto una volta che l'opera d'arte é 'une tranche de vie', un pezzo di realtà riflessa attraverso la sensibilità di un artista; si potrebbe dire ugualmente che la sentenza é un articolo di legge filtrato attraverso la coscienza di un giudice.*”

La legge, in un ordinamento democratico, esprime (o dovrebbe esprimere) una esigenza popolare, viva nella coscienza di tutti i partecipanti a quella società: e il giudice, che é l'interprete ufficiale de quella legge, deve trovare rispechiata in se stesso la coscienza sociale di cui quella legge é nata, e leggere nella sua propria coscienza individuale gli scopi di ordine generali que il suo popolo ha voluto raggiungere con quella legge. Ma perché egli possa dedicarsi senza distração a questa delicata ricerca introspettiva, e sentire in se tutto il peso ed insieme tutto l'onore di questa responsabilità, occorre che sia independente; sullo colla sua coscienza, per ascoltare quello che la legge gli ‘detta dentro’.

*In tutte le costituzione democratiche moderne é proclamata, como essenziale garanzia di giustizia, la indipendenza dei giudice e della magistratura. Nei regimi totalitari il giudice non é independente: é un organo politico, é un strumentum regni.*³²

22. São, pois, frutos da história duas figuras de juiz contrapostas: o juiz político, instrumento do Estado totalitário, e o juiz inanimado, instrumento da lei, *la bouche de la loi*, na concepção de Montesquieu.

As duas figuras são muito antigas, mas o confronto que se costuma estabelecer entre elas não encontra correspondência na realidade de fato. O juiz político é sem dúvida uma realidade concreta. O juiz inanimado, porém, é apenas uma metáfora, um termo de comparação; na verdade nunca existiu. A figura do juiz inanimado é simplesmente utilizada como

³² “*Processo e democrazia*”, in *Opere giuridiche*, Nápoles, 1965, vol. I, p. 650.

uma espécie de heresia com que se pretende justificar a submissão do juiz aos fins do Estado totalitário.

Não é a primeira vez, nem será a última, que uma doutrina tida e havida como herética é usada como pretexto para ocultar a verdade científica e fazer o mundo mergulhar no que já referi como sendo uma "amnésia erudita". O exemplo mais grave ainda parece ter sido o da idéia de que a terra fosse plana.³³

Se, do ano 300 ao 1.300 dC passou-se a duvidar que a terra fosse esférica e a sustentar que era plana, não é de causar espanto, que passados apenas 200 anos do *L'esprit des lois*, seja apresentada como herética a doutrina de Montesquieu.

O que ele defendia, no entanto, outra coisa não era senão o princípio da independência do juiz. O princípio em si, aliás, é universalmente aceito como verdade incontestável,³⁴ mas, curiosamente, a afirmação de que o juiz só deve obediência à lei sempre foi posta em questão; e tanto mais quanto mais se inclinam as ideologias dominantes no rumo das aspirações totalitárias.

Conforme observou Roger Perrot, "Todo mundo reconhece ao juiz a faculdade de suprir a lei nos limites da interpretação. Mas não é de se admitir que o juiz lance um desafio à lei esquecendo que ele não extrai a legitimidade do seu poder senão da lei mesma e que, ao desejar ignorá-la, serra o galho sobre o qual ele se assenta".³⁵

³³ Eratóstenes (276-195 aC), bibliotecário em Alexandria, não apenas tinha o conhecimento de que a terra era esférica, como inventou um método para calcular sua circunferência. Chegou ao número de 46.200 km, que peca pelo excesso de apenas 15%. Hiparco de Nicéia (165-127 aC) repartiu a superfície do planeta em 360 partes, tendo cada uma, no equador, 112,5 Km, o que continua a ser mais ou menos a dimensão de 1.º grau (hoje: $40.070 \text{ km} / 360^\circ = 111,30 \text{ km}$). Cláudio Ptolomeu (90-160 dC) estimou cada grau em 90 km, totalizando 28.900 km no equador a circunferência terrestre; erro que custou muito caro a Cristóvão Colombo.

³⁴ *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. "Artigo X. Todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele".

³⁵ "Crise du juge et contentieux judiciaire civil en droit français", in *La crise du juge*. Paris, 1990, p. 39.

Paradoxalmente, o velho princípio *magistratum legem esse loquentem*, traduzido na metáfora de Montesquieu, de que os juizes não devem ser "mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar sua força, nem seu rigor",³⁶ tem servido historicamente menos para exprimir os seus fundamentos, profundamente enraizados no universal anseio pela liberdade diante do Estado, do que para combatê-los. O erro, é evidente, não está na metáfora; está em tomá-la, assim como à lei, ao pé da letra. Em contrapartida, nunca houve regime de opressão ou ato de tirania que não se fundasse no também velho *salus populi suprema lex est*.

23. A recepção no Brasil da idéia de um processo propositadamente ideológico, ou ideologizado, foi a meu ver um fenômeno gerado por causas de natureza institucional, que mergulham raízes na história recente da política nacional.

Essa história começa com o movimento revolucionário de 1964.

24. O Ato Institucional, de 9 de abril de 1964,³⁷ art. 7.º, suspendeu por seis meses as "garantias constitucionais e legais de vitaliciedade e estabilidade" dos juizes. O Ato Institucional 2, de 27 de outubro de 1965, em seu art. 14, manteve essa suspensão, sem outro prazo que o da vigência dele mesmo, ou seja, até 15 de março de 1967. Além disso, no seu art. 19, excluiu da apreciação do Poder Judiciário "os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução, com fundamento no Ato Institucional, de 09 de abril de 1964, no presente Ato Institucional e nos complementares deste". O Ato Institucional 5, de 13 de dezembro de 1968, reiterou ambas as disposições, mas agora já sem prazo de vigência.

A suspensão da garantia constitucional de vitaliciedade dos magistrados é um ato político cujo alcance não pode ser desconsiderado. Essa garantia faz parte de um tripé, que sem ela não se sustenta. As garantias de *vitaliciedade, irremovibilidade e irredutibilidade* dos vencimentos dos magistrados, compõem exatamente o tripé destinado, institucionalmente, a assegurar a independência e a imparcialidade dos juizes frente aos demais poderes do Estado. Sobre esse tripé se assenta a confiança na independência e na imparcialidade do juiz, originando-se daí a autoridade das suas decisões.

³⁶ *O espírito das leis*, cit., p. 193.

³⁷ Posteriormente conhecido como Ato Institucional 1.

Suprimidas essas garantias, no todo ou em parte, desnatura-se a condição jurídica do magistrado, que se torna um servidor do Estado como outro qualquer. Ele deixa de ser juiz.

O Poder Judiciário brasileiro aceitou essa condição. Conviveu com ela longamente. De 09 de abril de 1964 até 13 de abril de 1977, data da Emenda Constitucional n. 7. Uma convivência de treze anos, cujo término não restaurou a independência dos magistrados. Pela restauração de sua garantia de vitaliciedade, pagou-se um altíssimo preço. Trocou-se essa garantia por um outro tripé, constituído por três novos institutos criados pela mesma Emenda Constitucional: (a) o Conselho Nacional da Magistratura, constituído por Ministros do Supremo Tribunal Federal, com competência para conhecer de reclamações contra membros de Tribunais, em todo o território nacional, podendo avocar processos disciplinares contra juizes de primeira instância e determinar a aposentadoria ou disponibilidade de uns ou de outros; (b) a competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal para a interpretação das leis em abstrato; (c) e, por último, o poder atribuído ao Supremo Tribunal Federal para avocação de quaisquer causas processadas perante quaisquer juizes ou tribunais.

