

347.9.04
D589i
15.ed.
BCI

mlh

AINSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

© **CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO**

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

ISBN 978-85-392-0174-7

Direitos reservados desta edição por
MALHEIROS EDITORES LTDA.

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

Tel.: (11) 3078-7205

Fax: (11) 3168-5495

URL: www.malheiroseditores.com.br

e-mail: malheiroseditores@terra.com.br

64081/13



Composição
PC Editorial Ltda.

Capa
Criação: Nadia Basso
Arte: PC Editorial Ltda.

02/07/2013

Impresso no Brasil
Printed in Brazil
02.2013

À Laís
e aos nossos três

SUMÁRIO

minha proposta (prefácio à 1ª edição)	11
novos rumos do instrumentalismo (prefácio à 13ª edição)	13

Parte Primeira Premissas Metodológicas e Conceituais

Capítulo I – PERSPECTIVAS METODOLÓGICAS ATUAIS DO DIREITO PROCESSUAL

1. sincretismo, autonomia e instrumentalidade	17
2. o processo e a ordem constitucional	25
3. o processo e a ordem constitucional (mutações)	33
4. o processo como instrumento de mutações na ordem constitucional e legal	44
5. perspectiva publicista do processo	49

Capítulo II – A TEORIA GERAL DO PROCESSO

6. o papel da teoria geral do processo	67
7. sua extensão metodologicamente útil (as diversas espécies de processos)	73
8. cont. (processo e poder)	77

Capítulo III – JURISDIÇÃO E PODER

9. a jurisdição (poder) ao centro da teoria processual	90
10. jurisdição e decisão no quadro da política e do poder	96
11. jurisdição e decisão	104
12. cont. (imunização)	108
13. cont. (imperatividade)	112
14. jurisdição e poder do ponto-de-vista do direito processual	116
14.1 <i>jurisdição, poder e comportamento</i>	117
14.2 <i>jurisdição, sanção, coerção, coercibilidade</i>	123

14.3	<i>jurisdição e influência – a jurisprudentia e seu valor ...</i>	128
14.4	<i>participação no processo decisório</i>	133
14.5	<i>jurisdição (poder) e dinâmica do poder</i>	134
15.	perspectiva funcional da jurisdição	136
15.1	<i>unidade da jurisdição estatal</i>	142
15.2	<i>jurisdição voluntária</i>	145
16.	processo, procedimento e contraditório	150
17.	legitimidade	164

Parte Segunda A Instrumentalidade do Sistema Processual

<i>Capítulo IV – ESCOPOS DA JURISDIÇÃO</i>		
E INSTRUMENTALIDADE		
18.	processo, escopos, instrumentalidade	177
19.	os escopos da jurisdição	178
20.	relatividade social e política	184

Capítulo V – ESCOPOS SOCIAIS

21.	pacificar com justiça	188
22.	educação	191
23.	escopos sociais e técnica processual	193

Capítulo VI – ESCOPOS POLÍTICOS

24.	os escopos políticos	198
25.	escopos políticos e técnica processual	202

Capítulo VII – O ESCOPO JURÍDICO

26.	o problema	208
27.	colocações introspectivas	210
28.	o processo e o direito	213
28.1	<i>pontos de estrangulamento</i>	215
28.2	<i>entre a teoria unitária e a dualista</i>	222
28.3	<i>o juiz e o processo</i>	230
28.4	<i>os ônus processuais e a conduta das partes</i>	236
28.5	<i>suficiência do direito substancial</i>	242
29.	atuação da vontade concreta do direito	246
29.1	<i>críticas e confrontos</i>	250
30.	escopo jurídico e técnica processual	258

Capítulo VIII – ESCOPOS DO PROCESSO E TÉCNICA PROCESSUAL

31.	a técnica e os escopos	264
-----	------------------------	-----

32.	equilíbrio de exigências conflitantes	271
33.	certeza, probabilidade e risco em direito processual	279
33.1	<i>no processo de conhecimento</i>	287
33.2	<i>cont. (esp. quanto ao valor do ônus da prova)</i>	292
33.3	<i>no processo ou fase de execução</i>	301
33.4	<i>nas atividades jurisdicionais de urgência</i> (cautelares e antecipatórias)	306

Capítulo IX – A INSTRUMENTALIDADE EM SEU DUPLO SENTIDO

34.	proposições metodológicas	313
35.	o aspecto negativo da instrumentalidade	316
36.	o aspecto positivo e a efetividade do processo	319
36.1	<i>admissão em juízo</i>	323
36.2	<i>o modo-de-ser do processo</i>	335
36.3	<i>justiça nas decisões</i>	347
36.4	<i>efetividade das decisões</i>	351
37.	instrumentalidade e acesso à justiça	359
38.	temas fundamentais do processo civil moderno	362
	conclusões	365
	bibliografia	381

vido o leitor interessado a refletir e questionar as soluções que envolvem temas clássicos como o da legitimidade *ad causam* e o dos limites subjetivos da coisa julgada (*infra*, n. 38), com a coragem de afrontar dogmas, a prudência em não expor os litigantes a inseguranças e a esperança de dotar a sociedade de instrumentos mais ágeis para a realização da justiça. A implantação das *símulas vinculantes* e as prudentes aberturas para a relativização da garantia constitucional da coisa julgada são significativas tomadas de consciência em relação a dogmas que não merecem ser cultivados como objetivos em si mesmos.

Na sessão de encerramento do IX Congresso Internacional de Direito Processual, em Lisboa aos 30 de agosto de 1991, discursando como orador oficial, o Prof. José Carlos Barbosa Moreira deu ênfase à necessidade de *revisitar a técnica processual*. Sugere que a disciplina dos velhos institutos e a solução de antigos problemas sejam orientadas com o aporte das conquistas dos recentes Congressos. É essa mesma a utilidade que este livro pretende ter, ou seja, a de servir de motivo para reflexões acerca da técnica processual, indispensável à realização da justiça.

São Paulo, dezembro de 2007

PARTE PRIMEIRA

PREMISSAS METODOLÓGICAS E CONCEITUAIS

CAPÍTULO I

PERSPECTIVAS METODOLÓGICAS ATUAIS DO DIREITO PROCESSUAL

1. sincretismo, autonomia e instrumentalidade; 2. o processo e a ordem constitucional;
3. o processo e a ordem constitucional (mutações); 4. o processo como instrumento de mutações na ordem constitucional e legal; 5. perspectiva publicista do processo.

1. *sincretismo, autonomia e instrumentalidade*

Chegou-se à idéia do direito processual como ciência, mediante um iter de desligamento das matrizes conceituais e funcionais antes situadas no direito material e cuja inadequação somente principiou a ser sentida conscientemente a partir da metade do século passado. O influxo racionalista do século das luzes haveria de permitir, também nesse campo, a visão de fenômenos que durante todo o curso da História das instituições permaneceram ocultos à percepção dos juristas.¹ As transformações políticas e sociais havidas na Europa desde o século anterior tinham sido capazes de alterar a fórmula das relações entre o Estado e o indivíduo, com a ruptura de velhas estruturas² – e isso foi responsável pelas primeiras preocupações

1. Cfr: Liebman, "Ai lettori brasiliani" (apresentação da edição brasileira do seu *Manual de direito processual civil*), p. IX.

2. Cfr: Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, p. 188, o qual, após destacar o trinômio em que se expressa a vida do Estado (*conservar-ordenar-ajudar*), fala da evolução das relações sociais no sentido de uma crescente solidariedade; e "quanto maior é o interesse solidário, maior é a responsabilidade do Estado pela sua satisfação". A idéia central é essa, do acréscimo de interesses comuns na sociedade gerando responsabilidades maiores a cargo do Estado e essas responsabilidades conduzindo a um intervencionismo mais ou menos acentuado, como requisito indispensável para o cumprimento das crescentes atribuições; o Estado faz-se responsável pela realização integral da condição humana de cada um, assumindo o encargo de criar

em definir os fenômenos do processo, onde assoma a figura do juiz como agente estatal, a partir de premissas e conceitos antes não revelados à ciência dos estudiosos que se debruçavam sobre o *direito judiciário civil* (mera *procédure*). Tinha-se, até então a remansosa tranquilidade de uma visão *plana do ordenamento jurídico*, onde a ação era definida como o direito subjetivo lesado (ou: o resultado da lesão ao direito subjetivo), a jurisdição como sistema de tutela aos direitos, o processo como mera sucessão de atos (procedimento); incluíam a ação no sistema de exercício dos direitos (*ius quod sibi debeat*, *judicio persequendi*) e o processo era tido como conjunto de formas para esse exercício, sob a condução pouco participativa do juiz. Era o campo mais aberto, como se sabe, à prevalência do princípio dispositivo e ao da plena disponibilidade das situações jurídico-processuais — que são direitos descendentes jurídicos do liberalismo político então vigorante (*laissez faire, laissez passer et le monde va de lui même*).

Foi esse *sincretismo* jurídico, caracterizado pela confusão entre os planos substancial e processual do ordenamento estatal, que no século XIX principiou a ruir. Primeiro, questionou-se o tradicional conceito civilista de ação e afirmou-se a sua grande diferença, seja no plano conceitual ou funcional, em face da *actio* romana: ela não é (como esta) instituto de direito material, mas processual; não se dirige ao adversário, mas ao juiz, não tem por objeto o bem litigioso, mas a prestação jurisdicional.³ A celeuma provocada por essas afir-

mações para isso e tornando-se, nesse sentido, “a providência do seu povo” (cf. Ferreira Filho, *Conjuntura política nacional — o Poder Executivo*, p. 6).

3. Na obra revolucionária de Bernhard Windscheid (*Die “actio” des römischen Zivilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts*), ponto inicial da famosa polémica tantas vezes lembrada nos estudos dos processualistas, um dos propósitos fundamentais foi o de afastar o paralelismo entre a *actio* romana e a ação do direito moderno, a partir da observação de que o sistema romano foi um sistema de *actiones*, não de direitos; ao que os romanos designavam por *actio*, disse, corresponde o que hoje se chama *pretensão* (*Anspruch*), ou seja, a “faculdade de impor a própria vontade por via judiciária” (cf. Pugliese, “Introduzione” ao volume *Polemica intorno all’actio*; Betti, “Ragione e azione”, esp. p. 106, p. 3). Na resposta polémica de Theodor Muther a esse escrito, onde se sustentou a prioridade do direito com referência à ação também no direito romano (defendida, pois, a reaproximação dos conceitos de *actio* e ação), foram ditas aquelas coisas indicadas no texto, sobre a natureza da ação (direito à tutela jurídica) e sua titularidade passiva (o magistrado, não o adversário). Essa histórica polémica foi o marco inicial do inconformismo

mações revolucionárias (hoje, tão naturais aos olhos do jurista moderno) acabou gerando reações em cadeia, que chegaram até à plena consciência da *autonomia* não só da ação, mas dela e dos demais institutos processuais. A primeira dessas repercussões foi a tomada de consciência para a autonomia da relação jurídica processual, que se distingue da de direito substancial pelos seus sujeitos, seus pressupostos, seu objeto.⁴ Com a descoberta da autonomia da ação e do processo, institutos que tradicionalmente ocupavam com exclusividade a primeira linha das investigações dos processualistas, pôde ser proposta desde logo a renovação dos estudos de direito processual, surgindo ele como ciência em si mesma, dotada de objeto próprio e então esboçada a definição de seu próprio método.⁵

do jurista moderno em face das colocações tradicionais, e isso como reflexo do *Iluminismo* sobre a ciência processual secularmente dócil às tradições privatistas. Ela principiou todo um movimento de acomodação do processo ao modo-de-ser da conjuntura político-social em que se insere.

4. Von Bülow, na verdade, não criou a idéia da relação jurídica processual e sua configuração triplíce: ele apenas a racionalizou e desenvolveu, propondo desdobramentos. Antes dele, já dissera Bülgaro que *judicium est actus trium personarum, iudicis, actoris, rei*; as Ordenações do Reino diziam que “três pessoas são por Direito necessárias em qualquer Juízo, Juiz que julgue, autor que demande e réu que se defenda” (L. III, XXX, p.); na obra de Bethmann-Holweg, que o próprio Von Bülow refere na sua, igualmente havia alusão à relação jurídica processual. A inovação racionalizadora teve por mérito principal o destaque dos dois planos do próprio ordenamento jurídico, a partir da visão da relação jurídica processual e da relação de direito privado como duas realidades distintas.

5. Se o método é *processo ordenatório da razão* (Miguel Reale, *Filosofia do direito*, I, n. 16, p. 72) e justifica-se por oferecer a *certeza dos resultados* das investigações mediante juízos coerentes e adequados ao real (*id., ib.*); e se a realidade que a ciência processual examina apresenta suas características próprias, é natural que ela disponha do próprio método, caracterizado por premissas bem definidas e conscientizadas. E era natural a fragilidade metodológica e portanto científica do direito processual, nos tempos em que se acreditava ser a ação um instituto de direito privado. Diz-se-se, v.g.: “ação e exercício da ação exprimem noções distintas. A ação pertence ao direito civil ou comercial, conforme for a matéria de que se trate com relação à lei; o exercício da ação é demanda propriamente dita, a qual já então pertence ao regime judiciário” (Paula Baptista, *Compêndio*, § 5º, p. 12). Disse-se também que o direito processual *vivia de crédito*, ao traçar suas elaborações em torno da ação, instituto de direito privado e da *jurisdição*, de direito constitucional (Wetzell, apud Liebman, *Manual de direito processual civil*, n. 21, esp. nota 3, p. 40 trad.). Hoje a situação não é essa e o objeto material específico do direito processual está perfeitamente identificado nos seus institutos sobejamente conhecidos (especialmente, nos quatro *institutos fundamentais*: cf. Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, I, nn. 135-150). Mas as grandes premissas metodoló-

Essa postura autonomista transpareceu, ainda a partir do século passado, nas investigações em torno do conceito da ação, permitindo chegar até à afirmação de seu caráter abstrato, o que constituiu o mais elevado grau de proclamação de sua autonomia. Além disso, permitiu também toda a exploração desse campo fertilíssimo e pouco conhecido até então, que é o dos fatos e situações jurídicas do processo: surgiram os grandes tratados e importantíssimas monografias que são do conhecimento geral e serviram para possibilitar o uso adequado do instrumental que o direito processual oferece.⁶

Fundada a ciência, definido seu objeto, estabelecidas as suas grandes premissas metodológicas e traçada a sua estrutura sistemática, chegou-se afinal a um ponto de *maturidade* mais do que satisfatório no direito processual. Não importa a existência de grandes diferenças entre os diversos sistemas processuais do mundo contemporâneo, que constituem resultantes históricas, culturais e políticas de fenômenos e estruturas dotados de maior amplitude (é o caso do escopo de educar o indivíduo para o pensamento e a ação socialista, que nos Estados socialistas se atribui ao processo;⁷ ou do sistema

gias do direito processual vão sendo substituídas nas últimas décadas como neste estudo é salientado. Aquelas que correspondem à introspecção do sistema vão se acrescendo ou em certa medida sucedendo outras, reveladoras de uma visão exterior. É a tal problemática metodológica, em síntese, que se dedicam as presentes investigações.

6. Foram os tempos da grande escalada da *técnica processual*, em que gradualmente mas em breve tempo os institutos do processo foram-se revelando e foram sendo descobertas as relações entre eles. Bastante expressivo dessa idéia técnica é o ensaio de Carnacini, "Tutela giurisdizionale e tecnica del processo", em que se toma por ponto de partida aquele bastante tradicional, do processo visto do ponto-de-vista do autor, para depois encarar a técnica como algo que, se de um lado serve ao homem, por outro constitui um sistema de exigências às quais ele precisa adequar o seu comportamento (cfr., esp. nn. 1 e 16, nota 1, pp. 696 e 757). Esse ensaio do professor bolonhês vale como uma excelente racionalização da técnica processual, especialmente em face das tendências antagônicas quanto ao grau de participação dos sujeitos processuais (*Untersuchungsmaxime*, *Verhandlungsmaxime*, *Dispositionmaxime*), sem propiciar, como hoje se postula, a determinação do posto que cabe ao processo no contexto jurídico e sócio-político. Hoje as idéias já bastante claras sobre a relação instrumental do processo com o mundo social e político permitem o retorno metodológico à dogmática processual, agora enriquecida e direcionada segundo a consciência dos objetivos.

7. Cfr. Habscheid, "As bases do direito processual civil", n. 1, pp. 118-119: "a justiça socialista deve responder a outro escopo: educar o indivíduo. Efetivamente, em conformidade com a doutrina do marxismo-leninismo, a política e o direito

dos precedentes judiciais, ou *case law*, vigente nos países de formação anglo-saxônica). Nem essas diferenças nem as que se vêem entre os sistemas e a cultura processuais de membros da mesma *família*⁸ (v.g., os germânicos atuais preocupam-se muito menos, ou quase nada, em seus tratados gerais, com o conceito de ação, seus elementos, suas condições, do que nós latinos), seriam suficientes para infirmar essa maturidade, caracterizada pelo encontro de todos em torno de certas idéias comuns, como a própria autonomia do direito processual e seus institutos, a maior participação do juiz na preparação do provimento que emitirá a final, a necessidade de assegurar o juiz natural o *due process of law* e a efetividade do processo, com a real e equilibrada participação contraditória dos seus sujeitos interessados; apesar das peculiaridades de cada sistema nacional e das *famílias* diferentes entre si, essas idéias comuns e a consciência para os chamados *principios formativos* e necessidade de aplicá-los é significativo fator de universalização da ciência do

poderão modificar a consciência dos homens e os educar em uma direção do pensamento e da ação socialista. Tal princípio estava claramente definido no art. 3º dos fundamentos do processo civil da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas". Tais palavras constam do relatório dado pelo seu autor como relator-geral do tema no Congresso Internacional de Direito Processual havido em Gand, Bélgica, no ano de 1977 — e, assim, têm o sentido de destaque dado à posição do direito socialista, em confronto com as ordens jurídico-processuais do ocidente. Em obra de autor soviético (Gurvich), é também ressaltado que aos tribunais compete "um amplo labor educativo, tanto com relação às pessoas que participam de um litígio, como às que se inteiram deste, por se encontrarem na sala de audiências ou através da imprensa, do rádio, etc." (*Derecho procesal soviético*, p. 8). Essa função política do processo, aliás, é reflexo de análogo mister atribuído ao próprio direito como um todo ("o direito é um instrumento da política", disse Vichinski cfr. *Time*, 30.8.1948, apud Santa Pinter, *Sistema del derecho soviético*, p. 7). Sobre a missão política dos tribunais, v. ainda Poutchinski, *Principios de processo civil da URSS e das Repúblicas Federadas*, esp. pp. 5 e 31; Terebilov, "Evolução dos princípios da justiça socialista", esp. p. 21. Para a visão do escopo de educação nos países ocidentais, em sentido diverso do considerado, v. *infra*, n. 22. Ainda é cedo para saber que rumos tomarão a justiça e os princípios jurídicos dos países egressos da extinta URSS.

8. Sobre as *famílias*, cfr. David, *Les grands systèmes de droit contemporains*. Contrariando em parte o sistema posto pelo autorizado comparativista, aqui nos países de *civil law* da América Latina, ligados à tradição romano-germânica européia, não é dado trato diferenciado. Especialmente quanto ao Brasil, que apesar de sua formação político-institucional inspirada no modelo norte-americano é culturalmente ligada ao sistema processual europeu-continental, é lícita, sob esse aspecto, a inclusão na *família* romano-germânica, que na obra de René David é menos extensa.

processual, pôr ao centro das investigações a polêmica em torno da natureza privada, concreta ou abstrata da ação; ou as sutis diferenças entre a jurisdição e as demais funções estatais, ou ainda a precisa configuração conceitual do *ius exceptionis* e sua suposta assimilação à idéia de ação.¹¹ O que conceitualmente sabemos dos institutos fundamentais deste ramo jurídico já constitui suporte suficiente para o que queremos, ou seja, para a construção de um sistema jurídico-processual apto a conduzir aos resultados práticos desejados. Assim, nesse contexto, o chamado aspecto ético do processo, a sua *conotação deontológica*.¹²

A negação da natureza e objetivo puramente técnicos do sistema processual é ao mesmo tempo afirmação de sua permeabilidade aos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material (os quais buscam efetividade através dele) e reconhecimento de sua inserção no universo axiológico da sociedade a que se destina. As premissas culturais e político-jurídicas da atualidade repelem, v.g., a distinção da eficácia probatória do testemunho, a partir do *status societatis* de quem o presta; repelem também o valor das provas legais de fundo supersticioso, que nos soam como pitoresca remi-

p. 21); ou, na palavra autorizada de Mauro Cappelletti, “de contestar radicalmente um método de estudo tipicamente escolástico, dogmático e formalista, endereçado à busca de uma ciência pura e ideologicamente neutra, método que foi e, em certa medida, ainda é predominante na doutrina jurídica do nosso país” (*Processo e ideologie, “premesse”*, p. VII). Sabe-se que “nenhuma ação transformadora poderá ser bem-sucedida se ignorarmos a natureza das coisas com que lidamos” (*id., ib.*), mas sem a visão nítida dos objetivos e inconformismo com os resultados que tem sido possível obter, o imobilismo é inevitável. Toda tomada de decisão inclui a *fase crítica* consistente na *definição de objetivos* (Deutsch, *Política e governo*, p. 185) e por isso é que, para essa atitude *funcionalista*, que se nega a *dar prevalência às estruturas organizativas do Estado* (cf. Deni, *Processo civile e giustizia sociale*, p. 13), a questão teleológica é muito importante e se associa ao método instrumental proposto.

11. Por isso é que, da jurisdição, aqui se apresenta somente uma *perspectiva funcional* (*infra*, n. 15), com a explícita intenção de aproximá-la das demais funções estatais, minimizando distinções. O conceito de *processo*, que em si mesmo é bastante funcional, merece atenção compatível com as premissas metodológicas aceitas.

12. Bagolini: “si intenda per definizioni deontologiche quelle in base alle quali la rilevanza giuridica di una norma o di un ordinamento sia indicata come dipendente dalla conformità a un valore e a un *dover essere* (giustizia, libertà, bene comune, ecc.)” (*Visioni della giustizia e senso comune*, pp. 179-180).

processo e indicador seguro de sua maturidade, na ciência jurídica contemporânea.⁹

Com tudo isso, chegou o *terceiro momento metodológico* do direito processual, caracterizado pela consciência da *instrumentalidade* de como importantíssimo pólo de irradiação de idéias e coordenador dos diversos institutos, princípios e soluções. O processualista sensível aos grandes problemas jurídicos sociais e políticos do seu tempo e interessado em obter soluções adequadas sabe que agora os *conceitos* inerentes à sua ciência já chegaram a níveis mais do que satisfatórios e não se justifica mais a clássica postura metafísica consistente nas investigações conceituais destituídas de endereçamento teleológico. Insistir na autonomia do direito processual constitui, hoje, como que preocupar-se o físico com a demonstração da divisibilidade do átomo.¹⁰ Nem se justifica, nessa quadra da ciência

9. Os quatro princípios *informativos* são “normas ideais que representam uma aspiração de melhoria do aparelhamento processual”, independentemente das opções políticas ou culturais que possam estar à base de cada sistema: cf. Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria geral do processo*, n. 17, pp. 56 ss. Já em 1906 falava Chiovenda do princípio *jurídico* e do *político* em processo civil, reportando-se a alusão antes feita por Mancini (cf. “Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno”, n. 2, esp. p. 383); nos *Principii*, examina e define ordenadamente os quatro princípios (que ele considerava “princípios gerais principais”): lógico, jurídico, político e econômico (cf. § 4º, VI, esp. p. 133). É conhecida, a propósito, a obra de Millar, traduzida em língua castelhana por *Los principios formativos del procedimiento civil*. Sobre os princípios *informativos* (tomando o cuidado de ressaltar a imprecisão terminológica reinante a respeito), Mendonça Lima escreveu precioso estudo, confrontando-os com os *fundamentais* e deles dizendo a certo ponto: “não se pode conceber nenhum processo sem o signo destes princípios essencialmente inerentes à instituição”. Eles tendem à universalidade e a sua aprimorada aplicação é politicamente anódina, se bem indispensável para o aperfeiçoamento de qualquer ordem processual; o rompimento das barreiras nacionais pela ação da doutrina constitui seguro fator de trânsito desses princípios e eles constituem em cada sistema, instrumento técnico de imposição das opções sócio-políticas consubstanciadas nos princípios *gerais*, ou *fundamentais* adotados.

10. Disse Barbosa Moreira, expressivamente, de *certo cansaço* que vai tomando muitos espíritos e “justificado, em boa extensão, pelo abuso do conceptualismo e das abstrações dogmáticas” (cf. “Notas sobre o problema da *efetividade* do processo”, n. 1, p. 77). A colocação que neste trabalho é proposta, na linha da tendência processualística moderna, reside em primeiro lugar no abandono de uma atitude puramente gnosiológica, que quer interpretar o processo sem descobrir meios de transformá-lo para melhor (“os filósofos não fizeram mais que *interpretar* o mundo, trata-se porém de transformá-lo”: *apud* Bazarian. *O problema da verdade*,

niscência do obscurantismo medieval;¹³ de palpante atualidade é a questão das provas obtidas por meio ilícito, que a preservação das liberdades constitucionalmente asseguradas levou o Constituinte a proibir que sejam acolhidas no processo.¹⁴ Na experiência brasileira dos tristes tempos da inflação *galopante* temos o modo como os tribunais vieram a repensar o princípio da demanda e o da fidelidade da liquidação à sentença liquidanda: foi preciso, sem ultrajar substancialmente esses princípios, repudiar a interpretação nominalista da demanda civil de conteúdo pecuniário, bem como da sentença que acolhe — para permitir a atualização dos valores monetários e defender o credor eficazmente do mal inflacionário.¹⁵ Outra relevante ilustração da afirmada infiltração de valores na vida dos processos é dada pelo modo prudente como os tribunais brasileiros dimensionaram o *efeito da revelia*: nem mesmo a intenção manifestada do legislador, em preceitos trazidos ao ordenamento positivo no corpo do Código de Processo Civil, foi capaz de determinar a aplicação rígida dessa rigorosíssima sanção processual, com as injustiças e distorções a que daria causa e sem o fiel cumprimento dos propósitos a que institucionalmente voltado o processo e o exercício da jurisdição.

Tudo isso e muito mais são manifestações da *postura instrumentalista* que envolve a ciência processual, neste terceiro momento metodológico. É a instrumentalidade o núcleo e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual,¹⁶ sendo consciente ou inconscientemente tomada como premissa pelos que defendem o alargamento da via de acesso ao Judiciário e eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos,

13. Cfr. Cappelletti, *Processo e ideologie*, pp. 6-7.

14. Const., art. 5º, inc. LVI. Cfr. Ada Pellegrini Grinover, *Liberdades públicas e processo penal*, n. 3.2.5.5, esp. p. 267.

15. Cfr. Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, I, n. 158, pp. 367-371 (5ª ed.); no fundo, isso constitui uma interpretação evolutiva dos princípios, que não os menospreza ou enfraquece, mas os vivifica com a legitimidade decorrente à sua integração ao pensamento da sociedade contemporânea (cfr. Dinamarco, “Princípios e critérios no processo das pequenas causas”, n. 1, pp. 102-103).

16. Ela é “la porta maestra, attraverso la quale le ideologie penetrano nel processo”; Mauro Cappelletti, com essas palavras, alude “às ideologias que estão à base do direito substancial, público e privado, bem como dos seus institutos” (cfr. *Processo e ideologie*, p. 6).

nos estudos e propostas pela inafastabilidade do controle jurisdicional e efetividade do processo, nas preocupações pela garantia da ampla defesa no processo criminal ou pela igualdade em qualquer processo, no aumento da participação do juiz na instrução da causa e da sua liberdade na apreciação do resultado da instrução.

A visão instrumental que está no espírito do *processualista* moderno transparece também, de modo bastante visível, nas preocupações do *constituinte* e do *legislador* brasileiro da atualidade, como se vê na Lei dos Juizados Especiais,¹⁷ na Lei da Ação Civil Pública,¹⁸ no Código de Defesa do Consumidor¹⁹ e no Código de Defesa da Criança e do Adolescente²⁰ (medidas destinadas à efetividade do processo, especialmente mediante a oferta de tutela jurisdicional coletiva).²¹ É indispensável que também o *intérprete* fique imbuído desse novo *método de pensamento* e sejam os juízes capazes de dar ao seu instrumento de trabalho a dimensão que os tempos exigem.

Aprimorar o serviço jurisdicional prestado através do processo, dando efetividade a seus princípios formativos (lógico, jurídico, político, econômico), é hoje uma tendência universal. E é justamente a instrumentalidade que vale de suficiente justificação lógico-jurídica para essa indispensável dinâmica do sistema e permeabilidade às pressões axiológicas exteriores: tivesse ele seus próprios objetivos e justificação auto-suficiente, razão inexistiria, ou fundamento, para pô-lo à mercê das mutações políticas, constitucionais, sociais, econômicas e jurídico-substanciais da sociedade.

2. o processo e a ordem constitucional

Generoso aporte ao aprimoramento do processo em face dos seus objetivos tem sido trazido, nestas últimas décadas, pela colocação metodológica a que se denominou *direito processual constitucional* e que consiste na “condensação metodológica e sistemática dos

17. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.

18. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985.

19. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.

20. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.

21. Sobre a efetividade do processo, especialmente no que diz respeito às leis referidas, v. *infra*, n. 36.1 (*admissão em juízo*).

Sobre a volta à dogmática processual, agora com a técnica direcionada à efetividade do processo e amplo acesso à justiça, v. *infra*, n. 38.

princípios constitucionais do processo".²² A idéia-síntese que está à base dessa moderna visão metodológica consiste na preocupação pelos valores consagrados constitucionalmente, especialmente a liberdade e a igualdade, que afinal são manifestações de algo dotado de maior espectro e significação transcendente: o valor *justiça*. O conceito significado e dimensões desses e de outros valores fundamentais são, em última análise, aqueles que resultam da ordem constitucional e da maneira como a sociedade contemporânea ao texto supremo interpreta as suas palavras – sendo natural, portanto, a intensa infiltração dessa carga axiológica no sistema do processo (o que, como foi dito, é justificado pela instrumentalidade).²³⁻²⁴

A visão analítica das relações entre processo e Constituição revela ao estudioso *dois sentidos vectoriais* em que elas se desenvolvem, a saber: a) no sentido Constituição-processo, tem-se *tutela constitucional* deste e dos princípios que devem regê-lo, alçados ao plano constitucional; b) no sentido processo-Constituição, a chamada *ju-*

22. Cfr. Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria geral do processo*, n. 33, p. 85. "Não se trata de um ramo autônomo do direito processual" (está dito ali), como das palavras poderia parecer – "mas sim de uma colocação científica, de um ponto-de-vista metodológico e sistemático, do qual se pode examinar o processo em suas relações com a Constituição" (cfr. ainda Ada Pellegrini Grinover, *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, n. 3, p. 7). O direito processual constitucional, antes considerado na obra de Calamandrei e de Liebman, hoje é de grande moda entre os processualistas italianos, destacando-se Mauro Cappelletti, Vincenzo Vigoriti, Luigi Paolo Comoglio, Vittorio Deni, Nicoló Trocker, Giuseppe Tarzia, Giovanni Giacobbe. No Brasil, sem contar a antecipação desse pensamento constitucionalista em passagem de João Mendes Jr., ele foi implantado por José Frederico Marques e extraordinariamente desenvolvido por Ada Pellegrini Grinover, José Carlos Barbosa Moreira, Kazuo Watanabe. No quadro sul-americano, assoma o nome de Eduardo Juan Couture, predecessor de Adolfo Gelsi Bidart e Dante Barrios de Angelis (Uruguai), dos atuentes processualistas de La Plata (Augusto Mario Morello, Carlos Alberto Nogueira, Juan Carlos Hitters, Roberto Omar Benzonice); do quadro processual constitucional no plano latino-americano, preocupou-se, no México, Hector Fix-Zamudio.

23. Cfr. *supra*, n. 1, nota 13.

24. A perspectiva constitucionalista não postula, nem se postula neste estudo, a *substituição* da técnica processual pela orientação proposta, mas o emprego do raciocínio constitucionalista em benefício da melhor técnica e adequada utilidade social e política do sistema processual (definir propósitos). Quer-se por essa via, *organizar* melhor a realidade processual a partir de grandes premissas colhidas na ordem constitucional e conscientizadas pelo processualista – sabido que "a perspectiva não distorce mas organiza a realidade" (Celso Lafer, *O Brasil e a crise mundial*, p. 20).

risdição constitucional, voltada ao controle da constitucionalidade das leis e atos administrativos e à preservação de garantias oferecidas pela Constituição (*jurisdição constitucional das liberdades*), mais toda a idéia de instrumentalidade processual em si mesma, que apresenta o processo como sistema estabelecido para a realização da ordem jurídica, constitucional inclusive.

A *tutela constitucional do processo* tem o significado e escopo de assegurar a conformação dos institutos do direito processual e o seu funcionamento aos princípios que descendem da própria ordem constitucional. No campo do processo civil, vê-se a garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional; no do penal, o da ampla defesa, sendo rigorosamente indispensável a celebração do processo, como condição para a imposição da pena (*nulla poena sine iudicio*); todo processo há de ser feito em contraditório, respeitada a igualdade entre as partes perante o juiz natural e observadas as garantias inerentes à cláusula *due process of law*. O processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados; ele é, por assim dizer, o *microcosmos democrático* do Estado-de-direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade.²⁵ A evolução do sistema de garantias constitucionais dos princípios do processo e da organização judiciária, a partir do conhecido art. 39 da *Magna Charta Libertatum* (João-Sem-Terra, 1215) e através dos aprimoramentos creditados às Constituições, *bills of rights*, tribunais e doutrinadores, vai caminhando nos tempos atuais para a conscientização generalizada entre os usuários dos mecanismos processuais.²⁶

Na jurisprudência brasileira conhecem-se situações em que, independentemente de lei específica a consagrar certos princípios constitucionais do processo, têm eles sido lembrados e impostos em

25. "Nel processo si riflettono, come in uno specchio, i grandi temi della libertà e della giustizia, i fondamentali problemi della convivenza sociale e internazionale" (Cappelletti, *Processo e ideologie*, p. 5).

26. Cfr. Ada Pellegrini Grinover, *Os princípios constitucionais*, n. 4, p. 8: "o antecedente histórico das garantias constitucionais do processo é constituído pelo art. 39 da *Magna Charta*"; continua a garantia do devido processo legal, embora sem empregar a locução hoje consagrada (falava em *law of the land*), a qual surgiu pela primeira vez no século seguinte (rei Eduardo III, estatuto de 1534).

casos concretos e mediante suas aplicações específicas. É o caso, v.g., da reiterada orientação no sentido de ser nulo o interrogatório do acusado sem a presença do defensor, por violação ao princípio constitucional da ampla defesa;²⁷ ou de julgado que repeliu a aplicação rígida de regras do Código de Processo Civil sobre o valor da causa, porque a exagerada elevação deste para fins de adiantamento de custas representa inconstitucional entrave ao acesso à Justiça e violação ao princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional²⁸ (por análogo fundamento, a Corte constitucional italiana declarou inconstitucional a exigência de *cautio pro expensis*, que também viola a garantia constitucional da igualdade);²⁹⁻³⁰ ou, ainda, de vários posicionamentos em prol da abertura da *legitimatio ad causam*, seja para dar um elástico maior ao significado da locução *direito individual*, contida na garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional, seja repudiando o individualismo da regra da legitimização individual.³¹

27. Cfr. Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria geral do processo*, n. 190, esp. p. 318.

28. Cfr. TJSP, 1ª C. Civ., agr. instr. n. 61.427-1, j. 15.10.1985, rel. Rangel Dinamarco, v. u.

29. Cfr. Liebman, *Manual de direito processual civil*, I, n. 65, esp. p. 178 trad.

30. Em função da garantia do contraditório, cheguei a suspeitar da inconstitucionalidade dos incs. I e III do art. 17 do Código de Processo Civil, em sua redação primitiva: ambos limitavam excepcionalmente a defesa e sancionavam a resistência oposta sem convicção ou mediante culposa suposição de situações inexistentes (cfr. Dinamarco, *Direito processual civil*, n. 6, esp. p. 10). Como destacou Liebman, “se cada litigante pode contar, para vencer, apenas com a própria capacidade de explorar os elementos e os argumentos favoráveis, não se pode pretender que forneça também os que lhe são desfavoráveis e poderiam favorecer o adversário” (*Manual de direito processual civil*, I, n. 60, esp. p. 166 trad.); e o Código chegava a considerar litigante de má-fé aquele que omitisse fatos desfavoráveis (art. 17, inc. III), o que evidentemente tolhia a liberdade de participação contraditória (v. também Barbi, *Comentários*, I, n. 160, p. 178). Uma lei posterior substituiu a redação do inc. I por outra aceitável e suprimiu a hipótese do inc. III (lei n. 6.771, de 27.3.1980).

31. Cfr. Const., art. 5º, inc. XXXV, CPC, art. 6º. A garantia da ação não se oferece somente nos casos de lesão (lesão, elemento civilista sobrevive em pelo menos dois dispositivos vigentes no direito brasileiro: cfr. Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, I, nn. 137 e 143); a fórmula constitucional, *ut verba sonant*, apresenta-se demasiadamente estreita (cfr. Barbosa Moreira, “Notas sobre o problema da efetividade do processo”, n. 4, esp. p. 83) e, na realidade, bem mais ampla e a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional em matéria civil (cfr. Watanaabe, *Controle jurisdicional*, n. 14, esp. p. 35, para quem a garantia constitucional do art. 5º, inc. XXV, é bastante ampla e visa à “efetiva realização judicial do direito” –

A grande preocupação pela ineficiência do Poder Judiciário brasileiro em tempos atuais levou o Congresso Nacional a proceder a uma *Reforma Constitucional do Judiciário*, com a qual aportou à Constituição Federal não só normas sobre a estrutura e funcionamento desse Poder, como também outras diretamente incidentes sobre a ordem processual (EC n. 45, de 8.12.04). Entre estas, tem destaque em primeiro plano a que implanta o sistema de *súmulas vinculantes*, destinadas a fixar o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre temas de intensa e incômoda repetição, que congestionam seus serviços e prejudicam a generalidade dos jurisdicionados (Const., art. 103-A, *caput* e § 1º, red. EC n. 45, de 8.12.04). Também com vista a desafogar o Supremo Tribunal Federal, a emenda de 2004 impôs, para a admissibilidade do recurso extraordinário, o requisito da *repercussão geral*, que é repristinação do *incidente de relevância da questão federal*, vigente até à vigência da Constituição Federal de 1988 (art. 102, § 3º). Outra inovação processual importante foi a supressão de férias coletivas e, consequentemente, das *férias forenses* em todos os graus jurisdicionais de todas as Justiças (Const., art. 93, inc. XII). Mas a tutela jurisdicional do processo, nessa emenda, chegou ao ponto de incluir algumas regras de pormenor, que não mereciam a dignidade constitucional, como a que manda implantar o *automatismo judiciário* (art. 93, inc. XIV) e a que determina a *distribuição imediata* em todos os juízos e tribunais (art. 93, inc. XV).³²

Fala-se na *jurisdição constitucional*, pensando-se agora diretamente na instrumentalidade do sistema processual à ordem social econômica e política representada pela Constituição e leis ordinárias: o processo é “meio, não só para chegar ao fim próximo, que é o julgamento, como ao fim remoto, que é a segurança constitucional

fórmula com que supera eventuais restrições ao caso de *lesão*). Na realidade, aliás, a garantia da ação civil vai ao ponto de abrir as portas do Judiciário, também, para situações caracterizadas como *interesse legítimo* e não autêntico direito subjetivo: cfr. TJSP, 1ª C. Civ. emb. infir. n. 32.204-1, rel. Rangel Dinamarco, m. v. (tratava-se de vizinho que em grau de apelação havia sido julgado carente de ação ao demandar condenação do proprietário ao lado a demolir construção feita sem observância de regras edilícias sobre o recuo frontal); Ada Pellegrini Grinover, todavia (*Os princípios*, n. 6, esp. nota 39, p. 17), apóia Barbi na exclusão dos interesses legítimos (mas cfr. Barbi, *Do mandato de segurança*, n. 78, pp. 86 ss.). O repúdio à legitimização exclusivamente individual constitui tendência moderna em prol da *efetividade do processo*: v. *infra*, n. 36.1 (“Admissão em juízo”).

32. Cfr. Dinamarco, “A Reforma Constitucional do Poder Judiciário”, in *Instituições de direito processual civil*, vol. I (5ª ed.).

dos direitos e da execução das leis".³³ No âmbito dela (que também leva o nome de *justiça* constitucional), além dos mecanismos destinados à verificação da constitucionalidade das leis "alguns países adotaram também um arsenal de processos especiais destinados a assegurar a certos direitos fundamentais do homem uma tutela jurisdicional particularmente forte e diferenciada".³⁴

Entende-se que os mecanismos e institutos integrantes da jurisdição constitucional guardam estreita relação funcional com a atenção do constituinte ao equilíbrio entre poder e liberdade e ao reconhecimento de que a lei, os estatutos e o contrato só se legitimam na medida em que compatíveis com os valores guardados superiormente na Constituição e não, simplesmente, porque tenham em si próprios a razão de sua existência e eficácia (*jus quia iussum*): é preciso assegurar, inclusive mediante a predisposição de formas adequadas rápidas e enérgicas para o exercício da jurisdição, a prevalência normativa da vontade oriunda da mais elevada fonte de poder no Estado, ou seja, assegurar a *supremacia da Constituição*. Essa é uma premissa básica do Estado-de-direito, onde não basta a proclamação do intuito de agir "segundo o direito e não segundo o arbítrio",³⁵ sendo indispensável a oferta de canais para o juízo do bem ou do mal em casos concretos, ou seja, para o reconhecimento do direito e banimento do arbítrio.

No contexto da jurisdição constitucional, indispensável no Estado-de-direito, a primeira ordem de mecanismos que a doutrina traz à colação é a dos destinados ao *controle da constitucionalidade das leis*. O constituinte tem por premissa a falibilidade do legislador e põe empenho em fazer valer em sua feição atual o binômio lei-liber-

33. Palavras de João Mendes Jr. Dai ser "inegável o paralelo entre a disciplina do processo e o regime constitucional em que o processo se desenvolve" (Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, n. 12, p. 55 e n. 74, pp. 193 ss.; Cintrino-Dinamarco, *Teoria geral do processo*, n. 33, pp. 85 ss.).

34. Cf. Cappelletti, "Appunti per una fenomenologia della giustizia nel XX secolo", 2, a, esp. p. 158. Ele é que fala em *justiça* constitucional, não *jurisdição* constitucional: terão natureza jurisdicional as atividades que a caracterizam? v. *infra*, n. 15.

35. Agir segundo o direito e não arbitrariamente constitui, segundo Trocker, característica formal do Estado-de-direito (*Processo civile e costituzione*, p. 96): o Estado-de-direito é substancialmente, hoje, *Estado social*, e a problemática política *verdadeira* consiste em "buscar o sistema (e meios) para realizar efetivamente esses programas" (os programas de ação assumidos pelo Estado social - *ib.*, p. 118).

dade, assim estruturado: "não mais direitos de liberdade na medida das leis, mas leis na medida dos direitos de liberdade"³⁶ (esse é o sugestivo aforismo representativo da moderna escalada do *princípio da legalidade ao da constitucionalidade*). Indica-se o controle da constitucionalidade das leis como o mais moderno entre os instrumentos destinados a tornar efetivo o princípio da supremacia constitucional, pouco importando se ele é feito por órgão específico (as cortes constitucionais européias) ou se constitui controle *difuso* a ser feito pelo Poder Judiciário, como no sistema norte-americano, que no Brasil se adota; o que tem relevância é tratar-se de controle *inter-órgãos*, feito por instituição diversa da responsável pela elaboração da norma.³⁷ No sistema difuso que praticamos, a possibilidade do controle *incidenter tantum* ativa a instrumentalidade do próprio processo jurisdicional à ordem constitucional, sem a necessidade da cisão do julgamento da causa (nos sistemas europeus, o órgão judiciário somente *deliba* a questão constitucional e envia o julgamento à corte competente).³⁸

Vêm depois os institutos de controle da constitucionalidade e integrantes do bloco a que se denomina *jurisdição constitucional das liberdades*. O *mandado de segurança* e o *habeas corpus* brasileiros têm suas funções bem definidas e aquele serve para a proteção das liberdades públicas (*direito líquido e certo*) somente enquanto não tuteladas pelo segundo, o qual, por sua vez, é destinado ao zelo pela liberdade corporal do indivíduo. São capítulos conhecidos na doutrina brasileira a origem do mandado de segurança no *juicio de amparo* dos mexicanos e a da proteção à liberdade de locomoção, no *habeas corpus* de formação anglo-saxônica.

A *Verfassungsbewerke* introduzida na Alemanha federativa por lei ordinária autorizada no *Grundgesetz* e depois elevada à dignidade constitucional é ambivalente, estendendo-se "não somente à liberdade pessoal, mas a todos os direitos individuais e sociais

36. Cf. Trocker, *ib.*, pp. 126-127, dizendo ainda: "...ou, mais geralmente, não mais legalidade da Constituição, mas constitucionalidade das leis".

37. Cf. Trocker, *ib.*, p. 127; sobre o controle externo (*inter-órgãos*) e o seu significado político, cf. Loewenstein, *Verfassungslehre*, cap. VIII, pp. 294 ss. trad. (com especial destaque aos "controles inter-órgãos dos tribunais perante o governo e o Parlamento").

38. Cf. Liebman, *Manual de direito processual civil*, I, n. 13, pp. 49-51 trad., com minha nota n. 24, referente ao direito brasileiro.

proclamados pela Constituição de Bonn".³⁹ Esse remédio potencializado, da competência da Corte constitucional federal, destina-se em primeiro lugar à efetividade dos chamados direitos fundamentais (*Grundrechte*) ou seja, direitos decorrentes de preceitos constitucionais. A nossa *ação popular*, se bem não destinada a tutelar somente a observância da *Constituição* nos atos administrativos (prende-se ao binômio ilegalidade-lesividade), é também, como os dois remédios precedentes, oferecida pela Constituição em norma programática, ou de *eficácia contida* (e depois explicitada em lei ordinária). Instrumentalidade mais especificamente ligada à ordem constitucional tem-se no seu homônimo germânico (a *Populärklage*, da Constituição da Bavária), pertinente também a *quisquis de populo* para a repulsa "contra as violações do *bill of rights* contido na Constituição daquele *Land*, perpetradas pelas autoridades públicas deste".⁴⁰

Nossa *ação direta de inconstitucionalidade* passou a integrar a jurisdição constitucional das liberdades a partir de quando a legitimidade ativa deixou de ser exclusiva do Procurador-Geral da República e estendeu-se a diversas entidades representativas do povo, com possibilidade de liminar que beneficiará pessoas ou categorias.⁴¹

Em todo o campo coberto pela *jurisdição constitucional das liberdades* vê-se, pois, a obcecada preocupação em dar efetividade às garantias que a Constituição oferece, para que não fiquem em mera promessa. Isso é substancialmente assim também nos mecanismos de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos da Administração, onde se trata de impedir que prevaleçam se e quando em conflito com a ordem constitucional. Conclui-se, portanto, que toda a *jurisdição constitucional* se caracteriza como conjunto de remédios processuais oferecidos pela Constituição, para a prevalência dos valores que ela própria abriga. Eis então, de modo visível, a relação de instrumentalidade desses remédios para com a Constituição. É lícito concluir, ainda, que todo o *direito processual constitucional* constitui uma postura instrumentalista — seja nessa instituição de remédios destinados ao zelo pela ordem constitucional, seja na oferta

39. Cf. Cappelletti, "Appunti per una fenomenologia della giustizia nel XX secolo", 2, esp. p. 159; v. também Trocker, *Processo civile e costituzione*, p. 148.

40. Cf. Cappelletti, *ib.*; à homonímia referida não corresponde, como se vê, equivalência funcional entre a *Populärklage* e a ação popular brasileira.

41. Cf. Const., art. 103.

de garantias aos princípios do processo, para que ele possa cumprir adequadamente a sua função e conduzir a resultados jurídicos substanciais desejados pela própria Constituição e pela lei ordinária (tutela constitucional do processo).

Fora do campo do direito processual constitucional, tem-se a instrumentalidade do processo, pelas vias ordinárias, à ordem constitucional enquanto integrante da ordem jurídica nacional globalmente considerada. Sempre que dá efetividade a algum preceito contido em lei ordinária, indiretamente o processo está servindo à Constituição, na medida em que aquele é necessariamente irradiado de preceitos e princípios constitucionais.

3. o processo e a ordem constitucional (mutações)

É natural que, como instrumento, o sistema processual guarde *perene* correspondência com a ordem constitucional a que serve, inclusive acompanhando-a nas mutações por que ela passa. Em princípio, o processo acompanha as opções políticas do constituinte, as grandes linhas ideológicas abrigadas sob o pálio constitucional. "Os sistemas políticos se refletem na norma constitucional e têm um efeito direto sobre as bases do direito processual".⁴² Compreende-se, pois, que o processo do Estado liberal não possa sobreviver nos regimes socialistas, nem esteja mais presente no Estado ocidental contemporâneo, de cunho social. O processo que nos serve hoje há de ser o espelho e salvaguarda dos valores individuais e coletivos que a ordem constitucional vigente entende de cultivar. Os princípios que ela inclui não podem ter no presente a mesma extensão e significado de outros tempos e regimes políticos, apesar de eventualmente inalterada a formulação verbal.⁴³ O que há de *perene* nos princípios

42. Cf. Habscheid, "As bases do direito processual civil", n. 1, esp. p. 119. Essa afirmação é muito significativa, especialmente pela sua colocação em um relatório de congresso internacional, onde a comparação jurídica é tônica destacada (cf. *stipra*, n. 1, nota 7) e pela inserção em rubrica com a sugestiva indicação "o processo civil enquanto instituição do Estado"; as instituições do Estado hão de ter, necessariamente, o feitiço do Estado a que pertencem.

43. Cf. ainda, Habscheid, *op. loc. cit.*: "frequentemente a terminologia jurídica é a mesma, mas o significado dos termos é diverso". Essa é uma observação elementar mas indispensável em direito comparado; em suas aulas de "direito constitucional italiano e comparado", na Faculdade de Ciências Políticas da Universidade de Milão, o prof. Paolo Biscaretti di Ruffia observava a semelhança verbal das Cons-

é a idéia-mestra que cada um contém; e eles são sujeitos a variações histórico-culturais e políticas no tempo e no espaço, no tocante a sua extensão e à interpretação que merecem dentro de cada sistema constitucional. A instabilidade histórica das estruturas e instituições sociais atinge também os princípios constitucionais do processo, que assim não podem ser rigorosamente considerados *sub specie æternitatis*.⁴⁴

Pois o Estado social contemporâneo, que repudia a filosofia política dos *fins limitados do Estado*, pretende chegar ao valor *homem* através do culto à *justiça* e sabe que, para isso, é indispensável dar ao conceito de *justiça* um conteúdo substancial e efetivo. É preciso reduzir as diferenças sociais e econômicas tanto quanto possível, gerando oportunidades. É preciso assegurar a todos a fruição dos bens materiais e imateriais que integram o patrimônio comum da nação. É preciso criar efetivas condições para a mobilidade sócio-econômica, inclusive mediante a liberdade de associação. E o Estado, então, pretendendo ser "a providência do seu povo",⁴⁵ sente que o

tuições sabidamente integradas em sistemas políticos dos mais diferentes matizes e dizia que, para sentir a diferença, "bisogna andar sul posto".

44. Trata-se de princípios gerais, ou *fundamentais*, mutáveis por sua própria natureza porque associados sempre a opções tomadas fora do sistema processual e lançadas sobre ele; os princípios *informativos* (ou *formativos*), que são diretamente ligados à técnica processual, não recebem reflexos das mutações políticas, nem direta nem necessariamente (cf. *supra* n. 1, nota 9, com especial atenção ao pensamento de Mendonça Lima). A *relatividade histórica* dos princípios gerais do processo reflete-se na dimensão da garantia constitucional da ação (cf. Calamandrei: "Relatività del concetto di azione" na *magnitudo* da jurisdição, no modo como se estabelece a cooperação entre os sujeitos processuais, etc.: referem-se a propósito, na literatura processual, os ensaios de Calamandrei ("Relatività del concetto di azione") e de Pekelis ("Azione - teoria moderna"), ambos escritos sobre a ação provavelmente porque o processualista latino do seu tempo estava inteiramente condicionado à idéia da ação como centro do sistema (cf. Dinamarco, "Os institutos fundamentais", in *Fundamentos do processo civil moderno*, I, n. 144; v. *infra*, n. 9).

45. Entre aspas, palavras já citadas de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*supra*, n. 1, nota 2). O ilustre constitucionalista disse-as no contexto de exposição acerca do *Welfare State*, que Dalmo Dallari distingue do *Estado social*, neste estudo considerado, porque o *bem-estar*, que o caracteriza, não tem toda a dignidade do *bem comum* (cf. *Elementos de teoria geral do Estado*, n. 50, p. 92). No repúdio aos *fins limitados* do Estado, Dallari observa que, perante essa concepção, "se há ou não *injustiças* isso fica em plano secundário, interessando apenas a obediência aos preceitos que são formalmente jurídicos" (*ib.*, esp. p. 93). Na *lei fundamental de Bonn* (Constituição da República Federativa Alemã), está proclamado o "Estado... demo-

bem-estar coletivo depende intimamente da sua participação efetiva nos destinos da população. Ele é, por isso, declaradamente *intervencionista*, agindo sobre a ordem econômica e social e buscando a sua modelagem segundo os objetivos da ideologia aceita. O *pacto social* refletido na nova ordem constitucional, inclui o traçado de diretrizes nesse sentido da integração social e econômica da população.

Por outro lado, o Estado contemporâneo tende a ser Estado-de-direito, onde assoma a garantia da legalidade e a abertura do Poder Judiciário como guarda último da Constituição e dos valores e garantias que ela abriga e oferece. Os sucessivos movimentos político-sociais da Humanidade nos últimos duzentos anos, com a Revolução Francesa, e a industrial, gerando a ascensão da burguesia e do proletariado e a universalização do voto mais a urbanização da população e notável expansão dos meios de comunicação de massa, são fatores da crescente conscientização cívico-política das populações (no Brasil, o movimento "diretas-já" e mesmo a exploração publicitária do drama da moléstia e morte do presidente eleito acabaram cumprindo esse importante papel de provocar um processo de despertar da população adormecida, para os valores cívicos da nação). Pois, nesse quadro, constitui verdadeira *trend* universal, apoiada em sentimentos mais ou menos conscientizados pelas populações, a observância dos padrões de legalidade e banimento do arbítrio, como é próprio do Estado-de-direito.⁴⁶

crático e social" e a propósito o processualista Nicolò Trocker desenvolve agudas considerações, sempre associando as idéias de Estado social e Estado-de-direito (cf. *Processo civile e costituzione*, pp. 96 ss.). Os dois aspectos, *social* e *jurídico*, considerados por Trocker remontam a um significado *político* que os unifica: o Estado é, realmente, uma "pirâmide de três faces", como foi dito sugestivamente por Miguel Reale ao referir o aspecto social, o jurídico e o político da sua teoria (cf. *Teoria do direito e do Estado*, p. 108).

46. Falar em Estado-de-direito é falar na *face jurídica* do Estado (v. nota ant.), considerando em primeiro lugar a *legalidade* a que submetido o exercício do poder. Enquanto tal e considerada isoladamente, esta nada tem a ver com os postulados liberal-democráticos, sabido que o jurídico é superficial e serve a qualquer infra-estrutura social e política. Não é absurdo, v.g., que nos regimes totalitários o princípio da legalidade seja afirmado e cultuado, como sucedia na URSS. Quando se apercebeu da fragilidade das posições marxistas radicais contra o direito e o próprio Estado, em 1936 disse Stalin enfaticamente: "agora, é mais importante do que nunca a estabilidade das leis" (cf. Santa Pinter, *Sistema del derecho soviético*, pp. 3-10, esp. p. 5). A legalidade dos regimes direitistas, como o brasileiro do tempo dos militares no governo, é, em si mesma, tão neutra como a soviética e nenhuma

Por isso é que o processo nos Estados ocidentais de hoje, marcados pelo cunho social e legalista, há de oferecer também em si mesmo a garantia da legalidade processual (seria estranho o juiz, órgão estatal, agir com arbítrio no exercício da sua função de controlador da legalidade) e ser dotado de meios aptos a promover a igualdade e garantir a liberdade. A maneira como diante da escala axiológica da sociedade contemporânea são interpretadas as garantias constitucionais de igualdade substancial entre as pessoas (e entre as partes), da inafastabilidade do controle jurisdicional, da ampla defesa e do contraditório, do devido processo legal — todos eles endereçados à efetividade do processo em sua função de instrumento a serviço da ordem constitucional e legal⁴⁷ — conduz à existência de um processo acessível a todos e a todas as suas causas (por mais humildes que sejam aqueles e menor expressão econômica tenham estas), ágil e simplificado, aberto à participação efetiva dos sujeitos interessados e contando com a atenta vigilância do juiz sobre a instrução e sua interferência até ao ponto em que não atinja a própria liberdade dos litigantes.⁴⁸ A *Lei dos Juizados Especiais* e o *Código de Defesa do Consumidor* são ilustrações desses reflexos processuais das opções sócio-políticas contidas na ordem constitucional: o *novo processo que instituem* (não mero procedimento novo) apresenta um conjunto

dela oferece resguardo aos valores democráticos da liberdade, da igualdade e da participação nos destinos do Estado. Por isso é que, com Trocker, na relatividade das opções políticas do Ocidente, segundo as tendências do tempo, é de todo acerto aproximar os conceitos de Estado-de-direito e Estado social.

47. Sobre a efetividade do processo, *infra*, n. 36.

48. Fala Gelsi Bidart na “universalização e adequação do processo” (cf.: “Processo y época de cambio”, pp. 442-443); ele quer um sistema aberto e um processo “comunitário” (p. 444), tendo os seus sujeitos “maior proximidade e possibilidade de colaboração mais adequada ao preparo dos elementos editados para a prolação do julgado”. E Fritz Baur chega a sustentar que a atividade judicial (ou jurisdicional?) inclui uma *assistência judicial às partes*, cabendo ao juiz “sugerir-lhes que requeiram as providências necessárias e ministrem material de fato suplementar, bem como introduzir no processo as provas que as partes desconheçam ou lhes sejam inacessíveis”; em seguida, diz que “na maioria dos casos o juiz consegue evitar o perigo” de envolver-se demasiadamente no conflito e perder a imparcialidade (cf.: Baur, “Transformações do processo civil em nosso tempo”, I, p. 59). Essa constitui típica manifestação do Estado intervencionista, inconcebível em um clima de liberalismo (o tema associa-se à “efetividade do processo”, esp. quanto ao item “o modo de ser do processo”: v. *infra*, n. 36.2).

*de idéias*⁴⁹ que constitui resposta adequada e moderna às exigências contidas nos princípios constitucionais do processo (processo acessível, aberto, gratuito em primeiro grau de jurisdição, ágil, simples e concentrado, permeável a um grau elevadíssimo de participação das partes e do juiz). E a *Lei da Ação Civil Pública*, disciplinando a *legitimatio* do Ministério Público e associações para demandas de proteção judiciária ao consumidor, patrimônio paisagístico e ambiental, etc., é outro reflexo da ordem constitucional vigente, sensível à relevância sócio-cultural de valores dessa ordem e à necessidade de oferecer efetivas garantias de sua preservação e fruição geral (inafastabilidade do controle jurisdicional em relação aos interesses difusos — v. também art. 129, inc. III).⁵⁰

No contexto da sensibilidade do sistema processual aos influxos e mutações da ordem constitucional é que se situam as propostas e as *ondas renovatórias* do processo, pois é natural que o instrumento se altere e adapte às mutantes necessidades funcionais decorrentes da variação dos objetivos substanciais a perseguir.⁵¹ Todo esse dis-

49. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, e lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Cf.: Dinamarco, “Princípios e critérios no processo das pequenas causas”, n. 1, esp. pp. 105-106.

50. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985.

51. Em sociologia diz-se que os sistemas sociais têm certas *funções básicas em comum*, sendo autorizadamente indicadas quatro: a) manter seus modelos básicos; b) adaptar-se às condições variáveis; c) integrar suas próprias tarefas e funções; d) atingir os seus próprios objetivos (cf.: Deutsch, *Política e governo*, p. 154). Pois na tarefa de adaptação vê-se manifestação da *dinâmica social*, que é dinâmica do próprio Estado enquanto sociedade. O Estado, em certas situações, vê-se obrigado ou entende conveniente *mudar de objetivos* (como, no Brasil, a mudança obcecada em direção à segurança nacional, a partir do ano de 1968) ou *autotransformar-se* (v.g., do liberalismo político ao Estado social contemporâneo). É natural que essa dinâmica se acentue nos tempos modernos, dadas as rápidas transformações a que presenciamos: “o mundo paroquial de pequenos grupos se converteu em grande sociedade em um prazo relativamente curto”, do que resultou uma “brecha entre o passado e o futuro que, segundo Hannah Arendt, se traduziu pelo *esfacelamento dos padrões morais e das categorias políticas que compunham a continuidade histórica da tradição ocidental*” (cf.: José Eduardo Faria, *Poder e legitimidade*, pp. 15-16). Ora, com os novos padrões morais e políticos em cena, entende-se que o direito, que é instrumento da política e das instituições sociais, precisa passar por um processo de afeiçoamento a essa ordem instituída. Quanto ao processo, nessa *época de mudança*, é também chamado a alterar-se para poder “cumprir, de acordo com os tempos, sua meta de realizar a justiça positiva no caso concreto com verdadeira eficácia” — dados que farão com que “a sociedade o aceite como tal, o incorpore adequadamente ao seu desenvolvimento” (cf.: Gelsi Bidart, “Processo

curso envolvendo a correspondência do instrumento aos objetivos e a afirmação do processo como *microcosmos* tem valor relativo, porém, quando sujeito ao crivo de uma apreciação fenomenológica (a correspondência deveria ser constante e absoluta, mas não é).

Quando se dá a ruptura revolucionária da ordem constitucional, sendo radical e brusca a mudança de rumos políticos, toda a ordem jurídica tende a mostrar-se desde logo manifestamente imprestável e também a reforma das instituições processuais faz-se urgente e indispensável. Sendo a própria revolução antijurídica perante a ordem precedente, antijurídica passam a ser, perante a nova ordem criada (na medida do repúdio à ordem jurídica afastada), as instituições com ela incompatíveis.⁵² Por isso é que, passada a fase de conflito entre a ordem preexistente e a revolucionária e a de institucionalização fundamental da revolução, chega o momento em que toda a nova ordem jurídica vem a ser composta, inclusive no plano das instituições processuais⁵³ (implantada a Revolução Francesa e a prole-

y época de cambio", VII, A, p. 441); e o ideal, dificilmente atingível, seria o da evolução do sistema processual ao mesmo ritmo das instituições políticas, sociais e jurídico-substanciais (a sua *aceleração*, ou "rapidação": *cf.* Gelsi, *op. cit.*, I, C, nota 1, p. 422).

52. Esse contraste é menos sensível nas falsas revoluções latino-americanas, onde pouco mais se tem do que enrijecimento das relações entre Estado e indivíduo (não passando de *autogolpes*, aplicados pelos próprios detentores do poder: ex.: Brasil, 1968) ou alteração subjetiva de governantes (Gelsi Bidart: *mera* revolução). Karl Deutschi: "em sistemas políticos, uma autotransformação violenta, dizendo respeito a uma parte significativa da sociedade, é chamada de *revolução*, e distinta dos *coups d'état* ou das revoluções palacianas, que tão-somente *trocaram as pessoas* que estão no poder *ou as leis em vigor*, sem, no entanto, mudarem os fundamentos do modo de viver na sociedade" (*Política e governo*, p. 158).

53. Segundo Gelsi Bidart, "revolução e direito... encontram-se fundamentalmente em três momentos": a) contraste entre a ordem revolucionária em vias de implantação e a ordem precedente; b) imposição da "ordem jurídica revolucionária", de transição; c) institucionalização da nova ordem, estável ("Processo y época de cambio", II, C, p. 427; rubrica "proceso y revolución"). Alcalá-Zamora, ao repelir a idéia da *pseudo* *jurisdição* revolucionária (o processo seria "um ato anti-revolucionário, de tal modo que juízo e revolução viriam a ser ângulos opostos pelo vértice", porque a parcialidade é inerente aos julgamentos revolucionários), diz que as *revoluções de verdade* "supõem o levante contra uma situação caracterizada por sua flagrante e insuperável injustiça política, econômica ou social e, correlativamente, pelo desejo de instaurar um novo regime livre dos vícios do antigo"; mas admite as arbitrariedades praticadas pelos tribunais revolucionários e chega a dizer que "a justiça de Villa ou Zapata teve, realmente, muito do respectivo caudilho e pouco ou nada de justiça" ("Justicia y revolución", nn. 1, 2 e 11, pp. 20 e 28). Entende-se

tária, sobrevieram desde logo os códigos de Napoleão e o soviético). Em caso de mutações revolucionárias bruscas e radicais na ordem constitucional, é portanto efêmero o descompasso entre o processual e o substancial, sendo menos provável que dure.

