

- Berizonce, *Efectivo acceso a la justicia*.
- Betti, *Processo civile: diritto romano*.
- Cappelletti, *El acceso a la justicia* (trad.).
- Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, 1, nn. 39-43.
- _____. *A instrumentalidade do processo*, nn. 9 ss. (sobre jurisdição), nn. 21-25 (sobre escopos do processo, insatisfações etc.) e nn. 34-36 (sobre a efetividade do processo).
- _____. *Execução civil*, n. 1.
- _____. Grinover, "Conciliação no Juizado de Pequenas Causas".
- _____. "A problemática dos interesses difusos".
- Grinover, Magalhães, Scarance & Gomes, *Juizados Especiais Criminais*, pp. 14-20, 104-105, 116-119 e 123-127.
- Moreira Alves, *Direito romano*, 1, n. 117.
- Watanabe, "Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir".

CAPÍTULO 2

O PROCESSO E O DIREITO PROCESSUAL

9. as funções do Estado moderno

O Estado moderno repudia as bases da filosofia política liberal e pretende ser, embora sem atitudes paternalistas, "a providência do seu povo", no sentido de assumir para si certas funções essenciais ligadas à vida e desenvolvimento da nação e dos indivíduos que a compõem. Mesmo na ultrapassada filosofia política do Estado liberal, extremamente restritiva quanto às funções do Estado, a jurisdição esteve sempre incluída como responsabilidade estatal, uma vez que a eliminação de conflitos concorre, e muito, para a preservação e fortalecimento dos valores humanos da personalidade. E hoje, prevalecendo as idéias do *Estado social*, em que ao Estado se reconhece a função fundamental de promover a plena realização dos valores humanos, isso deve servir, de um lado, para pôr em destaque a função jurisdicional pacificadora como fator de eliminação dos conflitos que afligem as pessoas e lhes trazem angústia; de outro, para advertir os encarregados do sistema, quanto à necessidade de fazer do processo um *meio efetivo* para a *realização da justiça*.

Afirma-se que o objetivo-síntese do Estado contemporâneo é o *bem comum* e, quando se passa ao estudo da jurisdição, é lícito dizer que a projeção particularizada do bem-comum nessa área é a *pacificação com justiça*. O Estado brasileiro quer *uma ordem social que tenha como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais* (art. 193) e considera-se responsável pela sua efetividade. Para o cumprimento desse desiderato, propõe-se a desenvolver a sua variada atividade em benefício da população, inclusive intervindo na ordem econômica e na social na medida em que isso seja necessário à consecução do desejado bem-comum, ou bem-estar social (*welfare state*).

Essa atividade compreende a realização de obras e prestação de serviços relacionados com a ordem social e econômica e compreende

também as providências de ordem jurídica destinadas, como já vimos, a disciplinar a cooperação entre os indivíduos e a dirimir os conflitos entre pessoas em geral. Tal é a *função jurídica do Estado*.

10. legislação e jurisdição

No desempenho de sua *função jurídica* o Estado regula as relações intersubjetivas através de duas ordens de atividades, distintas mas intimamente relacionadas.

Com a primeira, que é a *legislação*, estabelece as normas que, segundo a consciência dominante, devem reger as mais variadas relações, dizendo o que é lícito e o que é ilícito, atribuindo direitos, poderes, faculdades, obrigações; são normas de caráter genérico e abstrato, ditadas aprioristicamente, sem destinação particular a nenhuma pessoa e a nenhuma situação concreta; são verdadeiros *tipos*, ou modelos de conduta (desejada ou reprovada), acompanhados ordinariamente dos efeitos que seguirão à ocorrência de fatos que se adaptem às previsões.

Com a segunda ordem de atividades jurídicas, consistente na *jurisdição*, cuida o Estado de buscar a realização prática daquelas normas em caso de conflito entre pessoas – declarando, segundo o modelo contido nelas, qual é o preceito pertinente ao caso concreto (processo de conhecimento) e desenvolvendo medidas para que esse preceito seja realmente efetivado (processo de execução). Nesse quadro, a jurisdição é considerada uma *longa manus* da legislação, no sentido de que ela tem, entre outras finalidades, a de assegurar a prevalência do direito positivo do país.