O preço pago foi tão alto, que, para manter os juizes na linha, se tornara desnecessário manter suspensa a garantia de vitaliciedade. O Poder Judiciário aceitou também isso, a despeito de, substancialmente, continuar sob a mesma suspeição. E aceitou esse ultraje até que a Constituição de 1988 desmontou o tripé. Foram, ao todo, 28 anos, de suspeição institucional e declarada. Durante esses 28 anos, o Poder Judiciário conviveu com a falta de confiança do Poder Executivo declarada na Constituição, se é que esse nome pode ser dado à Carta de 1969.

25. Dessa longa noite, saiu o Poder Judiciário depauperado, moralmente desgastado, arruinado economicamente, vendo comprometida tanto a sua eficiência, como a sua imagem perante a grande massa dos seus jurisdicionados, a cujos olhos se apresentava como um Poder omissivo, inoperante e inacessível. Saiu depauperado, mas disposto a aprumar-se, criando uma nova figura de juiz, ou mesmo um novo juiz, o que acabaria por reclamar a criação de um novo processo.

Essa disposição tomou-se pública no debate que se seguiu à criação dos Juizados de Pequenas Causas, no crepúsculo do regime militar,

em 1984, sob os auspícios de Piquet Carneiro, então dirigindo o Programa Nacional de Desburocratização do Ministério da Justiça.

Apresentava-se ao Poder Judiciário o momento da decisão, e portanto da crítica, a partir da qual, detectadas as causas do fenômeno, se poderiam definir as condições para removê-las, dando nascimento a esse novo juiz.

26. As lições ministradas pelo regime militar haviam, porém, deixado marcas profundas. O pior da ditadura, já o disse em outra ocasião, não é o que durante ela se padece; é o que dela se herda.

Havia restado bem claro para os juizes que a supressão das garantias constitucionais tinha o inconveniente de deixá-los expostos aos humores do regime mas, em contrapartida, demonstrou-se medida de inigualável efetividade enquanto meio de impedir a realização da ordem jurídica em tudo aquilo que contraviesse à ordem política, econômica e social imposta pelo sistema em vigor.

Assim como a supressão das garantias constitucionais da magistratura punha a risco a cabeça dos juizes, a supressão apenas das garantias constitucionais do *due process of law* poria a risco só a cabeça dos outros. A efetividade do processo enquanto meio de assegurar o governo dos juizes estaria garantida, passando os novos governantes a dispor da liberdade e do instrumental necessário para, querendo, transformar em realidade os seus próprios sonhos.

27. O ideal então almejado se espelhava na figura de um juiz reforçado em sua autoridade, mas acessível e eficiente, que se fizesse instrumento da paz social, comprometido não com a ordem jurídica, mas com o que se veio a chamar de *ordem jurídica justa*, de modo a granjear a confiança dos jurisdicionados e reconquistar, assim, a perdida autoridade. Imaginava-se que esse juiz teria o poder de dar vazão ao que se chamava de litigiosidade contida, diminuindo os índices de violência, assim nas cidades como no campo, atraindo para os tabernáculos da Justiça as grandes massas populares.

Um ideal nobre, sem dúvida, e eterno, mas pobre quanto ao senso crítico, porque não enfrentava diretamente as causas da crise. Levava ao fortalecimento dos poderes do juiz perante os jurisdicionados, mas não removia a desconfiança dos demais Poderes contra o Judiciário, cristalizada durante mais de duas décadas; notadamente a desconfiança

do Poder Executivo, de quem o Judiciário depende economicamente. E, independência, sabemos todos, é antes de tudo independência econômica.

28. Sem poder contar com essa independência, optou-se por uma reforma do processo, apontado como o grande vilão da história, a causa de todos os males. Não uma reforma do sistema processual, que esbarriaria nas desconfianças do Congresso Nacional, mas uma seqüência de mini-reformas, lenta e gradual, que, a final, conferisse aos juizes a almejada autoridade.

Uma opção de pouca eficácia, porque não atacava o mal pela raiz e não levava, por isso, à conquista de uma ampliação dos recursos humanos e materiais, que condicionam um processo acessível, rápido, seguro e eficaz.

O resultado foi que, por sucessivas alterações da lei processual, não dos recursos humanos e materiais disponíveis, ampliaram-se notavelmente os poderes do juiz à custa da redução do império do Direito. Essa mutação política introduzida no Direito Processual conduz à paulatina absorção da jurisdição contenciosa pela jurisdição voluntária; acarreta desprestígio para o Legislativo e reforça as desconfianças do Poder Executivo, levando os dois poderes a, em defesa própria, se unirem contra o Judiciário.

As demonstrações disto são várias. Estão excluídas dos Juizados Especiais, onde não se julga segundo a lei, as causas de interesse da Fazenda Pública (Lei 9.099/95, art. 3.º, § 2.º). Limitou-se a concessão de medidas cautelares contra o Poder Público, inclusive na ação civil pública (Lei 8.437/92). Restringiu-se drasticamente a concessão e a eficácia da tutela antecipada contra o Poder Público e se impuseram limites territoriais à coisa julgada nas ações civis públicas (Lei 9.494/97). E, mais recentemente, por medidas provisórias suspensas pelo Supremo Tribunal Federal, pretende o Executivo ampliar o prazo e os casos de cabimento da ação rescisória de interesse do Poder Público (MP 1.798, de 13.01.1999). Essas restrições todas têm um ponto em comum. Limitam a eficácia dos juízos sumários e restringem a discricionariedade dos juizes; exatamente o carro-chefe das reformas processuais posteriores à Constituição de 1988. Reforçam o princípio da legalidade e restauram as garantias do devido processo legal, embora apenas a favor do Poder

Público. Ainda e sempre a falta de confiança do Poder Executivo, a que empresta indispensável socorro o Poder Legislativo.

Dessa disputa o Judiciário saiu enfraquecido novamente. O que ganhou em poder processual, perdeu em autoridade perante os demais Poderes da República.

29. De fato, o Poder Executivo não lhe reconhece autoridade alguma e o desafia abertamente. Recusa-se à luz do sol, por vias diretas ou indiretas, a dar execução às suas sentenças. Recusa-se sem que ninguém se oponha a isso, nem mesmo o Ministério Público, hoje tão orgulhoso dos poderes de que se acha investido, mas que a tudo assiste mudo, complacente, tolerante. Os casos são de conhecimento público. Vão desde as reintegrações de posse de imóveis urbanos ou rurais, para cuja execução se nega declaradamente o concurso da força policial, até às condenações a quantia certa, cujos precatórios não se cumprem, nem mesmo os de natureza alimentar. Onde se interponham os interesses econômicos ou políticos do Governo, o Executivo nega autoridade às decisões do Poder Judiciário e submete as sentenças transitadas em julgado ao seu juízo particular, arrogando-se o poder de decidir em última instância sobre as suas próprias obrigações. O instituto da intervenção da União nos Estados e destes nos Municípios, bem como o crime de responsabilidade, antes temidos e respeitados, tornaram-se hoje letra morta, sepultados pelo descrédito, cobertos de ridículo.

