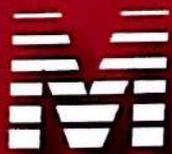


INSTITUIÇÕES DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Cândido Rangel Dinamarco

I

8ª edição, revista e atualizada
segundo o novo Código de Processo Civil
e de acordo com a Lei 13.256, de 4.2.2016



Cândido Rangel Dinamarco

**INSTITUIÇÕES DE
DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

VOLUME I

*8ª edição, revista e atualizada
segundo o novo Código de Processo Civil
e de acordo com a Lei 13.256, de 4.2.2016*

**MALHEIROS
EDITORES**

Livro I

**OS FUNDAMENTOS
E AS INSTITUIÇÕES FUNDAMENTAIS**

***TÍTULO I – o direito processual civil:** CAPÍTULO I – as grandes premissas. CAPÍTULO II – a lei processual civil – conceito, objeto e dimensões. CAPÍTULO III – o código de processo civil de 2015 e o direito intertemporal. **TÍTULO II – o acesso à justiça e a tutela jurisdicional:** CAPÍTULO IV – os conflitos e a ordem jurídica justa. CAPÍTULO V – os escopos do processo civil e a técnica processual. CAPÍTULO VI – espécies de tutelas jurisdicionais e a realidade dos conflitos. CAPÍTULO VII – a tutela jurisdicional coletiva e o processo coletivo. **TÍTULO III – o processo civil brasileiro:** CAPÍTULO VIII – o modelo processual civil brasileiro. CAPÍTULO IX – processo civil comparado. CAPÍTULO X – os fundamentos constitucionais: princípios e garantias do processo civil. CAPÍTULO XI – passado, presente e futuro do direito processual civil brasileiro: tendências. **TÍTULO IV – os institutos fundamentais:** CAPÍTULO XII – institutos fundamentais do direito processual civil (categorias processuais).*

TÍTULO I – O DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Capítulo I – AS GRANDES PREMISAS

1. características e tendências do processo civil contemporâneo – o novo Código de Processo Civil brasileiro e a legislação extravagante. 2. solução imperativa de conflitos. 3. o direito processual civil. 4. direito formal, sem formalismo – as formas processuais como penhor da segurança e liberdade das partes. 5. direito processual e direito material. 6. dois planos distintos. 7. o direito processual material. 8. institutos processuais particularmente influenciados pelo direito material. 9. ramo do direito público. 10. o processo como ramo do direito público e a (relativa) indisponibilidade das situações processuais. 11. denominação. 12. a ciência processual civil. 13. a teoria geral do processo. 14. direito processual constitucional. 15. direito processual civil internacional. 16. direito processual civil comparado. 17. o ramo jurídico, a técnica, a ciência e a arte. 18. o vocabulário da ciência processual e o necessário emprego da linguagem adequada. 19. instrumento ético e não puramente técnico.

1. características e tendências do processo civil contemporâneo – o novo Código de Processo Civil brasileiro e a legislação extravagante

Todo estudo verdadeiramente científico do direito processual da atualidade deve passar obrigatoriamente por alguns pontos de grande vigor metodológico, responsáveis pela caracterização do moderno processo civil como um legítimo *instrumento político de pacificação* e pela construção de um sistema de feição significativamente diferente daquela presente no processo civil tradicional. A partir de meados do século XX a doutrina dos processualistas vem se despregando de suas seculares posturas conceitualistas, para envolver-se com certas realidades subjacentes ao processo, de conotação política, social, econômica, cultural e humana. Abandonou aquela *visão introspectiva* do sistema, característica dos tempos em que a ciência processual buscava a afirmação de

sua própria autonomia e a definição de seus conceitos. Passou a valorizar as relações do processo civil com a Constituição Federal e com essas realidades, lançando o foco nos *resultados* das experiências processuais perante o ser humano e a sociedade como um todo. A afirmação do processo como um instrumento aplicado exclusivamente à efetividade da ordem jurídico-substancial perdeu lugar nas preocupações dos processualistas modernos, aos quais mais preocupam os *escopos sociais* do processo e da jurisdição, característicos da atual fase científica de postura declaradamente *instrumentalista*. A esses escopos é dada relevância muito maior que aos seus escopos puramente jurídicos. Reconhece-se, nos dias que correm, que o processo e a ordem processual só têm valor pelos resultados pacificadores que sejam capazes de produzir e pela consequente capacidade, que tenham, de propiciar sensações felizes às pessoas mediante a efetividade de seu *acesso à justiça* – e esse é o postulado fundamental do método a que vem sendo dada a denominação de *processo civil de resultados*.

Essa opção metodológica foi compartilhada pelo legislador de 2015, o qual, já na Exposição de Motivos do novo Código de Processo Civil, tratou de explicitar os propósitos magnos de sua reforma, comprometidos com os postulados político-sociais da moderna ciência processual. Falou, em primeiro lugar, (a) no propósito de *harmonia da ordem processual com a Constituição Federal* e logo em seguida (b) no compromisso de *fidelidade ao contexto social*, com a maior aderência possível às realidades subjacentes ao processo. Ressaltou ainda (c) a busca do maior rendimento possível para otimização dos resultados da experiência processual (*processo civil de resultados*) e (d) a busca de um “maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe assim maior coesão”, em clara alusão à valorização dos precedentes judiciais como fator não só de um racional aproveitamento das atividades dos juízes e tribunais, como também de uma indispensável *segurança jurídica* a ser oferecida aos jurisdicionados mediante a previsibilidade dos julgamentos. Nesse contexto o propósito (e) de simplificação dos procedimentos, eliminando formalidades ou atos desnecessários ou inúteis, comparece como uma proposta de caráter técnico-

-processual destinada a dar apoio à concretização dos objetivos centrais da reforma.

Ao longo do texto do próprio Código veem-se dispositivos claramente voltados à concretização desses propósitos, como os que proclamam a fidelidade do sistema à Constituição Federal (arts. 1º, 3º, 4º, 7º, 9º e 10º) e aqueles que em situações particulares reclamam a observância do contraditório (art. 98, § 1º, inc. VIII, art. 329, inc. II, art. 372, art. 503, § 1º, inc. II, *etc.*). *etc.* O Código de 1973 não continha sequer uma alusão a essa garantia constitucional e à Constituição Federal só se referia em uns raros dispositivos, *en passant* e sem essa preocupação sistemática. O novo Código apresenta ainda muitos dispositivos relacionados com a *aderência do sistema às realidades sociais*, especialmente mediante a valorização dos *meios alternativos* de solução de litígios (arbitragem, mediação e conciliação), e com os *precedentes judiciais* como autênticas fontes do direito (art. 927 *etc.* – *infra*, nn. 33-34) *etc.* Abre portas a certos *negócios jurídico-processuais* a serem ajustados entre as partes com vista à adaptação dos procedimentos e de seus próprios poderes, deveres, faculdades e ônus processuais às realidades de cada caso concreto (arts. 190, 191 *etc.*). Fazem parte desse sistema o *diálogo* entre as partes e o juiz e a *cooperação* entre todos (art. 6º).

Eis aí, pelo que vem dizendo a doutrina e pelo que está no direito positivo brasileiro, o traçado das linhas nucleares de um *programa de direito processual civil*, a ser observado em toda obra que aspire a ser verdadeiramente científica. Exaltar as ligações da ordem processual com a Constituição Federal, ressaltar os princípios lançados por esta sobre o processo (direito processual constitucional), valorizar os *precedentes judiciais* como meio de assegurar *segurança jurídica* às partes, favorecer o entendimento entre estas e a *solução consensual de litígios*, exigir estrita *lealdade* entre todos os que participam do processo – eis os mais destacados pontos de natureza metodológica que devem frequentar com assiduidade os estudos do processualista moderno e o programa de seus compêndios.

Esse programa deve ser também sensível às *tendências evolutivas* do direito e da própria ciência do processo, mirando o *presente* de suas instituições à luz das experiências do *passado* e com

o espírito lançado sobre o que se espera no *futuro* das instituições processuais. Há cerca de quatro décadas identificou o pensador Mauro Cappelletti as mais significativas tendências dessa evolução que denominou de *ondas renovatórias*, cuja síntese consiste na *ampliação e aprimoramento da oferta de tutela jurisdicional pelo Estado aos membros de sua população* – seja mediante a redução dos bolsões de conflitos não jurisdicionalizáveis, sempre inevitáveis em toda ordem processual, seja pela compensação das vulnerabilidades daqueles que não têm como valer-se dos instrumentos processuais para defesa de seus direitos, seja ainda pelo *aprimoramento* do instrumental posto à disposição dos juízes e das partes para a consecução do superior objetivo de acesso à justiça. Nesse conjunto de medidas reside o que a doutrina vem denominando *universalização da tutela jurisdicional*.

São em número de três essas famosas ondas: a) a onda consistente em um movimento em prol da *assistência judiciária*, com vista a superar os obstáculos que a pobreza opõe ao ingresso em juízo e ao acesso à justiça; b) a onda das reformas necessárias à *tutela dos interesses transindividuais*, especialmente dos respeitantes às comunidades de consumidores e à higidez do ambiente; c) a onda da implantação de múltiplas inovações visando a uma espécie de *justiça coexistencial* mais acessível e participativa, com forte tendência à universalidade e, numa palavra, a um *processo mais justo*.

No direito positivo brasileiro a *primeira das ondas renovatórias* manifesta-se com mais intensidade na legislação extravagante responsável pela abertura de caminhos processuais à população de menor poder aquisitivo (juizados especiais) mas também o novo Código de Processo Civil cuidou, ainda que timidamente, de agilizar mecanismos destinados a ampliar e facilitar a fruição dos benefícios da *assistência judiciária* (art. 98, §§ 1º, incs. V, VI e VII, e 6º). Também a implantação das Defensorias Públicas constitui uma clara atitude de adesão a essa onda. Tenhamos porém a consciência da insuficiência desse pouco que vem sendo oferecido aos litigantes menos favorecidos da fortuna e da necessidade de ampliar esses benefícios em direção a uma oferta mais intensa de caminhos para um efetivo acesso à justiça.

Um insuportável gargalo que empeça o cumprimento da promessa constitucional de *assistência jurídica integral* aos necessitados, e que clama por maior atenção do Estado-legislador, é o *custo das perícias*, com o qual os mais pobres não têm como arcar. Mirando o futuro das nossas ondas e tendências, pensemos na possibilidade de implantar um quadro oficial de peritos pagos pelo Estado e encarregados de prestar seus serviços técnicos aos litigantes carentes, sem prévia remuneração. O novo Código de Processo Civil deu início a um movimento nesse sentido ao dispor que a perícia em causas dos necessitados deverá ser custeada “com recursos alocados no orçamento do ente público e realizada por servidor do Poder Judiciário ou por órgão público conveniado” (art. 95, § 3º, inc. I) ou paga “com recursos alocados no orçamento da União, do Estado ou do Distrito Federal, no caso de ser realizada por particular” (inc. II). Mas enquanto esse sistema não é implantado o problema permanece, porque seria inconstitucional (Const., art. 170) obrigar esses profissionais a trabalhar sem prévio adiantamento ao menos de parte de seus honorários e com o risco de ao fim nada receberem.