Mas a ordem processual mostra-se ordinariamente mais lenta que a Constituição, na sua evolução gradual segundo a interpretação dinâmica (sociológica) dos textos. A causa mais aguda desse retardamento é o preconceito consistente em considerar o processo como *mero instrumento técnico* e o direito processual como *ciência neutra* em face das opções axiológicas do Estado.⁵⁴ Essa *neutralidade ideológica* é, na realidade, sobrecaça de posturas ou intuítos conservadores. Disse-se até que ela "incorpora e perpetua o liberalismo do século XIX",⁵⁵ o que talvez constitua um exagero mas seguramente

que o autor se refere aos períodos de implantação da revolução, do seu direito e da sua justiça; e que, na passagem daí para o período da revolução institucionalizada e mesmo daí por diante a *imparcialidade* do juiz não equivalha a uma suposta *indiferença* política, que seria a negação da própria ordem revolucionária.

54. Se houvesse a consciência arraigada da identidade ideológica entre processo e direito substancial, sentir-se-ia mais rapidamente e de modo mais firme a necessidade de atualização do sistema processual. Mas este tende a manter-se *retardado* com relação aos progressos do direito material e isso "se deve não tanto à natureza própria de suas normas, como à *maior atenção que se presta às substâncias*, por-que, seguramente e à medida que (historicamente) se separa e dá maior importância ao direito substantivo sobre o processual, é preponderantemente aquele que se destina a afetar a vida humana em relação" (Gelsi Bidart, "Processo y época de cambio", V, A, p. 433). O processo, afinal, é instrumento manipulado somente pelos profissionais do foro e (especialmente o processo civil) não integra o acervo de conhecimentos do homem comum (*cf.* Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, I, n. 142: "o processo não é um fato da vida cotidiana do leigo").

55. *Cf.* Denti, *Processo civile e giustizia sociale*, p. 17 (esp. nota 10, em que transcreve o dito acima), destacando o liberalismo político que se projetou na "ideologia jurídica que dominou a ciência do processo em toda a primeira metade do século e que transpareceu nas grandes obras sistemáticas bem conhecidas de todos os estudiosos". Ele fala de "uma ciência *aparentemente neutra*", preocupada com os princípios e garantias que compõem a estrutura interna do direito processual. E conclui: "na realidade, a *neutralidade* dessas construções conceituais era apenas aparente, pois elas *correspondiam em cheio à ideologia conservadora* da qual a ciência jurídica havia colhido os seus princípios informadores". Tão intensa e generalizada é, hoje, a afirmação do *caráter ético do processo* (ou caráter deontológico: comportamentos pautados segundo os valores escolhidos), que quase se torna um lugar-comum a sua reafirmação. Justifica-se, porém, pela necessidade de passar da teoria à prática e promover, além das alterações legislativas indispensáveis, acima de tudo uma verdadeira *mudança de mentalidade* quanto ao processo e o modo de tratá-lo: sublima Mauro Cappelletti o *caráter genuinamente revolucionário* das

denuncia a sobrevivência de níveis intoleráveis de prevalência do princípio dispositivo, em pleno Estado intervencionista. A mesma preocupação que leva a opor cuidadosas ressalvas ao próprio emprego do vocábulo *ideologia* em ciência política transparece nesse outro preconceito, pelo temor de que, tangido por ideais políticos de coloração marxista, pudesse o juiz trair o seu dever de imparcialidade e a sua condição de agente estatal do regime capitalista.⁵⁶ O erro consiste em esquecer que o juiz é membro da sociedade em que vive e participa do seu acervo cultural e dos problemas que a envolvem, advindo daí as escolhas que, através dele, a própria sociedade vem a fazer no processo.⁵⁷

novas colocações processuais (refere-se especificamente ao acesso à Justiça), com o qual se pretende, mais do que os resultados imediatos e peculiares às propostas feitas, a instituição de um novo método de análise jurídica (cf. Cappelletti, "Accesso alla giustizia come programma di riforma e come método di pensiero", n. 5, pp. 75-76). Na literatura processual soviética, compreensivelmente preocupada com as projeções políticas do direito e confronto entre o seu regime socialista e o capitalismo ocidental, foi destacado que a tarefa da ciência do direito processual "consiste em desmascarar o caráter 'apolítico' das teorias burguesas do processo civil e pôr a calva a sua essência reacionária" (cf. Gurvich, *Derecho procesal soviético*, § 6º, p. 25). Todas essas afirmações têm o grande valor metodológico da inserção do processo em um contexto social e político, com o rompimento da suposta barreira entre o jurídico e essa ordem mais ampla.

56. Refiro-me ao repúdio que a doutrina da Escola Superior de Guerra vota à *ideologia* como tal, sem distinguir *ideologias*; em coletânea organizada para os seus estagiários no ano de 1975, reuniu, entre outros estudos, uma pesquisa do des. Antonio de Arruda sobre "como a ESG tem focalizado as ideologias" (cf. *Realidade contemporânea - ideologia*, distribuição interna). Percebe-se, especialmente conhecendo-se a linha política da ESG, que a sua preocupação é mesmo, como está no texto, pela infiltração marxista, o que a leva a repudiar a própria ideia de *ideologia*, como expressão da falsidade de dogmas e pensamento. As ideologias a que se mostram permeáveis os sistemas processuais são "razões e condicionamentos sociais e culturais que em determinado contexto histórico situam-se e atuam na norma e no instituto, na lei e no ordenamento, assim como a interpretação e, em geral, na atividade dos juízes e dos juristas" (cf. Cappelletti, *Processo e ideologia*, "premissa", p. IX). E, sobre o tema, dissera Mannheim: "embora o marxismo tenha contribuído grandemente para a formulação original do problema, tanto a palavra como o seu significado são muito mais antigos do que o marxismo, e, depois que apareceu esse movimento, o termo se viu enriquecido por novos sentidos, concebidos independentemente dele" (cf. *Ideologia e utopia*, II, n. 1).

57. Sobre as relações entre direito e processo, incluindo o exame da função do juiz nesse contexto, v. *infra*, nn. 28.2, 28.3 e 28.5.

Um dos grandes serviços que o processualista prestou ao direito e à justiça nas últimas décadas foi a enérgica afirmação do comprometimento axiológico das instituições processuais: ele repensou o significado e a medida da *indiferença inicial* a que obrigado o juiz, o qual na realidade precisa estar iluminado pela visão dos resultados sócio-econômicos e políticos a que a sua decisão poderá conduzir.⁵⁸ Na Lei dos Juizados Especiais vê-se patética recomendação ao juiz, para que não se retraia, para que participe da instrução, para que só se satisfaça com o resultado da experiência probatória quando o seu senso de justiça estiver tranqüilizado e para que dê aos textos legais a interpretação que seja capaz de fazer justiça no caso concreto.⁵⁹ Tal é a postura instrumentalista esperada de todos os juízes. E, embora o Poder Judiciário seja uma estrutura muito volumosa e pesada,

58. Imparcialidade não significa indiferença axiológica; "isenção do magistrado não significa insensibilidade" (cf. 1º TACSP, JTA 74/243). Esse pensamento transpareceu também em dissertação para mestrado, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul pelo magistrado Ruy Portanova, um dos chamados *juizes alternativos* daquele estado (e de cuja banca tive a honra de participar, no ano de 1991). A *indiferença inicial* do cientista, à qual se assimilou a postura psíquica do juiz, chega somente até ao ponto de refletir sua imparcialidade (cf. Liebman, *Manual de direito processual civil*, I, n. 3, esp. p. 26 trad., texto e nota 5); não se confunde nem inclui a indiferença quanto aos valores sociais e políticos da sociedade. A tradicional postura introspectiva do sistema, que levava ao exame das normas, princípios e categorias processuais em si mesmos e no máximo permitia que fossem examinados em sua conexão com o direito substancial cons-titui fator de descompasso entre o processo e o direito substancial e permite que as atividades processuais conduzam a situações discrepantes dos desígnios daquele e do conceito de justiça vigente na sociedade. Essa *neutralidade* foi que permitiu um desvio "em direção potencialmente autoritária" (Denti, *Processo civile e giustizia sociale*, p. 17). Pelo que ela tem de manifestação do positivismo jurídico, para o qual "lei é lei", merece a crítica, a este dirigida, de "haver deixado indefesa a ciência jurídica - e consequentemente a administração da justiça alemã - contra os horrores e arbitrios do nazismo" (cf. Bagolini, *Visioni della giustizia e senso comune*, pp. 127-128). Assim, "o escopo do processo civil livre de toda ideologia, no sentido de sua determinação formalista, ou então empírica, não oferece, assim, proteção alguma contra um *abuso político* do direito processual civil" (cf. Habscheid, "As bases do direito processual civil", n. 2, b, p. 123). Do ponto-de-vista metodológico, essas considerações reforçam a *idéia instrumental* do processo civil e da insuficiência da determinação do seu escopo jurídico. Ele é um instrumento, sim, mas não a serviço exclusivamente do direito substancial; sua missão mais elevada é a que tem perante a sociedade, para a pacificação segundo critérios vigentes de justiça e para a estabilidade das instituições (v. *infra*, nn. 19 ss.).

59. Cfr. lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, arts. 5º e 6º; v. Dinamarco, *Manual dos juizados cíveis*, n. 5, pp. 38 ss.

dotada de elevado grau de inércia que não lhe permite evoluções muito ágeis ou imprudentes (até porque o retrocesso é sobremaneira difícil e sempre desaconselhável), o juiz moderno vai-se libertando do preconceito conservador. Na Itália, movimentos internos da própria categoria dos magistrados há várias décadas vêm pondo em polêmica a postura política do juiz.⁶⁰ No Brasil, ainda que sem a colocação sistemática do problema, vê-se em muitos julgados nítida opção política, como em conhecida linha jurisprudencial instalada no extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo e como nos exemplos, já referidos, dos julgados sobre a atualização de créditos, sobre o efeito da revelia, sobre os créditos do Sistema Financeiro da Habitação, etc.

Mas tal lavor interpretativo não seria tão estritamente indispensável, se a lei do processo acompanhasse rigorosamente a evolução daqueles rumos, ditando soluções processuais novas a cada momento que a Constituição se alterasse (na letra ou no espírito). Isso não se dá, nem seria aconselhável que se desse. No Brasil, nós temos um sistema processual civil implantado pelo Estado Novo autoritário e que sobreviveu à redemocratização de 1946 e ao movimento militar de 1964, permanecendo na nova ordem constitucional (o Código de Processo Penal é o mesmo e o de Processo Civil vigente traz as mesmas características do precedente). Salvo o que pôde acontecer por força de leis especiais, especialmente as das *Reformas* e as que instituíram a tutela coletiva, o significado maior da evolução havida de 1939 para cá, é de ser creditado ao trabalho da doutrina (especial-

60. Os juizes que comungam das posições políticas mais "avanzadas" propugnam, como se compreende, por posições menos legalistas e portanto mais criativas, com o juiz mais participante (cfr. Moriondo, *L'ideologia della magistratura italiana*, p. 35); a *neutralidade*, como foi dito, caracteriza os conservadores, interessados em conter as evoluções sociais e políticas (*supra*, nota 14). No contexto italiano dos turbulentos anos *sessenta*, o grupo *Magistratura democratica* era o de posições mais esquerdizantes; *Unità per la costituzione* (Unicost) era de centro-esquerda e as posições mais conservadoras ficam por conta de *Magistratura indipendente*. Pelo que se vê dos escritos especializados, também na Itália havia e há muita preocupação pela posição do juiz, sua independência, forma do recrutamento de juizes, etc., tudo a partir da percepção de que a participação do julgador na produção dos resultados do processo é muito grande e suas premissas culturais não podem ser desprezadas (cfr. Vigoriti, "A favore del giudice onorario elettivo: spunti e proposte per una riforma", *passim*). Antes de estabelecer como se julga e deve-se julgar, é lícito fixar bem quem deve julgar.

mente, dos processual-constitucionalistas, em sua atitude rigorosamente instrumentalista) e ao bom-senso dos juizes.

Outro aspecto dos descompassos entre o processo e a ordem constitucional teve-se durante os vinte anos de regime autoritário que vivemos e principalmente no período em que maior foi a repressão e a restrição aos direitos e liberdades públicas. Muito pouco se alterou o sistema processual, nesse tempo. No processo penal, pouco mais se teve do que a supressão do *habeas corpus* quando a constrição viesse sob o fundamento da prática de crime público, ou contra a segurança nacional, etc.;⁶¹ no civil, a impossibilidade jurídica das demandas de apreciação judiciária de certos atos *revolucionários*.⁶² Outras restrições às vias de acesso à tutela jurisdicional não houve. O nível de livre participação dos sujeitos processuais, em contrário e com igualdade, não se alterou; nem os juizes e tribunais se curvaram, nem se fizeram agentes do poder de fato ilegítimamente instalado. A bem da verdade, atentados de maior gravidade não perpetraram os autocratas contra o Poder Judiciário. O mal maior que o regime excepcional causou ao equilíbrio entre o instrumento processual e a ordem jurídica servida por ele foi a relativa contenção da evolução instrumentalista. Em primeiro lugar, porque a suspensão das garantias constitucionais dos juizes foi sempre um fator de insegurança pessoal de cada um e, conseqüentemente, de redução do nível de independência (e a postura *ideológica* do juiz é sempre vista com temores antimarxistas, como se sabe). Depois, porque clima não havia para uma escalada de significativas inovações legislativas em sede processual (nem substancial), no sentido das grandes conquistas e aspirações sociais.⁶³

Feitos esses descontos, todavia, o modelo processual manteve-se íntegro e o processo, como instrumento ou *microcosmos* do Estado, acabou permanecendo com características democráticas que este

61. Cfr. AI-5, art. 10.

62. Cfr. a propósito, Ada Pellegrini Grinover, *Direito de ação*, n. 47, pp. 137 ss. Cfr. ainda EC n. 11, de 13 de outubro de 1978, art. 3º, AI-5, art. 4º, § 5º e art. 11; Const-69 art. 181.

63. Mas são desse período a Lei da Ação Popular (lei n. 4.717, de 29.6.65) e a Lei das Pequenas Causas (lei n. 7.244, de 7.11.84, substituída pela Lei dos Juizados Especiais - lei n. 9.099, de 26.9.95); a Lei da Ação Civil Pública (lei n. 7.347, de 24.7.85), embora promulgada depois, originou-se de mensagem do último Ministro da Justiça do regime extinto.

mesmo não apresentava. A razão fundamental desse descompasso consentido é que na realidade não houve autêntica revolução no Brasil, como revoluções não são as tomadas do poder que com frequência se dão nos Estados latino-americanos. A estrutura de sujeição ao poder e as relações sociais e econômicas entre as pessoas permanecem fundamentalmente tal e qual, não chegando a ser sequer sentida qualquer necessidade de alteração no sistema do processo.

4. o processo como instrumento de mutações na ordem constitucional e legal

Apesar da separação dos Poderes do Estado (não competindo ao juiz legislar ou mesmo complementar a lei ou Constituição) e não obstante a aplicação do exercício da função jurisdicional exclusivamente a casos concretos, a interpretação judicial tem sido apontada como instrumento de mutação constitucional (inclui-se, com isso, entre os “processos informais de mudança da Constituição”).⁶⁴ Exer-

64. Cfr. Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Processos informais de mudança da Constituição*, esp. pp. 102 ss. O tema, muito interessante, diz respeito à continuação do trabalho do constituinte pela via da interpretação constitucional. As Constituições rígidas tenderiam a tornar-se obsoletas, não fora essa permanente dinâmica que lhes assegura a aderência à realidade dos tempos e aos mutantes valores da sociedade. Não pretendo abrir aqui a discussão em torno da precisa função que o juiz desempenha perante o direito substancial, se cria ou não cria (sempre o confronto entre a teoria unitária e a dualista do ordenamento jurídico; cfr. *infra*, nn. 28.2, etc.). Aliás, mesmo quem afirma a criatividade pelo juiz nega-se a assimilá-lo ao legislador, como se vê do próprio título polêmico da conhecidíssima obra de Mauro Cappelletti, *Giudici legislativi*? Ele diz: “... os juizes são chamados a interpretar e por isso, inevitavelmente, a aclarar, integrar, plasmar e transformar o direito — e não raramente a criá-lo *ex novo*. Mas isso não significa que eles sejam *legisladores*”; e passa a falar das *virtudes passivas* do juiz, que o caracterizam como tal, pondo a tônica na referência de sua atividade a *cases and controversies*, na imparcialidade, com sua colocação *super partes*, no contraditório, na inércia inicial (*ubi non est actio, non est jurisdictio*): cfr. *op. cit.*, n. 11, pp. 63 ss. Da função complementar do juiz perante a legislação, fala a doutrina do *direito jurisprudencial*, ou *Richterrecht*, como em obra de Giovanni Orrù: “nos setores mais avisados da ciência jurídica, chegou-se a uma convergência quase unânime ao reconhecimento de que o ato judicial, como intervenção decisiva sobre a norma, enquanto fase da própria vida dela, é sempre criativo”, porque, “em virtude do caráter incompleto, equivoco e antinômico dos enunciados legislativos, qualquer *corpus juris*, por mais aperfeiçoado que possa ser, não tem condições para eliminar aquelas margens de liberdade inventiva, escolha pessoal e criatividade do intérprete, indispensáveis para realizar a síntese dinâmica entre a natureza abstrata da norma e o caráter concreto da situa-

cendo o poder nacional em nome do Estado, o juiz dita decisões que são providas de imperatividade (provimento)⁶⁵ e que, por mais de um modo, podem influir no conteúdo da Constituição ou das leis, ou no significado dos textos, ou mesmo nas diretrizes políticas do Estado.

Diversos fatores são indicados pela doutrina constitucionalista, como criadores de clima propício à recepção dessa influência, sendo alguns inerentes à própria Constituição (deficiência de linguagem, seu caráter sintético, lacunas e omissões) e outros, vindos do mundo exterior (evolução dos valores, mutações sociais, etc.).⁶⁶ e o que de ação histórica a ser juridicamente qualificada” (cfr. *Richterrecht*, cap. I, n. 1, p. 12). Esse elegantíssimo problema, contudo, não se confunde com o da jurisprudência como fonte do direito, ainda que ambos sejam bastante próximos. O autor citado fala da “força vinculativa da jurisprudência consolidada”, ainda que para dizer que “pode ter natureza simplesmente fática, ou ao mesmo tempo fática e axiológica” (cap. II, n. 3, p. 71), passando a considerar depois o dever do juiz em observar os precedentes (n. 4, p. 74). Uma coisa, todavia, é a complementação da norma no caso concreto e outra é a descoberta de normas já preestabelecidas mediante o concurso da legislação com a jurisprudência reiterada. No primeiro caso, haja ou não a suposta criatividade, trata-se sempre de positividade do poder e seguramente o ato é vinculante nos limites estabelecidos pela dogmática processual; mas a *força* da jurisprudência, projetada para casos futuros, se bem não possa ser negada, poder não é nem positividade dele, mas mera *influência*, que com o poder não se confunde: cfr. *infra*, n. 14.3.

65. Cfr. *infra*, n. 13.

66. Cfr. Cunha Ferraz, *Processos informais*, cit., p. 125. Cfr. ainda Lowenstein: ideal seria uma Constituição que disciplinasse o processo político com perfeita previsão das futuras evoluções da comunidade; mas, como esta evolui segundo determinantes históricas que nunca podem ser previstas (e quantas mutações não são deveras surpreendentes!), da necessidade de aderência da Constituição à realidade social deriva a plasticidade dela própria, a qual se mostra, assim, como “um organismo vivo, sempre em movimento como a própria vida” (cfr. *Verfassungslehre*, p. 164 trad.). Para o discurso desenvolvido no presente item da obra, são esses fatores externos que suscitam maior interesse (fala-se de *mutações*). A esse propósito, tem pertinência o relato das decisões da Suprema Corte norte-americana acerca da segregação de negros em escolas públicas. Sem alteração constitucional formal acerca do alcance da garantia da igualdade, estabeleceu-se inicialmente a doutrina “separada mas igual” (Plessy vs. Ferguson, 1897), “segundo a qual as escolas públicas separadas para crianças negras eram legais, tendo, porém, que ser iguais... às escolas para crianças brancas”; meio século após, reconheceu a Suprema Corte que “não havia, de fato, igualdade possível para as crianças negras em escolas segregadas” (Brown vs. Board of Education of Topeka, 1954): cfr. Deutsch, *Política e governo*, p. 198, com essa máxima: “a revisão judicial proporciona uma oportunidade suplementar de compensar os cidadãos cujas necessidades e direitos, como indivíduos ou membros de grupos minoritários, não encontraram uma resposta adequada no processo legislativo”. A mesma idéia, em projeção mais ampla, está no pensamento

comum em todas essas situações se vê é a premissa consistente na interação entre Constituição e processo, somada ao exercício do *poder* pelo juiz (o mesmo poder que é exercido pelo constituinte e pelo legislador). A Constituição age sobre o processo, garantindo-lhe os princípios básicos, para que o processo possa, depois, atuar convenientemente os preceitos e garantias que ela própria contém e que projeta sobre todo o ordenamento jurídico.⁶⁷ A bipolaridade dessas influências associa-se, naturalmente, ao reconhecimento do poder que os juizes exercem, como guardas da Constituição e responsáveis pela sua interpretação fiel e cumprimento estrito. Assim inserido nas estruturas estatais do exercício do poder, o juiz é legítimo canal através de que o universo axiológico da sociedade impõe as suas pressões destinadas a definir e precisar o sentido dos textos, a suprir-lhes eventuais lacunas e a determinar a evolução do conteúdo substancial das normas constitucionais.⁶⁸ Apesar de os provimentos jurisdicionais terem eficácia limitada concretamente ao objeto de cada processo, mostrando-se destituídos de qualquer vocação à generalidade e vinculando somente nos limites do *decisum* (como se sabe, os motivos não podem ficar cobertos pela autoridade da coisa julgada) – à força da repetição a interpretação atribuída pelos tribunais a dado texto acaba por gerar a convicção de que o seu conteúdo é aquele indicado na jurisprudência estabelecida.

Isso não significa, todavia, que a função jurisdicional seja constitutiva de direitos, nem que a jurisprudência seja fonte normativa.

Negar que o juiz crie o direito do caso concreto vale simplesmente como afirmação de que as situações jurídico-substanciais declaradas em sentença preexistem a ela. Tal é, em sua simplicidade, a

de Miguel Reale: “governar é criar continuamente, é apreciar o imprevisto e decidir diante dos fatos que a lei não previu ou previu de maneira insuficiente” (*Teoria do direito e do Estado*, p. 76).

67. *Cfr. supra*, n. 2.

68. Esse é o sentido do *juiz autêntico*, que concorre para o desenvolvimento da lei (*cf. Habscheid*, “As bases do direito processual civil”, n. 2, b, esp. p. 123) e, por essa forma, procede às escolhas desejadas pela população; fala Lindblom no dilema entre optar (os congressistas, os magistrados, burocratas, etc.) entre essas escolhas e as suas próprias, pessoais (*cf. O processo de decisão política*, pp. 56-57), mas a imposição destas constitui desvio de poder e tende a carcer de aceitação na sociedade, ou seja, de legitimação (*v. infra*, n. 36.3: o caso do padreiro reintegrado no emprego, onde conviveria com o patrão e sua mulher, com ele envolvida em romance adúltero).

teoria dualista do ordenamento jurídico, que se apóia rigorosamente no raciocínio dedutivo desenvolvido pelo intérprete a partir da premissa maior que é a norma abstrata contida no direito objetivo material; a premissa menor é a concreta situação de fato e a conclusão reside na afirmação do preceito concreto (nas sentenças judiciais, o *decisum*).⁶⁹ Negar que de alguma forma o juiz concorra, em cada caso, a contribuir ou completar o preceito da lei (*compondo a lide*) não pressupõe o desconhecimento de sua inserção no universo axiológico da sociedade em que vive. Imbuído dos valores dominantes, o juiz é um intérprete qualificado e legitimado a buscar cada um deles, a descobri-los o significado e a julgar os casos concretos na conformidade dos resultados dessa busca e interpretação. Esse *iter* lógico-axiológico está inserido na vida dos direitos e só poderia ser negado à custa de reduzir a ordem jurídica às dimensões do texto legal. Cada direito, em concreto (ou cada situação em que a existência de direito é negada), é sempre resultante da acomodação de uma concreta situação de fato nas hipóteses oferecidas pelo ordenamento jurídico: mediante esse enquadramento e o trabalho de investigação do significado dos preceitos abstratos segundo os valores que, no tempo presente, legitimam a disposição, chega-se à *vontade concreta da lei*, ou seja, ao concreto preceito que o ordenamento dirige ao caso em exame. Por isso é que, quando os tribunais interpretam a Constituição ou a lei, eles somente *canalizam* a vontade dominante, ou seja, a síntese das opções axiológicas da nação. O comando concreto que emitem constitui mera *revelação* do preexistente, sem

69. O que está no texto não valha como aceitação dessa fictícia *gênese lógica da sentença*, apoiada em um suposto raciocínio assim estruturado formalmente, que não corresponde à realidade empírica. O *resultado* da sentença é que, após obtido, pode assim ser examinado em confronto com a norma geral, em face dos fatos considerados (*cf. Calamandrei*, “Genesi logica della sentenza”, pp. 11 ss.). Na verdade, o que parece mais próximo da realidade é um *iter* que, aproximadamente, pode-se descrever assim: a) o juiz examina o *petitum*; b) indaga ao direito substancial quais *fatos (fatispecie)* constituem premissa do resultado jurídico pretendido pelo demandante (salvo, é claro, nos casos em que se trate de matéria corriqueira, quando então essa relação *fatispecie-sanctio juris* lhe é familiar); c) verifica se esses fatos foram alegados e concretamente descritos; d) verifica se ocorreram (prova) ou se pode aceitá-los (presunções, efeito da revelia); e) emite o julgamento acerca do pedido do demandante (*decisum*). Como todo esquema lógico, também esse é sujeito a modificações na experiência concreta e, como ninguém pode ignorar, nos casos corriqueiros o juiz *intui* soluções logo ao primeiro contato com a causa em julgamento; ele, como se diz, *queima etapas*.

nada crescer ao mundo jurídico além da certeza.⁷⁰ Assim, as mutações constitucionais e legais decorrentes da repetição de julgados e da *força da jurisprudência* constituem, na verdade, imposições do próprio sentimento nacional e não do Estado mesmo, supostamente agindo através do juiz nessa função. Esse mister de revelar e veicular os juízos axiológicos não é, aliás, privativo dos juizes, nem de seus pronunciamentos jurisdicionais: também a doutrina, os órgãos administrativos e a própria lei interpretam a Constituição e a repetição da interpretação que trazem acaba determinando mutações, sem que com isso se possa dizer que a lei, os provimentos administrativos ou a doutrina sejam fontes de normas constitucionais (tanto quanto a jurisprudência, essas manifestações legitimam-se pela fidelidade que tiverem ao gosto popular).⁷¹

Uma das principais características da função jurisdicional é a interdependência com que o juiz a exerce, o que de um lado constitui fator muito favorável à dinâmica da Constituição e da lei, cujo conteúdo se altera na medida das evoluções havidas na consciência axiológica nacional (o juiz independente não se aferra às linhas interpretativas da jurisprudência formada sob o império de juízos valorativos superiores) — e de outra parte é condição propícia a possíveis resistências

70. O considerável valor da *certeza* ou *segurança jurídica*, situa-se no campo social e não no jurídico: o sentimento de estabilidade nas relações entre as pessoas não é um *plus* perante o direito, mas algo que serve à paz entre elas (*cf. infra*, n. 21).

71. A posição aqui assumida constitui negação de que, rigorosamente, se possa considerar a *jurisprudência* como *fonte do direito*. Sem desconhecer a realidade, contudo, não se nega a *influência* dos precedentes, mesmo em regimes jurídicos de *civil law*. Influência é menos que poder, atua por persuasão e não se *positiva* como aquele nem é, ordinariamente objeto de formulações muito precisas. As *Súmulas*, da nossa realidade brasileira, contêm enunciados precisos e buscam estratificar a orientação dos tribunais, porém mesmo assim não vinculam os próprios tribunais que solenemente as proclamam, nem os seus juizes, nem outros tribunais: são consantes os questionamentos ou atenuações a várias delas, como em caso de mandado de segurança contra sentença transitada em julgado (Súmula 268), renúncia da desquitanda aos alimentos (Súmula 379), coisa julgada em causas tributárias (Súmula 239). Menos próximas ao ponto de vinculação estão ainda as proposições obtidas em incidentes de *uniformização da jurisprudência*: constituem exercício do *poder* somente para o caso concreto (em que a *questio juris* fica julgada por essa via) e, para o futuro, atuam por via da mera *influência*. As *súmulas vinculantes*, que o Supremo Tribunal Federal edita com autorização da Constituição Federal (art. 103-A), são autênticos preceitos normativos de observância obrigatória por todos os juízos e tribunais e, portanto, sua edição constitui ato de poder, não apenas de influência.

às *mudanças* operadas, porque o juiz independente, sendo conservador, terá sempre a legítima possibilidade de liberar as suas próprias tendências e com isso repudiar as interpretações progressistas.

Com tais características e não-obstante as limitações apontadas, é jurídica e politicamente relevantíssima essa outra função instrumental do processo — embora a ela não costume o processualista dedicar atenções maiores, como as que lhe dedica o constitucionalista. Nem seria desejável uma jurisprudência rigorosamente estável e insuscetível de variações, no seio de um ordenamento jurídico apoiado no direito escrito: aqui, a responsabilidade pela (relativa) fixidez das normas é da lei e o excessivo peso que se atribuisse aos precedentes elevaria a potências exageradas a resistência do direito às pressões mais legítimas e naturais na evolução da cultura da nação. A própria Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça não seria legítimo atribuir-lhe grande poder vinculativo (o qual é próprio das súmulas vinculantes, não das outras). Mas na prática a força dos precedentes reiterados atua sobre o comportamento das pessoas em *geral na* sua vida em relação e no dos juizes em seu mister de julgar os comportamentos das pessoas em geral.⁷² A relevância política da interpretação judicial mediante o processo revela-se, ainda, nas pressões sobre o legislador e sobre o próprio constituinte, no sentido de alterar os textos do direito positivo. E isso, que rigorosamente não constitui exercício do *poder*, é legítima influência exercida sobre os indivíduos agentes do poder estatal.

5. perspectiva publicista do processo

O direito *judiciário* civil viveu, desde as origens e por muitos séculos, sob o manto do direito privado e considerado mero apêndice deste, ou *adjetivo* que o qualifica quando submetido às vicissitudes da vida judiciária. Foi assim cultivado no direito comum e no canônico e, sem qualquer suspeita de sua autonomia sistemática,

72. Tenho por exagerada esta enfática manifestação do Min. Humberto Gomes de Barros no Superior Tribunal de Justiça: “se nós — os integrantes da Corte — não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. *Melhor será extinguí-la*” (STJ, 1ª Seção, AgReg ERESP 227.703, j. 17.2.02, v.u., DJU 7.10.02).

assim chegou até ao século XIX, quando a segura afirmação de uma relação jurídica processual, distinta da de direito privado, abalou os alicerces do sincretismo até então incontrastado. O campo abriu-se, com isso, para o progresso da idéia publicista no direito processual, uma vez que a nova relação jurídica descoberta incluía entre os seus sujeitos o juiz, órgão estatal, daí derivando a idéia da relação de subordinação que no processo se dá.⁷³ Isso constitui, até, desenvolvimento da própria teoria do Estado, que já àquele tempo conseguira isolar o fenômeno da *inevitabilidade* deste e da imposição de seu poder — ficando desmentida, com isso, a crença de que o processo tivesse a natureza jurídica de um contrato (ou mesmo quase-contrato) e tornando-se conseqüentemente priva de qualquer significado a idéia da *litiscontestatio* o demandado fica jungido ao processo e aos seus resultados, não porque o houvesse aceito contratualmente, mas porque o Estado, no exercício do poder pelas formas regulares, tem autoridade suficiente para impor-lhe essa sujeição (*imperium*).⁷⁴

Foi nesse mesmo contexto, pela mesma época e sempre entre os germânicos, que em primeiro lugar floresceram as idéias sobre a

73. Essa é uma história já muitas vezes contada, a do nascimento do processo civil científico através da obra revolucionária de von Bülow (*Die Lehre von den Prozesseinstreden und die Prozessoraussetzungen*), onde se racionalizou a idéia de uma relação jurídica de direito público entre juiz e partes no processo (cf. *supra*, n. 1, nota 4); cf. Dinamarco, *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, I, n. 18.

74. Cf. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, p. 320: ao dizer que o poder do Estado se distingue dos demais por ser *dominante* (os outros são *simples*, ou *não-dominantes*), ele demonstra que na realidade as diferenças apontam em dois sentidos diferentes: a) só o poder dominante inclui a sua inevitabilidade, sendo ele irresistível e não permitindo que os subordinados rompam o nexo de subordinação (como, v.g., um membro de sociedade religiosa pode afastar-se, a menos que as leis do Estado lho proibam); b) só o poder dominante é conotado com a possibilidade de impor-se pela coação (sobre isso, v. Faria, *Poder e legitimidade*, p. 57: “capacidade física de execução”). O que está no texto acima tem apoio ainda na idéia da *originalidade* do poder estatal, que se sustenta por si próprio e não em algum outro suposto poder (sem cogitar, aqui, das fontes do poder mesmo ou de sua legitimidade): sendo a jurisdição expressão do poder estatal, o Estado não depende de prévia declaração de aceitar os seus resultados, como requisito para a legitimidade do seu exercício (o condicionamento à demanda de parte — *memo iudex sine actore* — tem outros fundamentos, que não interferem com essa questão). Cf. ainda, a propósito, Dalmo Dallari, *Elementos de teoria geral do Estado*, n. 54, esp. p. 97: “o poder dominante apresenta duas características básicas: é *originário* e *irresistível*”. Da *inevitabilidade*, referida no texto (Dallari não usa a palavra), diz: “a irresistibilidade se revela na impossibilidade em que se acha o submetido de se subtrair ao poder dominante”.

ação como direito distinto do direito subjetivo material, direito à solução justa ou à solução favorável inicialmente, depois direito à decisão de mérito — em uma escalada que conduziu do imanentismo sincrético inicial às teorias mais extremamente abstratas. Nestas, a plena independência entre ação e direito subjetivo material.⁷⁵

Mas, tal qual a natureza, as ciências do pensamento também não fazem saltos. Apesar da revolucionária abertura favorável ao reconhecimento da natureza pública da relação processual, da ação e de todo o sistema processual enfim, nos espíritos permaneceu a marca da idéia privatista. Os germânicos abandonaram as preocupações centrais com a ação (*Rechtsschutzanspruch*) e passaram a referir-se ao direito de demandar (*Klagerecht*), sem maior empenho e desviando para o objeto do processo (*Streitgegenstand*) o centro metodológico

75. Cf. Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria geral do processo*, n. 147-156, pp. 267-274. Considero exagerada a posição abstratista em “estado quimicamente puro”, com a idéia da ação como direito subjetivo inerente à personalidade e cuja existência não dependa de condições (assim, José Frederico Marques, *Instituições*, II, n. 260, pp. 26 ss.). Contraria a afirmação do caráter instrumental do direito processual e das suas instituições: choca-se com a tendência dos tempos atuais, que é no sentido de diminuir as distâncias entre o processual e o substancial, *relativizando o binômio direito-processo* (cf. Watanabe, *Controle jurisdicional*, n. 14, pp. 34-37; essa postura corresponde à idéia da efetividade do processo, que constitui uma das preocupações centrais do presente estudo: v. *infra*, n. 36). A ação (não mero “direito de demandar”, ou “direito à administração na justiça”: cf. Mesquita, *Da ação civil*, § 12, esp. p. 90; Dinamarco, *Execução civil*, nn. 237-243, pp. 379 ss.) é sempre “instrumentalmente conexa” a uma situação jurídico-substancial (cf. o mesmo José Frederico Marques, *Instituições*, II, n. 260, esp. p. 27). E tal é a conhecidíssima teoria de Liebman, acatada no Código de Processo Civil (cf. Liebman, “L’azione nella teoria del processo civile”, *passim*; *Manual de direito processual civil*, nn. 73-74, pp. 197 ss. trad.). É certo que, como está em boa doutrina e teve oportunidade de sustentar antes, o critério para considerar concreta ou abstrata uma teoria sobre a ação reside na vinculação que se faça ou deixe de fazer entre sua existência e a existência do direito substancial afirmado pelo demandante (*op. loc. cit.*; v. também Liebman, *Processo de execução*, n. 33, pp. 78-83), mas a referibilidade a uma situação *concreta* não é que vai influir para que a teoria considerada deixe de ser abstrata: afirmar que a ação está ligada a uma concreta situação e consiste no poder de obter um provimento jurisdicional sobre ela não significa aceitar a teoria concreta da ação, desde que não se inclua a existência do direito afirmado como condição para a existência da ação mesma. Essa é uma posição instrumentalista na teoria da ação, que corresponde à postura instrumentalista aqui defendida como critério para orientação geral do processualista, de profundas raízes na realidade. E tal é, em substância, o pensamento de Mesquita, que faz esta crítica ao abstratismo exagerado: “não logro estabelecer o nexo que deve existir entre o processo e o direito material e acaba por aniquilar esse direito” (cf. *Da ação civil*, n. 31, p. 77).

do sistema processual. Mas os latinos, italianos à frente, permaneceram metodologicamente ligados à ação e às preocupações com ela e seu conceito e seus elementos e suas condições; assim é, de modo superlativo, a orientação predominante entre os processualistas brasileiros, caracterizada na *Escola Processual de São Paulo*. Em uma palavra, a ciência dos processualistas de formação latina apresenta a ação como pórtico de todo o sistema, traindo com isso a superada idéia (que, conscientemente, costuma ser negada) do processo e da jurisdição voltados ao escopo de tutelar direitos subjetivos.⁷⁶ A preocupação central com a ação é sinal da visão privatista do sistema processual, supostamente posto a serviço do autor e dos direitos, como se toda pretensão deduzida em juízo fosse procedente e fosse uma verdade a invariável presença da *lesão*, como requisito para o interesse de agir (a idéia da *lesão*, que ainda se vê na Constituição brasileira e no próprio Código de Processo Civil, é inerente à teoria civilista da ação e incompatível com as posturas metodológicas contemporâneas). Outros resíduos pandectistas no direito moderno, especialmente no brasileiro, são a indicação do direito aos interditos entre os efeitos da posse (na Itália, vê-se a *tutela dos direitos* como rubrica do Código Civil), mais a idéia das *ações típicas* e a solene proclamação de que “a todo direito corresponde uma ação, que o

76. Cf. Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, mn. 230-231. Como salientou lá, a ciência processual latina permaneceu mais que a dos alemães com a preocupação pelo instituto da ação, o que revelava a sua postura metodológica voltada ao processo a partir do interesse da pessoa que vem a ele (o demandante); e essa postura revela-se desde o título de ensaios bastante conhecidos, como os de Chiovenda (“L’azione nel sistema dei diritti”), Liebman (“L’azione nella teoria del processo civile”), Calamandrei (“Relatività del concetto di azione”) e Carmelutti (“Azione e diritto nella teoria delle obbligazioni”), todos centrados na idéia da ação dentro do sistema e não nas suas raízes constitucionais ou projeções sócio-políticas. No ensaio de Carnacini sobre “Tutela giurisdizionale e tecnica del processo” tem-se também uma visão, se bem consciente, da realidade processual “a partir do ângulo visual daquele que para os seus fins ultraprocessuais recorre àquele especial e delimitado instrumento que é o processo civil” (n. 1, pp. 695-696; v. ainda nota 1, p. 696). Na visão de Mauro Cappelletti, que pretende o sistema processual examinado a partir da *perspectiva do consumidor* (consumidor do serviço jurisdicional), a tônica no *acesso à Justiça*, com incremento à ação nada tem do denunciado privatismo: ao contrário, tudo se passa com vista a uma postura solidária no trato do processo civil e ao estabelecimento de um novo *método de pensamento*, “capaz de transformar completamente temas e modos da análise científica do jurista moderno” (cf. Cappelletti, “Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero”, n. 5, p. 76).

assegura”. Sobreveio também à fundação da ciência processual o sincrético conceito de *pretensão* (*Anspruch*: v. BGB, § 194), que expressa o mesmo que a *actio* romana, para a qual não existe espaço na moderna ciência jurídica.

Presencia-se pois a uma ciência processual construída mediante afirmações e pressupostos publicistas, mas revelando surpreendentes posicionamentos sobreviventes ao sincretismo privatista já superado. Seguramente, concorreu para essa predisposição psicológica a origem do direito processual civil, que hoje unanimemente se reconhece ser ramo do direito público, nos compartimentos do direito privado.⁷⁷

E foi essa postura, por certo, que permitiu a sobrevivência da crença na *jurisdição como atividade secundária*. Isso só tem sentido quando se cuida de relações jurídicas privadas regidas pela disponibilidade, onde realmente “a execução e o próprio processo não são senão o *segundo* dos instrumentos que o ordenamento jurídico predispõe à satisfação do direito objetivo” (e “o primeiro, mais natural e em geral mais eficiente deles, é constituído por um sistema de pressões sobre a vontade do obrigado, para que ele cumpra por sua própria deliberação o preceito emergente da norma”).⁷⁸ A me-

77. Celso Agrícola Barbi denunciou o privatismo reinante no espírito dos juizes brasileiros, “que os leva a aplicar às questões de direito administrativo os princípios gerais do direito privado, a cujo uso estão mais habituados” (cf. “A proteção do cidadão contra atos ilegais da Administração pública no Brasil”, VI, p. 30). Referia-se, por certo, a *erros in iudicando* devidos a desvios dessa ordem. Mas o privatismo no trato de assuntos que não são de direito privado atinge também o modo de condução do processo, como está denunciado no texto e como transparece em práticas representadas pela falta de impulso processual, *arquivamentos* de processos, sua extinção por abandono fora dos casos que a justificam. O direito privado conta com milênios de amadurecimento e infiltração no espírito dos juristas, ao passo que o administrativo e o processual estão cientificamente colocados há muito pouco tempo (reflexos profundos da denunciada visão privatista de institutos de direito público sentem-se no trato inadequado que ainda se dá ao sistema das *mulidades processuais*: cf. Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, I, n. 135).

78. Opinião que expressei nas primeiras edições de minha *Execução civil* (3ª ed., n. 9, pp. 77-78). Cf. ainda, na mesma ordem de idéias, Garbagnati, *La sostituzione processuale*, cap. II, n. 12, p. 69; Attardi, *L'interesse ad agire*, cap. II, n. 3, p. 91 (também n. 6, p. 110); Satta, *L'esecuzione forzata*, n. 14. A posição então assumida revelava, no entanto, o mal-consentido privatismo dos juristas latinos que aqui vem sendo denunciado e especialmente as premissas da teoria da lide. *Corriffiteor*. Dizendo-se explicitamente consciente da realidade aqui considerada (processos *ne-*

dida que o processo civil se afasta da sua origem, mais fácil vai-se tornando a percepção de que pretensões há que somente pela via processual podem ser satisfeitas.

É o caso da pretensão a anular o casamento ou contrato, ou à exclusão de herdeiro por indignidade, ou mesmo à separação judicial ou ao divórcio: na área penal, é o caso de todas as pretensões punitivas (*nulla poena sine iudicio*). No campo do direito das obrigações, amplamente dominado pela idéia da disponibilidade dos direitos, é de pleno acerto dizer que só mesmo quando presente a *exigibilidade*, positivada a insuficiência dos vínculos representados pela sensibilidade do sujeito às exigências do direito material, é que se considera concretamente necessário o exercício da jurisdição (presente o legítimo interesse processual de agir). E foi a partir do direito das obrigações principalmente e com a vista voltada às situações jurídicas disponíveis, que floresceu a proposta metodológica da colocação da *lide* como pólo central na ciência do processo.⁷⁹

cessários, “que são primários e não sucedâneos ou subsidiários: divórcio, penal, etc.”), um jurista finamente politizado como é Adolfo Gelsi Bidart continua preferindo, apesar disso, afirmar o caráter *secundário* e *eventual* do processo. Ele o diz, no entanto, a partir de perspectiva diferente, considerando o momento jurisdicional anterior aos próprios fatos trazidos ao conhecimento do juiz através da demanda; antes da instauração do processo, a ordem jurídica “pretende que as situações jurídicas sejam definidas, que se dê cumprimento espontâneo às obrigações, que não se incorra em delitos civis ou penais, etc.” (Processo y época de cambio”, IV, C, esp. p. 432). Sua colocação, no entanto, parece assentar em premissa ligada às teorias civilistas ou pelo menos concretistas da ação, supondo que quando o processo é instaurado e o direito de ação existe, realmente hajam ocorrido as violações que justificam a procedência da demanda e que, no seu entender, constituiriam o primeiro momento na vida dos direitos.

79. Em matéria disponível, portanto, surge o interesse processual legítimo no momento em que surge a *lide*. Enquanto ao elemento substancial desta (conflito de interesses) não se somar o elemento formal (conflito de vontades, pretensão resistida), nega-se o Estado a prestar o serviço jurisdicional. Só em matéria disponível, porém, ou seja, só nos casos em que direitos e interesses comportam satisfação por obra do obrigado. Do ponto-de-vista metodológico, seja lembrado que essa utilização dos conceitos *carneuttianos* de *lide*, conflito de interesses, pretensão e resistência, na explicação do interesse de agir, refoge ao pensamento do próprio Carneutti, para o qual inexistia essa categoria jurídica (cf. “Lide y proceso” n. 5, p. 102; diz que o interesse é um conceito morto, ou pelo menos moribundo; a partir de quando a doutrina chegou a isolar o de *legitimatio ad causam*); na esteira de Carneutti, propôs Invrea que se substituisse o conceito de interesse de agir pelo de “causa legítima para agir” (“Interesse e azione”, n. 23, p. 337). Mas, para o pensamento de Carneutti, v. ainda *Istituzioni*, I, n. 351, pp. 326-327. Feitos esses descontos, resta a

O método centrado na *lide* teve mais profunda aceitação no Brasil do que na Itália, onde fora proposto: foi lá que se dispararam contra ela as críticas mais certeiras.⁸⁰

Foi entre nós que os maiores esforços se fizeram para salvar a idéia, até mesmo mediante uma distorção tal do pensamento primitivo do seu autor, que ele se esvaziou por completo da expressão que se lhe queria atribuir no sistema processual. Como é sabido de todos, a Exposição de Motivos do nosso Código de Processo Civil proclamou o alinhamento do novo diploma a esse método, além de afirmar categoricamente: “o projeto só usa a palavra *lide* para designar o *mérito* da causa”.⁸¹

grande utilidade dos conceitos *carneuttianos*, especialmente do de *interesse*, para o correto entendimento do interesse de agir.

80. A mais conhecida foi a de Calamandrei, no sentido de que a *lide*, tal qual definida e delimitada por Calamandrei, “pertence ao mundo sociológico, não ao jurídico”, e que, “para poder a *lide* entrar no processo precisa, pois, que ela seja apresentada ao juiz, não no seu aspecto sociológico, mas no jurídico” (cf. Calamandrei, “Il concetto di ‘lide’ nel pensiero di Francesco Carnelutti”, II, n. 11, esp. p. 93). Essa crítica procedente foi endossada por Liebman, em um dos seus escritos brasileiros: “a *lide*, tal como entende Carneutti, é conceito sociológico e não jurídico” e “o conflito de interesses não entra para o processo tal como se manifestou na vida real, mas só indiretamente, na feição e configuração que lhe deu o autor em seu *pedido*” (cf. Liebman, “O despacho saneador e o julgamento do mérito”, esp. nn. 7-9, pp. 114 ss.). Na Itália, ainda, vê-se a obra de Cortesia di Serego, *Il processo senza lite*, com a demonstração de que a *lide* não é essencial ao exercício da jurisdição, nem constante em todo processo. Calamandrei, aliás, dissera: “parece que a existência da *lide* não pode ser considerada como condição necessária para o interesse de agir em todos os casos nos quais, mesmo se *lide* não existisse, nem por isso seria possível ao interessado conseguir extrajudicialmente, pelo consenso espontâneo da outra parte, aquilo que somente a sentença pode dar-lhe” (cf. Calamandrei, “Il concetto di lite”, cit., I, n. 8, esp. p. 21). Isso corresponde ao que sustento no texto, com a observação de que falta a *lide* não só por ausência do seu elemento formal (v.g., as partes estão de acordo quanto à separação judicial, mas sem o processo é impossível obtê-la), como também por estar ausente o elemento substancial (inexistente interesse do Estado, em conflito com o do acusado, quando este é inocente). A propósito do processo penal e negando a existência da *lide*, cf. o profundo estudo de Luciano Marques Leite, “O conceito de *lide* no processo penal — um tema de teoria geral do processo”, v. ainda meu “O conceito de mérito em processo civil”, n. 158.

81. Cf. Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, I, n. 158 e *Vocabulário do processo civil*, n. 93, p. 180. No Brasil, o empenho em salvar o conceito de *lide* e transportá-lo do mundo sociológico para o jurídico levou a tentativas que acabaram por distorcê-lo por completo e apresenta-lo completamente destituído de conteúdo útil. Trata-se de encontrar a substância do objeto do processo (*Srreiz-gegenstand*), ou seja, de encontrar aquilo que constitui o *meritum causae*. Pois, na

O paradoxo metodológico que reside nesse posicionamento do processualista brasileiro é mais profundo do que aquele outro, que não lhe é peculiar, consistente em deixar vivas certas idéias ligadas ao passado do processo. A ordem político-constitucional republicana brasileira teve inspiração no modelo norte-americano e não nos da Europa continental⁸² — o que devia levar-nos a haurir preferencialmente o espírito do direito público dos países de origem e dos seus sistemas, para a construção, análise e utilização do instrumento processual. Dos países europeus componentes da *família romano-ger-*

passagem do sociológico para o jurídico, os juristas definiram a lide como sendo, então, “o conflito de interesses, na medida em que foi deduzido em juízo” (cf. Liebman, “O despacho saneador”, 9, esp. p. 121); “pedido e contestação representam dois pedidos em conflito” (*id.*, *ib.*, esp. p. 120). Ora, desconsiderando a lide existente antes do processo (“a razão de ser, a causa remota”: *op. cit.*, n. 7, p. 118), esse modo de ver a lide do ponto-de-vista jurídico deixa-a sem aptidão a explicar coisa alguma. Se lide é o mérito e mérito é a lide, segue-se que um dos dois vocábulos é supérfluo e o acréscimo do primeiro na linguagem do jurista constituiria uma excessência. A sinonímia não seria nociva, se fosse mera sinonímia e não conduzisse à ilusão de poder fazer coabitar no mesmo diploma processual o método que tem a lide ao centro e o que tem a ação, como se eles não se repudiassem (cf. Dinamarca, “Os institutos fundamentais do direito processual”, *Fundamentos do processo civil moderno*, I, n. 137). Entre nós, também Galeno Lacerda aportou sua contribuição ao conceito de lide. Com sua sólida formação publicista no direito, lamentou somente a estreiteza dos lindes traçados por Carnelutti, “por abranger apenas o conflito privado de interesses”: “feita essa correção, de modo a que nele se compreendam, também, os conflitos com o interesse público ou de ordem pública presentes no processo, como ocorre na ação penal, ou no processo civil inquisitório, por exemplo, torna-se insofismável que a lide, neste sentido amplo, se constitui elemento essencial para o verdadeiro conceito de jurisdição” (cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, VIII, t. I, n. 6, esp. p. 20). Pois o proposto alargamento do conceito acabaria por desaguar no mesmo vazio a que levam as tentativas de Liebman e as críticas são as mesmas.

82. A ordem de raciocínios desenvolvida no presente parágrafo e no seguinte remonta ao pensamento de Galeno Lacerda, expresso em aula que, a meu convite, proferiu aos 22 de agosto de 1978 como parte do curso de *Estudo crítico de teoria geral do processo*, em nível de pós-graduação, na Faculdade do Largo São Francisco. Disse, v.g.: “os italianos teorizam o processo civil apenas para o direito privado”; “Chiovenda formulou a teoria substitutiva apenas para o direito civil”; “basta que se introduzam elementos de ordem pública e se vê que o juiz não substitui mas atua diretamente, pois isso é vital, nada se faz sem o juiz” (palavras colhidas da gravação em fita magnética, sem segurança quanto à sua fidelidade). Depois, ao escrever os *Comentários*, o prestigioso autor voltou ao tema, criticando o “caráter substitutivo e secundário” da jurisdição, com argumentos e exemplos como os que emprego no texto (cf. *Comentários*, n. 6, p. 22). Cf. ainda minha nota n. 29 à tradução brasileira do *Manual de direito processual civil*, de Enrico Tullio Liebman (I, pp. 55-56 trad.).

mânica do direito, recebemos o direito privado e o penal, sendo muito natural que a nossa ciência se construísse segundo os parâmetros e mesmo o espírito europeu continental, nessas áreas específicas. O que não é natural é o comprometimento cultural tão profundo como o que o nosso guarda com todo o espírito do direito processual civil de países onde são diferentes as bases políticas do direito público.⁸³

A história da República brasileira e de sua primeira Constituição mostra a grande influência que tiveram então as instituições políticas norte-americanas e a sua estrutura de exercício do poder. Temos Constituição escrita do modelo das Constituições rígidas, presentes o regime presidencialista e sistema federativo; e, sobretudo, temos o controle da constitucionalidade das leis pelo próprio Poder Judiciário, seja *incidenter tantum* em qualquer processo ou grau de jurisdição (controle difuso), seja pela via direta da ação declaratória de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade a ser proposta perante o Supremo Tribunal Federal (*principaliter*).⁸⁴ Além disso, o Poder Judiciário brasileiro é competente para litígios de toda ordem, inclusive entre o administrado ou o funcionário e a Administração e mesmo que se litigue com fundamento em meros interesses legítimos e não direitos subjetivos. Nos sistemas europeus, a constitucionalidade das leis é apreciada *incidenter tantum* e a propósito de litígios pendentes, mas por órgãos *ad hoc*, aos quais é remetida exclusivamente a questão constitucional. Lá, o contencioso administrativo absorve significativa parcela das causas fundadas em direito público (na Itália, o *Consiglio di Stato*), o que é poderoso fator a impedir o pleno desenvolvimento da idéia publicista no direito processual civil. O processo civil é prestigiosamente definido, lá, como “aquele que se realiza para o desempenho da função jurisdicional em *matéria civil*”,⁸⁵ quando aqui ele versa também toda a matéria tributária, administrativa e mesmo constitucional, inclusive pela via do mandado de segurança e ação popular, instrumentos constitucionais integrantes da *jurisdição constitucional das liberdades*. Bem mais expressiva é, portanto, a dignidade político-institucional do processo civil brasileiro. E, por isso, merece um trata-

83. Refiro-me ainda aqui ao pensamento de Galeno Lacerda, na exposição referida na nota anterior.

84. Não é que não disponham do controle da constitucionalidade os ordenamentos continentais europeus: é notório que dispõem (cf. *supra*, n. 2, notas 11 ss.).

85. Definição de Liebman, *Manual de direito processual civil*, I, n. 18, p. 55 trad., com minha nota n. 29.

mento mais acentuadamente publicístico e coerente com o modo pelo qual as nossas instituições processuais se inserem instrumentalmente na ordem jurídica.⁸⁶

Na realidade, algo dessa influência política pode-se notar no processo civil brasileiro, que não acolhe o instituto do *juramento* como o italiano, nem confere à confissão (e a prova alguma) a eficácia de *prova plena*,⁸⁷ tendo ainda uma abertura muito significativa para a legitimação do Ministério Público, como nos sistemas europeus continentais não se vê.⁸⁸ Por outro lado, nem é certo que esses sistemas sejam ainda tão profundamente marcados pelo privatismo. É universal a tendência à publicização do próprio direito como um

86. Ainda, pensamento de Galeno Lacerda.

87. O projeto de Código de Processo Civil dizia que a confissão e o documento fazem *prova plena*, “comprometendo-se inconvenientemente com a teoria da prova legal”; mas “o mal foi corrigido no Senado Federal, suprimindo-se o adjetivo *plena*, que naqueles dispositivos se continha, e resultando nos arts. 350, 364 e 383 do texto definitivo” (cf. Dinamarco, *Direito processual civil*, n. 7, J, esp. p. 30). Não só o irracional de uma prova legalmente supervalorizada ia sendo consagrado, como ainda a influência exagerada da disponibilidade de direitos (na confissão). Essa postura está no valor que perante o direito italiano têm a *confissão* (o valor de “*ex-chuir... qualquer liberdade de apreciação por parte do juiz*” – Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, II, n. 213, p. 144) e o *juramento* (“em caso de prestação, o fato fica plenamente provado e nenhuma prova contrária pode ser admitida” – *op. cit.*, n. 221, p. 155).

88. Para os raros casos em que a lei italiana admite a ação civil e a intervenção do Ministério Público, cf. Liebman, *Manual*, I, n. 67, esp. p. 137; n. 69, pp. 139 ss.; cf. ainda Allorio, “Il p.m. nel nuovo processo civile”, pp. 212 ss. Interessante a observação de que não só quanto aos casos de legitimação a agir ou a intervir se justificaram debates na Itália ao tempo, como ainda no tocante aos poderes de que investido o Ministério Público que intervem para opinar (“p.m.”, concludente” – cf. Allorio, *ib.*, nn. 2 ss. 215 ss.). A participação mais intensa é sinal de publicismo e Liebman atribui o acréscimo de poderes do Ministério Público à “crescente intervenção dos poderes públicos na atividade dos sujeitos privados” (*op. loc. cit.*). Para o direito alemão, v. Lent: “o Ministério Público (*Staatsanwalt*) tem função no processo civil somente em tipos especiais de procedimentos, isto é, em matéria matrimonial, declaração de relações jurídicas entre pais e filhos, interdição” (*Zivilprozessrecht*, § 17, p. 59); observa o autor que, aos tempos do nacional-socialismo, por *motivos políticos* o Ministério Público dispunha de legitimação mais ampla; assim também era no regime socialista soviético, em que o Ministério Público comparecia ao processo civil como agente dos valores socialistas incorporados pelo Estado (cf. Shakarian, *Derecho procesal civil soviético*, dir. Gurvich, IV, § 8º; destaque para o zelo pela *legalidade*, que é o penhor da estabilidade das instituições soviéticas); v. ainda Habscheid, “As bases do direito processual civil”, n. 1, esp. p. 119.

todo, sendo isso visível no processo, ramo do direito público, por mérito que em grande parte pertence aos cultores do direito processual constitucional.⁸⁹ A descoberta e exame dos princípios e garantias constitucionais do processo, mais a sensibilidade para os graves problemas sociais e econômicos que com ele se envolvem têm permitido enquadrar a ciência processual em um plano político suficientemente expressivo para destacar a grande gama de interesses públicos perseguidos através dele. A força do pensamento doutrinário que se expande por todos os continentes, como uma verdadeira *multinacional do processo*, tende a eliminar as diferenças regionais e as resistências ao pleno reconhecimento teórico e prático de que o processo é um instrumento para o exercício do poder e que este deve ser exercido, ainda quando sob o estímulo de interesses individuais, sempre com vista a elevados objetivos sociais e políticos que transcendem o âmbito finito destes.⁹⁰

89. Informa Karl Deutsch que “um ano antes da eclosão da Revolução Francesa, a França dos reis Bourbons arrecadou, através de tributos municipais, provinciais e nacionais, cerca de 8% do produto nacional bruto”; na atualidade “o governo francês arrecada e repassa despesa equivalente a 40% do mesmo produto” (cf. *Política e governo*, p. 27). Isso é sinal de uma escalada intervencionista do Estado, que saiu do imobilismo da filosofia liberal (fins limitados) e tem, hoje, acentuada preocupação pelo *social*, acima do *individual*. Daí o abandono das soluções marcadamente privatistas, que o direito moderno herdou do romano através dos tempos. No direito processual, a preponderância da ordem pública sobre a dos interesses privados em conflito manifesta-se em inúmeros pontos da sua dogmática, v.g.: a) inafastabilidade do controle jurisdicional; b) garantia do juiz natural, competência absoluta; c) impulso oficial; d) livre investigação das provas, liberdade de convencimento, dever de fundamentar sentenças; e) conhecimento de ofício (objeções); f) nulidades absolutas; g) indisponibilidades; h) contraditório efetivo e equilibrado; i) ampla defesa; j) autoridade do juiz, seu poder de polícia, dever de lealdade, repulsa à litigância de má-fé e atos atentatórios à dignidade da Justiça (*comtempt of court*); k) tutela penal do processo. Esses e outros sinais tornam sem dúvida que o sistema processual da atualidade é voltado à tutela de uma ordem superior de princípios e valores que se situam fora e acima do âmbito estrito dos interesses controversos entre as partes (ordem pública) e que, em seu conjunto, dirigem-se ao bem comum, como objetivo-síntese do Estado moderno.

90. “Hoje, a propósito da doutrina do processo civil, pode-se falar de uma *multinacional* que tem em cada um dos países suas características peculiares, mas, também, no conjunto, uma profunda unidade de inspiração sobre o que é que deve ser o processo e sobre os princípios fundamentais que o governam” (Liebman, “Ai lettori brasiliani” – palavras de apresentação da tradução brasileira do seu *Manual de direito processual civil*, pp. 9-10).

Desempenha papel significativo, nesse contexto de tomada de consciência para o caráter público do direito processual e seus institutos, também a *teoria geral do processo*. Constitui poderoso fator de superamento dos resíduos privatistas de que imbuído o processo civil a unidade metodológica e conceitual que ela propõe — primeiro entre os ramos de direito processual jurisdicional (civil, penal) e depois tendendo a abranger o administrativo e outros setores onde se cuida da disciplina da preparação do ato final vinculativo mediante participação dos interessados. Basta ver que o direito processual penal, vindo embora de origens humildes também, longe está de trazer a marca do privatismo. O privatismo do processo civil é efeito da relação de instrumentalidade que o liga ao direito privado (em países europeus-continuais, com maior intensidade até, como foi lembrado) e da sua primitiva inserção nos quadros do direito civil. Permeável às conotações da relação jurídico-substancial em litígio, o processo facilmente as adquire e se identifica ao seu espírito⁹¹ — sendo compreensível a razão por que encontramos um processo civil inicialmente marcado por intensa disponibilidade e caráter dispositivo, contando com pequena dose de intromissão do juiz nas atividades instrutórias. A instrumentalidade do direito processual penal ao direito penal, que é ramo do direito público, não poderia, em face disso, ser causa de privatismo. E o encontro das duas disciplinas processuais, através dos denominadores comuns descobertos no plano de princípios e garantias constitucionais e de teoria geral do processo, haveria de ser e foi realmente causa de abrir os olhos para todos os aspectos publicistas de ambas. Também o intenso caráter público das instituições de direito administrativo, se bem não inteiramente explorado ainda em sede de teoria geral do processo, pode ser fator utilíssimo nessa tomada de consciência.

De qualquer modo e apesar das vicissitudes e retardamentos apontados, o caráter público do processo hoje prepondera acentuadamente, favorecido pelo vento dos princípios constitucionais do Estado social intervencionista e pelo apuro técnico das instituições processuais. Chega a ser admirável até que no curto período de apenas um século de ciência tenha sido possível passar do intenso privatismo

91. Cf. *supra*, n. 1. Cf. ainda Cappelletti, *Processo e ideologie*, p. 6: a instrumentalidade é a *porta maestra*, através de que entram no sistema processual as ideologias e também, como se compreende, entra o espírito do direito substancial.

inerente ao estágio de sincretismo tradicional, ao elevado grau de publicismo que agora se vê na disciplina e na ciência do processo.⁹²

O empenho em publicizar o processo é, contudo, limitado pelo círculo finito da conveniência ditada pelo equilíbrio de exigências opostas. Em um extremo publicista, ter-se-ia o exercício espontâneo da jurisdição e a plena inquisitorialidade no curso do procedimento, o que viria a contrariar os conspícuos fundamentos éticos e históricos do princípio da demanda e do dispositivo.⁹³ Onde mais profundamente transparece o interesse público na instauração do processo independentemente da iniciativa da pessoa diretamente interessada, a lei legitima o Ministério Público e dita a indisponibilidade da ação (penal, civil), tutelando assim suficientemente o interesse público, sem os males da iniciativa judicial. O mesmo Ministério Público recebe legitimação a intervir no processo civil, sempre que presente alguma razão específica de interesse público.⁹⁴ Os casos de processo

92. Em resumo: a maior sensibilidade do processo civil aos influxos privatistas, fruto da própria relação de instrumentalidade ao direito privado, vai sendo neutralizada e a tendência, hoje, é a tomada de consciência para os objetivos estais a serem realizados através dele.