Diz-se que as pessoas a quem se dirigem em concreto os preceitos do direito objetivo estão interligadas por uma *relação jurídica* (nexo, derivado do direito, que une dois ou mais sujeitos, atribuindo-lhes poderes, direitos, faculdades e os correspondentes deveres, obrigações, sujeições, ônus). Através da relação jurídica regulam-se não só os *conflitos de interesses* entre as pessoas, mas também a *cooperação* que estas devem desenvolver em benefício de determinado objetivo comum (são relações jurídicas, por exemplo, tanto aquela que constitui umnexo entre credor e devedor quanto a que interliga os membros de uma sociedade anônima ou os cônjuges na constância do matrimônio).

Quando ocorre, na experiência concreta, um fato que se enquadre na previsão de determinada norma, reproduzindo-lhe a hipótese como

a cópia reproduz o modelo, o preceito abstrato contido nela gera um preceito concreto, o qual disciplinará então as relações entre as pessoas envolvidas. Surge aqui um sério dissenso entre duas correntes de pensamento, a respeito de uma tomada de posição metodológica, de suma importância para o estudo científico do direito processual.

Para Chiovenda e outros, o ordenamento jurídico cinde-se nitidamente em direito material e direito processual (*teoria dualista* do ordenamento jurídico): o primeiro dita as regras abstratas e estas tornam-se concretas no exato momento em que ocorre o fato enquadrado em suas previsões, automaticamente, sem qualquer participação do juiz. O processo visa apenas à *atuação* (ou seja, à realização prática) da vontade do direito, não contribuindo em nada para a formação das normas concretas; o direito subjetivo e a obrigação preexistem a ele.

Para outros, como Carnelutti, o direito objetivo não tem condições para disciplinar sempre todos os conflitos de interesses, sendo necessário o processo, muitas vezes, para a complementação dos comandos da lei. O comando contido nesta é incompleto, é como se fosse um arco que a sentença completa, transformando-o em círculo. Para quem pensa assim (*teoria unitária* do ordenamento jurídico), não é tão nítida a cisão entre o direito material e o direito processual: o processo participa da criação de direitos subjetivos e obrigações, os quais só nascem efetivamente quando existe uma sentença. O processo teria, então, o escopo de *compor a lide* (ou seja, de editar a regra que soluciona o conflito trazido a julgamento).

Na grande maioria dos casos não-penais, os preceitos cumprem-se pela vontade livre das pessoas às quais se dirigem, satisfazendo-se direitos, cumprindo-se obrigações, extinguindo-se normalmente relações pessoais, sem qualquer interferência dos órgãos da jurisdição (ou seja, sem necessidade de qualquer processo). Essa é a vida normal do direito, a sua *fisiologia*; a *patologia* é representada pela dúvida em torno da existência ou significado do preceito concreto, ou pela insatisfação de uma pretensão fundada neste. Nesses casos é que o Estado, se estimulado por aquele que tem poder para tal (ação), exercerá soberanamente a jurisdição, fazendo-o através do processo.

A exposição acima não tem pertinência aos preceitos penais, que de acordo com o princípio *nulla poena sine iudicio* só podem ser atuados por meio do processo. O processo penal é indispensável para a solução da controvérsia que se estabelece entre acusador e acusado, ou seja, entre a pretensão punitiva e a liberdade (mas v. *supra*, nn. 5-7, sobre a hoje admissível transação em processo penal). Isso não signifi-

ca, como é óbvio, que todo processo penal conduza à imposição de uma pena, pois será um instrumento de garantia da liberdade quando pronunciar a inocência do acusado.

O estado de insatisfação, como vem sendo frisado, decorre do veto à satisfação voluntária, ditado pela ordem jurídica (como no caso de pretensões penais e outras), ou da omissão da satisfação por quem poderia ter satisfeito a pretensão.

11. *direito material e direito processual*

Caracterizada a insatisfação de alguma pessoa em razão de uma pretensão que não pôde ser, ou de qualquer modo não foi, satisfeita, o Estado poderá ser chamado a desempenhar a sua função jurisdicional; e ele o fará em cooperação com ambas as partes envolvidas no conflito ou com uma só delas (o demandado pode ficar revel), segundo um método de trabalho estabelecido em normas adequadas. A essa soma de atividades em cooperação e à soma de poderes, faculdades, deveres, ônus e sujeições que impulsionam essa atividade dá-se o nome de *processo*.