Também da legislação extravagante ao Código vem o alinhamento do direito positivo brasileiro à *segunda das ondas* de Mauro Cappelletti, a onda de *coletivização da tutela jurisdicional* mediante a tutela referente aos direitos transindividuais. Essa tendência universal teve curso neste país principalmente mediante a implantação de uma legislação referente à tutela jurisdicional relacionada com o *meio ambiente* (Lei da Ação Civil Pública/LACP, de 1985) e, logo depois, com a proteção dos consumidores em suas relações com os fornecedores de bens ou serviços (Código de Defesa do Consumidor/CDC, de 1990) – mas o novo Código de Processo Civil, que como seu antecessor optou por ser um estatuto da tutela jurisdicional *individual*, nada dispõe sobre os processos coletivos ou a tutela coletiva de direitos.

Contém todavia significativas disposições de abertura à ampliação dos efeitos das decisões judiciais por outros modos, como o incidente de julgamento de *recursos repetitivos* no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça (arts. 1.036-1.041) e o incidente de resolução de *demandas repetitivas* (arts. 978-987). Além disso, ao prestigiar vigorosamente os *pre-*

cedentes jurisdicionais como verdadeiras fontes do direito (*infra*, nn. 63-64) o Código contribui para a ampliação da utilidade dos julgamentos mediante a (ainda que relativa) propagação de seus efeitos a outras causas e a outros sujeitos não participantes do processo. É lícito enxergar nesses movimentos do direito processual brasileiro uma adesão à tendência à *universalização da tutela jurisdicional*, que constitui uma síntese das *ondas* indicadas por Mauro Cappelletti.

Esses movimentos autorizam a identificação da tendência a uma *visão macroprocessual* do exercício da jurisdição, isto é, favorecem a percepção de uma caminhada no sentido de ampliar objetiva e subjetivamente os efeitos das decisões judiciais ou ao menos sua influência em uma pluralidade de casos e de pessoas, a bem da eficiência da Justiça e da previsibilidade de suas decisões (André de Albuquerque Cavalcanti Abbud).

Daquelas três ondas foi a *terceira* que mereceu maiores atenções do novo Código de Processo Civil, a saber, a onda do *aprimoramento interno* do processo civil com vista à consecução do trinômio efetividade-adequação-tempestividade, que compõe o núcleo substancial da garantia constitucional da tutela jurisdicional, ou de acesso à justiça (Kazuo Watanabe – Const., art. 5º, inc. XXXV). Em seu contexto o novo Código propõe “a implantação de múltiplas inovações visando a uma espécie de *justiça coexistencial* mais acessível e participativa, com forte tendência à universalidade e, numa palavra, a um *processo mais justo*”. São normas de feição preponderantemente técnica, especialmente voltadas a favorecer a *celeridade*, a *agilidade* e a maior *utilidade* do processo e do procedimento, distribuídas ao longo de todo seu corpo, especialmente mediante a eliminação de atos ou incidentes inúteis ou desnecessários e a substituição destes por outros de maior eficiência – sabendo-se que uma das tendências centrais do processo civil moderno é o *repúdio ao formalismo* mediante a flexibilização das formas e interpretação racional das normas que as exigem, segundo os objetivos a atingir.

Pelo aspecto técnico-processual, toda obra moderna de direito processual civil deve também aplicar-se ao estudo sistemático dos

quatro *institutos fundamentais do processo*, de modo a coordenar adequadamente a interação entre a *jurisdição* exercida pelo juiz, a *ação* e a *defesa* exercidas pelas partes e o *processo* como eficiente método de trabalho destinado ao exercício dessas três ordens de poderes ou faculdades. Estudar o processo civil em seus aspectos conceituais e operacionais é estudar a *jurisdição*, a *ação*, a *defesa* e o *processo*, porque não há um só instituto ou uma só norma de direito processual que não se enquadre em um desses quatro institutos – os quais, por isso mesmo, se reputam *fundamentais* (*infra*, nn. 146 ss.).

Também devem ser incluídos nos compêndios gerais dos processualistas os elementos fundamentais da *organização judiciária* e dos superiores princípios e normas constitucionais e legais que a regem. Muito rigorosamente, pelo aspecto conceitual a organização judiciária não se confunde com o direito processual, sendo usual atribuir uma natureza *administrativa* às normas que a regem – com a consequência de que os temas relativos a ela não deveriam ser incluídos nas obras de direito processual. Na processualística moderna, contudo, tem-se a consciência da impossibilidade de bem compreender a dinâmica operacional dos processos perante a Justiça sem bem conhecer a estrutura do Poder Judiciário, a diversidade dos órgãos que o compõem, a missão de cada um no complexo das atividades voltadas à oferta de tutela jurisdicional, os modos como cada um atua, os graus hierárquicos que os interligam à disciplina do exercício da jurisdição no tempo e, muito especialmente, os princípios e os superiores fundamentos constitucionais e legais responsáveis pela coordenação de toda essa gama de temas de primeira grandeza.

Hoje é incontroverso que com a função jurisdicional exercida pelo Estado se relacionam intimamente os variados aspectos da *constituição orgânica* do complexo de instituições afetas a esse exercício. A organização judiciária está para o direito processual como a *anatomia* dos seres vivos está para a compreensão das *funções* que cada um de seus órgãos tem o encargo de realizar, ou seja, a compreensão de sua *fisiologia*. Sem o conhecimento da *constituição orgânica* das instituições afetas ao exercício da jurisdição não

se chega ao íntimo das questões relacionadas com esse exercício e com o exercício da ação e da defesa pelas partes.

Por isso é que, como todo processualista moderno aceita, não é metodologicamente correto cindir de modo absoluto, ou mesmo separar exageradamente, o estudo do direito processual e o da *organização judiciária*. Não se conhecem bem as regras sobre a *competência* sem o conhecimento da complexa trama dos juízos e tribunais de todos os níveis, localizados em todo o país. Especificamente, não se pode entender com segurança e precisão as normas sobre *competência de jurisdição* sem ter uma percepção adequada das funções que cada uma das Justiças é constitucionalmente chamada a exercer. Também o conhecimento dos temas relacionados com *o tempo no processo* depende de uma visão adequada das normas de organização judiciária referentes aos períodos do ano ou do dia em que os órgãos judiciários estão ativos. Esses e outros temas referentes à organização judiciária são pois tão intimamente ligados ao processo em sua feição operacional, que sua inclusão nos compêndios de direito processual constitui um imperativo da busca de soluções processuais adequadas.

2. *solução imperativa de conflitos*

Direito processual é, resumidamente, *técnica de solução imperativa de conflitos*, quer se trate de conflitos de natureza civil, penal, trabalhista, tributária *etc.* (*infra*, n. 58). Indivíduos e grupos de indivíduos envolvem-se em conflitos com outros, relativamente a bens materiais ou situações desejadas ou indesejadas, nem sempre chegando a uma solução espontânea ou negociada. Às vezes são pretensões que encontram a resistência da pessoa que poderia satisfazê-las e não as satisfaz, sendo vedada a autotutela (*infra*, n. 54) e até incriminada penalmente (crime de *exercício arbitrário das próprias razões* – CP, art. 345). Isso se dá, de modo geral, no campo das pretensões ou direitos ditos *disponíveis*, especialmente em matéria obrigacional ou mesmo real, entre privados. Outras vezes trata-se de pretensões que a própria ordem jurídica impede que sejam satisfeitas por ato do sujeito envolvido, o que

se vê especialmente em relações de família (p.ex., a anulação de casamento), de direito penal e, de modo geral, sempre que se trate de pretensões ou direitos *indisponíveis*. Em todas essas hipóteses, quando não houver a *resignação* do sujeito quanto ao bem da vida que constitui objeto da pretensão, o único caminho civilizado e permitido para tentar a satisfação será *o processo* – sendo indiferente, para a realização deste, se a razão está com o sujeito que tomou a iniciativa de acorrer ao sistema judiciário ou com seu adversário. Esse processo será realizado sob o comando de um juiz estatal ou, em caso de prévia convenção entre as partes, pelo *árbitro* que elas houverem nomeado. Também se valoriza em tempos atuais a busca de solução de conflitos mediante o consenso das partes, como se dá na *mediação* ou na *conciliação* – ou seja, valorizam-se as *soluções consensuais* de extrema legitimidade como instrumentos de pacificação social. Muito se valoriza também a *arbitragem* como sistema de processo e fonte de decisões a serem tomadas por um sujeito da confiança das partes e por elas escolhido – o árbitro (*infra*, n. 177). A diferença fundamental entre os meios alternativos de solução dos conflitos é que na arbitragem essa solução é ditada por um terceiro, o árbitro (*heterocomposição*), enquanto na mediação ou conciliação as próprias partes estabelecem os termos e limites dessa solução (*autocomposição*, ou solução consensual).

Bens da vida são todas as coisas, situações ou mesmo pessoas que de algum modo possam ser objeto de aspirações e de direitos. As *coisas* são bens materiais (móveis, imóveis), as situações relevantes para o direito são bens imateriais (p.ex., a liberdade ou o estado de casado) e as *pessoas* podem ser objeto de uma relação jurídica, p.ex., quando se trata de sobre elas exercer o poder familiar ou a guarda. Fala-se em *bens da vida* porque é em relação a eles que, na vida comum e independentemente de qualquer atividade processual, os direitos são exercidos e as pretensões incidem (*pretensão*, no sentido de aspiração ou atitude mental endereçada à obtenção ou conservação do bem da vida).

Falar em solução *imperativa* de conflitos não corresponde a afirmar que o processo civil constitua monopólio estatal porque não só ao Estado compete o exercício do poder com a conota-

ção de imperatividade, mas também aos árbitros. Hoje tem-se a consciência de que também estes exercem a jurisdição, embora a fonte de seu poder de decidir imperativamente seja a vontade das partes e não o poder estatal, como se dá com os juizes do Poder Judiciário (*infra*, n. 155).

O Estado conduz o processo e decide os conflitos por obra de agentes específicos que são os juizes e seus auxiliares e mediante o exercício do *poder estatal*. Consiste este na *capacidade de decidir imperativamente e impor decisões* – e o que faz o Estado-juiz no processo civil é precisamente isso: ele *decide* segundo certos critérios valorativos e produz resultados práticos até mesmo mediante emprego da força quando for necessário. No processo civil moderno ressaltam-se os poderes do juiz, endereçados a fazer cumprir rigorosamente suas decisões, sob pena de o exercício do poder ficar truncado – decidindo mas não impondo a efetivação do decidido. A *efetividade do processo* é um dos temas de maior destaque no processo civil moderno. Como se dá em todos os setores do exercício do poder estatal, o juiz atua no processo de modo *inevitável*, o que significa que a efetividade de suas decisões não deve depender da boa vontade dos sujeitos envolvidos (*disposição a obedecer*) nem de sua prévia disposição a aceitar os resultados futuros. O processo não resulta de qualquer ajuste de vontades entre os litigantes, e para ter início basta a iniciativa de um deles. O outro, chamado a participar, poderá ser mais ou menos diligente e pode até omitir-se por completo (*revelia etc.*) mas sua vontade é indiferente para que o processo se realize ou para que produza os resultados adequados em cada caso; eventuais resistências são vencidas pelo exercício de *coerções* sobre sua vontade, com sanções para o descumprimento ou mesmo imposição de medidas de sub-rogação, pelas quais o Estado produz, ele próprio e por ato seu, os resultados que o obrigado houver deixado de produzir.