30. O mesmo se passa do lado do Poder Legislativo. Reconhecesse ele, ao Poder Judiciário, alguma autoridade, ainda que apenas moral, não o afrontaria, como fez em passado recente, com a constituição de Comissão Parlamentar de Inquérito, fundada não só em acusações de malversação de dinheiros públicos e de nepotismo, mas também em suspeita de dar acolhida a interesses espúrios no exercício da jurisdição mesma.

Este, porém, é apenas um sintoma da falta de confiança no Poder Judiciário, cujo verdadeiro alcance se pode ocultar sob a retórica parlamentar. Demonstração inequívoca de que o Legislativo não reconhece autoridade alguma nas decisões do Poder Judiciário se tem em texto de lei aprovado pelo Congresso Nacional. Pela Lei 6.689, de 14 de julho de 1998, o Congresso Nacional concedeu anistia de multas cominadas pelo Superior Tribunal do Trabalho a entidades sindicais representa-

tivas dos empregados da PETROBRÁS, “em decorrência de sentenças judiciais declaratórias da ilegalidade ou abusividade de movimento grevista, ou de improcedência de reivindicações de categorias profissionais”.

Do mesmo modo como o Executivo, portanto, o Legislativo também se arroga a faculdade de sentenciar a respeito das sentenças do Poder Judiciário, usurpando-lhe as funções e chamando a si o poder de interpretar e aplicar as próprias leis, sem que ninguém se oponha a isso. Nem o clamor do povo, feito refém de pretensões improcedentes, ilegais e abusivas; nem o Poder Executivo, ameaçado em setor particularmente grave e sensível da administração dos interesses públicos; nem o Procurador Geral da República, desafiado frontalmente, enquanto titular, não só da ação direta de inconstitucionalidade, como também enquanto chefe de uma instituição a quem compete, constitucionalmente, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

31. Vejamos, porém, mais de perto essas reformas processuais, mostrando os pontos em que se fez de instrumento para alavancar uma mudança do eixo do poder.

§ 4.º A reforma processual

32. O primeiro movimento da reforma do processo civil foi a instituição dos Juizados de pequenas causas pela Lei 7.244, de 07.12.1984, substituídos depois pelos chamados Juizados Especiais Cíveis e Criminais regidos pela Lei 9.099, de 26.11.1995.

Do ponto de vista político as inovações mais relevantes introduzidas no processo perante os Juizados foram:

a) quanto ao escopo do processo, a opção preferencial pela conciliação e transação, e, quanto à forma, pela oralidade, simplicidade, informalidade, economia e celeridade (art. 2.º);

b) quanto ao direito de defesa, restrição à sua garantia mediante a ampliação dos poderes do juiz na determinação e avaliação das provas (art. 5.º);

c) quanto ao princípio da legalidade, optou-se pela sua exclusão (art. 6.º), dispondo a lei que se deverá adotar para cada caso a solução que o

juiz reputar mais justa e equânime, atendidos os fins sociais da lei e o bem comum, proibida conseqüentemente a ação rescisória (art. 59).

33. O segundo movimento reformista teve por alvo a justiça comum, mediante alterações do Código de Processo Civil, das quais as inovações políticas mais expressivas foram:

a) as oportunidades de conciliação foram multiplicadas por três; a saber: 1ª) na audiência preliminar (art. 331) que hoje já se quer tomar facultativa; 2ª) na audiência de instrução (art. 447); e 3ª) a qualquer tempo que parecer aconselhável ao juiz (art. 125-II);

b) a antecipação da tutela (arts. 273 e 461) baseada em juízo de verossimilhança ou relevância do fundamento do pedido, abrindo margem à execução da tutela mediante o emprego de força com ameaça de prisão,³⁸ importando alteração discricionária na ordem legal do processo que fica cindida em duas partes – uma que termina com um juízo de fato, seguido de execução, e outra que se encerra com um juízo de direito pronunciado *a posteriori* – invertendo-se assim a ordem assegurada pelo princípio do devido processo legal.

Um breve comentário sobre essas matérias permitirá fixar alguns aspectos que usualmente não têm sido expostos a uma análise mais aberta ou mais detida. Senão, vejamos.

34. Conciliação e transação são formas de autocomposição da lide. O litígio se resolve por ato das próprias partes, apaziguadas pelo juiz que passa a agir como amigo de ambas, em lugar de atuar como órgão da jurisdição. Configura administração pública de interesses privados, que qualifica a função como sendo de jurisdição voluntária, administrativa ou graciosa. O Estado se abstém de definir a norma aplicável e atuá-la o no caso concreto, subtraindo-se ao dever de prestar a jurisdição.

Essa forma de extinção do processo pode, em certos casos, ter suas vantagens. Preferi-la, porém, emprestando-lhe valor maior do que à solução do conflito mediante sentença, pode ter para as partes, e a meu ver tem, um custo institucional muito alto, porque transfere para elas a responsabilidade pela solução do litígio. O que é particularmente grave em matéria penal, pois faz a vítima responsável pelo destino do acusado.

³⁸ CF, art. 5.º, LXVII.

A expectativa da parte que se julga lesada pela outra é a de que, recorrendo ao juiz, o Estado lhe dará razão, confirmando sua confiança no império do direito e, reforçando na parte contrária a consciência da responsabilidade pelo cumprimento das próprias obrigações. Essa expectativa se frustra ao ver a parte que o juiz, sem lhe negar razão, insta a que ela abra mão de parte do seu direito em favor daquele que nenhum direito tem.

A preferência estatal pela conciliação constitui um fator de enfraquecimento do direito, enquanto método para a solução dos conflitos intersubjetivos, porque abala a confiança no império da lei. Torna desconfiados os homens simples e mais confiados os aventureiros. Para cada processo a que põe fim, estimula o nascimento de outros tantos. Abala os alicerces da coesão social.

35. Por sua vez, a relação entre *celeridade e informalidade* deve ser analisada com prudência. Por princípio, o processo não deve conter formalidades inúteis. A existência de formalidades que possam ser suprimidas em prol da celeridade do processo e sem prejuízo para os seus fins não condena as formalidades em si, nem valoriza a informalidade; simplesmente condena o que é inútil; o que tanto vale para o processo judicial como para qualquer outro.

É justo e necessário que uma reforma processual se preocupe em abolir formalidades inúteis; não porém porque isso favoreça a celeridade do processo mas porque melhore a utilidade do processo. Suposto que o processo já não contenha formalidades inúteis, só contenha as necessárias, a abolição de qualquer delas implicará restrição da garantia do devido processo legal.

36. Ruptura do princípio da legalidade é algo que contrapõe a lei posta pela sociedade organizada sob a forma de Estado, ao direito buscado pelo juiz no seio da comunidade. Isto leva a que, nos juizados especiais, se aplique um direito não escrito e, por isso, insuscetível, na prática, de se submeter a controle efetivo (daí o recurso só para o próprio juizado e a exclusão da ação rescisória).