E chama-se *direito processual* o complexo de normas e princípios que regem tal método de trabalho, ou seja, o exercício conjugado da jurisdição pelo Estado-juiz, da ação pelo demandante e da defesa pelo demandado.

Direito material é o corpo de normas que disciplinam as relações jurídicas referentes a bens e utilidades da vida (direito civil, penal, administrativo, comercial, tributário, trabalhista etc.).

O que distingue fundamentalmente direito material e direito processual é que este cuida das relações dos sujeitos processuais, da posição de cada um deles no processo, da forma de se proceder aos atos deste – sem nada dizer quanto ao bem da vida que é objeto do interesse primário das pessoas (o que entra na órbita do direito substancial).

O direito processual é, assim, do ponto-de-vista de sua função jurídica, um instrumento a serviço do direito material: todos os seus institutos básicos (jurisdição, ação, exceção, processo) são concebidos e justificam-se no quadro das instituições do Estado pela necessidade de garantir a autoridade do ordenamento jurídico. O objeto do direito processual reside precisamente nesses institutos e eles concorrem decisivamente para dar-lhe sua própria individualidade e distingui-lo do direito material.

12. *a instrumentalidade do processo*

Seja ao legislar ou ao realizar atos de jurisdição, o Estado exerce o seu *poder* (poder estatal). E, assim como a jurisdição desempenha uma função instrumental perante a ordem jurídica substancial (para que esta se imponha em casos concretos) – assim também toda a atividade, jurídica exercida pelo Estado (legislação e jurisdição, consideradas globalmente) visa a um objetivo maior, que é a pacificação social. É antes de tudo para evitar ou eliminar conflitos entre pessoas, fazendo justiça, que o Estado legisla, julga e executa (o escopo social magno do processo e do direito como um todo).

O processo é, nesse quadro, um *instrumento a serviço da paz social*.

Falar em *instrumentalidade do processo*, pois, não é falar somente nas suas ligações com a lei material. O Estado é responsável pelo bem-estar da sociedade e dos indivíduos que a compõem: e, estando o bem-estar social turbado pela existência de conflitos entre pessoas, ele se vale do sistema processual para, eliminando os conflitos, devolver à sociedade a paz desejada. O processo é uma realidade desse mundo social, legitimada por três ordens de objetivos que através dele e mediante o exercício da jurisdição o Estado persegue: *sociais, políticos e jurídico*. A consciência dos escopos da jurisdição e sobretudo do seu escopo social magno da *pacificação social* (v. *supra*, n. 4) constitui fator importante para a compreensão da instrumentalidade do processo, em sua conceituação e endereçamento social e político.

Por outro lado, a instrumentalidade do processo, aqui considerada, é aquele *aspecto positivo* da relação que liga o sistema processual à ordem jurídico-material e ao mundo das pessoas e do Estado, com realce à necessidade de predispor-lo ao integral cumprimento de todos os seus escopos sociais, políticos e jurídico. Falar da instrumentalidade nesse sentido positivo, pois, é alertar para a necessária efetividade do processo, ou seja, para a necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à “*ordem jurídica justa*”. Para tanto, não só é preciso ter a consciência dos *objetivos a atingir*, como também conhecer e saber superar os *óbices* econômicos e jurídicos que se antepõem ao livre acesso à justiça (v. *supra*, n. 8).

Fala-se da instrumentalidade do processo, ainda, pelo seu *aspecto negativo*. Tal é a tradicional postura (legítima também) consistente em alertar para o fato de que ele não é um fim em si mesmo e não deve, na prática cotidiana, ser guindado à condição de fonte geradora de direitos. Os sucessos do processo não devem ser tais que superem

ou contrariem os desígnios do direito material, do qual ele é também um instrumento (à aplicação das regras processuais não deve ser dada tanta importância, a ponto de, para sua prevalência, ser condenado um inocente ou absolvido um culpado; ou a ponto de ser julgada procedente uma pretensão, no juízo cível, quando a razão estiver com o demandado). Uma projeção desse *aspecto negativo* da instrumentalidade do processo é o princípio da *instrumentalidade das formas*, segundo o qual as exigências formais do processo só merecem ser cumpridas à risca, sob pena de invalidade dos atos, na medida em que isso seja indispensável para a consecução dos objetivos desejados (v.g., não se anula o processo por vício de citação, se o réu compareceu e se defendeu: v. *infra*, n. 221).