Existem possibilidades de solução de conflitos obtida mediante a participação de terceira pessoa, sem a marca da imperatividade, o que se dá na conciliação e na mediação. Essas são as soluções *consensuais* de conflitos mediante *autocomposições* induzidas ou

facilitadas pelo conciliador ou mediador. Na arbitragem não há uma *autocomposição* porque a definição do litígio é dada por terceira pessoa, o árbitro, e não pelas próprias partes. A arbitragem, a conciliação e a mediação costumam ser agrupadas em uma categoria própria, a que se denomina *meios alternativos de solução dos conflitos* (*infra*, n. 174 ss.). O direito estimula a autocomposição por ato de boa vontade de ambos os envolvidos (transação) ou de um deles (renúncia, submissão), mas quando por nenhum desses meios se chega à pacificação não há como eliminar o conflito sem a resignação e sem o processo civil.

3. o direito processual civil

Direito processual é o *conjunto de princípios e normas destinados a reger a solução de conflitos mediante o exercício do poder estatal ou arbitral* (*infra*, n. 155). Esse poder, quando aplicado à função de eliminar conflitos e pacificar pessoas ou grupos, constitui o que se chama *jurisdição*, e esta é a função do juiz ou do árbitro no processo. Em todos os povos, mas notadamente no Estado de direito, é natural que o exercício da jurisdição se submeta a um complexo universo de regras jurídicas destinadas ao mesmo tempo a *assegurar a efetividade dos resultados* (tutela jurisdicional), a *permitir a participação dos interessados* pelos meios mais racionais e a *definir e delimitar a atuação dos juízes*, impondo-lhes deveres e impedindo-lhes a prática de excessos e abusos. Essas regras, postas pelo Estado de modo imperativo, são regras de direito e vinculam todos os sujeitos do processo. Elas integram o *direito processual*, como ramo do ordenamento jurídico nacional. Observá-las é dar efetividade a um valor muito exaltado no Estado democrático moderno, que é o *devido processo legal* – sistema constitucional e legal de disciplina e limitações ao exercício do poder (*infra*, n. 131).

O direito processual, assim entendido, apresenta-se nas subespécies *direito processual civil* e *direito processual penal*.

No sistema brasileiro o direito processual *civil* é o responsável pelo exercício da jurisdição com referência a pretensões fundadas em normas de *direito privado* (civil, comercial) e também *público* (administrativo, tributário, constitucional). Nisso o processo civil

brasileiro diferencia-se de importantes modelos europeus e latino-americanos em que há certas limitações relacionadas com o Estado em juízo. Nosso sistema é o da chamada *jurisdição una* e também o Estado se sujeita aos juízes integrantes do Poder Judiciário e às normas integrantes do direito processual civil. Aqui inexistem o *contencioso administrativo*, que é um sistema de exercício da jurisdição por órgãos da Administração e se aplica a certas causas regidas pelo direito público. Excluem-se do âmbito do processo civil brasileiro *lato sensu*, exclusivamente, as causas de natureza penal.

Esses contornos do direito processual civil tornam difícil delimitar de modo positivo o âmbito de sua incidência, sendo usual a afirmação de que ele é *o ramo do direito processual destinado a dirimir conflitos em matéria não penal* (Liebman). Chega-se a essa delimitação *por exclusão*, à falta de algum outro critério mais direto para definir os limites do direito processual civil.

Também essa colocação é imperfeita. Os litígios regidos pelo direito do trabalho ou pelo eleitoral são excluídos do âmbito do processo civil comum, embora conduzidos mediante as regras de um processo civil *lato sensu*. É muito grande a aplicação subsidiária das normas do processo civil comum ao trabalhista (CLT, art. 769).

4. direito formal, sem formalismo – as formas processuais como penhor da segurança e liberdade das partes

O direito processual é eminentemente *formal*, no sentido de que define e impõe formas a serem observadas nos atos de exercício da jurisdição pelo juiz e de defesa de interesses pelas partes. A exigência de formas no processo é um penhor da *segurança* destas, destinado a dar efetividade aos poderes e faculdades inerentes ao sistema processual (devido processo legal). É clássica a afirmação de que a exigência legal de certas *formas* no exercício do poder pelos agentes estatais constitui culto à *liberdade* das pessoas sujeitas a esse poder, às quais é lícito esperar que os atos de soberania se exerçam segundo o modelo da lei e não conforme

a vontade daqueles agentes – entre os quais o juiz. O que se re-nega no direito processual é o *formalismo*, entendido como culto irracional da forma, como se fora esta um objetivo em si mesma. Forma é a expressão externa do ato jurídico e revela-se no *modo* de sua realização, no *lugar* em que deve ser realizado e nos limites de *tempo* para realizar-se. Opõe-se conceitualmente à *substância* do ato, que se representa por seu conteúdo, varia caso a caso e corresponde ao encaminhamento a ser dado ao processo e ao litígio em cada situação específica.

Por exemplo: a sentença deve conter relatório, motivação e decisório, sendo nula se não motivada. Tal é o *modo* típico de realização desse ato, ou sua *forma* exigida pelo direito (Const., art. 93, inc. IX – CPC, arts. 371 e 489, inc. II). Mas o *conteúdo* de cada uma dessas suas partes estruturais será o que cada caso concreto impuser, sendo que no *decisório* estará o julgamento da causa a ser ditado pelo juiz. Toda sentença deverá ser composta daquelas três partes, mas cada uma apresentará um conteúdo substancial correspondente ao caso e composto pelo juiz segundo seu livre convencimento.

Uma das tendências do processo civil moderno é o *repúdio ao formalismo* mediante a flexibilização das formas e interpretação racional das normas que as exigem, segundo os objetivos a atingir. É de grande importância a regra da *instrumentalidade das formas*, concebida para conduzir a essa interpretação e consistente na afirmação de que, quando atingido por algum modo o *objetivo* de determinado ato processual e não ocorrendo *prejuízo* a qualquer dos litigantes ou ao correto exercício da jurisdição, nada há a anular ainda quando omitido o próprio ato ou realizado com transgressão a exigências formais. *Não há nulidade sem prejuízo* (CPC, arts. 277, 282 e 488). As exigências formais estão na lei para assegurar a produção de determinados resultados, como meios preordenados aos fins desejados; o que substancialmente importa é o resultado obtido, ou fim atingido, e não tanto a regularidade no emprego dos meios. Elas visam também, por outro aspecto, a preservar direitos e expectativas de algum sujeito, não sendo racional dar-lhes tanta importância a ponto de reputar inválido o ato sem que o sujeito a ser protegido haja sido lesado pelo

mero desvio formal (Bedaque). As disposições legais responsáveis pelo princípio da instrumentalidade das formas constituem regras de *superdireito*, que comandam superiormente o sistema das nulidades processuais (Galeno Lacerda).

Ainda um exemplo: a citação é um dos atos essenciais de maior importância no processo, pois é a primeira das providências destinadas à efetivação da garantia constitucional do contraditório (participação dos litigantes – Const., art. 5º, inc. LV – CPC, arts. 238-239). Mas se o demandado comparece e defende-se mesmo sem ter sido citado a omissão em nada o prejudicou, porque o objetivo do ato, que era a ciência da propositura da causa, foi inteiramente realizado por outro meio. Inexiste a nulidade do processo em situações assim, embora não cumprida a exigência de citar o demandado (CPC, art. 239, § 1º).

5. *direito processual e direito material*

Conceitual e funcionalmente, *direito processual* opõe-se a *direito material*, ou substancial.

Ele não cuida de ditar normas para a adequada atribuição de bens da vida aos indivíduos nem de disciplinar o convívio em sociedade, mas de organizar a realização do processo em si mesmo. A *técnica da solução de conflitos pelo Estado* – ou seja, o processo – está definida nas normas integrantes de um específico ramo jurídico, que é o direito processual. Ao estabelecer como o juiz ou árbitro deve exercer a *jurisdição*, como pode ser exercida a *ação* por aquele que pretende alguma providência do julgador e como poderá ser a *defesa* do sujeito trazido ao processo pela citação, o direito processual não estabelece norma alguma destinada a determinar o *teor dos julgamentos*; nem fixa critérios capazes de definir qual dos litigantes tem direito ao bem da vida pretendido (direito à tutela jurisdicional) e qual deles há de suportar a derrota.

Jurisdição, ação, defesa e processo são as quatro grandes categorias jurídicas que compõem o núcleo estrutural do direito processual (seus *institutos fundamentais* – *infra*, nn. 146 ss.). Em torno delas gira todo o conteúdo dogmático dessa ciência. *Tutela jurisdicional* é a proteção que, por meio do processo e pelo exercício

da jurisdição, o Estado ou o árbitro dá ao sujeito que tiver razão no litígio (*infra*, nn. 49 ss.).

A instituição de normas contendo critérios para a solução de conflitos (critérios para seu julgamento) constitui tarefa do *direito substancial*, que é integrado pelo direito civil, comercial, agrário, administrativo, ambiental, tributário, financeiro, econômico, eleitoral *etc.*, residindo principalmente nos respectivos Códigos e leis específicas – entre as quais, modernamente, as leis ambientais, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei de Improbidade Administrativa *etc.* As normas substanciais dirigem-se aos sujeitos viventes em sociedade e estabelecem critérios para a atribuição de bens a eles (*v.g.*, as normas sobre propriedade ou posse, as que estabelecem a obrigação de reparar por danos contratuais ou extracontratuais, as que ditam sanção para violações aos deveres entre cônjuges ou transgressões à higidez do meio ambiente *etc.*). Disciplinam também a *cooperação* de pessoas em atividades de interesse comum, como se dá nas leis sobre sociedades mercantis, partidos políticos *etc.*

As normas processuais entram em operação quando algum sujeito, lamentando ao Estado-juiz ou ao árbitro um estado de coisas que lhe desagrada e pedindo-lhe uma solução favorável mediante invocação do direito material, provoca a instauração do processo. A realização do processo, como atividade conjunta de ao menos três sujeitos (juiz, autor e réu), constitui objeto das normas de direito processual.