Se a ruptura se dá em favor de um juízo de verossimilhança, provisório mas suficiente para impor a perda de bens e da liberdade, sem prévio juízo de legalidade, cria-se no processo comum uma fase impermeável

vel à garantia do devido processo legal, em clara oposição ao sistema constitucional livremente escolhido pelo povo brasileiro.

O sistema constitucional brasileiro repele vivamente essa mutação política da relação entre o juiz e a lei no processo civil. Estabelece preceitos que se opõem à redução dos processos de jurisdição contenciosa a meros procedimentos de jurisdição voluntária.

37. O modelo de relação entre direito e processo eleito pela Constituição Federal está firmado nos princípios do devido processo legal (art. 5.º, LIV e LV), da legalidade (art. 5.º, II) e da igualdade (art. 5.º, *caput*); e também no direito à jurisdição (art. 5.º, XXXV) e na inafastabilidade do advogado (art. 133). Algumas palavras sobre esses princípios, a despeito de serem mais do que conhecidos, ajudarão a entender melhor o modelo adotado pela Constituição.

38. O princípio do devido processo legal é vetusto e mergulha suas raízes no direito medieval. Localiza-se o seu precedente mais notável no capítulo XXXIX da Magna Carta, de 1215: *Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur ... nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legalem iudicium parium suorum, vel per legem terrae*. Nas disposições finais, “nem agiremos contra ele, nem emitiremos mandado contra ele, senão pelo julgamento legal de seus pares e pela lei da terra”, contém-se a semente de que iria brotar a cláusula do *due process of law* da Constituição americana, expressão que aparece pela primeira vez num *statute* de Eduardo III, de 1.354.³⁹

O princípio é tão essencial à preservação da liberdade diante do Estado que, na prática, não há quem o ponha seriamente em discussão. O que se questiona é a ordem de precedência; ou seja, o que deverá ocorrer primeiro: a privação a que o réu está sujeito ou o devido processo legal. Em outros termos, suposto que alguém deva ser privado de seus bens ou de sua liberdade, seria indiferente que o devido processo legal viesse antes ou depois dessa privação? Estaria satisfeita a garantia do *due process of law* se fosse concedido a alguém o benefício do devido processo

³⁹ “None shall be condemned without trial. Also, that no Man, of what Estate or Condition that he be, shall be put out of Land or Tenement, nor taken imprisoned, nor disinherited, nor put to death, without being brought to Answer by the due Process of Law”, apud Vincenzo Vigoriti, *Garanzie Costituzionale del Processo Civile*, 1970, p. 25.

legal depois de privá-lo de sua liberdade ou de seus bens? Depois de enforcá-lo, por exemplo?

A Constituição responde a essa pergunta de modo simples e claro: "Ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". O preceito parte do pressuposto de que alguém está exposto a ser privado de sua liberdade ou de seus bens, porque pesa contra ele a acusação de ter agido contra as leis ou contra a constituição. E, para defesa dessa pessoa, se estabelece que a privação de seus bens não ocorrerá sem o devido processo legal. Então: primeiro se concede ao réu o benefício de devido processo legal e depois se lhe tomam os bens ou a liberdade.

Estabelecida pela Constituição essa precedência, só em casos tidos como excepcionais poderá tal ordem vir a ser invertida. A inversão dessa ordem não pode ser autorizada pela lei para hipóteses de caráter genérico, ou inespecífico, não vinculadas a outros requisitos a não ser o prudente arbítrio do magistrado. Afinal a cláusula do *due process of law* teve por fim exatamente coibir procedimentos arbitrários das autoridades estatais. Assim, é vedado ao legislador criar lei processual que permita ao juiz a inversão discricionária da ordem de precedência contida no princípio do devido processo legal.

O direito ao devido processo legal compreende o direito ao contraditório e à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;⁴⁰ o que significa, em síntese, o direito a um processo em que a parte tenha efetivamente o poder de influir no resultado final.

39. O princípio de legalidade impõe a conformidade da sentença com a lei e impõe, portanto, a sujeição do juiz à lei, o que é típico do processo de jurisdição contenciosa e do Estado de Direito, também chamado muitas vezes de Estado-de-vias-judiciais.

Sem a vinculação do juiz à lei, ou aos precedentes nos Estados de direito consuetudinário, a cláusula do devido processo legal não seria mais do que uma forma vazia, que não serviria de garantia para nada. Um processo cujo desfecho seja impossível de prever porque dependa exclusivamente da vontade do magistrado é uma garantia apenas na aparência, o que talvez seja pior do que não ter garantia nenhuma com que contar.

⁴⁰ CF, art. 5.º, LV.

40. O princípio da igualdade⁴¹ de todos diante da lei importa a igualdade do tratamento dispensado às partes pela lei processual e impõe ao juiz o dever de tratar igualmente as partes no processo. Não é lícito ao legislador nem ao juiz dispensar tratamento desigual às partes, conferindo ao réu, por exemplo, ou a algum réu em particular, poderes menores ou ônus maiores do que os atribuídos ao autor.

41. O direito à jurisdição,⁴² por sua vez, tal como expresso na Constituição, contém a definição do objeto da função jurisdicional. O que a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário é "a lesão ou ameaça a direito". Objeto precípua da atividade do Judiciário é corrigir ou prevenir lesão ou ameaça a direito. Cabe ao Poder Judiciário a apreciação de lesões que consistam em violação da ordem jurídica e cuja prevenção ou correção, por isso mesmo, dependa apenas do restabelecimento da ordem jurídica violada.

Lesões para cuja correção sejam necessários meios de outra natureza, como são os meios econômicos, financeiros, políticos, técnicos, científicos, artísticos, etc., não constituem objeto da função jurisdicional. Constituem objeto da administração pública ou da função legislativa. Exemplificando, uma medida de ordem econômica, como a elevação ou diminuição da taxa do câmbio, pode prejudicar intensamente o balanço das empresas de determinado setor, sem importar contudo qualquer lesão a direito. A solução, se necessária, terá que vir sob a forma de auxílio econômico, financeiro, ou tributário, e não pela modificação da taxa de câmbio por sentença.

O modo pelo qual esta atividade do Poder Judiciário se cumpre está indicado pelos princípios da legalidade, da igualdade e do devido processo legal.

42. Exatamente porque a função jurisdicional depende da aplicação de normas jurídicas, o que assegurará aos governados a liberdade perante os governantes é a representação da parte por quem conheça o direito, o advogado, ou — melhor ainda — por advogado que conheça o direito. Daí o preceito constitucional que impõe a indispensabilidade do advogado.⁴³

⁴¹ CF, art. 5.º.

⁴² CF, art. 5.º, XXXV.

⁴³ CF, art. 133.

Esse tema vem sendo tratado sob uma perspectiva que, a despeito de correta, não abrange a totalidade das questões que ele suscita, deixando de fora algumas que são de grande importância.

A preocupação dos advogados subjacente ao preceito do art. 133 da Constituição Federal era a de que a dispensa de advogado para a defesa de direitos em juízo virasse moda e passasse a ser estendida a um número cada vez maior de situações. Esse é um risco realmente grave, mas está ocultando outro não menos grave que é estatização da advocacia por meio da ação civil pública conferida ao MP.