13. linhas evolutivas

A história do direito processual inclui *três fases metodológicas* fundamentais.

Até meados do século passado, o processo era considerado simples meio de exercício dos direitos (daí, *direito adjetivo*, expressão incompatível com a hoje reconhecida independência do direito processual). A *ação* era entendida como sendo o próprio direito subjetivo material que, uma vez lesado, adquiria forças para obter em juízo a reparação da lesão sofrida. Não se tinha consciência da autonomia da *relação jurídica processual* em face da relação jurídica de natureza substancial eventualmente ligando os sujeitos do processo. Nem se tinha noção do próprio direito processual como ramo autônomo do direito e, muito menos, elementos para a sua autonomia científica. Foi o longo período de *sincretismo*, que prevaleceu das origens até quando os alemães começaram a especular a natureza jurídica da ação no tempo moderno e acerca da própria natureza jurídica do processo.

A segunda fase foi *autonomista*, ou *conceitual*, marcada pelas grandes construções científicas do direito processual. Foi durante esse período de praticamente um século que tiveram lugar as grandes teorias processuais, especialmente sobre a natureza jurídica da ação e do processo, as condições daquela e os pressupostos processuais, erigindo-se definitivamente uma ciência processual. A afirmação da autonomia científica do direito processual foi uma grande preocupação desse período, em que as grandes estruturas do sistema foram traçadas e os conceitos largamente discutidos e amadurecidos.

Faltou, na segunda fase, uma postura crítica. O sistema processual era estudado mediante uma visão puramente introspectiva, no exame

de seus institutos, de suas categorias e conceitos fundamentais; e visto o processo costumeiramente como mero *instrumento técnico* predisposto à realização da ordem jurídica material, sem o reconhecimento de suas conotações deontológicas e sem a análise dos seus resultados na vida das pessoas ou preocupação pela justiça que ele fosse capaz de fazer.

A fase *instrumentalista*, ora em curso, é eminentemente crítica. O processualista moderno sabe que, pelo aspecto técnico-dogmático, a sua ciência já atingiu níveis muito expressivos de desenvolvimento, mas o sistema continua falho na sua missão de produzir justiça entre os membros da sociedade. É preciso agora deslocar o ponto-de-vista e passar a ver o processo a partir de um *ângulo externo*, isto é, examiná-lo nos seus resultados práticos. Como tem sido dito, já não basta encarar o sistema do ponto-de-vista dos produtores do serviço processual (juízes, advogados, promotores de justiça): é preciso levar em conta o modo como os seus resultados chegam aos *consumidores* desse serviço, ou seja, à população destinatária.

Para o desencadeamento desse novo método, crítico por excelência, foi de muita relevância o florescer do interesse pelo estudo das *grandes matrizes constitucionais do sistema processual*. O *direito processual constitucional*, como método supralegal no exame dos institutos do processo, abriu caminho, em primeiro lugar, para o alargamento dos conceitos e estruturas e superamento do confinamento de cada um dos ramos do direito processual. Houve clima metodológico, então, para o desenvolvimento de uma *teoria geral do processo*, favorecendo o progresso científico do processo penal, historicamente muito menos aprimorado que o processo civil. A partir daí, bastou um passo para o superamento das colocações puramente jurídicas e passagem à crítica sócio-política do sistema.

Diz-se que, no decorrer dessa fase ainda em andamento, tiveram lugar *três ondas renovatórias*, a saber: a) uma consistente nos estudos para a melhoria da *assistência judiciária* aos necessitados; b) a segunda voltada à tutela dos *interesses supra-individuais*, especialmente no tocante aos consumidores e à higidez ambiental (interesses coletivos e interesses difusos); c) a terceira traduzida em múltiplas tentativas com vistas à obtenção de fins diversos, ligados ao modo-de-ser do processo (simplificação e racionalização de procedimentos, conciliação, equidade social distributiva, justiça mais acessível e participativa etc.).

A terceira fase está longe de exaurir o seu potencial reformista. Durante ela já foi possível tomar consciência do relevantíssimo papel deontológico do sistema processual e de sua complexa missão perante

a sociedade e o Estado, e não só em face da ordem jurídico-material (os variados *escopos* do processo: v. *supra*, n. 4). Foi possível ainda localizar os *pontos sensíveis* do sistema, o que constitui passo significativo para a definição das estratégias de reforma (v. *supra*, n. 8).