Há normas de direito processual inseridas em corpos legislativos preponderantemente substanciais, como é o caso de tradicionais artigos do Código Civil sobre a *prova* (arts. 212, 219, 221, 1.602 *etc.*). Do mesmo modo, em leis processuais encontram-se algumas disposições de natureza substancial – *v.g.*, o Código de Processo Civil dispendo sobre a indenização devida pelo litigante de má-fé ou por aquele que obteve uma medida cautelar ou antecipatória, verificando-se ao fim que pelo mérito não tinha razão (arts. 79, 80, 81 e 302). Há também leis que em um só corpo trazem disposições substanciais e processuais, como a Lei do Divórcio, a Lei de Locação de Imóveis Urbanos, o Código de Defesa do Consumidor *etc.*; isso assim acontece, com plena legitimidade siste-

mática, devido à integração do processo e direito material em um só contexto global de tutela, sendo às vezes de toda conveniência disciplinar em um só corpo um determinado instituto de direito substancial e os modos como há de ser tratado quando posto em litígio perante o Poder Judiciário. Cabe ao intérprete consciente a tarefa de separar as normas processuais das substanciais, principalmente para que possa tratar adequadamente umas e outras, a partir dos pressupostos metodológicos próprios a cada um desses campos do saber jurídico (*infra*, nn. 7 e 20 ss.).

6. dois planos distintos (*infra*, n. 61)

Precisamente porque as normas processuais não se destinam a disciplinar diretamente as relações interpessoais ou intergrupais na vida comum nem a criar, modificar ou extinguir direitos subjetivos, assim também não tem essa função o seu destinatário principal – o juiz. Nasce as situações subjetivas *substanciais*, invariavelmente, do concreto acontecimento de algum ato ou fato previsto em norma jurídica geral – como o direito de propriedade é efeito da ocorrência de algum dos modos de aquisição, definidos no Código Civil (originários, derivados), como o crédito nasce do mútuo ou do dano causado, como o direito ao divórcio por decisão judiciária vem da prática de atos desonrosos ou grave violação aos deveres do matrimônio *etc.* O devedor não o é porque o juiz o haja constituído tal mas porque já o era antes do processo e da sentença; o possuidor não se torna dono por obra da sentença que julga procedente a *ação de usucapião* mas porque, tendo exercido a posse adequada por tempo suficiente, a lei civil o considera assim *etc.* As sentenças judiciais limitam-se a *revelar* essas situações criadas pela vida e regidas pelo direito material, eliminando dúvidas e valendo como palavra final a respeito (coisa julgada). Elas não criam situações jurídicas novas. Direitos e obrigações preexistem ao processo. *Ex facto oritur jus.*

Visto desse modo, o trabalho do juiz ou do árbitro consiste apenas (a) na busca da verdade dos fatos através da prova, (b) no enquadramento desses fatos no modelo genérico definido em lei (*fattispecie*) e (c) na explicitação e efetivação da norma concreta emergente da ocorrência do fato concreto. Na parte decisória das

sentenças judiciais ou laudos arbitrais reside essa norma concreta. Mesmo nos casos em que o juiz *constitui* alguma situação jurídica nova, postulada pela parte (v.g., sentença que decreta o divórcio), o direito à modificação jurídica operada pelo juiz preexiste à sentença. O juiz institui entre as partes o *status* de divorciados mas o direito a essa modificação é precedente ao processo e à sentença.

Assim composto, o ordenamento jurídico divide-se em dois planos distintos, interagentes mas reciprocamente autônomos e cada qual com sua função específica. Às normas substanciais compete definir modelos de fatos capazes de criar direitos, obrigações ou situações jurídicas novas (*fattispecie*), além de estabelecer as consequências específicas da ocorrência desses fatos (*sanctiones juris*). As normas processuais ditam critérios para a descoberta dos fatos relevantes e revelação da norma substancial concreta emergente deles, com vista à efetivação prática das soluções ditas pelo direito material. Do juiz espera-se a fiel e correta revelação das normas substanciais concretas, partindo do texto das leis e valendo-se de critérios racionais e realistas para a interpretação legítima e socialmente adequada. Seu raciocínio parte de normas gerais, assim pesquisadas, e chega à norma do caso concreto, que ele próprio não cria mas é uma projeção especificada daquelas.

À *corrente dualista* do ordenamento jurídico, assim configurada, opõem-se as *unitárias*, que tendem a afirmar a participação do juiz na criação das normas concretas, pressupondo a insuficiência da lei material para a instituição de direitos, obrigações e demais situações jurídicas entre as pessoas (*infra*, n. 61).

7. o direito processual material

A autonomia do direito processual e sua localização em plano distinto daquele ocupado pelo direito material não significam que um e outro se encontrem confinados em compartimentos estanques. Em primeiro lugar, porque o processo é uma das vias pelas quais o direito material transita rumo à realização da justiça em casos concretos; ele é um instrumento a serviço do direito material. Depois, porque existem significativas *faixas de estrangula-*

mento, ou momentos de intersecção, entre o plano substancial e o processual do ordenamento jurídico.

A escalada de autonomia científica do direito processual, fruto de vigorosos estudos principiados em meados do século XIX, deixou fora de dúvida que o direito processual tem sua vida própria e cabe-lhe uma missão social e jurídica diferente, em relação ao direito substancial. Seus *escopos*, ou objetivos próprios (sociais, políticos e jurídicos), são bem definidos e não se confundem com os deste (*infra*, nn. 57-65); apoia-se em *fundamentos metodológicos* que não são os mesmos do direito substancial (é direito público, formal, não participa da criação de direitos); e tem seu próprio *objeto material*, que são as categorias jurídicas relacionadas com a atividade destinada a eliminar conflitos. As categorias jurídicas processuais, aglutinadas em torno de seus institutos básicos (jurisdição, ação, defesa e processo), são reconhecidas universalmente como realidades independentes do direito substancial e das situações regidas por ele. Essas conquistas metodológicas principiaram com o reconhecimento da *autonomia da ação* em face do direito subjetivo material (não é mais havida por inerência deste) e da *relação jurídica processual* em face da relação substancial controvertida entre os litigantes (ela difere desta em seus sujeitos, em seu objeto e em seus pressupostos – Oskar Von Bülow – *infra*, n. 136). Hoje não há margem para duvidar da autonomia do direito processual e de sua colocação em patamar distinto daquele em que se situam as normas e relações jurídico-materiais.

Quando porém se passa das especulações abstratas à observação das concretas situações de conflitos entre indivíduos ou grupos (*crises jurídicas*), percebe-se uma proximidade muito significativa entre certos institutos francamente processuais e a situação de direito substancial em relação à qual o processo atuou ou deve atuar. Esses institutos – *ação, competência, fontes e ônus da prova, coisa julgada e responsabilidade patrimonial* – são responsáveis por situações que se configuram fora do processo e dizem respeito diretamente à vida das pessoas em sociedade, em suas relações com as outras ou com os bens que lhes são úteis ou desejados; e só em um segundo momento eles são objeto das técnicas

do processo, a saber, quando um processo se instaura e então se pensa nas atividades a serem desenvolvidas para sua atuação.

A ação, a competência, a prova, a coisa julgada e a responsabilidade patrimonial, recebendo do direito processual parte de sua disciplina (em sua técnica), mas também dizendo respeito a situações dos sujeitos fora do processo (às vezes, até antes dele), compõem um setor a que a doutrina denominou *direito processual material* (Chiovenda). Elas são, portanto, *institutos bifrontes*: só no processo aparecem de modo explícito em casos concretos, mas são integrados por um intenso coeficiente de elementos definidos pelo direito material e – o que é mais importante – de algum modo dizem respeito à própria vida dos sujeitos e suas relações entre si e com os bens da vida. Constituem *pontes de passagem* entre o direito e o processo, ou seja, entre o plano substancial e o processual do ordenamento jurídico (Calamandrei).

A *prova*, por exemplo. É no processo que se desenvolve toda sua *dinâmica* e é nele que produzirá sua eficácia institucionalizada. Mas as *fontes de prova*, ou seja, as pessoas e coisas capazes de fornecer informações ao juiz que julgará, são *elementos externos* ao processo, fazem parte da vida comum das pessoas e apenas em um segundo tempo serão trazidas a ele e utilizadas como *meios instrumentais*. Em seu aspecto estático, as fontes de prova residem no direito substancial. Daí sua configuração *bifronte* e a necessidade de a categoria jurídica *prova* ser encarada com a consciência de que as fontes de prova vêm para o processo carregadas de conotações relacionadas com o próprio conflito a que se referem. Daí também o direito a utilizar-se das fontes legítimas, que integram o amplo conceito do *direito à prova*. Mas o Código Civil vigente praticamente repristinou a disciplina da prova, antes ditada pelo Código de 1916. Dispõe sobre meios de prova em geral (art. 212) e sobre a eficácia da confissão e sua irrevogabilidade (arts. 213-214), comete a grave impropriedade de falar em *prova plena* (art. 215), repete disposições do Código de Processo Civil sobre a prova por documento particular, telegrama *etc.* Esse é um lastimável retrocesso científico, portador de critérios e soluções inerentes aos tempos em que não se tinha a mínima noção da autonomia do direito processual e de seus institutos nem das linhas divisórias entre o processo e o direito material. A postura do Código Civil de 2002 vai muito além da separação, com referência a certas categorias

inerentes ao direito probatório, entre as que pertencem ao *direito processual material* e as que são de direito processual puro. Mas o novo Código de Processo Civil, ao chamar para si toda a disciplina da prova, pôs no vazio aquelas disposições do Código Civil, as quais se reputam revogadas por força de lei (LINDB, art. 2º, § 1º).¹

A proposta de distinção entre um direito processual *formal* e um direito processual *material* conta com o aval da mais prestigiosa voz doutrinária em processo civil. “É preciso evitar a crença de que lei processual seja sinônimo de *lei formal*” (Chiovenda). Esse pensamento teve o mérito de abrir caminho para a percepção de que existem normas de duas naturezas a influenciar de modo direto certos institutos processuais. São *processuais substanciais* as que outorgam ao sujeito certas situações exteriores ao processo e que nele repercutirão de algum modo se vier a ser instaurado. São *processuais puras*, ou processuais formais, as que operam exclusivamente pelo lado interno do processo e nele exaurem sua eficácia, disciplinando os atos e relações inerentes ao processo e não lançando efeitos diretos para o lado externo, ou seja, sobre a vida das pessoas (p.ex., normas sobre a forma dos atos processuais, prazos, meios de prova e valoração desta, procedimentos adequados, recursos etc.).

Já se sustentou no passado, em formosa doutrina, que o próprio direito processual seria em si mesmo um *direito judicial material* (James Goldschmidt) – entendido este como o *aspecto processual do direito substancial* (Calamandrei). As normas de direito material, quando relevantes para a decisão de uma causa posta em juízo, transmudar-se-iam em normas de *direito judicial material*, tendo por destinatário o juiz. Já não se trataria de normas de conduta para os litigantes, mas de normas de julgamento para o juiz. Por seus exageros, por renegar a então florescente e já vitoriosa teoria da relação jurídica processual e especialmente por conflitar com o dogma da autonomia do direito processual, essa doutrina não sobreviveu por muito tempo (Liebman). Contribuí contudo para que hoje, aplacados os radicalismos autonomistas e proclamada a relatividade do binômio *direito-processo*, se possa chegar à percep-

1. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – sucessora da Lei de Introdução ao Código Civil.