43. Resumindo, a Constituição atribui à jurisdição o escopo de prevenir ou reprimir lesão a direito. No exercício dessa função, deve o Estado orientar-se pelo que dispõe a lei e, portanto, mediante um juízo de legalidade. Esse juízo deve ser precedido por um processo que assegure às partes o direito à sua liberdade, mediante o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

A atuação da lei no caso concreto, para o fim de prevenir ou reprimir lesão ao direito, é atividade que exige colaboração entre as partes e o Estado e se exerce mediante o processo. Neste sentido, o processo é o método obrigatório previsto pela Constituição para a proteção e a realização do direito violado ou ameaçado de violação. Nisto reside verdadeiramente a sua natureza *instrumental*.

Esse modelo configura uma espécie perfeitamente determinada de jurisdição: a chamada, *jurisdição contenciosa*. Escolhido esse modelo pelo legislador constituinte, padecerá de inconstitucionalidade, como de fato padece, toda lei que tenda, direta ou indiretamente, a abolir a jurisdição contenciosa, fazendo-a absorver-se pela jurisdição voluntária.

Inconstitucional, porém, não só por isso, mas também e principalmente porque o Brasil se define como *Estado democrático de direito*, enquanto que, historicamente, a absorção da jurisdição contenciosa pela jurisdição voluntária sempre esteve vinculada a ideologias totalitárias e constitui uma das características mais relevantes dos estados não democráticos, ainda quando de democráticos se autodenominem. Sirvam de exemplo os casos da extinta República Democrática da Alemanha (RDA) e das democracias populares do leste europeu.

Neste sentido, mostram-se inconstitucionais as sucessivas mini-reformas que têm alterado o Código de Processo Civil; seja no que concre-

tamente violam os princípios que regem a jurisdição contenciosa, especialmente a garantia do devido processo legal, seja no que emprestam meios para que se instale no direito processual civil a tendência à abolição da jurisdição contenciosa.

§ 5.º Novas reflexões sobre os objetivos da reforma

44. As reformas do direito processual civil brasileiro, cujo marco inicial foi plantado em 1.984, ano da lei que instituiu os Juizados de Pequenas Causas, passaram a tomar corpo a partir de 1992, quando foi publicada a Lei 8.455. Vieram a seguir, em 1993, a Lei 8.710; em junho de 1994, a Lei 8.898; e finalmente as Leis 8.950, 8.951, 8.952 e 8.953, todas de 13 de dezembro de 1994. A data de 13 de dezembro coincide como a do tenebroso Ato Institucional 5, que entre outras disposições despóticas determinou o restabelecimento da pena de morte no Brasil. O totalitarismo caminha ao longo da história descrevendo um movimento retrógrado em espiral. Periodicamente retoma ao mesmo ponto de onde viera.

O motivo declarado para essas reformas sempre foi, na esteira do famoso Projeto Florença,⁴⁴ a ampliação do acesso à Justiça, chamado também de acesso à *ordem jurídica justa*, a atribuição de maior celeridade e efetividade à prestação jurisdicional, a redução da "litigiosidade contida", a promoção do bem comum e da pacificação social. Correspondem aproximadamente às três ondas sucessivas de reformas referentes ao acesso à justiça, que teriam sido levantadas pelos estudos feitos no âmbito do Projeto Florença; a saber: "a primeira vaga pesquisou as facilidades concedidas aos pobres e outros menos favorecidos pela sociedade; a segunda vaga tratou da proteção dos interesses difusos ou fragmentados; e a terceira vaga teve por objeto o estudo de soluções outras que não o recurso às vias judiciais, ou, alternativamente, a transformação do papel atualmente atribuído aos juízes"⁴⁵

⁴⁴ *The Florence Access-to Justice Project*, foi uma vastíssima pesquisa patrocinada pela Ford Foundation e empreendida pelo Conselho Nacional de Pesquisa, italiano, em conjunto com o Instituto Universitário Europeu, entre 1978/1979. Está contida numa publicação de quatro volumes, dividida em 6 tomos.

⁴⁵ Cf. prefácio de René David à obra *Accès à la justice et état providence*, dirigida por Mauro Capelletti, Ed. Econômica, Paris, 1984, p. 8.

Como esses objetivos não foram logrados (a distribuição dos recursos, por exemplo, chega a demorar em alguns tribunais até mais de dois anos), já tramitam pelo Congresso Nacional as reformas das reformas, não precedidas por nenhuma análise estatística e principalmente sem que alguém se pergunte se o problema da morosidade da justiça e da dificuldade de acesso aos meios regulares de realização da ordem jurídica só se pode resolver, sem alternativas, à custa do desfiguramento dos direitos e garantias assegurados pela Constituição da República.

Já que não há dados estatísticos disponíveis, nem temos a tradição de nos preocuparmos com isso, é preciso despertar, quando menos, o interesse pela reflexão crítica sobre as alternativas possíveis para as soluções que nos estão sendo empurradas goela abaixo. Neste sentido, um bom começo consistiria na verificação de quais, dentre os problemas comumente listados, são problemas que se podem resolver por simples alteração das leis processuais. A meu ver, muito poucos.

45. A redução da litigiosidade contida, a pacificação social e a promoção do bem comum, por exemplo, não se conseguem alcançar com reformas legislativas e menos ainda as processuais. Constituem objeto de outro setor da atividade do Estado – a assistência social – que não é da competência dos juizes. A única contribuição efetiva que os juizes têm para oferecer à sociedade está em proporcionar a certeza de que os litígios serão resolvidos segundo a lei e no tempo mais curto possível; o que só se consegue com estudo e muito trabalho em quantidade compatível com o número dos feitos.

A certeza de que os processos demoram um tempo enorme e de que, por isso mesmo, juizes, conciliadores, mediadores e árbitros tudo farão para que se encerrem por autocomposição do litígio, aliada à incerteza sobre se o juiz decidirá segundo a lei e não pela ideologia de sua preferência, constitui um poderoso estímulo ao descumprimento das obrigações e, portanto, à criação de litígios onde, não fora isso, maiores seriam as probabilidades de adesão espontânea ao império da lei.

A pacificação social e a promoção do bem comum, enquanto fins do Estado, constituem objetivos que só se podem alcançar mediante a estreita colaboração entre o povo e o Estado, com participação das chamadas instituições intermédias e tendo por fundamento a solidariedade humana e social; jamais pela luta processual de todos contra todos.

46. É importante ter presente, no entanto, que mesmo quando buscada a pacificação social pelos meios adequados, o resultado pode ser posto a perder se a iniciativa vier a ser posta a serviço de ideologias totalitárias.

Neste particular é paradigmático o que sucedeu com o movimento da “Paz pelo Direito” (*Rechtsfriede*), cuja história foi descrita por Ehrard Blankenburg e Udo Reifner em relatório intitulado “Possibilidade de transplantar de um país para outro as experiências relativas ao acesso à Justiça sem limites”,⁴⁶ que integrou a obra aqui já citada, *Accès a la justice et état providence*.

Esse movimento foi criado na Alemanha no final do século XIX.

Conta o mencionado relatório que, no estado da Prússia, em 1878, Bismark pôs fora da lei “todas as associações que tivessem por fim subverter a ordem pública (estatal e social) por meios social-democratas, socialistas e comunistas”, medida que marcou o apogeu da repressão jurídica ao movimento de organização dos trabalhadores. Em compensação, Bismark promulgou leis que instituíram o seguro saúde (1883), seguro de acidentes do trabalho (1884), e o seguro para aposentados e deficientes físicos (1889).