Já se obteve também algum progresso no plano prático, especialmente mediante a legislação brasileira sobre *pequenas causas* (ampla assistência jurídico-judiciária, simplificação das formas, maior acessibilidade popular) e *ação civil pública* (tutela jurisdicional a interesses supra-individuais), além das *garantias constitucionais do mandado de segurança coletivo* (proteção a interesses homogêneos de pessoas integrantes de determinada categoria), da *assistência jurídica aos necessitados*, da *ação direta de inconstitucionalidade* aberta a diversas entidades representativas, da exclusão das *provas obtidas por meios ilícitos* etc. (cfr. respectivamente, lei n. 7.244, de 7.11.84, lei n. 7.347, de 24.7.85, e Const., art. 5º, incs. LXX, LXXIV, LVI, e art. 103). O *Código do Consumidor* constitui outra conquista dessa fase, especialmente no que toca ao tratamento processual específico ali estabelecido (v. lei n. 8.078, de 11.9.90).

Sentem-se progressos também em sede pretoriana, com juízes e tribunais gradativamente conscientizados dos valores humanos contidos nas garantias constitucionais do contraditório e do devido processo legal e necessidade de tratar o processo, sempre, como autêntico meio de acesso à *ordem jurídica justa*. Por exemplo, tem sido dado especial relevo à presunção de inocência do acusado, ao direito das partes ao processo e observância do procedimento, direito à prova etc.

Mas ainda resta muito a fazer. A fase instrumentalista não terá desempenhado o relevante papel que se propõe para o aprimoramento do serviço de pacificação social, enquanto não tiver cumprido razoavelmente os propósitos expressos nas três *ondas renovatórias* desenvolvidas em sede doutrinária. Se temos hoje uma vida societária de massa, com tendência a um direito de massa, é preciso ter também um *processo de massa*, com a proliferação dos meios de proteção a direitos supra-individuais e relativa superação das posturas individuais dominantes; se postulamos uma sociedade pluralista, marcada pelo ideal isonômico, é preciso ter também um *processo sem óbices econômicos e sociais* ao pleno acesso à justiça; se queremos um processo ágil e funcionalmente coerente com os seus escopos, é preciso também *relativizar o valor das formas* e saber utilizá-las e exigi-las na medida em que sejam indispensáveis à consecução do objetivo que justifica a instituição de cada uma delas.

Tudo que já se fez e se pretende fazer nesse sentido visa, como se compreende, à *efetividade do processo como meio de acesso à justiça*. E a concretização desse desiderato é algo que depende menos das reformas legislativas (importantes embora), do que da postura mental dos operadores do sistema (juízes, advogados, promotores de justiça). É indispensável a consciência de que o processo não é mero instrumento técnico a serviço da ordem jurídica, mas, acima disso, um poderoso instrumento ético destinado a servir à sociedade e ao Estado.

O reconhecimento das conotações ideológicas do processo constitui um dos passos mais significativos da doutrina processual contemporânea. A mudança de *mentalidade* em relação ao processo é uma necessidade, para que ele possa efetivamente aproximar-se dos legítimos objetivos que justificam a sua própria existência.

bibliografia

- Carnelutti, *Istituzioni*, I, n. 17.
 Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 1-7 e 15-16.
 ———. *Fundamentos do processo civil moderno*, caps. 2-3.
 ———. *A instrumentalidade do processo*, n. 1 (linhas evolutivas), nn. 35-36 (aspectos negativo e positivo), nn. 26 ss. (jurisdição e legislação – direito material e processo).
 Liebman, *Manual de direito processual civil*, I, nn. 3 e 26.
 Vidigal, “Escopo do processo civil”.

A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

© CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO

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

ISBN 978-85-7420-841-1

*Direitos reservados desta edição por
MALHEIROS EDITORES LTDA.
Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171
CEP 04531-940 — São Paulo — SP
Tel.: (11) 3078-7205 — Fax: (11) 3168-5495
URL: www.malheiroseditores.com.br
e-mail: malheiroseditores@terra.com.br*

*Composição
PC Editorial Ltda.*

*Capa
Nadia Basso*

*Impresso no Brasil
Printed in Brazil
01-2008*

*À Laís
e aos nossos três*