ção da necessidade do exame *bifocal* de alguns institutos a partir de premissas do direito material e com os olhos na particular influência que exerce sobre concretas situações jurídico-substanciais – embora processuais e não materiais sejam os reflexos imediatos desse exame e mesmo com a consciência de que, em si mesmos, esses institutos são de direito processual. A moderna visão do *direito processual material* não se confunde, em suas premissas e em suas propostas, com o *materielles Justizrecht*.

É inerente ao *direito processual material* a convergência de normas substanciais e processuais a disciplinar os institutos, em si mesmos processuais, que preenchem as *faixas de estrangulamento* existentes entre os dois planos do ordenamento jurídico. Ele é, pois, o *conjunto de normas e princípios de direito material e de direito processual disciplinadores dos institutos processuais que diretamente se relacionam com o direito à tutela jurisdicional* (ação, competência, fontes e ônus da prova, coisa julgada material, responsabilidade patrimonial). Seu *objeto material* é integrado por esses institutos que, embora *processuais* em razão de sua direta participação na vida do processo, recebem direta influência de elementos da própria relação jurídica material a ser efetivada mediante este, bem como da concreta disciplina desta. Em tempos atuais não é usual falar em *direito processual material* mas o conceito é metodologicamente legítimo e concorre muito eficazmente para o bom entendimento do regime jurídico das categorias que o integram.

O destaque às *faixas de estrangulamento* e ao *direito processual material* é vital para a correta compreensão do tema da divisão do ordenamento jurídico em dois planos funcionalmente distintos, sem a ilusão de que sejam estanques. Privar o sujeito da possibilidade de levar suas pretensões ao Judiciário (ação), ou privá-lo do juiz previamente competente em certos casos (juiz natural) ou dos *meios exteriores* estabelecidos em lei para que obtenha a tutela a que tiver direito (bens, fontes de prova), ou ainda da estabilidade do julgado que o beneficia (coisa julgada) é subtrair-lhe ou reduzir sua possibilidade de *acesso à justiça* – e, na prática, isso pode equivaler a impor-lhe uma situação contrária aos ditames de direito material e às garantias constitucionais.

8. *institutos processuais particularmente influenciados pelo direito material*

A rigor, o sistema processual como um todo constitui reflexo da ordem jurídico-material, à qual é instrumentalmente conexo (*infra*, n. 61) – sendo seus institutos concebidos e modelados com vista à atuação das normas daquele e realização dos resultados práticos que elas preceituam. Por isso, é natural que as normas substanciais e os elementos concretos de cada causa trazida a juízo (qualidade das partes, fundamento jurídico-material, natureza do bem pretendido *etc.*) alguma influência projetem sobre o modo como em cada caso os institutos processuais se comportam. Varia muito o grau dessa intensidade e institutos existem que não recebem qualquer influência perceptível ou relevante – como a *forma* dos atos processuais (CPC, arts. 188 ss.), nulidades (art. 276 *etc.*), prazos e sua contagem (arts. 218 ss.), dever de lealdade das partes (arts. 5º e 77, incs. I-IV), litigância de má-fé e repressão a ela (CPC, arts. 79-81), poderes do juiz (art. 139), seu impedimento ou suspeição (arts. 144-145), extinção do processo por abandono ou desistência (art. 485, incs. II, III, VIII), necessidade de motivação dos atos jurisdicionais (Const., art. 93, inc. IX – CPC, arts. 371 e 489, inc. II e § 1º) *etc.*

O grau de interesse pelo exame da influência que muitos institutos do processo recebem do direito material está na ordem direta da intensidade da ligação de cada um a este – embora seja impossível traçar regras objetivas ou linhas de separação entre eles, arrolando-os e classificando-os segundo os diversos graus de influência que recebem. O certo é que a generalidade dos institutos processuais recebe algum grau de influência da situação de direito material versada no processo (Bedaque), embora em nenhum deles essa influência seja tão intensa quanto a que se projeta sobre os *institutos bifrontes*, ou seja, sobre aqueles que compõem as *faixas de estrangulamento* existentes entre a ordem processual e a substancial.

Alguns exemplos de institutos que, sem chegarem a ser *bifrontes*, estão diretamente influenciados pelo direito material: a) a permissão de dois ou mais sujeitos demandarem conjuntamente como

autores ou serem demandados conjuntamente como réus (*litisconsórcio facultativo*) está sempre condicionada à existência de algum grau de relação entre a situação de cada um deles e aquilo que pretende, ou que de cada um deles se pretende (conexidade entre causas *etc.* – art. 113, inc. II); b) a determinação da *Justiça ou do foro competente* é sempre feita de acordo com a condição das partes (União Federal – Const., art. 109, inc. I), sua sede (domicílio do réu – CPC, art. 46), fundamento jurídico-material do pedido (p.ex., *as demandas fundadas em direito real* – art. 47), natureza do objeto (*imóvel* – sempre art. 47); c) o processo só se extingue por acordo entre as partes ou por força de algum ato de disposição de direito quando a matéria for *suscetível de transação segundo as regras substanciais pertinentes* (CC, arts. 840 ss. – CPC, art. 487, inc. III, letras *a* e *b*); d) o *processo monitorio* só é adequado em relação a pretensões a receber dinheiro, coisas fungíveis ou determinado bem móvel (art. 700); e) a *antecipação de tutela jurisdicional* depende da urgente necessidade de quem a pede e suficiente probabilidade de existência de seu direito (arts. 294, 300) *etc.* – ressalvadas as hipóteses de *tutela da evidência*, a qual não depende do requisito da urgência (CPC, art. 311).

9. ramo do direito público

O direito processual civil é ramo específico do *direito processual*, que por sua vez se instala na grande árvore do direito pela vertente do direito público. Suas normas, por se destinarem a disciplinar o exercício do *poder* pelo Estado e os modos como os interessados são admitidos a colaborar nessa atividade, são invariavelmente de direito público, não obstante possam ser de direito privado as que regem os conflitos a serem solucionados através do processo. Podem ser de direito público ou privado as normas que regem a situação concreta em julgamento, ou seja, as que regem o conflito (direito administrativo, tributário, civil, comercial *etc.* – *supra*, n. 3), mas as *processuais*, que comandam a realização dos atos do juiz, dos litigantes e dos auxiliares daquele no processo, essas são invariavelmente de direito público.

Ser de direito público significa que as normas processuais não disciplinam negócios ou *interesses conflitantes* entre o Estado e as partes, mas o modo como o *poder* é exercido. O Estado-juiz

não persegue concretos interesses seus em confronto com o dos litigantes nem se põe no mesmo plano que eles no processo. Exerce imperativamente o poder, tendo por contraposição o estado de *sujeição* dos litigantes (sujeição é a impossibilidade de impedir o exercício do poder por outrem). Falando de *poder* e de *sujeição ao seu exercício* estamos falando de direito público.

10. o processo como ramo do direito público e a (relativa) indisponibilidade das situações processuais

Da condição do processo como ramo do direito público decorre o dogma da indisponibilidade das situações processuais, segundo o qual toda a disciplina do processo e dos procedimentos viria exclusivamente da lei, sem qualquer espaço para qualquer regramento a ser composto pelas partes, ainda que em consenso. À lei e exclusivamente a ela competiria a fixação das regras processuais a serem observadas em cada caso concreto, a partir da especificação da espécie de processo adequada a cada caso (cognitivo, executivo *etc.*) e passando pelo modo de ser dos processos que vierem em concreto a ser instaurados, pelo procedimento a ser observado, pela situação das partes na relação processual, seus poderes, faculdades ou ônus, pela eficácia dos atos de cada uma destas e da sentença que vier a ser proferida pelo juiz *etc.* Tradicionalmente o direito processual civil vinha sendo assim, inclusive o brasileiro, o qual negava às partes as mais mínimas possibilidades de criação e configuração de normas destinadas a reger os processos dos quais participassem. Ainda que em meio a muitas polêmicas entre os estudiosos, sempre preponderou a negativa da existência de *negócios jurídicos processuais* na ordem processual brasileira. O máximo de liberdade que se outorgava às partes era a de fazer certas *escolhas* entre duas ou mais soluções, sem que o *desenho* dessas soluções pudesse ser fruto de criação pela vontade dos litigantes, como seria próprio aos negócios jurídicos. Poderia a parte, em certas circunstâncias, optar entre a *tutela diferenciada* representada pelo mandado de segurança ou pelas *vias ordinárias* do Código de Processo Civil mas, feita essa escolha, o caminho a seguir seria sempre aquele determinado pela lei; poderia escolher por sua própria vontade um entre dois ou mais *foros concorrentes*

mas não poderia criar outro foro competente por ato de sua própria vontade; poderia manifestar preferência pelo processo especialíssimo dos juizados especiais ou pelo que resulta do Código mas essa era a única liberdade que lhes dava a lei, sujeitando-se ela às normas legais disciplinadoras do processo que houvesse escolhido, sem qualquer possibilidade de eventuais desvios criados por ela própria *etc.* Vigia, pois, um sistema de rigorosa *legalidade* na regência dos processos judiciais.

O novo Código de Processo Civil veio porém a mitigar em alguma medida essa exclusividade das normas estatais como fonte da disciplina dos processos e dos procedimentos, oferecendo às partes alguma abertura para que, por ato bilateral de sua vontade consensual, venham elas próprias a criar ou modificar os regramentos ditados pela lei segundo seus interesses comuns. Essas possibilidades são poucas e excepcionais e não poderiam realmente ser muitas ou prevalentes sobre as normas legais, sob pena de desfigurar o sistema e contrariar a condição do processo como via de exercício do poder estatal pelo juiz. No estágio atual da ciência do processo e do poder estatal, eventuais aberturas exageradas para o autorregramento dos próprios interesses processuais das partes seria um passo de retrocesso ao superado sistema do *processo como contrato*, vigente no direito romano. Tenham sim as partes alguma liberdade de opção e de autorregramento processual mas não se converta o processo em um verdadeiro *negócio combinado em família* (Liebman).

Tal sistema de legalidade é estranho ao *processo arbitral*, justamente porque ali está ausente o exercício do poder estatal e o poder dos árbitros não é uma criação da lei mas da vontade das partes. Vigie nesse sistema uma grande liberdade das partes para o autorregramento de seus interesses processuais, inerente ao princípio da *autonomia da vontade* – o que se manifesta inclusive pelo reduzidíssimo número de disposições sobre o procedimento e a forma dos atos processuais contidas na Lei de Arbitragem. Esta toma somente o cuidado de exigir que a disciplina do procedimento e dos atos processuais pelas partes ou pelo árbitro seja sempre traçada com observância das *garantias constitucionais do processo* e fidelidade “aos bons costumes e à ordem pública” (LA, art. 21, § 2º).