93. A realidade social dos conflitos e sua dimensão ditam o grau de iniciativa franqueada ao juiz, seja quanto ao processo em si mesmo, seja para a realização da prova (livre investigação): v. *infra*, n. 23. Isso explica que, apesar do reconhecido escopo publicista de atuação da vontade do direito (tutela ao ordenamento jurídico), o juiz não tem, como poderia parecer que devia, o pleno poder de iniciativa do processo. É que o escopo jurídico não é o único, nem o mais importante. Justificando o princípio da iniciativa de parte a prevalecer nos conflitos entre particulares em matéria disponível, diz Calamandrei que ele não constitui mera "projeção, sobre o sistema processual, dos poderes de disposição que no campo do direito privado são atribuídos à vontade dos interessados" — mas também não se pode desconhecer que essa disponibilidade é "condição essencial para o bom funcionamento do princípio dispositivo"; invoca o conceito do *interesse de agir*, mostrando que também a necessidade social do processo, diante da falência dos modos concordados para eliminação de conflitos, é elemento a ser considerado no momento em que a iniciativa é deixada aos interessados (cf. Calamandrei, "Linee fondamentali del processo civile inquisitorio", n. 2, pp. 135-136).

94. V. *supra*, nota 16. Sempre é o interesse público a causa legítima do Ministério Público e a referência a ele em uma disposição específica do Código de Processo Civil (art. 82, inc. III) constitui autêntica norma de encerramento do sistema, destinada a prevalecer em casos não previstos especificamente, arredios a previsões e insuscetíveis de generalizações. Daí o grande erro no entendimento de que tal dispositivo conduza à legitimação do *Parquet* para todas as causas em que seja parte a Fazenda Pública (além do mais, o Ministério Público não é fiscal dos interesses fazendários).

instaurado de-ofício são excepcionalíssimos e a iniciativa instrutória do juiz, se levada a extremos, seria perigoso fator de abertura à parcialidade. O direito processual moderno procura também equilibrar a aplicação do princípio inquisitivo e do dispositivo na instrução, tendo em vista as exigências opostas de imparcialidade e livre jogo de interesses de um lado (o modo de ser dos conflitos) e, de outro, as de uma instrução que conduza a decisão conforme com o direito objetivo material, fazendo justiça. É preciso, de um lado, reprimir a inquisitorialidade que dominou o processo penal autoritário; e, de outro, abandonar o comportamento desinteressado do juiz civil tradicionalmente conformado com as deficiências instrutórias deixadas pelas partes no processo. Tal é, no sentido mais amplo possível (quanto inevitavelmente vago), a fórmula da publicização do processo no tempo presente.⁹⁵

Evidentemente, não é apenas nesses pontos que se mostra o caráter público do processo. Sua natureza instrumental impõe que todo

95. V. *infra*, n. 23. Dizer, com Liebman, que o único interesse do juiz no processo é o de sentir-se inteiramente... desinteressado (cf. "Il fondamento del principio dispositivo", esp. n. 8, p. 14) requer complementações. *Desinteressado* é palavra que, nesse contexto, não pode significar axiologicamente neutro: o juiz, ser vivente na sociedade de onde vêm os fatos e pretensões em exame, há de ser o porta-voz dos sentimentos que ali preponderam e, portanto, interessado em soluções condizentes com eles, sendo *desinteressado*, então, somente no sentido de *imparcial*, superior a sentimentos pessoais (*infra*, n. 28.3). Daí as curiosidades que lhe é lícito satisfazer, em certa medida, por iniciativa própria (princípio inquisitivo): cf. Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, n. 77, pp. 200-202; Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria geral do processo*, n. 23, pp. 70-72. Calamandrei tem por processo inquisitório "um processo de partes, no qual prevaleça o princípio inquisitório: isto é, em que o juiz, embora tendo diante de si duas partes, seja desvinculado, para a busca da verdade, da iniciativa e dos acordos entre elas" ("Linee fondamentali del processo civile inquisitorio", n. 11, p. 160). Mas o fiorentino fala menos da escala-inquisitiva no processo civil moderno do que na distinção, em razão da matéria controvertida, entre processo dispositivo e processo inquisitório. Depois, que essa escalada inquisitorial seja sinal das tendências mais atuais, já não é sequer novidade: cf. *Teoria geral do processo*, n. 23, pp. 70-72; Barbosa Moreira sublinha que a iniciativa do processo continua reservada à parte, mas enumera os modos como no processo civil moderno o juiz é chamado a participar intensamente para a sua *direção formal* (cf. "A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo", IV, pp. 145-146); do mesmo autor, v. ainda "Tendências contemporâneas do direito processual civil", n. 3, p. 40. Na literatura brasileira mais moderna, tem-se a obra de José Roberto dos Santos Bedaque, inteiramente alinhada nessa idéia do juiz comprometido com o dever de fazer justiça no processo (*Poderes instrutórios do juiz*, 1991).

o sistema processual seja permeado dessa conotação, para que realmente apareça e funcione como *instrumento do Estado* para a realização de certos objetivos por ele traçados;⁹⁶ com o aspecto ético do processo não se compadece o seu abandono à sorte que as partes lhe derem, ou uma delas em detrimento da mais fraca, pois isso desvirtuaria os resultados do exercício de uma atividade puramente estatal e pública, que é a jurisdição.

Essa visão instrumentalista favorece e explica as preocupações com numerosos pontos onde o interesse público no efetivo e adequado exercício da jurisdição sobreleva aos individuais em conflito e onde se restringe ou minimiza o valor da autonomia da vontade, para que a de uma das partes não possa prejudicar indevidamente os interesses da outra.

Para a ilustração dessa tendência, além do crescente poder de iniciativa do processo pelo próprio Estado através do Ministério Público e da legitimação deste a intervir em nome do interesse público em causa, está aí em primeiro lugar a grande abertura para a participação do juiz na atividade instrutória. Não só a lei tende a dar-lhe expressamente esse poder (a Lei dos Juizados Especiais, o Código de Defesa do Consumidor e o próprio Código de Processo Civil), como ainda a consciência dos juizes vai-se amoldando a essa tendência publicista e instrumental: sem contar a grande dose de liberdade investigatória praticada pelo juiz penal, mesmo o civil tende a sair da indiferença instrutória, especialmente em causas relacionadas com o direito de família, onde maior é a projeção *ultra partes* dos efeitos da sentença e, portanto, menor a disponibilidade do direito substancial.⁹⁷

É essa *menor disponibilidade* que conduz também, em casos excepcionabilíssimos abrigados pelo direito brasileiro, ao necessário controle dos julgamentos de primeira instância pelos órgãos superiores, através da *devolução oficial*. E o Ministério Público, que não comparece como titular dos direitos e interesses substanciais em

96. Falar do processo como instrumento requer que se precisem os objetivos a serem alcançados mediante o seu emprego: v. *infra*, esp. n. 18. E os escopos situam-se no campo social, no político e no jurídico (cf. nn. ss.).

97. Relaciona-se com isso também a ausência do *efeito da revelia*, nas ações de separação judicial, divórcio e conversão daquela neste (cf. Dinamarco, "Separação judicial e divórcio", in *Fundamentos do processo civil moderno*, n. 268, esp. p. 408 (2ª ed.); v. também conclusão n. 76 do Simposio de Processo Civil - Curitiba, 1975).

conflito, não tem poder de disposição das situações jurídicas mais importantes, como a própria ação e o poder de recorrer (nem renúncia nem desistência). A indisponibilidade processual em virtude de específica razão de indisponibilidade do direito subjetivo material constitui ponto de grande aproximação instrumental do processo aos seus objetivos.

Além disso, há diversos pontos onde a *indisponibilidade* decorre da própria ordem pública do processo e do zelo pelo correto exercício da jurisdição: é o caso da competência e das nulidades absolutas, da repressão aos atos atentatórios à dignidade da Justiça, etc., que têm em comum a providência oficial do juiz em prol da manutenção das diretrizes institucionalmente desejadas, independentemente de provocação pela parte. O impulso oficial é também importantíssima regra publicista do processo e a tendência dos tribunais brasileiros é hoje no sentido de recomendar a sua prática pelos juizes.⁹⁸

Constituem ainda características publicistas de grande significado no direito processual moderno as exigências oriundas do plano político, mediante a garantia constitucionalmente outorgada a princípios inerentes à ordem processual. *Interest rei publice* a inafastabilidade do controle jurisdicional, sem a qual ficariam abaladas as bases do próprio modelo político consubstanciado no Estado-de-direito; a garantia constitucional da ampla defesa (com o seu desdobramento na regra *nulla pœna sine iudicio*) tem muito a ver com a liberdade pessoal, valor inalienável e indisponível cuja preservação contra moléstias ilegítimas constitui um dos esteios do pensamento democrático; o *devido processo legal* e a garantia do *juiz natural*, mais a exigência do *contraditório* e da economia em qualquer processo, são garantias entrelaçadas entre si de tal modo que a violação de uma delas atinge alguma das outras (ainda que indiretamente) e isso acaba por atingir

98. Isso acontece com boa frequência em casos em que os juizes de primeiro grau declaram extinto o processo sem julgamento do mérito, por abandono (CPC, art. 267, inc. III): a jurisprudência vem firmemente proclamando que, sendo do juiz o poder-dever de impulso processual (art. 262), só mesmo em casos onde a providência indevida seja indispensável para o prosseguimento do feito é que, presentes os requisitos legais, a extinção terá lugar; e isso quase só terá ocorrência quanto a ônus financeiros descumpridos pelo autor (não, porém, quanto ao adiantamento dos salários provisórios de peritos - *cf.* por todos, 1ª TACSP, 2ª C., ap. n. 275.774, j. 26.11.1980, rel. Rangel Dinamarco, v. u.; em doutrina., Araújo Cintra, "Abandono da causa", nn. 3-4, pp. 135-136).

ou a liberdade, ou algum outro direito substancial e, em qualquer hipótese, repercuta como limitação ao pleno acesso de todos à *ordem jurídica justa*. A instrumentalidade do processo à ordem político-constitucional é tão íntima, que o desvio das diretrizes processuais prestabelecidas e asseguradas constitucionalmente constitui perigoso caminho à violação de regras substanciais da própria Constituição. Daí o caráter público dessas exigências e a fiscalização *ex officio* da sua observância. E daí, também, a tutela penal do processo e a repressão de atos como o *atenhado* e o *contempt of court*.⁹⁹

A nota de publicidade do processo tem como causa imediata, resumidamente, a indisponibilidade de direitos; e, como reflexo funcional no processo, a sua inquisitividade. O *interesse público* transcendente aos limites objetivos e subjetivos do litígio é que fada à ineficácia a inércia das partes ou ato dispositivo de situações jurídico-processuais, pois do contrário esses comportamentos conduziram indiretamente ao sacrifício da sociedade interessada no resultado do pleito.¹⁰⁰

A publicização do direito processual é, pois, forte tendência metodológica da atualidade, alimentada pelo constitucionalismo que se

99. A *tutela penal* do processo constitui mais um nítido reflexo e uma demonstração dessa postura publicista, uma vez que só se concebe a tipificação penal de condutas que atinjam objetivamente jurídicas de interesse do Estado. Com esse espírito e para a estabilidade do sistema processual, reprimem-se condutas como a *autotutela* (exercício arbitrário do poder ou das próprias razões), *provocação indevida do exercício do poder* (denunciação caluniosa, comunicação falsa), *obices ao exercício da jurisdição ou insubmissão a ela* (reingresso de estrangeiro expulso, favorecimento pessoal ou real, violência ou fraude a arrematação etc.), *prejuízo à prova processual* (auto-acusação falsa, falsidade, sonegação de documentos), *coação, fraude* (CP, arts. 338, 341, 343, 344, 345, 347, 348, 349, 350, 356, 359 etc.) *atos prejudiciais à falência ou aos credores* - LF, arts. 168 ss.). Interessante notar que, embora a insolvência civil seja funcional e estruturalmente muito parecida com a falência e tenha objetivos semelhantes, inexistem crimes especificamente ligados a ela e ao seu processo. Sobre o tema, em geral, v. Antonio Greco, *La tutela penale del processo*; de Mario Pisani, *La tutela penale delle prove formate nel processo e Tutela penale e processo*.

100. Essas condutas são fadadas à ineficácia, em primeiro lugar porque o juiz é dotado, como agente estatal, do poder de conduzir o processo pelos rumos adequados; a ausência de preclusividade também concorre para a manutenção de situações jurídico-processuais cuja eliminação contraria a ordem pública (ex.: as condições da ação permanecem sujeitas a verificação pelos órgãos judiciários enquanto perdurar o processo, podendo ser proclamada a carência de ação a qualquer tempo).

implantou a fundo entre os processualistas contemporâneos; tanto quanto esse método, que em si constitui também uma tendência universal, ela remonta à firme tendência central no sentido de entender e tratar o processo como *instrumento* a serviço dos valores que são objeto das atenções da ordem jurídico-substancial.

CAPÍTULO II

A TEORIA GERAL DO PROCESSO

6. o papel da teoria geral do processo; 7. sua extensão metodologicamente útil (as diversas espécies de processos); 8. cont. (processo e poder).

6. o papel da teoria geral do processo

Assim como o direito processual constitucional, também a teoria geral do processo constitui uma postura metodológica de grande valia na revelação das linhas gerais do direito processual e da instrumentalidade do processo. Ainda incipiente e problemática quanto ao reconhecimento de sua própria legitimidade científica, ela não tem até hoje suas linhas bem definidas, nem o âmbito de sua abrangência.¹ Mas é significativo o seu poder de síntese indutiva do significa-

1. No Brasil, é conhecida a opinião de Vidigal, cético quanto à teoria geral do processo. Já em 1974, ao prefaciar o livro em que figuro como autor ao lado de Ada Pellegrini Grinover e Antonio Carlos de Araújo Cintra, destacou diversas dificuldades para a caracterização da lide no processo penal considerando *tarefa ingrata* a tentativa, que então fazíamos, de encontrar soluções no plano da teoria geral. Mas disse: "o fato inegável é que há inúmeras matérias que são comuns ao processo civil e ao processo penal" (v. *in Teoria geral do processo*, p. 4). Mais tarde, veio o Mestre a negar incisivamente a validade da teoria geral (sempre posta no plano exclusivamente jurisdicional, em suas considerações), a ponto de concluir: "é preciso abandonar de vez a tendência, que surgiu com Carnelutti e que muitos seguiram, de unificar o direito processual" (cf.: "Por que unificar o direito processual?", estudo que no título já revela a posição do autor). Liebman, por sua vez, sendo favorável à teoria geral do processo, manifesta temor pelas excessivas abstrações (v. nota 4). Neste estudo, há o cuidado recomendado por Liebman. Quanto ao pensamento de Vidigal, duas observações: a) também aqui, tanto quanto nas aulas que àquele tempo ministrei sobre a matéria no curso de pós-graduação na Faculdade, buscam-se conceitos e princípios gerais, sem se alvitrar a unidade legislativa (notas 2-3); b) não se busca a unidade de soluções (mesmo em sede doutrinária), mas de raciocínio e de estruturas teóricas (v. *infra*, n. 8, trecho que antecede a nota 43).

do e diretrizes do direito processual como um sistema de institutos, princípios e normas estruturados para o *exercício do poder* segundo determinados objetivos: passar dos campos particularizados do processo civil, trabalhista ou penal (e administrativo e legislativo e mesmo não estatal) à integração de todos eles em um só quadro e mediante uma só inserção no universo do direito é labor árduo e incipiente, que a teoria geral do processo se propõe a levar avante.

Teoria geral do processo é, nessa perspectiva, um *sistema de conceitos e princípios elevados ao grau máximo de generalização útil e condensados indutivamente a partir do confronto dos diversos ramos do direito processual*. Ela transcende a dogmática processual,² não lhe sendo própria a indagação ou formulação de regras, ou normas de direito positivo. Por isso mesmo, tende à universalização, superadas as limitações espaço-temporais do direito positivo.³ “Perder-se

2. Conforme aqui postulada, a teoria geral do processo é uma *disciplina problematizante*, construída a partir das conquistas já consolidadas nos diversos ramos do direito processual (inclusive, não-jurisdicional); *problematizante*, no sentido em que Celso Lafer se refere ao direito internacional público e filosofia do direito, a saber: disciplinas cuja função é o convite à dúvida e à reflexão (cfr. Lafer, *O Brasil e a crise mundial*, p. 39). Pretende-se, através da teoria geral do processo, organizar a realidade abrangente do processo segundo a perspectiva instrumentalista, ou seja, a partir de uma visão *externa*, dando realce, pois, à relação dialética de complementariedade existente entre ela e a ordem sócio-política e jurídico-substancial da sociedade. Aqui, como preconizado naquele precioso estudo, há o empenho em coordenar duas perspectivas do sistema processual, a interna e a externa: do conhecimento da mecânica do sistema e dos seus variados institutos, passa-se ao do mundo em que ele vive e do contexto axiológico a que deve servir, para depois então, já com a visão nítida do *telos* que lhe traz legitimidade, voltar aos institutos e compreendê-los melhor e saber como aprimorá-los. É uma postura crítica. Mediante ela e com as muitas incursões propostas à ciência política, tem-se algo inusual no estudo do processo, mas seguramente útil ao processo civil. Em vez de transgressões metodológicas, veja-se nessa tentativa a proposta de um *método transgressivo* adotado com plena consciência de suas dificuldades, mas também com muita esperança nos benefícios que pode trazer (as locuções grifadas são devidas a Boaventura de Souza Santos: cfr. “O Estado, o direito e a questão urbana”, introd., esp. p. 6).

3. Neste estudo e no modo como venho conduzindo as preocupações pela teoria geral do processo no curso de pós-graduação, inexistiu qualquer intuito de ordem legislativa. É como na visão de Elio Fazzalari, o qual vem buscando a unidade de conceitos e estruturas, ou “princípios comuns aos processos contemplados no nosso ordenamento, desde aqueles que realizam atividades fundamentais do Estado (jurisdição sobretudo, mas não só, sendo o processo empregado também para o cumprimento de outras tarefas: legislação, administração, jurisdição voluntária) até aqueles que correm entre particulares, no âmbito e para o fim do exercício da autonomia que o ordenamento lhes reconhece (inclusive os processos arbitrais)”;

no genérico e abstrato, a excessiva distância das experiências dos processos realmente existentes”,⁴ é risco inerente a essa colocação, o qual fica neutralizado, contudo, se a teoria geral for construída com realismo e como verdadeira *teoria*, ou seja, mediante a constante observação do real em suas manifestações fenomenológicas. A própria generalização inerente a cada ramo do direito processual (como, de resto, a toda ciência) já traz em si perigo dessa ordem, demandando o constante e minucioso cuidado do investigador, para que na formulação de conceitos e revelação de princípios não incida no erro de deixar resíduos não absorvidos, ou de ir além do núcleo comum e repetido em todas as parcelas da realidade examinadas,⁵ e é natural que esse perigo seja maior e cresça de ponto, ao longo da escalada para o grau maior de generalização. A teoria geral do processo, atenta a essa advertência, só será construtiva e útil na medida em que, além de ser fiel como síntese das conquistas de cada ramo processual, tiver aptidão a devolver a cada um deles os resultados de suas intuições e investigações.⁶

busca o que há de comum em todos, depois o que liga os processos jurisdicionais e os outros, passando aos princípios que regem os jurisdicionais e à visão interna do sistema (cfr. *Istituzioni di diritto processuale*, p. IX e *passim*). É, como pretendo que este estudo seja, uma visão eminentemente teórica do sistema processual. Em outra obra, Fazzalari põe em destaque a existência de codificações unificadas na Suécia (código único para o processo civil e o penal) e na Suíça (“lei uniforme para a execução singular e falência”) e as garantias constitucionais do processo, especialmente a do *due process of law*, que remontam à Constituição e prevalecem para todas as espécies de processo; refere “os esforços feitos pela doutrina austríaca pela formulação de regras uniformes” e diz de propostas avançadas na Itália (cfr. Fazzalari, verbete “Processo – teoria generale”, n. 10, p. 1.075). De sua parte, todavia, pretende mesmo é a unificação doutrinária, com a demonstração da “possibilidade e legitimidade teórica do emprego do módulo do processo fora do campo da jurisdição” (ib., n. 8, esp. p. 1.074). A diferença é que o professor de Roma põe o *Processo ao centro* do sistema e aqui propõe-se que ali se ponha a jurisdição (cfr. *infra*, n. 9). Ainda na Itália, há a obra de Dante Angelotti, sobre *Teoria generale del processo*, o qual no entanto declara expressamente “o intento de colocar os pressupostos teóricos para a unificação legislativa das normas processuais comuns em um *sistema legislativo unitário*” (n. 2, p. 4).

4. Cfr. Liebman, “recensione” a *Istituzioni di diritto processuale*, de Elio Fazzalari, esp. p. 464.

5. O cuidado pela *certeza dos resultados* e sua *adequação ao real* é inerente a toda ciência (cfr. Reale, *Filosofia do direito*, I, n. 16, p. 72) e os perigos de errar são inerentes a toda investigação científica, variando naturalmente o grau.

6. Cfr. n. s.; observa-se também que, embora aqui se propugne pela colocação da jurisdição e não do processo ao centro da teoria geral (*infra*, n. 9), mesmo as-

O melhor banco de prova de cada uma das formulações avançadas no plano da teoria geral é mesmo a experiência profissional com o processo e observação dos resultados a que conduz; mesmo em sede teórica, todavia, é válida e possível a antecipação dos resultados práticos, mediante prognósticos alcançados através do raciocínio dedutivo. Para ser segura e permanentemente fiel à indispensável postura teleológica que deve nortear o jurista, a teoria geral do processo há de coordenar generalizações indutivas com particularizações dedutivas. Lá, preponderância da sensibilidade, criatividade e cultura do investigador, que intui um conceito ou princípio em face da observação fenomenológica dos institutos e o põe adequadamente em frente à ordem legal, constitucional, internacional e mesmo filosófica, em busca de confirmação; cá, preponderância do raciocínio lógico para aplicação de conceitos e princípios em cada uma das áreas particularizadas; e, em todo o labor da teoria geral, a presença da preocupação teleológica voltada ao universo axiológico representativo da paz social e justiça substancial a que se coordena todo o sistema.

Concebida dessa maneira, a teoria geral do processo é “uma disciplina altamente teórica, voltada à indagação dos princípios comuns às várias figuras processuais”⁷ e a reconstruir, sobre bases sólidas, o edifício sistemático do direito processual como um todo harmonioso.⁸ No trabalho de síntese que lhe é próprio, ela já chegou

sim vai-se falando em teoria geral... do processo. É denominação já consagrada e não valia a pena discutir meras palavras (mas talvez fosse menos inadequado fazer como Sauer, que denominou sua obra de *Allgemeine Prozessrechtslehre* — Teoria geral do direito processual).

7. Cf. ainda Liebman, “recensione”, cit., p. 463.

8. Segundo Tarzia, são três as tendências observadas quanto ao modo de conduzir a teoria geral do processo: a) ensinamentos propedêuticos (tal é a disciplina ministrada desde 1972 no 2º ano do curso de bacharelado da Faculdade de Direito de São Paulo e assim também se coloca o livro *Teoria geral do processo*, em que figura como co-autor; assim também, a *Allgemeine Prozessrechtslehre* de Wilhelm Sauer e a *Teoria geral do processo*, de Enrique Véscevi); b) “disciplina altamente teórica” (como é o *Estudo crítico de teoria geral do processo*, a meu cargo no curso de pós-graduação a partir de 1978); c) generalizações voltadas ao resguardo do valor humano, no justo processo. Na realidade, a terceira tendência integra a segunda, pois é sempre uma disciplina voltada às generalizações teóricas e a (correta) visão política do processo, que propõe, não a caracterização como um *tertium genus*. Penetando no ensino universitário, Gelsi Bidart propõe o *ensino em conjunto*, mediante o *enfoque global* do direito processual como unidade qualquer que seja o ramo do direito substancial a que cada um dos ramos processuais se liga (“Enfoque global

a identificar a essência dogmática do direito processual, nos seus quatro institutos fundamentais (jurisdição, ação, defesa, processo), traçando o conceito de cada um e, acima disso, determinando as funções que desempenham no sistema; todo o corpo do direito processual como um todo e de cada um dos seus ramos em particular compõe-se em torno da estrutura representada pelo poder a ser exercido, pelas posições das pessoas interessadas e pelo modo com que esses complexos de situações jurídicas subjetivas se exteriorizam em atos coordenados aos objetivos preestabelecidos.⁹ Além disso, a teoria geral do processo vai também identificando e definindo os grandes princípios e garantias que coordenam e tutelam as posições dos sujeitos do processo e o modo de ser dos atos que legitimamente realizam ou podem realizar. Por fim, ela reúne e harmoniza os institutos os princípios e as garantias, compondo assim o sistema processual. A harmonia deste, como um todo dotado de unidade, é dada pela coordenação funcional entre os seus componentes a partir de uma definição teleológica preestabelecida. É inerente ao conceito de sistema a consciência dos objetivos que conferem unidade a ele próprio, na diversidade dos elementos que o integram. Daí o realce metodológico dado à instrumentalidade do processo no tempo pre-

de la enseñanza del derecho procesal”, esp. n. 10, p. 7); são alvítrios do professor uruguai para uma divisão diferente das unidades didáticas, mas sempre no plano acadêmico. A teoria geral de Sauer (*op. cit.*) gira em torno de três conceitos fundamentais, que são a relação jurídica processual (*Prozessrechtsverhältnis*), a ação (*Rechtsschutzanspruch*, “pretensão à tutela jurídica”) e os pressupostos processuais (*Prozessvoraussetzungen*). A nossa teoria geral do processo desenvolve-se, após noções preliminares, em torno dos quatro institutos fundamentais do direito processual (jurisdição, ação, defesa e processo), no plano da teoria geral e nessa linha, meu estudo “Os institutos fundamentais do direito processual”.

9. Aqui, o realce aos objetivos é uma tônica presente em todo o trabalho. Contudo, como antes já propusera, empenhado no método teleológico, porque convido do valor do fim no direito e dos méritos teóricos e práticos da integração da causa com o fim (cf. Camelutti, “Il diritto come antistoria?”, “Nuove riflessioni intorno al metodo” e *Metodologia del diritto*). De minha parte, referi e endossei essas expressões nos ensaios “Os institutos fundamentais do direito processual” e “Fraude contra credores alegada nos embargos de terceiro” (v. Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, I, n. 135 e II, n. 847). Estou empenhado na visão exterior do sistema processual (naturalmente, conjugada à perspectiva interna), que é eminentemente instrumentalista e sem a qual muito se pode explicar quanto ao processo que temos, mas pouco se pode perceber quanto aos rumos a serem dados ao sistema, para o seu aprimoramento.

sente, constituindo ela a expressão resumida dos objetivos de todo o sistema processual.¹⁰

Posta nesse patamar e vista por essa perspectiva, a teoria geral do processo assume o mister de manipular conceitos e fenômenos que vêm dos diversos ramos do direito processual, querendo chegar à essência de cada instituto, princípio ou garantia. Ela quer enxergar o essencial mediante o confronto entre as diversas manifestações setoriais de cada um e seu exame a partir dos parâmetros constitucionais e da visão dos objetivos preestabelecidos.¹¹

10. *Sistema* é vocábulo empregado, neste estudo, no sentido que lhe atribuem os filósofos, a saber: ordem complexa, dotada de estrutura interna e cujos elementos se diferenciam entre si mas se unificam pelos objetivos comuns (cfr: Tércio Sampaio Ferraz Jr., *Conceito de sistema no direito, passim* e esp. p. 129; Niklas Luhmann, *Legitimação pelo procedimento*, p. 53). O próprio sistema diferencia-se dos elementos exteriores e tem sua própria autonomia, mas isso não exclui os contatos extra-sistemáticos. "Diferenciação não quer dizer isolamento causal ou comunicativo" (Luhmann, *ib.*, p. 53). Com tudo isso, fica favorecida a postura teológica aqui preconizada, que é ao mesmo tempo postura instrumental. É que se preconiza o enfoque do processo como sistema *aberto*, ou *dependente* (cfr: Celso Lafer, *O Brasil e a crise mundial*, pp. 17-18), em que se têm em conta os momentos de inserção em sistemas mais abrangentes e, portanto, as destinações de todas as atividades processuais como um todo e a dimensão da tarefa a seu cargo. *Processo*, nesse sentido sistemático, não é, portanto, um dos institutos do direito processual, mas as próprias instituições processuais tomadas conjuntamente (é o sentido que acompanha o vocábulo na locução "teoria geral do processo").

11. À teoria geral do processo, aqui considerada, atribui-se âmbito bastante amplo, quase até ao ponto a que chega Elio Fazzalari (mas v. nm. ss.). Ela é mais do que uma teoria geral do processo civil, como a que procurei apresentar na tese "A execução na teoria geral do direito processual civil" (depois editada como *Execução civil*), mas constitui uma visão do geral a partir da perspectiva do direito processual civil, e destinada à melhor compreensão deste e dos seus problemas. A partir do cap. III, deixam-se de lado as considerações acerca do processo não-estatal e passa-se ao estudo da jurisdição no quadro do poder estatal; a parte II da tese, embora procure sempre soluções válidas no plano da teoria geral, é voltada às manifestações processuais civis dos problemas e fenômenos. O método, como se disse, é *transgressivo* (cfr. *supra*, n. 5, nota 74), na medida em que o trabalho se agita entre o jurídico e o político-social, o que não é usual; mas tem-se plena consciência das limitações do próprio método, que não aspira a precisões ou eliminações de superposições ou eventuais lacunas (especialmente no que toca aos escopos do sistema processual). Isso é natural quando se trata de ciências do pensamento e não da natureza, porque elas jamais poderiam qualificar-se como *exatas*. O que legitima a tentativa é a esperança de oferecer uma contribuição à melhor interpretação do sistema e das suas mazelas, para a percepção dos rumos que convém tomar. É "a questão de saber se, no caso concreto, o caminho é correto só pode porém ser resolvida ao se olhar para trás, do fim para o começo. Se o método trouxe clareza essencial ao que era apenas

7. sua extensão metodologicamente útil (as diversas espécies de processos)

A complexa diversidade de espécies de processos é responsável, como facilmente se compreende, pelo estado de desagregação metodológica no estudo de cada um, contra o qual se volta a teoria geral do processo. Sem esta, prevalecia a natural tendência a observar cada ramo processual em particular, como se fosse conceitual e metodologicamente isolado dos demais. Essa fragmentariedade é alimentada pelas origens diferentes que os diversos tipos de processos tiveram, evoluções distintas, ao que se soma o próprio caráter instrumental do processo, na medida em que, conferindo-lhe permeabilidade às influências do modo de ser do direito substancial posto à base da pretensão deduzida, induz a ter de cada processo uma visão associada aos parâmetros jurídico-substanciais do seu objeto; além disso, a construção diferenciada das diversas espécies de processos segundo a natureza jurídico-substancial do provimento pedido corre para fragmentar os conceitos e estruturas, até mesmo dentro do mesmo ramo do direito processual.¹²

vislumbrado, então era adequado" (cfr: Voegelin, *A nova ciência política*, pp. 19-20). Esse exame poderá ser feito quando, após o último item sobre a "efetividade do processo", chegar a opinião sobre a aptidão de todo o estudo a proporcionar a desejada visão sistemática, teleológica, instrumental e dinâmica do direito processual civil.

12. Fazzalari, em sua teoria geral, cuida somente dos processos integrantes do ordenamento estatal italiano; somente para que a informação seja completa, acrescenta "que o emprego do processo se observa também fora e/ou de modo independente do nosso ordenamento estatal" (partidos, sindicatos, associações esportivas, ordens profissionais e até mesmo microcosmos privados, além dos juízos "comerciais internacionais" - cfr: *Istituzioni di diritto processuale*, § 3º, p. 9). Diz Boaventura de Souza Santos, a propósito, que "os veículos tradicionais da práxis jurídica (normas gerais e universais, tribunais, garantias processuais etc.) são crescentemente enquadrados por uma multiplicidade de novos veículos (decisões e omissões singulares, arbitragens, negociações, programações, agências administrativas, empresas públicas etc.) cuja articulação com as formas jurídicas clássicas, sem deixar de existir, é, no entanto, bem remota". E continua: "a práxis jurídica e política do Estado estende-se a áreas e estruturas de ação social formalmente fora do Estado, dando origem a novas e complexas configurações jurídicas e políticas a que noutra lugar dei a designação geral de sociedade civil secundária" (cfr: "O Estado, o direito e a questão urbana", cap. I, n. 2, p. 21). Existem ainda formas menos perceptíveis de processos e decisões, no seio de entidades não estruturadas explicitamente em face do direito, como a família e as favelas.

Há processos *estatais* e *não-estatais*,¹³ conforme sirvam ao exercício do poder pelo Estado ou por outra entidade. Os processos *estatais* são *jurisdicionais* ou *não*, conforme se trate do exercício do conjunto de atividades a que se convencionou chamar *jurisdição*, ou de outra manifestação do poder estatal. Os processos *jurisdicionais* comportam duas ordens de divisões, a saber: pelo critério do fundamento jurídico-substancial da pretensão deduzida (*civil*, *penal*, *trabalhista*) ou a partir da natureza processual do provimento postulado (*cautelar* ou *principal*, subdividido este em *cognitivo* ou *executivo*). É natural, diante dessa complexa variedade de espécies, que haja diferenças mais ou menos sensíveis entre os processos e os seus fenômenos, com alguma tendência à desagragação metodológica.

Já no próprio âmbito do direito processual civil, é universal a atávica postura consistente em tratar o processo de conhecimento de modo diferenciado, como se entre ele, o executivo e o cautelar houvesse alguma razão para tão profundas distinções metodológicas (parece que o fato de cada um endereçar-se a um tipo de provimento, mediante procedimentos diferentes, cria a ilusão de sua plena autonomia metodológica e conceitual).¹⁴

Entre o processo civil e o penal existem diferenças decorrentes do trato com valores diferentes, sendo constante neste a tensão representada pelo binômio liberdade-repressão, com intensa indisponibilidade do *jus puniendi*, do *status libertatis*, da ação, da defesa e das mais importantes situações jurídico-substanciais.¹⁵ Afóra isso

13. Cf. Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, § 2º, p. 7: são processos *estatais* os *jurisdicionais*, os de *jurisdição* voluntária, os da administração pública e os *legislativos* (Fazzalari não assimila a *jurisdição* voluntária na função administrativa). Alhures diz: "se o processo é o modelo eletivo das atividades *jurisdicionais*, estas últimas não lhe detêm a exclusividade" ("Processo - teoria generale", n. 1, p. 1.068). O processo *jurisdicional*, diz, é o *processo por autonomia* (*ib.*, p. 1.069). Do plano da sociologia vem a observação da existência de "procedimentos que conseguiram uma importância especial, estruturalmente decisivos nos sistemas políticos atuais: o procedimento da eleição política, o procedimento parlamentar da legislação e o processo judicial" (Luhmann, *Legitimação pelo procedimento*, p. 18).

14. Fiz há muitos anos a crítica dessa postura: cf. Dinamarco, *Execução civil*, 1ª ed., 1973, *passim*.

15. Mas também o processo penal comporta, se não exige, tratamento no plano científico e geral, sendo lamentáveis os posicionamentos ainda existentes no seu trato, como se fora algo empírico e rebelde à teoria geral. As garantias constitucionais do processo são explicitamente direcionadas a ele, se não fora por outras

e a maior permeabilidade do processo penal aos mutantes interesses de grupos politicamente dominantes nos Estados autoritários (os processos do Santo Ofício, as tristes experiências européias-continentalistas deste século, a repressão ideológica nos países socialistas, as freqüentes oscilações de poder em terras ibero-americanas), ele é ainda marcado por diferenças históricas profundas e procedimentos bastante peculiares. Tantas diferenças trazem consigo a (falsa) impressão de tratar-se de disciplina assente em fundamento diverso e voltada a escopo distinto dos que tem o processo civil.

Mais significativas ainda são, naturalmente, as diferenças entre o processo *jurisdicional* e o *não-jurisdicional*. Não-obstante as diferenças apontadas, todas as subespécies do primeiro apresentam certas notas comuns que se caracterizam e distinguem de modo muito significativo, dando unidade ao bloco todo; a inércia da *jurisdição* e conseqüente valor da ação e suas condições, a pretensão deduzida como objeto do processo, as partes em oposição e sua sujeição ao juiz, o dever de imparcialidade deste - mais uma série de garantias voltadas a esses mesmos valores e a outros que são inerentes ao exercício da *jurisdição* no Estado-de-direito. Não é que cada uma dessas notas seja rigorosamente exclusiva do processo *jurisdicional*, nem que todo processo *não-jurisdicional*, se afaste delas com a mesma intensidade. Dentre os processos administrativos, que igualmente constituem canal para exercício do poder estatal, há os que mais se aproximam do *jurisdicional*, em suas formas e garantias (notadamente o processo disciplinar). Resta sempre, todavia, o valor conceitual e metodológico decorrente da diferença entre a função *jurisdicional* e as outras *estatais*. O processo administrativo não é necessariamente caracterizado ou regido pela inércia do órgão que o conduz, nem pela existência de pessoas em posições conflitantes e sob a autoridade do Estado como diretor imparcial das atividades de todos, *desinteressado* do resultado que vier.¹⁶ Quando o processo

razões, só por aí haveria uma ponte de ligação ao sistema processual geral (cf. Fazzalari, "Processo - teoria generale", n. 10, p. 1.075). Os estudos bastante conhecidos dos processual-constitucionalistas são outra demonstração dessa docilidade do processo penal.

16. Do processo administrativo, apesar das diferenças, notável teorização tem-se em estudo de Feliciano Benvenuti, "Funzione amministrativa, procedimento, processo"; daí veio a idéia talvez mais fecunda para a teoria moderna do processo, em que me apoiiei em tese anterior (*Execução civil*, n. 90, pp. 129-130).

não-jurisdicional considerado é o legislativo, maiores ainda são as diferenças, inclusive em razão do procedimento, que muito se afasta do administrativo e do jurisdicional.¹⁷

Mais além e fora do âmbito das atividades estatais estão aquelas realizadas pelas chamadas *entidades intermediárias* (partidos políticos, sindicatos, associações de toda ordem, sociedades civis e comerciais),¹⁸ as quais *exercem poder* sobre as pessoas filiadas, mas obviamente poder distinto do estatal. Aqui, falham as notas mais intimamente ligadas aos atos e procedimentos do Estado, quais sejam a *inevitabilidade* (o poder estatal é exercido sem prévio acordo de vontades entre os litigantes e não há como furtar-se à eficácia imperativa do processo) e a *soberania* (os resultados do processo estatal não são revisíveis por entidade superior à fonte de poder que

Na linha de tudo quanto vem sendo dito neste capítulo (v. também *infra*, n. 16), não se tem *mero* procedimento administrativo, mas autêntico processo, sempre que realizado em contraditório: (cfr. Cretella Jr., *Manual de direito administrativo*, n. 304, pp. 327-328). Ainda entre os administrativistas, vejamos-se as críticas de Alberto Xavier ao "conceito restrito de processo"; sustenta a *noção ampla*, opõe ressalva à grande extensão dada por Sandulli ao conceito de processo (toda sucessão de atos coordenados à produção de algum efeito jurídico) e conclui definindo processo como: "sucessão ordenada de formalidades tendentes à formação ou à execução de uma vontade funcional" (nn. 1-2, pp. 7 ss., esp. p. 21). Nisso e na afirmação do "processo como fenômeno geral do direito" ("os processos e as funções do Estado") reside um critério substancialmente coincidente com este que aqui se aceita, conforme no texto se verá (aos extremos postulados por Aldo M. Sandulli e criticados por Alberto Xavier chegou Fazzalari, aqui criticado nessa medida). O conceito amplo aqui postulado não permite, no entanto, que se aceite o posicionamento de Hely Lopes Meirelles, dizendo que "todos os órgãos e Poderes têm e exercem *jurisdição* nos limites de sua competência institucional, quando aplicam o Direito e decidem controvérsia sujeita à sua apreciação. Privativa do Judiciário é somente a *decisão judicial*, que faz coisa julgada em sentido formal e material, *erga omnes*"; "a *decisão judicial é espécie do gênero jurisdição*" (cfr. *Direito administrativo brasileiro*, p. 691, nota 31). Dispensada a crítica quanto a essa suposta autoridade *erga omnes* (discrepante dos ensinamentos gerais e do direito positivo: CPC, art. 472), as idéias do ilustre administrativista partem de um conceito diferente de *jurisdição*, talvez dando-lhe a mesma amplitude do vocábulo "poder", ou talvez reduzindo ambos à sinonímia. Que haja *processo administrativo* e não somente meros procedimentos, sim; que seja jurisdicional, não.

17. Luhmann, *Legitimação pelo procedimento*, pp. 17-18; as diferenças de procedimento refletem somente, no entanto, o juízo do legislador sobre a forma e intensidade de participação do próprio agente do poder e das pessoas interessadas (contraditório): v. *infra*, n. 16.

18. Cfr. *supra*, nota 12.

os impõe)¹⁹ — predicaos exclusivos do poder estatal. Além disso e a partir dessa premissa, a ordem processual, nesses casos, tende à fragmentariedade, dado que em boa parte se apóia no estatuto de cada uma das entidades consideradas.

No extremo oposto àquele em que se coloca o processo jurisdicional, está a disciplina dos *negócios jurídicos*, com o seu estatuto formal e o das formas que os antecedem. Ainda que fosse lícito incluir tais atividades no conceito de *processo*, é tão grande a distância conceitual e funcional entre elas e as que caracterizam o processo jurisdicional, que, ao cultor do processo civil, tamanha amplitude da teoria geral acabaria por minar a sua utilidade metodológica. Nesses *processos*, a imensa distinção constitui desdobramento da ausência do exercício do poder, pois o que ali se dá é a auto-regulação de interesses, a cargo dos próprios sujeitos que serão atingidos diretamente pela eficácia programada do ato e justificada pela *autonomia da vontade*.²⁰

8. cont. (processo e poder)

O que caracteriza fundamentalmente o *processo* é a celebração *contraditória* do procedimento, assegurada a participação dos interessados mediante exercício das faculdades e poderes integrantes da relação jurídica processual.²¹ A observância do procedimento em si próprio e dos níveis constitucionalmente satisfatórios de participação efetiva e equilibrada, segundo a generosa cláusula *due process of law*, é que legitima o ato final do processo, vinculativo dos participantes.²² Aceita essa premissa, seria lícito ver *processo* não só quando se tem na extremidade do procedimento o *provimento* (ou seja, ato imperativo: estatal ou não), mas ainda no caso do *negócio*

19. Cfr. *supra*, n. 5, esp. nota 74. *Soberania* não é empregada como sinônimo de poder, mas como um atributo do poder estatal (cfr. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, cap. XIV, p. 327: a soberania entre as *propriedades do poder do Estado*).

20. O único que haveria, nesses *processos*, a indicar a presença do *processo* seria a existência de alguma estrutura formal. Muito pouco, porém, para a integração no sistema processual. Dá a restrição, aqui contida e no tópico seguinte (n. 8), aos extremos a que chega Elio Fazzalari.

21. Cfr. Elio Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, esp. p. 29; Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, I, n. 145; v. *infra*, n. 16.

22. É a *legitimação pelo procedimento*: v. *infra*, n. 16 (sobre a legitimação e legitimidade do poder em si mesmo, *infra*, n. 17).

jurídico: em ambas as hipóteses, o ato vincutivo das partes é precedido de procedimento que inclui sua participação.

Ora, a teoria geral do processo propõe-se a colher os elementos da diversidade representada pelas variadas espécies de processos e reduzi-los à unidade, em uma escalada que principia com a sistematização de determinado ramo do direito processual (v.g., direito processual civil) e tende à universalização. A preocupação pela unidade metodológica é signo de maturidade científica. Mas é indispensável definir os limites da síntese útil, sem chegar a extremos de generalização dos quais nada de proveitoso possa retornar a cada ramo do processo: a exagerada extensão dos conceitos e princípios seria propícia à diluição da força de agregação, que cada qual tem, como elemento retor de institutos e critério interpretativo de disposições endereçadas ao objetivo eleito.²³ A teoria geral do processo, vista pelo estudioso do processo civil, só é metodologicamente válida na medida em que sirva de apoio a soluções seguras em processo civil.

A mais adequada perspectiva para medir essa desejada utilidade é seguramente o confronto entre as diversas espécies de processos, com atenção ao descompasso existente entre elas, no tempo, no ritmo e no estágio atual de seu desenvolvimento científico, sabendo-se que, de todos os modelos processuais considerados, o que teve mais intenso progresso é o *processo civil de conhecimento*.

Progridiu mais cedo e melhor que a execução civil,²⁴ até mesmo porque lhe teve precedência cronológica como atividade processual.

23. As restrições postas no texto constituem atendimento à severa advertência de Liebman contra as excessivas abstrações, que trazem consigo o risco da esterilidade: v. *supra*, n. 6, nota 7.

24. Sobre a precedência cronológica da cognição sobre a execução, tendo-se por *juris-dictio* somente o poder referente ao *judicium* (*jurisdictio in sola notione consistit*), cf. Dinamarco, *Execução civil*, n. 5, esp. p. 37, texto e nota 15; m. 115-116, pp. 198-202. E, depois de séculos de sincretismo, foi o processo de conhecimento que se tornou alvo das atenções dos juristas que promoveram os novos estudos processuais a partir de meados do século passado: todos os princípios e construções (a dizer a verdade, até hoje) costumam ser submetidos, se não com exclusividade, pelo menos de modo muito preponderante, ao banco-de-prova consistente no exame do seu comportamento na cognição e não *in executivis* (cf. ainda aquela minha tese anterior, "premissas", pp. 23 ss.). E o Código de Processo Civil brasileiro, não obstante a elevação do nível em que colocado, relegou a execução a esse mesmo

A execução não costuma ser tratada pelo mesmo método nem sequer mediante a mesma linguagem que a cognição, o que dá até a impressão de tratar-se de outra disciplina jurídica, sujeita a outros conceitos e colocações metodológicas diversas; raciocinam assim, certamente, porque nela não se tem o julgamento do mérito, nem atividade cognitiva ou instrução probatória significativa, nem coisa julgada — o que tem desviado os autores do exame *in executivis* das grandes estruturas doutrinárias do direito processual civil, erigidas à vista das atividades e situações inerentes ao processo de conhecimento.

Muito menor que o do processo de conhecimento é também o progresso do cautelar no contexto internacional da ciência do processo: só em tempos recentes se vem tomando consciência de sua individualidade como processo, da individualidade e características do provimento cautelar, seus objetivos específicos, etc. (o Código de Processo Civil brasileiro é louvável pelo pioneirismo na colocação sistemática da cautelaridade, em livro específico e com a tentativa de disciplina orgânica dos fenômenos relacionados com ela).²⁵ Assim como da execução é usual dizer que está sujeita a dois pressupostos específicos (título e inadimplemento), das medidas cautelares tradicionalmente se afirma que dependem do *fumus boni juris* e *periculum in mora*; e até ao tempo presente não se estabeleceu com segurança o enquadramento sistemático desses requisitos entre as condições da ação ou como pontos ligados ao mérito²⁶ nem se pacificou plano, tratando-se como se não pertencesse ao sistema do processo civil globalmente considerado, mas fosse um sistema em si mesma, diferente daquele.

25. O nosso Código tratou a matéria de modo ímpar, não fazendo como o *italiano* (que cuida das medidas cautelares entre os procedimentos especiais), nem como o *português* (entre os dispositivos genéricos sobre o processo), o *francês* (medidas isoladas, sem organicidade) ou o *alemão* (seqüestro tratado isoladamente); ditou de modo explícito o *poder geral de cautela*, estabeleceu medidas típicas e procedimentos específicos (ao lado do procedimento cautelar básico), trazendo regras suficientemente claras sobre competência, caráter preparatório ou incidente, etc. (cf., por todos, Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, I, m. 206-212, pp. 345 ss. — 2ª ed.).

26. Em *prefácio* à monografia de Sydney Sanches (*Poder cautelar geral do juiz*), manifestei minha dúvida a propósito, com a *suspeita* "de ser concreta a ação cautelar, tendo por condições precisamente os requisitos para a sua concessão" (cf. p. XVII); ao monografista parecia que se trata de requisitos ligados ao mérito do processo cautelar (cf. cap. XI, pp. 38-41). A doutrina é extremamente variada, a respeito.

a doutrina quanto à existência ou inexistência do direito substancial à cautela²⁷ nem está definido o mérito dos processos cautelares.

O processo civil progrediu cientificamente muito mais que o penal, já menos desenvolvido e alvo de menos intenso interesse nas origens romanas. Como sistema de restrições ao exercício da representação pelo Estado, o processo penal sofreu abrandamentos humanitários com o Iluminismo, mas nem por isso sua ciência obteve então significativos progressos. Só vai tomando feição verdadeiramente científica nas últimas décadas, mercê do trabalho e investigações que se processam no plano do direito processual constitucional e teoria geral do processo.²⁸

27. Disse Allorio, defensor da tese da existência desse direito substancial à cautela, que a "qualificação *cautelare*, aposta ao vocábulo *processo*, está a indicar não tanto a forma (a ação), quanto o conteúdo, ou seja, a pretensão que se faz valer, o direito substancial afirmado" (da mesma maneira como se fala em processo de reivindicação, ou de servidão - *cf.*: "Per una nozione del processo cautelare", p. 18). O estudo de Lancelotti constitui ponto de partida para a sistematização da tutela cautelar pelo aspecto exclusivamente processual (passo no sentido do superamento da idéia de tratar-se de institutos de direito substancial - *cf.*: "Osservazioni critiche intorno all'autonomia processuale della tutela cautelare", p. 232). Depois da obra clássica de Calamandrei (*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelare*), pode-se perceber com clareza que, apesar da sua instrumentalidade (eventual), os provimentos cautelares (e assim o processo cautelar) gozam de autonomia conceitual e funcional. Mesmo negando-se a existência de direito substancial à cautela, todavia, isso não implica negar também a existência do mérito, nos processos cautelares: mérito é simplesmente a *pretensão deduzida* em um processo (Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, I, n. 159), pouco importando que a pretensão se apóie em fundamentos de direito substancial ou processual (ex.: ação rescisória), ou se o processo se destina a produzir efeitos sobre a vida comum dos seus sujeitos em relação na sociedade, ou meros efeitos sobre outro processo. Mas essas idéias não são ainda muito claras, nem reina acordo em torno delas, o que constitui, como no texto se quis dizer, sinal do menor desenvolvimento da teoria processual em sede de cautelaridade.

28. No Brasil, foi pioneira a iniciativa de José Frederico Marques, especialmente em seus *Elementos de direito processual penal*; *cf.*: ainda a obra de Ada Pellegrini Grinover, seja nos estudos ora reunidos nos dois volumes denominados *O processo em sua unidade*, seja nas monografias *Condições da ação penal* e *Eficácia e autoridade da sentença penal*, ou na tese vitoriosa *Liberdades públicas e processo penal*. Também Tourinho manifesta essa orientação unitária nas sucessivas edições do seu *Processo penal*, tanto quanto Tornaghi, que o fez ao escrever *A relação processual penal* e, depois, nas suas *Instituições de processo penal* (com precioso relato da polémica entre Windscheid e Muther: *cf.*: a propósito, meu *Fundamentos do processo civil moderno*, I, n. 141). Do crescente interesse pelo processo penal incluído na teoria geral do processo, e portanto estudado sobre bases científicas, constitui

Apesar das distinções, que são muitas, têm-se em todos os setores do direito processual civil e penal as mesmas características essenciais relevantes para a tentativa unificadora, resumidas na *disciplina da jurisdição e seu exercício pelas formas do processo legalmente instituídas e mediante a participação dos interessados*.²⁹ Tal é o direito processual jurisdicional. Foi em seu domínio que se desenvolveram os principais conceitos e estruturas de natureza processual, inclusive o de *processo* mesmo, que tem no processo jurisdicional o seu *arquetipo*. Falar *processo*, por antonomásia, é referir-se ao modo mais importante e evoluído de todos os processos, ou seja, ao de carga jurisdicional.³⁰

Nem é antigo, na doutrina, o emprego do vocábulo *processo*, fora do âmbito do direito processual *stricto sensu*. O mais usual é reservá-lo para designar o processo jurisdicional. O processualista tem o hábito de considerá-lo exclusividade sua, deixando à jurisdição voluntária e ao direito administrativo, não sem desdém, o uso do nome *procedimento* (freqüentemente acompanhado do adjetivo *mero*: *mero procedimento*), como se o processo não fosse também, antes de tudo e substancialmente, um procedimento.³¹ Curiosamente, é do direito administrativo que veio a mais clara das idéias acerca

sólida documentação a seleção de julgados contida no volume *O processo constitucional em marcha*, organizado e apresentado por Ada Pellegrini Grinover. Para a visão integrada do processo jurisdicional na teoria geral, v. ainda Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria geral do processo, passim*.

29. Como se vê, a jurisdição é posta ao centro da teoria do *processo* (ou seja, do direito processual): v. cap. seg. No conceito proposto tem-se a indicação dos elementos fundamentais a saber: a) a jurisdição ao centro; b) seu exercício mediante as formas do processo (*due process of law*); c) a participação dos interessados (participação, aqui, no sentido mais amplo possível: princípio da demanda, contraditório, acesso aos graus superiores da jurisdição, etc.). Sobre os *institutos fundamentais do direito processual*, v. *supra*, cap. I, nota 5. Entre os "conceitos e estruturas" referidos a seguir no texto está toda a construção do direito processual, em torno dos seus institutos fundamentais (com isso, lá se contém a disciplina da competência, condições da ação, princípio da demanda e correlação entre sentença e esta, *ius exceptionis*, procedimentos, prova, recursos, etc.). Toma-se o cuidado, porém, de distinguir o *direito processual constitucional*, que como sistema normativo não existe (existem os diversos ramos, no ordenamento positivo), da *teoria geral do processo*, que é a condensação de conceitos e princípios colhidos na teoria de cada ramo, processual em particular.

30. *Cf.*: Fazzalari, "Processo - teoria generale", n. 1, esp. p. 1.069.

31. *Cf.* *infra*, n. 16.

do conceito de processo, hoje alvo de crescente aceitação na doutrina dos processualistas: procedimento com participação dos sujeitos interessados (ou seja, daqueles que receberão a eficácia direta do ato final esperado), eis o conceito de processo na ciência moderna.³²

Na realidade, porém, a teoria do processo administrativo tem desenvolvido muito mais recente que a do processo civil, existindo ainda a consciência generalizada e percepção inteiramente assimilada da distinção entre o plano substancial e o processual das normas, institutos e fenômenos administrativos. Tanto quanto o processo jurisdicional nos albos de sua vivência no plano científico na segunda metade do século passado, ele vive ainda com fortes sinais de sincretismo em face do direito administrativo substancial³³ (não é como o processo civil de hoje, cujas indevidas ligações ao direito privado reduzem-se à condição de resíduos sem grande espectro). Certamente, o fato de não se referir ao exercício da jurisdição é inibidor do estudo do processo administrativo segundo os parâmetros e estruturas conquistadas pela teoria do processo jurisdicional e especialmente do processo civil, tecnicamente avançadíssima (não o faz o processualista, viciado em desdenhá-lo; nem o administrativista, formado em outro clima, raciocinando segundo outros parâmetros e estruturas). Além disso, tradicionalmente arredo a codificações, o direito administrativo distribui-se, em cada país, entre os ordenamentos de numerosos centros de poder, nem todos capazes de elaborações a bom nível de qualidade: no Brasil, república federal, têm-se estatutos administrativos nos planos federal, estadual e municipal e em sede de Administração central e suas emanções, o que resulta em milhares de processos independentes e na inevitável heterogeneidade. Essa fragmentação também inibe muito a visão do processo administrativo na unidade de uma teoria geral.³⁴

32. Cf. Benvenuti, "Funzione amministrativa, procedimento, processo", *passim*; é a tese que aceitei e desenvolvi em minha *Execução civil* (cf. n. 10, pp. 85 ss.).

33. Todo curso de direito administrativo é, em grande parte, curso de processo administrativo. Mesmo assim, nos currículos universitários inexistem separações e a matéria processual administrativa é ministrada em íntimo sincretismo com o direito substancial administrativo.

34. Na doutrina administrativa, a tendência moderna parece ser no sentido de apoiar a idéia de uma codificação, como a contida no *Código Administrativo português*: cf. Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, pp. 37 ss. A propósito, disse Cretella Jr.: "que diriam os civilistas se, em vez do consagrado Có-

À medida que a atenção dos administrativistas passou a voltar-se à existência desse processo e à sua problemática, descobrindo e definindo princípios, a escalada para o patamar mais elevado de abstração foi *pari passu* inaugurada. Depois, no trato da teoria geral os próprios processualistas civis passaram a interessar-se pelo processo administrativo seriamente e hoje não é mais lícito negar a sua inserção na teoria geral do processo. O *poder*³⁵ exercido pela Administração através dele é o mesmo poder que os juízes exercem *sub specie jurisdictionis*, tendo-se verdadeiro processo estadual lá e cá: "se o processo é o modelo eletivo das atividades jurisdicionais, estas não lhe detêm a exclusividade".³⁶ E o sistema processual administrativo, no Estado-de-direito, regido por garantias e grandes princípios constitucionalmente instalados, inclui a limitação do exercício do poder, definidos os seus limites em uma ordem de legalidade que assegura a prevalência da cláusula *due process of law*; existem formas institucionais nos procedimentos administrativos, que não podem negar a participação do interessado (ou interessados), nem o respeito à igualdade quando pertinente (v.g., licitações públicas), nem a ampla defesa (processo disciplinar). Tais e tantos pontos comuns, entre os muitos que marcam a analogia com o processo jurisdicional, impõem que se inclua o direito processual administrativo na teoria geral do processo (modalidade *processo estatal não-jurisdicional*).

Inclui-se também o *processo legislativo*, se bem guarde ele menos semelhanças que o administrativo com os clássicos modelos de processo desenvolvidos em sede jurisdicional. O procedimento, em si mesmo, na definição de atos e sua sucessão diferente do que se dá em outras áreas, é o que menos importa. O certo é que, no processo legislativo em regime democrático e constitucional, há procedimentos a serem observados, com a marca da legalidade e participação dos interessados, entendendo-se que ao legiferar a maioria exerce o *poder estatal*; a abertura à *participação do povo* no processo legislativo Civil, tivéssemos tão-somente algumas dezenas de regulamentos, de estatutos, de decretos que regulassem as infinitas relações jurídicas dos cidadãos?" (cf. *Da codificação do direito administrativo*, n. 63, p. 116).

35. Cf. Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale, passim* e esp. pp. 277 ss. (capítulo específico: "I processi amministrativi"); cf. ainda a monografia de Alberto Xavier, *Do procedimento administrativo, passim*.

36. Cf. Fazzalari, "Processo - teoria generale", n. 1, p. 1.068.

tivo através dos representantes é a norma que legitima essa espécie de processo estatal não-jurisdiccional.³⁷

Em um conceito mais amplo que o de processo jurisdiccional, direito processual estatal é a *disciplina do exercício do poder estatal pelas formas do processo legalmente instituídas e mediante a participação do interessado, ou interessados*.

Fora do âmbito estatal estão, em primeiro lugar, as atividades das entidades intermediárias. A fragmentariedade da disciplina dessas atividades torna-a ardua a uma visão unitária, de princípios e regras gerais ou mesmo de semelhanças no procedimento. Além disso, a subordinação dos estatutos não-estatais ao estatal, sem soberania nem inevitabilidade, limita consideravelmente o poder dessas entidades sobre as pessoas filiadas, faltando-lhe coercibilidade e definitividade das decisões e naturalmente não sendo legítimas as que contrariam o direito do Estado, ainda que conformes com o estatuto.³⁸

Tudo isso concorre para afastar dos modelos clássicos de processo, ainda mais, as atividades das entidades intermediárias. Mas o que elas realizam, através das atividades ordenadas segundo o estatuto e a lei com vista à tomada de deliberações, é também processo. Há o procedimento estatutário, suprido e superiormente comandado por regras do direito estatal; o modelo procedimental há de ser cumprido adequadamente em cada caso, com a participação do interessado (ou interessados), sob pena de invalidade. Vêm à tona, com isso, os grandes princípios de direito processual, como o da defesa, igualmente quando for o caso, devido processo legal *etc.*, mais as estruturas processuais da competência, instrução, nulidades, *etc.* Existe, pois, processo. E existe, na medida objetiva da subordinação ao ordenamento estatal e controle externo pelo Estado, e na medida subjetiva da condição de filiado, autêntico exercício de poder sobre este. As atividades das entidades intermediárias constituem *processo*, pois, merecendo inclusão também na sua teoria geral.³⁹

37. Cfr. Luhmann, *Legitimação pelo procedimento*, esp. pp. 19 e 23 e 145-162.

38. É essencial a toda sociedade a presença do poder, ainda que seja poder não-dominante, como nas chamadas *entidades intermediárias* (cfr. Dallari, *Elementos de teoria geral do Estado*, n. 54, esp. p. 97; n. 69, esp. p. 117). "A característica principal do poder não-dominante é que não dispõe de força para obrigar com seus próprios meios à execução de suas ordens" (p. 97).

39. "Quem voltar os olhos aos múltiplos grupos que gravitam na órbita da comunidade estatal perceberá logo sua tendência a organizar, no próprio seio e para os

Até aqui, o campo de abrangência metodologicamente legítima de uma teoria geral do processo útil aos diversos ramos do direito processual, nela incluídos. A exclusão dos *processos* ligados aos *negócios jurídicos* corresponde ao intuito instrumentalista que está à base de todo esse esforço de síntese indutiva, inerente à teoria geral. O valor desta, como ficou dito, reside na capacidade, que tenha, de iluminar cada um dos campos em particular, com a segurança de princípios e conceitos examinados e comprovados a partir das diversas manifestações particularizadas. Ela quer a unidade de um conjunto de garantias e princípios uniformemente interpretados (inclusive no plano constitucional), mais um sistema de institutos distribuídos segundo uma estrutura comum e homogeneidade conceitual.⁴⁰

Não se trata de *massificar* o direito processual, em suas manifestações jurisdicionais ou não, estatais ou não. A teoria geral do processo não passam despercebidas as diferenças existentes entre os diversos ramos, que são independentes a partir do ponto de inserção no tronco comum. Mas a seiva que vem do tronco é uma só, é o *poder*, a alimentar todos os ramos. Embora cada um deles tome a sua direção, nunca deixará de ser um ramo da árvore do processo.

seus próprios membros, alguma forma de justiça, ainda que rudimentar" (Fazzalari, *Istituzioni*, cit., § 3º, p. 9). Sem falar do direito "inoficial", de geração mais ou menos espontânea (cfr. Tércio Sampaio Ferraz Jr., "O oficial e o inoficial"), basta recordar o processo dos partidos políticos, sindicatos, sociedades mercantis, associações de toda ordem, *etc.* De muito interesse são as decisões da *justiça esportiva*, seja quando tomadas por árbitros ou por entidades instituídas para a organização do esporte; seja em matéria puramente esportiva (relacionada com as competições e seu resultado), seja trabalhista (no Brasil, v. lei n. 6.354, de 2.9.1975, art. 2º, c/c Const., art. 5º, inc. XXXV: prévio exaurimento das instâncias esportivas, como re-*La giustizia sportiva*, pp. 1-6). Essas formações todas, que se inserem no quadro dos *equivalentes jurisdicionais*, ou *soluções* alternativas mediante as quais se obtém solução para os litígios sem o exercício da jurisdição (v. *infra*, n. 36) trazem consigo a idéia de um *pluralismo jurídico*, caracterizado pela existência de ordenamentos jurídicos inferiores ao estatal, ou seja, portadores de graus inferiores de positividade (fala Reale da "estabilidade do direito": cfr. *Teoria do direito e do Estado*, p. 225).

40. Os fundamentos constitucionais do processo (v. *supra*, n. 2) e a maneira como se entrelaçam seus institutos fundamentais dão o contexto da teoria geral. A inexistência de *ação* fora do contexto jurisdiccional não infirma essa colocação, porque o que há de comum é tanto e tão significativo que a estrutura de raciocínio em torno dos demais processos continua sendo a mesma (garantias, competência, procedimento *etc.*).

Nem pode afastar-se tanto que dê a impressão de isolar-se do sistema. Assim, há uma unidade nos grandes princípios, no entendimento das garantias constitucionais do processo, na estrutura e interação funcional dos institutos fundamentais, sem que com isso exijam soluções igualladas em todos os setores.