Em 1890, graças ao sucesso obtido nas eleições gerais pelo partido social democrata, foi necessário revogar a lei anti-socialista, mas ficaram de pé as leis de seguridade social. É quando aparece a atividade de prestar consultoria para aqueles a quem as leis haviam outorgado novos direitos. Essa atividade começou a ser prestada inicialmente pelo Secretariado dos sindicatos de trabalhadores. Em 1904, 226.260 pessoas haviam procurado aconselhamento junto a 48 Secretariados.

A importância política dessa assistência logo ficou patenteada, despertando o interesse não só do Estado, como de autoridades e organizações religiosas, e levou à criação da Associação de Centros de Assistência Jurídica para oferecer serviços gratuitamente. Objetivava-se, por meio dessa atividade, manter a paz social, evitar processos desnecessários, fomentar o conhecimento do direito pelo povo e promover a mediação com o fim de evitar ou diminuir o ingresso de litígios em juízo.

⁴⁶ In *Accès a la justice et état-providence*, cit., p. 217 e segs.

Esses Centros não se fundavam numa ideologia única, de índole trabalhista. Do ponto de vista ideológico mantinham um certo hibridismo, como demonstra o fato de que, em 1933, figuravam entre os membros da Associação de Consultores Jurídicos a Associação das Agências de Informação, a Câmara de Comércio e a Associação Geral de Empresas.

A filosofia desse movimento acompanhava de certo modo o pensamento de Gustav Radbruch. Pugnava pela supremacia da conciliação, descartando o direito, mediante a substituição das normas jurídicas por *normas de vida*. A tarefa da assistência jurídica não seria a de aplicar o direito mas a de restabelecer a paz, devendo gerar um novo tipo de jurista, que serviria às duas partes do litígio; seu ideal não seria o direito mas uma vida feliz, no quadro de uma justiça em sentido amplo. Algo muito próximo, como se vê, ao novo sentido que se está imprimindo à *instrumentalidade* do processo e ao papel que, conforme o Projeto Florença, deveria passar a ser desempenhado pelo juiz.

Ao final da república de Weimar os Centros eram sustentados pelo Estado que permitia que atuassem como consultores os assistentes jurídicos, os juizes-assistentes, os funcionários da administração pública e os juizes. A essa altura os advogados ainda não participavam dessa atividade.

Passaram a participar a partir de 1930, mas por razões de ordem econômica, e isso convinha aos nacional-socialistas membros da Ordem dos Advogados que pregavam a transformação do advogado num artífice da paz, um verdadeiro advogado do povo (*Volksanwalt*), no interesse dos mais pobres.

Em 1934 foram criados a Liga dos Juristas Alemães Nacional-socialistas (*Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen - BNDJ*) e o Serviço Jurídico do Povo Alemão. Com isso, toda a assistência jurídica veio a ser oficializada, ficando sob a fiscalização da BNDJ, cujos dirigentes era nomeados pelo Alto Comissariado para o Direito do *Reich*. A partir daí a assistência jurídica passou a ser proibida aos não arianos. Os judeus, comunistas, socialistas e democratas foram expulsos da Ordem dos Advogados. Assim, os nazistas amalgamaram a ideologia da "Paz pelo Direito" com os interesses da corporação dos advogados que passava por uma severa crise econômica.

Em razão disto, conclui o relatório de Blankenburg e Reifner, a Alemanha de hoje tem boas razões para pôr-se em guarda contra a tentativa de regular os litígios sociais recorrendo à ideologia da "Paz pelo Direito", e não considera urgente pôr em ação novos procedimentos para administrar os litígios, mesmo porque, no campo da mediação, os tribunais alemães têm atuado com pleno êxito.

47. A aceleração do curso dos processos é outro aspecto que não comporta soluções meramente legislativas e está a merecer uma reflexão atenta, para que o Estado não se ponha a buscá-la a todo transe ou mediante a mobilização e o desperdício de recursos inadequados.

Na verdade, só há duas formas de reduzir o tempo necessário para a realização de um trabalho. Uma é aumentar o número dos componentes empregados na produção. Outra é o aperfeiçoamento da tecnologia.

O *processo novo* oferece apenas uma mudança da tecnologia, aplicando à jurisdição contenciosa a tecnologia da jurisdição voluntária. Essa mudança pode levar a uma diminuição do tempo do trabalho, mas importa alteração da natureza do resultado. O produto final não é o mesmo que o visado pela jurisdição contenciosa e pode se tornar imprevisível.

O processo de jurisdição contenciosa submete o produto final a um controle de qualidade, que o processo da jurisdição voluntária suprime. A qualidade buscada pela jurisdição contenciosa reside na adequação do resultado à promessa contida na lei e o processo dispõe dos meios de controle para que essa qualidade seja alcançada. O mesmo não se dá com o processo de jurisdição voluntária, que suprime esses controles por serem desnecessários ao resultado por ela buscado. Na jurisdição voluntária o resultado do processo fica sujeito apenas a um controle difuso, por parte da coletividade dos consumidores dos serviços judiciais.

A supressão dos meios de controle amplia a margem de discricionariedade do juiz e aumenta a margem de imprevisibilidade do resultado final do processo. O aumento da discricionariedade e da imprevisibilidade do resultado incentivam a prática de comportamentos oportunistas e desestimulam o cumprimento da lei e dos contratos. Corresponde a uma tecnologia que deteriora a administração da lei.

48. Alguma flexibilidade na administração da lei é condição de eficácia do sistema. Excesso de flexibilidade, porém, aumenta o risco de

comportamentos oportunistas e gera o aumento da quantidade de litígios para serem solucionados pelo mesmo número de juizes.

Esse fenômeno já pode ser observado entre nós. Registra-se que em 1996 chegaram ao Supremo Tribunal Federal 30.000 novos processos e, no Superior Tribunal de Justiça, 70.000.⁴⁷

A solução do aumento do número de componentes a serem aplicados no processo tem sido intransigentemente recusada, a pretexto de que poria em risco a qualidade do resultado. O aumento do número do recursos aos Tribunais Superiores, porém, comprova que o método empregado está produzindo resultados contrários aos imaginados.

Por outro lado, a redução do tempo do processo pelo aumento da discricionariedade traz à tona o tema da corrupção dos agentes do Estado. É conhecida a fórmula da corrupção: *corrupção = monopólio + discricionariedade - responsabilidade*.⁴⁸ A corrupção que interessa não é a que se apresenta sob a sua forma mais grosseira, o suborno. Há inúmeras outras, como inúmeras são as formas de sedução.

As restrições à garantia do devido processo legal constituem sempre ampliações da discricionariedade. Somada ao monopólio da atividade jurisdicional e excluída a responsabilidade pelos danos causados, que não existe na jurisdição, o resultado favorece à corrupção interna da própria instituição, o desvio de suas finalidades constitucionais.

As restrições ao devido processo legal e ao princípio da legalidade levam ao aprofundamento e não à solução da crise em que se debate o Poder Judiciário.

Tendo presente que meras alterações legislativas não têm condições de melhorar o desempenho do processo, convém examinar em que medida soluções não processuais poderiam contribuir para esse resultado.