— Talvez a mais expressiva das disposições com que o novo Código de Processo Civil autoriza alguns negócios jurídicos processuais seja aquela contida em seu art. 190, segundo o qual, “ver-sando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no proce-dimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, an-tes ou durante o processo”. Essas convenções, que poderão trazer uma particular disciplina não só do modo de ser do procedimento (*mudanças no procedimento*) como também da própria relação processual (*ônus, poderes faculdades e deveres processuais*), são admissíveis sempre que as partes sejam plenamente capazes e os direitos em litígio sejam plenamente disponíveis. E também dis-põe o Código que, “de comum acordo, o juiz e as partes podem fixar *calendário* para a prática dos atos processuais, quando for o caso” (art. 191). Também a elaboração e adoção desse calendário vinculante é um ato de autorregramento de interesses processuais, pelo qual as partes são autorizadas a se afastar da lei processual positiva e criar suas próprias soluções.

Igual significado sistemático tem o dispositivo segundo o qual “as partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimita-ção consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz” (art. 357, § 2º), bem como aquele que institui o *saneamento com-partilhado* do processo ao estabelecer que, “se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz de-signar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações” (art. 357, § 3º).

Essas e outras inovações possivelmente trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 com referência à liberdade das par-tes para convencionarem situações processuais de sua concreta conveniência são responsáveis pela mitigação da *legalidade* tra-dicionalmente vigente no processo civil brasileiro no tocante à regência dos processos e procedimentos e pela conseqüente ins-

tituição de uma *nova fórmula* da disciplina das relações entre as partes e o juiz na relação processual. Não chegam porém ao ponto de colidir com a natureza publicista do processo como ramo do direito público nem de dar preponderância à vontade das partes sobre a do Estado responsável pela edição das normas processuais e pelo exercício da jurisdição.

Por outro lado, as disposições contidas nos arts. 190 e 191, aplicáveis somente quando a matéria em litígio for disponível e os sujeitos tenham a plena capacidade de praticar atos de disposição a seu respeito, são projeções da *instrumentalidade do processo ao direito material*, na medida em que propiciam a adequação do procedimento e da relação processual às peculiaridades da relação jurídica substancial litigiosa (Mauro Cappelletti).

11. *denominação*

A adjetivação *civil*, como visto, não corresponde a qualquer ligação enciclopédica do direito processual civil ao direito civil e mesmo ao direito privado como um todo. Por outro lado, modernamente prefere-se falar em direito *processual* e não direito *judiciário*, como no passado foi: na Faculdade de Direito de São Paulo havia até há poucas décadas as cátedras de *direito judiciário civil*, denominação que veio a ser substituída pela atual. O adjetivo *judiciário*, que pela grafia sugere a ideia de algo próprio aos juízes, etimologicamente associa-se também a *judicium*, que é a denominação latina do que hoje se denomina processo – o que insinua até mesmo uma equivalência ao adjetivo da preferência atual (*processual*).

No direito francês, ainda hoje profundamente influenciado por visões pandectistas antecedentes aos progressos científicos do direito processual, a disciplina é denominada *droit judiciaire privé*, o que induziria a crença em uma suposta negativa do caráter público do direito processual. Fala-se ainda em *procédure civile*, locução que transmigrou para a Itália e leva os italianos, mesmo modernamente, a referir-se ao sistema processual como *procedura civile*. Em idioma inglês a matéria é designada por *civil procedure*. Em alemão, *Zivilprozeßrecht*.

12. a ciência processual civil

Como todo ramo jurídico, o direito processual civil constitui objeto de uma ciência específica. O direito processual despertou como ciência na segunda metade do século XIX, a partir de quando pôde ser definido seu *objeto* específico e estabelecido seu *método* próprio. Até então era havido e tratado como mero apêndice do direito privado e chamado *direito adjetivo* porque não lhe atribuíam os juristas o predicado da *autonomia*: o adjetivo não tem vida própria e não passa de uma *qualidade* do substantivo, sempre dependente da existência deste para que possa existir. O processo, naquela visão sincrética, não passaria de mero modo de exercício dos direitos.

Tem-se por *ciência* o conjunto de conhecimentos ordenados segundo método próprio, com adequação à realidade observada, certeza quanto aos resultados das investigações e coerência unitária dos juízos alcançados (Miguel Reale). Além disso, toda ciência tem seu próprio *objeto material*, que a distingue das demais. O processo civil só se alçou à condição científica, assim delineada, a partir de quando absorveu como seus certos institutos e, construindo seu próprio método, pôde ganhar a coerência unitária dos conceitos afirmados.

O *objeto material* da ciência do processo, que em uma visão mais vaga e genérica é o conjunto de todas as normas processuais, consiste mais precisamente nos *institutos*, ou categorias jurídicas, em que essas normas se conglomeram. Uma visão moderna aponta como categorias centrais do sistema processual a *jurisdição* (poder estatal endereçado à pacificação de pessoas e grupos em casos de conflito jurídico), a *ação* (poder de provocar o exercício da jurisdição e influir em seu direcionamento), a *defesa* (contraposto negativo da ação, como poder de influir em sentido oposto) e o *processo* (conjunto de técnicas para o exercício da jurisdição pelo juiz, da ação pelo autor e da defesa pelo réu – *infra*, nn. 146 ss.).² Esses quatro institutos fundamentais são categorias jurídicas

2. Só por razões de ordem didática e de clareza, no texto são empregados os vocábulos *autor* e *réu* para designar, mais amplamente, o *demandante* e o *demandado*. Aqueles vocábulos são restritos ao processo de conhecimento; es-

próprias ao direito processual como um todo. Seu estudo, acima das especificidades próprias a cada um dos ramos deste (direito processual civil, penal, trabalhista *etc.*), constitui objeto da *teoria geral do processo*.

Também de um *método próprio* dispõe a ciência processual, o que é essencial ao reconhecimento da existência desse específico ramo científico (é seu objeto formal). *Método* é o modo pelo qual determinada ciência encara e examina seu objeto material; o método próprio ao direito processual constitui-se da observância dos *princípios* que lhe sobrepassaram, do reconhecimento de sua inserção no *direito público* e da constante preocupação pela oferta de meios para o efetivo *acesso à justiça* mediante resultados efetivos e justos. Tal é o método do *processo civil de resultados*.

O caráter instrumental do direito processual ao direito substancial e ao superior objetivo de pacificar pessoas constitui hoje um polo metodológico de primeira grandeza na ciência do processo. Outra colocação metodológica a que o processualista moderno atribui enorme importância é a inserção do sistema processual na ordem constitucional, ao lado da perspectiva isonômica revelada no repúdio ao *processo civil do autor* (*infra*, n. 49).

13. a teoria geral do processo

Nas últimas décadas do século XX desenvolveu-se extraordinariamente a visão sistemática do direito processual como um todo, superando e definindo melhor as tradicionais fronteiras existentes entre seus diversos ramos. Reconhece-se, em resumo, que existe muito em comum entre os diversos ramos processuais e que as peculiaridades de cada um não são suficientes a impedir ou a tornar menos frutífero o exame global dos grandes princípios, dos institutos fundamentais e do método comum – tudo em um plano de integral aplicação a todos eles.

Não se postula a unidade legislativa mas a condensação científica de caráter metodológico. Conhecem-se tentativas de reunir

tes abrangem também as partes do processo ou fase de execução (*exequente e executado*).

em um só corpo legislativo o processo civil e o penal, ou ao menos os preceitos mais amplos relativos a eles (*Codex juris canonici* de 1917, Códigos Processuais da Suécia, Panamá e Honduras); mas não é esse o objetivo da teoria geral do processo, como tal. Contenta-se esta em elaborar e coordenar ela própria, mediante esforços de síntese, os grandes conceitos, os grandes princípios, as grandes estruturas do sistema processual.

Essa colocação metodológica principiou por postular a reunião do direito processual civil e do direito processual penal mediante um só enfoque comum (sempre considerado o processo trabalhista como processo civil *lato sensu* e, portanto, incluído nesse contexto). Delineou-se desse modo uma teoria geral do processo *jurisdiccional*. Mas apercebeu-se o estudioso de que existe algo mais elevado a considerar, acima dos quadrantes da jurisdição e associando-se ao exercício do poder em geral. Isso propiciou maior amplitude à teoria geral do processo, que hoje vai chegando de modo palpável ao processo administrativo (tributário inclusive) e pode atingir o legislativo.³ Essa é uma teoria geral do processo *estatal*. Sempre referida ao exercício do poder, também não se legitima excluir do âmbito dessa teoria geral o processo dos *entes intermediários* entre o indivíduo e o Estado, como os partidos políticos, associações de categoria, sociedades mercantis *etc.* Esse é o limite a que pode chegar a teoria geral do processo, a qual tem pertinência a todos os campos em que alguma medida o poder é exercido.

Hoje prepondera fortemente a atribuição de *caráter jurisdiccional* ao processo arbitral, com o reconhecimento de que nele o árbitro exerce a *jurisdição*, e as partes a *ação* e a *defesa* – tudo segundo normas disciplinadoras de um *processo* modelado segundo os grandes princípios constitucionais. O processo arbitral está contido, pois, no âmbito da teoria geral do processo.

Essa tendência expansiva legitima-se na *sólida construção sistêmica* que ela propicia mediante a revelação de princípios superiores, inclusive em sede constitucional e com a transmigração de conceitos e raciocínios mais desenvolvidos com relação ao proces-

3. Nessa linha, Odete Medauar chegou a dar a uma de suas preciosas teses a denominação *A processualidade do direito administrativo*.

so civil estatal. A democratização do processo não jurisdicional, com a oferta de garantias de ampla defesa, de participação (contraditório) e de observância dos modelos estabelecidos pelo direito (*due process of law*), é um proveitoso resultado desse trabalho fecundo de generalização (Const., art. 5º, incs. LIV e LV). Inversamente, legitima-se também a teoria geral do processo, de modo sensível, pelo enriquecimento do processo civil mediante a maior consciência da natureza pública das normas processuais, desenvolvida extraordinariamente no direito processual administrativo.

Já chegou a ser proposto o reconhecimento da presença da teoria geral do processo nas regras referentes aos *negócios jurídicos* (Elio Fazzalari), mas tais atos não têm fundamento no poder, senão na *autonomia da vontade* – o que põe sua disciplina fora do campo de atuação das grandes regras e princípios processuais, especialmente o *devido processo legal* (que é um sistema de delimitação do poder e contenção de seu exercício segundo as disposições legais e observância da Constituição).

Também já se afirmou um suposto caráter jurisdicional das atividades desenvolvidas na *mediação* e na *conciliação*, mas na realidade jurisdição não há nem exercício da ação ou da defesa em procedimentos ao fim dos quais o terceiro interessado (mediador ou conciliador) nada decide e nada impõe aos sujeitos envolvidos. O desiderato de tais atividades é a obtenção de soluções *consensuais* estimuladas ou facilitadas por esses sujeitos – enquadrando-se elas, pois, no conceito de *autocomposição* e não de *heterocomposição*, como se dá no processo civil estatal e no arbitral. O par. do art. 1º da Lei da Mediação (lei n. 13.140, de 26.6.15) é explícito ao afirmar que os mediadores atuam “sem poder decisório”. A conciliação e a mediação não se inserem pois na órbita da *teoria geral do processo*, não obstante tudo quanto ali se faz vise também, como nesses processos, a propiciar o *acesso à justiça* (*infra*, n. 174). Quando são realizadas no curso de um processo elas limitam significativamente o exercício da jurisdição, pois ao juiz ou árbitro nada caberá decidir sobre a causa, não indo além da mera *homologação* dos resultados construídos pelas próprias partes.