Costuma ser dito por exemplo, não sem uma boa dose de empirismo, que as condições da ação executiva são o inadimplemento e o título executivo; mas, em uma visão unitária, descobre-se que o título é fator de integração do interesse de agir, como condição desta, tanto como de outra qualquer ação. Não é que o preenchimento dessa condição da ação deva dar-se, *in executivis*, pelo mesmo modo que se dá na cognição; basta que se saiba ver nos fenômenos executivos a projeção dos grandes esquemas que, por desvio ótico, foram traçados com vistas postas exclusivamente nas atividades referentes ao conhecimento.⁴¹

Outro exemplo: a coisa julgada. No processo civil, ela é suscetível de infringência pela via da ação rescisória, quer se trate de sentença que acolhera ou rejeitara a demanda. E a ação rescisória ainda é marcada pela excepcionalidade, sendo juridicamente admissível somente nos casos tipificados em lei e pelo biênio nela estabelecido. No criminal, inexistente rescisão de sentença absolutória (a chamada *revisão pro societate*) e a condenatória passada em julgado é sempre suscetível de revisão, sem limitação temporal e sem aquela estrita tipicidade. Isso já levou a doutrina até a distinguir entre coisa julgada e coisa *soberanamente* julgada (aqui, sentenças absolutórias). Levou também à negativa da própria legitimidade científica da teoria geral do processo, na suposição de que a extrema vulnerabilidade da coisa julgada das condenações criminais quebraria a unidade do sistema.⁴²

Se fosse o caso de considerar desfeita a unidade só por isso, a própria unidade do direito processual penal estaria infringida a partir do momento em que ampla é a revisibilidade da sentença condenatória e nenhuma a da absolutória (ambas criminais). Na realidade, nem uma coisa nem outra.

O que se vê, em ambos os exemplos, é a ilustração da idéia e objetivos da teoria geral do processo. Ela não pretende unificar soluções,

41. Cf: Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, IV, nn. 1.326, 1.334, 1.356 etc., pp. 31, 56, 93 ss.; *Execução civil*, nn. 244-15, pp. 392-395.

42. Cf: Vidigal, "Por que unificar o direito processual?", n. 24, p. 47.

mas o *raciocínio*. Os grandes princípios, as grandes garantias, os grandes conceitos, os grandes esquemas lógicos são comuns. Servem como leito lógico disciplinador do raciocínio do processualista. E este, sabendo que são somente três as condições da ação, procura e consegue enquadrar em uma delas o título executivo, como condição da ação executiva; conhecendo a teoria da coisa julgada e sua rescindibilidade, é capaz de perceber a maior rescindibilidade da sentença penal condenatória e nenhuma da absolutória (sem renunciar; seja no cível ou no crime, a todo o contexto da coisa julgada, seus limites objetivos, pressupostos para sua configuração, distinção entre ela e sua própria eficácia preclusiva, etc.).⁴³

O que a teoria geral do processo postula é, resumidamente, a *visão metodológica unitária do direito processual*. Unidade de método não implica homogeneidade de soluções. Pelo método intuitivo, ela chegou à *instrumentalidade* do processo como nota central de todo o sistema e tendência metodológica do direito processual contemporâneo como um todo; a visão instrumentalista, alimentada pela comprovação que a teoria geral fornece, é o vento mais profícuo da atualidade, em direito processual. A teoria geral sabe indicar também, com segurança e generalidade, o modo de ser da relação funcional entre o processo e o direito substancial, além de definir princípios e seu significado jurídico-político e sua amplitude, indicando os institutos fundamentais do direito processual jurisdicional, definindo o *módulo processual* e construindo os grandes diagramas da ciência do processo (competência; ação, vícios, invalidade; partes, procedimento, atos processuais, forma, vícios, invalidade; partes, capacidade; prova, instrução, decisão; provimento, recurso etc.).

43. Nesse ponto, menor é a intensidade da integração do sistema processual administrativo, que não dispõe da coisa julgada a amparar as decisões que produz. Mas é de teoria geral do processo, no âmbito do processo jurisdicional, a tormentosa questão da coisa julgada (anormalmente) formada sobre duas decisões sucessivas e diferentes: qual prevalece? A lembrança da revogação dos atos estatais por outro subseqüente mais a invocação da imperatividade deste hão de conduzir (sempre no plano da teoria geral) à preferência pela *segunda coisa julgada*. Por outro lado, a garantia constitucional da coisa julgada ficaria lesada pela segunda decisão que ignorasse a autoridade já adquirida pela primeira. Para preservar a imperatividade das decisões estatais e a sua autoridade (*in iura*, nn. 11-12), têm-se a revisão criminal e a ação rescisória; para compatibilidade constitucional da solução, alvitra-se que esta fique liberada (só nesse caso, como se compreende) da limitação temporal ditada no art. 495 do Código de Processo Civil.

É compreensível, diante disso, que a teoria geral não queira chegar até aos negócios jurídicos, de cuja disciplina nada ou poucoíssimo poderia extrair de útil para si própria e para cada ramo do direito processual e aos quais nada seria capaz de devolver, que os iluminasse e aperfeiçoasse o sistema ligado à autonomia da vontade.

Por tudo que ficou dito; a teoria geral do processo *chega até onde se trata de atividades preordenadas ao exercício do poder*. Embora o conceito de *processo*, apoiado na participação contraditória em procedimentos preestabelecidos, pudesse insinuar uma extensão maior do que essa, onde inexistisse poder inexistente utilidade metodológica de uma teoria geral do processo. Os elementos da unidade, considerados logo acima, é que dão razão de ser a ela, estando ausentes da vida dos negócios jurídicos.

Resulta, pois, que a teoria geral *do processo*, referindo-se embora a todos os quatro institutos fundamentais do direito processual, recebe uma limitação que muito mais se associa a um deles do que aos demais (a *jurisdição*, que é indicada como um dos institutos básicos do direito processual... jurisdicional, constitui manifestação do poder, que é conceito bem mais amplo). Onde há o exercício do *poder*, mediante a realização de um procedimento, há sempre também a *sujeição* de alguma pessoa: *sujeição* ao processo mesmo, que ela não pode evitar (litispendência, inevitabilidade do poder), *sujeição* às diversas manifestações do poder em atos específicos inerentes ao processo (inclusive, constrições), *sujeição* à eficácia do ato final preparado mediante o procedimento. A *sujeição* é o contraposto negativo do poder⁴⁴ e sem ela sequer haveria espaço lógico para conceber-se o exercício deste. Ora, constitui máxima democrática a limitação do poder e da *sujeição*, como culto ao valor *liberdade*, inerente ao Estado-de-direito. E assim, não sendo legítimo o exercício indiscriminado do poder (porque não é absoluto), têm-se garantias da *participação* daquele que está em estado de *sujeição* e da observância dos modelos das atividades a serem desenvolvidas pelos agentes estatais. O contraditório e o procedimento, portanto, que até se poderiam conceber fora dos limites das atividades inerentes ao exercício do poder, no contexto desse exercício é que assumem significado relevante: é para assegurar a participação e conter a tendên-

44. Cf: Carnelutti, *Dritto e processo*, n. 7, esp. p. 14: *sujeição = impossibilidade de reagir*.

cia ao abuso do poder, que os procedimentos são definidos em lei e exigidos nos casos concretos. Daí, a dialética que se tem nos procedimentos que canalizam o poder, especialmente nos jurisdicionais, onde a existência de partes contrapostas e sujeitas ao juiz imparcial evidencia com extrema clareza os pólos das teses e antíteses, em convergência à síntese imperativa.

Onde não há o exercício do poder, mas exteriorização da autonomia da vontade, inexistindo *sujeição*, fica fora de cogitações a oposição de meios destinados a conter abusos e desvios do *poder*. Prevalce plena liberdade formal na maioria dos casos, limitada somente quanto aos negócios em que a forma é exigida *ad substantiam*. Não se tem, portanto, aquele concerto de princípios e garantias, nem regras ou estruturas procedimentais voltados à participação, que em si mesma é freio ao exercício indiscriminado do poder (sem poder nem *sujeição*, cada um dos participantes do negócio *in fieri* tem à sua disposição a mais eficiente das reações: negar-se a concluí-lo). Abusos do poder econômico no contrato são reprimidos no plano do direito material e não no do *processo* que prepara os atos de exercício do direito de contratar. A invalidade por vício do consentimento ou ineficácia por fraude também serve a essa repressão.

que são seus. Quer se pense na pacificação social, educação para o exercício e respeito a direitos, ou na manutenção da autoridade do ordenamento jurídico-substancial e da sua própria, nas garantias à liberdade, na oferta de meios de participação democrática, ou mesmo no objetivo jurídico-instrumental de atuar a vontade da lei (e tais são os escopos da ordem processual)² — sempre é algo ligado ao interesse público que prepondera na justificação da própria existência da ordem processual e dos institutos, princípios e normas que a integram. Preestabelecidos os fins do Estado, ele não dispensa o poder para caminhar na direção deles; e, precisando exercer o poder, precisa também o Estado-de-direito estabelecer as regras pertinentes, seja para endereçar com isso a conduta dos seus numerosos agentes (no caso, os juizes), seja para ditar condições limites e formas do exercício do poder. Em torno deste, portanto (no caso, em torno da jurisdição), é que gravitam os demais institutos do direito processual e sua disciplina. Porque os órgãos que exercem o poder *sub specie jurisdictionis* são inertes, é necessária a provocação do interessado: e por isso é que o ordenamento jurídico institui e modela a ação, como poder de exigir do Estado o exercício da jurisdição. Porque o exercício acabado da jurisdição projetará efeitos sobre a esfera jurídica de pelo menos duas pessoas, é natural que a ambas seja dada oportunidade de influir participando: e daí a consagração da *defesa* como instituto fundamental, sendo garantida constitucionalmente com referência a qualquer processo. Porque o exercício desses três poderes não pode ser desordenado, nem arbitrário o da jurisdição, nem ilimitado qualquer deles, é preciso um plano para a sua coordenação: e tal é o procedimento ditado em lei e que, para cumprimento da regra constitucional do contraditório, assenta sobre as situações jurídicas ativas e passivas integrantes de uma relação jurídica de direito público (é o *processo*, em sua estrutura complexa).³ Como se vê, da visão publicista da ordem processual, a partir de seus ob-

2. *Cf. infra*, nn. 18 ss.

3. *Cf. Dinamarco, Instituições de direito processual civil*, II, nn. 389-390, pp. 30 ss. e vol. III, n. 971, pp. 337-338; *Fundamentos do processo civil moderno*, I, n. 145; *infra*, n. 16. A menção à *estrutura complexa* do conceito de processo não implica adesão ao pensamento de Foschimi, sobre “o processo como entidade jurídica complexa” (*cf. Foschimi, “Natura jurídica del processo” e “La complessione del processo”*).

CAPÍTULO III

JURISDIÇÃO E PODER

9. a jurisdição (poder) ao centro da teoria processual; 10. jurisdição e decisão no quadro da política e do poder; 11. jurisdição e decisão; 12. cont. (imunização); 13. cont. (imperatividade); 14. jurisdição e poder do ponto-de-vista do direito processual; 14.1 jurisdição, poder e comportamento; 14.2 jurisdição, sanção, coerção, coercibilidade; 14.3 jurisdição e influência — a jurisprudência e seu valor; 14.4 participação no processo decisório; 14.5 jurisdição (poder) e dinâmica do poder; 15. perspectiva funcional da jurisdição; 15.1 unidade da jurisdição estatal; 15.2 jurisdição voluntária; 16. processo, procedimento e contraditório; 17. legitimidade.

9. a jurisdição (poder) ao centro da teoria processual

Observar o sistema processual a partir do instituto da ação é um hábito metodológico mantido pelos juristas latinos em geral, em continuação ao privatismo dominante durante os milênios do sincrétismo hoje superado. Quando se via no processo um dos meios de exercício dos direitos, ali então era coerente acreditar que ele fosse feito para o autor e a jurisdição, exercida para a prestação de tutela a ele.¹ Depois, já proclamada formalmente a autonomia do direito processual mas não assimilada ainda a idéia por inteiro, da visão dominante não destoava o pensamento de que a ação fosse *direito à tutela jurídica (Rechtsschutzanspruch)* e se situasse ao centro da constelação de institutos que compõem o direito processual. Hoje, todavia, pelo menos duas ordens de razões justificam o repúdio a essa postura metodológica.

Em primeiro lugar, porque é individualista, em um sistema jurídico-político marcado pelo publicismo. Mediante a utilização do sistema processual, propõe-se o Estado, antes de tudo, a realizar objetivos

1. *Cf. supra*, n. 5, nota 76.

jetivos e inserção no sistema político-jurídico da nação, deflui com muita naturalidade a jurisdição ao centro.

Em segundo lugar, colocar a ação ao centro do sistema é efeito de preocupações restritas ao processo civil, sem consideração da teoria geral. A ação civil, como instrumento de acesso ao processo mesmo e, mediante ele, à *ordem jurídica justa*, constitui projeção da garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional sobre o sistema do processo *civil* somente. Em processo penal, não faz sequer sentido pensar na ação como instrumento de proteção ao indivíduo: lá, essa proteção é dada pelo sistema em si próprio (que se antepõe ao exercício arbitrário do poder: *nulla poena sine iudicio*)⁴ e a mesma preocupação liberal-democrática que justifica no cível a ênfase dada à ação, agora constitui fundamento para incrementar a efetividade da *defesa* (é através dela que o valor liberdade se rebela contra possíveis violações). Passando ao processo não-jurisdicional, sequer existe mesmo o conceito de ação a considerar — e isso já seria suficiente para afastar esse instituto do epicentro de todo o sistema. Se se pensar no direito de petição ou no de representação, aos quais a doutrina tenta às vezes assimilar aquele conceito como espécie,⁵ ver-se-á que eles se exercem em alguns poucos entre os processos administrativos de espécies muito diferentes, estando muito longe de figurar como elemento constante em todos os quadrantes dos fenômenos processuais-administrativos. No âmbito dos processos não-estatais, chega a ser axiomática a impropriedade de qualquer consideração sobre a ação.

Por ser individualista e restrita ao processo civil, desmerece apoio a tendência a colocar a ação ao centro da constelação dos institutos de direito processual.⁶

4. E tal é a preocupação (a meu ver, exageradamente processualizante) que se vê na coleção de julgados contida no volume *O processo constitucional em marcha* (TACrimSP).

5. Decididamente contra: Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, I, n. 148; *Execução civil*, nn. 220-221, pp. 363 ss.

6. Cfr. Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, I, n. 144 e n. 230. Nessas já antigas manifestações, com fundamentos como os que acima se vêem, repudio “o direito processual do ponto-de-vista da ação e do autor” e o destaque comumente dado à “ação como pólo metodológico”. Esse enfoque criticado foi, todavia, o que deliberadamente escolheu Tito Carnacini para seu estudo “Tutela giurisdizionale e tecnica del processo”.

Nem o *processo* merece tal colocação, porque não é fonte substancial de emanção e alvo de convergência das idéias, princípios e estruturas que integram a unidade do direito processual. Dentro de um sistema que em si mesmo é instrumento, ele é o instrumento por excelência, prestando-se ao exercício de uma função que também está a serviço de certos objetivos (exteriores ao sistema). Isso destitui o processo, como instituto, de maior expressão substancial, ainda dentro do sistema que integra. E, por isso, o processo em si próprio, como conjunto ou modelo de atos, traz profunda e indistigável marca de formalismo. A idéia de *procedimento* é inseparável do conceito de processo.⁷ Colocar como pólo principal do sistema esse instituto assim marcadamente formal e potencialmente instrumental conduziria aos extremos de incluir na teoria geral áreas jurídicas até onde não chega a utilidade desta (e sem qualquer proveito para a boa compreensão das diversas espécies de direito processual): não fosse assim, chegaria a própria teoria geral do processo até à disciplina dos negócios jurídicos, o que não seria capaz de enriquecer conhecimentos ou aprimorar soluções. Não-obstante se diga teoria geral *do processo* e se continue sempre a dizer direito *processual*, tem-se no fundo e essencialmente a disciplina *do poder* e do seu exercício e esse é o fator de unidade que reúne em uma teoria os institutos, fenômenos, princípios e normas de diversos ramos aparentemente distintos e independentes entre si.

Essa visão metodológica unitária de largo espectro, que caracteriza a teoria geral do processo, mostra todo o campo pelo qual se espalha o exercício imperativo do poder estatal, com destaque ao que há de substancial, ou seja: o *compromisso* do Estado a prestar o seu serviço, mais as *limitações* impostas pela ordem político-jurídica à extensão e intensidade dos meios pelos quais essa função é exercida. A *promessa* reside fundamentalmente na garantia constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, perante a qual são ilegítimas as restrições à faculdade de lamentar situações desfavoráveis e ao poder de exigir solução;⁸ a garantia de celebração do processo como

7. Cfr. *infra*, n. 16.

8. No cível a promessa do controle jurisdicional revela-se na garantia de ação (Const., art. 5º, inc. XXXV) e, como a doutrina vem entendendo, ela não se considera cumprida enquanto a esta se opuserem dificuldades e condições demasiadas (a estreiteza da via de acesso à Justiça, as dificuldades para fazer valer eficientemente o direito no curso do processo); no crime, o controle jurisdicional é assegurado em

condição prévia a imposição de pena (*nulla poena sine iudicio*) e o direito de petição (ou de representação) também são partes integrantes desse compromisso. Das *limitações*, tem-se primeira manifestação no veto ao exercício espontâneo da jurisdição, seja no nível ou no criminal (a garantia do processo acusatório é uma das maiores conquistas do processo penal moderno); limitações generosas e de grande alcance político são também aquelas inerentes à garantia do juiz natural, do contraditório, ampla defesa, isonomia. A tudo isso há de manter-se atento o juiz, sob pena de ser ilegítimo o exercício da jurisdição. Onde o exercício da ação ou o da defesa se vir comprimido pelos abusos ou desvios de poder do órgão estatal, ou sofrer significativo risco de ficar prejudicado de modo sensível, ali ter-se-á violação a alguma dessas garantias fundamentais (daí as garantias contidas na cláusula *due process of law*).⁹ Na realidade, as formas instituídas no procedimento-modelo são em princípio impostas pela ordem jurídica porque escolhidas como meios idôneos ao pleno exercício da ação e da defesa, sendo (pelo menos, potencialmente) lesivos a esta ou àquela os atos que se afastem das exigências formais. Não se exaure a ação no ato de iniciativa processual, nem a defesa na resposta à demanda. Aquela é definida, mediante o exame

primeiro lugar pela anteposição de todo o sistema processual-penal entre a pretensão punitiva e o direito de liberdade, mais as garantias inerentes à defesa e ao devido processo legal (cf. Kazuo Watanabe, *Controle jurisdicional*, esp. n. 12, pp. 28 ss.; Ada Pellegrini Grinover, *direito de ação*, a qual associa ação civil e *due process of law*, inclusive para dizer: "o conceito da cláusula, no processo civil, subsume-se na garantia da ação e da defesa em juízo": n. 20, p. 40). As condições da ação não constituem limitações indevidas à garantia de ação, mas sua modelagem pelo direito positivo; e Luigi Paolo Comoglio, examinando a linha da Corte de Cassação italiana, mostra que os condicionamentos e limitações não são em si mesmos incompatíveis com a garantia constitucional da ação, mas com a ressalva de que não devem ser tão gravosos que a esvaziem e deixem sem conteúdo (cf. Comoglio, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, n. 33, esp. p. 188).

9. Cf. Comoglio, *op. loc. cit.*; Ada Pellegrini Grinover, *Direito de ação*, n. 19, p. 40 ("...a tutela foi ampliada até abraçar todas as situações judiciais, mediante critérios de igualdade"; e "a possibilidade de agir e de se defender, o desenvolvimento do processo e a observância do contraditório mediante uma distribuição equitativa de meios e possibilidades processuais colocam ambas as partes em posição de igualdade formal", etc.). Kazuo Watanabe: "está insita no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional a regra proibitiva de qualquer forma de denegação da justiça, decorra ela de norma processual ou substancial, em um perfilhamento à tendência da relativização do binômio *substance-procedure*" (*Controle jurisdicional*, n. 14, esp. p. 37).

análítico que lhe faz modernamente a doutrina, como gama de poderes e não um poder só: inclui um poder de iniciativa e muitos de impulso e participação, exercidos ao longo do procedimento. Assim também o *jus exceptionis* que, como contraposto negativo da ação, constitui a soma das posições ativas do demandado, integrantes da complexa relação jurídica processual.¹⁰ O valor do procedimento e das situações ativas e passivas que o apóiam (relação jurídica processual), ou seja, o valor do *processo* reside na capacidade que tenha de dar livre curso ao exercício adequado efetivo e eficiente da ação e da defesa, para que também a jurisdição, em clima de equilíbrio e como resultado do contraditório regular, produza os efeitos desejados pela ordem jurídica e sócio-política.

A preponderância metodológica da jurisdição, ao contrário do que se passa com a preferência pela ação ou pelo processo, correspondente à preconizada visão publicista do sistema, como instrumento do Estado, que ele usa para o cumprimento de objetivos seus. Certamente, essa postura guarda relação com a maneira como é visto o próprio Estado na cultura ocidental contemporânea e com os postulados do chamado *Estado social*: é inegável a relatividade histórica das instituições jurídicas, especialmente das de direito público, que refletem mais diretamente o modo de ser do próprio Estado em que se inserem, recebendo os influxos do regime político em vigor.¹¹ Ver e tratar o processo, discipliná-lo e aplicar concretamente seus preceitos a partir dessas premissas, permite endereçá-lo aos objetivos em razão dos quais têm vida o próprio ordenamento processual e os seus institutos. A ordem processual, como sistema aberto, ou *dependente*,¹² integra-se em outro sistema de maior espectro e significado, representado pela ordem jurídica do país, através do fio da instrumentalidade: o que justifica a própria ordem processual como

10. Cf. Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 536, pp. 332-333; Cíntia-Grinover-Dinamarco, *Teoria geral do processo*, nn. 165-167, pp. 290 ss. Nem a ação nem a defesa teriam sentido substancial relevante se consistissem em um ato só: colocada a pretensão do demandante e demandado, o seu acesso à *ordem jurídica justa* só será efetivamente possibilitado se, com observância do devido processo legal, a participação no processo for também assegurada (a locução grifada, que no texto é empregada numerosas vezes, atribui-se a Kazuo Watanabe: cf. "Assistência judiciária e o Juizado de pequenas causas", n. 2, pp. 161 ss.).

11. Cf. Calamandrei, "Relatività del concetto di azione", *passim*; Pekelis, "Azione - teoria moderna".

12. V. *supra*, n. 6, nota 10.

um todo é a sua função de proporcionar ao Estado meios para o cumprimento de seus próprios fins, sendo que é mediante o exercício do poder que estes são perseguidos (e a ação, a defesa e o processo constituem o contorno da disciplina da jurisdição).

Por isso é que o direito processual, cujos princípios e normas a teoria geral do processo condensa ordenadamente como convém à ciência, resumidamente consiste na disciplina do exercício do poder mediante atos imperativos; ele inclui, no plano constitucional e legal, os compromissos e limitações ditados quanto a esse exercício, pelo Estado-de-direito. No tocante ao processo jurisdicional, têm-se esses compromissos e limitações assim distribuídos e coordenados com a idéia central: a) o Estado promete proceder ao exame, em via jurisdicional, de toda lamentação que lhe seja trazida com a alegação de moléstia causada a direitos ou interesses juridicamente protegidos (garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional em matéria não-penal); b) promete abster-se da autotutela, submetendo-se também ele próprio à ordem processual (seja em matéria representativa, seja para satisfação de interesses próprios não protegidos pelo princípio da auto-executoriedade); c) considera-se condicionado ao ajuizamento de uma demanda do interessado, para poder dar início ao exercício da jurisdição em cada caso (daí o valor da ação, como instituto processual); d) no exercício da jurisdição, reprime a si próprio a emissão de atos imperativos (providimentos) sem ter dado suficientes oportunidades de defesa ao demandado, para equilíbrio entre a situação deste e a do autor da demanda; e) institui e observa normas para o exercício da jurisdição e, com isso, dá realce ao valor processo, ao procedimento e ao contraditório que legitima os atos imperativos impostos.¹³

10. *jurisdição e decisão no quadro da política e do poder*

O encaixe da jurisdição na estrutura do poder estatal, fecundo de muitos desdobramentos utilísimos, merece mais atenção e uma série de esclarecimentos. O processualista atualizado e portador de mentalidade alinhada ao publicismo de sua ciência há de haurir in-

13. Nessa enumeração está a síntese proposta quanto aos princípios e estruturas fundamentais a prevalecer em todo o direito processual, especialmente no jurisdicional. Ai estão as garantias constitucionais do processo e as linhas para a disciplina dos quatro institutos fundamentais e suas derivações.

formações da ciência política, com a intenção de melhor captar o significado sistemático dos institutos que lhe são próprios.¹⁴ Nenhum estudo processual será suficientemente lúcido e apto a conduzir a resultados condizentes com as exigências da vida contemporânea, enquanto se mantiver na visão interna do processo, como sistema fechado e auto-suficiente. O significado político do processo como *sistema aberto*, voltado à preservação dos valores postos pela sociedade e afirmados pelo Estado, exige que ele seja examinado também a partir de uma perspectiva externa; exige uma tomada de consciência desse universo axiológico a tutelar e da maneira como o próprio Estado define a sua função e atitude perante tais valores. Nenhuma teoria processual pode dispensar, hoje, o exame da bondade das soluções propostas e a eficácia do próprio sistema processual em face dos objetivos preestabelecidos e da missão que precisa desempenhar na mecânica da vida em sociedade.¹⁵

Esses postulados conduzem ao alvitre metodológico de afastar a ciência processual dos conceitos e parâmetros privatistas que tradicionalmente a influenciaram, ao mesmo tempo em que ela reafirma sua filiação às matrizes político-institucionais da ordem estatal.¹⁶ Em toda ciência, a adequação do método escolhido é medida pela capacidade que tenha de conduzir a resultados consentâneos com os propósitos *preestabelecidos* — sendo inegável nas ciências jurídicas

14. É preciso, em outras palavras, entender a justiça no contexto da política (José Eduardo Faria, *Poder e legitimidade*, p. 16). Dahl chega a falar da “onipresença da política”, embora a política seja apenas um dos aspectos da vida em sociedade (cf. *A moderna análise política*, pp. 17 e 20). Princípios aqui as investigações a partir da ciência política, nesse método *transgressivo* já anunciado. Segundo o plano estabelecido, chegou a hora de “considerar os modos de conexão dos valores jurídicos e política”, saindo dos padrões geralmente empregados pelos *especialistas do direito*, os quais “se contentam com edificar isoladamente suas colunas de valores, omitindo a observação daquelas que, não muito longe, constroem os estudiosos da política” (cf. Néstor Pedro Sagüés, *Mundo jurídico y mundo político*, p. 210).

15. É a visão teleológica e portanto instrumental que venho procurando descor-tinar, desde dois estudos anteriores, contidos nos *Fundamentos do processo civil moderno* (cf. “Os institutos fundamentais do direito processual” e “Fraude contra credores alegada nos embargos de terceiro”); tal é a proposta de Carnelutti que acolho e venho referindo (cf. Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, I, n. 136).

16. Continuo na crítica e repúdio ao *pandectismo* em direito processual (aplicação da “ordem conceitual elaborada pela pandectística para o direito romano”, à moda do século XIX: cf. Denti, *Processo civile e giustizia sociale*, p. 17).

a excelência do método teleológico (afastado o rigor formal do raciocínio inerente às ciências exatas).

A idéia de *poder*, que está ao centro da visão moderna do direito processual, constitui assim fator de aproximação do processo à *política*, entendida esta como o *processo de escolhas axiológicas* e fixação dos *destinos do Estado*. Compete à política a “tomada de decisões através dos meios públicos”;¹⁷ ou seja, decisões que se tomam mediante a linguagem adequada e escoam e se transmitem pelos canais oficiais predispostos na ordem estatal, destinando-se à organização social e determinação das condutas compatíveis com o estilo de vida superiormente escolhido (o conjunto dessas decisões compõe “o setor público de um país ou de uma sociedade”).¹⁸ E, como em toda sociedade há um perene confronto entre interesses conflitantes e tensão entre tendências convergentes à coesão social e outras egoístas que conspiram contra esta (as condutas divergentes),¹⁹ segue-se que a política é também pitorescamente definida como a *arte do possível*: toda decisão, quando tomada por quem não é precisamente o destinatário do preceito que ela cria ou revela, implica favorecimento do interesse de um e sacrifício do de outro, sendo que cada escolha há de pautar-se pela viabilidade e pelo menor *custo* possível, para poder ser eficaz e não causar males mais expressivos que o bem que é apta a proporcionar.²⁰

17. Cf. Deutsch, *Política e governo*, p. 27; essas decisões diferem das decisões pessoais e o âmbito a que elas se aplicam (as decisões políticas) tem sido sempre crescente. Muito sugestivo é ainda o asserto de que “a política diz respeito à interação de interesses”, mediante a distribuição de valores (p. 35); é, afinal, como se costuma dizer e no texto está logo a seguir, “the art of the possible”. Do mesmo autor, ainda, vem este pensamento: “política... quer dizer estabelecimento ou definição de objetivos” (p. 186). Falar dos objetivos a serem traçados e perseguidos é falar, afinal, dos fins do Estado – e, indiretamente, dos escopos que ele persegue mediante o exercício da jurisdição e através do sistema processual (v. *infra* nn. 18 ss., esp. n. 19).

18. Cf. ainda Deutsch, *op. cit.*, p. 27.

19. Cf. Menegale, “Direito e poder”, p. 34; o “princípio da coesão social”.

20. O processo, em si, como sistema voltado à remoção de obstáculos à consecução dos objetivos estatais (objetivo-síntese: o bem-comum – cf. Habscheid, “As bases do direito processual civil”, n. 2, a, esp. p. 120), também ocasiona custos e enfrenta obstáculos. Diz-se hoje, com insistência, que os seus males maiores são o custo financeiro e a demora. Quanto a esta, é mais o resultado de obstáculos do que obstáculo ela própria. O custo financeiro do processo é manifestação particularizada do seu custo (social, individual), que se revela também sobre outros aspectos

Justamente por isso, que as decisões que em seu conjunto representam a política partem do número restrito dos sujeitos encarregados delas no seio do Estado e destinam-se a todo o universo dos membros da população, de alguma forma é preciso que eles disponham de meios para impô-las, sob pena de ineficácia (é indispensável, como se diz, a “capacidade física de execução”).²¹ E tão significativa é essa necessária capacidade de impor as decisões, que a *ciência política* costuma ser definida com base nela e não nas decisões mesmo ou no processo para chegar a elas, o que constitui a essência da *política*. Diz-se, então, que a ciência política é o “estudo da formação e da distribuição do poder”²² ou, com mais simplicidade, a *ciência do poder*; afirma-se ainda que “o conceito de poder é talvez o mais fundamental em toda a ciência política”,²³ sendo esta apresentada também como o “estudo da influência e do influente”²⁴ e influência é conceito que corre mais ou menos paralelo ao de poder). Volta-se, com isso, à idéia do poder, que constitui, como foi dito, o elo entre o sistema processual e a política.²⁵

Em sua acepção mais ampla e necessariamente vaga, poder é a *capacidade de produzir os efeitos pretendidos* (ou simplesmente de alterar a probabilidade de obter esses efeitos), seja sobre a matéria ou sobre as pessoas.

(e todo exercício do poder exige custos). Dos *princípios formativos do processo*, temos o *econômico* e o *político*, postulando pela redução das despesas e do sacrifício individual da liberdade (cf. Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, n. 77, esp. p. 200) – ou seja, postulando a diminuição dos custos do processo. A exigência de título como requisito para a execução forçada e de justa causa para o processo penal de conhecimento são decorrência do custo que esses processos representam (só se justificam, portanto, quando presentes as situações exigidas); ausentes tais requisitos, não é legítimo o interesse de agir.

21. Cf. Faria, *Poder e legitimidade*, p. 57.

22. Cf. Kaplan-Lasswell, *Poder e sociedade*, p. 16 (definição da ciência política como *disciplina empírica*). Dizem também: “a doutrina do poder é a *doutrina política* e a ciência do poder é a *ciência política*” (p. 117). E Deutsch: “os muitos e variados aspectos da política constituem tópicos apropriados do estudo que denominamos ciência política (*Política e governo*, p. 44 – sobre o conceito de política em Deutsch, v. *supra*, nota 17).

23. Cf. Kaplan-Lasswell, *op. cit.*, p. 110.

24. Cf. Deutsch, *op. cit.*, p. 47; sobre *influência*, v. *infra*, n. 14.3.

25. Cf. Dallari, *Elementos de teoria geral do Estado*, n. 53, p. 96, dizendo que “o Estado é poder”; ele é a institucionalização do poder e o direito (todo o direito, não só o processual) é positivamente do poder que o Estado tem.

Esses efeitos não são necessariamente conseguidos pela força, ou indução, ou ameaça, sendo essencial, contudo, que o Estado disponha de meios adequados para impô-los.²⁶⁻²⁷

Nem é fácil separar o poder de que gozam as pessoas individualmente, posto à sua disposição ou conquistado com o fim de utilizá-lo em prol de sua felicidade pessoal ou do grupo eleito (especialmente a família e, nos tempos atuais, muito especialmente a família nuclear) e o poder dos próprios grupos em torno dos quais as pessoas se reúnem.²⁸ Afastada a prática da democracia direta, o poder do grupo é sempre exercido por pessoas que o integram e muita vez torna-se

26. O poder atua sobre a matéria ou as pessoas (Bertrand Russell, *O poder — uma nova análise social*, p. 21); v. ainda Deutsch, *Política e governo*, p. 46; Dahl, *A moderna análise política*, pp. 72 ss. (ele aproxima a idéia, mas não emprega as mesmas palavras de Deutsch, nem as do texto).

27. “O poder em sentido político não pode ser concebido como a capacidade de produzir efeitos pretendidos em geral, mas apenas aqueles efeitos que envolvem diretamente outras pessoas: o poder político se distingue do poder sobre a natureza como sendo o poder sobre outros homens” (Kaplan-Lasswell, *Poder e sociedade*, pp. 110-111). Parece, no entanto, que o conceito de poder político está muito amplo, nesse pensamento: tenha-se por poder político somente aquele de que é detentor o Estado, como entidade política (*polis*), no desempenho de suas funções e atuando sobre os membros da população para cumprimento de seus fins. Também outras entidades exercem poder diretamente sobre pessoas e nem por isso se dirá que é político o seu poder.

28. Nesse sentido é que Dahl vê no poder a situação daquele que *controla o Estado* e não a do próprio Estado em si mesmo, na sua relação com os submetidos (Cf. *A moderna análise política*, pp. 88-89). Fala-se no poder de fundo mágico, ou carismático (Cf. Lasswell, *A linguagem da política*, p. 16; Kaplan-Lasswell, *Poder e sociedade*, p. 137) e busca-se a medida do poder que as pessoas têm em dado contexto político, confrontando-se com o poder de outra, ou outras (qual é mais poderoso?); e, investigando sobre *O poder de controle nas sociedades anônimas*, Fábio Konder Comparato procura determinar quem exerce esse poder (Cf. esp. n. 3, pp. 16 ss.). Como no texto se vê, não é disso que se cuida no presente estudo, mas do poder institucionalizado, ou seja, daquele que o Estado exerce em nome do povo (Const., art. 1º). O *romantismo* dessa concepção, que Comparato entende irreal (Cf. *loc. cit.*, p. 18), residiria somente na posição de quem ignorasse a realidade do outro aspecto do poder, ou seja, do poder exercido por indivíduos ou grupos que se sucedem nos centros, ou pólos de poder. Para o estudo da ciência política aplicado ao direito processual, falar do poder institucionalizado é falar da jurisdição exercida pelo juiz e não do juiz como pessoalmente titular de poderes. É do conhecimento geral do processualista a evolução doutrinária do conceito de *ação*, que na ciência processual de hoje ninguém mais crê que tenha por sujeito passivo o juiz (pessoa física), mas o *juiz*, como órgão através do qual se revela o poder institucionalizado, ou seja, o Estado-juiz.

difícil fazer a pretendida distinção; mercê da posição assumida ou função desempenhada, os agentes do grupo acabam exercendo sobre o próprio grupo e sobre os seus componentes um poder pessoal (uma série de predicados pessoais levam o indivíduo a obter o poder, desde a frivolidade de uma boa aparência até ao próprio exercício do poder — “because it draweth with it the adherence of those that need protection”).²⁹ E o valor do poder pessoal é tão grande que os próprios cientistas políticos cuidam também dele, em afirmações às vezes equivocadas ou ambivalentes que ora ficam a meio caminho entre as duas colocações, ora expressam referência a uma ou a outra delas. Falam, v.g., na luta pelo poder ou no fascínio que este exerce sobre as pessoas, ou no dinheiro como fonte de poder (“o dinheiro sempre terá poder”),³⁰ ou na comparação entre a grandeza do poder de um indivíduo e de outro,³¹ é como falar na jurisdição como poder do Estado e depois confundi-la um pouco com o poder (influência) que o juiz desfruta na sociedade ou comparar a sua influência com a influência de outras pessoas, quanto a setores que não lhe pertencem funcionalmente. Os doutrinadores cuidam também do poder da *classe dirigente* e aludem a uma *elite*, composta pelos “poucos que habitualmente são os detentores do poder”.³² Nessa perspectiva, o Estado, que é o mais importante de todos os *pólos de poder*, aparece até como fonte de poder, em benefício de pessoas que de algum modo logram “fazer valer suas decisões com a ajuda do Estado”.³³

O que importa, contudo, para a adequada ubicação da jurisdição nos quadrantes do contexto político, é seguramente o trato do po-

29. Hobbes, *Leviathan*, p. 48 (v. Comparato, *O poder de controle*, p. 1). É uma realidade a busca de proteção pelas pessoas, seja na família, seja no patrão, no chefe, no Estado, nos dirigentes, nos juizes. Daí a necessidade de ampliar a via de acesso à Justiça, como meio de evitar a perpetuação de insatisfações reprimidas e a consumação de decepções que constituem fator de generalizada insatisfação social e instabilidade das instituições (v. *infra*, n. 36.1).

30. Cf. Kaplan-Lasswell, *Poder e sociedade*, p. 138.

31. Nesse sentido é que se disse: “o peso do poder é o grau de participação na tomada de decisões” (*id.*, *ib.*, p. 112). A participação no processo decisório, como critério para definir o poder, é em si manifestação dessa idéia do poder de indivíduos e grupos, da qual não se interessa este estudo (v. *infra*, n. 14.4), salvo para fixar bem a atenção direcionada ao poder institucionalizado.

32. Cf. Deutsch, *Política e governo*, p. 47; Dahl, *A moderna análise política*, pp. 76-77 (classes dirigentes).

33. Cf. Dahl, *A moderna análise política*, pp. 88-89.

der institucionalizado, ou seja, poder do próprio grupo como tal (no caso, Estado). É preferível correr o risco de certo *romantismo*, ou maniqueísmo e, consciente embora das distorções que não raro ocorrem nos rumos do exercício do poder (sendo afirmado "l'État c'est moi", por indivíduos ou por grupos internos ou externos), pôr em mira somente o que de modo direto transparece nas relações Estado-indivíduo, com especial relevo para aquilo que tem repercussão na função jurisdicional.³⁴

Limita-se o discurso, assim, também ao *poder político*³⁵ e especificamente à chamada "expressão política do poder nacional".³⁶ A nação, como realidade social, dispõe de meios integrados para a consecução de seus objetivos, sintetizados no *bem comum*. Não só através do Estado ela os emprega, nem seria concebível. Todas as instituições sociais (família, grupos religiosos, culturais ou recreativos) econômicas (empresa, sindicatos) ou mesmo políticas despregadas da estrutura estatal (partidos políticos) constituem pólos de poder e,

34. A advertência considerada no texto é de Comparato (*O poder de controle nas sociedades anônimas*, pp. 18-19). O poder institucionalizado, de que aqui se cuida, é aquele que afinal caracteriza o próprio Estado, entidade complexa onde população, território e poder se fundem na unidade política. A jurisdicção é poder institucionalizado (*rectius*) expressão do poder estatal institucionalizado e, sem essa idéia da "continuidade do poder" (Dallari, *Elementos de teoria geral do Estado*, n. 53, p. 96), não se poderia jamais chegar ao conhecimento da jurisdicção.

35. Disse Dallari que "na verdade o poder nunca deixa de ser substancialmente político" (*Elementos de teoria geral do Estado*, cit., n. 56 esp. p. 100). E a idéia de *poder político*, então, coincidiria com a de *poder*, sendo *política e poder*, dois conceitos que realmente caminham paralelos e cujas relações não são definidas de modo uniforme na sua ciência. Mas tomemos *política* naquele sentido global de interação de interesses referido na nota 17, ou seja, no sentido de coordenação de toda a vida societária, em vista dos objetivos eleitos. O político, assim, sobrepairá ao econômico, ao psicossocial e, obviamente, ao jurídico. Também Burdeau disse que "pouvoir et société naissent ensemble", mas cuida do *pouvoir politique* com primordial destaque (cf. *Droit constitutionnel et institutions politiques*, n. 1, p. 11) e, dizendo que o poder é "o fenômeno social por excelência" (cf. também Dallari, *op. cit.*, n. 69, esp. p. 117), fala do poder político como o que pertence às sociedades políticas e se destina à consecução dos objetivos.

36. Na doutrina da Escola Superior de Guerra são quatro os campos, ou as expressões do poder nacional: política, psicossocial, econômica e militar (cf. *Manual Básico*, esp. p. 73; Augusto Fragoso, "Os fundamentos da doutrina no regime"). Comparato alude a três dessas expressões (omite a psicossocial), ao dizer: "a partir de certo grau, a predominância política, para subsistir, deve combinar-se com um mínimo de força armada e de capacidade econômica" (para ele, essas são "as diferentes formas do poder social": cf. *O poder de controle*, cit., "prólogo", esp. p. 3).

na sua área, reputam-se responsáveis pela promoção do bem comum (o poder nacional encontra-se *disseminado* por todas as moléculas da sociedade). Mede-se o poder nacional pela expressão somada de todos esses aspectos setoriais, sabendo-se que existem muitas e variadas fontes de poder, tais como a extensão territorial do Estado, riquezas naturais, sua população, grau de cultura e civismo, firmeza institucional, sistema empresarial, equilíbrio social, etc.³⁷ — tudo isso concorrendo para a capacidade, que a nação possa ter, de escolher os seus próprios caminhos fruir de bens necessários à satisfação de necessidades vitais, avançar rumo à melhoria da qualidade de vida e felicidade pessoal de cada um dos seus membros e impor-se ao respeito no concerto internacional.³⁸

Embora ao Estado não caiba o exercício do poder nacional em todas as áreas nem valer-se de todas as fontes de poder, certo é que ele detém o comando global de todas as manifestações deste, justamente em razão da soberania, que o põe a montante de todos os demais pólos de poder. Ele é como sugestivamente foi dito, o "gerente nato do bem-comum";³⁹ e isso se mostra particularmente visível no Estado social contemporâneo, que, negando os postulados do liberalismo, quer ser a *providência do seu povo* (ele vislumbra o bem comum *sub specie communitatis*). A intervenção na ordem econômica e social, programada constitucionalmente,⁴⁰ é hoje um dever estatal inalienável e uma sua aplicação em sede jurisdicional é o poder que o juiz tem de conceder recuperação judicial, como *favor*

37. Cf. Organski, "The nature of national power", pp. 139-142.

38. Cf. Organski, *op. loc. cit.*, com interessantes considerações sobre as diversas fontes de poder das nações ao longo da História e do prestígio que cada uma teve ou tem, mercê do grau de poder nacional de que dispõe; considera a Alemanha antes e depois da Segunda Guerra; da capacidade, que teve a Suíça de manter-se neutra, mesmo sem ter poderio militar; do valor que pode ter até mesmo algum *Bluff*, desde que conduzido com habilidade. O que se vê nesse estudo (ao lado da preponderância do enfoque internacional do tema) é a demonstração da importância, para a nação, das diversas manifestações de sua vitalidade, ou capacidade de conduzir os seus próprios destinos em direção aos objetivos nacionais; nenhuma dessas representações do poder (e, a *fortiori* nenhuma das fontes de poder em particular) pode ser tomada com exclusividade, ou como suficiente em si mesma para a manutenção da coesão social e realização dos objetivos.

39. Cf. Paupério, *Direito e poder*, p. 52; v. também Dallari; bem-comum é "o conjunto de todas as condições de vida social, que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana" (*Elementos*, cit., n. 52, p. 94).

40. Const., arts. 174, 193, 194, 196, 205, etc.

legis endereçado ao devedor e para a salvaguarda da comunidade de credores, em benefício da economia nacional; outra aplicação é o poder discricionário quanto à determinação da guarda de filhos, no interesse da felicidade destes, que os juízes e tribunais exercem diuturnamente.

11. *jurisdição e decisão*

Em todos os setores de suas atividades, exercendo diretamente ou comandando o exercício do poder nacional, o Estado *decide*. Decide em abstrato, mediante normas de conduta ou de organização; decide em concreto, em sede propriamente política, ou administrativa, ou jurisdicional. Decide para si próprio e pauta sua conduta pelas decisões antes tomadas; decide para os outros, determinando a situação em que os destinatários ficarão ou as condutas que hão de ter. O Estado decide criando situações jurídicas novas, ou decide apenas reatando situações anteriores e crescendo-lhes o atributo da certeza. Tão importante é a *capacidade de decisão* na vida do Estado, que a ela tem sido assimilado, com extrema frequência entre os cientistas da política, o próprio conceito de *poder*. O poder político é, realmente, a *capacidade de decidir imperativamente e impor decisões*. Nessa noção, que atende plenamente às manifestações jurisdicionais do poder (mas não só), está presente ainda a implícita alusão ao elemento *sanção*,⁴¹ que esse setor da doutrina (*decisionista*) costuma associar à capacidade de decidir.

Essa é uma consciente tomada de posição, entre o cipoal de inúmeras teorias e subteorias acerca dessa realidade de primeira grandeza na política e na sua ciência, que é o poder. Assim como sucede com a *ação* entre os processualistas, com alguma dose de chiste e exagero pode-se dizer que todo cientista político que se preze tem a sua própria teoria acerca do poder. Há os que põem a tônica na *decisão*, "tomada de decisão", capacidade de decidir, participação no processo decisório;⁴² e os que preferem pôr em destaque, a

41. V. *infra*, n. 14.2.

42. Cfr. Francamente *decisionista* é Miguel Reale, que associa o poder à "decisão para outrem" (*Pluralismo e liberdade*, cap. XIII, pp. 214-215). Assim também Luhmann, *Legitimação pelo procedimento*, p. 26 ("mecanismo de transmissão de resultados de seleção"); v. ainda Tércio Sampaio Ferraz Jr., *apresentação* da obra de Luhmann, p. 3. Da "participação no processo decisório", dizem Kaplan-Las-

dominação,⁴³ vontade de dominar, disposição a obedecer (assentimento); há os que atribuem peso maior ou menor (ou até mesmo, talvez valor algum) ao *comportamento*⁴⁴ das pessoas sujeitas — ao poder, como elemento integrante do contexto em que este é definido. E o processualista, que também há de estar envolvido no clima da política, refletindo sobre ela à luz dos seus próprios conceitos e experiência específica, pode ser capaz de trazer algum aporte válido a esse emaranhado doutrinário.

Falar em *decisão* evoca desde logo, na mente do processualista, a função jurisdicional e especificamente o processo de conhecimento. Em verdade, o Estado decide em todos os setores de suas atividades, combinando decisão e ação pelo modo que seja operacionalmente adequado para a consecução dos objetivos programados. Realizações sem prévia decisão careceriam de significado teleológico, na mesma medida em que decisões sem condições de efetividade não são aptas a alterar a realidade (e, portanto, não revelam a presença de poder). *Conhecer*, na linguagem do processualista, significa tomar contato com a realidade do caso concreto, examinando os fundamentos da demanda e da defesa, os fatos invocados e as provas produzidas ou omitidas, o poder de convicção de cada uma delas, as normas pertinentes, os precedentes dos tribunais e conceitos doutrinários — para finalmente emitir um juízo axiológico através da decisão. O conhecimento é a tomada de consciência para decidir.⁴⁵ Pois, em certa medida, em todo processo estatal existe algum nível de

swell (*Poder e sociedade*, p. 110). Sobre a participação no processo decisório e o seu significado (especialmente, para o processualista), v. *infra*, n. 14.4.

43. A idéia de *dominação* remonta a Max Weber, com a sua trilogia representada por poder-dominação-disciplina (cfr. *Wirtschaft und Gesellschaft*, p. 43, trad.); e, daí a idéia de obediência. Poder é, nesse quadro, definido como "probabilidade de impor a própria vontade" (*ib.*). Essa probabilidade, ou capacidade, aumenta na medida em que aumentam os hábitos voluntários de aquiescência (inconsciências?), de que fala Deutsch (*Política e governo*, pp. 12-13). Cfr. ainda Faria, *Poder e legitimidade*, p. 76.

44. Daí que o poder também foi definido como "ability to determine the behavior of others" (Organski, "The nature of national power", p. 137).

45. Existe uma "tensão entre o conhecimento e a ignorância" (Karl Popper, *Lógica das ciências sociais*, p. 17), na medida em que "conhecer" é buscar a verdade (ou mera convicção? v. *infra*, nn. 32-33). Há também uma "relação dialética de complementariedade entre o pensar e o conhecer" (Later, *O Brasil e a crise mundial*, p. 38), que são atitudes do juiz no processo.

conhecimento, que prepara as decisões. Mesmo no processo de execução civil (jurisdicional), há uma série de juízos de valor, expressos mediante interlocutórias indispensáveis ao correto encaminhamento da agressão patrimonial que a execução significa.⁴⁶ Há conhecimento e decisão nos processos administrativos e no legislativo, pois do contrário não seriam *processos*.

Embora a decisão não constitua exclusividade da jurisdição, nem a jurisdição só se exerça decidindo, tão importante é o momento decisório na caracterização desta (nas origens, foi somente *judicium*), que é muito comum confundir-la com a função cognitiva e identificá-la nesta. Constitui bem uma expressiva manifestação desse pensamento arraigado na mente dos juristas a indicação da sentença (de mérito) como *ato jurisdicional magno*,⁴⁷ ou seja, “aquele em que a função jurisdicional realiza a sua função mais nobre e significativa”.

E, das sentenças alçadas assim a essa dignidade de ato representativo da própria função jurisdicional, foi dito também, com inteiro acerto, que, “como manifestações do poder estatal, trazem incrustado o germe de uma idéia de como deve ser organizada a sociedade”.⁴⁸

Essa afirmação corresponde, em suma, à visão da própria Justiça como parte da política e conduz à alvitrada postura metodológica consistente em buscar nas conquistas da ciência desta apoio seguro para as construções em sede de direito processual. E uma observação fecunda que a ciência política sugere ao processualista, sem que nem este nem o político logo costumem atinar com ela, é a de que a sentença constitui ato de *positivação do poder*, por conter a formal

46. Cfr. Dinamarco, *Execução civil*, n. 10, esp. p. 95, nota 106. O resultado jurídico da execução não é de natureza declaratória (conhecimento), senão a atuação do direito (satisfação, como se costuma dizer); para Carnelutti, é a *atribuição* e não a *coisa julgada* (cfr. *Dirito e processo*, n. 249, p. 371). Mesmo assim, o juiz julga incidentalmente questões de diversas ordens, sem que a sua atividade seja cega. É sempre oportuno lembrar a importância dos *propósitos*, ou seja, da determinação de objetivos, para o exercício racional do poder: “o poder sem propósito é apenas um efeito sem objetivos” (cfr. Ingo Plöger, “apresentação” do volume *Política e governo*, de Karl Deusch, p. 13).

47. Cfr. Bellinetti, *Da sentença*, cap. III, n. 3, p. 96, com toda a investigação conduzida pelo metro da filosofia do direito.

48. Cfr. Bellinetti, *op. cit.*, cap. IV, n. 12, pp. 122-123. E ele esclarece: “não se pretende com isso afirmar que o julgador, quando emite a sua sentença, esteja conscientemente objetivando a implementação ou conservação de um determinado modo de organização social..., mas sim que a sentença concorre para isso” (p. 123).

afirmação, pelo titular deste, de uma valoração feita em torno de fatos apreciados, com a subsequente decisão a respeito (é arbitrário falar-se em positivação somente com referência à lei).⁴⁹

A jurisdição é também exercida, fora dos quadros do Estado e de seu Poder Judiciário, pelos árbitros, assim constituídos pelas partes litigantes segundo sua própria vontade bilateral. São do passado as concepções que negavam à arbitragem a *natureza jurisdicional*. Segundo entendimento que se consolidou na doutrina, os árbitros atuam, tanto quanto os juizes togados, com o escopo principal de pacificar as pessoas conflitadas, eliminando conflitos e realizando a justiça (*infra*, n. 21) — e nisso reside o mais sólido fundamento da natureza jurisdicional da arbitragem.⁵⁰ A doutrina vale-se também, para justificar essa natureza, da dispensa de qualquer *homologação* da sentença arbitral, como requisito para que possa ser eficaz (LA, art. 18), bem como da equiparação funcional dessa sentença àquela produzida por juiz togado (“a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário” — LA, art. 31).

“O legislador optou, assim, por adotar a tese da *jurisdicionalidade da arbitragem*, pondo termo à atividade homologatória do juiz, fator de emperramento da arbitragem” (Carmona).⁵¹

49. Sobre positivação, cfr. Reale, *Teoria do direito e do Estado*, p. 93. O fenômeno da positivação, como está no texto, é aquele “por meio do qual todo e qualquer direito vale por força de uma decisão” (Faria, *Poder e legitimidade*, p. 32); ora, as declarações e atuações do direito, que constituem resultado dos processos jurisdicionais (de conhecimento, de execução), ou são decisões ou exteriorizações delas e, invariavelmente, encarnam o poder exercido quanto a um caso concreto. O poder, portanto, é *posto* ali, tanto quanto mediante a lei ele é *posto* para a generalidade dos casos previstos. Acrescente-se a isso o dado relevantíssimo da segurança jurídica imposta pelo ato jurisdicional sobre situações que, em grau mais elevado ou menos, sempre comportariam contestações e controvérsias (quanto à ausência de certeza antes do ato jurisdicional, v. *infra*, n. 33). Por isso é que se afirma a positivação do poder também aqui, aliás na linha da abertura oferecida por Luhmann, em sua obra de louvável abrangência do fenômeno *procedimento*. Ele diz que “todo o direito é posto por decisão” e prossegue dizendo que “leis, atos administrativos, sentenças, etc., são, pois, legítimos como decisões”, etc. (*Legitimação pelo procedimento*, p. 32).

50. Cfr. Dinamarco, *A arbitragem na teoria geral do processo civil*, São Paulo, Malheiros Editores, 2013, n. 8.

51. Cfr. *Arbitragem e processo*, “À guisa de introdução”, n. 22, pp. 26-27 — onde se apoia no pensamento autorizadíssimo de seu Mestre Giovanni Verde.

12. cont. (imunização)

Sabe-se que no Estado-de-direito tem-se por indispensável fator legitimamente das decisões *in fieri* a participação dos seus futuros destinatários, a quem se assegura a observância do procedimento adequado e capaz de oferecer-lhes reais oportunidades de influir efetivamente e de modo equilibrado no teor do ato imperativo que virá. Tal é o primeiro significado da exigência democrática do *contradictório*; e trata-se de postulado que invade todo e qualquer processo, por força de suprema garantia constitucional (não somente o de jurisdição — Const., art. 5º, inc. LV). A final imunização das decisões é, contudo, essencial à mecânica do poder: assegurada a participação na gestação do ato, quando este se realiza e com isso é exercida a capacidade de decidir, tem-se “a afirmação de uma decisão, isto é, o recrudesimento de um sistema que toma a decisão de não consentir na chegada de novas informações que possam levar a uma modificação da decisão”.⁵²

Esse endurecimento faz parte do equilíbrio de todo sistema processual, onde se espera fidelidade aos objetivos e portanto a boa qualidade dos resultados preparados, mas por outro lado se sente que a demora não pode ser infinita e portanto é indispensável chegar a um termo, com (ao menos, certa) estabilidade dos resultados. Fala-se, a propósito e com alguma freqüência, no binômio justiça-celeridade, a expressar os pólos assim relativamente contrastantes desse equilíbrio.⁵³

Sabidamente, o grau mais elevado dessa estabilidade reside na *coisa julgada material*, autoridade que torna imutáveis os efeitos das decisões tomadas, em sede jurisdicional, sobre pretensões su-

52. Cfr. Ingo Plöger, “apresentação” de *Política e governo*, de Karl Deutsch, p. 13. O emprego do vocábulo *recrudesimento* não é frequente na doutrina, mas foi aqui parcialmente aceito porque bastante sugestivo. Representa o fenômeno pelo qual as decisões, uma vez tomadas, isolam-se dos motivos e do grau de participação dos interessados (e com isso vale para as sentenças jurisdicionais de mérito!) e *imunizam-se* “contra as decepções inevitáveis” (cfr. Tércio Sampaio Ferraz Jr., “apresentação” da edição brasileira de *Legitimação pelo procedimento*, de Niklas Luhmann, p. 13), ou seja, representa a *imunização* contra novas razões ou resistências.

53. Não é essa a melhor formulação do binômio, como está no texto e é usual: v. *infra*, n. 32.

jeitas a exame (*Streitgegenstand*, o objeto de processo); e a coisa julgada é particularmente estável, quanto à sentença penal absolutória e, no cível, após o decurso *in albis* do prazo de rescindibilidade. Isso não significa, todavia, que só se dê o sobredito *recrudesimento* (imunização) com relação a essa categoria de decisões. Existem *as preclusões*, que com intensidade variada atuam em processos de toda ordem. Preclusão é, por definição, a extinção de uma posição jurídica no processo⁵⁴ (poder, faculdade) e está ligada à dinâmica deste e à funcionalidade das situações contra as quais o sujeito processual poderia voltar-se. Quando alguma causa preclusiva ocorre (tempo, consumação, incompatibilidade lógica),⁵⁵ tem-se com isso a imunização de que fala a ciência política. A publicação da sentença de mérito já é uma causa preclusiva para o juiz, no processo civil de conhecimento⁵⁶ (preclusão consumativa); para as partes, o decurso do prazo recursal. Está em curso, todavia, uma seriíssima tendência a relativizar a autoridade da coisa julgada, como reflexo pela preocupação em torno de decisões portadoras de ultraje a valores de nível mais elevado que a própria segurança jurídica tutelada pela garantia da *auctoritas rei judicatae* (Min. José Delgado) ou que constituam resultado de fraude manifesta.⁵⁷

Sempre na área do processo civil de conhecimento, ocorre também a coisa julgada material em relação as *sentenças arbitrais*. Embora não sejam proferidas por órgão integrante do Poder Judiciário, mas por árbitro ou árbitros da escolha das partes, essa sentença é

54. Cfr. Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria geral do processo*, n. 210, esp. p. 333: objetivamente, preclusão é o impedimento da realização de atos no processo, com vista a assegurar o seu avanço progressivo (constitui penhor da autoridade do Estado-juiz e da eficácia do processo que ele conduz).

55. Sobre as espécies de preclusão, cfr. Liebman, *Manual de direito processual civil*, I, n. 107, pp. 303 ss., com minha nota n. 178, falando da maior fixidez das normas brasileiras sobre preclusões, em face do procedimento rígido que temos no qual então maior realce se dá à imunização das situações criadas ao longo do procedimento. V. também Maurício Giannico, *A preclusão no direito processual civil brasileiro*, n. 6.6, pp. 127-129, incluindo a categoria *preclusão hierárquica*, que me é muito cara; Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 633, pp. 466 ss.; Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria geral do processo*, n. 210, pp. 352-354.

56. Cfr. CPC, art. 463.

57. Cfr. meu ensaio, “Relativizar a coisa julgada material”, *Nova era do processo civil*, *passim*.

proferida no exercício da jurisdição e, no estágio atual da legislação brasileira, independe de qualquer homologação pelo juiz togado (LA, art. 18) — o que a qualifica a obter tal *actoritas*.⁵⁸

Na execução civil têm-se preclusões para as partes, relativas às decisões interlocutórias em matéria não pertinente à ordem pública; e o próprio resultado desse processo, que é a satisfação e não julgamento, fica protegido pela preclusão (não *res judicata*) e só em outro processo (cognitivo) poderá eventualmente ser posto em questão.⁵⁹

Em matéria criminal, sabe-se que, arquivado o inquérito policial mediante decisão administrativa do juiz a requerimento do Ministério Público, tem-se a imunização suficiente a impedir a propositura de denuncia, salvo se amparada em novas provas (CPP, art. 18).

Os provimentos gerados no processo administrativo podem ser revistos pela própria administração (anulação, revogação), ou por via jurisdicional (Súmula 473 STF). Mas as decisões administrativas, que também constituem *provimentos*, não deixam de ficar em alguma medida cobertas pela preclusão, ou *efeito preclusivo*, especialmente após superadas as possibilidades recursais e nos casos em que direitos hajam sido adquiridos.⁶⁰⁻⁶¹

58. Cf. "À guisa de introdução", in *Arbitragem e processo*, n. 22, pp. 26-27.

59. Nesse sentido, parecer que emitiu como procurador de Justiça e foi acolhido pelo 1º TACSP (cf. 3ª C., ap. n. 222.787, j. 27.4.1977, rel. Francisco Negrilo, v.u.); a expropriação obtida em execução não embargada não comporta ataque pela via rescisória, mas para sua desconstituição é indispensável algum pronunciamento jurisdicional (cf. também Theodoro Jr., "Execução forçada e coisa julgada", n. 6, in *Direito processual civil*, pp. 109 ss.).

60. Sobre o *efeito preclusivo da coisa julgada*, que não se confunde com esta, cf. Machado Guimarães, "Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo", *passim*; Barbosa Moreira, "A eficácia preclusiva da coisa julgada material", *passim*; e, já em Chiovenda, vê-se o germe dessa importante distinção (cf. *Principii*, § 78, esp. II, pp. 910 ss.). Caso de eficácia preclusiva da coisa julgada, no Código de Processo Civil Brasileiro, é o que resulta do art. 55: o assistente fica impedido de suscitar eficazmente questões sobre a "justiça da decisão" proferida no processo em que intervieria (não se trata de *res judicata*, mas *Interventionswirkung*, que é a eficácia preclusiva projetada sobre ele). No processo administrativo, "exauridos os meios de impugnação administrativa, torna-se irretatável, administrativamente, a última decisão, mas nem por isso deixa de ser atacável por via judicial" (cf. Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, p. 688); essa preclusão é da mesma ordem da coisa julgada formal que se tem nos processos jurisdicionais, afastando-se porém da coisa julgada material porque só esta traz o significado de *final enforcing power* (v., ainda a Súmula 473).

O fenômeno da imunização acontece, ainda, com referência às decisões tomadas em sede legislativa: a rejeição de um projeto de lei, ou recusa de sua sanção, impedem que a mesma matéria constitua objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa (a não ser que a nova proposta venha da maioria absoluta dos membros da casa legislativa).⁶²

Nos processos não-estatais, também sempre haverá algum grau de imunização, sob pena de esvaziamento do próprio poder. Os atos das entidades intermediárias, que constituem exercício de poder sobre as pessoas subordinadas, são extremamente sujeitos a revisão judicial — como se dá com as deliberações de assembleias societárias ou dos órgãos diretivos das sociedades anônimas, ou do síndico em condomínio horizontal, etc. Sob a alegação de ilegalidade, desvio de poder, fraude à lei, esses atos poderão ser examinados em juízo e cair por força de decisão tomada em sede jurisdicional.⁶³ O pluralismo dos ordenamentos jurídicos no seio da nação não desmente a soberania do poder estatal, em cujo nome essa censura se legitima e não pode ser excluída. No âmbito da própria entidade, contudo, a revogação do ato é sempre dificultada ou mesmo impedida pela lei, conforme o caso.

O processualista sabe muito bem distinguir entre a eficácia das decisões e a autoridade correspondente à sua imunização. "*Eficácia e autoridade da sentença*", título e tema de prestigiosa monografia,⁶⁴ constituem dois pólos distintos da manifestação do poder de que investido o juiz, mas nessa colocação reside uma proposta que deve interessar a todos os estudiosos do poder e não só aos do direito processual jurisdicional. A capacidade de produzir efeitos (*eficácia*) é muitas vezes condicionada, em nome da segurança e para evitar possíveis danos, à obtenção de suficiente grau de estabilidade da decisão, ou *imunidade* (autoridade de coisa julgada); em direito pro-

61. Os atos de jurisdição voluntária, embora não cobertos da *res judicata*, também adquirem um grau de imunidade, dependendo sempre de outro ato judicial a sua desconstituição: v. *infra*, n. 15.2.

