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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

22. Cfr. Liebman, “Il fondamento del principio dispositivo”, cit. n. 5, pp. 8-9.

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

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

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

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

CAPÍTULO VI

ESCOPOS POLÍTICOS

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

24. os escopos políticos

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

25. *escopos políticos e técnica processual*

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

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

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

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

13. Cf. Watanabe, *Controle jurisdicional e mandado de segurança*, pp. 93 ss.: relata a evolução doutrinária e jurisprudencial acerca da admissibilidade do *writ* contra atos de jurisdição, inclusive no seu relacionamento com os vetos contidos nas Súmulas 267 e 268 do Supremo Tribunal. O mandado de segurança não se tornou sucedâneo perfeito dos recursos, mas os substitui com vantagem e lhes reforça a capacidade de afastar injustiças e a eficácia de decisões. É a ordem constitucional reagindo contra lesões a direitos líquidos e certos a que a ordem legal não estaria sendo capaz de dar a devida proteção. A propósito do tema disse Calmon de Passos: “a teoria do mandado de segurança contra atos jurisdicionais tem que assentar, como a do mandado de segurança em geral, em três noções básicas: a de *ilegalidade* ou *abuso* de poder na atividade jurisdicional do magistrado; a de *direito*, relacionado com o processo e o conjunto de atos que o constituem, resultado do exercício das faculdades que integram as situações de vantagem dos sujeitos; e, por último, a de *liquidez e certeza* desse direito” (cf. “Do mandado de segurança contra atos jurisdicionais: tentativa de sistematização nos cinqüenta anos de sua existência”, n. 12, p. 52). Até mesmo contra sentença passada em julgado, não se exclui por completo a admissibilidade do *writ*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

19. V. lei compl. n. 75, de 20 de maio de 1993, art. 1º: ele não representa o Estado *pro domo sua*, mas *pro societate*, sendo responsável "pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade", etc. Sobre a posição do Ministério Público no processo, sua imparcialidade, etc., cfr. Calmon de Passos, "Intervenção do Ministério Público nas causas a que se refere o art. 82, III, do Código de Processo Civil", nn. 12-14, pp. 86-88; v. ainda Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria geral do processo*, nn. 122 ss., pp. 178 ss.

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

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

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

21. *Cfr. supra*, n. 5.

22. *Cfr. Dinamarco, Execução civil*, nn. 220-221, pp. 363 ss., bem como bibliografia ali citada. A afirmação da ação como direito público subjetivo (*cfr. Ada Pellegrini Grinover, Direito de ação*, nn. 21-26, pp. 45 ss.) tem muito mais significado político do que técnico-jurídico, ou seja: trata-se de fórmula ligada à generosa preocupação pela inafastabilidade do controle jurisdicional no Estado-de-direito, sendo a ação uma garantia destinada a assegurar o acesso a ordem jurídica justa. Se fosse válido determinar a natureza jurídica do instituto só por isso, sê-lo-ia, no máximo, quanto à ação civil: a penal pertence à acusação e não visa à preservação do direito em jogo no processo crime (a liberdade), mas precisamente ao contrário — isto é, à imposição de restrição a ele (*cfr. Dinamarco, Fundamentos do processo civil moderno*, I, n. 36, p. 99; *supra*, n. 9).

23. CPC, art. 262, parte final.

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

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

24. *V. supra*, n. 5, nota 97.

25. Interesse é utilidade e, se não fosse a qualificação *legítimo* (*legítimo interesse*), ficaria sem explicação a falta de interesse por inadequação da via escolhida, especialmente quando ela fosse mais vantajosa para o demandante (mais utilidade!): é o caso da execução intentada sem título. O predicado da legitimidade do interesse é a expressão de uma justa compensação, que o legislador espera do processo, de modo a oferecer suficiente retorno do custo social e individual da sua realização. É como no caso indicado no texto, em que o sacrifício a ser imposto ao patrimônio do demandado constitui um custo que traz muito risco de não ser conforme com a verdadeira vontade da lei, se não houver a boa dose de probabilidade oferecida pelo título executivo; o pedido de condenação antes do vencimento da dívida é também repellido (aqui, por falta de necessidade concreta da jurisdição), porque o Estado não se dispõe a generalizar tutelas jurisdicionais antecipadas, quando talvez em muitos desses casos poderia ter-se a satisfação voluntária e muitos processos serão assim então evitados; outro caso é o do processo crime (cognitivo), que só se instaura se houver *fumus boni juris* (justa causa), ordinariamente fornecida pelo inquérito policial, porque a própria litispendência criminal é gravosa e fonte de constrangimentos, não sendo razoável impô-la, também, sem a probabilidade havida por suficiente. Sobre o interesse de agir, *cfr. meu Instituições de direito processual civil*, II, n. 544, pp. 302 ss.

CAPÍTULO VII

O ESCOPO JURÍDICO

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

26. o problema

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

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

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

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

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

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

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

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

27. colocações introspectivas

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

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

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

5. O processo não tutela *direitos*, mas *peçoas* – e, precisamente, as pessoas que, segundo o direito material bem interpretado, tenham direito à tutela jurisdicional: *cf.* Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, II, n. 425, pp. 811 ss.; n. 431, pp. 825 ss.

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

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

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

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

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

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

9. O juiz decide sobre condições da ação executiva, sobre pressupostos processuais, sobre a regularidade do próprio procedimento executivo, sobre os incidentes suscitados. Sobre o tema dos juízos contidos no processo de execução, é preciosa a monografia de Martinetto, *Gli accertamenti degli organi esecutivi* (*cf.* ainda Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, IV, nn. 1.793-1.797, pp. 709 ss.). Essa observação abre espaço para toda a problemática do *contraditório no processo executivo*, tão mal compreendida quanto a própria idéia de instrução (sabe-se que a participação em contraditório se destina a propiciar a correta instrução da causa, mas nem sempre é lembrado que na execução também exista instrução, não para a prova, mas para a predisposição das coisas para a satisfação da vontade concreta do direito: *cf.* Dinamarco, *ib.*, pp. 94 ss.; Tarzia, “Il contraddittorio nel processo esecutivo”, *passim*).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

28. o processo e o direito

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

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

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

18. Cfr. Lafer, *O Brasil e a crise mundial*, p. 20; Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, I, n. 34, p. 92; Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria geral do processo*, n. 11, p. 40.

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

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

19. Const., art. 5º, inc. XXXV; CPC, art. 4º. Tais dispositivos correspondem a uma visão plana do ordenamento jurídico, contra que me insurjo (cfr: Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, I, nn. 141-142, pp. 326 ss.).

20. CC-16, art. 75.

21. CC-16, art. 76.

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

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

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

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

28.1 pontos de estrangulamento

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

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

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

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