49. Sob essa perspectiva, parece oportuno reexaminar a sempre contestada influência positiva de um aumento verdadeiramente significativo do número de juizes.

⁴⁷ Ruy Rosado de Aguiar Jr., "A responsabilidade política e social dos juizes nas democracias modernas", RT 751/42.

⁴⁸ Robert Klitgaard, *Controlando la corrupción*, Buenos Aires, 1994, p. 85, *apud* Jorge S. Malen Seña, "A corrupção dos juizes", in *Revista de Dir. Mercantil*, 108/159.

O de que o Poder Judiciário carece urgentemente, insisto, é de recursos materiais e humanos para atender devidamente à demanda de seus serviços. E só irá obtê-los quando conseguir ampliar a margem de confiabilidade nos seus juízos, o que depende, isso sim, de um processo que assegure, antes que tudo, a certeza da fidelidade de suas decisões ao direito posto e à verdade dos fatos.

É neste sentido, e só nele, que o processo pode contribuir para restaurar a autoridade das sentenças e do próprio Poder Judiciário.

Decisões rápidas se obtêm adequando-se o número de juizes ao número das causas. E isto deve ser pago com recursos econômicos, não com o direito dos outros. Juizes exaustos, em primeira instância, ou juiz único, o relator, nas instâncias superiores, em correria, não projetarão perante o povo a imagem do novo juiz, pelo qual tantos, há tanto tempo, estão esperando.

Em suma, a busca da celeridade não justifica a poda indiscriminada dos ramos pelos quais transita a seiva que alimenta os processos, a dano da eficiência e da qualidade dos resultados que pelo processo se podem atingir.

50. Contra a solução consistente no aumento do número de juizes – e, conseqüentemente, do número de auxiliares da justiça – costuma-se dizer que prejudicaria a qualidade das decisões. A qualidade dos juizes seria inversamente proporcional à sua quantidade, o que se refletiria na qualidade das suas sentenças.

É muito fácil dizer que a quantidade prejudica a qualidade, mas esse argumento não corresponde exatamente à verdade, nem pode ser levado a sério indiscriminadamente. Na maior parte das vezes exprime tão somente uma meia verdade.

Suposto que esse argumento fosse verdadeiro, ou na parte em que o fosse, o que dele se extrairia não é que só teria qualidade o que não existisse em quantidade, o que é evidentemente falso, mas sim a necessidade de responder uma outra indagação; qual seja: "a partir de que ponto o aumento da quantidade de juizes começa a diminuir a qualidade do conjunto dos magistrados?"

A resposta a essa indagação envolve diversas questões.

A primeira delas diz respeito à determinação da qualidade que se deve esperar de um corpo de magistrados e do grau em que é preciso

que essa qualidade exista. Quanto maior for o número de virtudes necessárias para compor a qualidade desejada e quanto mais alto tiver que ser o seu grau, menor será a quantidade de indivíduos que poderá compor o corpo de juizes e poder-se-á chegar ao ponto em que se revele impraticável o recurso às vias judiciais como forma pacífica de realização do direito. De outro lado, não há nada que faça supor que tão excelsas criaturas viriam a ser bons juizes.

É verdade que sempre haverá juizes de excepcional qualidade, mas de um juiz não se exige isso. O que se exige do juiz é que corresponda ao padrão do homem médio de seu tempo e de seu país e que, sendo médio, não pode ser raro.

Nesse padrão se compreendem: os princípios morais que esse homem respeita por hábito, os conhecimentos jurídicos de que tem ele pleno domínio, e o volume de trabalho que está em condições de produzir.

As pessoas que, a respeito desses três aspectos, compõem o padrão médio do seu tempo e do seu país não podem ser tão poucas que não possam preencher o número de cargos de juiz exigido pela quantidade de trabalho judicial a ser desempenhado. Se fossem assim tão poucas não constituiriam a média da população.

O que está levando à conclusão de que são muito poucos os candidatos a juiz que se podem aproveitar é o reduzido número de aprovações em relação ao número de inscritos nos concursos para ingresso na magistratura. Isto, porém, não significa que não exista um número de candidatos aptos para o exercício da magistratura maior do que o revelado pelos concursos. O pequeno número de candidatos aprovados em relação ao número dos inscritos é decorrência do critério de seleção que tem sido utilizado e, ao que consta, não se tem questionado se esse critério está certo, ou errado.

51. A meu ver, os concursos se têm organizado sob critérios que excluem grande número dos que poderiam vir a ser bons juizes.

Com efeito, daquelas três virtudes a que aludi – moral sadia, domínio do conhecimento e capacidade de trabalho – os concursos têm condição de aferir uma só: o conhecimento. É a única, aliás, que, se faltar mas existirem as outras duas, poderá vir a ser adquirida posteriormente. Não é, portanto, a de maior peso, nem deveria ter caráter excludente.

Caberia perguntar, então, como fazer para aferir as outras duas virtudes. Isto não é muito difícil, porque essas outras virtudes têm a particularidade de se exteriorizarem objetivamente ao longo da vida das pessoas, tornando-se conhecidas em seu meio.

Os juizes hoje são escolhidos ainda muito jovens, mal saídos das Faculdades de Direito. Os candidatos muito jovens ainda não tiveram tempo de mostrar suas qualidades morais e sua competência profissional perante a coletividade a que pertencem, onde vivem e trabalham. A admissão de candidatos muito jovens priva a seleção do seu critério mais prático, natural e econômico.

Entendo, por isso, que os juizes devem ser escolhidos, por concurso certamente, mas entre advogados com mais de 10 ou 15 anos de comprovado exercício da advocacia. Privilegia-se deste modo o conhecimento que se tenha do candidato sobre o conhecimento que o candidato tenha.

Não vejo mal em que um juiz não tenha no início da carreira um vasto cabedal de conhecimentos jurídicos. Primeiro, porque o direito vive em permanente mutação e o que dele, num dia, muito se saiba pode tornar-se muito pouco poucos anos mais tarde. Segundo, porque se alguns conhecimentos faltarem ao juiz (e sempre faltarão), mas se for ele uma pessoa bem formada, tratará de estudar o necessário antes de dar sua sentença. Vejo mal, isto sim, um juiz que disponha de notável saber jurídico mas só o ponha a serviço de quem lhe convenha, ou de quem ele dependa.

O conhecimento do Direito e a técnica do julgamento se aprendem no próprio campo de trabalho. A retidão de caráter, a inteligência para o estudo e a disposição para o trabalho têm que ser adquiridas muito antes. Já se disse outrora que a educação de uma pessoa começa 20 anos antes de ela nascer.

Por último, a determinação do ponto em que o aumento da quantidade começa a prejudicar a qualidade é uma questão empírica que tem que ser resolvida experimentalmente. Não há meios de se determinar esse ponto *a priori*, inclusive porque a capacidade de adaptação e de progresso do ser humano é insondável e costuma desafiar todas as previsões. Adequadamente estimulado todo ser humano revela uma admirável aptidão para superar-se.

É possível pensar também em soluções processuais para melhoria do desempenho do processo. Uma questão que merece novas reflexões é a que diz respeito às virtudes do aumento ou da diminuição dos juízos discricionários. Convém meditar um pouco a esse respeito.

52. Da necessidade de vincularem-se as sentenças à lei, é comum extrair-se a crítica de que essa vinculação gera um juiz legalista, quando o de que se precisa é um juiz justo.