62. Const. art. 67.

63. E isso, em razão de ser *não dominante* o poder exercido pelas entidades intermediárias.

64. Além da *Efficacia ed autorità della sentenza*, clássica monografia de Liebman, tem-se ainda a *Eficácia e autoridade da sentença penal*, de Ada Pellegrini Grinover.

cessual, é o que se dá quando os recursos cabíveis são dotados de efeito suspensivo e, na sua pendência, não se libera a eficácia substancial da sentença. A coincidência entre o momento da eficácia e da imunização não constitui dogma, no entanto — na medida em que dogma não é a própria obcecada fidelidade das decisões e sua efetivação aos pressupostos legais filtrados dedutivamente através delas.⁶⁵ Tal problemática é mais aguda em sede de direito processual (jurisdicional), onde a magnitude da imunidade consubstanciada na *res judicata* concorreu e ainda concorre para confundir as coisas.⁶⁶ Em direito administrativo, o princípio da auto-executoriedade e mais a presunção de legalidade dos provimentos conduzem em muitos casos à pronta executibilidade; a suspensividade dos recursos em certos casos é também fator de equilíbrio destinado à salvaguarda de direitos.⁶⁷

Feitos todos esses descontos, o que importa salientar é que a imunização das decisões fundadas no poder constitui enérgica afirmação do poder mesmo, o qual sem isso ficaria sujeito a tantas impugnações que afinal terminaria por não prevalecer sobre as pessoas (então, supostamente) sujeitas a ele.⁶⁸

13. cont. (imperatividade)

A referência à *imperatividade*, como componente do conceito de poder estatal (*capacidade de decidir imperativamente e impor san-*

65. Sobre o equilíbrio entre a exigência de fidelidade ao direito substancial e valores que ele tutela, e a de trazer logo a pacificação, v. *infra*, n. 32.

66. A sentença pode ter eficácia antes da autoridade de coisa julgada, o que conduz à execução provisória quando se trata de sentença condenatória. Poderia até inexistir coisa julgada no sistema de direito positivo e nem por isso a eficácia da sentença seria assim negada *tout court*. São lições comzinhas que vêm da obra de Liebman (cf.: *Efficácia ed autorità della sentenza*, n. 8, pp. 37 ss. trad.). O Código de Processo Civil enredou-se também em confusão, ao definir a coisa julgada material como “a *eficácia* que torna imutável e indiscutível a sentença” (art. 467).

67. Ela serve para conter a natural tendência dos provimentos jurisdicionais, como atos estatais de poder que são, a produzir desde logo os seus efeitos (é a “*eficácia natural da sentença*”, de que fala Liebman: cf.: *Efficácia ed autorità della sentenza*, nn. 33 ss., pp. 121 ss. trad.).

68. Sobre a imunização das decisões estatais, v. ainda Tércio Sampaio Ferraz Jr., *apresentação* da tradução brasileira do livro *Legitimação pelo procedimento*, de Niklas Luhmann (p. 4).

ções), mais o que se disse sobre a *imunidade* das decisões, sugere alguma reflexão em torno daquela da qual já foi dito que com esta não se confunde. O ato não deixa de ser imperativo ainda se ou enquanto suscetível de revogação, nem se pode dizer que todo ato imutável seja imperativo.

A imperatividade das decisões estatais constitui reflexo da situação de supremacia do próprio Estado, entre as entidades dotadas de poder. Tão distinto é o poder exercido pelo Estado, que este chega a ser até identificado àquele, sendo conceituado, pela mesma voz doutrinária autorizada, como *uma institucionalização do poder*.⁶⁹ Embora *ordem jurídica*, o Estado é substancialmente uma *realidade política*, realidade de poder exercido sobre a população que o compõe e território que ocupa.⁷⁰ Esse poder supremo, que é monopólio do Estado, é também o único que se apresenta com o predicado da *soberania*, constituindo projeção moderna do *imperium*, máximo poder na ordem política romana.⁷¹⁻⁷² Daí a imperatividade, que é inerente ao poder estatal, originário como se sabe⁷³ e inevitável (ou irresistível) porque supremo. A *inevitabilidade* do poder estatal, em que reside o núcleo da explicação da imperatividade de suas decisões, revela-se em dois aspectos: na capacidade de impô-las e na “impossibilidade em que se acha o submetido de se subtrair ao poder”.⁷⁴ Isso quer dizer não só que as pessoas sob o poder do Estado se consideram sob

69. Cf. Dallari, *Elementos de teoria geral do Estado*, n. 53, p. 96 (ele refere Burdeau, o qual fala do poder institucionalizado no Estado e diz: “o Estado é uma explicação, uma justificação e uma utilização do fenômeno social que é o poder”; cf.: *Droit constitutionnel et institutions politiques*, p. 13).

70. Cf. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, cap. XIII, pp. 295 ss.: território, população e poder. Dallari, *Elementos*, n. 55, esp. p. 99: “é insustentável a afirmação de que o poder do Estado é total e exclusivamente jurídico”.

71. Sobre o *imperium*, cf. Scialoja, *Lezioni di procedura civile romana*, § 9º, pp. 106-107; Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, cap. XIII, III, p. 320.

72. *Soberania*, como foi dito antes, não é empregado aqui como sinônimo de *poder*, nem colocada no mesmo plano de raciocínio em que este: ela é um atributo do poder estatal, que concorre para distingui-lo dos demais (cf. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, cap. XIV, pp. 327 ss.).

73. Sobre poder estatal originário, v. Dallari, *Elementos*, n. 53, p. 96; Jellinek (*Allgemeine Staatslehre*, cap. XIV, II, p. 367) entrelaça a “capacidade de organizar-se por si mesmo e autonomia” com a soberania como propriedade do poder estatal.

74. Cf. ainda Jellinek, *op. cit.*, cap. XIII, III, p. 320; Dallari, *Elementos*, n. 14, p. 97.

sujeição a este, sendo-lhes impossível afastar a eficácia das decisões estatais, como ainda que a todos é, em princípio, trancada qualquer oportunidade de “quebrar o vínculo de submissão”.⁷⁵

Dentre todas as entidades dotadas de poder, somente o Estado é que, a par de exercê-lo, também é autorizado a *impor* suas decisões aos *submetidos* (tal é o primeiro dos aspectos por que se manifesta a inevitabilidade, como acima). É inerente ao poder estatal a capacidade de empregar a “força para obrigar com seus próprios meios à execução de suas ordens”.⁷⁶ Decisões emanadas de outros pólos de poder poderão eventualmente requerer a submissão de alguém e até conduzir validamente à compreensão de sua esfera jurídica (v.g., a eliminação do quadro associativo); mas, além de serem sempre suscetíveis ao crivo estatal, elas só poderão conduzir a alterações no mundo físico (v.g., desocupação de instalações), contra a vontade do destinatário, mediante emprego da força estatal. O Estado impõe suas próprias decisões (às vezes, encampando a de outros pólos de poder, entidades intermediárias), em certos casos, interferindo na realidade física do mundo mediante introdução de alterações de fato que as pessoas são impedidas de evitar (execução civil ou penal, execução e proventos administrativos); ou criando autoritativamente situações jurídicas que as pessoas não podem afastar ou neutralizar (proventos constitutivos). Na execução administrativa, legitimada pelo princípio da auto-executoriedade dos proventos da Administração, bem como nos atos administrativos de natureza constitutiva, reside o mesmo grau de imperatividade que em seus congêneres jurisdicionais; o que os diferencia destes é a inexistência da *actoritas rei judicatae*. Trata-se de atos estatais lá e cá, e a censurabilidade dos primeiros em via jurisdicional, como garantia inerente ao Estado-de-direito (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional), é somente um elemento de equilíbrio entre os *Poderes* do Estado, para a salvaguarda da integralidade da pessoa humana e seus predicados constitucionalmente resguardados.⁷⁷

75. Cfr: Dallari, *ib.*; e por isso é que, de um lado, a eficácia dos atos jurisdicionais independem de prévia aceitação pelo demandado (*litiscontestatio*) e, de outro, impõe-se inevitavelmente sobre as partes.

76. Cfr: Dallari, *ib.*; Faria, *Poder e legitimidade*, p. 57.

77. Trata-se dos mecanismos de controle *inter-órgãos* dos atos estatais, de que fala Loewenstein (cfr: *Verfassungsglehre*, pp. 294 ss.); v. *supra*, n. 2.

Entre o poder estatal, assim considerado em sua posição de inevitabilidade e supremacia (soberania) e o poder não-estatal, que é derivado e se expressa em decisões não auto-executáveis, existe uma diferença de magnitude, ou, como também se diz em ciência política, de peso.⁷⁸ O primado do ordenamento jurídico estatal, “cuja expressão é o direito objetivo propriamente dito”,⁷⁹ constitui, afinal, reflexo da supremacia do pólo de poder de que irradia, ou seja, do Estado (soberania); isso quer dizer que, muito embora as entidades intermediárias sejam legitimadas a exercer o poder em suas respectivas áreas de influência, esse poder é derivado do estatal e portanto condicionado a este, positivando-se em ordenamentos necessariamente modelados em conformidade com as diretrizes superiormente traçadas pelo Estado, único detentor da soberania.⁸⁰

Por isso é que o Estado moderno, não renunciando à incontrastável supremacia exercida no plano interno, reserva-se a última palavra sobre os assuntos entre particulares e igualmente entre estes e as entidades intermediárias (princípio da inafastabilidade) e veda qualquer atividade coercitiva que não seja sua. Franquear a coerção e permitir decisões incensuráveis valeria por renunciar à soberania. O exercício da jurisdição e a sua promessa solene têm, portanto, esse expressivo significado político de enérgica afirmação da soberania.

A imperatividade das decisões, assim solidamente assentada no sistema estatal de poder, explica satisfatoriamente a virtualidade, usualmente denominada *coercibilidade* em ciência política, de que só o poder estatal desfruta. Só o Estado decide legitimamente de modo tal que em cumprimento a essa decisão e com base no que ela contém (*aplicação da vontade sancionatória*) se legitima a sucessiva invasão da esfera de direitos e da própria liberdade da pessoa, mediante a execução forçada.⁸¹

78. Cfr: Kaplan-Lasswell, *Poder e sociedade*, pp. 109, 129, 121.

79. Cfr: Reale, *Teoria do direito e do Estado*, p. 225.

80. “Soberania, pois, quer dizer, em primeiro lugar, consciência e afirmação de supremacia por parte de um círculo social em um dado momento histórico, relativamente a outros círculos sociais particulares nele politicamente integrados” (Reale, *Teoria do direito e do Estado*, p. 179); só o direito do Estado tende à universalidade (entenda-se: nos limites do território e sobre a população daquele Estado): cfr: ainda Reale, *ib.*, pp. 85-86.

81. Sobre a *imperatividade* e seu conceito, discutiram Camêluti e Liebman, em memorável polémica sobre a coisa julgada (cfr: minhas “Polêmicas do processo

O exame da imperatividade concorre também para esclarecer bem sua acentuada distinção conceitual em face da imunização das decisões, além da autonomia funcional: a possibilidade de prisão do condenado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, bem como a execução provisória na esfera civil, constituem demonstrações da não-essencialidade da coincidência entre a imperatividade e a imunidade das decisões estatais (pode-se lembrar também o caso de provimentos administrativos sujeitos a recurso não-suspensivo).⁸²

14. *jurisdição e poder do ponto-de-vista do direito processual*

O conceito de poder, avançado antes (*capacidade de decidir imperativamente e impor decisões*), pretende constituir uma depuração do *decisionismo* das usuais alusões colaterais ao comportamento, à *transmissão* de decisões ou à *participação* no processo decisório.⁸³ A observação do modo como o poder é exercido em sede jurisdicional e impostos os seus resultados, mais a lembrança de conceitos que integram o universo de sua ciência, habilitam o processualista a propor esse diálogo ao político, estabelecendo duplo sentido vetorial a uma influência que assim se torna recíproca e faz-se interação. Essa postura mental, com a disposição de (supostamente) *invadir* a área da ciência política, é muito própria ao culto da teoria geral do processo, que em si mesma tende às generalizações e à busca da razão de ser comum de institutos que poderiam até parecer completamente dissociados. Quem ascender na escala de generalizações, chegando a perceber que a Justiça é parte integrante da Política, levará a problematização da ciência processual até a esse nível e compreenderá a legitimidade da proposta que aqui é avançada. Busca-se um conceito geral, a partir da experiência particular e confronto com outras experiências particulares, em autêntico processo de indução científica.

civil", n. 39, in *Fundamentos do processo civil moderno*, I. Dissociando a imperatividade, do *recrudescimento* das decisões estatais (e, portanto, da coisa julgada), manifesto minha clara preferência pela posição de Liebman: a "eficácia natural" da sentença, ou sua imperatividade, é a sua "aptidão a influir de modo determinante sobre os direitos, sobre as obrigações e, em geral, sobre a situação jurídica das pessoas" (cf. Liebman, *Manuale*, III, n. 384, p. 397).

82. V. *supra*, n. 12, notas 65-66.

83. V. *infra*, nn. 14.1 e 14.4.

O discurso propaga-se a considerações acerca da *coercibilidade* e da coerção, que igualmente costumam ser associadas ao elemento *decisão*, na conceituação do poder. Também essas afirmações merecem ser questionadas, do ponto-de-vista do processualista, cuja formação e experiência serão capazes, também nesse ponto, de oferecer válidos aportes à ciência política.⁸⁴

14.1 *jurisdição, poder e comportamento*

Existe acentuada tendência a associar à *decisão* do titular de poder o *comportamento*, ou mesmo *outra decisão* que a pessoa sujeita a ele é inevitavelmente levada a adotar. "Quem tem o poder pode motivar outros a adotar suas decisões como premissas de procedimento", ou seja, "a aceitar como compulsiva uma seleção dentro do âmbito de possíveis alternativas de comportamento".⁸⁵ No contexto de exposição do poder desenvolvida sobre o eixo da decisão, falou-se também nele como "processo de afetar políticas dos outros com a ajuda de privações severas", com o adendo de que "ter poder é ser levado em conta nos atos (políticas) dos outros".⁸⁶

Há também os que, prescindindo do momento *decisão* no conceito e na mecânica do poder, ou minimizando-lhe o peso científico, remontam à idéia de *dominação* e com isso tornam indispensável o elemento *aquiescência* (ou assentimento) na conceituação de poder. Nessa linha, definem o poder como "capacidade de um indivíduo, ou grupo de indivíduos, (de) modificar a *conduta* de outros indivíduos ou grupo da forma que quiser; ou, com mais simplicidade, "ability to determine the *behavior* of others".⁸⁷ Essas conceituações remontam também à mais célebre entre todas assentadas na linha poder-dominação, que foi posta assim: "*capacidade de mandar e ser obedecido*".⁸⁸

A ênfase na *dominação* confere natureza bipolar ao conceito de poder, o qual passaria a residir no binômio *vontade de dominar-dis-*

84. V. *infra*, n. 14.2.

85. Cf. Luhmann, *Legitimação pelo procedimento*, p. 26.

86. Cf. Kaplan-Lasswell, *Poder e sociedade*, pp. 111 e 112.

87. Cf. Organski, "The nature of national power", p. 139.

88. A fórmula entre aspas é de Vamireh Chacon (*Autoridade e poder*, p. 11), mas o pensamento é do clássico Weber (*Wirtschaft und Gesellschaft*, I, p. 170), no trato da *dominação*.

posição a obedecer; essa colocação teórica conta, em grande escala, com o assentimento ou aquiescência. Surgem, então, variadas colocações quanto à gênese psicológica do poder, se este corresponde a uma disposição inata a obedecer, se ligado a "hábitos voluntários de aquiescência"⁸⁹ que tendem a tornar-se inconscientes, se depende da maneira como o comando é apresentado ao espírito do comandado (*Herrschaft, dominação*) ou atua do lado exterior, sem oportunidade para o "oferecimento de qualquer resistência" (*Macht, força*).⁹⁰

Seja nessas tendências a destacar a dominação, seja entre os *deisionistas* que também incluem a referência ao comportamento do submetido, sente-se a desatenção a situações em que o exercício do poder se processa de forma tal, que a vontade do destinatário é completamente desconsiderada. Na mecânica do exercício do poder *sub specie jurisdictionis*, sem dúvida teorizada com muito maior penetração que os demais setores do exercício do poder, já se percebeu com clareza a existência dessas situações e o *modus operandi* dos agentes estatais ali: sabe-se que por mais de uma forma as atividades judiciais vão ao resultado programado, produzindo o efeito conveniente à ordem jurídica sem contar com a mínima cooperação do obrigado. Essa cooperação só é esperada (e estimulada) nas execuções por coerção como se dá nas atividades inerentes ao cumprimento de sentença condenatória por obrigação de fazer, de não-fazer ou de entregar coisa; em outras situações, notadamente nas execuções por sub-rogação, ela é dispensada.

A primeira dessas situações é representada pelas *sentenças constitutivas*: elas contêm em si, ao lado do momento declaratório integrante de todas as sentenças de mérito, um segundo momento lógico consistente na alteração da situação jurídica em que antes as partes se encontravam (ordinariamente, situação jurídico-substancial).⁹¹ O volume de poder de que dispõe o Estado e a sólida base política em que se apóia autorizam-no a impor, nesse segundo momento lógico, a criação, modificação ou extinção de relações jurídicas, direitos e obrigações, como é o caso, v.g.: a) das chamadas "sentenças substitutivas da vontade do obrigado" (*criam a relação jurídica que deve-*

89. Cfr. Deutsch, *Política e governo*, pp. 12 ss.

90. Cfr. Weber, *op. loc. cit.*; v. também Faria, *Poder e legitimidade*, p. 76.

91. Cfr. Chiovenda, *Principii*, § 8º, p. 179; Liebman, *Manual*, n. 86, p. 189.

ria ter sido criada mediante o omitido cumprimento da obrigação de contrair),⁹² b) da sentença concordata que acolhe ação revisional de pensão ou de aluguel (*modifica* o valor dessas obrigações); c) da que acolhe pedido de anulação de contrato (*extingue* o vínculo jurídico existente entre os contratantes). É muito expressiva, nesse contexto, a lembrança das sentenças *constitutivas necessárias* (divórcio, nulidade de casamento), proferidas em casos de acentuada indisponibilidade de direitos, as quais instituem situações jurídicas que nem o comportamento do demandado ou o concerto de vontades de ambas as partes, nem antes nem depois da emissão do provimento jurisdicional, seria capaz de instituir.

Fora da área de atuação jurisdicional, têm-se os *provimentos constitutivos da Administração*, onde o que se dá é o mesmo (v.g., concessão ou cassação de patente industrial ou mesmo ato disciplinar de aplicação de certas penalidades administrativas). Mesmo as leis, como atos de *positivação do poder*, podem ser vistas em

92. Não é pacífica em doutrina a natureza constitutiva dessas sentenças. Diz Calamandrei que o seu segundo momento lógico é um *elemento executivo*, por que se trata de substituir o ato omitido (declaração de vontade que o demandado deveria ter feito), ao passo que nas *verdadeiras* sentenças constitutivas o segundo momento é um elemento de jurisdição voluntária (cfr. "La sentenza come atto di esecuzione forzata", n. 4, esp. pp. 29-30). Está por demonstrar, todavia, que o fato de a sentença ser substitutiva, ou seja, o fato de só se justificar se tiver falhado o primeiro instrumento para satisfação do direito (a própria declaração), seja incompatível com a natureza constitutiva. É constitutiva toda sentença que, por si própria e sem a participação da vontade do obrigado, forneça uma alteração na situação jurídica trazida a julgamento com a pretensão deduzida. Toda sentença constitutiva é mesmo portadora de uma *execução*, mas não se trata da *execução* tomada em sentido próprio pela lei processual e pela ciência do processo. Por isso, não tem razão o florentino, ao ver na sentença substitutiva da vontade uma condenação a prestá-la, acompanhada do *elemento executivo*, nem tem razão Vidigal que o apóia substancialmente. Na mesma linha, Távora Niess (*Da sentença de substituição da declaração de vontade*, pp. 44-45). Sydney Sanches, após passar em revista a doutrina, conclui minimizando o problema, em face do direito positivo, segundo o qual "os efeitos do contrato prometido ou da declaração de vontade devida se produzem *ipso iure*, independentemente de outros atos" (cfr. *Execução específica*, n. 25, esp. p. 46). A opinião sustentada no texto afina-se com a de Chiovenda (cfr. *Principii*, § 8º, V, 4, p. 190). Porque a aceito, não vejo como correta a inclusão da disciplina positiva dessas sentenças no Livro II do Código de Processo Civil, arts. 639-641. Mesmo que a posição assumida não fosse a melhor, todavia, a lembrança dessas sentenças serve para demonstrar o que no texto se pretendia, a saber: que há casos nos quais o provimento imperativo do Estado realiza os efeitos desejados, independentemente de qualquer ato de obediência.

sua eficácia constitutiva (especialmente a de *efeitos concretos*, que implantam na vida jurídica alguma situação concreta antes inexistente). A lembrança das *sentenças* constitutivas justifica-se, todavia, pela melhor técnica a que chegou o direito processual jurisdicional e maior segurança de conceitos, apta a melhor esclarecer as coisas no campo mais amplo da ciência política.

É claro que, uma vez proferida a sentença constitutiva e chegado o momento de sua eficácia, no contexto de suas vidas as partes hão de comportar-se de acordo com a situação nova implementada por ela; em certa medida, será legítimo falar na tomada da decisão judicial como *premissa de conduta*, ou seja, na medida em que o comportamento do vencido, a partir daí, deverá ser diferente do comportamento que antes tivesse ou poderia ter tido (p. ex., se decretada a separação judicial, ele não poderá insistir na coabitação com o ex-cônjuge). Mas a implementação do próprio ato e sua eficácia jurídica imediata independem de qualquer ato ou atitude mental ou física de aceitação (decretada a separação judicial, a sociedade entre cônjuges está desfeita e inúmeras consequências decorrem daí, independentemente da vontade deles: v.g., a não-comunicação de bens). A não-adequação da conduta, a partir do ato imperativo e segundo o modelo do eventual *status* instituído por ele (ou segundo as consequências da eliminação do *status*), não interfere na eficácia do ato em si mesmo. A malha de compulsão à observância da lei e de todos os ditames decorrentes do exercício do poder constitui motivo para considerações em torno da legitimidade deste: se a generalizada aceitação constitui fator legitimante do poder, nem por isso a eficácia de cada ato singular de exercício do poder dependerá da subsequente atitude particularizada do destinatário do ato,⁹³ e, em razão de sua auto-suficiência em relação ao efeito desejado, até já se chegou, na doutrina processual, a atribuir à sentença constitutiva o caráter executivo e até mesmo a negar natureza jurisdicional ao seu segundo momento lógico.⁹⁴

Existem situações em que a sentença é realmente um *comando* e a ordem jurídica espera do destinatário o cumprimento por ato de vontade. As sentenças condenatórias civis referem-se a uma *obrigação*

93. V. *infra*, n. 17.

94. Cf. Celso Neves, "Classificação das ações", esp. pp. 356-357.

de prestação (e, daí, *Leistungsurteil* — "sentença de prestação"),⁹⁵ o que se dá muito particularmente naquelas que determinam ao vencido a abstenção de alguma conduta ou a prestação de serviço pessoalíssimo (obrigações de fazer infungíveis). Nesses casos é muito importante que o obrigado adapte seu comportamento aos ditames do direito e, para tanto, o sistema de influências sobre sua vontade tem uma missão a cumprir, seja mediante promessas ou ameaças. Se ele já não modelou sua conduta adequadamente e não a modelar depois do comando particularizado explícito na sentença, será convidado a fazê-lo *quando intimado para o cumprimento da sentença*; toda execução principia mediante essa exortação a cumprir a obrigação, quer se trate dessas trazidas na exemplificação, quer se trate de obrigações pecuniárias ou relativas a coisa certa ou em espécie.⁹⁶ Exortado ao cumprimento da obrigação, o executado pausará ou não a conduta pela forma devida: é claro que, na cooperação que aportar ao juiz, estará facilitando o exercício da jurisdição e, correspectivamente, procurando obter algum benefício ou evitar situações mais gravosas (v.g., pagando o valor devido, sob pena de multa de 10%), da mesma forma que, desbordando para os extremos do ilícito processual, os óbices extraordinários que com isso estarão opondo ao exercício do poder serão havidos por *contempt of court* e ele receberá as *severas privações* que lhe destina o sistema.⁹⁷ O dever de lealdade, alvo de alçandorada exaltação pelo codificador de 1973 e por sucessivas reformas do Código de Processo Civil, é realmente indicador de que a conduta da pessoa sujeita ao poder não é indiferente para o exercício deste.

95. Tratando-se de condenação *ordinária*, tem-se obrigação que clama por satisfação desde logo, o que não acontece quando a condenação é *para o futuro*; tratando-se de *condenação genérica*, a necessidade de liquidação retarda o momento do cumprimento, mas entende-se que a obrigação preexiste à sentença (cf. Dinamarco, *Execução civil*, n. 29, pp. 188-189).

96. Cf. CPC, arts. 461 e 461-A. Cf. Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, IV, n. 1.624, esp. p. 526.

97. Cf. CPC, arts. 600-601. Os atos atentatórios à dignidade da Justiça foram sancionados pela primeira vez em nosso direito, com a amplitude que nesses dispositivos se vê, com a vigência do atual Código de Processo Civil; essas disposições fazem parte de um contexto de muita severidade contra a deslealdade no processo (cf. Dinamarco, *Direito processual civil*, n. 129, pp. 200-201; sobre o tema, v. Roberto Molina Pasquel, *Contempt of court*).

Não lhe é essencial, todavia. Todo sistema de execução civil, ou de cumprimento de sentença, efetiva-se, em *ultima ratio*, mediante substituição da vontade do obrigado, que não cumpriu a obrigação, pela do juiz e seus auxiliares; na qualidade de agentes do poder estatal, dispõem estes da legítima capacidade de implantar uma situação social ou economicamente equivalente àquela que teria sido alcançada mediante o cumprimento voluntário. Tem-se com isso uma sub-rogação, que é, em si mesma e por definição, suficiente para dispensar completa e integralmente o concurso da vontade do obrigado; as alterações de fato que segundo o direito seriam introduzidas no mundo pelo ato voluntário omitido são independentemente des-sa vontade, sem ela ou mesmo contra ela.⁹⁸ O Estado dispõe de suficiente grau de poder para impor as transformações desejadas pelo sistema, seja mediante atos com eficácia jurídica suficiente (como nas sentenças constitutivas), seja mediante alteração na ordem física — inclusive no tocante às obrigações específicas (cumprimento de sentença), quando o juiz, não havendo obtido o cumprimento pelo próprio obrigado, é autorizado a impor medidas de efeitos equivalentes ao do cumprimento.

Fica demonstrado, assim, que a efetividade do poder não depende inefavelmente da atitude de obediência, de modo que, obediência não havendo, poder efetivo não teria sido exercido. Não se negue que a própria existência do Estado, como poder institucionalizado com vocação à permanência, repousa e extrai legitimidade do já afirmado clima generalizado de aceitação;⁹⁹ a desobediência generalizada e repúdio ao direito posto por ele (poder positivado) significaria negação da própria ordem instituída. O que tem sido considerado é que, no dia-a-dia do exercício do poder, numerosas situações existem, como as que vêm de ser postas em destaque, em que da própria *actoritas* de que são investidos os agentes estatais decorre a possibilidade de criar situações novas e entregá-las já consumadas às pessoas, sem que sequer haja oportunidade para que desobedeçam ou mesmo deliberem obedecer. Tal é a situação de *sujeição*, superiormente conceituada como posição jurídica de quem simplesmente

98. Cf. Dinamarco, *Execução civil*, n. 9, esp. p. 84, nota 68; n. 11, esp. p. 100; n. 13, p. 111, esp. texto e nota 155.

99. V. *infra*, n. 17.

é impedido de evitar os atos de exercício do poder. Sujeição é o exato contraposto negativo do poder e no binômio poder-sujeição bem se expressa a fundamental relação entre Estado e indivíduo.¹⁰⁰

14.2 *jurisdição, sanção, coerção, coercibilidade*

Especialmente entre os *decisionistas*, sente-se a preocupação de complementar o conceito de poder, inserindo nele a idéia de *sanção*, sem a qual a *decisão* poderia ficar ineficaz. É indispensável alguma reflexão sobre o sentido de sanção em direito, sua compreensão e extensão, com a advertência suplementar de que não reina uniformidade semântica no emprego do vocábulo pelos autores que se ocupam do tema.¹⁰¹

Definiu-se sanção como “o expediente utilizado por sistemas normativos para salvaguardar as leis de ações contrárias”.¹⁰² Mediante a sanção, visa o titular de poder a obter a eficácia de suas decisões, quer tomadas abstratamente, quer dirigidas a caso particularizado. A primeira vacilação doutrinária a respeito apresenta-se no *modus operandi* da sanção: se exclusivamente mediante a ameaça de males pelo descumprimento (*privações severas*), se também pela via da promessa de recompensa (*indução*). É preferível tomar o vocábulo no sentido mais amplo, a partir da idéia de que tanto essa promessa como a ameaça se situam, perante o sistema, no plano único dos expedientes voltados ao cumprimento das decisões.¹⁰³

100. Sobre sujeição, v. *supra*, n. 8, nota 44; mas da *impossibilidade de reagir* não decorre que a conduta do obrigado seja inteiramente irrelevante a partir da sentença (*infra*, n. 14.3).

101. V. *supra*, n. 11, esp. texto e nota 42.

102. Cf. Lafer, *O Brasil e a crise mundial*, p. 25; falar da *erosão de ações contrárias*, que poderia atingir as leis, é pensar no aspecto político da jurisdição e sua missão de salvaguardar a autoridade do Estado e do seu ordenamento (v. *infra*, n. 24).

103. Cf. Dahl, *A moderna análise política*, pp. 90-91, nota 8. Diz Deutsch que “os seres humanos têm tendência a aprender mais com recompensas do que com castigos” (*Política e governo*, p. 159), com o que se valorizam as *sanções premiais*; v. ainda Ingo Plöger (*apresentação* da tradução brasileira da obra de Deutsch, p. 13: “também a coerção pode ser traduzida por *ameaças* ou aplicação de respostas positivas, isto é, recompensas e castigos”); mas Kaplan-Lasswell falam em “ameaça de sanções”, locução em que o vocábulo aparece somente no sentido negativo (castigo — cf. *Poder e sociedade*, p. 111).

Com isso, pode-se dizer que a sanção vai da promessa de recompensa até à punição física do desobediente, passando pela invalidade ou ineficácia do ato divergente do sistema, reparação pecuniária, agravamento das obrigações;¹⁰⁴ o próprio exercício da jurisdição já foi ligado à aplicação de sanções¹⁰⁵ e o processo executivo recebeu, na voz do seu teórico mais autorizado, a conceituação como sistema sancionatório.¹⁰⁶ Diz-se também que toda lei, que constitui ato de poder (decisão, *positivação do poder*), contém uma sanção (*sancio juris*), ao lado da hipótese de fato formulada abstratamente (*fatispecie*);¹⁰⁷ e essa sanção, ou consequência jurídica, será benéfica ou repressiva, consoante se tenha uma hipótese de fato favorável ou desfavorável aos valores considerados pelo titular de poder, autor da decisão. Nesse sentido amplo, portanto, constitui sanção a transformação jurídica imposta mediante sentença constitutiva (sanção antes prevista na lei: v.g., a separação judicial como sanção à *conduta desonrosa* ou *grave violação dos deveres do casamento*);¹⁰⁸ sanção também é a expropriação que se dá no processo executivo por dinheiro.

Em um plano mais ligado ao comportamento do destinatário dos atos concretos de poder é que costuma a doutrina política, com mais frequência, falar das ameaças e promessas. Nesse discurso, parte-se insensivelmente da indispensabilidade da obediência, ou *assentimento*, o que leva a supervalorizar a sanção como meio de indução psicológica. Em casos como o da sentença constitutiva ou da

104. A sanção é sempre ditada pelo titular do poder, embora nem sempre sua aplicação se dê pela via dos atos particulares, em concreto. O direito do cônjuge inocente a obter a separação (direito potestativo) é a sanção que no ordenamento jurídico é destinada, com visos de generalidade, aos atos caracterizados como "conduta desonrosa" ou "grave violação dos deveres do casamento" (lei n. 6.515, de 26.12.1977, art. 5º; v. Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, n. 255, p. 392, 2ª ed.); a sentença (constitutiva) de concessão do desquite parte do já preexistente direito a desquitar, que fica assim reconhecido no seu primeiro momento lógico. A execução forçada é também, em si própria, uma sanção (tal é a co-nhecidíssima lição de Liebman). A sanção ao litigante de má-fé (CPC, arts. 16-18) é aplicada em casos particulares, pelo juiz da causa.

105. É a teoria de Redenti: *cf.* "Intorno al concetto di giurisdizione".

106. *Cf.* Liebman, *Processo de execução*, n. 7, pp. 14-19; Dinamarco, *Execução civil*, n. 26, esp. p. 173.

107. *Cf.* Carnelutti, *Diritto e processo*, n. 6, pp. 11-13.

108. *Cf.* lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 5º.

execução forçada, se a pessoa que se pautou por conduta divergente do sistema fez-se merecedora de sanção, na sentença ou nos atos executivos já reside a sanção que em um primeiro momento mereceu. Pode suceder que na fase de cumprimento de sentença ainda seja necessário induzir o comportamento do obrigado, impondo-lhe sanções (multas periódicas, interdição de atividades *etc.*); mas, não se obtendo por esse caminho a desejada adequação da conduta, chega um momento em que ela passa a ser de absoluta indiferença. Sanções dessa ordem têm o seu valor, portanto, limitado aos casos onde o sistema, em um primeiro tempo, conta com o adimplemento voluntário (v.g., obrigações personalíssimas).

Nesses casos, a ameaça de privação ou promessa de recompensa opera como meio de indução psicológica ao adimplemento. Apesar das muitas variações terminológicas presentes na doutrina, pode-se afirmar, aqui, o intuito de estabelecer a chamada *Herrschaft*, ou seja, dominação sobre o espírito, destinada a motivar a vontade da pessoa.¹⁰⁹ Entre dois valores, pode livremente optar pelo que lhe parece superior em sua própria escala, axiológica — seja buscando a recompensa prometida à custa do sacrifício imposto pelo sistema, seja renunciando a ela, para preservação do valor cujo sacrifício o sistema pretendia, seja adotando o comportamento pretendido e com isso evitando o mal contido na ameaça, seja ainda preferindo a privação ameaçada, como preço do valor que preferiu preservar. Vê-se que, mediante essas técnicas, o titular do poder quer criar ou aplicar sua "oportunidade de obter obediência daqueles que a devem".¹¹⁰ Exemplos de recompensas prometidas são: a) a permanência do locatário no imóvel urbano por seis meses, com isenção do pagamento das despesas processuais e condenação honorária, como compensação, por reconhecer o pedido de despejo (nos casos que a lei prevê) e desocupar pontualmente o imóvel;¹¹¹ b) isenção do réu em processo monitorio a despesas e honorários, em caso de cumprir o mandado sem lhe opor embargos.¹¹² Exemplos de privações ameaçadas:

109. *Cf.* Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, I, p. 43; Faria, *Poder e legitimidade*, p. 76; Organski, "The nature of national power", p. 139.

110. A idéia de *obediência*, como venho dizendo, não é coessencial ao poder mas também não fica excluída.

111. *Cf.* lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991, art. 61.

112. *Cf.* CPC, art. 1.102-c, § 1º.

a) prisão do devedor por alimentos; b) *astreintes*, multas pecuniárias impostas com o fito de obter a obediência ao ato estatal concreto de comando a fazer ou abster-se.

As sanções consistentes em ameaças de privação com vista a obter o cumprimento da sentença, em casos onde se cogita de prestação do obrigado, constituem meio de evitar a execução forçada — merecendo destaque a multa imposta ao devedor que, intimado a cumprir a sentença condenatória por dinheiro, não paga o valor devido no prazo de dez dias. A prisão do devedor por alimentos e as *astreintes* não constituem meios executivos, mas instrumentos de pressão psicológica. Trata-se daquilo que, em virtude da equivalência funcional à execução, recebeu da doutrina a denominação de *execução indireta*,¹¹³ sabendo-se que no sistema brasileiro do *cumprimento de sentença* medidas de execução indireta assumem posição de primeira relevância. Quando esgotadas estiverem as esperanças de obter o adimplemento, considera-se que a ameaça e mesmo a privação efetivamente aplicada foram insuficientes, abrindo-se então caminho para a execução propriamente dita, ou por sub-rogação, na qual os resultados determinados pela ordem jurídica serão perseguidos sem qualquer consideração à vontade do obrigado.

Quando o Estado age por sub-rogação, como na sentença constitutiva e na execução forçada, tem-se a substituição de outra vontade pela sua, ordinariamente sem coerção sobre quem quer que seja, mas com a *auctoritas* inerente a seu poder, que torna inevitável a consecução do resultado compatível com a ordem posta. Tem-se, com isso, o estado de *sujeição*, imposto pelo Estado sem qualquer indagação quanto ao assentimento ou agrado do sujeito e suficiente para proporcionar-lhe a obtenção do resultado. Mercê da sujeição, fica a pessoa impedida de evitar a realização dos atos imperativos devidos.

Eventuais atos físicos dos agentes do poder sobre as pessoas constituem *coação física*.¹¹⁴ Há coação física na execução penal, onde

113. "Uma multa — disse Bertrand Russel — não torna uma ação impossível, mas apenas nada atraente" (*Cf. O poder — uma nova análise social*, p. 23). Discorri sobre a execução indireta, como meio de pressão psicológica, na tese *Execução civil* (n. 54, esp. p. 106, texto e nota 5).

114. *Cf.* Kaplan-Lasswell, *Poder e sociedade*, p. 132; mas "a coação não está restrita à força bruta, ao banditismo ou ao terror"; às vezes, não passará de "leves privações ou benefícios relativos" (*id.*, *ib.*)

se exclui o cumprimento voluntário da decisão contida na sentença condenatória por pena privativa da liberdade, sendo indispensável a prática racional legal e ordenada de atos de constrição à liberdade física. Na execução civil, que em *ultima ratio* é um sistema de sub-rogação, só extraordinária e eventualmente se dará a coação física.¹¹⁵ Realizam-se atos físicos dos agentes do poder, exclusivamente, sobre o objeto da execução, não sobre seu sujeito passivo. Na execução civil, o emprego da força física somente é autorizado em casos de rebeldia, como subtração física de bens e eventual interposição de uma pessoa entre ele e os agentes do poder — mas isso não faz parte do procedimento estabelecido para a normalidade dos casos, nem é de ocorrência significativa, nem essas coações físicas se lançarão necessariamente sobre o obrigado (sujeito passivo da execução), mas sobre quem quer que venha a opor resistência indevida ao exercício do poder.

Tem-se, pois, a *coatividade*, com bastante simplicidade conceitual da como "capacidade física de execução",¹¹⁶ a qual é potência que em sede jurisdicional só excepcionalmente se faz ato. Bem pensado, ela se insere no contexto da sub-rogação, em que se desconsidera a vontade do obrigado e a coerção só complementariamente é desenhada, ou seja, em caso de eventual resistência física a ser autoritariamente vencida. Reduzida a essa dimensão, a coercibilidade está presente, no entanto, como fator de desencorajamento de eventuais propósitos de rebeldia.

É corrente, em ciência política, também a ressalva de que a essa dimensão, a coação física não equivale à truculência, nem coatividade abre caminho ao exercício arbitrário do poder.¹¹⁷ Em clima de *due process*, o emprego da força física não deve ir além do necessário para assegurar a eficácia dos atos de poder, sem excessos degradantes à pessoa. Preconiza-se e aceita-se somente o exercício

115. Para Chiovenda os meios executivos são coercitivos e sub-rogatórios (*v. Principii*, § 10, p. 236); mas, tendo em vista o direito vigente à época, em minha *Execução civil* sustentei o caráter executivo somente dos sub-rogatórios (*v. n. 54*, esp. p. 106, texto e nota 5).

116. *Cf.*, ainda uma vez, Faria, *Poder e legitimidade*, p. 57; essa capacidade, inerente ao poder estatal, caracteriza o *imperium*.

117. *V. supra*, nota 114.

racional da força, seja em sede jurisdicional seja nas demais atividades estatais.¹¹⁸

14.3 *jurisdição e influência – a jurisprudência e seu valor*

O poder costuma também ser considerado em correlação com o conceito de *influência*, embora jamais hajam os cientistas políticos chegado a um consenso quanto ao modo como os dois conceitos se aproximam: se em sinonímia, se mediante assimilação do primeiro ao segundo como categoria mais ampla, se apenas em mera relação de semelhança. A definição da política como “estudo da influência e do influente”¹¹⁹ indica sinonímia entre influência e poder. Dizer que “a influência tenta então penetrar na personalidade de uma pessoa”, enquanto “o poder age sobre ela essencialmente do exterior”,¹²⁰ é aproximar demasiadamente o poder à coerção e desconsiderar os casos em que ele atua por influência: a determinação do comportamento das pessoas, se bem não seja essencial ao poder, à sua existência em concreto, e à sua mecânica, não pode ser assim afastada. Foi dito também que “influência é uma forma de poder mais ampla e moderada”.¹²¹

Conquanto vaga e destituída de rigor lógico,¹²² essa colocação sugere reflexões que acabam conduzindo a resultados satisfatórios. Sempre que se trate de criar uma nova situação no mundo da natureza ou na vida das pessoas, ou determinar alguma conduta destas,

118. Aqui, em nome do *poder de política* a violência poderá ser exercida, sempre que indispensável para remover óbices ao interesse público, restringindo direitos e invadindo a esfera de liberdade das pessoas (cf. Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, p. 136). Para o exercício da jurisdição (e não somente no exercício da jurisdição), o juiz tem poderes para fazer valer a força, seja quanto a testemunhas faltantes (conduzidas a juízo com auxílio da força pública), seja quanto a disciplina nas audiências (polícia das audiências), etc.

119. Cf. Lasswell, *apud* Deutsch, *Política e governo*, p. 47.

120. Cf. Deutsch, *ib.*

121. Cf. Deutsch, *ib.* Em Kaplan-Lasswell tem-se que “a *coação* é o exercício da influência por ameaça de privação; a *indução*, por promessa de recompensa” (*Poder e sociedade*, p. 132).

122. Afirma-se que essas colocações pecam em face da lógica, porque: a) se a influência é uma categoria mais ampla, ela então abrange o poder e outras formas de alterar a situação ou a conduta das pessoas (ela seria o gênero a que o poder pertenceria); b) se ela é forma moderada do poder, não pode abranger o próprio poder, como forma mais radical.

que sem a atuação considerada não aconteceriam, tem-se *influência*: quem acende ou apaga uma vela exerce influência sobre a matéria; o *ingênuo* que se põe a *comandar* o tráfego na rua e ocasiona a *desaceleração* dos autos exerce influência sobre os condutores destes; o guarda de trânsito que determina a *desaceleração*, também. Deles, só o último exerce poder político, porque só ele decidiu agir daquela maneira e também dispõe de condições de impor às pessoas o resultado de sua decisão.¹²³ Donde se conclui, não muito afastado da colocação tomada por mote, que o poder dispõe de menor extensão e maior compreensão que a influência, estando para esta como a espécie para o gênero. A influência só se faz poder quando atinge graus suficientes de intensidade, adquirindo *imperatividade*.

Nesse quadro, a jurisdição é exercício de influência, sem deixar de ser manifestação de poder. O resultado do processo ou fase de conhecimento é uma *decisão* que, por emanar do Estado, pólo de poder, impõe-se imperativamente aos destinatários; o resultado do processo executivo, ou da fase de execução, é uma *satisfação* que, por sua vez, repousa na *decisão* do órgão estatal no sentido de produzi-la. Embora o resultado da execução careça de caráter, os atos que no processo ou fase de execução se realizam correspondem a decisões tomadas: os atos do juiz e seus auxiliares no curso de qualquer processo (inclusive decisões interlocutórias) ou são decisões ou apóiam-se em decisões e todos são imperativamente impostos às partes e eventualmente a terceiros. Enfim, nos limites do objeto do processo, do processo mesmo e da ação, cada processo gera decisões e atos materiais que constituem autêntico exercício de *poder*. Daí a possibilidade de efetivação por ato do próprio Estado, de execução forçada e eventualmente até mesmo imposição coercitiva.

Mas a *influência* nem sempre se caracteriza como *poder*. Conclui-se, em sua acepção mais ampla, como “relação entre dois agentes, em que um agente induz outros agentes a agirem por uma forma que de outra maneira não agiriam”.¹²⁴ Quando não dotada de imperatividade, poder não é. Pois o exercício da jurisdição apresenta-se

123. Cf. Dahl, *A moderna análise política*, p. 52; lembro também a ficção do rei, de Saint-Exupéry, que só dava ordens *razoáveis* aos corpos celestes, para poder ser obedecido.

124. Cf. Dahl, *ib.*

ta uma capacidade muito ampla de influir no espírito das pessoas, determinando-lhes a conduta e decisões, de forma semelhante ao que se dá quando se trata de poder, mas agora destituída de impenetrabilidade. Trata-se da influência dos precedentes jurisdicionais, de crescente intensidade no direito positivo brasileiro.

Nos sistemas jurídicos de direito não escrito (*familia da common law*) é compreensível que do julgamento de cada *case* se extraia critério para julgamentos futuros, na busca de alguma estabilidade e segurança suficiente para a confiança no próprio direito.¹²⁵ Onde se tem direito escrito, todavia, isso não é necessário nem é aconselhável que os tribunais estratifiquem tanto sua orientação em torno de teses, que a dinâmica do direito fique trancada. Pela via da apreciação judiciária de casos concretos, é lícito esperar a evolução do próprio direito, segundo a dinâmica social e evolução das perspectivas axiológicas.¹²⁶

Por isso, a *influência* dos precedentes jurisprudenciais reduz-se, nos sistemas jurídicos da *familia* romano-germânica, à advertência dos riscos a que estão sujeitos os comportamentos divergentes. Saibam as pessoas do grande risco que correm, caso contem com situações jurídicas negadas pelos tribunais em sua linha costumeira de julgamentos; saibam os juizes da provável reforma de seus julgamentos, caso prefram linha diferente. Como se disse da *actoritas* do Senado romano, a força da jurisprudência "é mais do que um conselho e menos do que uma ordem".¹²⁷

A influência que a jurisprudência exerce é mais intensa que a das lições doutrinárias, a qual opera somente *rationalis auctoritate*. De algum modo os alvíres dos doutrinadores vão ao espírito das pessoas e exercem algum peso em suas decisões e conduta, mas ficam nos confins do mero *conselho*; não passam de um meio acentuadamente moderado de influência, desacompanhado de qualquer ameaça de *privação* ou sanção de qualquer ordem (como a jurisprudência tam-

125. Certas sentenças contêm um *holding*, que é a parte onde enunciam normas de eficácia vinculativa para o futuro (cf. Farnsworth, *An introduction to the legal system of the United States*, esp. pp. 61-62; Tunc-Tunc, *Le droit des Etats Unis*, nn. 31-33; Roscoe Pound, *Justice according to law*, esp. pp. 60-63).

126. V. *supra*, n. 4; mas o juiz não se torna legislador (v. *infra*, n. 28.3).

127. Cf. Mommsen, *apud* Comparato, *O poder de controle*, "prólogo", esp. p. 2.

bém) e mesmo sem a implícita advertência que as linhas jurisprudenciais trazem consigo, *ratione auctoritatis*.

Usando a linguagem política, é portanto correto dizer que a jurisprudência, como conjunto de decisões reiteradas, não constitui *positivação do poder*; na realidade, ela sequer costuma ser vista desse ângulo, o que constitui manifestação do mau vazo de associar as coisas do processo ao direito privado e esquecer-se de sua vinculação ao sistema político.¹²⁸ Mas é inegável que na sentença o direito se positiva. Não, porém, com o caráter de *universalidade* inerente à positivação mediante a lei, sendo sabido a positivação do direito através da sentença refere-se exclusivamente ao caso concreto, ou seja, ao objeto do processo em que proferida (*Streitgegenstand*). Nos sistemas jurídicos de direito escrito, a função jurisdicional não tem vocação à generalidade, que é reservada à lei.

O direito processual civil brasileiro é particularmente explícito a propósito, seja ao conter a eficácia da sentença nos confins do objeto do processo e das partes processuais, seja traçando com clareza os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada material. O Código de Processo Civil dita a regra da legitimidade *ad causam* individual, ressalvados somente os casos específicos nos quais se admite a substituição processual pela via das *class actions*.¹²⁹ Por isso, só poderão integrar a *res in iudicium deducta* as situações em que estiver envolvido o próprio demandante ou os sujeitos que ele esteja legitimado a substituir no processo, sendo o juiz expressamente proíbido de ir além;¹³⁰ e a imunização da decisão de mérito pela *actoritas rei judicatae* não vai além dos sujeitos envolvidos na relação processual, ou de seus substituídos, pois incide somente sobre o *decisum* e nenhum dos fundamentos da sentença fica coberto pela autoridade da coisa julgada. Tal construção, que resulta de conscientes opções do legislador, equivale a negar aquela suposta vocação da atividade jurisdicional à condição de fonte do direito. Nem a *verdade dos*

128. Cf. Reale, *Teoria do direito e do Estado*, p. 93. Mas v. Faria, *Poder e legitimidade*, p. 22: "o poder objetivado é aquele exercido de acordo com certas normas impositivas que se desligam das vontades que o prescreveram, convertendo-se em intencionalidades objetivas". As sentenças são portadoras dessas *intencionalidades objetivas* e constituem, claramente, atos de positivação do poder.

129. CPC, art. 6º.

130. CPC, arts. 128 e 472.

factos nem qualquer fundamento de qualquer ordem, nem mesmo a tese jurídica tomada por apoio do decisório na solução de questão de direito relevante, nada disso que se contém nos *motivos* da sentença transcende ao processo em que tem lugar, nem irá atingir sequer a vida dos próprios sujeitos envolvidos. A sentença vale pelo *decisum*; é ele que colhe a situação lamentada pelo autor na demanda inicial e é somente ele que tende a tornar-se imutável.¹³¹

Essa colocação, que não constitui novidade na doutrina, e está presente no texto explícito da lei brasileira vigente, confirma por inteiro que na parte dispositiva da sentença é que se localiza e concentra a positividade do poder *sub specie jurisdictionis*. A aceitação de alguma forma de interpretar a lei ou o sistema fica fora do foco e do escopo da decisão jurisdicional, bem como da própria justificação jurídica da jurisdição (atuação da vontade *concreta* da lei). A força que tenha a tomada de posição do juiz, ou que tenham as repetidas decisões coincidentes e (tanto maior quanto mais elevado for o órgão jurisdicional), é mera influência *moderada*, ou seja, influência que não chega a caracterizar-se como poder. Decisões que contrariem a jurisprudência não são ilegítimas por essa razão e não comete desvio

131. CPC, art. 469. É claro que os motivos servem para a interpretação do *decisum*, mas, uma vez profenida a sentença e com ela o julgamento do *meritum causae*, a solução dada desliga-se dos seus motivos e da intenção do prolator, valendo por si mesma e assim ficando coberta pela autoridade da coisa julgada: *cf.* Calamandrei, "Verità e verosimiglianza", n. 3, esp. p. 167. Na vigência do Código anterior, o parágrafo do seu art. 287 dava a impressão de aderir à clássica postura que remonta a Savigny e prestou-se a discussões em torno da extensão da *res judicata* aos motivos da sentença. A resposta positiva constitui título e tema de prestigiosa monografia de Mesquita: *cf.* *A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade da motivação da sentença, passim*. Em sentido contrário, Liebman ("Limites objetivos da coisa julgada", pp. 162-163), apoiado por Celso Neves (*Coisa julgada civil*, pp. 493, 494); e Barbosa Moreira, agudamente, esclarece que a referência às "premissas necessárias", no dispositivo citado, não tinha o poder de reavivar a velha fórmula de Savigny sobre os motivos determinantes do julgado, mas somente de ressaltar que, *nos limites da lide* (atenção ao *caput*), consideram-se iam decididas todas as questões que constituíssem premissa necessária ao julgamento, ainda que decididas de modo implícito (*cf.* *Questões prejudiciais e coisa julgada*). O art. 469 do Código vigente, fazendo todas as exclusões que os seus incisos apresentam, pretendeu por uma pá de cal sobre a *vexata quaestio*, reduzindo a autoridade do julgado mesmo à parte dispositiva da sentença (v. Dinamarco, "O conceito de mérito em processo civil", in *Fundamentos do processo civil moderno*, I, n. 155; o art. 458, inc. III, do Código de Processo Civil, é redigido de modo impróprio, porque no dispositivo a sentença não traz a solução de *questões*, mas da própria causa, ou seja, da *lide*).

de poder o juiz que as profere. O Supremo Tribunal Federal chegou inclusive a proclamar essa liberdade dos juízos inferiores e outros tribunais, o que fez em dois importantes enunciados de sua Súmula. Em primeiro lugar, disse que não constitui violação a literal disposição de lei a opção por uma entre duas ou várias interpretações que o texto legal vier recebendo na jurisprudência:¹³² e, afastando em casos assim o direito à rescisão de sentenças ou acórdãos, indiretamente está a Corte Suprema a afirmar a liberdade de julgar de modo divergente da corrente dominante. Está também assentado que não *mega vigência* à lei a sua interpretação razoável, "ainda que não seja a melhor".¹³³ Por mais que a jurisprudência influa nos julgamentos inferiores, portanto, sua infringência não é assim rigorosamente hostilizada pelos próprios tribunais.¹³⁴

A edição de *súmulas vinculantes* constitui autêntico exercício do poder, não mera influência, uma vez que o Supremo Tribunal Federal não somente as edita como também tem o poder de impor sua observância aos agentes dos demais Poderes do Estado e a todos os juízes e tribunais do país (Const., art. 103-A, *caput* e § 3º, red. EC n. 45, de 8.12.04). Essas súmulas são verdadeiras normas jurídicas que o Supremo Tribunal Federal edita, com um grau de generalidade e abstração inferior ao que as leis têm, mas com uma eficácia que transcende os casos postos em julgamento, como é próprio à jurisdição.¹³⁵ Editar súmulas vinculantes, ou *súmulas*, constitui portanto uma atividade normativa, não jurisdicional; mas o conhecimento e julgamento das reclamações por descumprimento de súmulas vinculantes é uma atividade puramente jurisdicional.

14.4 participação no processo decisório

Enquanto se pensa no poder institucionalizado em algum *pólo de poder* (especificamente, no Estado), é inadequada a tentativa de conceitua-lo em torno da idéia de "participação no processo

132. *Cf.* Súmula 343.

133. *Cf.* Súmula 400.

134. Do contrário, o processo não acompanharia as mutações do sistema constitucional e legal (v. *supra*, n. 3), nem serviria ele próprio como instrumento para as mutações (*supra*, n. 4).

135. *Cf.* Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, n. 29-A, p. 86 e n. 132-A, p. 340.

decisório".¹³⁶ O Estado comanda o processo decisório e *decide* ele próprio, impondo depois a sua decisão. Não é correto, sob esse prisma, falar em *participação*.

Sucedem os políticos muitas vezes expressam pensamentos e conceitos que mais se referem aos *individuos* ocupantes dos postos de decisão estatal, do que ao Estado em si mesmo, como titular do poder institucionalizado. *Ter poder*, nessa óptica, significaria então ocupar posição de mando e, assim, participar do processo decisório.

Por outro lado, a familiaridade com as idéias referentes ao princípio do contraditório mostra ao processualista que, em torno do exercício do poder *sub specie jurisdictionis*, as pessoas que depois serão atingidas pelo provimento (decisão imperativa), ou pela sua efetivação, também exercem suas atividades. O exercício da ação e da defesa, ao longo do procedimento e ao lado dos atos de jurisdição, constitui ao mesmo tempo cooperação trazida para o correto exercício desta e *participação* que não pode ser obstada aos interessados.¹³⁷ A participação, portanto, não é do titular do poder (no caso, jurisdição), mas das pessoas sobre quem o poder se exerce.¹³⁸

14.5 *jurisdição (poder) e dinâmica do poder*

Entre os *decisionistas*, voz muito prestigiosa atribuída ao poder a condição de "mecanismo de transmissão de resultados de seleção e até mesmo de obras de seleção produzidas pela decisão".¹³⁹ É proposta a consideração do poder por dois aspectos, como relação e como processo, residindo aqui a *dinâmica do poder*.¹⁴⁰

136. Cf. Kaplan-Lasswell, *Poder e sociedade*, p. 110.

137. Falando da *participação*, portanto, não se está falando da atividade do titular do poder (Estado, Estado-juiz), mas justamente o contrário, isto é, falando da atividade das pessoas que estão sujeitas aos atos de poder: no caso do processo jurisdicional, as partes. Sobre o contraditório e seu significado, v. *infra*, n. 16.

138. Uma das aberturas indispensáveis à *efetividade do processo* (aspecto positivo da instrumentalidade processual) é precisamente essa consistente em possibilitar (e em certos casos até mesmo tornar indispensável) a efetiva participação. Essa é uma preocupação que se insere no *modo de ser do processo*, que é um dos quatro aspectos fundamentais da efetividade do sistema estudados na parte conclusiva do presente estudo: v. *infra*, n. 36.2.

139. Cf. Luhmann, *Legitimação pelo procedimento*, p. 26.

140. Cf. Dallari, *Elementos de teoria geral do Estado*, n. 16, p. 30: "é possível considerar o poder sob dois aspectos: ou como *relação*, quando se procede ao

Da perspectiva do processualista, essa colocação até corriqueira em ciência política suscita válida reflexão, a partir de dois conceitos que em direito processual são muito distintos e não comportam a mínima confusão, quais sejam o de *jurisdição* e o de *processo*: não se confunde o poder com o método predisposto ao seu exercício, meios de que o titular dispõe. Em ciência política mesmo, fala-se em *pensamento estratégico*,¹⁴¹ que corresponde a essa dinâmica e que, em verdade, é o processo considerado em sentido bastante amplo (ou seja, o instrumento para exercício do *poder* e não só da jurisdição).

O *aspecto dinâmico* do poder, portanto, para o processualista não põe o foco no poder mesmo, ou seja, na jurisdição, mas no meio e nas técnicas de seu exercício (processo). Quando normas e princípios que aparentemente se referem ao processo e não à jurisdição condicionam e limitam o exercício desta, eles na realidade se referem à jurisdição e só em segundo plano ao processo. Tome-se o exemplo do princípio da demanda e dispositivos legais que o consagram.¹⁴² parecem significar somente o modo de ser do processo, na disciplina de sua formação, que há de ser o efeito de um ato de parte — quando em seu significado mais profundo eles expressam uma importante condição posta ao poder mesmo, pois o juiz (Estado) só o tem, de modo a poder exercê-lo no caso concreto, se provocado. Seu corolário imediato, o princípio da correlação entre provimento e demanda,¹⁴³ também constitui significativa limitação à magnitude do poder a ser exercido *sub specie jurisdictionis*.

O próprio *direito processual* é, afinal, disciplina jurídica da *jurisdição*. Só em segundo plano e na medida em que em torno dela gravitam os demais institutos fundamentais do direito processual,

isolamento artificial de um fenômeno, para efeito de análise, verificando-se qual a posição dos que nele intervêm; ou como *processo*, quando se estuda a dinâmica do poder". O processo jurisdicional, de que se preocupa a ciência processual, insere-se mesmo, decididamente, na "dinâmica do poder".

141. "O pensamento estratégico nos diz como conseguir o que queremos; a consciência nos diz o que devemos querer" (v. Deutsch, *Política e governo*, p. 16; apresentação por Ingo Plöger). Transferindo essa distinção para os propósitos deste estudo, tem-se que a *consciência* (que, no fundo, são as *políticas*, escolha de objetivos) corresponde à visão externa do sistema; e o *pensamento estratégico* conduz à *visão interna*.

142. CPC, arts. 2º, 262; CPP, art. 42.

143. CPC, arts. 128, 460; CPP, arts. 383, 384.

é que vemos no direito processual também a disciplina da ação, da defesa e do processo.¹⁴⁴

15. perspectiva funcional da jurisdição

A organização do sistema processual a partir de uma perspectiva exterior, teleológica como proposta, conduz a um enfoque metodologicamente diferente da jurisdição, em certa medida afastado dos usuais. Não se trata de distorção de conceitos, porque a perspectiva não distorce a realidade: organiza-a¹⁴⁵ segundo a ótica do observador e na coerência de uma ordem de idéias e conceitos assentados nas premissas aceitas.

Pois das premissas postas, inserindo a jurisdição no quadro da política e do poder, decorre com muita naturalidade que ela não é e não pode ser, como costuma ser dito, *um* poder do Estado. O poder é uma inerência deste e chega-se a afirmar, até, que "o Estado é poder". Se poder é a capacidade de impor as próprias decisões, nem logicamente se pode conceber a convergência de uma suposta pluralidade de poderes sobre uma só entidade: dispondo ela de poder, ou seja, dessa capacidade, exercê-lo-á em variadas direções, conforme os objetivos específicos e portanto as funções assumidas. Por isso é que, em vez de definir-se como *um* poder do Estado, a jurisdição deve ser vista como *uma das expressões do poder estatal*, que é uno.¹⁴⁶

144. *V. supra*, n. 9. Jurisdição, ação, defesa e processo preenchem o conteúdo da ciência processual enquanto voltada à técnica do processo. Mas o processualista moderno ampliou extraordinariamente o campo de suas investigações, primeiro invadindo o campo antes reservado à organização judiciária (recrutamento dos juizes e sua responsabilidade, juizes honorários, órgãos alternativos, etc.); depois, passando à observação dos meios extraprocessuais de solução de conflitos (conciliação, etc.) e aos métodos de interpretação da lei substancial (o juiz e a justiça, o uso alternativo do direito); e chegando até a considerações sobre o advogado, seu papel no processo, sua responsabilidade, sociedades de advogados, etc. Pelo que se passa nos *Congressos* promovidos pela Associação Internacional de Direito Processual e nas *Jornadas* da Associação Ibero-Americana de Direito Processual, a ciência processual hodierna tem um objeto muito mais amplo que aquele tradicional e apresenta-se como verdadeira *ciência da dinâmica dos direitos*.

145. Essa posição, nitidamente orteguiana, é assumida por Celso Lafer e seguida em seu precioso opúsculo *O Brasil e a crise mundial*, muitas vezes citado (v. p. 20).

146. Sobre a *indivisibilidade do poder do Estado*, discorreu Jellinek (*Allgemeine Staatslehre*, cap. XIV, III, pp. 373 ss.), dizendo: "entre o Estado federal e o Estado

Vista assim, ontologicamente a jurisdição não difere da administração e da legislação; a insistência com que a doutrina processualista se empenha em distingui-las¹⁴⁷ é consequência das distorções inerentes à interpretação ortodoxa da clássica doutrina da *separação dos Poderes do Estado*. A diferença está, verdadeiramente, nas variadas *funções* que o Estado tem por suas e que projetam reflexos de suas próprias peculiaridades na forma, características e disciplina positiva do exercício do poder enquanto voltado a cada uma delas. Função é, em última análise, *serviço* (do latim: *fungor, -eris, functus sum, fungi* = cumprir, exercer) e cada uma das funções do Estado é um *conjunto de serviços* a serem prestados mediante atividades preordenadas a certos objetivos e que costumam ser agrupadas e distinguir-se das demais precisamente em razão dos objetivos perseguidos.¹⁴⁸ Na busca do bem comum, o Estado sente a necessidade de remover obstáculos e implantar condições favoráveis à desejada realização integral do homem. Daí os *serviços* que presta à população

membro, não se acha repartida nem a soberania nem o poder do Estado. Estão, sim, repartidos os objetos aos quais se dirige a atividade estatal, não porém a atividade subjetiva que a esses objetos se refere" (v. esp. p. 378). O que se diz para a *repartição* do poder no plano vertical do federalismo é válido igualmente para a *suposta* repartição no plano horizontal da separação de *Poderes*. Mais adequadamente, fala Ferreira Filho na "divisão funcional do poder" (*A democracia possível*, p. 95); trata-se, efetivamente, de uma divisão meramente funcional do exercício do poder político, de acordo com os objetivos a serem perseguidos (funções).

147. *Cfr.*, por todos, José Frederico Marques, *Instituições de direito processual civil*, I, § 29, pp. 232 ss.; Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, I, n. 45, p. 68. Liebman, em seu livro fundamental, oferece uma explicação nitidamente funcional da jurisdição; só incidentalmente e em um só parágrafo gráfico é que fala sobre a distinção (*cf.* *Manual de direito processual civil*, n. 1, esp. pp. 21-22 trad.).