14. *direito processual constitucional (infra, n. 109)*

Também é dos tempos modernos a ênfase ao estudo da ordem processual a partir dos princípios, garantias e disposições de di-

versas naturezas que sobre ela projeta a Constituição. Tal método é o que se chama *direito processual constitucional* e leva em conta as recíprocas influências existentes entre a Constituição e a ordem processual. De um lado, o processo é profundamente influenciado pela Constituição e pelo generalizado reconhecimento da necessidade de tratar seus institutos e interpretar sua lei em consonância com o que ela estabelece. De outro, a própria Constituição recebe influxos do processo em seu diuturno operar, no sentido de que ele constitui instrumento eficaz para a efetivação de princípios, direitos e garantias estabelecidos nela e muito amiúde transgredidos, ameaçados de transgressão ou simplesmente questionados.

O direito processual constitucional exterioriza-se mediante (a) a *tutela constitucional do processo*, que é o conjunto de princípios e garantias vindos da Constituição Federal (garantias de tutela jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório, do juiz natural, exigência de motivação dos atos judiciais *etc.* – *infra*, nn. 109-135); e (b) a chamada *jurisdição constitucional das liberdades*, composta pelo arsenal de meios predispostos pela Constituição para maior efetividade do processo e dos direitos individuais e grupais, como o mandado de segurança individual e o coletivo, a ação civil pública, a ação direta de inconstitucionalidade, a exigência dos juizados especiais *etc.* (*infra*, n. 109).

15. *direito processual civil internacional* (*infra*, nn. 200 ss.)

A intensificação das relações econômicas e políticas entre os Estados modernos vem exigindo muito empenho de cada um deles na definição de normas e instituição de meios capazes de propiciar a correta e produtiva cooperação internacional pela via do processo civil. Particular influência tem sido exercida, nesse movimento, pela instituição de poderosos organismos internacionais, como as Comunidades Europeias e, em escala muito mais modesta, o Mercosul.

Não se busca necessariamente a *unificação do poder*, com a instituição de entes supraestatais dotados de poder normativo ou de jurisdição, como a Corte de Justiça das Comunidades Europeias;

nem de buscar a utopia de um direito processual *uniforme* em toda uma área do globo terrestre ou mesmo em espaços regionais significativos – intuito que se chocaria com a sólida barreira das tradições de cada país, fortemente plantadas no direito positivo de cada um e nas práticas vigentes entre os membros da população e em seus tribunais. O próprio *Código de Processo Civil Modelo para a América Latina*, que é um forte elemento de aproximação entre os países latino-americanos, propõe-se a ser somente um *modelo* portador de sugestões. Com razão, os processualistas modernos são céticos quanto às tentativas de delimitar muito rigorosamente as *famílias de direito processual* (René David), portadoras de traços comuns supostamente capazes de propiciar uma uniformidade de soluções (*infra*, n. 92). O que hoje se tem por objetivo é a *compatibilização* dos sistemas com vista a criar condições para a profícua cooperação internacional entre os países do globo e, particularmente, entre países de uma área predeterminada (p.ex., América Latina ou ao menos o chamado *Cone Sul*).

Nesse quadro e assim delimitados os objetivos da aproximação proveitosa entre os sistemas processuais de diversos países, assume importância de primeira grandeza o modo como cada um deles disciplina *duas ordens de problemas* relacionados com a cooperação internacional: a) problemas da *formação* de provimentos jurisdicionais e (b) problemas da *circulação e execução* de ditos provimentos (Italo Andolina).

Em uma formulação mais explícita, o objeto do direito processual civil internacional é composto por normas disciplinadoras (a) da extensão territorial das próprias normas processuais do país, (b) dos limites internacionais da jurisdição do Estado, (c) do tratamento processual a ser dado às normas de direito de outros países, (d) da efetivação extraterritorial de atos processuais (citação, provas) e (e) do valor dos atos jurisdicionais estrangeiros, inclusive julgamentos arbitrais (Gaetano Morelli, Italo Andolina, Juan Carlos Hitters).

O tema da competência internacional integra o *direito processual internacional*, conceituado como o conjunto de normas estabelecidas em tratados internacionais, em associação a normas internas dos diversos Estados do planeta, indispensáveis em razão da existência de outros Estados e conseqüente necessidade de im-

por limites territoriais à eficácia das normas processuais e ao âmbito de exercício da jurisdição de cada um deles, bem como critérios para a admissibilidade da *cooperação jurisdicional* e modos de sua operacionalização. A premissa fundamental da existência das normas de direito processual civil internacional consiste na *territorialidade* da norma processual e da jurisdição estatal, não se exercendo esta fora dos limites do Estado nem mediante aplicação de normas processuais estrangeiras (CPC, art. 1º).

Daí a necessidade de normas sobre cumprimento de cartas rogatórias (para comunicação processual ou realização de prova), sobre o valor da prova de fora da terra, sobre as consequências da litispendência em outro Estado, sobre a eficácia e exequibilidade de sentenças estrangeiras fora dos limites territoriais da jurisdição do juiz que as proferiu e, de modo geral, de mecanismos para a recepção de atos oriundos de outro Estado. Entre as normas de direito processual civil internacional assumem particular relevância as que estabelecem a competência do juiz nacional em face da existência de juízes de outros Estados soberanos (competência internacional – CPC, arts. 21-23 – *infra*, nn. 181 ss.).

16. direito processual civil comparado (*infra*, nn. 98-108)

Um método de interpretação da lei processual, de crescente valia em tempos modernos, consiste no lançamento de olhares além-fronteiras em busca do conhecimento do direito vigente nos demais países. Seja para o aprimoramento do próprio direito interno, seja para melhor adequação das regras internas de direito processual internacional, é indispensável conhecer a lei e as técnicas processuais de outros povos. A *regra de ouro* de toda comparação jurídica é a utilidade que ela deve ter para a melhor compreensão e operacionalização de ao menos um dos sistemas jurídicos comparados. A partir daí chega-se à percepção de que os estudos de direito comparado devem endereçar-se preferencialmente aos ordenamentos jurídicos em que as novas realidades de interesse atual já tenham sido mais vivenciadas e àqueles com cujos países o Brasil vai estreitando relações culturais e comer-

ciais – com os quais é particularmente importante incrementar meios de cooperação jurisdicional (*infra*, nn. 98-108).

17. o ramo jurídico, a técnica, a ciência e a arte

Como todo *ramo do direito*, o direito processual é um setor do ordenamento jurídico, constituído de normas e princípios regentes das atividades destinadas à pacificação social (*supra*, nn. 2-3). Mas o estudo desse conjunto normativo apresenta-o também com o triplice aspecto de uma técnica, de uma ciência e, talvez sobretudo, de uma *nobre arte* a ser desenvolvida pelos operadores do sistema. Não fora assim, a jurisprudência jamais evoluiria segundo as tendências da sociedade e de acordo com os cambiantes problemas enfrentados por esta – como é o caso da correção monetária imposta pelos tribunais para as reparações por dano extracontratual (Súmula n. 562 STF) e da relativização da garantia constitucional da coisa julgada (esta ainda encarada com muita reserva pela doutrina e pelos tribunais). Como toda arte, o processo deve ser manipulado por seus operadores com senso de criatividade.

Técnica é a predisposição ordenada de meios destinados a obter certos resultados preestabelecidos. Toda técnica será cega e até perigosa se não houver a consciência dos objetivos a realizar, mas também seria estéril e de nada valeria a definição de objetivos sem a predisposição de meios técnicos capazes de promover sua realização. A técnica do processo visa em primeiro lugar à pacificação de indivíduos e grupos de indivíduos, eliminando conflitos mediante a realização da justiça. Na adequada operacionalização das regras técnicas do processo cumpre ao juiz buscar soluções legitimamente descobertas no direito substancial bem interpretado, o que significa que, em um plano imediato, a técnica processual é instrumento a serviço da realização do direito substancial – embora, em uma visão mais ampla, ambos se filiem ao escopo social de pacificar. A técnica processual é descrita de maneira mais visível nas *leis* e tem, portanto, indisfarçável tendência às conotações preponderantemente dogmáticas: cada ordem jurídico-processual difere, no tempo e no espaço, da ordem jurídico-processual de outros períodos históricos ou de outros países.

A *ciência processual* é responsável pela correta compreensão das normas técnicas do processo, especialmente mediante a definição de conceitos, o consciente traçado das estruturas didáticas do sistema e fixação dos escopos a realizar e métodos a prever. É a ciência do processo que oferece aos princípios o lugar que lhes cabe no sistema e, acima de tudo, traz ao juiz as severas recomendações de participação e compromisso com a justiça, que hoje se veem nas obras dos mais importantes estudiosos. A ciência não tem fronteiras e já foi definida como verdadeira *multinacional do processo*, “que em cada país tem suas características próprias, mas tem também, no conjunto, uma profunda unidade de inspiração sobre o que devem ser o processo e os princípios fundamentais que o governam” (Liebman).

A *arte processual* fica por conta dos operadores do sistema e tem muito de intuitivo e sadamente emocional. A par do conhecimento da técnica a aplicar e da ciência que lhe dá sentido racional, como em qualquer arte é indispensável a sensibilidade às legítimas exigências e aspirações do *público consumidor* – no caso, os jurisdicionados, que são os consumidores do serviço jurisdicional (Mauro Cappelletti). Assim como o artista plástico é cultor do belo visual, e o músico da harmonia de sons e acordes agradáveis ao sentido da audição, assim também o bom operador do processo há de ser um apaixonado pelo belo ético, ou pelo valor do justo. É aos usuários do sistema que se destinam os resultados do processo, a saber, aos sujeitos envolvidos em conflitos e portadores de anseio pela tutela da qual o juiz é encarregado. Como em toda arte, é indispensável a capacidade de trazer sensações felizes aos destinatários dessa atividade. A técnica e a ciência do processo precisam ser adequadamente aplicadas pelos artífices da justiça no exercício de suas funções, para que o processo possa efetivamente cumprir seu escopo fundamental, pacificando e fazendo prevalecer os autênticos valores da sociedade. Não se terá um *processo justo*, ou seja, capaz de conduzir a resultados substancialmente justos, sem a sensibilidade que conduza os operadores do sistema a aplicar convenientemente os grandes princípios sintetizados na cláusula *due process of law*. Tal sensibilidade *artística* é essencial

à correta condução do processo e dela precisam estar imbuídos todos os artífices deste.