É uma crítica excessivamente superficial e, de certo modo, negativista, porque pode variar muito o que se tenha por justo; mormente quando se sabe que basta uma diferença de três graus no meridiano terrestre ou dez graus de variação na temperatura média, para que o justo se tenha por injusto, o certo por errado e a virtude por pecado.

O que é preciso ter sempre presente é que, quando se fala em lei, fala-se em lei interpretada. Não existe lei sem interpretação. A lei é sempre a lei mais a sua interpretação. Cabe ao juiz, interpretando a lei, revelar a justiça que há no seu comando. É para isso que a sociedade precisa de juizes. E é por isso que os juizes dependem de um processo programado para possibilitar que, mediante a aplicação da lei, se possa encontrar, para caso concreto, a sentença mais justa possível.

A justiça da sentença é o produto da justa interpretação da lei feita por um justo juiz mediante um justo processo.

Aumenta-se a vinculação da sentença à lei reduzindo-se a área de discricionariedade do juiz e ampliando-se o grau de precisão e de eficiência dos institutos que compõem o sistema processual.

Este é um aspecto em que o processo pode ser melhorado por via legislativa e independentemente do aumento da despesa pública, ao contrário do que ocorre com a elevação do número de juizes e auxiliares da justiça.

A redução dos juízos discricionários pode proceder-se por três modos diferentes: (a) pela supressão dos que não sejam absolutamente necessários; (b) pela redução da amplitude da discricionariedade onde a discricionariedade do juízo se revelar insuprimível; (c) pela limitação da antecipação da tutela às ações previamente designadas pelo legislador, mantidas dentro dos devidos limites as cautelares antecipatórias.⁴⁹

⁴⁹ Cf. Botelho de Mesquita, "Limites ao poder do juiz nas cautelares antecipatórias", in *Revista Brasileira de Direito Processual Civil*, Uberaba, vol. 56, p. 44.

53. Das inúmeras alterações introduzidas no processo civil pelas mencionadas reformas, examinamos apenas aquelas que corporificam de modo pleno as autodenominadas "novas tendências" do direito processual. São as que constituem o cerne do novo processo, caracterizado por uma metódica diluição da jurisdição contenciosa e sua progressiva absorção pela jurisdição voluntária.

É importante notar, contudo, que essa tendência tem a propriedade de influir nas que denominei de *mutações técnicas* do processo civil; vale dizer: alterado o escopo e a natureza do processo, é por esta alteração que passam a se orientar quaisquer outras mutações internas do processo.

Pode-se dizer que à excessiva ampliação da discricionariedade atribuída ao juiz, corresponde uma diminuição diretamente proporcional do rigor e da precisão técnicas dos conceitos e institutos que estruturam o sistema processual, a dano naturalmente do império do direito.

Exemplificando. Se para a consecução dos novos fins do processo se torna necessário ampliar o poder discricionário do juiz com sacrifício do devido processo legal, isto passa a valer não só para introduzir no processo a antecipação da tutela, mas também para ampliar os poderes do relator nos recursos ou processos de competência originária dos tribunais.

Essa tendência é perceptível em boa parte da doutrina contemporânea e acaba por se refletir na legislação processual, condensando-se em normas de segunda e até de terceira geração destinadas a remediar, ou remendar – nem sempre com êxito – as feridas abertas nas veias do sistema processual.

Ao introduzir o instituto da antecipação da tutela, por exemplo, criou ou legislador, e deixou sem solução, dois problemas: (a) a falta de disciplina para a execução da tutela, assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa; e (b) a falta de demarcação dos limites entre o campo da antecipação da tutela e o das cautelares antecipatórias.

Ante os inevitáveis reclamos da prática e denotando estar sendo pego totalmente despreparado, está respondendo o legislador dentro de uma orientação que desaconselha e desestimula fortemente o prosseguimento de quaisquer estudos, em nível científico, sobre o direito processual.

No que se refere à execução da antecipação da tutela, por exemplo, não teve outra coisa a oferecer senão a reintrodução – sob pesada camuflagem, aliás – da prisão por dívida, ao pretense abrigo do agora prestigioso *contempt of court*. Nada menos que a volta da velha penhora sobre o corpo, mandando às urtigas a Constituição da República, a pretexto de assegurar o que, com nova embalagem, passa a atender pelo rótulo de *provements mandamentais*. Confira-se, neste sentido, a alteração do art. 14 do Código de Processo Civil, proposta pelo Projeto de Lei 3.475/2000, atualmente em tramitação no Congresso Nacional.⁵⁰

E, no que tange à separação entre os campos da antecipação da tutela e da cautelar antecipatória, à falta de ter o que sugerir, propõe nada mais nada menos que uma nova espécie de fungibilidade, a par das já existentes: a fungibilidade entre a antecipação da tutela e a *providência de natureza cautelar*. Confira-se, neste sentido, a redação proposta para o art. 273, § 7.º, do Código de Processo Civil, com a redação proposta pelo Projeto de Lei 3.476/2000.

Não se propõe este estudo, no entanto, a identificar e analisar as diversas mudanças que se possam observar nas mini-reformas processuais, mas apenas a tendência central e única, pela qual se orientam hoje e à qual se submetem uniformemente, a doutrina, a jurisprudência e a legislação processual civil.

Essa uniformidade é inquietante. Suposto que a presente análise contribua pelo menos para quebrar essa unanimidade esterilizante, que vem condenando ao desaparecimento o direito processual civil, já terá alcançado boa parte de seu objetivo.

§ 6.º Conclusão

54. Para encerrar e pensando no aperfeiçoamento do direito processual, tenho que, mantendo-se fixo o escopo do processo civil, centrado na realização da ordem jurídica, não é difícil melhorá-lo para que desempenhe essa função de modo rápido e seguro, sem se divorciar do modelo adotado pela Constituição Federal para a jurisdição contenciosa.

Para tanto, conforme já ficou exposto, o que de se precisa é prioritariamente do aumento dos recursos humanos e materiais necessários ao bom funcionamento do processo, mas também da introdução de inovações técnicas que se mostrem necessárias a partir de dados concretos estatisticamente levantados.

Isto é caro? É claro que é. Esse custo, porém, ou se paga em dinheiro, ou se paga com a liberdade. Dos regimes políticos que optaram pelo sacrifício da liberdade, o fato é que nenhum sobreviveu. A verdade nua e crua é essa.

55. Ao longo da exposição que agora se encerra procurei examinar as chamadas “novas tendências do direito processual” sob a perspectiva de sua história. Uma longa história como se viu, que se alimenta da experiência de diversos países, de diferentes ideologias, em diferentes épocas.

As “novas tendências” são o espelho que reflete um dos lados dessa história. O lado que nunca conseguiu reunir as condições necessárias para sobreviver, mas que, para mal de nossos pecados, está sempre renascendo como as cabeças da Hidra, a mitológica serpente que habitava os pântanos de Lerna.

Pôr-lhe fim para sempre foi um dos Doze Trabalhos de Hércules, impostos ao herói por Euristeus, acenando-lhe com a imortalidade, ou segundo outros pelo próprio Zeus, mas isto já faz parte de outra história.

⁵⁰ Hoje, Lei 10.358, de 27.12.2001