148. Discorrendo sobre *função* em ciências sociais, Dahrendorf invoca a analogia com o que se dá no campo biológico, onde o vocábulo "designa a referência de uma parte a um todo". Conclui por defini-la como "as consequências de uma instituição ou valoração para o funcionamento do conjunto de uma associação ou comunidade, conceituado como sistema" (*cf.* Dahrendorf, *As funções dos conflitos sociais*, p. 2). Em linguagem menos hermética e mais acessível ao jurista, diz Soler Miralles (precisamente a partir do conhecimento básico do fenômeno jurisdiccional) de dois sentidos do vocábulo *função*: a) "plano da estrutura de uma sociedade"; b) "atividades desempenhadas por sujeitos individuais". O primeiro dos sentidos, também haurido da biologia, coincide com aquele dado por Dahrendorf e é o que tem aplicação à jurisdição como *função* do Estado (*cf.* Soler Miralles, "Sociologia de la función jurisdiccional", pp. 105-107).

e que tradicionalmente costumam ser agrupados nas três clássicas funções consideradas. Essa é, conforme prometido, uma visão marcadamente teleológica, que propõe identificar a jurisdição segundo os objetivos que através dela o Estado busca atingir. Existe realmente um feixe de objetivos a serem alcançados mediante a atividade que se convencionou chamar jurisdicional e que se situam no campo propriamente jurídico (atuação da vontade do direito substancial), no campo social (pacificação com justiça; educação para a consciência dos próprios direitos e respeito aos alheios) e no político (afirmação do poder estatal; participação democrática; preservação do valor liberdade; nos regimes socialistas, propaganda e educação para a vida e a ação socialistas). A jurisdição caracteriza-se, pois, como uma das funções do Estado, voltada aos objetivos assim definidos.¹⁴⁹

Por sua própria natureza e destinação, ela é ligada aos conflitos sociais, ou seja, exerce-se sempre em virtude do confronto de duas ou mais pessoas, seja por serem portadores de aspirações conflitantes, seja por lamentar uma delas alguma lesão sofrida e pretender que se aplique a sanção que indica, seja por não andarem de acordo quanto aos rumos de interesses comuns ou de uma delas, etc.;¹⁵⁰ os conflitos

149. As principais colocações modernas sobre a jurisdição não deixam de ser funcionalistas. Para Chiovenda, ela é marcada por duas características fundamentais, que são a substituidade e o escopo de atuação da vontade concreta da lei; para Carnelutti, a justa composição da lide é que legitima a jurisdição, tanto quanto a sua presença no processo é que o caracteriza como jurisdicional. Assim delimitada em vista da função aceita (ou funções), é preciso porém sublinhar que ela não é um poder, mas expressão do poder jurisdicional. Já em João Mendes Jr., aliás, vinha a jurisdição indicada como "função de declarar o direito aplicável aos factos"; e função era definida como "fim ou causa final específica da actividade" (cfr. *Direito Judiciário brasileiro*, tit. II, cap. I, pp. 27-29). Vê-se também na explicação de João Mendes a ligação da função com as atividades destinadas a desenvolvê-la. Mais ou menos nessa linha (mas sem considerar que o poder é unitário) foi que Celso Neves afirmou ser a jurisdição, a um tempo, um poder, uma função e uma atividade.

150. Tem-se aqui um conceito bastante amplo de conflito, que não corresponde ao de conflito de interesses posto ao centro da teoria da lide (é o seu elemento substancial: cfr. Carnelutti, *Istituzioni*, I, n. 5, esp. p. 7; Liebman, "O despacho saneador e o julgamento do mérito", nn. 7-9, pp. 144 ss.). A amplitude do conceito, no contexto deste trabalho, coincide com a de *insatisfação*, como fenômeno psicológico decorrente da carência de um bem desejado (v. *infra*, n. 21). Assim, há conflito entre a vítima do delito (ou seus familiares) e o indigitado agente criminoso, no sentido de que aquele se considera em estado de insatisfação enquanto não sentir que sobre este se efetivaram as atividades repressivas consistentes na pena. É isso

são inevitáveis e constituem fato universal na sociedade, constituindo os fatores de desagregação e, portanto, obstáculos à consecução do fim último do Estado. Removê-los, remediá-los, sancioná-los, é pois um serviço, ou seja, uma função de extrema relevância social.¹⁵¹

Pois dessa destinação do exercício do poder estatal quando exercido *sub specie jurisdictionis* decorre uma característica muito visível, que é sua imposição a casos concretos. Não é mais lícito pensar nessa concreção como manifestação de restrições individualistas ao exercício da jurisdição (se bem seja assim a estrutura fundamental da sua disciplina positiva ainda em tempos atuais), mas parece indubitável que a jurisdição não tem vocação às generalizações ou ao abstrato, como é próprio da função legislativa: ainda quem creia na criativade institucionalmente permitida ou confiada ao juiz (e mesmo que aceite a teoria unitária do ordenamento jurídico) não duvida ao ligar rigorosamente a função jurisdicional aos casos concretos.¹⁵² Fala-se no juiz como *law maker*, mas logo em seguida se esclarece que ele exerce sua atividade jurisdicional estritamente com relação a *cases and controversies*¹⁵³ e com isso o vocábulo *law* se desvirtua, perdendo as características de abstração e generalidade. Esse é o

que justifica a substituição processual do Estado pelo ofendido (ação penal privada) e a intervenção deste como assistente do Ministério Público (sendo de repudiador, portanto, a tese segundo a qual a assistência em processo crime só se justificaria na medida do interesse à reparação civil: v. Tourinho, *Processo penal*, II, pp. 419-420). Conflito é, assim, a situação objetiva caracterizada por uma aspiração e seu estado de não-satisfação, independentemente de haver ou não interesses contrapostos. De tão amplo, esse conceito abrange os casos em que inexistente lide (no puro sentido carnelutiano) e não se expõe às críticas dirigidas ao sistema centrado nesta (além do mais, não é uma idéia colocada ao centro da teoria do processo, à moda de Carnelutti).

151. V. *infra*, n. 21. Mas Dahrendorf atribui uma função social positiva aos conflitos, dizendo que "são indispensáveis, enquanto um fator do processo universal social" (cfr. *As funções dos conflitos sociais*, V, p. 7).

152. Cfr. *infra*, n. 28.3.

153. Cfr. Cappelletti, em obra recente cujo título já é sugestivo e antecipa a negativa da suposta equiparação do juiz ao legislador: *Giudici legislatori?* Ele diz: "a experiência passada e presente parece indicar com bastante clareza que o que faz que um juiz seja um juiz e que uma corte seja uma corte não é a sua não-criativade (e pois a sua passividade no plano substancial), mas (a sua passividade no plano processual, ou seja): a) a conexão de sua atividade decisória com 'cases and controversies' e, portanto, com as partes de certos casos concretos", etc. (v. n. 11, pp. 64-65; v. também p. 71).

mesmo desvio presente na locução *fazer lei entre as partes*, que se costuma associar à autoridade da coisa julgada; *Rechtskraft*, que é a tradução alemã de coisa julgada, significa *força de lei*.

Pois essa destinação do exercício jurisdicional aos casos concretos, associada aos objetivos descritos, é que a identifica e distingue.¹⁵⁴ São *características externas*, todavia, nesse sentido de que em essência jurisdicção é exercício do poder como todas as demais atividades do Estado, diferenciando-se delas pela natureza do serviço prestado, ou seja, da *função* exercida. O poder que ele exerce é sempre o mesmo, na sua essência, no seu fundamento e na sua legitimidade — sendo estéril e metodologicamente mal endereçada a obsessão pela busca de distinções muito significativas entre a jurisdição e a legislação, ou entre ela e a administração. Muito mais relevante sistematicamente é a preocupação pelo entendimento mais profundo do próprio poder como substrato comum ao cumprimento imperativo de todas essas funções, especialmente quando traduzida na tentativa de depuração dos conceitos da ciência política a partir da experiência e conhecimentos específicos de que o processualis-

154. Não falei aqui do *caráter substitutivo*, que recebe ênfase na doutrina *chiovendiana*. Não é provável que Chiovenda pretendesse associar muito intimamente o caráter substitutivo ao secundário, ou muito menos assimilar o primeiro ao segundo — tanto que exemplifica com caso de substituição em que visivelmente inexistiu o caráter secundário; a separação judicial (cf. *Principii*, § 13, I, pp. 296-297). Quando em 1973 escrevi a primeira edição da *Execução civil*, fiz essa associação de modo que hoje considero inteiramente inadmissível (tanto quanto repudio o suposto caráter secundário da jurisdição: v. *supra*, n. 5): cf. *Execução civil*, 1ª ed., n. 6, esp. p. 64. Pensando bem, no entanto, a substitutividade dá-se mesmo naqueles casos em que a jurisdição é atividade primária, ou seja, naqueles em que se têm as chamadas *sentenças constitutivas* necessárias (separação judicial, divórcio, destituição do pátrio-poder), nas *condenações criminais*, etc.: o juiz substitui alguma atividade dos interessados pela sua, seja porque alguma conduta devida foi omitida, seja porque a lei impede a satisfação voluntária, seja ainda em todos os casos de demandas imprecidentes. Não é por negar a substitutividade como dado presente na atividade jurisdicional que a omiti, portanto. O que me parece é que ela está implícita na afirmação da pacificação e atuação da vontade concreta da lei como escopo da jurisdição: parece evidente que só se pensa em atuar a vontade concreta da lei, como escopo institucionalizado, enquanto se pensa também em órgãos predispostos a isso e não nas próprias pessoas envolvidas no conflito (a imparcialidade é elemento que hoje se associa indissolavelmente à jurisdição); do mesmo modo, pacificar *com justiça* só se concebe da parte de algum *terceiro* e nunca dos próprios sujeitos litigantes. Em suma, parece uma demasia a preocupação em inserir a substituição nas explicações do conceito de jurisdição.

ta é portador.¹⁵⁵ Além disso, a determinação da *magnitude do poder*, conduzida mediante a análise política que considero o seu *domínio*, é *alcance e peso* (premissas sugeridas pela atenção à ciência política), é capaz de oferecer subsídios valiosíssimos para o estudo dos *limites da jurisdição*, contribuindo para o seu melhor entendimento e razão de ser, na ordem internacional e na ordem interna do Estado-de-direito.¹⁵⁶

Essa visão funcional da jurisdição, partindo da unidade do poder e diversidade das formas de seu exercício segundo os objetivos propostos, elimina certas preocupações minudentes exageradas, como a da natureza jurisdicional ou não das atividades do juiz *na execução civil ou no processo criminal*. Muito mais relevante do que afirmá-la ou negá-la nesses casos, é saber que se trata invariavelmente do exercício do poder e que, por isso, são atividades pautadas por desenganada marca de publicismo, sobrelevando aos interesses dos demais sujeitos os do Estado.¹⁵⁷

155. É isso que procuro fazer, ao longo deste cap. III, sobre “jurisdição e poder” (nn. 9 ss.).

156. Inexiste coerência terminológica ou mesmo rigor terminológico, entre os teóricos do poder, quanto aos fatores indicados no texto — dando-se ainda que é comum a colocação do poder como participação no processo decisório (poder de cada um no Estado e não poder institucionalizado do Estado sobre todos: v. *supra*, n. 10). Isso dificulta e desorganiza a pesquisa a respeito, mas, feitos os devidos descontos, ter-se-á que: a) *peso* do poder é o grau de determinação dos rumos da vida das pessoas submetidas a ele, que mediante o seu exercício se impõe a elas; b) *alcance* do poder é o âmbito dos valores “cuja formação e fruição são controlados”; c) *domínio* é a extensão subjetiva do poder, ou seja, o círculo das pessoas submetidas (cf. Kaplan-Lasswell, *Poder e sociedade*, pp. 111-113). Tanto quanto esses autores, Dahl cuida do poder das pessoas na sociedade e não do poder institucionalizado e, quando se põe a medir o volume do poder, também ele alude a “influência que diferentes agentes têm sobre outros” (cf. *A moderna análise política*, p. 73). Fala, entre outras coisas, no “campo ou campos em que determinado agente é considerado poderoso” (*alcance*, na linguagem acima) e nos “graus de poder” (= *peso* — v. p. 95). Tais pensamentos, apesar da imprecisão, se projetados sobre a jurisdição podem servir para considerações úteis acerca dos limites e condições a que está sujeita (limites internos ou internacionais: v. Liebman, “Os limites da jurisdição brasileira”, *passim*; Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, n. 132, pp. 338-340; Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria geral do processo*, nn. 74-77, pp. 165-168). De um modo geral, a tendência é, hoje, no sentido de aumentar a magnitude da jurisdição, universalizando-se o âmbito de seu exercício, reforçando-se a participação atuante do juiz e evitando-se resíduos de pessoas excluídas. Tal é a linha do Estado social contemporâneo (v. *supra*, nn. 3 e 5), para a *efetividade* do sistema processual (v. *infra*, nn. 36 ss.).

157. Cf. Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, n. 121, pp. 323-324; *Execução civil*, nn. 115-117, pp. 198 ss., sobre o *caráter jurisdicional da execução*.

15.1 unidade da jurisdição estatal

Por outro lado, a enérgica afirmação da *unidade do poder* que através das diversas atividades do Estado se manifesta conduz também ao entendimento da unidade da jurisdição.¹⁵⁸ trata-se de conceito até elementar em ciência processual, sabendo-se que a distribuição da competência visa somente a dar a *medida da jurisdição* atribuída a cada juiz e estando o processualista moderno preparado para entender que essa *medida* não significa algo ligado à essência do poder que todos os juízes exercem (a jurisdição que um deles exerce não é diferente, nem maior ou menor que a exercida por outro), mas expressa somente uma distribuição de atividades (competência: “quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão”).¹⁵⁹ Surge, porém (e não se pode considerar definitivamente resolvido em doutrina), o problema das chamadas *jurisdições especiais*, que na ordem constitucional-processual brasileira aparece mediante a competência e discriminação das *Justiças Especiais* (Eleitoral, Militar, Trabalhista). Quem pensar que se trata realmente de *jurisdições especiais* estará negando a unidade da jurisdição e admitindo a fragmentação do próprio poder estatal; na realidade, cada uma dessas Justiças tem uma *competência* distinta da competência das demais, sem que se considere que os provimentos emitidos por Justiça incompetente sejam juridicamente inexistentes por ausência de jurisdição (quer se trate de Justiça especial pronunciando-se sobre negócio da esfera de alguma comum, ou vice-versa).¹⁶⁰

158. Cf. inicialmente, Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria geral do processo*, n. 68, p. 158: “falar em diversas jurisdições em um mesmo Estado significaria afirmar a existência, aí, de uma pluralidade de soberanias, o que não faz sentido; a jurisdição é, em si mesma, tão una, indivisível, quanto o próprio poder soberano”. Sobre a unidade do poder, afirmada com autoridade por Jellinek, v. *supra*, n. 15, nota 146. E tal é o pensamento moderno sobre a jurisdição, em sua unidade. Mas em processualistas mais antigos, vemos o trato da *jurisdição civil e penal* ou *ordinária e especiais*, conduzido a partir de premissa diversa, ou seja, a partir da idéia de que realmente existissem *duas jurisdições* (e destas, com muita naturalidade fala Chiovenda: cf. *Principii*, § 15, pp. 324 ss.; § 17, p. 367). Liebman, embora fale em *jurisdições* (plural) no plano de seu *Manual*, quando vai ao trato do assunto conduz a redação sempre de um modo, em que se sente sempre a afirmação de que as atividades jurisdicionais é que são distribuídas entre os diversos órgãos (v. nota seg.).

159. Cf. Liebman, *Manual de direito processual civil*, n. 24, p. 81 trat.

160. Tradicionalmente dizia-se outra coisa: que “os órgãos da jurisdição ordinária pertencem a um complexo idealmente investido de toda a jurisdição”, enquanto que

Da unidade da jurisdição decorre ainda, no plano teórico, a impropriedade da idéia de um *dualismo* jurisdicional, nos sistemas que contêm o *contencioso administrativo*.¹⁶¹ nesses países a jurisdição é simplesmente, por razões de ordem pragmática e sólida tradição histórica, exercida em parte por órgãos do Poder Judiciário e, em parte, por órgãos estruturalmente ligados à Administração. Tem-se jurisdição, porém, lá e cá; a mesma jurisdição, distribuída segundo critérios de *competência*. É lição corrente, na doutrina processual contemporânea, que o critério orgânico para a determinação da natureza jurisdicional ou não das atividades do Estado implica invencível petição de princípio (jurisdição é a função dos juízes; constitui função dos juízes o exercício da jurisdição), além de deixar resíduos para os dois lados, a saber, erra ao induzir a exclusão de atividades que por sua finalidade, suas características e objetivos são jurisdicionais e erra porque conduziria ao absurdo de permitir que mesmo à administração feitura por juízes se desse caráter jurisdicional.¹⁶² Projetada ao ponto de

cada órgão da *jurisdição especial* não é assim; só é investido de jurisdição para os casos específicos e “fora desses limites não lhe é apenas proibido exercer a jurisdição, mas *falta-lhe a jurisdição*, e ele é *incapaz* por absoluta ausência de poder” (cf. Chiovenda, *Principii*, § 17, I, p. 368). Essa colocação é negada neste estudo, como se vê da insistente afirmação da unidade da jurisdição (v. esp. nota 1). Daí, vários desdobramentos práticos. Um deles é que a regra de aproveitamento dos atos *não decisórios* (CPC, art. 113, § 2º) prevalece também quando a causa tiver sido proposta perante Justiça incompetente: isso tem acontecido com boa frequência, na experiência judiciária paulista contemporânea, com os “celetistas” da Administração estadual (servidores admitidos pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho), muitos dos quais movem demandas a esta, postulando vantagens, perante a Justiça do Trabalho; e esta, dando-se por incompetente, remete os feitos à Estadual, que os recebe e lhes dá prosseguimento (diferenças de procedimento são facilmente superadas). Outro importantíssimo é o que está no texto: a falta de competência *de jurisdição* não implica inexistência jurídica do julgamento: a sentença eventualmente proferida por Justiça incompetente existe (embora não seja válida), é eficaz e recebe ordinariamente a autoridade da coisa julgada, podendo apenas ser objeto de infração pela via da ação rescisória (em matéria penal, onde o valor liberdade ocupa posição de muito destaque, é possível sustentar que inexistirá a coisa julgada material sobre sentença condenatória dada por Justiça incompetente, mas porque isso violaria de modo muito chocante a garantia constitucional do juiz natural e não porque a sentença não exista).

161. Mas é de todos essa linguagem criticada: cf. Ada Pellegrini Grinover, “O contencioso administrativo na emenda n. 7/1977”, nn. 2 e 3: “o sistema de jurisdição *dúplice*” e “o sistema de jurisdição *una*” (pp. 48-49). É fora de dúvida que o contencioso administrativo exerce jurisdição, autêntica jurisdição.

162. Cf. Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria geral do processo*, n. 64, esp. p. 153; Dinamarco, *Execução civil*, n. 113, esp. p. 197.

institucionalização de uma ampla competência para os negócios do Estado nas suas relações com funcionários e em termos de interesses legítimos, a distribuição da competência entre órgãos do Judiciário e da Administração nada tem de diferente e a aceitação desse suposto dualismo corresponderia à fragmentação da jurisdição e do poder.¹⁶³

De *dualismo jurisdicional* é porém adequado falar quando à jurisdição estatal se contrapõe a *arbitral*. Esta não é alimentada pela mesma fonte de poder responsável pela estatal, que obviamente é o próprio Estado, mas por uma outra fonte, representada pela vontade das partes que ajustam uma convenção de arbitragem. Não sendo braços de um só e mesmo ente dotado de poder, legitima-se pois o seu trato como jurisdições distintas. Têm em comum, todavia, o escopo social magno de ambas, que é a pacificação de pessoas mediante a eliminação de seus conflitos com justiça, donde advém a qualificação da arbitragem como atividade jurisdicional (*supra*, n. 11 e *infra*, n. 21). Essas duas jurisdições se excluem reciprocamente, na medida em que da existência de uma convenção de arbitragem decorre a inadmissibilidade do exercício da jurisdição pelo juiz togado (CPC, art. 267, inc. VII) e, sem que haja um ajuste dessa ordem, a jurisdição arbitral não pode ser imposta por um litigante ao outro. A jurisdição arbitral é dotada de grande dose de *autonomia* perante a estatal, sabido que a sentença proferida por árbitros é apta a produzir os mesmos efeitos que a dos juizes togados e não está sujeita à homologação por estes (LA, arts. 18 e 31).¹⁶⁴

Há porém algum campo para uma *cooperação e censura* a cargo do Poder Judiciário, cabendo exclusivamente aos juizes deste a efe-

163. Mais ainda se diga do (mal) denominado *contencioso administrativo* que se quis introduzir no direito brasileiro, pois a Constituição de 1967, com a redação advinda da emenda n. 7, de 13 de abril de 1977 (arts. 111 e 203, c/c arts. 122, inc. II, 153, § 4º e 204) "estabelece (estabelecia), agora inquestionavelmente, que tais *contenciosos administrativos* são desprovidos de poder jurisdicional (*rectius*, de função jurisdicional) e que a revisão da decisão administrativa é reservada ao Poder Judiciário" (cfr. Ada Pellegrini Grinover, "O contencioso administrativo brasileiro", n. 5, esp. p. 55). O *contencioso administrativo* brasileiro não é autêntico contencioso administrativo, afasta-se dos modelos europeus, do contencioso administrativo, e, não exercendo jurisdição, através dele não fica sequer posto o problema do *dualismo jurisdicional*. A Constituição vigente não repete aquela infeliz disposição.

164. Cfr. Dinamarco, *A arbitragem na teoria geral do processo civil*, nn. 62 e 78.

tivação de decisões arbitrais portadoras de *constricção sobre pessoas e bens*, assim como a possibilidade de *anulação da sentença arbitral* quando portadora de algum dos vícios tipificados em lei (LA, arts. 32-33).

15.2 *jurisdição voluntária*

Da unidade do poder descende ainda a consequência de minimizar a distinção entre a jurisdição (contenciosa) e a voluntária. As conhecidas doutrinas acerca desta, incluindo-a na atividade administrativa do Estado (administração pública de interesses privados) ou quase-administrativa como verdadeiro *tertium genus*, ou ainda definindo a natureza diferente do objeto dos processos de jurisdição graciosa (mero *affare*, não lide) ou a postura do juiz nesses processos (vigilância de um dos interesses, ou seja, do único que é juridicamente deduzido)¹⁶⁵ — tudo isso tem o seu valor reduzido ante a

165. No Brasil goza de extraordinário prestígio a integração da jurisdição voluntária no quadro da *administração pública dos interesses privados*, graças à divulgação que lhe foi dada por José Frederico Marques (cfr. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*, esp. cap. II, § 7º, pp. 103 ss.); trata-se de atos em que "se consubstanciam declarações de vontade da autoridade pública, destinadas à produção de um efeito jurídico" (v. esp. p. 108). Também Liebman atribui natureza administrativa à jurisdição voluntária esclarecendo que se trata, "na maioria dos casos, de dispensar cuidado e proteção a determinados interesses privados, que são muito caros também ao Estado" (cfr. *Manual*, I, n. 17, p. 31 trad.). Que a realidade integrante do conteúdo da jurisdição voluntária seja o *negócio (affare)*, é sabidamente idéia de Camelutti: ele distingue o *processo contencioso* do voluntário, justamente pela presença da lide lá e do *affare* aqui (cfr. *Istituzioni*, I, nn. 18-19, pp. 17 ss.). Para quem se afasta do método centrado na lide e não crê em sua presença, o critério obviamente não é aceitável; e, de qualquer modo, seja em um caso ou em outro tem-se um conflito e uma insatisfação (conceitos de maior espectro e que revelam sempre a existência de uma situação clamando por pacificação: cfr. n. 15, esp. nota 150). E Fazzalari propõe a descoberta da natureza da jurisdição voluntária, a partir da determinação das características da jurisdição (violação de direito, juiz estranho ao litígio, princípios da demanda e do contraditório, inércia, irrevogabilidade, as quais "deveriam ser consideradas em conjunto, no sentido de que todas e cada uma são indispensáveis para a constância da categoria" (cfr. *La giurisdizione volontaria*, pp. 159-161); depois, conclui pela "equidistância das sentenças em exame, das jurisdicionais e dos provimentos administrativos" (p. 195), faltando-lhes esse contexto de características e também as dos atos administrativos. Para Fazzalari, portanto, a jurisdição voluntária não é jurisdição, nem administração — mas uma categoria unitária (v. p. 237) e autônoma. Muito criteriosa é a colocação de Cristofolini, dizendo que mediante os atos de jurisdição voluntária o Estado se propõe "à tutela dos interesses de pessoas físicas ou agregados de pessoas (família) ou entidades diversas

consideração de que menos importa encontrar o critério de distinção da jurisdição mesma em face das demais atividades do Estado, do que a natureza e fundamentos comuns a todas elas.

Como é sabido, a jurisdição voluntária aproxima-se da contenciosa em razão da semelhança das formas de seu exercício e da competência do juiz, como agente estatal independente e necessariamente imparcial. Mais ainda: tanto quanto a contenciosa, a jurisdição voluntária exerce-se com vista a alguma concreta situação de conflito a resolver e é endereçada ao objetivo social último de pacificação — sendo esse o mais relevante dos escopos da jurisdição.¹⁶⁶ A grande diferença apontada pela doutrina, entre ela e a contenciosa, reside nos escopos *jurídicos*: segundo uma das conhecidas tendências doutrinárias, à jurisdição contenciosa incumbiria compor a lide, enquanto que a voluntária quer somente dar solução a meros *negócios*, sem lide a compor;¹⁶⁷ segundo outra, não se trataria de atuar a vontade concreta da lei, mas de constituir uma situação nova em direito substancial, mediante o acostamento do juiz às pessoas envolvidas no caso.¹⁶⁸ À diferença quanto aos escopos jurídicos, todavia, não é

do Estado, interesses esses cuja boa administração é particularmente conveniente para a coletividade” (cf: “Efficacia dei provvedimenti di giurisdizione volontaria emessi da giudice incompetente”, n. 3, esp. p. 392); em síntese, o que Cristofolini sustenta é que, nos processos voluntários, o juiz não se defronta com interesses em conflito, devendo dar solução ao conflito de interesses, mas com um interesse único, a que deve dar tutela (e também ele adere à tese da natureza administrativa da jurisdição voluntária: v. n. 4, p. 393). Na *Teoria geral do processo*, afirmamos, com José Frederico Marques, a integração na categoria dos atos de administração pública de interesses privados (cf: n. 78, p. 167).

166. De minha parte, prefiro uma conceituação mais restritiva da jurisdição voluntária, do que a corrente na doutrina, que costuma distribuir os atos de jurisdição voluntária em três espécies: a) meramente receptícios; b) de natureza simplesmente certificante; c) “atos que constituem verdadeiros pronunciamentos judiciais” (cf: *Teoria geral do processo*, n. 79, pp. 170-171; a idéia vem de Cristofolini, *op. cit.*, n. 6, pp. 402-403). Não vejo qualquer razão metodológica ou tratamento assemelhado ao do exercício da jurisdição contenciosa, que justifique a absorção, no conceito de *jurisdição voluntária*, das atividades receptícias ou certificantes. Só a terceira categoria é que, como está dito no texto, recebe um tratamento tão parecido com o dos processos jurisdicionais (v. o complexo de características deste, afirmado por Fazzalari, *supra*, nota 164), que tem utilidade sistemática e prática assimilá-la a estes.

167. Cf: Camelutti, nota 164, *supra*.

168. Diz Chiovenda que “a jurisdição voluntária tem (porém) sempre um escopo constitutivo”, ao contrário da *jurisdição verdadeira*, que “visa à atuação de

o caso de dar-se tanta importância, a ponto de se concluir por uma suposta distinção ontológica entre a jurisdição voluntária e a contenciosa; na realidade, diferença ontológica nem poderia mesmo existir, dado que, jurisdicionais ou não as atividades de jurisdição voluntária, elas constituem inegavelmente atos de exercício do poder. E atos de poder exercidos com o fito de pacificar com justiça, afirmando-se em cada um deles a prevalência do ordenamento jurídico, constituem *jurisdição*.

Nem tem peso maior o fato de as decisões em jurisdição voluntária serem destituídas da autoridade da *res judicata*. Trata-se de construção de direito positivo, como aliás é inerente à própria coisa julgada (um ordenamento jurídico que não contemplasse a coisa julgada material para hipótese alguma não poderia, só por esse motivo, ser considerado como desprovido de jurisdição).¹⁶⁹ Além disso, a ausência de coisa julgada nas decisões proferidas no exercício da jurisdição voluntária não quer dizer que elas estejam desprovidas de imperatividade, ou que quanto a elas não ocorra o fenômeno da imutação. A existência da imperatividade não está necessariamente ligada ao tema, uma vez que ela se conceitua como a força da própria decisão, que lhe é transmitida pelas energias do Estado, como centro superior de poder, capaz de impor suas decisões independentemente e até mesmo contra a vontade dos destinatários:¹⁷⁰ é a “capacidade

relações existentes” (*Principii*, § 14-bis, I, esp. p. 316); e ele fala das características externas da jurisdição, das quais algumas também na voluntária estão presentes (e Chiovenda também é *administrativista*). Na *Teoria geral do processo* indicamos três notas distintivas entre *jurisdição verdadeira* e voluntária, levando em conta cumulativamente as colocações de Chiovenda e Camelutti: a) constituição e não atuação; b) ausência de caráter substitutivo; c) sem lide (cf: n. 80, p. 171).

169. Cf: Liebman, *Efficacia ed autorità*, n. 8, esp. n. 39 trad. Disse Couture que “a coisa julgada é, em resumo, uma exigência política e não propriamente jurídica; não é de razão natural, mas de exigência prática” (cf: *Fundamentos del derecho procesal civil*, n. 263, esp. p. 407). Nesse quadro dizer que “a coisa julgada é o atributo da jurisdição” (*op. cit.*, n. 267, p. 411) não pode significar que se trate de atributo indissociavelmente ligado a ela, embora lhe seja exclusivo (cf: Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria geral do processo*, n. 63, esp. p. 152). “O fundamento do instituto é... eminentemente pragmático e nesse plano devem ser consideradas as construções doutrinárias com que se tem tentado justificar — ou, pelo menos, explicar — a sua adoção, neste ou naquele sistema jurídico” (cf: Celso Neves, *Coisa julgada civil*, p. 431).

170. A imperatividade de que dotados os provimentos de jurisdição voluntária não é menor nem diferente da que se vê nos de jurisdição contenciosa, nem eventual

física de atuação”,¹⁷¹ que constitui fundamento do comando político e está presente tanto nos atos de jurisdição propriamente dita, como nos de jurisdição voluntária. Por outro lado, a ausência de coisa julgada não é algo que chegue ao ponto de deixar desguarnecidas as decisões tomadas em sede de jurisdição voluntária; aliás, isso seria a negação do próprio poder, pois vale pouco o poder que decide e não sustenta as próprias decisões, deixando-as ao sabor dos ventos. Há no direito positivo, uma disposição segundo a qual os atos de jurisdição voluntária, passados em julgado (coisa julgada formal), ficam sujeitos à desconstituição “como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil” (CPC, art. 486). Apesar da redação pouco incisiva, tem-se por certo que a disposição ali contida inclui os atos de jurisdição voluntária; e isso significa que, rebelando-se algum dos sujeitos contra o ato ou seu teor, não fica adstrito aos trâmites nem às limitações da ação rescisória, mas tem o ônus de promover a desconstituição do ato, a ser decidida por órgão judicial, agora em sede jurisdicional.¹⁷² Fica demonstrada a existência de uma imunidade, muito embora em intensidade menor que a que protege as decisões de mérito tomadas em feitos contenciosos. Aliás, carecem de autoridade da coisa julgada material também as decisões de natureza cautelar, além das decisões e mesmo ato final de atuação do direito do processo de execução – e isso pode-se considerar afastado, hoje em dia, como possível argumento contra a natureza jurisdicional do processo cautelar ou do executivo.

coercitividade a ampará-los, mesmo porque esta é, em tese, inerente a toda atividade de estatal, judicial ou não (sobre a coerção, v. Dahl, *A moderna análise política*, pp. 88-91: associa a coerção ao poder, sem distinguir – v. *supra*, n. 14.2).

171. *Cf.* ainda uma vez Faria, *Poder e legitimidade*, p. 57.

172. Nesse sentido, acórdão em que figuro como relator (*cf.* TJSP, 1ª C. Civ., agr. instr. n. 59.302-1, j. 3.12.1985, rel. Rangel Dinamarco, v. u.). O ex-cônjuge pretendia, “sem forma nem figura de juízo (nos autos da própria separação), desconstituir parcialmente a R. sentença homologatória de sua separação consensual...; na parte relativa à cláusula concordada entre os cônjuges quanto à partilha de bens...; e foi estabelecido que, embora destinada da coisa julgada material e portanto não dependente da ação rescisória para ser desconstituída, “também a sentença meramente homologatória é ato estatal imperativo e não teria sentido ficar assim desprotegida, sem qualquer imunização às livres variações de intenção dos particulares”. No mesmo sentido, v. Gelsi Bidart, afirmando a *estabilidade* dos provimentos de jurisdição voluntária (*infra*, nota 175).

E assim é, resumidamente, que a jurisdição voluntária, identificando-se com a contenciosa na unidade dos escopos sociais e no político de manutenção da ordem jurídica posta, não difere tanto dela, só pela diferença quanto aos escopos jurídicos, a ponto de ser lícito negar-lhe natureza jurisdicional. Tem razão o Código de Processo Civil brasileiro, ao referir-se genericamente à “*jurisdição civil*, contenciosa e voluntária”,¹⁷³ como integrantes de um contexto só; e ao estabelecer que “nenhum juiz prestará a *tutela jurisdicional*, senão quando a parte ou interessado a requerer”,¹⁷⁴ também ali incluindo intencionalmente as duas espécies e remontando-as ao gênero próximo, que é a jurisdição.

Essa aproximação proposta não equivale à negação do valor dos trabalhos e reflexões que conduziram aos finos resultados dos juristas da primeira metade do século a propósito da jurisdição voluntária. Antes, corresponde à postura metodológica proposta, ou seja, ao perene intuito de deixar em segundo plano a visão interna do sistema processual e considerá-lo a partir de um ângulo externo, no contexto da ordem jurídica e política da nação e a partir da clara definição dos seus objetivos. Assim é que, convergindo as atividades processuais do juiz, como atos de positividade do poder em casos concretos (*cases and controversies*), a certos objetivos localizados no plano social e no político, ao observador distante elas se situam em um compartimento só e têm um só significado social e político. Das expressões diferentes que têm no plano jurídico, decorrem distinções, que realmente existem e são consideráveis; mas o que há em comum é tanto e tão significativo, que vale a pena indicar primeiro a identidade substancial, para só depois preocupar-se o especialista com as distinções jurídico-formais.¹⁷⁵ Aliás, essa postura tem reflexo posi-

173. *Cf.* art. 1º.

174. *Cf.* art. 2º, mas aqui, cautelosamente o Código fala em “parte ou interessado”, em nítida alusão à ressalva *chiovendiana* de que na jurisdição voluntária inexistem partes.

175. É, ainda e sempre, uma questão de *perspectiva*. Em todo este trabalho, a tônica é a busca das inserções sistêmicas do processo mesmo e dos seus grandes institutos, superada a *atitude gnosiológica* que caracterizou a fase *autonomista* da ciência processual (v. a propósito, Bazarian, *O problema da verdade*, pp. 21-23). E a conclusão fundamental a que chego no presente tópico é, essencialmente em substância, aquela a que chegou Gelsi Bidart em trabalho encaminhado ao 3º Congresso Internacional de Direito Processual Civil (Venezia, 1962), o qual se dispôs

tivo não só nas disposições do Código de Processo Civil referidas, mas ainda na identidade de disciplina processual entre a jurisdição contenciosa e a voluntária, como, v.g., no tocante a competência, duplo grau de jurisdição, imparcialidade do juiz, regras gerais sobre o procedimento, garantias constitucionais do devido processo legal, contraditório e igualdade, etc.; essa tradicional e talvez intuitiva assimilação não pode ser ocasional, pois revela algo muito verdadeiro, que é a reunião de ambas na mesma categoria jurídico-processual.

16. *processo, procedimento e contraditório*

Na teoria do poder fala-se em sua *dinâmica* para designar o modo como ele se exerce, ou seja, o que em direito processual é o *processo*. Na realidade, as definições pecam um pouco pela imprecisão, não sendo raro falar de algo como o “mecanismo de transmissão dos resultados de seleção” como sendo o poder mesmo e não o processo mediante o qual se exerce.¹⁷⁶ Certo é, no entanto, que hoje facilmente se compreende que todo poder se exerce mediante um *procedimento*, caracterizando-se este como *processo* desde que seja feito em *contraditório*.¹⁷⁷

Ganha corpo em tempos presentes uma reabilitação do procedimento, como instituto processual de primeira importância. Rejeitam-no os processualistas do século XIX e na primeira metade deste, encantados com a descoberta de que o processo não se reduz à mera seqüência de atos coordenados na cadeia fechada entre a demanda e a sentença: daí as prestigiosas doutrinas que floresceram, entre as

a “refletir sobre a possível unidade básica da jurisdição contenciosa e voluntária, considerando-a como *única função com diversos modos de exercício*” (v. g. “De los efectos de las providencias de jurisdicción voluntaria”, n. 9, p. 385); dá destaque, entre as *fundamentais coincidências* que aproximam as duas modalidades de jurisdição, à presença do *imperium* (n. 10, p. 386) e põe em seu lugar menos relevantes as diferenças, falando de exercício *atípico* da jurisdição (n. 15, p. 393).

176. As palavras transcritas são de Luhmann, *Legitimação pelo procedimento*, p. 26; ele está falando do poder, mas, como se advertiu, o que assim se diz vale antes para conceito de processo, ou *dinâmica do poder* (v. *supra*, n. 8, p. 14.5).

177. Tal é o *módulo processual*, de que fala Fazzalari: *cf. Istituzioni di diritto processuale*, esp. p. 8, pp. 23 ss., sobre o modo como o autor vê a entidade completa que é o processo. Adverte-se desde já que, aceitando embora suas colocações no que têm de fundamental, não se vê razão em Fazzalari ao repudiar “o desgastado e impróprio clichê da ‘relação jurídica processual’” (v. p. 24).

quais a do *processo* como *relação jurídica* e todas proscrevendo a visão unilateral do processo como procedimento. Jamais conseguiram demonstrar que o processo fosse algo distinto do procedimento, situado fora dele, e em menos de um século acabou por ressurgir na mente dos processualistas o valor do procedimento no próprio conceito de processo.¹⁷⁸

No cenário das instituições jurídicas do país, o procedimento tem o valor de penhor da *legalidade* no exercício do poder. A lei traça

178. É uma conhecida história essa da proclamação da independência da relação jurídica processual e proscrição científica do procedimento, com a consequência de chegarem os processualistas a pensar que ele e o processo fossem entidades distintas, conceitual e funcionalmente (*cf.*, a propósito, Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, esp. n. 86, pp. 132 ss.; Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, I, nn.140 e 150; e *Vocabulário do processo civil*, n. 129, pp. 223-227). “O processo é a soma dos atos que se realizam para a composição do litígio e o procedimento a ordem e sucessão de sua realização”, disse José Frederico Marques, nessa postura ora criticada (*Instituições de direito processual civil*, III, n. 288, p. 60); apoiou com isso Camelutti (v. *Sistema di diritto processuale civile*, III, n. 614, p. 4), o qual reconhece que a distinção é *ténue*. Poder-se-ia pensar que o professor paulista entendesse como *processo* todo *movimento* na direção do provimento jurisdicional, ou seja, todos os movimentos assim que empiricamente se possam colher; e como *procedimento* exclusivamente o *modo* desse movimento, ou seja, o plano traçado nos modelos procedimentais legais (ele cita João Mendes Jr., como pensamento aparentemente assim). Depois, todavia, faz afirmações que desencorajam essa interpretação, v.g.: a) “é pelo procedimento que se revela o processo, através dos vários atos entre si coordenados” (*ib.*, p. 61 – mas como revelar-se empiricamente o processo mediante o procedimento, quando ele fosse apenas o modelo?); b) “o procedimento, segundo o assinalou Calamandrei, é o ‘aspecto exterior do fenômeno processual’” (*ib.* – mas nas a fórmula para o movimento?); c) “o processo é privativo da função jurisdicional” e “constitui erro metodológico, por isso mesmo, falar-se em processo administrativo, pois o que existe é o *procedimento* administrativo” (*ib.*, pp. 61-62 – mas como, se o movimento é que caracteriza o processo? e qual seria a natureza do movimento, em sede administrativa?). Na realidade, José Frederico Marques expressava o pensamento predominante no tempo em que escreveu, quando a doutrina não havia ainda chegado a idéias claras sobre o processo: como ele, v. também Amaral Santos, *Primeiras lições*, II, n. 368, pp. 67 ss., também invocando a lição tomista de João Mendes Jr. E as idéias claras so vieram a partir de quando, com Benvenuto, passou-se a perceber que o processo é uma entidade complexa, onde o procedimento é visto como algo sensível, atrás do qual estão as posições jurídicas ativas e passivas integrantes da relação jurídica processual; processo é, assim, o *procedimento animado pela relação processual*. *Cf.* Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, II, nn. 386-390, pp. 23 ss.; Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria geral do processo*, nn. 167 e 175, pp. 291 ss. e 302 ss. As idéias claras de Benvenuto estão in “Funzione amministrativa, procedimento, processo”, n. 2; v. ainda Fazzalari, *Note in tema di diritto e processo*, cap. III, n. 1, p. 110; v. *supra*, nn. 7-8.

o modelo dos atos do processo, sua seqüência, seu encadeamento, disciplinando com isso o exercício do poder e oferecendo a todos a garantia de que cada procedimento a ser realizado em concreto terá conformidade com o modelo preestabelecido: desvios ou omissões quanto a esse plano de trabalho e participação constituem violações à garantia constitucional do *devido processo legal*.¹⁷⁹ No Estado-de-direito, como foi dito, não se concebe como possa o juiz, no exercício da jurisdição, realizar atividades cujo escopo jurídico é a atuação da lei, mas realizá-las com o campo aberto para o arbítrio.¹⁸⁰

Isso não significa que o *due process of law* se resolva em mera garantia de legalidade. O que importa é a estrutura de oportunidades e de respeito a facultades e poderes processuais, que a Constituição e a lei impõem ao juiz que comanda o processo. A observância da lei torna-se importante, nesse contexto, como meio de preservar o *devido processo* constituído por essa estrutura.¹⁸¹ O alcance da cláusula vai além dos limites do processo jurisdicional e por isso são frequentes as afirmações de sua natureza extraprocessual, ou substancial.¹⁸²

No contexto processual bastante amplo afirmado pela doutrina moderna,¹⁸³ *due process of law* é mais que *uma* garantia: é "o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas facultades e poderes processuais e, do

179. A cláusula abrange âmbito bem maior, mas indubitavelmente abrange inclusive a exigência de observar o procedimento legalmente instituído: "entende-se por *due process of law* aquele conjunto de garantias constitucionais do processo que, a partir do art. 39 da *Magna Charta* de 1215, tutelam os direitos processuais dos litigantes, dando ao processo uma configuração não apenas técnica, mas também ético-política" - *cf.* Ada Pellegrini Grinover, "Julgamento antecipado da lide e direito ao processo", p. 137; Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, I, n. 145 ("a observância do procedimento é também exigida pela Constituição, integrando-se essa garantia no espectro bastante amplo consubstanciado na fórmula 'due process of law'").

180. V. *supra*, nn. 2-3.

181. Pesquisa levada a efeito por Antonio Roberto Sampaio Dória mostra o ceticismo do juiz norte-americano Frankfurter quanto à possibilidade de definir o conteúdo da cláusula, expresso nessas palavras: "*due process* não pode ser aprisionado dentro dos traçadores lindes de uma fórmula... *due process* é produto da história, da razão, do fluxo das decisões passadas e da inabalável confiança na força da fé democrática que professamos" (*cf.* Sampaio Dória, *Direito processual tributário e "due process of law"*, n. 12, esp. p. 33).

182. Mas v. Sampaio Dória, *op. cit.*, n. 5, pp. 12 ss.; n. 7, pp. 18 ss.

183. V. *supra*, nn. 7-8.

outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição".¹⁸⁴ É também, por outro aspecto e em outras palavras, um sistema de *limitações ao exercício do poder* - limitações postas ao juiz como penhor da efetividade das garantias do contraditório e ampla defesa. Em sua redução mais sintética, é *uma garantia de justiça* e consiste no *direito ao processo*,¹⁸⁵ ou seja, direito ao serviço jurisdicional corretamente prestado e às oportunidades que o conjunto de normas processuais-constitucionais oferece para a defesa judicial de direitos e interesses.

Isso não significa, porém, que a *estrita legalidade* dos atos do processo seja uma inerência do Estado-de-direito, nem que seja conveniente para os bons resultados do processo. A liberdade das formas, deixada ao juiz entre parâmetros razoavelmente definidos e mediante certas garantias fundamentais aos litigantes é que, hoje, caracteriza os procedimentos mais adiantados.¹⁸⁶ Não é enrijecendo as exigências formais, em um fetichismo à forma, que se asseguram direitos; ao contrário, o formalismo obcecado e irracional é fator de empobrecimento do processo e cegueira para os seus fins.¹⁸⁷ Temos no processo civil brasileiro, a promessa da liberdade das formas em normas programáticas dos dois sucessivos Códigos de Processo Civil nacionais, mas só mesmo a *promessa*; ambos foram tão minuciosos quanto à forma dos atos processuais (aliás, segundo os tradicionais modelos europeus) que com segurança se pode afirmar ser o princípio da legalidade formal o que realmente prepondera. Na Lei dos Juizados Especiais é que, anunciada a liberdade, não vêm depois os desmentidos e isso permite a esperança de um processo que favoreça de modo muito eficiente a percepção dos fatos e do próprio modo

184. *Cf.* Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria geral do processo*, n. 36, p. 88.

185. *Cf.* Ada Pellegrini Grinover, *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, n. 4, p. 11; n. 5, esp. p. 18.

186. *Cf.* Luhmann, *Legitimação pelo procedimento*, p. 38: os procedimentos modernos não são tão fortemente dominados pela idéia ritualística, como os primitivos. É muito mais difícil realizar um procedimento em regime de liberdade formal (que absoluta nunca é), porque passa o legislador para o juiz o encargo de medir e conformar os atos segundo os grandes princípios e garantias constitucionais, observando-os sempre sem a comodidade de um modelo diante de si. Sobre a grande liberdade deixada pela Lei dos Juizados Especiais ao juiz, *cf.* Dinamarco, *Manual dos juizados cíveis*, n. 1, esp. pp. 24-25.

187. V. *infra*, nota 208.

de ser do litígio pelo juiz, nesse contato mais espontâneo e informal com os litigantes e com as fontes de prova.¹⁸⁸

A ampla liberdade formal, estabelecida lá e defendida aqui, não é limitada, nem abre campo ao arbítrio. A ruptura de velhos hábitos, nessa preconizada mudança de mentalidade proposta na revolução jurídica especial, pretende demolir somente a estrutura formal do processo tradicional, não para imolar princípios, mas justamente para oferecer melhores condições à sua plena realização.¹⁸⁹ O juiz criará modos de tratar a prova, de colher a instrução ou de sentir as pretensões das partes: interrogá-las-livremente, dialogará com elas e permitirá o diálogo entre elas ou delas com as testemunhas; visitará o local dos fatos, ou examinará coisas trazidas com sinais ou vestígios de interesse para a instrução; permitirá que argumentem a qualquer tempo e lhes dirigirá perguntas ainda quando declarada finda a instrução — e tudo sem as formas sacramentais do processo tradicional. Nesse modo de participar e abrir canais para a efetiva participação, ele não estará ultrajando a garantia constitucional do contraditório, mas dando-lhe uma dimensão jamais obtida na prática, além de sair ele do imobilismo do juiz-espectador. As citações e intimações serão feitas por modo bastante simplificado e sem rigorosas exigências formais, mas em cada caso o juiz apreciará se cumpriram sua finalidade de comunicação processual, também para que não deixe de ter prevalência o contraditório. Ele dará oportunidades iguais às partes e, no informalismo de atos não desenhados minuciosamente em lei, garantirá que a luta entre elas se trave em *paridade em armas*.¹⁹⁰

O juiz, investido por critérios estabelecidos na ordem constitucionai e mediante as formas que a lei institui, é também um agente político do Estado, portador do poder deste e expressão da democracia indireta praticada nos Estados ocidentais contemporâneos. Inexiste razão para enclausurá-lo em cubículos formais do procedimento, sem liberdade de movimentos e com pouquíssima liberdade criativa.

188. Cf. Dinamarco, *Manual dos juizados cíveis*, n. 1, esp. pp. 24-25; v. LJE, arts. 2º, caput, 13 (caput e § 3º), 46, etc.

189. Cf. Dinamarco, "Princípios e critérios no processo das pequenas causas", n. 1, pp. 102 ss.; *Fundamentos do processo civil moderno*, I, n. 158, pp. 367-371 (5ª ed.).

190. Cf. Tarzia, "Parità delle armi tra le parti e poteri del giudice nel processo civile", *passim*.

O que precisa ficar muito claro, como fator de segurança para as partes e como perene advertência ao juiz, é a substancial exigência de preservação das fundamentais garantias constitucionais do processo, expressas no contraditório, igualdade, inafastabilidade de controle jurisdicional e na cláusula *due process of law*. Cada ato do procedimento há de ser conforme a lei, não em razão de estar descrito na lei nem na medida do rigor das exigências legais, mas na medida da necessidade de cumprir certas funções do processo e porque existem as funções a cumprir. Daí a grande elasticidade a ser conferida ao princípio da *instrumentalidade das formas*, que no tradicional processo legalista assume o papel de válvula do sistema, destinada a atenuar e racionalizar os rigores das exigências formais;¹⁹¹ no processo marcado pela liberdade das formas, o princípio da instrumentalidade tem a importância de parâmetro da própria liberdade e serve para amparar o respeito às garantias fundamentais, como penhor da obtenção dos resultados e, portanto, da validade do ato.

E assim é que o procedimento, mais estratificado na legalidade, ou menos, sempre constitui o plano para o exercício da jurisdição e também para o da ação e da defesa pelas partes. Sua observância

191. Cf. Liebman, *Manual*, I, n. 117, esp. p. 258: a invalidade de um ato processual subordina-se "à relação, apreciada caso por caso, entre o vício e o escopo do ato". Calmon de Passos: "o ato imperfeito que alcança o fim a que se destinava cumpriu sua missão, produziu os efeitos que lhe eram próprios, foi eficaz. Seria inconsequência declará-lo inválido, contra a evidência" (*A nulidade no processo civil*, n. 24, p. 89). Em memorável conferência proferida no Congresso Brasileiro de Direito Processual Civil (Porto Alegre, 15.7.1983), Galeno Lacerda deu extraordinário destaque ao princípio da instrumentalidade das formas, dizendo: "o capítulo mais importante e fundamental de um Código de Processo Civil moderno se encontra nos preceitos *relativizantes* das nulidades. Eles é que asseguraram ao processo cumprir sua missão sem transformar-se em fim em si mesmo, eles é que o libertam do contra-senso de desvirtuar-se em estorvo da Justiça" (Cf. "O Código e o formalismo processual", esp. p. 11). *Relativizar as nulidades* — eis a chave instrumentalista a ser inteligentemente acionada por juizes empenhados em fazer justiça, sem o comodismo intelectual consistente em apoiar-se no formalismo e esclerosar o processo. Três anos antes, ao tomar posse como juiz no (hoje extinto) Primeiro Tribunal de Alçada Civil fiz solene promessa, no sentido de não permitir que a preocupação do processualista pelas regras da sua ciência me conduzisse pelos caminhos do formalismo injusto. Disse: "não cumpre o seu papel o processo que seja cultuado em si mesmo como valor absoluto, que se transmude por força de formalismos, por via de um incompreensível hiperprocessualismo, em um sistema orgânico de armadilhas arditosamente preparadas pela parte mais astuciosa e estrategicamente dissimuladas no caminho do mais incauto" ("discurso", JTA 65/281).

racional legítima o resultado do exercício do poder. Além disso, o procedimento tem também o valor social de "enfraquecer o confronto", ou "reduzir o conflito".¹⁹² Vedada a autotutela, inclusive ao próprio Estado, as pessoas em conflito são obrigadas a canalizar pelas vias do processo as suas pretensões antagônicas e a comportar-se, no processo, segundo as normas do procedimento. As regras do combate que então se vêem obrigadas a obedecer permitem-lhes combater e em certa medida desafogar-se, fazendo-o porém pelos modos civilizados que o Estado lhes impõe. A presença do defensor técnico funciona também como anteparo aos impetos dos contendores e modo de manter o conflito em limites toleráveis.

Quando se diz que o procedimento legítima o resultado do exercício do poder, tem-se em vista agora o modo de ser dos procedimentos que o direito positivo oferece e que constituem o penhor da lei à preservação dos princípios constitucionais do processo, a começar pelo contraditório. Se algum procedimento excluísse a participação dos sujeitos envolvidos no litígio, ele próprio seria ilegítimo e chocar-se-ia com a ordem constitucional.¹⁹³ Ora, o procedimento é um sistema de atos interligados em uma relação de dependência suces-

192. Cfr. Tércio Sampaio Ferraz Jr., apresentação do volume *Legitimação pelo procedimento*, de Niklas Luhmann, p. 4: "no procedimento judiciário, a confrontação direta entre os contendores, observa Luhmann, é reduzida e enfraquecida. Isso é obtido pela criação de lealdades (entre juízes, promotores, advogados e mesmo entre as partes) que se cruzam e não deixam ver quem é realmente contra e a favor. A "institucionalização dos conflitos" (Luhmann, *op. cit.*, p. 85) tem a serventia social de canalizá-los pelas vias civilizadas da linguagem adequada, do respeito recíproco, do contraditório e, acima de tudo, da "sinceridade das alternativas de comportamento no contexto da atuação e da sua estrutura de motivações" (p. 38). Nesse sentido é que se torna lícito falar do valor social dos conflitos, com Dahrendorf ("os conflitos são indispensáveis, enquanto um fator do processo universal social": *cfr. As funções dos conflitos sociais*, V, p. 7).

193. Refiro-me, naturalmente, apenas aos procedimentos que ao fim produzem provimentos. Cfr. Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, I, n. 253. Quando tem aplicação o efeito da revelia, isso significa que o réu renunciou à participação, tratando-se de litígio que, pela natureza substancial do fundamento da demanda, comportava disposição de direitos (então, à necessária *informação* dada ao demandado, bastava seguir a *reação possível*: *cfr.* Dinamarco, *ib. n.* 255; v. também *Execução civil*, n. 10.1, esp. 106). Nos casos de medidas concedidas *inaudita altera parte*, o contraditório vem depois e elas são concedidas antes em atenção à urgência de situações excepcionais (*periculum in mora*), sendo que seria um contra-senso cular tanto o contraditório, como valor absoluto, mesmo ao preço consistente em imolar direitos.

siva e unificados pela finalidade comum de preparar o ato final de consumação do exercício do poder – no caso da jurisdição, sentença de mérito ou entrega do bem ao exequente.¹⁹⁴ E existe a necessidade do procedimento, como pauta de trabalhos, porque esse é o meio encontrado pelo legislador para assegurar o modo de ser do exercício da jurisdição, conforme ele deseja. Por isto é que, se de um lado o procedimento regular é fator legítimo do exercício do poder, por outro ele próprio recebe legitimidade do modo como disciplina esse exercício, ou seja, da medida em que o dimensiona segundo as garantias constitucionais e favorece a efetiva participação dos sujeitos interessados.

A idéia da *legitimação pelo procedimento* é vitoriosa hoje, *mesmo fora do campo jurisdicional*, pelo que ela tem de expressivo do ponto-de-vista da inserção do sistema processual na ordem constitucional e da sua aceitabilidade social.¹⁹⁵ Seria arbitrário o poder exercido sem a participação dos próprios interessados diretos no resultado do processo.

Essa participação constitui postulado inafastável da democracia e o processo é em si mesmo democrático e portanto participativo, sob pena de não ser legítimo.¹⁹⁶ E falar em *participação* significa, no direito processual moderno, falar também no *ativismo judiciário*, que é a expressão da postura participativa do juiz – seja através das iniciativas probatórias, seja da efetiva assunção do comando do processo, seja do *diálogo* a que o juiz tradicional se recusa – e principal-

194. Cfr. Liebman, *Manual de direito processual civil*, n. 20, p. 63 trad.; Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, III, n. 971, pp. 337-338.

195. Cfr. Niklas Luhmann, *Legitimação pelo procedimento*, *passim*; v. *supra*, nn. 2-3; *infra*, n. seg.

196. A flexibilidade das instituições políticas, inerente à democracia tal como concebida modernamente, inclui os canais de participação, seja para definir as diretrizes e o próprio ordenamento do Estado (política), seja para influir no teor dos provimentos concretos que irão atingir as pessoas (processo jurisdicional). Sobre a *flexibilidade*, que dá vida aos valores da igualdade e liberdade ao abrir canais para a manifestação da vontade popular soberana, v. Dallari, *Elementos de teoria geral do Estado*, n. 169, pp. 262 ss. "Contraditório significa direito à defesa e à participação" ("participar conhecendo, participar agindo"); ele é "o instrumento para assegurar a igualdade das partes" (*cfr.* Cappelletti, "Appunti in tema di contraddittorio", n. 2, p. 211). O problema do contraditório é acima de tudo um problema político, que não comporta exame exauriente através do exame dos textos normativos (*id.*, *ib.*, n. 4, esp. p. 214).

mente mediante o profundo envolvimento nos pontos controvertidos e questões que serão relevantes para o julgamento da causa, etc.¹⁹⁷

Esse modo de ver o processo corresponde ao pensamento mais moderno da teoria processualista e é de cômoda assimilação na teoria do Estado e do poder. Diz-se que o processo é todo *procedimento realizado em contraditório* e isso tem o mérito de permitir que se rompa com o preconceituoso vício metodológico consistente em confiná-lo nos quadrantes do *instrumento da jurisdição*; a abertura do conceito de processo para os campos da jurisdição voluntária e da própria administração ou mesmo para fora da área estatal¹⁹⁸ constitui fator de enriquecimento da ciência ao permitir a visão teleológica dos seus institutos além dos horizontes acanhados que as tradicionais posturas introspectivas impunham. O fascínio que acompanha essa colocação está ligado, aliás, ao importante sinal metodológico que contém e que é a visão do processo mesmo (como instituto jurídico) e do sistema processual a partir de um ângulo externo, ou seja, a partir de uma exigência política formulada no plano constitucional. Procedimento e contraditório fundem-se em uma unidade empírica e somente mediante algum exercício do poder de abstração pode-se perceber que no fenômeno *processo* existem dois elementos conceitualmente distintos: à base das exigências de cumprimento dos ritos instituídos em lei está a garantia de participação dos sujeitos interessados, pressupondo-se que cada um dos ritos seja desenhado de modo hábil a propiciar e assegurar essa participação. Dessa forma, cumprir o procedimento é também observar o contraditório: sendo apenas o aspecto visível do processo, ele, no fundo, não tem o seu próprio valor, mas o valor das garantias que tutela. O *direito ao procedimento*, que as partes têm e é solenemente assegurado mediante a cláusula *due process of law*,¹⁹⁹ em substância é direito aos

197. O ativismo judiciário foi tema do IX Congresso Internacional de Direito Processual, promovido em Coimbra e Lisboa pela Associação Internacional de Direito Processual, no mês de agosto de 1991. Cfr. ainda Bedaque, *Poderes institucionais do juiz, passim*. V. *infra*, n. 33.2, esp. p. 303.

198. Cfr. Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, esp. p. 7 e *passim*; v. *supra*, nn. 7-8.

199. Cfr. Ada Pellegrini Grinover, "Julgamento antecipado da lide e direito ao processo", esp. p. 137; o direito ao *procedimento*, de que fala o texto, é o mesmo *direito ao processo* da linguagem da professora paulista (talvez, com maior aproximação à realidade porque as exigências a serem cumpridas, nos casos considerados,

valores processuais mais profundos e notadamente a participação em contraditório.

Nem todo procedimento é processo, mesmo tratando-se de procedimento estatal e ainda que de algum modo possa envolver interesses de pessoas. O critério para a conceituação é a presença do contraditório. Por outro lado, a exigência do contraditório constitui consequência de tratar-se de procedimentos celebrados em preparação a algum *provimento*, qualquer que seja a natureza deste; provimento é ato de poder, imperativo por natureza e destinação,²⁰⁰ donde a necessária legitimação mediante o procedimento participativo. Não se compatibiliza com o espírito do Estado-de-direito democrático a imposição de provimentos sem prévia preparação mediante um procedimento e sem que o procedimento preparador se desenvolva em contraditório; ou seja, não se compatibiliza com ele a emissão de provimentos sem a realização do *processo* adequado. Onde o exercício do poder não conduz a *decisões* que sob a forma de provimentos interferiram na esfera jurídica de pessoas, a ordem social e política tolera os procedimentos sem contraditório. Ilustração expressiva é o *inquérito policial*, em que contraditório não há (daí ser ele mero procedimento, sem ser processo), justamente porque não se endereça a provimento algum; o inquérito termina com um relatório da autoridade policial, que servirá somente como fator para a *opinio delicti* do órgão acusador. Sabe-se também que a urgência de certas situações (*periculum in mora*) exige a imposição de medidas igualmente urgentes, sem prévio contraditório (*inaudita altera parte*): é o que pode dar-se com as cautelares e se dá com as liminares em geral, em razão dos males do fluir do tempo (o tempo é um inimigo), sem que no entanto fique excluído o contraditório, mas tão-somente postergado.²⁰¹

são do procedimento mesmo em primeiro lugar, refletindo-se na vida do processo só pela via do procedimento).

200. No fundo, é a tese de Luhmann, tantas vezes citada. Provimento é ato estatal unilateral, "cujos efeitos jurídicos operam sem a necessidade da aquiescência de outra pessoa pública ou daquele a quem se dirige o ato" (cfr. Cretella Jr., *Manual de direito administrativo*, n. 114, esp. p. 124); v. ainda Dinamarco, *Vocabulário do processo civil*, n. 133, pp. 230 ss.

201. V. *supra*, nota 193. Mas o respeito aos valores do *due process of law*, hoje erigido em garantia constitucional explícita, manda que, em princípio, se condicione a concessão de medidas liminares, em processos de ação civil pública, sem

Ora, o fascínio dessas colocações muito generosas, porque revelam preocupação pela realização dos direitos através do processo e, afinal, preocupação por dar ao homem condições de plena realização pessoal (o bem comum, fim último do Estado), acabou por empolgar de tal maneira os que a aceitam, a ponto de repudiarem a teoria da *relação jurídica processual*. Eles teriam razão, enquanto criticassem os que identificavam nesta o processo, em uma visão tão unilateral como a dos que em tempos da pré-história de nossa ciência também o reduziam unilateralmente ao mero procedimento. Realmente, sempre foi algo muito mal explicado a suposta *distinção* entre processo e procedimento, exposta sem a percepção de que este se integra por completo no conceito daquele.

Mas agora vemos que o procedimento é o lado visível do processo, na experiência empírica; e que a sua adequação ao modelo procedimental traçado em lei é, em última análise, a observância do contraditório. A partir dessa visão do processo como entidade complexa pode-se agora perceber que ele inclui toda uma técnica, indispensável para a participação dos sujeitos em conflito. A participação, em si mesma, é o contraditório; exige-a a ordem constitucional, com sobejas razões mais do que legítimas. Mas, como toda exigência metajurídica que se projeta no campo do direito, também essa reflete-se aqui sob a forma dos instrumentos jurídicos adequados à sua realização.

Dizer apenas que os sujeitos precisam participar, ou ao menos ter oportunidade de fazê-lo, é permanecer no limiar do sistema processual, sem penetrar na sua dogmática e nas técnicas de que ela se vale. Só se estará falando em termos estritamente jurídicos quando se definir, em termos de situações jurídicas, o fenômeno da participação contraditória. Pois a efetivação da exigência política do contraditório, no procedimento, dá-se pela outorga de situações jurídicas aos litigantes: situações jurídicas ativas, que lhes permitem atos de combate na defesa dos seus interesses, e situações jurídicas pas-

a prévia realização do *inquérito civil*, que a Lei da Ação Civil Pública instituiu (lei n. 7.347, de 24.7.1985, arts. 8º e 9º). Antes e mais que mero instrumento para alinhar o Ministério Público para a propositura da ação civil pública, esse inquérito deve ser visto como penhor da liberdade e da preservação dos direitos das pessoas contra medidas que seriam açodadas e mal preparadas sem esse meio adequado de instrução prévia.

sivas, que lhes exigem a realização de atos ou impõem abstenções ou sujeição à eficácia de atos alheios. São, em suma, o substrato jurídico das regras do combate civilizado através do procedimento. E o conjunto dessas situações jurídicas processuais ativas e passivas (poderes, faculdades, deveres, ônus, sujeição) traduz-se em um complexo e dinâmico vínculo entre os sujeitos do processo, definido como relação jurídica processual.²⁰²

Vê-se, pois, que definir o processo mediante associação do procedimento ao contraditório, ou inserir-lhe no conceito a relação jurídica processual são apenas dois modos diferentes de ver a mesma realidade. São perspectivas diferentes, que não distorcem essa realidade nem se excluem reciprocamente, antes se complementam: a *política* (contraditório) não explica como se pratica e se garante a participação e a *jurídica* (relação processual) é pobre por não incluir qualquer fator teleológico e não oferecer meios para a solução de situações mais intrincadas e não previstas expressamente em leis ("cegueira metodológica").²⁰³

A *efetividade do contraditório* é exigência inerente à própria garantia deste e graduada segundo o teor de indisponibilidade do direito substancial em conflito. Os dois pólos dessa garantia, a *informação* e a *reação*, correspondem afinal, como em um microcosmos, a dois postulados de maior espectro do próprio Estado democrático, que são a liberdade²⁰⁴ de informação e a participação da sociedade. Tem-se *informação*, é claro, para melhor poder *participar*. No processo é assegurada a informação sempre (citação, intimações) e, quando o direito é disponível, a reação aos atos do adversário e do próprio juiz dependerá das opções da parte, que cumprirá os ônus ou

202. Cfr. Camelutti, *Istituzioni*, I, n. 281, pp. 263-264; v. também Fazzalari, *Note in tema di diritto e processo*, p. 94; Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, II, nn. 491-492, pp. 204 ss.