De nada valerá uma boa ciência, associada à técnica adequadamente modelada nos textos legais, se não existir a correlata consciência de praticar a arte do processo com vista aos objetivos que dão vida ao sistema e o legitimam perante a sociedade e o universo dos valores que cultua. De nada valeriam boas leis e excelentes conceitos se não tivéssemos homens capazes de fazer justiça. Daí a imensa responsabilidade da doutrina, de quem é a tarefa de *formar mentalidades* e por esse modo contribuir para o aperfeiçoamento da arte da justiça. Falar do trinômio *técnica-ciência-arte* é pensar nas responsabilidades de três sujeitos, que são o legislador, o processualista e os operadores dos instrumentos processuais (juiz, advogado, Ministério Público).

18. o vocabulário da ciência processual e o necessário emprego da linguagem adequada

Como todo ramo do saber humano, o direito processual e sua ciência têm seu vocabulário próprio e devem cultivar sua própria linguagem. Sabido que as palavras são *símbolos* destinados a levar ao espírito do interlocutor as ideias daquele que as emite, é sempre indispensável que aquele que as emite escolha as palavras adequadas a transmitir com fidelidade as suas ideias. Diante disso é natural que – sendo os institutos do direito processual diferentes dos institutos de outros ramos do direito, e diferente também o seu *método* – sua linguagem e seu vocabulário também tenham suas próprias características diferenciadas segundo esses institutos e os modos como se inter-relacionam.

O maior ou menor refinamento ou precisão do vocabulário empregado em uma ciência constitui válido fator de apreciação de seu próprio grau de maturidade. Onde os conceitos estão mal definidos, os fenômenos ainda confusos e insatisfatoriamente isolados, sem inclusão em uma estrutura adequada, onde o método não chegou ainda a tornar-se claro ao estudioso, ali é natural que também a linguagem seja pobre e as palavras se usem sem grande precisão técnica. Inversamente, onde existem um grau mais profundo de conhecimentos e uma estrutura científica mais solidamente modelada, ali a linguagem tende a ser mais técnica e mais precisa.

Também em direito é natural que assim seja. À medida que a ciência do direito se aperfeiçoa, também o vocabulário do jurista vai acusando os reflexos dessa evolução, tornando-se mais preciso e apurado. A linguagem do jurista de hoje não é a mesma de seus antecessores dos séculos pretéritos, precisamente porque a ciência do direito se encontra profundamente modificada e muito se aprimorou de lá para cá. Pense-se, por exemplo, nas locuções *direito adjetivo*, *direito substantivo*, *lei substantiva* ou *adjetiva etc.*, que hoje nos repugnam porque correspondem a *ideias* definitivamente banidas da mente do jurista moderno.

Existem, por outro lado, vocábulos e locuções que só têm sentido e cujo surgimento só foi possível a partir do momento em que surgiram os institutos ou fenômenos que eles vieram a designar - ou do momento em que se conscientizaram os juristas de sua existência. Falar em condições da ação, em competência absoluta ou relativa, em relação jurídica processual, em tutela coletiva, acesso à justiça, relativização da coisa julgada, cumprimento de sentença, objeção de pré-executividade, desconsideração da personalidade jurídica, tutela antecipada, em súmulas vinculantes *etc.* só foi necessário quando essas categorias processuais foram sendo delineadas e o processualista tomou consciência dos objetos que de algum modo precisavam ser designados. E mais modernamente também se fala em *class actions*, desconsideração da personalidade jurídica, repercussão geral, recursos repetitivos, tutela da evidência, modulação de decisões *etc.*, que são expressões jurídicas mais novas justamente porque servem a designar institutos jurídicos de criação mais recente.

Também as discrepâncias entre diversos sistemas ou ordenamentos jurídicos determinam diferenças mais ou menos acentuadas entre a terminologia dos diversos países. Isso é bastante visível, p.ex., quando se faz o confronto entre o direito de países ligados a tradições romano-germânicas e o de países que praticam o sistema da *common law*; a própria locução *civil law* traz, em tais países, sentido bastante diverso do que à primeira vista poderia parecer a um observador integrado em nossa mentalidade romanística.

A linguagem é, pois, expressão de uma cultura, servindo não só para medir o grau de civilização que através dela se expressa

mas também para chegar-se ao conhecimento das peculiaridades de determinada civilização. No dia a dia da vida dos profissionais do direito são indispensáveis o conhecimento e adequado emprego das palavras, com integral consciência de seu significado, sob pena de mau entendimento dos textos postos em leitura.

Nesse quadro, a escolha das palavras adequadas aos fenômenos do direito processual não é um trabalho voltado à mera *estética verbal* nem uma infrutífera radicalização de puristas. É um imperativo da estabilidade da ciência processual e da segurança jurídica indispensável àquele que as emite e àquele que as capta em seus sentidos.

Essas observações conduzem ao repúdio a certos hábitos linguísticos indesejáveis, a começar pela utilização de palavras ou locuções próprias ao direito privado para designar institutos de direito processual. O Código de Processo Civil de 1973 cometeria uma heresia como essa ao falar em “usufruto de bem móvel ou imóvel” (*usufruto judicial* – art. 647, inc. IV), reportando-se inadequadamente a esse instituto de direito privado para designar o que o novo Código de Processo Civil, bem mais corretamente, designa como “apropriação de frutos e rendimentos de empresa ou de estabelecimentos e de outros bens” (art. 825, inc. III). No passado falava-se também em *venda* em hasta pública, quando a alienação do bem penhorado por esse modo é uma autêntica *expropriação forçada*, ato imperativo de direito público, e não um negócio de direito privado. Além disso, o art. 52, par., do Código de Processo Civil revogado falava no assistente como *gestor de negócios* do assistido em certos casos, valendo-se indevidamente, mais uma vez, de um instituto de direito privado na disciplina de um fenômeno de direito processual. O novo Código, corrigindo essa distorção, atribuiu-lhe a condição de *substituto processual* (art. 121, par.). Semelhante a esses erros grosseiros é a alusão à *revelia* como *confissão ficta*, diante da falsa suposição de que o réu que não contesta revela com essa omissão a intenção de confessar. Falava-se também em *confessar a ação*, quando se pensava no reconhecimento do pedido. O que se confessa são *atos* e não um poder, direito ou faculdade. Felizmente esses maus hábitos

vocabulares vão ficando para trás no dia a dia das atividades forenses e também na legislação mais moderna, percebendo-se que o novo Código de Processo Civil, cujo anteprojeto foi redigido por uma Comissão da qual participaram sete processualistas de primeira categoria, procurou manter-se na linha de uma correta precisão linguística, evitando as impropriedades antes cometidas. Os deslizes que cometeu não chegam ao ponto de comprometer essa precisão.

19. instrumento ético e não puramente técnico

Visto por essa perspectiva integrada, o processo deixa de ser considerado mero instrumento técnico para a realização do direito material. Dizia-se que a missão do juiz seria a efetivação das leis substanciais, não lhe competindo o juízo do bem ou do mal, do justo ou do injusto. Sentenças injustas seriam o fruto de leis injustas e a responsabilidade por essa injustiça seria do legislador, não do juiz. Mas o juiz moderno tem solene compromisso com a justiça. Não só deve participar adequadamente das atividades processuais, endereçando-as à descoberta de fatos relevantes e correta interpretação da lei, como ainda (e principalmente) buscando oferecer às partes a solução que realmente realize o escopo de fazer justiça.

Eis por que a doutrina atual considera pobre e insuficiente a indicação do processo como *mera técnica* instrumentalmente conexa ao direito material. Ele é uma técnica, sim, mas técnica que deve ser informada pelos objetivos e ideologias revelados na ciência processual e levada a efeito com vista à efetivação do valor do justo. Conjuntamente com o próprio direito substancial, o processo é instrumentalmente conexo ao supremo objetivo de pacificar com justiça.

Existem ainda outros compromissos do juiz moderno, entrelaçados com os demais objetivos de sua própria função. Ele deve ter consciência das *opções políticas e culturais* do sistema que opera, para que o exercício da jurisdição possa dar efetividade a certos valores relevantes para a sociedade como um todo – valores que se expressam nos chamados *escopos do processo*. O escopo social

de *educação* para o exercício de direitos próprios e respeito aos direitos alheios aconselha o juiz a dispensar a tutela jurisdicional com a possível celeridade. O escopo político de preservação da *moralidade administrativa* há de estar presente na condução das ações populares e das ações sobre improbidade administrativa promovidas pelo Ministério Público. De um modo geral, o escopo também político de dar *efetividade* aos valores acatados pelo direito objetivo recomenda plena participação do juiz nos processos sob sua direção, tomando razoáveis iniciativas probatórias, dialogando racionalmente com os litigantes, dispondo medidas urgentes que evitem a consumação de males irremediáveis e capazes de frustrar o exercício útil da jurisdição *etc.* (*escopos do processo – infra*, nn. 57-63).

Assim ligado aos escopos a realizar e sobretudo ao de praticar a *justiça* ao pacificar os litigantes tem-se o conceito de *processo justo*, hoje corrente na teoria processual. Justo será, em primeiro lugar e acima de tudo, o processo que ofereça *resultados justos* aos litigantes em sua vida comum. Mas, para ter-se razoável segurança de que o processo oferecerá resultados substancialmente justos, ele há de ser *justo em si mesmo*, mediante o tratamento isonômico dos litigantes, liberdade de atuar na efetiva defesa de seus interesses, participação efetiva do juiz, imparcialidade *etc.* A efetiva participação de todos é vital no processo civil da atualidade, especialmente ao processo de cunho *colaboracionista* desenhado pelo Código de Processo Civil brasileiro (*supra*, n. 9, e *infra*, n. 97). Ao conjunto de garantias destinadas a conferir ao processo esse perfil de instrumento justo a Constituição e a doutrina dão a qualificação de *devido processo legal* (Const., art. 5º, inc. LIV) e o exercício do poder estatal no processo só será política e eticamente legítimo quando observada essa cláusula de aceitação geral no processo civil moderno.

Existe hoje a legítima tendência a atribuir poder de *criação* ao juiz, mas isso não interfere na questão em exame. A *invenção* de soluções novas, compatíveis com a realidade socioeconômica e política do caso em julgamento, é consequência da interpretação sociológica ou teleológica da lei e não erige o juiz em legislador ou criador do direito. O juiz que vai aos princípios gerais e cons-

titucionais ou considera as grandes premissas éticas da sociedade ao julgar cumpre apenas um tradicional mandamento da própria ordem jurídica (os *fins sociais da lei* – LINDB, art. 5º) e comporta-se como autêntico canal de comunicação entre os valores da sociedade em que vive e os casos concretos que julga. Não fora assim, a jurisprudência jamais evoluiria segundo as tendências da sociedade e de acordo com os cambiantes problemas enfrentados por esta. Do ponto de vista jurídico, todavia, inexistente *criação* em casos assim, justamente porque o juiz não retira de sua vontade ou preferências pessoais a norma substancial que servirá de base para julgar o caso: simplesmente dá efetividade aos princípios gerais do direito, à escala axiológica instalada na própria Constituição Federal, à analogia *etc.*, que são fontes formais do direito expressamente indicadas na própria ordem jurídica positiva (LINDB, art. 4º).