203. Apóia-se Fazzalari, portanto, na generosa idéia de incluir no conceito de processo o elemento político-constitucional do contraditório. Rejeita-se a sua proposta de excluir a relação processual, pois deixaria aquela rica idéia sem suporte técnico suficiente a explicar a vida real do processo como experiência jurídica (v. Elio Fazzalari: *supra*, n. 6, nota 11; n. 7, nota 12). Cfr., ainda, Cappelletti: a compreensão do princípio do contraditório não pode ser atingida mediante o mero exame de textos normativos (v. nota 196, *supra*) e sim pela compreensão das razões políticas de sua exigência.

204. Const., art. 5º, inc. XIV.

sofrerá as consequências (v.g., efeito da revelia); na medida da disponibilidade do direito substancial, estreita-se a disponibilidade das situações ativas do processo, de modo que da não-participação deixam de decorrer as consequências mais graves que se têm em caso de direitos disponíveis.²⁰⁵ Por outro lado, o contraditório há de ser *equilibrado*, combatendo os litigantes em *paridade de armas*;²⁰⁶ essa é uma projeção processual do princípio constitucional da isonomia que ilumina todo o procedimento mediante o qual se exterioriza a participação contraditória.

Com essas linhas, as idéias sobre o processo transitam entre o jurídico e o político, em uma interação indispensável às duas perspectivas. Este é mais um capítulo do proposto diálogo entre o processualista e o político (e também talvez com o sociólogo do direito), aqui endereçado ao melhor conhecimento do processo na sua ciência particular. Multiplicam-se na experiência dos tribunais os casos em que se examinam alegações de *cerceamento de defesa* e então as regras do procedimento são invocadas, mas nem sempre com a consciência de que a solução há de ser buscada invariavelmente no modo como a conduta judicial criticada se projete sobre a garantia político-constitucional do contraditório. O *prejuízo*, sem o qual nulidade alguma se pronuncia,²⁰⁷ é apenas o dano causado aos objetivos da participação contraditória; onde o procedimento ficar

205. Cf. Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, n. 85, esp. p. 223. Essa é uma manifestação do caráter instrumental do processo, uma vez que seu fundamento de ser fica influenciado, em cada caso, pela natureza jurídico-substancial do fundamento da demanda.

206. Cf. Tazzia (*supra*, nota 190). Ada Pellegrini Grinover entende que a *igualdade* é inerente ao contraditório, tanto que, segundo ela, o fundamento constitucional do contraditório no processo civil seria (na ordem constitucional anterior) a garantia constitucional da igualdade (cf.: *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, n. 9.1, pp. 89-94). Na realidade, parece que contraditório e igualdade constituem duas idéias diferentes, se bem andem paralelas e se acompanhem reciprocamente: é imaginável algum sistema processual com mínima participação de ambos os sujeitos, porém tratados eles em nível de igualdade; inversamente, algum sistema muito participativo, mas atribuindo a um deles participação mais acentuada que o outro. Politicamente, nem uma solução convém, nem a outra. Por isso que se fala em *contraditório equilibrado*. Esse equilíbrio é mantido por diversas soluções de ordem técnica, seja na lei ou na prática diuturna dos juízos e tribunais; a participação do Ministério Público em prol de incapazes (CPC, art. 82, inc. I), é uma inequívoca manifestação do empenho da lei em equilibrar o contraditório.

207. Sobre o significado sistemático da máxima *pas de nullité sans grief*, v. *supra*, nota 191.

maculado mas ileso saia a garantia de participação, cerceamento algum houve à *defesa* da parte. Cabe ao juiz até, ao contrário, amoldar os procedimentos segundo as conveniências do caso. É como, v.g., se deu em decisões da justiça paulista, aceitando por boa a prolação de sentença após a realização de perícia e sem a designação de audiência de instrução e julgamento, mas havendo as partes silenciadas quando consultadas sobre eventual interesse em produzir prova oral.²⁰⁸ Isso constituiu uma guinada pouco ortodoxa nos rumos do procedimento ordinário, pois o julgamento antecipado do mérito era uma das três alternativas no momento do julgamento conforme o estado do processo: escolhida outra, que fora a do saneamento, pareceria inadmissível trilhar a segunda, já saneado o feito e realizada a prova pericial. Sentenças assim foram bem aceitas, no entanto, porque a audiência só se justificaria se fosse destinada à prova oral (ela é o *palco da oralidade*)²⁰⁹ e, substancialmente, porque o desvio procedimental não prejudicou em medida alguma a participação dos litigantes. Tem-se a preocupação pela integridade do contraditório, ainda, no *julgamento antecipado do mérito*, tal qual previsto na lei processual.²¹⁰ seja no caso de revelia do demandado, seja nos de desnecessidade de prova por outros motivos, sempre que o juiz antecipar o julgamento sem ser rigorosamente o caso de fazê-lo, a nulidade da sentença como ato do procedimento será efeito da violação que haja sido praticada contra a garantia do contraditório. Há, portanto, um *direito ao procedimento*, que é direito à participação e que coincide por inteiro com o já denominado *direito ao processo*,²¹¹ ultrajes a ele esbarram na cláusula *due process of law*, a qual também, afinal de contas, constitui penhor da efetiva oferta de oportunidades para participar.

208. Como procurador de Justiça, emiti parecer nesse sentido e teor, no ano de 1978; depois, escrevi pequeno artigo sobre o tema: "Julgamento antecipado da lide após a perícia". Em sentido rigorosamente oposto, v. TJRJ, 5ª C. Civ., ap. 22.661, reg. 5.9.1982, rel. Cláudio Lima, v. u., ADV 21.2.1983, p. 108, em 8.433; mas o que digo tem inteiro apoio na brilhante sustentação de Galeno Lacerda quanto à relatividade do valor das nulidades processuais (v. *supra*, nota 191).

209. Cf. Liebman, "O despacho saneador e o julgamento do mérito", n. 5, esp. p. 109.

210. CPC, art. 330; no sentido do texto e com a mesma ordem de preocupações cf. Ada Pellegrini Grinover, "Julgamento antecipado da lide e direito ao processo", esp. p. 137.

211. V. *supra*, nota 199.

17. legitimidade

A visão exterior do sistema processual torna particularmente perceptível a imperiosa necessidade do exercício da jurisdição segundo regras e princípios que correspondam a padrões compatíveis com a cultura contemporânea. Os valores vigentes no espírito das nações, hoje cada vez mais propensos à universalização,²¹² exercem poderoso tropismo sobre o sistema, determinando sua convergência a certas idéias fundamentais, que são os princípios instalados nas Constituições e revelados pelo trabalho dos juizes e doutrinadores.²¹³ O empenho dos processual-constitucionalistas no sentido da aproximação sempre maior entre processo e Constituição concorre de modo muito eficaz para a tomada de consciência desses valores e da medida e sentido da influência que exercem sobre o sistema processual, uma vez que, por destinação institucional, as cartas políticas abrigam em primeiro plano a consagração dos valores fundamentais da nacionalidade. A compatibilidade do sistema processual com essa realidade axiológica é o primeiro e mais importante fator de sua legitimidade.²¹⁴ Tal qual estruturado nas leis, compreendido pelos teó-

212. Cfr. Dallari, *Elementos de teoria geral do Estado*, n. 70, p. 118: "a coincidência entre Estado e nação vai se tornando cada vez mais rara".

213. Especificamente sobre a ciência processual, fala Liebman, sugestivamente, nell'insieme, una profonda unità d'ispirazione su ciò che è e deve essere il processo e sui principi fondamentali che lo governano" ("Ai lettori brasiliani", apresentação do autor à tradução brasileira do seu *Manual de direito processual civil*, p. IX).

214. A conceituação de legitimidade, entre os especialistas, oscila entre essa compatibilidade axiológica (critério objetivo) e a aceitação pela sociedade (critério subjetivo, valoração psicossocial da compatibilidade). A preponderância, contudo, parece ser do segundo sentido, com a tônica na *convicção*, no *consenso*, na *aceitação*. Karl Deutsch falou da legitimidade como "compatibilidade dos comportamentos com as próprias convicções de certo ou errado" (*Política e governo*, pp. 36-37); depois, disse que é "a promessa de que a procura de um valor se demonstrará compatível com a procura ou o gozo de outros valores" (p. 37). Para Luhmann, o conceito de legitimidade é "a *convicção*, realmente divulgada, da legitimidade (*sic*) do direito, da obrigatoriedade de determinadas normas ou decisões, ou do valor dos princípios que as justificam" (*Legitimação pelo procedimento*, p. 29); segundo ele, também "pode-se definir a legitimidade como uma *disposição generalizada para aceitar* decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância" (p. 30). Entre nós, José Eduardo Faria definiu a legitimidade do poder como "grau de aceitação dos sistemas políticos e dos ordenamentos jurídicos" (*Poder e legitimidade*, p. 58). E diz Dallari: "a coletivida-

ricos e praticado pelos tribunais, o processo não pode desviar-se dos rumos assim prefixados, nem é legítimo ele, nem os seus resultados, na medida em que caminhar por caminhos ou conduzir a situações discrepantes de tais valores.

Tem-se, com isso, espaço para indagações acerca do fecundo discurso da legitimidade do processo e do exercício da jurisdição, considerados os conceitos desenvolvidos na ciência política e sociologia do direito. Enquanto se pensasse somente na observância dos ditames constitucionais como exigências positivadas em patamar hierarquicamente superior às leis estruturadoras do sistema processual, ter-se-ia uma acanhada e frágil visão legalista do problema, própria do positivismo jurídico, restrita às dimensões do direito e carente de raízes profundas. A compatibilidade constitucional do sistema, assim, é forte indicador de sua legitimidade, mas não é em si mesma fator de legitimação, tanto quanto legitimidade não se reduz a legalidade;²¹⁵ aliás, para a própria descoberta do significado substancial dos dispositivos constitucionais mostra-se indispensável a permanente referência ao complexo axiológico da sociedade, neles espelhado (nem é de hoje a busca da legitimidade do poder em sua base popular: *populus imperium et potestatem conferat*).²¹⁶

de deve reconhecer seus liames com o poder, manifestando o seu consentimento. É indispensável, para que se reconheça e se mantenha a legitimidade, que haja convergência das aspirações do grupo e dos objetivos do poder. Em conclusão: *poder legítimo é o poder consentido*" (cfr. *Elementos de teoria geral do Estado*, n. 19, esp. p. 39). Afirma-se que a *necessidade do poder* é poderoso fator legitimante (cfr. Dallari, *ib.*, n. 20, a, Faria, *ib.*).

215. Cfr. Faria, *Poder e legitimidade*, p. 16: "o problema da legitimidade da norma constitucional" (é claro que, se legitimidade fosse somente a compatibilidade com a norma de grau superior, não se poderia sequer colocar o problema da legitimidade da norma constitucional, que é suprema e constitui positivamente o poder "originário").

216. Cfr. Faria, *op. cit.*, p. 59. É por isso que as Constituições brasileiras afirmam que "todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido" (v. Const., art. 1º, par. ún.). Perde-se um pouco a noção (ou, talvez somente a lembrança) da base popular do poder, quando se trata da jurisdição. Isso é devido, especialmente em sistemas como o nosso, em que os juizes são recrutados por critérios outros que não o da eleição popular, à independência dos juizes e seu afastamento das bases. Mas também o poder dos juizes "emana do povo e em seu nome é exercido". A forma de sua investidura é legitimada pela compatibilidade com as regras do Estado-de-direito e eles são, assim, autênticos agentes do poder *popular*, que o Estado polariza e exerce. Na Itália, isso é constantemente lembrado, porque toda sentença é "dedicada (*intestata*)

A generalizada *disposição a obedecer*, disseminada entre os membros do grupo social, corresponde, de modo mais consciente ou menos, ao reconhecimento dessa compatibilidade axiológica e à necessidade do poder, como instrumento estatal para a consecução dos objetivos comuns. Isso não significa que necessariamente exista, ou se requiera, integral consenso dos membros da sociedade, em torno do poder e dos objetivos pelos quais é exercido. Fala-se, mesmo, na *escassez de crescente consenso*, como característica da sociedade contemporânea e resultado das profundas mutações por que passa.²¹⁷ Os novos padrões morais e políticos da sociedade cambiante em que vivemos neste limiar de uma nova era torna mais árdua a percepção dos princípios legitimadores de todo o sistema político mesmo e, via de consequência, da sua instrumentação processual. Por outro lado, não se pensa na aceitação, ou consentimento, do destinatário individualizado de cada ato imperativo isoladamente considerado, nem somente na aceitação de cada um dos atos; falar em aceitação, como elemento legitimador do poder, é falar na generalizada aceitação, *pela sociedade*, do sistema que inclui e positiva o poder. A irresignação do destinatário do ato não infirma a legitimidade do poder, mesmo quando desborde para o campo da rebeldia; e, muito menos, quando manifestada pelos canais predispostos para ser formulada perante os agentes estatais (recursos). O repúdio individual ou mesmo social a algum ato do titular do poder é fator de *desgaste* deste e pode até conduzir a alguma degradação na aceitação do sistema — mas não é, em si mesmo, causa de *exclusão* da legitimidade.²¹⁸

Essas idéias e conceitos são de plena aplicabilidade ao sistema processual, especialmente ao processo jurisdicional, lembrado que a jurisdição é manifestação do poder do Estado (e o tema da legitimidade é inerente à problemática do poder estatal). Não se cuida

ao povo italiano, em nome do qual é pronunciada" (cfr. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, II, n. 190, p. 243; v. ainda CPC, art. 132).

217. Cfr. Faria, *Poder e legitimidade*, p. 58; v. também Tércio Sampaio Ferraz Jr.: "a função legitimadora do procedimento não está em se produzir *consenso* entre as partes, mas em tornar inevitáveis e prováveis decepções em decepções difusas" (*apresentação de Legitimação pelo procedimento*, de Niklas Luhmann, p. 4).

218. Refiro-me ao incidente havido, no mês de setembro de 1985, no Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, quando trabalhadores revoltados com decisão que declarara ilegal a sua greve voltaram-se contra os juizes mediante contumélias e a violência de detritos que lançaram sobre eles. Em que medida esse fato constituiria manifestação de ilegitimidade do poder?

propriamente de examinar a legitimidade *da jurisdição*, em separado da legitimidade das outras manifestações do poder, simplesmente porque uno é este e cada uma dessas manifestações carece de autonomia sistemática e mesmo conceitual. Pensa-se na legitimidade da jurisdição, como mera projeção ou aspecto da problemática da legitimidade do poder.

Não é usual essa colocação, representativa do encontro das colocações pertinentes ao processualista com as premissas vindas da ciência política e sociologia jurídica. Sociólogos e politólogos pouco ou nada se interessam pelo processo jurisdicional e não têm o hábito de enquadrá-lo no contexto do exercício do poder; aliás, não têm a inteira percepção das diferenças entre o poder, em si mesmo, e o seu exercício organizado. Por outro lado, os processualistas, juristas que são, permanecem habitualmente mais ou menos presos à dogmática jurídica e, ainda que implicitamente, negam-se a ir além do círculo do direito.²¹⁹

Mesmo assim, foi da sociologia jurídica que veio a mais séria e empenhada tentativa de enquadramento do sistema processual no plano da legitimidade, com a afirmada idéia da "legitimação pelo procedimento e pela igualdade das probabilidades de obter decisões satisfatórias".²²⁰ Nessas palavras estão condensados três dos princípios mais importantes que remontam ao plano constitucional, quais sejam o do *due process of law*, o da isonomia e o do contraditório. Em linhas gerais, pode-se dizer que mais legítimo será o sistema processual na medida em que conquiste maiores graus de aceitação social a partir da observância desses três princípios. Se a jurisdição é poder e um dos mais destacados atos de seu exercício, a sentença, é antes de tudo um ato político,²²¹ é no contexto dos atos políticos que se examina a legitimidade da jurisdição.

219. Sobre a *dinâmica do poder*, v. *supra*, n. 14.5; é o processo e não o poder em si mesmo, como relação. E, quanto a essa postura meramente receptícia do processualista, aqui criticada, v. Barbosa Moreira, "Notas sobre o problema da 'efetividade' do processo", n. 3, p. 80: o processualista tem a missão de contribuir para o aperfeiçoamento das normas relativas ao objeto da sua ciência (e também os juizes e advogados: cfr. Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, 2ª ed., pp. XIII-XV — *promessa*).

220. Palavras de Luhmann, *Legitimação pelo procedimento*, p. 31.

221. Cfr. Bellinetti, *Da sentença*, p. 96, falando da sentença como *ato jurisdicional magno*, "ou seja, aquele em que a função jurisdicional realiza a sua tarefa

Pois a desorganização axiológica com que na atualidade se defronta o mundo ocidental e que conduz a uma séria crise de autoridade, constitui fator problematizante de todas as estruturas do poder, inclusive a jurisdicional. A Justiça vai decaindo de sua condição de alvo da admiração e confiança dos membros da população, perdendo vulto entre as *credenda* e os *miranda*, de que falam os sociólogos.²²² O formalismo e lentidão dos procedimentos, associados à estreiteza da via de acesso ao Poder Judiciário e à impunidade consentida pelos tribunais nestes tempos de verdadeira neurose em face da violência urbana, são fatores de degradação da legitimação do poder perante a sociedade brasileira contemporânea. São decepções que se somam a decepções e geram um estado de descrença e permanente decepção generalizada: conduzem a comportamentos rebeldes ao sistema jurídico, como os linchamentos e surgimento de *justiceiros*, chegando a conferir à Justiça, em uma pesquisa de opinião pública realizada já há mais de duas décadas, conceito nada abonador (nota 3,5 em escala de 0 a 10). A população não crê na eficiência do Poder Judiciário, prefere evitar o recurso a ele, não quer cooperar com ele. Mas sente que precisa dele e, apesar de tudo, respeita-o e, em alguma medida, ainda crê na sua idoneidade.²²³

mais nobre e significativa" (pensava, naturalmente, apenas no processo de conhecimento). Da *sentença como ato político*, diz: "as sentenças, como manifestações do poder estatal, trazem o germe de uma idéia de como deve ser organizada a sociedade" (pp. 122-123).

222. Cf. Lasswell, *A linguagem da política*, p. 19, referindo os *credenda* ("coisas a serem acreditadas") e os *miranda* ("coisas a serem admiradas"). A Justiça é *credenda* e é *miranda*, no sentido de que falecerá de condições para cumprir a sua missão sócio-político-jurídica, se e quando a população deixar de acreditar nela, de modo absoluto, e deixar de votar-lhe qualquer admiração. No texto, sustenta-se que, apesar das suas mazelas (especialmente, o custo e a duração do processo, mais o coeficiente de formalismo ainda dominante, que em certa medida afasta o juiz da realidade da causa, mais as dificuldades em compor a prova, devidas em parte à própria má-vontade da população), a Justiça brasileira ainda é alvo de admiração pela sua boa *consistência interna* e as pessoas ainda crêem nela.

223. Como se disse, a necessidade do poder é fator legitimante do poder mesmo. Acentua Faria que o problema da legitimidade surgiu com a implantação do governo *indireto* nas *comunidades antigas* e que "a herança do pensamento clássico parece ter sido a consciência da necessidade, em termos de legitimidade do sistema político, de uma correspondência com as *necessidades públicas*, de um lado, e com os preceitos éticos do humanismo, de outro" (cf. *Poder e legitimidade*, pp. 62, 59). Sabe-se que a população lança mão, com boa frequência, de *soluções alternativas*, evitando o recurso ao serviço jurisdicional do Estado; sabe-se, também, que boa

Não é fácil, portanto, nesse contexto marcado pela complexidade de elementos em contradição, avaliar o grau de *aceitação* do poder *jurisdicional* no seio da sociedade organizada em Estado. Na tentativa de avaliá-lo e com isso determinar o nível de legitimidade da justiça na sociedade brasileira contemporânea, é porém possível destacar alguns pontos que servem de válido apoio e critério satisfatório.

O estudo constitucional do processo (direito processual constitucional) revela pontos que constituem conquistas da sociedade moderna e quanto aos quais a percepção desta tende a ser cada vez mais aguda, à medida que os meios de comunicação de massa põem a população em melhor contato com a realidade do país. A progressiva tomada de consciência da conjuntura que as cerca põe as pessoas em atitude crítica perante as instituições da superestrutura estatal e a nível tendência, tal como se vê nas sociedades mais politizadas, é no sentido de saírem da condição de meros espectadores das atividades de administradores e juizes em prol do direito.²²⁴ E assim é que a população sente a necessidade de que a Justiça se pautar por aquelas idéias fundamentais postas em relevo pelos processual-constitucionalistas, ou seja, ela vai se conscientizando da necessidade de observar a ausência dos grandes princípios constitucionais do processo.

Não foi por acaso, *v.g.*, que tiveram plena receptividade as iniciativas no sentido de abrir o Poder Judiciário às *pequenas causas*, seja nos *conselhos de conciliação e arbitramento* instituídos no Sul do país ainda sem investitura jurisdicional, seja na Lei dos Juizados Especiais e nos juizados informais de conciliação que no passado o Tribunal de Justiça de São Paulo implantou em foros regionais da capital e em algumas comarcas do interior desse Estado. Essas

parte das insatisfações não são trazidas ao conhecimento do Poder Judiciário, em virtude da descrença nele: é a *litigiosidade contida*, de que diz Watanabe, "Filosofia e características básicas do Juizado especial de pequenas causas", n. 2, esp. p. 2; fala Barrios de Ángelis no homem "indiferente, resignado ou inibido", em confronto com o "murmurador, queixoso, rebelde, denunciante, reivindicador ou cumpridor direto do seu dever judicial" (cf. *Introdução al estudio del proceso*, n. 5.6.5, esp. p. 58 - v. *infra*, nn. 21-22). Esses dados empíricos e essas atitudes passivas, contudo, significam somente que o grau de legitimidade da Justiça, em dado momento histórico e no lugar considerado, é menor do que se desejaria que fosse, sem porém que deixe de existir a legitimidade e sem que passe a ser ilegítimo o poder em si mesmo.

224. Cf. Niklas Luhmann, *Legitimação pelo procedimento*, p. 71.

iniciativas foram cercadas de amplos debates que a imprensa divulgou, envolvendo juristas e entidades de classe, tudo a permitir que, através dos meios de comunicação de massa, a população sentisse a problemática. Resultado: criaram-se expectativas legítimas em uma Justiça mais acessível, seja por ser gratuita, seja por ser rápida e informal. O que se viu foi o poder estatal instituindo, mediante esse esforço de aperfeiçoamento da Justiça, o seu próprio processo de legitimação ou, pelo menos, processo de elevação do grau de sua legitimidade. E os debates que foram levados a público, que de um lado constituíram fator de educação a gerar expectativas por uma Justiça melhor, por outro traduziram a *promessa*, ou seja, compromisso de um aperfeiçoamento que a leve a um estado de satisfatória compatibilidade com o que dela é lícito esperar.²²⁵ As iniciativas em exame são ligadas à generosa idéia da *universalização da Justiça*, contida na promessa constitucional ainda imperfeitamente cumprida da inafastabilidade da tutela jurisdicional,²²⁶ e a população já sente que isso é necessário, tanto que a opinião pública se pôs inteiramente de acordo com essas iniciativas e depois, quando implantados os órgãos para atendimento das pequenas causas, quando implantados os pressivo uso dos seus serviços. É a confirmação de que a abertura da via de *acesso à justiça*, que constitui postulado democrático no Estado-de-direito, é válido fator de legitimação do sistema processual e do exercício da jurisdição. Fenômeno semelhante tem-se na também Lei da Ação Civil Pública.

Essa Justiça acessível gratuita informal e rápida é, no entanto, ainda mera promessa em via de cumprimento. Fora do âmbito das causas, de menor expressão econômica tem-se ainda o processo tradicional muito caro e demorado, como fator de desgaste da legitimação do sistema. O povo sabe da lentidão da Justiça e é do conhecimento comum a utilização que os maus pagadores fazem de suas delongas, seja para adiar o momento de satisfação de suas obrigações, seja mesmo para desencorajar pretensões de credores (conceituado veículo de comunicação jornalística chegou a tachar o

225. O mero fato de instituir o processo de sua própria legitimação é, em si mesmo, legitimador do poder (Luhmann, *op. cit.*, p. 31).

226. Universalização da justiça: é o tema ligado à efetividade do processo, trata-se na parte final do presente estudo (*cf. infra*, nn. 36-36.4).

Poder Judiciário, sob esse prisma, de "refúgio da impunidade"),²²⁷ e, o que desgasta ainda mais o sistema processual e concorre com muito peso para a menor confiança nele, vale-se o próprio governo dessa relativa ineficiência, para fins igualmente imorais.²²⁸ Por outro lado, a falência do sistema repressivo, com um muito mal recebido afrouxamento de decisões nos juízos criminais até mesmo em função da insuficiência dos presídios, tem concorrido em muito para a generalizada impressão de uma grande impunidade dos delinquentes mais perigosos; a população recebeu com grande desgosto e renovado sentimento de insegurança a inovação imposta por um juiz

227. Trata-se de matéria publicada na revista *Visão*, de 2 de abril de 1984 ("Judiciário dependente - o refúgio da impunidade": pp. 32 ss.); destacam-se ali os cínicos desafios dos obrigados confiantes na morosidade da Justiça: "Vá reclamar para o bispo", "Vire-se. Busque um advogado", "Apele para a Justiça".

228. São conhecidas no Estado de São Paulo as inúmeras teses jurídicas em que a Fazenda sai seguidamente vencida nos tribunais em centenas de casos e, não-obstante, continua insistindo em opor resistência (litigante de má-fé: CPC, art. 17, inc. I). A Municipalidade paulistana insistiu durante muito tempo no acréscimo de 200% sobre o valor do imposto predial e territorial urbano relativo a edificações irregulares, apesar de invariavelmente o extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil ter-lhe proclamado a ilegalidade (CTN, art. 75); é claro que, lançando o imposto ilegal, ela acabou por receber o indevido - e assim locupletando-se, nos casos em que o contribuinte não se animou a percorrer os caminhos da Justiça. Nas desapropriações dá-se um fenômeno digno de nota. Existe uma insinceridade fiscal, consistente em fixar por lei alíquotas muitíssimo elevadas para o IPTU e, correspondentemente, atribuir-se *valor venal* bastante baixo aos imóveis; com isso, a base de cálculo rebaixada compensa o alto nível da alíquota e o imposto acaba por ser suportável (talvez essa política tenha sua explicação pragmática, na jurisprudência que antes dominava, admitindo a reavaliação da base de cálculo por ato administrativo, sem que isso constituísse violação às garantias constitucionais da legalidade e anualidade dos tributos: o Poder Executivo ficava livre para elevar economicamente as suas rendas, sem alterar a alíquota). Pois essa situação alimenta outra insinceridade, consistente em ofertar cínicamente, nas desapropriações imobiliárias, o irrisório valor constante do lançamento (*valor venal*): há nisso sensível violação à garantia constitucional da indenização "prévia e justa" e, sendo irrisória a oferta, os processos se multiplicam e perduram nas demoras da instrução, julgamento, duplo grau de jurisdição, etc. - e o proprietário que espere! Conta-se até de um prefeito da Capital paulista que, sabedor do grande número de processos expropriatórios pendentes nas varas especializadas (com a perspectiva de precisar fazer pesada "sangria" no tesouro municipal, para o pagamento das indenizações), tomou a providência consistente em determinar o ajuizamento imediato de milhares e milhares de execuções fiscais que estavam em preparação pelos órgãos competentes; e isso com a confidada intenção de congestionar os serviços das varas e impedir a célere terminação dos processos expropriatórios. São atitudes do próprio Estado, desleais, ilegítimas, conspirando contra o grau satisfatório de crença e admiração pela Justiça.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

PARTE SEGUNDA

A INSTRUMENTALIDADE DO SISTEMA PROCESSUAL

CAPÍTULO IV
ESCOPOS DA JURISDIÇÃO
E INSTRUMENTALIDADE

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

18. processo, escopos, instrumentalidade

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

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

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

19. os escopos da jurisdição

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

20. *relatividade social e política*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CAPÍTULO V

ESCOPOS SOCIAIS

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

21. *pacificar com justiça*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

22. educação

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

23. escopos sociais e técnica processual

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

juízo 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 deslizes; resta por demonstrar que o juiz recrutado por modo idôneo, cercado de garantias e integrante de um Poder Judiciário bem estruturado seja assim tão suscetível a tantas fraquezas. O princípio da demanda e o dispositivo têm o seu inegável valor, mas não são suficientes, em si mesmos, para infirmar as tendências que advêm da ligação do sistema processual aos fins do Estado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CAPÍTULO VI

ESCOPOS POLÍTICOS

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

24. os escopos políticos

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

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

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

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

Sem dúvida, a organização e subsistência do Estado dependem do exercício organizado do poder legítimo, por meios legítimos. A isso concorre o processo, não agora encarado o resultado do exercício da jurisdição em cada caso concreto, mas na soma de todos os casos trazidos a exame. Decidindo e impondo decisões (não necessariamente em sede jurisdicional), o Estado afirma o seu próprio poder e a autoridade de que instrumentalmente investidos os seus agentes, na busca de fins predeterminados. Além de decidir, ele impõe imperativamente o que decidiu e a *imunização* das decisões, no sentido de que, soberanamente, não admite revisões do decidido. Havendo decidido, produz efeitos imediatos sobre a situação das pessoas e em certa medida espera que cada um pautе 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 Angelis, *Introducción al estudio del proceso*, n. 5.9.3, p. 64); “os países socialistas utilizam o processo, não só como forma de afirmar princípios legais, mas também como *oportunidade propagandística*, favorável à *construção do socialismo*. Não se 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-Grimover-Cunha Ferraz, *Liberdades públicas — parte geral*, p. 6: são definidas como “poderes de autodeterminação consagrados pelo direito”. De modo mais explícito, v. Ada Pellegrini Grimover, *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

2.5. *escopos políticos e técnica processual*

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

11. Pode-se também pensar na participação democrática através do processo, não como parte, mas prestando serviços: é o caso dos juizes leigos, árbitros e conciliadores, que, no sistema da Lei dos Juizados Especiais, são auxiliares honorários da Justiça (LJE, arts. 7º e 26, § 2º). A propósito, diz Watanabe, essa é "uma alternativa inovadora que procura reverter a excessiva profissionalização da Justiça, o que certamente permitirá reduzir a burocratização de toda a máquina judiciária" (cf. "Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas", n. 6, pp. 6-7). Também a participação nos conselhos de sentença (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 àqueles garantias: o amadurecimento da idéia de entender o mandado de segurança à garantia de direitos líquidos e certos violados por ato jurisdicional constitui significativo passo, nessa evolução;¹³ e assim também, em tempos menos recentes, o *habeas corpus* concedido contra violência de particular à liberdade individual (cárcere privado, hospitais, fazendeiros) e o mandado de segurança contra ato de diretor de estabelecimento particular de ensino ou de sociedade de economia mista.¹⁴ Nessa expansão da abrangência dos remédios processuais constitucionais, tem-se a demonstração de que a consciência jurídico-política brasileira evoluiu 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.: trata 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 eficácia de decisões. É a ordem constitucional reagindo contra lesões a direitos líquidos e certos a que a ordem legal não estaria sendo capaz de dar a devida proteção. A propósito do tema disse Calmon de Passos: "a teoria do mandado de segurança contra atos jurisdicionais tem que assentar como a do mandado de segurança em geral, em três noções básicas: a de *ilegalidade* ou *abuso* de poder na atividade jurisdicional do magistrado; a de *direito*, relacionado com o processo e o conjunto de atos que o constituem, resultado do exercício das faculdades que integram as situações de vantagem dos sujeitos; e, por último, a de *liquidez e certeza* desse direito" (cf. "Do mandado de segurança contra atos jurisdicionais: tentativa de sistematização nos cinquenta anos de sua existência", n. 12, p. 52). Até mesmo contra sentença passada em julgado, não se exclui por completo a admissibilidade do *writ*.

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

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

A instituição da *ação popular* e da tutela jurisdicional ao *meio ambiente* entre nós, ambas paradoxalmente creditadas ao regime de excepcionalidade política dos vinte-e-um anos ditatoriais, constitui a instrumentalização técnico-processual de garantias constitucionais antes mal concretizadas: a da ação popular jazia há mais de vinte anos no texto constitucional sem efetivação e a da inafastabilidade do controle jurisdicional jamais chegara ao ponto de encampar a tutela dos interesses difusos como os relativos ao meio ambiente. Antes a *moralidade administrativa* só poderia ser fiscalizada jurisdicionalmente por vias indiretas ou aleatoriamente, fosse quando estivesse envolto 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 Lieberman, "El fundamento 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 principio 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. 228 ss.

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

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

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

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

22. *Cf. Dinamarco, Execução civil*, nn. 220-221, pp. 363 ss., bem como bibliografia ali citada. A afirmação da ação como direito público subjetivo (*cf. Ada Pellegrini Grinover, Direito de ação*, nn. 21-26, pp. 45 ss.) tem muito mais significado político do que técnico-jurídico, ou seja: trata-se de fórmula ligada à generosa preocupação pela inafastabilidade do controle jurisdicional no Estado-de-direito, sendo a ação uma garantia destinada a assegurar o acesso a ordem jurídica justa. Se fosse válido determinar a natureza jurídica do instituto só por isso, 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 (*cf. Dinamarco, Fundamentos do processo civil moderno*, I, n. 144; *supra*, n. 9).

23. CPC, art. 262, parte final.

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

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

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

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

modo como o processo e os seus resultados repercutem no sistema jurídico; além disso, as fórmulas mais conhecidas, através das quais se tentou a definição teleológica do processo, constituem acima de tudo pronunciamentos acerca da função que o processo desempenha perante o direito e na vida dos direitos. A postura 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 giurisprudizione*, esp. n. II).

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

4. É conhecida a crítica: se o direito é um interesse tutelado, a tutela de direitos seria a tutela do interesse... tutelado. Além disso, essa posição é fruto da visão privatista do sistema, a partir da ótica do demandante, que vem a juízo pretendendo realmente uma tutela, mas que nem sempre tem o direito a obtê-la (e isso é resolvido nos 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

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, excluir a visão jurídica de um sistema que em si mesmo é jurídico. É de suma importância e vital relevância na técnica processual a definição do

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

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

27. colocações introspectivas

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

Sabe-se que o processo é instrumento predisposto ao exercício do poder e que este consiste na capacidade de decidir e impor decisões.⁷ A dinâmica do poder inclui uma série mais ou menos complexa de atos integrados na unidade teleológica de um procedimento,⁸ o qual há de ser conforme com o modelo procedimental legal, sendo absolutamente imprescindível que, nos momentos adequados, o agente "civile", n. 1, esp. p. 156) transparece nessa aplicabilidade somente à ação civil individual.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

28. o processo e o direito

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

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

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

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

dá, v.g., na continuação no emprego das locuções *direito substantivo* e *direito adjetivo*, expressivas da teoria imanentista da ação anterior à obra renovadora do século XIX; ou na referência à *lesão*, como elemento caracterizador do interesse de agir (e nesse erro incorre a Constituição brasileira e o próprio Código de Processo Civil).¹⁹ O Código Civil de 1916, fruto de uma cultura ainda sem conhecimentos 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 recalitrantes;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. 228-229).

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, *Posder 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 polémica entre adeptos da teoria dualista e da unitária.²⁵

28.1 pontos de estrangulamento

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

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

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

26. 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 *prospetazione*, segundo a qual a presença ou ausência dos requisitos considerados como

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

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

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

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

A pertinência da disciplina da *prova* integralmente ao direito processual ou em parte ao substancial (admissibilidade, ônus da prova) ilegítima? Ilegitimidade em graus diferentes? Ou será que, na primeira hipótese, à ilegitimidade se soma a falta de interesse processual? O fato é que, embora no primeiro caso a falta da condição da ação se mostre visível *ictu oculi* e no segundo dependa de instrução, em ambos os tribunais proclamam carência de ação.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

33. CC, art. 543.

34. CC, art. 877.

35. CC, art. 319.

36. CC, art. 322.

37. CC, art. 758.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

28.2 entre a teoria unitária e a dualista

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

53. V. *supra*, n. 15.2; *infra*, n. 28.5.

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

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

Com raciocínio de igual ordem, negou-se também caráter jurisdicional à atividade judicial na execução civil,⁵⁶ resultado esse que surpreendentemente coincide com os mais radicais a que chegou a mais expressiva voz da teoria unitária do ordenamento jurídico.⁵⁷ Toda peculiar, por esse aspecto, é a função dos juízes de fato, nos julgamentos pelo júri popular: eles seguem formalmente o programa de respostas a quesitos formulados segundo os fatos relevantes perante o direito penal e que hajam sido alegados, mas são tão livres, em suas respostas secretas imotivadas peremptórias e soberanas, que o veredicto final nem sempre corresponderá à vontade concreta da lei. O conselho de sentença apresenta ao juiz presidente já um projeto definido de sentença que é a expressão de uma vontade concreta formulada sob os influxos da própria causa e sua discussão, sem haver sido necessariamente deduzido a partir de uma premissa maior representada pela vontade abstrata contida na lei penal. Por isso é que, a partir da visão dualista do ordenamento jurídico, chegou-se a insinuar a não-jurisdicionalidade dos julgamentos pelo júri — mas isso constitui pelo menos um exagero, decorrente de examinar a jurisdição exclusivamente a partir do seu escopo jurídico.⁵⁸

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

55. Cfr. Celso Neves, *Cóisa julgada civil*, pp. 450 ss. (nn. 7-8), pp. 457 ss. (nn. 10-11); “Classificação das ações”, *passim*.

56. Cfr. Celso Neves, “Classificação das ações”, p. 357.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

28.3 o juiz e o processo

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

E a manutenção do clima de segurança exige também o respeito à legalidade no trato do processo pelo juiz. No de conhecimento, ele *memória* e menos que o *direito legal* (cfr. *Richterrecht*, n. 5.3, pp. 100-101). É, como já foi dito: vale menos que uma ordem, mais que um conselho (mas: a problemática das decisões reiteradas, como suposta fonte de direito a ser observada em outros casos, não equivale à que vem tratada neste passo da obra).

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

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

86. Severa e clássica advertência de Jeremy Bentham.

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

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

28.4 os ônus processuais e a conduta das partes

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

28.5 *suficiência do direito substancial*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

29. atuação da vontade concreta do direito

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Mas esses desvios e distorções não devem influir na determinação daquilo que se almeja e espera do processo e da espécie de relação que ele há de desenvolver com o direito objetivo material dentro do sistema jurídico global do país: sua fidelidade aos desígnios do direito objetivo é um valor em si mesma, na medida em que nas disposições jurídico-substanciais reside a projeção das escolhas políticas e sociais da nação, resumidas com vista à solução geral dos casos concretos. A independência intelectual do juiz não autoriza o arbítrio e a lei é limitativa das escolhas do juiz, como fase de um afunilamento que parte da Constituição e que ainda é menos estreito quando passa pela fase da legislação¹¹⁶ (o juiz não é legislador e a sentença não é *lex specialis*).¹¹⁷ A positivação do poder em casos concretos, representada pela atividade jurisdicional, é um ato, político, destinado à preservação de valores pelos quais opta o Estado sem a participação do juiz enquanto tal.¹¹⁸ Assim como a política tem seus *fins jurídicos*,

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

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

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

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

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

29.1 críticas e confrontos

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a fórmula "atuação da lei a casos concretos".¹³⁴ Ela trai inicialmente o hábito arraigado de empregar o vocábulo *aplicação* e o verbo *aplicar*, pois *atuação* e *atuar* não comportam a regência trazida nessa proposta, ou seja: "atuar... a casos concretos"; e, como *aplicar* já traz em si a idéia de passagem do abstrato para o concreto (significa especificar, *colocar nas dobrás*),¹³⁵ já se sente aí a incompatibilidade dos termos dessa fórmula, que a um tempo fala em *atuação* e pressupõe a insuficiência de um direito material que precisa do aporte do serviço do processo para chegar por inteiro ao estado de concreção. Depois, essa fórmula desconSIDERA também o sentido do vocábulo *composição*, no contexto da linguagem doutrinária em que proposto; só se tivesse conotações sociais, equivalendo a *pacificação*, seria possível a coexistência das duas idéias, como se demonstra pela coexistência do objetivo jurídico com os objetivos sociais da jurisdição. Em resumo: não se podem conciliar dois pensamentos que rigorosamente têm assento em duas premissas tão diametralmente opostas, como a suficiência e a insuficiência da ordem jurídica substantial a produzir direitos e obrigações. Mas a boa-vontade no sentido da conciliação foi também alimentada pela tentativa de *retificar* o conceito de lide, afastando-o da formulação originária para apresentá-la como "conflito de interesses, qualificado pelos *pe-didos* correspondentes";¹³⁶ com isso ficou o conceito de lide bastante esvaziado do seu conteúdo sociológico e, em compensação, passou a não significar outra coisa senão a própria pretensão deduzida em juízo, ou seja, o mérito (e, com essa formulação, *lide* não é algo que concorra para a explicação deste ou do objeto do processo).

Outra aparente debilidade da definição teleológica aceita é que, sem o aporte dos fatores sociais e políticos inseridos com ela no

134. Cfr. Amaral Santos: "atuar o direito objetivo aos casos concretos" (*Princípios Jurídicos*, I, n. 17, esp. pp. 21-22); v. ainda Alvarado Velloso, "Jurisdição y competencia", n. 2, p. 105 ("atuação da lei a casos concretos"). Assim também Liebman, que, sem cometer as impropriedades formais vistas nessas fórmulas, afirma que hoje as duas posições, antes tão contrapostas, "podem-se considerar complementares".

135. "Applico, -as, -avi, -atum, -are": encostar, acomodar.

136. Cfr. Liebman, "O despacho saneador e o julgamento do mérito", nn. 7-9, pp. 114 ss.; Galeno Lacerda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, VIII, t. I, n. 6, p. 20, também propõe uma correção ao conceito da lide, mas para alargá-lo e sem interferir na sua significação metodológica.

contexto (os outros escopos da jurisdição), poderia revelar uma insatisfatória tendência ao *individualismo*. Ela é, aliás, fruto do clima desejável de individualismo em que floresceu, sendo natural que refletisse o espírito do tempo.¹³⁷ O tratamento jurisdicional *atômico* das relações e conflitos, proclamado nessa fórmula, corresponde ao pensamento político-jurídico tradicional, que exibe a jurisdição como função arcaica às generalizações e voltada rigorosamente à solução de casos concretos; é esse o pensamento que herdamos da cultura jurídica romana, preocupada em dar a *cada* um o que é seu e na definição do indivíduo (*persona*) como pólo de direitos e obrigações.¹³⁸ Atribuir ao sistema processual a missão de atuar a vontade *concreta* do direito, sem maiores preocupações pela dinâmica social da própria fórmula e sem inseri-la no contexto dos demais escopos (sociais, políticos), significa resistir à realidade do *direito de massa* que vai forçando a passagem para impor-se na sociedade moderna, com a própria insuficiência da *molecularização* do serviço jurisdicional. Vivemos uma época de intensas transformações sociais, com os homens partilhando problemas mais intensamente comuns, especialmente nas grandes cidades; o movimento em direção a elas, mais o consumismo fruto da urbanização e das modernas técnicas de comunicação favorecendo a eficiência do *marketing* e as angústias da insatisfação, mais os gravíssimos problemas habitacionais, mais as naturais deficiências de abastecimento — tudo isso e mais a complexidade dos problemas contemporâneos que os sociólogos vêm apontando em destaque são fatores responsáveis, nesta nossa era, por "uma

137. V. ainda Barbosa Moreira, "As tendências contemporâneas do direito processual civil", n. 3, p. 40: "a ciência do direito processual civil nasceu e desenvolveu-se no ambiente cultural do liberalismo individualista. Era natural que o *Zeitgeist* impregnasse a doutrina e a maioria das grandes codificações oitocentistas. Cfr. ainda Vittorio Denti, *Processo civile a giustizia sociale*, p. 17: "a *neutralidade* dessas construções conceituais era apenas aparente, pois estas correspondiam em cheio à ideologia conservadora da qual a ciência havia haurido os seus princípios informadores". E é de Galeno Lacerda essa advertência: "nada mais natural, portanto, que a própria função do processo varie conforme a época e a mentalidade reinante" (cfr. "Processo e cultura", n. 2, p. 75). Ao longo do ensaio, demonstra a idéia fundamental, de que o processo brasileiro constitui "manifestação de uma cultura individualista".

138. Cfr. Orestano, "Azione — storia del problema", n. 3, p. 19: o famoso esquema *personae-res-actiones* (manifestação do individualismo romano).

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

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

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

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

141. *Cf.* Watanabe, palavras ditas em conferências.

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

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

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

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

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

30. *escopo jurídico e técnica processual*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

152. V. *supra*, nota 149.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ria de alguma finalidade a cumprir e de que deve ser instituída e praticada com vista à plena consecução da finalidade. Daí a idéia de que todo objetivo traçado sem o aporte de uma técnica destinada a proporcionar sua consecução é estéril; e é cega toda técnica construída sem a visão clara dos objetivos a serem atuados.² Nesse contexto bipolar, acontece então que se todo instrumento, como tal, destina-se a ajudar o homem a obter determinados resultados, por outro lado ele exige do homem a sua manipulação segundo normas adequadas, sob pena de inutilidade ou distorção: "não há instrumento, por simples que seja, que por sua vez não requeira algo de quem pretende utilizá-lo para a consecução dos seus próprios objetivos".³ A técnica está a serviço da eficiência do instrumento, assim como este está a serviço dos objetivos traçados pelo homem e todo o sistema deve estar a serviço deste. "Ignorar a natureza instrumental do processo favorece o formalismo, na medida em que confere relevância exagerada à forma, em detrimento dos objetivos do instrumento como um todo e dos atos especificamente considerados".⁴

O direito, enquanto sistema de atribuição de bens e organização social, não é uma técnica. Ele é a positivação do poder, ou seja, conjunto de normas em que transparecem as decisões do Estado (centro de poder) e destinadas a orientar a conduta das pessoas e as suas relações em sociedade. É uma *realidade espiritual* e situa-se nos *domínios da ética* (ele foi definido como o "momento essencial do processo ético"),⁵ animado pela natural inclinação do homem a tutelar valores e estabelecer condições favoráveis à criação de valores novos.

No confronto com a técnica, resulta assim que o direito define objetivos a serem atingidos e nisso distingue-se dela. Ainda que às vezes ele se mostre como normatização de regras técnicas (v.g.,

jurídica justa: é preciso, em suma, que dela o homem possa extrair muito mais do que ela exige que ele lhe dê (v. *infra*, nota 3).

2. V. *supra*, n. 17, sobre legitimidade.

3. Cfr. Carnacini, "Tutela giurisdizionale e tecnica del processo", n. 1, p. 697.

4. Cfr. José Roberto dos Santos Bedaque, *Efektividade do processo e técnica processual*, cap. I, n. 4, p. 27.

5. Cfr. Reale, *Filosofia do direito*, II, n. 247, p. 611: direito, "realidade histórico-cultural tridimensional de natureza bilateral atributiva"; ou "realidade espiritual (não natural, nem puramente psíquica, ou técnico-normativa etc.) na qual e pela qual se concretizam historicamente valores"; v. ainda vol. I, n. 92, p. 219.

CAPÍTULO VIII

ESCOPOS DO PROCESSO E TÉCNICA PROCESSUAL

31. a técnica e os escopos; 32. equilíbrio de exigências conflitantes; 33. certeza, probabilidade e risco em direito processual; 33.1 no processo de conhecimento; 33.2 cont. (esp. quanto ao valor do ônus da prova); 33.3 no processo ou fase de execução; 33.4 nas atividades jurisdicionais de urgência (cautelares e antecipatórias).

31. a técnica e os escopos

Quando dos conceitos e definição de objetivos se passa a cuidar da operatividade do sistema, tem-se em vista a técnica a ser posta a ser posta a serviço dos propósitos estabelecidos.

Tem-se por *técnica* a predisposição ordenada de meios destinados a obter certos resultados.¹ Toda técnica, por isso, é eminentemente instrumental, no sentido de que só se justifica em razão da existên-

1. Interessante conferência de Kotaro Tanaka, professor da Faculdade de Direito de Tóquio, dá bem a idéia da técnica a serviço do direito e de suas relações com ele. O conceito de *técnica processual*, formulado no texto, é inspirado em suas palavras, muito embora ali não haja preocupação específica pelo direito processual nem a técnica, ali considerada, seja especificamente a técnica jurídica. Sugestiva é a lembrança de que "o direito tem o aspecto de um fenômeno cultural", enquanto que "a técnica se apresenta como produto da civilização" (cfr. "O direito e a técnica", p. 35). Depois, o direito encampa técnicas, tomando para seu conteúdo normas que a técnica elaborou e desenvolveu (v. p. 36) sendo natural que a lei do processo absorva resultados da expertise técnica, como em um tempo aconteceu com a adoção da datilografia nos atos e termos processuais e como, hoje, a informática e a estenotipia forçam passagem para obter ingresso na vida do processo. Mas o processo mesmo é, no seu modo de ser, uma técnica ("o direito não somente contém a técnica em si mesma, mas ainda funciona como técnica": Tanaka, *op. cit.*, p. 36). Neste estudo, ressalvas são feitas ao tecnicismo processual, mas evidentemente sem menosprezo ao que a boa técnica é capaz de oferecer como meio de acesso à ordem

“o regulamento de polícia referente à construção dos edifícios nas cidades”⁶ e no contexto social ele próprio se mostre como uma técnica (*social engineering*), em si mesmo o direito jamais se confunde com esta. Quanto ao direito processual, posto em confronto com o substancial e com os objetivos a serem atingidos no campo social e no político, em sentido assim vago pode-se dizer que ele constitui uma técnica a serviço deles — do mesmo modo e no mesmo sentido em que se afirma ser ele um instrumento.

Mas, quando se passa à introspecção do próprio sistema processual e se procura em um primeiro tempo criar, depois compreender e finalmente bem empregar os meios que compõem o seu mecanismo, então é especialmente da técnica processual que se está cuidando. Técnica processual é, nessa ótica, a *predisposição ordenada de meios destinados à realização dos escopos processuais*. Essa é, intencionalmente, uma conceituação teleológica da técnica, não valendo a pena a busca de uma definição puramente técnica da técnica, ou seja, definição só introspectiva, cega para os propósitos do sistema.

A visão puramente técnica do processo e tradicional descaso (mais do que repúdio) a suas projeções éticas pode-se dizer completamente superada, nos escritos dos doutrinadores que hoje se ocupam do tema. Transparece, todavia, no trato dos diversos assuntos do processo, postos no plano técnico, como nas investigações do escopo jurídico sem preocupação pelos sociais e políticos é, por omissão, de um modo geral no exame técnico-processual de institutos em particular. Mas isso constitui uma questão de postura cultural e metodológica. Repudiado o positivismo jurídico e suas projeções sobre o modo de ver o processo, sua inserção no sistema e sua técnica particular, é natural que todo pensamento em assunto processual seja norteado pela visão dos objetivos. É conciliar o aspecto instrumental do processo, que é realidade ética porque permeado dos influxos dos valores substanciais efeitos pela nação (*v. supra*, nn. 2-3), com a necessidade de operacionalizar meios para a consecução do que se

6. *Cf.* Tanaka, “O direito e a técnica”, n. 36: “a naturalização da técnica do domínio do direito”. Por outro lado, cabe à *dogmática processual a elaboração lógica* das normas consideradas boas e convenientes, para a sua integração harmoniosa no ordenamento jurídico mediante “uma hierarquia de princípios e assim em uma representação e construção unitária” (*cf.* Angelotti, *Teoria generale del processo*, n. 1, pp. 5-6).

seja. Toda técnica jurídica justifica-se, afinal, pela sua indispensável convergência aos ditames éticos da sociedade, infiltrados na essência do direito.

Tomadas essas precauções, ingressa-se no domínio da técnica processual com a consciência de que ela está posta e há de ser empregada empiricamente a *serviço dos diversos escopos* predeterminados. Na realidade, ligações muito mais estreitas e visíveis ela tem com o escopo jurídico de atuação da vontade do direito, que em si mesmo é mais visível que os demais e é tradicional e corresponde ao individualismo herdado através de milênios (*v. n. anterior*); e isso constitui poderoso fator que, associado ao imobilismo intelectual e metodológico que prevaleceu até à metade deste século, muito correu para a falsa impressão de que o processo seja um instrumento só técnico. A supervalorização do procedimento, à moda tradicional e sem destaques para a relação jurídica processual e para o contrário, constitui postura metodológica favorável a essa *cegueira ética* que não condiz com as fecundas descobertas da ciência processual nas últimas décadas. A técnica processual, por isso mesmo, vai-se agitando nos últimos tempos, com vista a adaptar-se às exigências sociais e políticas que atuam sobre o sistema processual e lhe cobram o cumprimento de seu compromisso com o Estado e com a própria sociedade.

Tal é o efeito da *revisitação* que aos poucos vai sendo feita aos institutos processuais tradicionais e à sua técnica, na busca de soluções novas para velhos problemas. As *ondas renovatórias* caracterizadoras das novas tendências do direito processual só se mostram concretas e úteis na medida em que os ideais de *ampliação da tutela jurisdicional* se traduzam em técnicas capazes de melhorar os resultados apresentados aos *consumidores* do serviço, que são os membros da população.⁷

E assim é que, ao lado das disposições tradicionais do direito processual civil e mesmo em sua interpretação teleológica, vão surgindo

7. Refiro-me ainda uma vez ao discurso de Barbosa Moreira no ato de encerramento solene do Congresso Internacional de Direito Processual de 1991 (Coimbra-Lisboa): *v. supra*, parte final do tópico “Novos rumos do instrumentalismo”, logo antes do capítulo I desta obra. A história recente do processo civil brasileiro registra a Reforma por que vem passando, com leis destinadas a conferir ao sistema a necessária agilidade e eficácia (*cf.* Dinamarco, *A reforma do Código de Processo Civil*, 3ª ed., 1996).

soluções reveladoras de uma sensibilidade social antes inexistente.⁸ São as medidas de abertura da via de *acesso à justiça*, seja afastando as “desigualdades da lei perante os cidadãos”, incompatíveis com a “igualdade dos cidadãos perante a lei”⁹ seja outorgando legitimidade de *ad causam* às associações representativas de interesses coletivos ou a entidades qualificadas à defesa dos difusos (associações, Ministério Público). São intuítos simplificadores, para a *brevidade dos juízos* e maior *participação* dos juizes e das próprias partes, tudo visando a formar uma convicção mais aderente à realidade social dos conflitos e conduzir à pronta pacificação indispensável à legitimidade social do próprio sistema (exemplo magno são os nossos *juizados especiais* – reflexo de congêneres como as *small claims courts* norte-americanas).¹⁰ A aproximação da Justiça à população, feita sem os intuítos demagógicos e corporativistas denunciados quanto a uma conhecida tentativa europeia recente,¹¹ é um dos pontos cardeais de uma “nova política judiciária” compatível com as exigências do tempo e com a visão pluralista dos objetivos do processo.

Essa coexistência de objetivos e a convergência dos ditames de cada um sobre a técnica do processo determinam a complexidade de uma estrutura técnico-processual em que é indispensável *harmonizar exigências divergentes* e às vezes opostas. É o caso, já lembrado, do exercício *ex officio* da jurisdição, que seria um desdobramento lógico do publicismo do seu escopo jurídico e político de tutela ao ordenamento jurídico-material – mas que cede passo a razões de ordem social inerentes ao modo de ser dos conflitos e intensidade

8. Refiro-me à riqueza das construções modernas pela “efetividade do processo”, a que dou atenção especial na última parte deste estudo (nn. 36 a 36.4).

9. Mais do que um inteligente jogo de palavras, essa contraposição revela a permanente tensão entre lei e justiça, a ser conscientizada especialmente pelo juiz na apreciação de casos concretos (Cf. Boaventura de Sousa Santos, “Introdução à sociologia da administração da justiça”, I, esp. p. 124).

10. Cf., por todos, o percuente trabalho de comparação jurídica de Caetano Lagrasta Neto (“Juizado Especial de Pequenas Causas e direito processual civil comparado”), mostrando a preocupação de todo o mundo civilizado pela efetividade do processo a ser obtida mediante a aproximação da Justiça à população. O art. 5º da Lei dos Juizados Especiais, como venho dizendo, é uma solene advertência ao juiz, uma lembrança do seu compromisso com a justiça.

11. V. Denti, *Processo civile e giustizia sociale*, pp. 20-21: alude à experiência fascista italiana, a quem debita um aspecto paternalista no processo e hostilidade aos ideais humanitários, inclusive ao princípio de igualdade.

de cada um, permitindo a prevalência do princípio da demanda e condicionamento da jurisdição à provocação de parte.

Renuncia-se igualmente a atuar a vontade concreta da lei, sempre em nome da paz social, em todos os casos onde a lei permite e até estimula a *autocomposição*, mediante soluções concordadas entre os sujeitos interessados, espontaneamente ou com a ajuda de uma *conciliação*. Trata-se de institutos que se situam entre os sucedâneos da jurisdição (ou *equivalentes jurisdicionais* – v. *infra*, n. 36.1), os quais contam com lastro na história constitucional-processual brasileira e apoio no direito comparado e que, com o advento do sistema dos juizados especiais, vão ocupando espaço na consciência jurídica nacional. O próprio Código de Processo Civil tentou uma abertura no sentido da conciliação, que poderia ter sido significativa se houvesse algum esforço empenhado e bem coordenado da parte dos juízes deste país.¹²

A legitimidade de *quisquis ex populo* para a provocação de censura judiciária aos atos da Administração tachados de lesivos ou ilegais

12. V. CPC, arts. 125, inc. IV, 331 e 447-448. A conciliação é um dos pilares do processo das causas de menor complexidade e conta com o apoio na experiência de países adiantados, no campo das soluções alternativas. Ada Pellegrini Grinover destaca “a necessidade de repensar a conciliação, até como meio para evitar o processo, mediante soluções de *mediação institucionalizada*, a qual possa funcionar como canal idôneo para resolver certos conflitos, principalmente no plano de pe-
quenos litígios: os direitos dos consumidores, a composição dos danos mais leves, o direito de vizinhança, certas questões de família e as conexas ao crédito e tantas outras contendas poderiam encontrar na conciliação o instrumento adequado para uma pronta e pacífica solução” (Cf. “Conciliação e juizado de pequenas causas”, n. 2, esp. p. 148). A conciliação corresponde mesmo ao modo de ser das pessoas, que se angustiam com o processo, temem pelo seu resultado possivelmente favorável e de modo geral são psiquicamente dispostas a transigir em troca da paz. Além disso, ela favorece a *deformalização dos litígios* (Cf. Denti-Vigoriti, “La conciliation comme moyen d’éviter le procès”, n. 10, 1.2, p. 365), o que não só facilita a participação pessoal dos litigantes (mas a Lei dos Juizados Especiais não exclui o patrocínio técnico: v. art. 9º). O novo processo civil brasileiro (Reforma, 1994) incluiu uma audiência preliminar, em que se tentará a conciliação (art. 331), e atribui ao juiz o dever de tentar a conciliação a qualquer tempo (art. 125, inc. IV). Mas infelizmente os juizes brasileiros receberam com grande resistência essa inovação, e, na maioria dos casos, saneiam o processo por escrito, à moda do antigo art. 33; quando realizam a audiência preliminar, fazem-no apenas formalmente, indagando se há possibilidade de acordo e dando por finda a tentativa logo à primeira resposta negativa. Depois, uma nova *Reforma*, mitigou a exigência da *audiência preliminar*, abrindo mais espaço para essas resistências (CPC, art. 331, § 3º, red. lei n. 10.444, de 7.5.02).

(ação popular) é, por sua vez, reflexo técnico do escopo político de oferecer ao povo um canal de participação nos destinos do Estado: constitui ponto em que deixa de prevalecer a legitimação individual, segundo os moldes tradicionais ligados à jurisdição vista em seu escopo só jurídico.¹³ Multiplicar-se-iam os exemplos.

Nessa convivência de exigências ligadas aos diferentes objetivos do sistema, chega-se em alguns pontos a encontrar verdadeira tensão entre forças opostas, como que a disputar preferências e apontar endereçamentos conflitantes quanto ao modo de ser da estrutura processual. Resumidamente, tem-se que a fidelidade dos provimentos jurisdicionais à efetiva vontade do direito substancial objetivo para a solução do caso concreto requer dispêndio de energias e toma tempo, sendo portanto condicionada a um *custo social* mais ou menos elevado; por outro lado, o curso do tempo e afições das partes por uma solução para suas angústias e fim do estado de insatisfação clara por soluções rápidas, que para serem rápidas trazem consigo o risco da imperfeição jurídica.¹⁴

Nesse quadro de valores conflitantes a preservar, cumpre à técnica processual (praticada pelo legislador e intérpretes) o delicado labor do equilíbrio, na busca empírica de soluções capazes de assegurar a integridade da missão social, sem o risco de distorções jurídicas intoleráveis — mesmo porque a própria função social de pacificar *com justiça* corre sério risco quando são abandonados os parâmetros depositados no direito substancial. Ao estabelecer o desejado modo do equilíbrio entre a celeridade e a ponderada cognição como virtudes internas do processo, legislador e intérprete não de estar conscientes do risco que correm ao se afastarem dos critérios de certeza e passarem a confiar na probabilidade suficiente, como metro para as soluções processuais.¹⁵ Inexiste fórmula com validade universal e permanente para esse desejado equilíbrio. Cada sistema processual, em sua individualidade, contém a fórmula de seu próprio equilíbrio e assume seus próprios riscos, moldados e calculados segundo os ditames de uma relatividade histórico-cultural que é em si mesma dinâmica e nunca se estabiliza em soluções definitivas e universais.

13. V. n. ant., nota 160; poder-se-ia também aqui falar em legitimação ordinária.

14. V. n. seg.

15. V. *infra*, nn. 32, 33.

São dificuldades que resultam da percepção de que não um só, mas diversos e diferenciados, são os escopos do processo; e, como a técnica processual tem a missão de ordenar meios à consecução harmoniosa desses escopos, inclusive atendendo a solicitações contrapostas, ela se torna assim complexa e problemática além de instável nas soluções apresentadas. A tendência, hoje, é caminhar no sentido de aumentar o peso que, nesse jogo de valores, tradicionalmente é dado às exigências ligadas aos escopos sociais.

32. equilíbrio de exigências conflitantes

Grande e antigo é o fascínio que sobre os homens exerce o *ideal de verdade*. Desta, diz-se que é *adequatio intellectus cum re*, ou seja, a “conformidade da noção ideológica com a realidade” (*reflexo fiel do objeto na mente*);¹⁶ ou, de modo axiomático e mais simples, *verum est id quod est*.¹⁷ De seu valor moral disse o Evangelho: “conhecereis a verdade e a verdade vos fará livres”.¹⁸

Também entre os juristas a verdade é uma preocupação constante. Do processo, chegou-se a dizer que é uma “busca *provisiana* da verdade”¹⁹ e, de um modo geral, conta com boa aceitação a idéia de que ele tenha mesmo a função de promover essa busca e descobrir a coisa julgada, tradicionalmente associada aos resultados do processo de conhecimento, por séculos perdurou a crença de que *pro veritate habetur*, ficção com que se procurava definir a autonomia

16. Cfr. Bazarrian, *O problema da verdade*, p. 132; e “a verdade é o reflexo fiel do objeto na mente, a adequação do pensamento com a coisa”, “o contrário da verdade é o erro, o contrário do juízo verdadeiro é o juízo errado, falso”. V. também Malatesta, *La logica delle prove in materia criminale*, pp. 3 ss.

17. Santo Agostinho.

18. Ev. São João, cap. 8, vers. 32 (v. Bazarrian, *op. loc. cit.*).

19. Disse Capograssi que “o processo é a verdadeira e única busca do tempo perdido que faz experiência prática”, ao “fazer voltar a ser presente aquilo que é passado” (cfr. “Giudizio processo scienza verità”). Essa, aliás, é indicada como a concepção clássica dos procedimentos em geral (a busca da verdade): v. Luhmann, *Legitimação pelo procedimento*, p. 32.

Disse Luhmann, ainda: “o núcleo de todas as teorias clássicas do procedimento é a relação com a verdade ou com a verdadeira justiça como objetivo” (p. 21); “o sentido do procedimento judicial juridicamente organizado será igualmente relacionado a um critério de verdade” (p. 20). Mas adverte: “os procedimentos judiciais controlam as decisões da burocracia no caso particular ou podem conceber-se mesmo como formalidades burocráticas sob o domínio do direito” (pp. 22-23).

do julgado em face da situação subjetiva com base na qual o juiz o emitiu, ou seja, situação de verdade real ou meramente formal.

Exageros à parte, a *verdade*, que em filosofia está ao centro da *teoria do conhecimento*,²⁰ em direito processual ocupa lugar de destaque na fenomenologia do *processo de conhecimento*. O processualista moderno sabe que a verdade não constitui escopo processual e, no conhecimento, a sua descoberta é somente um passo (importante passo) para o pronunciamento jurisdicional acerca da vontade concreta do direito, ou seja, sobre a existência, inexistência ou modo-de-ser de relações jurídicas. Que o juiz julgue *segundo a verdade e a justiça*, mas não se pense que a verdade seja, no processo, um fim em si mesma. Aliás, seria mesmo uma frustração toda essa busca encarada como objetivo e, depois, a descoberta da verdade dos fatos e sua revelação na sentença não ficar imune a censuras posteriores, porque não recebe a autoridade da coisa julgada: o processo civil brasileiro, fiel aos seus modelos romano-germânicos, dispensa um tratamento *atômico* à realidade jurídica sobre a qual atua, negando-se a permitir que os julgados propaguem seu efeito direto além do caso julgado e das pessoas envolvidas.²¹

O processualista moderno sabe também que a coisa julgada é autoridade que incide sobre os efeitos da sentença de mérito e que tem a sua própria configuração jurídica: ela não se define como ficção ou presunção de verdade, mas somente cria "a irrevocabilidade jurídica do comando, sem se preocupar em estabelecer se as premissas psicológicas das quais esse comando nasceu são premissas de verdade ou de mera verossimilhança".²²

Essas coisas que hoje são do conhecimento comum do processualista não devem, contudo, ofuscar a visão de que toda atividade cognitiva no processo, que por definição é endereçada à descoberta

20. Cfr. Bazarian, *O problema da verdade*, p. 131.

21. Não é o caso de cuidar, aqui, dos efeitos reflexos da sentença (v. Liebman, *Eficácia ed autorità della sentenza*, esp. nn. 20 ss., pp. 79 ss.). Nem é lícito confundir a questão da extensão subjetiva dos efeitos da sentença, com a da coisa julgada. Sobre a *influenza* da sentença em decisões futuras (jurisprudência), v. *supra*, n. 14.3.

22. Cfr. Calamandrei, "Verità e verosimiglianza nel processo civile", n. 3, p. 167; e desmitifica a coisa julgada como afirmação (ou "criação?") da verdade, dizendo que "mesmo depois da passagem em julgado o branco continua branco e o quadrado não se torna redondo. A coisa julgada não cria nem uma presunção, nem uma ficção de verdade" (*ib.*).

da verdade, precisa ser mesmo conscientemente ordenada segundo essa destinação institucionalizada. O conhecimento que se desenvolve em sede judicial é necessariamente conhecimento racional e ordenado segundo as regras do processo;²³ como é natural por se tratar de atividade humana e endereçada a juízos de valor sobre fatos passados, o conhecimento que se dá no processo tem limitações e o juiz e o legislador precisam saber até onde hão de levar o empenho em conduzir a busca da verdade e da justiça segundo a lei. Em outras palavras, o conhecimento não tem valor absoluto e as exigências de bem conhecer cedem ante certas situações em que a sua radicalização viria a prejudicar os bons resultados do exercício da jurisdição; o compromisso com a verdade, que é glória da boa técnica processual, será motivo de sua miséria quando levado a extremos indesejáveis.

Abre-se, com isso, espaço para o conhecido discurso sobre as "duas exigências, geralmente contrastantes da justiça, ou seja, da celeridade e da ponderação".²⁴ Sabe-se que a busca da verdade, na instrução processual, toma tempo; e que o passar do tempo, além de sujeitar a riscos de deterioração o próprio resultado jurídico do processo, prolonga as angústias do conflito e o estado de insatisfação que o serviço jurisdicional visa a eliminar. Com razão, foi dito que o tempo é inimigo do processo e que contra ele, para evitar os males que pode causar, o juiz deve estar em estado permanente de guerra

23. Uma das características do conhecimento científico reside em ser ele *metódico* (cfr. Bazarian, *O problema da verdade*, p. 44) e metódico há de ser também o conhecimento processual, ao observar *fatos e fundamentos* através do filtro das provas, que os representam ao espírito do juiz, assim como ao encará-los em face dos textos da lei e ao examinar os textos em busca do seu real significado. A *cognição*, definiu-a Watanabe, é "importante técnica de adequação do processo à natureza do direito ou à peculiaridade da pretensão a ser tutelada" (cfr. "Contribuição ao estudo da cognição no processo civil", n. 4, esp. pp. 9-10); por se subordinar a essa técnica é que o conhecimento processual se define como racional, metódico.

24. Cfr. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, n. 8, esp. p. 20; falou Carnelutti, também, em "contraste entre a justiça e a certeza" (cfr. "La certezza nel diritto", p. 81), o que é menos correto porque a certeza não tem vocação à injustiça (o processo é *justo* ainda quando, para ser célere e conduzir logo à situação de certeza, se afasta dos fatos e da vontade concreta da lei — desde que, naturalmente, seja observado o equilíbrio conveniente entre os dois valores, como procurou demonstrar). Mais adequadamente, fala Barbi (*Comentários ao Código de Processo Civil*, I, n. 680) da oscilação do processo "entre a necessidade de decisão rápida e de segurança na defesa do direito dos litigantes" (*segurança*, aí, não está por *certeza jurídica*, como resultado do processo; mas para designar a firmeza dos passos processuais, sem riscos).

entrincheirada. Por isso é que em certas situações o angustiante desafio da *tensão entre conhecimento e ignorância*²⁵ há de ser contornado e o sistema exige que o juiz se conforme e pacifique sem haver chegado ao ponto ideal de assimilação da verdade.²⁶ A boa técnica processual incumbe o estabelecimento do desejado racional e justo equilíbrio entre as duas exigências opostas, para que não se comprometa a qualidade do resultado da jurisdição por falta de conhecimento suficiente, nem se neutralize a eficácia social dos resultados bem concebidos, por inoportunidade decorrente da demora.

Essas exigências opostas ligam-se a dois diferentes escopos do processo e o equilíbrio que se pretende constitui reflexo do entrosamento harmonioso que a ordem positiva há de dar à necessidade de atuar a vontade da lei e ao interesse social em pacificar, eliminando conflitos.

Ao objetivo jurídico de atuar a vontade concreta do direito liga-se a exigência de bem conhecer. Em seu prol, militam garantias constitucionais do processo e prestigiosos princípios, para que o litígio se desenvolva conforme o *due process of law* e mediante efetiva participação dos sujeitos envolvidos, sendo eles tratados segundo as regras da paridade de armas e incumbindo ao juiz uma conduta ativa na direção do processo. As projeções desses princípios e garantias na técnica processual revelam-se no direito positivo (dogmática processual) e na prática do processo pelo juiz e partes. Desde as grandes vigas que constituem a *ossatura* do sistema,²⁷ até às filigranas de institutos de menor espectro e soluções particulares, o grande sig-

25. Cf. Popper, *Lógica das ciências sociais*, p. 14.

26. Em sua linguagem menos ligada à nossa de juristas, diz Luhmann (substantivamente correto) que "não há suficientes instruções para os decisores quanto ao procedimento estar organizado para dar como resultado decisões justas ou injustas, por amor da verdade ou por amor da paz" (*Legitimação pelo procedimento*, p. 21); essa (relativa) oposição entre verdade e paz aparece na vida do processo mediante a (relativa) oposição entre o escopo jurídico (racional, clamando por objetividade) e o escopo social da pacificação (em que os fatores psíquicos têm peso relevante, tratando-se de eliminar insatisfações: v. *supra*, n. 21). Tal é a relatividade do próprio conhecimento, natural das ciências sociais em geral (onde "as soluções propostas e criticadas": cf. Popper, *op. cit.*, p. 16) e que, no processo, tem nos recursos e na ação rescisória o seu corretivo institucionalizado. Sobre a projeção da verdade no espírito humano (certeza), v. n. seg.

27. Jurisdição, ação, defesa, processo: cf. Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 108-111, pp. 302 ss.; *Fundamentos do processo civil moderno*, I, esp. n. 146.

nificado técnico da evolução dos sistemas processuais neste século trouxe a tônica de aperfeiçoar a busca da verdade. O processo é instrumento a serviço do direito substancial e isso justifica a preocupação de oferecer meios eficazes e seguros para que a busca seja produtiva e o direito substancial cumprido. Isso constitui, afinal, culto ao *princípio lógico*, que quer "meios mais seguros e expeditos para descobrir a verdade e evitar o erro".²⁸

No processo cognitivo, a *instrução* constitui atividade intimamente ligada a esse desiderato. E, como o ato de julgar inclui a solução a ser dada a questões de fato e a questões de direito, a todas elas se estende a atividade instrutória, porque igualmente inseridas no âmbito do conhecimento.²⁹ A *verdade* que o juiz busca no processo não se limita ao acerto do seu juízo histórico acerca dos fatos de interesse para a causa. *Ex facto oritur jus* e a representação de fatos passados ou presentes é a angustiante missão a ser cumprida mediante a *experiência probatória*.

Mas a verdade que o juiz busca no processo de conhecimento é também uma *verdade axiológica*,³⁰ a saber, o adequado juízo de valor que a sociedade endereça a fatos como os que no processo em exame se revelaram: ao interpretar os textos, colher precedentes judiciais, inteirar-se das posições da doutrina, considerar princípios gerais, etc., o juiz está se *instruindo*, ou seja, o seu espírito está em vias de *preparação* para o juízo a ser emitido finalmente a respeito da pretensão deduzida em juízo pelo demandante. Descoberta a verdade quanto aos fatos e a verdade axiológica consubstanciada na norma jurídica pertinente, chega o momento da *síntese*, em que ele positiva o poder ao lançar o juízo concreto sobre o litígio. É o *dispositivo* da sentença, do qual a ordem jurídica espera que também expresse a verdade; especificamente, a verdade quanto à vontade concreta da lei substancial revelada pelo juiz.

28. V. *supra*, n. 30.

29. Não se exclui que haja conhecimento no processo de execução (condições da ação, pressupostos processuais, regularidade do processo executivo, incidentes). Existe, pois, sempre alguma *instrução no processo executivo*, mesmo não considerando a que se faz para preparar a efetivação da própria execução (sobre o sentido de *instrução*, assim mais amplo, v. Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, III, n. 987, pp. 359-361; *Execução civil*, n. 207, pp. 346-347). *Instruir é preparar e preparação* do provimento jurisdicional existe em processos de toda ordem.

30. Cf. Bazarian, *O problema da verdade*, pp. 136-137.

Nesse juízo, a fidelidade ao ordenamento jurídico depende estreitamente da correta percepção dos fatos, porque toda norma jurídica prevê a ocorrência de fatos e a sua disposição se aplica na medida e sob a condição de que os fatos previstos tenham tido efetiva ocorrência; e depende, ainda, da correta determinação do sentido da própria norma (mediante interpretação adequada dos textos legais), seja quanto à hipótese de incidência (*fattispecie*), seja quanto ao preceito ditado (*sanctio legis*).

A instrução, no processo de conhecimento, inclui toda atividade com que, por si mesmo ou por iniciativa das partes, o juiz recolhe elementos para adequar convenientemente o seu espírito à realidade do conflito em exame — seja quanto aos fatos, seja quanto à norma jurídica abstrata. Nas provas e nas alegações com que as partes complementam o resultado da experiência probatória e propõem a interpretação do caso em face do ordenamento, reside a *instrução*.³¹ em que se materializa o *contraditório* processual e que proporciona ao juiz o *conhecimento*³² da vontade concreta do direito objetivo. Nesse contexto, contraditório e instrução põem-se a serviço do conhecimento, para que ele seja penetrante da realidade concreta e o seu resultado condizente com a verdade da vontade concreta do direito. Do ponto-de-vista estritamente jurídico dessa polaridade processo-direito, o ideal seria, portanto, o conhecimento ilimitado no tempo e aplicação de meios, sem ressalvas quanto ao custo individual ou social de que dependa a busca da perfeição.

31. *Instrução*, no sentido indicado à nota 29, não se confunde com *prova* ou *instrução probatória*. Quando o Código de Processo Civil diz que “*finda a instrução*, o juiz dará a palavra ao advogado do autor e ao do réu”, etc., entenda-se: “*finda a instrução probatória*”. Do contrário, as alegações finais seriam consideradas integrantes da fase decisória do procedimento e, portanto, atividade decisória. As alegações finais visam a *preparar* a decisão que virá na sentença e, portanto, constituem atividade instrutória.

32. Existe sempre “uma relação dialética de complementariedade entre o pensar e o conhecer” (cf. Lafer, *O Brasil e a crise mundial*, pp. 38-39), que durante todo o processo leva o juiz a aplicar sua inteligência e capacidade de percepção a essa atividade de busca da verdade. Segundo entendimento generalizado na doutrina brasileira, são objeto de seu conhecimento questões de três ordens: processuais, referentes às condições da ação e de mérito (cf. Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, I, n. 160). Mas tratar-se-á realmente de um *trinômio* ou na realidade será apenas um *binômio*? Cf. meu *Instituições de direito processual civil*, II, n. 727, pp. 635-637).

É aqui que surgem motivos para transigências. A busca da verdade, que é busca da fidelidade ao direito objetivo a ser declarado e atuado, tem a ver com o escopo jurídico do exercício da jurisdição. Mas acima deste situa-se o escopo social de pacificar e a pacificação, para ser eficiente, precisa chegar logo; além disso, a participação no processo, que é sagrada garantia dispensada constitucionalmente às partes, por outro lado constitui também ônus que às vezes pode ser até bastante pesado.

Por essas razões somadas, todo conhecimento é finito e, perante a lei, o juiz é obrigado a sopitar curiosidades mal satisfeitas e, em certo momento, emitir decisões que não correspondem ao seu estado psíquico de encontro com a verdade.³³ Isso acontece, de maneira muito visível, em caso de incidência do efeito da revelia: mesmo sem a menor convicção quanto aos *pontos* de fato alegados pelo autor (*causa petendi*), ele simplesmente os aceita, sem erigi-los em *questões* e portanto sem emitir qualquer juízo a respeito, porque a lei assim o determina e o réu que não cumpriu com o ônus de contestar amargará o julgamento antecipado do mérito assentado na premissa da ocorrência dos fatos alegados pelo adversário.³⁴ No descumprimento

33. “Mas esses resíduos de incerteza psicológica... não têm qualquer relevância jurídica”, porque “o julgado, uma vez liberto dos trilhos do processo, tem sempre a mesma resistência jurídica, qualquer que seja o grau de certeza psicológica em que teve origem” (cf. Calamandrei, “Verità e verosimiglianza nel processo civile”, n. 3, p. 167).

34. É muito rica e pouco explorada a idéia de *ponto*, em direito processual. As afirmações, que as partes têm o ônus de fazer no processo (cf. Carnelutti, *La prova civile*, n. 3, pp. 16 ss.; n. 4, pp. 25 ss.), referem-se a fatos e a normas jurídicas, como *pressupostos da demanda endereçada ao juiz* (n. 3, p. 16). Cada afirmação constitui o que se chama *ponto*; cada ponto é um fundamento da demanda (*lato sensu*). Ora, é da doutrina *carneluttiana* também (com larga aceitação entre nós brasileiros) o que constitui *questão* é um *ponto* controvertido de fato ou de direito. Maiores considerações não são desenvolvidas, contudo, em torno do *ponto*, distinguindo o que é controverso (questão) e o que não é controverso. Do “ponto prejudicial” fala Menezes, interessado porém no fenômeno da prejudicialidade e sem se preocupar em desenvolver a idéia do ponto em si mesmo (cf. *La pregiudiziale nel processo civile*, n. 30, pp. 137 ss.). *Pontos* são, em suas palavras, os “precedentes lógicos da decisão”; surgindo na mente do juiz “uma dúvida sobre a verdade de uma circunstância de fato que deva ser examinada de-ofício ou sobre a aplicabilidade da norma legal proposta”, tem-se então um *questo* (*ib.*). E *questão* “pressupõe a contestação de um ponto... que haja sido proposta por uma das partes ao raciocínio do juiz” (n. 31, p. 139). Ponto é, portanto, todo fundamento; questão é o fundamento em torno do qual surgiu dúvida. Ora, quando dúvida não surgiu (fato provável, não contes-

mento de outro importantíssimo ônus, o de provar, reside também outro critério para o julgamento (a chamada *regra de julgamento*, *ônus objetivo da prova*) e o juiz, não podendo pronunciar o *non liquet* quanto à vontade concreta do direito, do *non liquet* quanto aos fatos (que representa um estado psíquico de dúvida), chega a uma conclusão jurídica objetiva. E as presunções relativas que operam no processo, seja porque instituídas em lei (*presumptio legis*), seja por construção pretoriana assentada em *quod plerumque accidit* (presunção *hominis*), visam também à simplificação dos julgamentos e concorrem para a abreviação dos juízos e economia da instrução.

Além disso, a eficiência do serviço jurisdicional de pacificação depende da firmeza das decisões, de modo a projetarem para o futuro a sua permanência e imunidade a possíveis abalos. Isso conduz à autoridade da coisa *julgada material*, expressão da "imunidade" que, em grau maior ou menor, é indispensável para a subsistência da própria autoridade estatal. A imutabilidade dos efeitos da sentença constitui, portanto, nesse contexto de medidas destinadas ao equilíbrio entre as duas forças opostas, poderoso fator em prol da eliminação definitiva do conflito e da insatisfação que angustia os sujeitos. A segurança jurídica considera-se obtida de modo irreversível, quando o processo se findou e a decisão ficou imunizada pela autoridade da *res judicata* — ressalvados os casos de *ação rescisória*, que são postos pela lei em caráter de excepcionalidade e constituem, nesse jogo de forças, forma de reação da exigência de fidelidade.

De um modo geral, todo empenho em aperfeiçoar o conhecimento (contraditório, instrução, recursos) favorece o encontro da verdade e, com isso, é fator de fidelidade à vontade concreta da lei. Liga-se, portanto, ao escopo jurídico de atuação desta. De outra parte, as concessões feitas em detrimento desse ideal de fidelidade visam

tado, matéria disponível) o ponto permaneceu como ponto mesmo e não se erigiu em questão; trata-se dos *factos in controversos*, que o art. 334, inc. III, do Código de Processo Civil diz não dependerem de prova (*rectius*: a alegação do ponto incontroverso não passa a integrar o objeto da prova). Por outro lado, julgar é solucionar *questões*; só em face de questões é que o juiz é chamado a proferir julgamento (ele as julga nos *motivos* da sentença: art. 458, inc. II). Assim, conclui-se que, quanto aos pontos que permaneceram como tais, nada julga o juiz: ele simplesmente os *aceita*, independentemente de ter ou não formado convicção a respeito (arts. 302, 319). Essa colocação é rica de consequências práticas e teóricas na definição do efeito da revelia e da sua dimensão, com reflexos nos recursos e na admissibilidade da ação rescisória.

a acelerar o serviço jurisdicional e torná-lo aderente à realidade do conflito e do seu modo de ser; com isso, concorrem para eliminar logo e de modo conveniente o estado anti-social de insatisfação que deu causa ao processo. Troca-se a virtude interna da fidelidade pela virtude funcional da pacificação social, porque o valor daquela reside justamente na capacidade que tenha a ordem jurídica, de promover a pacificação com justiça; e, quando a justa pacificação puder ser alcançada independentemente da prevalência da vontade concreta do direito, que seja ela então obtida e esta esquecida.³⁵

33. *certeza, probabilidade e risco em direito processual*

Esse jogo dialético de forças opostas revela-se, na técnica processual contida na lei e praticada na experiência empírica dos processos, em um outro jogo envolvendo critério de certeza e probabilidade, com os riscos calculados e formas predispostas para a sua correção.

A *certeza* é outro dogma, zelosamente guardado e cultivado entre os juristas e na teoria do processo. Ela tem muito a ver com a verdade, da qual constitui *manifestação subjetiva*.³⁶ Considera-se que existe certeza quanto a determinada proposição, quando a mente afasta todos os motivos divergentes, ou seja, aqueles que conduziriam a desacreditá-la, para então racionalmente aceitar os motivos convergentes;³⁷ "a certeza está em nós, a verdade nos fatos".³⁸⁻³⁹

Também descontados os muitos exageros que quanto a isso são afirmados, é inegável o valor da certeza no direito. E, bem pensado, desenvolve-se em duplo sentido a relação entre o direito e ela, porque todo sistema jurídico se desenvolve, de modo mais ou menos minucioso e eficiente, no sentido de produzir um estado de certeza

35. A antecipação da tutela jurisdicional, concessível mediante cognição menos profunda (CPC, art. 273), traz consigo o risco teórico de se afastar dos designios da lei material, mas é de inegável legitimidade no sistema.

36. Cfr. Furno, *Contributo alla teoria della prova legale*, n. 3, p. 17 trad.

37. Cfr. Malatesta, *La logica delle prove in materia criminale*, pp. 42 ss.

38. Cfr. Sentis Melendo, *La prueba*, p. 113 (frase atribuída a Carrara).

39. Furno estabelece uma *escala descendente*, a partir da verdade (conceito absoluto), passando pela certeza (pois a mesma verdade histórica, se vista do ponto-de-vista subjetivo é certeza) e pela *certeza matemática*, até chegar à mera *convicção* ("medida psicológica da certeza, que tem importância mínima na certeza matemática, porém máxima na histórica"): cfr. *Contributo alla teoria della prova legale*, cit., n. 3, esp. pp. 17-18.

quanto a direitos e obrigações; e, por outro lado, a ordem jurídica quer que, tanto quanto possível, as decisões estatais sejam tomadas mediante critérios de certeza, minimizando-se com isso os riscos de injustiça e erro.

Quanto à primeira dessas ópticas, fala a doutrina na certeza⁴⁰ que, nos sistemas jurídicos de lei escrita, deriva da própria existência e conhecimento geral da lei: diante dos textos desta (e especialmente da tipificação de condutas na lei penal), cada um pode prever desde logo as consequências da própria conduta, com a certeza do que acontecerá a partir das omissões ou comissões que a lei prevê. Mas essa *certeza* inexistente e facilmente se compreende que não passa de razoável previsibilidade. Certeza, propriamente, tem-se quando o poder vem positivado em atos concretos, como a sentença: aí, sim, é que se pode ter certeza quanto à existência ou inexistência dos direitos e obrigações afirmados ou negados. Já foi feito o trabalho lógico de enquadramento dos fatos passados e foi interpretada a lei, resultando na afirmação da vontade concreta desta mediante decisão imperativa. E as decisões imperativas, que constituem atos de positividade concreta do poder, tornam certa a situação jurídica entre as partes. A certeza proporcionada pelo exercício consumado da jurisdição coincide com a *segurança jurídica*, que é fator de paz social e constitui importante escopo processual.⁴¹

Mas é do outro sentido vetorial das relações entre direito e certeza que se pensa quando se trata do equilíbrio de forças no sistema processual. Agora, encara-se a certeza como requisito para a realização dos atos de poder e para a determinação do seu conteúdo. No processo de conhecimento, o exagero em que a doutrina costuma incidir consiste na crença de que verdadeiramente os julgados se apóiem sempre na certeza.⁴² Essa é uma ilusão que permanece, meio

40. Cfr. Carnelutti, "La certeza nel diritto", n. 1, p. 81.

41. Não fora assim (se se pudesse aceitar rigorosamente o que disse Carnelutti: nota *supra*), teria menor valor o processo, para a certeza jurídica; no decorrer deste mesmo item do trabalho, maiores esclarecimentos a respeito.

42. Mesmo a *liquidez-e-certeza* exigida para o mandato de segurança acaba sempre adquirindo alguma plasticidade e deixa de ser um conceito absoluto (não passa de grau elevadíssimo de convicção, mas não chega ao nível de certeza matemática). Disse Capograssi: "aquela velha ciência sabia bem quanto não era a *incerteza das certezas humanas*" (cfr. "Giudizio processo scienza verità", n. 2, p. 7).

por inércia dos que passam pelo assunto sem deter-se e apesar de expressivos alertas já levantados por vezes muito autorizadas.

A rigor, o problema da certeza não se põe somente para o juiz, nem apenas com relação às atividades jurisdicionais. Quando se pensa no processo de conhecimento, ele vem logo à mente e pensa-se então na prova, no seu desempenho quanto às questões de fato, nas suas deficiências e também nas incertezas de interpretação jurídica e nos mecanismos de fixação das linhas interpretativas. Mas basta passar ao campo do processo executivo, onde a existência ou inexistência da relação jurídico-substancial afirmada pelo demandante não constitui questão para o juiz e ele simplesmente se apóia no título executivo como requisito para executar — para então ter-se a idéia de que a eficácia abstrata do título e de cada um dos títulos executivos definidos em lei corresponde a um juízo feito *pelo legislador*, em que ele expressa a confiança de que, presente uma daquelas situações tipificadas, legítima será a agressão ao patrimônio do demandado.⁴³ Também na Administração, especialmente quando se trata de processos disciplinares, coloca-se o problema da certeza e do grau de sua indispensabilidade.⁴⁴

Em todos os campos do exercício do poder, contudo, a exigência de certeza é somente uma ilusão, talvez uma generosa quimera. Aquilo que muitas vezes os juristas se acostumaram a interpretar como exigência de certeza para as decisões nunca passa de mera *probabilidade*, variando somente o grau da probabilidade exigida e, inversamente os limites toleráveis dos riscos.⁴⁵ E isso transparece, no processo de conhecimento, especialmente (embora não apenas) no tocante às *questões de fato*. Probabilidade é a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de deter-

43. A eficácia abstrata do título executivo reside justamente nisso, que o legislador faz seu juízo de conveniência quanto à criação de um título executivo (ordinariamente, probabilidade da existência do crédito) e depois subtrai ao juiz a possibilidade de efetuar qualquer juízo a respeito: cfr. Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, IV, n. 1.439, pp. 210-211 e n. 1.442, pp. 214-217; *Execução civil*, n. 312, pp. 489-491.

44. O maior grau de renúncia à certeza reside na aceitação da *verdade sabida*, como fundamento para decisões em sede disciplinar.

45. Cfr. Calamandrei, "Verità e verosimiglianza nel processo civile", n. 2, p. 166: "o juízo histórico é sempre apenas um cálculo de probabilidade" e, "no momento final do julgamento, intervém na consciência do juiz uma espécie de iluminação irracional, um autêntico *ato de fé*, que transforma a probabilidade em certeza".

minada proposição, sobre os motivos divergentes. A probabilidade é *menor que a certeza*, porque, lá, os motivos divergentes não ficam afastados mas somente suplantados,⁴⁶ e é mais que a *credibilidade*, ou verossimilhança, em que na mente do observador os motivos convergentes e os divergentes parecem em situação de equivalência e, se o espírito não se anima a afirmar, também não ousa negar.⁴⁷

A falibilidade é inerente a todo juízo histórico e é por isso que, no processo de conhecimento, a *convicção* que o juiz deve formar sobre a ocorrência dos fatos relevantes, sob pena de tê-los por não ocorridos, é apenas a sua própria *medida psicológica da certeza*.⁴⁸ ele se convence da supremacia dos motivos convergentes e por isso afasta os divergentes, mas sempre de modo racional e assumindo calculadamente algum risco, que é inevitável. Nessa linha é que prestigiosa voz doutrinária disse: “pensando bem, toda prova não passa de prova de verossimilhança” (*aller Beweis ist richtig vers-tanden nur Wahrheitsbeweis*).⁴⁹ “As verdades históricas não passam de probabilidades” e “celui qui a entendu dire la chose à douze mille témoins n’a que douze mille probabilités, égales à une forte probabilité, laquelle n’est pas égale à la certitude”.⁵⁰ Nesse quadro em que a convicção não pode corresponder à certeza, é inevitável correr riscos, sob pena de inviabilizar os juízos. Basta que o juiz tenha atingido grau suficiente de convicção, a ponto de preferir afirmar o fato e ter por irrelevantes os motivos divergentes.⁵¹ Para negá-los, basta a situação de dúvida, ou seja, a equivalência dos motivos quanto a proposições fáticas somente verossímeis: e isso tanto é maior visível, quanto mais o grau de disponibilidade da situação de direito substancial em litígio e, portanto, quanto maior a prevalên-

46. Cfr. Malatesta, *La logica delle prove in materia criminale*, pp. 42 ss.; e Calamandrei, para conceituar a verossimilhança, invoca as máximas de experiência (*quod plerumque accidit*), “pois a experiência nos ensina que fatos da mesma categoria sucedem normalmente em circunstâncias similares às que estão presentes no caso concreto” (*op. cit.*, n. 5, pp. 169-170).

47. Cfr. Malatesta, *La logica delle prove in materia criminale*, pp. 52 ss.

48. V. Liebman, *Manual*, II, n. 164, esp. p. 71; v. *supra*, nota 38.

49. Frase com que Calamandrei abre o seu ensaio “Verità e verosimiglianza nel processo civile”.

50. Cfr. Voltaire, *Dictionnaire philosophique*, XIV, verbete “vérité”, esp. p. 139.

51. CPC, art. 131: é a consagração legislativa da convicção, como medida psicológica da certeza e arredia a critérios objetivos.

cia do princípio dispositivo sobre o inquisitivo (o descumprimento do *onus probandi* e a ausência de prova das proposições de fato endereçam o julgamento para a inexistência deste: *allegatio et non probatio quasi non allegatio*).

Quanto ao direito, deveria haver sempre a possibilidade de ampla certeza. *Jura novit curia* e para todos (não só para o juiz)⁵² a ordem jurídica cria o ônus do conhecimento integral da lei.⁵³ Mas, além dos conhecidos fatores que tornam inaplicável essa (mal) denominada *presunção do conhecimento da lei* (v.g., o réu não sofre o efeito da revelia se não tiver sido previamente advertido da consequência da falta de contestação no prazo),⁵³ outros existem que inviabilizam mesmo a situação psíquica de certeza quanto ao seu conteúdo. A lei escrita dá parâmetros e limita as possíveis dúvidas, mas nem assim estas ficam definitivamente afastadas.

Quem haveria de suportar, antes do violento surto inflacionário brasileiro, que a vetusta regra da responsabilidade civil por ilícito extracontratual⁵⁴ contivesse em si a virtualidade de exigir que as indenizações se façam pelo valor atualizado do dano ao tempo do pagamento e não pelo critério nominalístico preso ao valor do tempo da própria *injúria*?⁵⁵

Quem não se escandalizaria, antes da vitoriosa escalada da teoria da *desconsideração da personalidade jurídica* (*disregard of legal entity*), com a afirmação da responsabilidade patrimonial de certas sociedades por obrigações dos sócios?⁵⁶ O afastamento da regra no-

52. Lei de Introdução ao Código Civil, art. 3º.

53. CPC, art. 285: é nítido caso em que não prevalece a *presunção* referida na nota anterior, concedido pela lei em face da severidade com que trata o revel (art. 319).

54. CC, art. 159.

55. Cfr. Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, I, m. 155-156, pp. 335 ss. (5ª ed.); v. ainda Súmula 562 do STF.

56. Quando foi juiz do extinto Primeiro Tribunal de Alçada, oficiei como relator em um caso no qual se rejeitaram os embargos de terceiro opostos por sociedade mercantil de responsabilidade limitada contra penhora feita sobre bens de que titular, por obrigação pessoal de um dos sócios (sociedade de marido e mulher): cfr. 1º TACSP, 2ª C., ap. n. 288.904, j. 3.3.1982, rel. Rangel Dinamarco, v. u. (Dinamarco, *Execução civil*, vol. II, n. 147, pp. 391 ss., 1ª ed., 1989). Na doutrina, v. José Lamartine Corrêa de Oliveira, *A dupla crise da pessoa jurídica*; Rubens Requião, “Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica”; Sílvia Rodrigues, “*Disregard theory*, ou teoria da desconsideração da personalidade jurídica”.

minimalista lá e a ruptura dos tradicionais esquemas da personalidade jurídica aqui, constituem resultados da evolução do conteúdo de normas positivadas, quanto às quais por muito tempo os juristas não tiveram dúvidas mas que, por pressão da realidade, acabaram recebendo interpretação muito diferente da tradicional.

Eis dois exemplos, em tintas bastante carregadas, de razões suficientes para se tomar muita cautela antes de afirmar que a lei escrita cria certeza quanto às situações por ela previstas. Pensar, ainda, na evolução jurisprudencial do trato à concubina e dos débitos ao Sistema Financeiro da Habitação, além dos casos de aplicação da teoria da aparência.⁵⁷ Em todos eles, tem-se uma dinâmica e consequente aderência às mutantes exigências sócio-econômicas da infra-estrutura, mas a dano da certeza quanto aos ditames contidos no direito objetivo (e a incerteza permanece enquanto não definidas as novas linhas).

Além disso, o grande número de leis, que permite falar em uma verdadeira *inflação legislativa* e em nosso país autoriza também comparar a lei com o debilitado e extinto cruzeiro (ambos são vítimas de uma alarmante “multiplicação da quantidade e queda da qualidade”).⁵⁸ torna também mais difícil a segurança, especialmente em casos menos corriqueiros, quanto ao conteúdo do direito objetivo. Daí as oscilações jurisprudenciais, não evitadas pelo sistema recursal, nem mesmo pelo mecanismo de uniformização da jurisprudência ou pelas proposições inseridas na Súmula do Supremo Tribunal Federal.⁵⁹

Mas essas e outras possíveis razões de incerteza que assaltem o espírito do juiz, seja quanto à ocorrência de fatos, seja na descoberta do preceito abstrato pertinente, ficam superadas a partir do momento

57. Relevantíssimas também são as transigências quanto ao processo e o próprio direito substancial, nos casos das *invasões urbanas* no Grande Recife (cf. Joaquim Falcão *et alii*, *Conflito de direito de propriedade - invasões urbanas*).

58. Cf. Carneletti, “La certeza nel diritto”, n. 2, p. 82.

59. Não fora assim, o direito não evoluiria, nem o sistema processual (v. *supra*, nn. 3-4). A glória da jurisprudência é essa sua adaptabilidade aos casos concretos, que dificilmente são iguais entre si (“por integrar a realidade, que não pode deixar de ser cambiante”) e à dinâmica axiológica da própria sociedade, em seu evoluir histórico (*variam os conceitos*, como os de *bom pai de família*, *impossibilidade de vida em comum*, *periculosidade*, *boa-fé*, *prudente arbitrio do juiz etc.*): cf. Gelsi Bidart, “Diversidad de la jurisprudencia y principio de igualdad”, nn. 21-25, pp. 15-19.

em que a decisão é tomada. O dispositivo destaca-se dos seus motivos e, muito mais, do estado anímico do prolator;⁶⁰ isso constitui desdobramento muito relevante do caráter pessoal das decisões estatais, tomadas por seus agentes, mas legitimadas no poder institucionalizado, que obviamente é do Estado e não da pessoa que atua em nome dele.⁶¹ A imperatividade das decisões é invariavelmente a mesma, nada influido o grau mais ou menos elevado de convicção com que emitidas.

No tocante à execução civil, os requisitos de *liquidez e certeza* do crédito exequendo (que absolutamente não são predicados do título, como o Código brasileiro poderia levar a crer) nada têm a ver com a segurança quanto à sua existência. Ao exigí-los, quis a lei apenas condicionar a admissibilidade da via executiva à presença de uma situação em que o crédito esteja perfeitamente delineado em seus elementos objetivos e subjetivos (*certeza*: obrigações certas e não incertas quanto aos seus sujeitos, natureza, objeto), bem como determinado em seu montante, ou pelo menos determinável mediante cálculos matemáticos (*liquidez*). Certeza quanto à existência do crédito não poderia ser exigida, porque isso também inviabilizaria a execução: mesmo o mais idôneo dos títulos executivos, que é a condenação civil ordinária passada em julgado, deixa sempre alguma margem de possíveis erros, bastando lembrar que, no tempo decorrido entre a sua prolação e a execução, algum fato extintivo do crédito pode ter tido lugar. O título executivo tem assento, portanto, na satisfatória probabilidade da existência do crédito, que a lei reconhece presente nas situações que especifica ao tipificar cada título em espécie. Seria até mesmo uma incoerência se a lei exigisse a realidade demonstrada de um crédito, como requisito para a execução e depois proibisse o juiz de fazer qualquer verificação *in executivis*.⁶²

Assim, o grau máximo a que chegam as exigências de “certeza” em direito processual é, para o processo de conhecimento, a *convic-*

60. Cf. Calamandrei, “Verità e verosimiglianza nel processo civile”, n. 3, p. 167; é que a vontade do juiz não integra a sentença, que só se pode considerar como ato de vontade na medida de vontade de proferi-la (cf. Liebman, *Efficacia ed autorità della sentenza*, n. 22, p. 73: “ato de vontade só no sentido jurídico, e não no psicológico”).

61. V. *supra*, n. 10.

62. Cf. Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, IV, n. 1.449, p. 229; *Execução civil*, n. 328, pp. 508-510.

ção do juiz em face do direito e da prova dos autos; e, para a execução civil, a existência do *título executivo*. Lá, procura-se, mediante a cognição adequada, a preparação do espírito do juiz para o julgamento segundo a verdade, ou seja, a sua instrução; cá, a presença do título é suficiente sob esse aspecto e o juiz nada julga quanto à existência do crédito. Riscos existem, naturalmente.

No processo de conhecimento, possíveis *erros in iudicando* podem ser neutralizados mediante o emprego dos recursos, ação rescisória e, eventualmente, mandado de segurança; no executivo há os embargos ou a impugnação de mérito, cujo julgamento por sua vez comporta também esse mesmo processo de depuração. Depois, erros que permaneçam constituem as falhas humanas do sistema, que é humano e não poderia mesmo ser perfeito. O que importa é a minimização dos riscos, mediante apuro das técnicas processuais para a participação efetiva das partes (contraditório) e do juiz (temperamentos inquisitivos ao sistema dispositivo) e, de um modo geral, mediante a imposição efetiva do respeito às garantias constitucionais do processo. Também o acesso às conquistas tecnológicas constitui fator de aperfeiçoamento do sistema, com relevância no labor de descoberta dos textos legais, doutrina e precedentes (informática), bem como dos fatos.

Exemplo eloquente são as reações biológicas em cadeia, no método DNA (*desoxy ribonucleic acid*), capaz de oferecer elevadíssimo grau de probabilidade quanto à existência da relação de filiação entre pessoas; outro exemplo é a gravação dos atos orais do procedimento em fita magnética, disposta para o processo especialíssimo das causas de menor complexidade e que se augura possa ser transplantada no processo tradicional;⁶³ outro, o emprego da documentação das audiências mediante a técnica da estenotípiã, já em curso na Justiça paulista.

Além das naturais limitações do sistema, que são inevitáveis, sente-se também que em inúmeros pontos e mediante variadas formas a ordem jurídica deliberadamente se afasta ainda mais do requisito da certeza. São soluções inseridas na técnica processual, sempre com vista à antecipação dos resultados da jurisdição. Através delas, simplifica-se a instrução e afrouxam-se as exigências de cognição,

63. Cfr. Dinamarco, *Manual dos juizados cíveis*, n. 49, p. 107; "A Lei das Pequenas Causas e a renovação do processo civil", n. 5, p. 204.

ainda que sob o risco do erro; ou então elimina-se mesmo a exigência de uma prévia cognição, antes de promover-se a execução forçada. Em todos os casos, revela a preocupação, ainda que pouco conscientizada, pelo escopo social de pacificação, mediante a busca da remoção tão pronta quanto possível dos possíveis óbices à desejada paz social.

Nesse contexto, pouco importa que a fidelidade ao direito objetivo substancial saia às vezes arranhada, desde que, como se disse, a justiça se faça com menos delongas. E o fato é que, consciente ou inconscientemente, o legislador, ao transgir na busca da verdade, favorece a simplificação do processo e evita os *formalismos*: sabe-se que os procedimentos estabelecidos em lei visam a viabilizar e garantir a adequada busca da verdade, mediante a participação dos seus sujeitos,⁶⁴ mas não se pode perder de vista, por outro lado, que a obsessão pela verdade constitui cobertura à *burocracia* e alimenta os formalismos que se querem evitar.⁶⁵ Daí a *liberdade das formas*, que dois Códigos de Processo Civil brasileiros proclamaram como regra programática, mas na realidade não permitiram que prevalecesse: ambos foram tão minuciosos quanto à forma dos atos processuais (aliás, segundo os modelos tradicionais europeus), que com segurança se pode afirmar que o princípio consagrado foi realmente o da legalidade formal. Na Lei dos Juizados Especiais é que, anunciada a liberdade, não vêm depois os desmentidos, o que permite a esperança de um processo que de fato seja simples, ágil e rápido, além de favorecer a real percepção dos fatos pelo juiz, nesse contato mais direto e espontâneo com as fontes de prova. Aqui, a liberdade formal, que eventualmente poderia trazer em si o risco da arbitrariedade e portanto das injustiças, comparece como fator de muita esperança pela boa qualidade do produto do exercício jurisdicional.⁶⁶

33.1 no processo de conhecimento

Por diversos modos, na disciplina do processo de conhecimento aparece a intenção de *simplificar*, apesar dos riscos de erro que com

64. V. *supra*, n. 16; v. n. ant., esp. nota 41.

65. V. ainda Luhmann, *Legitimação pelo procedimento*, pp. 22-23.

66. Cfr. Dinamarco, "Princípios e critérios no processo das pequenas causas", nn. 1-2, pp. 102 ss.

isso se correm. Por trás das normas reveladoras dessa intenção, está a experiência longeva do legislador, que lhe permite avaliar o risco e só se atrever a enfrentá-lo quando sente que é suportável e que os benefícios a serem alcançados na maioria considerável dos casos compensa os possíveis males, que terão pouca incidência. É uma questão de avaliação da intensidade dos riscos e da gravidade dos males, em confronto com as vantagens esperadas; as disposições assim são sempre apoiada em *juízos de probabilidade suficiente*.

Nesse contexto, uma técnica muito antiga e que vem dos tempos do sincretismo jurídico, é a das *presunções relativas*. Presunção não é meio de prova, mas estas têm grande valor na disciplina da prova.⁶⁷ Ao permitir que o juiz tire ilações a partir da demonstração do indício ou fato-base e mediante a observação de *quod plerumque accidit*,⁶⁸ a presunção relativa tem desde logo o efeito de permitir que se desloque a aplicação dos meios de prova, que ordinariamente se endereçariam ao fato probando e que, em virtude dela, são empregados para a demonstração da ocorrência daquele. Com esse desvio relativo ao *objeto da prova*,⁶⁹ as presunções concorrem eficazmente para a simplificação dos juízos, porque afastam o ônus de provar alegações de mais difícil comprovação: nas obrigações de trato sucessivo, v.g., basta demonstrar o pagamento da última parcela e com

67. Apoiando-se na distinção *carnelettiana* entre *meios e fontes de prova* (cf. *La prova civile*, n. 47, pp. 233 ss.), Barbosa Moreira admite que as presunções *hominis* se situem entre estas ("As presunções e a prova", n. 2, esp. p. 57, nota 3). O atual Código de Processo Civil brasileiro corrigiu erro do anterior, que incluía as presunções entre os meios de prova (v. CPC-1939, art. 251; CPC-1973, art. 335, só sobre as *presumptiones hominis*), mas o Código Civil de 2002, invadindo área que não lhe pertence, tomou ao erro que havia sido corrigido, incluindo de novo a presunção entre os meios de prova (art. 212, inc. IV). Não creio que as presunções *hominis* e as *legis* relativas (e muito menos as absolutas!) sejam sequer fontes de prova, consideradas estas como "fatos dos quais o juiz deduz, mediante a regra de experiência, o fato a provar" (cf. Camelutti, *op. cit.*, n. 48, p. 237): não passam de atividades mentais com que o juiz passa de um fato conhecido (o indício, fato-base) ao fato relevante para o julgamento (fato probando), mediante alteração do *ônus da prova* (mas v. nota 69: antes de inverter o ônus da prova, altera-lhe o objeto).

68. São as *máximas de experiência*, de larga aplicação: seja a justificar as presunções judiciais (*hominis*), seja mesmo a integrar todo julgamento, como elemento formador da convicção do juiz (v. n. ant., nota 46).

69. Objeto da prova é sempre a *afirmação* de um fato e não o fato em si mesmo: não se demonstra ser *bom, verdadeiro, honesto, probo* o fato afirmado, porque ele ou existe ou inexistir, não comportando tais adjetivações – mas a afirmação da existência do fato (cf. Sentis Melendo, *La prueba*, pp. 12-13).

isso dispensa-se a comprovação do pagamento de todas (presunção *legis*),⁷⁰ para a comprovação da culpa do condutor de veículo, basta demonstrar que o seu colidiu com a parte traseira do outro (presunção *hominis*).⁷¹ A facilitação do juízo tem sentido nitidamente ideológico na regra geral ditada pelo Código do Consumidor,⁷² permissiva da discricionária inversão do ônus probatório em benefício dos consumidores nos seus litígios com fornecedores. Sendo verdadeiros as alegações da inicial, isso basta e cumpre ao réu provar o contrário. Diz a lei ainda que, se o autor for hipossuficiente, a solução será a mesma. Sempre? Ou só quando as *máximas de experiência do juiz* assim o aconselharem?

É manifesto o risco de erro, que resulta das presunções relativas assim consideradas. Mas a probabilidade de acerto, sendo provavelmente boa, compensa esses riscos na maioria dos casos. E os riscos consideram-se neutralizados, mediante a possibilidade, que sempre fica aberta, da prova contrária: a técnica das presunções relativas, como é ressaltado, conduz à *inversão do ônus da prova*⁷³ e não a soluções radicalizadas. As presunções relativas projetam-se na teoria da prova, como se vê, mediante alterações no *objeto da prova* (demonstração do indício e não do fato probando em si mesmo) e na distribuição do *onus probandi* (provado o indício, tem-se por cumprido o ônus pelo interessado, passando ao adversário o encargo de provar o contrário).

Outro ponto de opção pelo risco são as *preclusões*, tão intensamente incluídas no sistema brasileiro de procedimento rígido. São situações jurídicas processuais que se extinguem (faculdades, poderes, *direitos*?),⁷⁴ muita vez sem terem sido aproveitadas, seja em ra-

70. CC, art. 943.

71. Ou foi *imprudente*, por trafegar muito próximo ao veículo da frente ou em velocidade incompatível com o local ou circunstâncias; ou *negligente*, por usar veículo em más condições de segurança (especialmente freios gastos); ou *imperito*, não tendo capacidade suficiente para evitar o acidente razoavelmente evitável; ou não foi imprudente, nem negligente, nem imperito e terá oportunidade de provar a sua versão, porque essa presunção *hominis*, como tal, é sempre passível de prova contrária.

72. Cf. lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, art. 6º, inc. VIII. V. ainda art. 12, § 3º; art. 14, § 3º; art. 38 e art. 51, inc. VI.

73. Cf., por todos, Barbosa Moreira, "As presunções e a prova", n. 4, esp. p. 61.

74. *Direitos* processuais, assim entre outras, porque nego que os haja: cf. minha *Execução civil*, n. 14, pp. 192-193: a jurisdição é manifestação do poder e o serviço

ção do tempo, seja pela prática de ato incompatível, seja pelo modo como o procedimento se encaminhou.

Quer na preclusão temporal, quer na lógica, algo se tem como frustrado,⁷⁵ quanto à efetiva participação dos sujeitos processuais; e uma oportunidade perdida pela parte traz sempre consigo a perspectiva de rumos menos favoráveis na instrução ou na própria estabilização de decisões. As preclusões constituem, pois, fontes de riscos quanto à fidelidade do produto final do processo de conhecimento ao escopo jurídico do exercício da jurisdição, na medida em que a não-efetividade do contraditório é prejudicial à perfeição do conhecimento; por isso é que, em processo penal, menor é o rigor das preclusões quanto ao acusado.⁷⁶ Na medida em que aceita e impostas por determinada ordem processual, as preclusões constituem expedientes técnico-jurídicos empregados em prol da abreviação dos processos e com o fito de impedir a sua duração indeterminada. Com isso, favorecem aos escopos sociais de pacificação e de educação.⁷⁷

Também ao dar valor à *suspeita de ocultação* do citando, feita pelo oficial de justiça como pressuposto indispensável à citação com hora certa,⁷⁸ a lei processual civil dispõe-se a tolerar o risco de desacertos.

que o Estado presta à parte mediante o seu exercício é, antes de mais nada, ato do seu próprio interesse, voltado a escopos políticos e sociais (o Estado não tem, portanto, *obrigações*, ou situações de desvantagens, quando se vê diante dos poderes-deveres do juiz no processo - v. *supra*, n. 5; nn. 19 ss.).

75. Parece claro que, quanto à preclusão consumativa, isso não se dá: trata-se da faculdade ou poder já extinto, justamente porque exercido (cfr. Liebman, *Manual de direito processual civil*, I, n. 107, esp. p. 236). Pode suceder que, tendo realizado o ato e assim exercido a faculdade por um modo que considere inadequado ou menos vantajoso, pretenda a parte repeti-lo; mas o veto à duplicação, se lhe é desfavorável, não traz a frustração referida no texto, ou seja, a frustração da própria situação jurídica processual (ela foi aproveitada como no momento entendeu a parte e os males que apesar disso lhe sobrevierem fazem parte das incertezas do processo).

76. A incompetência relativa, v.g., tem tratamento diferente do que se lhe dá em processo civil (sem preclusão para o juiz).

77. Toda preclusão é ligada à idéia de obter um processo célere (embora nem sempre só a isso) e aí reside uma opção do legislador pelo risco calculadamente assumido. Sobre a celeridade proporcionada pela preclusão e as críticas que o instituto recebeu, cfr. Manoel Caetano Ferreira Filho, *A preclusão no direito processual civil*, introd., n. 3, p. 13; cap. I, n. 2, pp. 28 ss.; cap. II, pp. 41 ss. E diz: "finalidade da preclusão é, pois, tornar certo e ordenado o caminho do processo, isto é, assegurar-lhe um desenvolvimento expedito e livre de contradições ou de retorno e garantir, outrossim, a certeza das situações jurídicas processuais" (cap. I, n. 2, esp. p. 29).

78. CPC, art. 227.

Nisso, reside um critério de equilíbrio, pois de um lado a ocultação do demandado não poderia valer-lhe a imunidade à jurisdição, com ultraje à garantia constitucional de ação oferecida ao demandante; e, de outro, seria violentada outra garantia constitucional, a do devido processo legal em contraditório, caso sua conduta dispensasse pura e simplesmente a citação. A citação domiciliar atende razoavelmente ao desejado equilíbrio, incluindo carta do escrivão ao citando e sua defesa por curador especial.⁷⁹ A segurança das situações jurídicas fica beneficiada com isso, ainda que algum risco se corra de deixar o réu injustamente inciente da citação. Risco da mesma ordem, tem-se na *citação por edital*, onde chega a ser improvável a ciência.⁸⁰ Em ambas as situações, o que se pretende é permitir a solução dos conflitos, tão rapidamente quanto possível e ainda que sob o risco de desvio dos designios do direito substancial.

Na disciplina das presunções relativas, do ônus da prova, das preclusões, da citação com hora certa ou por edital, residem manifestações muito eloqüentes dessa transigência do sistema quanto à preocupação de aperfeiçoar o conhecimento e com isso afastar riscos de

79. É indispensável, para a regularidade da citação com hora-certa, sem violação ao princípio do contraditório e ao devido processo legal, que o oficial de justiça decline as razões por que suscitou de ocultação. Infelizmente, não é assim que habitualmente se faz e, como curador de ausentes na Capital do Estado (*munus* então outorgado ao Ministério Público), insurgi-me contra essas práticas viciosas em muitos casos, inclusive em alguns em que o oficial de justiça declarava (simplesmente, declarava) haver suscitado de ocultação, tendo comparecido à casa do citando (gente humilde, operário) em horas diurnas, quando nada provável era que ele se encontrasse lá. No extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil, oficiei como relator em um julgamento que anulou o processo por vício da citação com hora-certa, por ausência de fundamentação da *suspeita de ocultação*: sonegando suas razões, o meirinho torna-se senhor absoluto e soberano delas, sem controle judicial algum (sequer o juiz tem suas decisões a salvo do reexame pelos órgãos superiores! - cfr. 1ª TACSP, 2ª C., ap. n. 287.296, j. 17.2.1982, rel. Rangel Dinamarco, v. u., JTA-Saraiva, vol. 75/153).

80. O então curador de ausentes, dr. José Raimundo Gomes da Cruz, oficiando em um processo de desquite na defesa do réu alegou nulidade da citação por edital, sustentando que esta há de conter todos os dados que, nas circunstâncias, possibilitem o conhecimento pelo citando, seja diretamente, seja mediante divulgação da notícia do processo entre as pessoas que o conhecem; o réu era muito menos conhecido pelo nome civil e muito mais pelo artístico (Geraldo Vandré), era notório que estava fora do país por motivos políticos e, como feita, a citação por edital não reunia as melhores condições para ao menos diminuir a grande improbabilidade de levar-lhe o conhecimento desejado. O Tribunal de Justiça acolheu a alegação e anulou o processo a partir da citação.

infidelidade ao ordenamento substancial. Mediante essas e outras técnicas, a lei mostra-se sensível ao clamor social pela realização daquilo que compete aos juizes, ou seja, pelo cumprimento do dever de eliminar rapidamente os litígios, com firmeza e ponderadamente sim, mas na medida em que a obsessão pelo cumprimento da lei material não seja fator de demoras intermináveis e insupportáveis pelas partes e pela própria sociedade. Tem-se, como se vê, uma postura eminentemente instrumentalista, que no entanto não há de restringir-se ao modo de interpretar as regras do processo ou de conduzi-lo: a visão instrumentalista do sistema precisa levar o juiz a desprezar-se de formalismos também nos critérios de julgar, especialmente no tocante à interpretação do ônus da prova, sob pena de permitir a sobrevivência daquela mazela medieval já denunciada, qual seja a de ceder demasiadamente ao fascínio da verdade e da sua busca, tornando-se com isso um burocrata.⁸¹

33.2 cont. (esp. quanto ao valor do ônus da prova)

As regras sobre o ônus da prova e sua distribuição constituem uma inerência do princípio dispositivo. Onde se tivesse um processo puramente inquisitivo, não se cogitaria do *onus probandi*, nem das consequências do seu descumprimento, simplesmente porque ao juiz incumbiria a busca da verdade dos fatos e a cooperação das partes seria pelo menos dispensável e sequer haveria como sancioná-las pela omissão de provar.⁸²

81. Assim, Barbosa Moreira, "Notas sobre o problema da efetividade do processo", n. 6, p. 89, nota 19. Escrevendo antes dele, Arruda Alvim havia dito que, tendo as partes "desenvolvido atividade probatória suscetível de ser valorada pelo juiz", este não cuidará de esclarecer mediante novas diligências de-ofício (art. 130) alguma proposição de fato que não haja ficado provada: valer-se-á das regras sobre o ônus da prova e assim decidirá a causa (cf. Arruda Alvim, *Código de Processo Civil comentado*, V, nota 3 ao art. 130, p. 214). "Justamente o contrário é que nos parece exato", exclamou o processualista carioca, empenhado na efetividade do processo.

82. No processo civil inquisitório "o juiz, mesmo tendo diante de si duas partes, está desvinculado, para a busca da verdade, da iniciativa e dos acordos entre elas" (cf. Calamandrei, "Linee fondamentali del processo civile inquisitorio", n. 11, p. 160). E Buzaid, categórico: "num sistema que admitisse a pesquisa de ofício da veracidade dos fatos, não teria significação a repartição do ônus da prova" (cf. "Do ônus da prova", n. 1, esp. p. 47). Inexiste, porém, processo puramente inquisitivo e o que se vê é a convivência de traços inquisitoriais com regras dispositivas, va-

Convivendo no sistema o dispositivo com o inquisitivo,⁸³ porém, ali está também presente a disciplina do ônus da prova, com atenuações aos seus possíveis rigores. No extremo das relações jurídico-substanciais disponíveis, tem-se aplicação bastante intensa do critério de distribuição do *onus probandi*, cabendo ele à parte interessada no reconhecimento do fato; e tem-se também a maior possível intensidade do ônus em si mesmo, no sentido de que mais grave será a consequência do seu possível descumprimento.⁸⁴ Onde maior é a disponibilidade dos direitos e interesses controversos, ali mais viva é a presença do princípio dispositivo e, consequentemente, mais se aplica a *regra de julgamento*, segundo a qual fato não provado é fato inexistente,⁸⁵ ao ônus de afirmar fatos, segue-se o de comprová-los,⁸⁶ de modo que o juiz, ao dispor-se a julgar, terá situações muito parecidas quando da falta de alegação ou da falta de prova. Diz-se tradicionalmente que é no momento da decisão da

riando o grau de participação destas e daqueles (Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, n. 88, pp. 226-231 e n. 90, pp. 238 ss.). Quanto ao processo penal, onde a inquisitoriedade é mais acentuada não se elimina mas relativiza-se o sistema do ônus da prova, mediante atenuações às exigências inerentes ao esquema válido em processo civil, diferenciando-se o penal com relação a este, especialmente, no que toca ao ônus da prova dos fatos impeditivos (cf. Illuminati, *La presunzione d'innocenza del imputato*, p. 116; v. *infra*, nota 93). Essa relativização impõe-se em todos os processos onde a inquisitoriedade é mais acentuada e na medida da sua presença. Cf., ainda, Bedaque, *Poderes instrutórios do juiz*, n. 3.3.1, pp. 61 ss.

83. Cf. Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria geral do processo*, n. 23, pp. 70 ss.; por isso é que, substancialmente no sentido do que está dito no texto logo a seguir, Micheli afirma a prevalência da *regra de julgamento* (ainda que com menor intensidade), mesmo naqueles processos em que o juiz dispõe de maior poder de iniciativa probatória (oficiosidade - cf. *L'onere della prova*, n. 28, p. 189).

84. São coisas diferentes a *distribuição* do ônus da prova (v.g., art. 333 CPC) e o próprio *ônus*, ou seja, o seu *peso*. Na experiência concreta dos tribunais, sente-se a diferença do *peso*, p. ex., na comparação entre o ônus de provar a paternidade biológica em ação de alimentos e na de investigação de paternidade: a maior liberalidade na primeira hipótese constitui projeção do maior grau de disponibilidade, que lá se tem. A regra de distribuição não se altera, pois em ambos os casos se trata de fato constitutivo do direito do possível credor de alimentos (autor) e a ele compete a prova (CPC, art. 333 inc. I).

85. Sobre a *regra de julgamento*, v. *supra*, n. 28.4, nota 94.

86. A lei não disciplina a distribuição do ônus de afirmar, diz Carnelutti, porque é natural o interesse de cada uma das partes na afirmação dos fatos do seu interesse (v.g.: os fatos constitutivos, pelo autor) e por isso ao legislador não caberia qualquer escolha (cf. *La prova civile*, n. 3, esp. p. 24).

causa, estando já exauridas as possibilidades probatórias do processo, que surge a objetiva relevância das regras sobre o ônus da prova e sua distribuição: antes, que cada um cuide de provar o que alega e dar prova contrária às alegações adversárias pouco importando a origem de cada meio de prova que venha a ser oferecido ou mesmo produzido no processo (princípio da aquisição).⁸⁷ De minha parte, vou entendendo que o juiz deve estar atento às regras do ônus da prova e ao desempenho de cada uma das partes ao longo de toda a instrução da causa. A regra do *diálogo*, inerente à garantia constitucional do contraditório em sua feição moderna, integra o chamado *ativismo judiciário* e exige que o juiz esclareça as partes sobre os rumos da instrução, conclamando-as a complementar provas.⁸⁸

Tratando-se de disputa sobre direitos indisponíveis, baixa o grau de dispositividade no processo e, conseqüentemente, o peso representado pelo ônus da prova.⁸⁹ E esse ônus, que por si mesmo nunca é *ônus perfeito*, nos litígios marcados pela indisponibilidade vão mais intensamente para o campo dos ônus *menos perfeitos* (em outras palavras: mais se afastam da categoria dos ônus absolutos e mais intensa passa a ser a sua relatividade).⁹⁰ Isso quer dizer, em outras palavras, que nos processos sobre direitos indisponíveis o juiz compartilha com as partes do encargo probatório, aflorando ditames relativos à sua liberdade investigatória; nesses processos, maior é a

87. É no momento de julgar que o juiz terá diante de si a *regra de julgamento* e as alternativas: a) fato alegado por uma das partes e admitido pela outra é fato existente; b) alegado e não negado (silêncio, revelia, confissão) também é existente; c) alegado e negado, é inexistente. É natural que isso só se dá quando o fato não tiver ficado comprovado: o princípio da aquisição torna indiferente a origem da prova e essas alternativas só prevalecem, como é natural, em caso de *dúvida* do juiz. Compreende-se, ainda, que as hipóteses formuladas acima ficam alteradas quando intercorre alguma causa que torne o fato dependente de prova, ou seja, que erija o ponto em questão independentemente da atitude da parte contrária (CPC, art. 320; art. 302, par. ún.).

88. V. *supra*, n. 16, texto e nota 197.

89. O latim *onus* (*onus*, *-eris*) e o alemão *Last* (*Beweislast*, ônus da prova) são vocábulos que, coincidentemente significam *carga*, ou *peso*. É compreensível, pois, que se tenha de medir esse peso, conforme o caso.

90. "Quando o prejuízo ocorre necessariamente, o ônus se diz perfeito"; e "diz-se menos perfeito o ônus quando as suas conseqüências dependem, em parte, do *arbitrium iudicis*" (Cfr. José Frederico Marques, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 415, p. 223).

participação do juiz como sujeito ativo da instrução.⁹¹ É o que se dá, por exemplo, nas ações de investigação de paternidade, em que o juiz determina a realização de prova biológica, com ou sem provocação do autor.⁹²

O que se vê, nesse jogo equilibrado, é outra vez aquele outro equilíbrio, entre exigências opostas. Se o juiz cruza os braços e espera a instrução que virá das partes, ele poderá desviar-se dos rumos preferidos pelo ordenamento jurídico-material, porque a prova mal feita lhe oferece para o julgamento um quadro fático que não corresponde ao real: ele declarará direitos sem que haja base fática para isso, ou negará direitos apesar de na realidade ter-se configurado a *fattispecie* concreta prevista em lei. Se o juiz, ao contrário, fosse indefinidamente em busca da verdade real, ele estaria dando ao conflito significado talvez maior do que tem para os contendores e, também, alongando a duração do processo e retardando a oferta do seu produto final. O equilíbrio, que transparece como meio de convivência entre o princípio dispositivo e o inquisitivo, tem raízes mais profundas e o significado teleológico de busca da harmonia entre exigências vindas de diferentes pólos de atração de todas as atividades jurisdicionais.

91. Cfr. Cintra-Ginover-Dinamarco, *Teoria geral do processo*, n. 23, pp. 70 ss.: o encargo de buscar a *verdade real* torna o juiz mais atuante e, com isso, o processo propende à inquisitorialidade.

92. O máximo de disponibilidade que se vê nas ações investigatórias é quanto à liberdade de propor ou não a demanda e de escolher o momento de propô-la. Proposta, *interest rei publicae* a decisão segundo a verdade, ou seja, fiel à vontade concreta da lei, pois transcende ao interesse dos litigantes a definição da eventual relação de paternidade entre eles; isso é próprio dos *status* em geral, que se definem como "unidade de várias relações jurídicas", com envolvimento de mais de duas pessoas e, portanto, com projeção na vida da sociedade (Cfr. Camelutti, *Diritto e processo*, n. 264, esp. pp. 386-387). Uma coisa é omitir o filho a iniciativa de propor a demanda investigatória, mas conservar para sempre o poder de fazê-lo; ou reconhecê-lo o pai, mas conservar para sempre o poder de postular em juízo a declaração da inexistência da paternidade. Coisa diferente é a imutabilidade de uma *res judicata* sobre sentença que atribua pai a quem não é filho, ou que negue a declaração de paternidade a dano de quem é efetivamente filho. Pensando assim, como procurador de Justiça alvitrei a conversão do julgamento em diligência, em uma apelação contra sentença que julgara improcedente a demanda de investigação de paternidade a dano de quem é efetivamente filho. Pensando assim, gatória sem ter sido feito o exame biológico da paternidade, não requerido pelas partes (ap. n. 235.894-Sorocaba, parecer em 12.7.1974). O Tribunal de Justiça acolheu o alvitre.

Existe, além disso, a necessidade de pautar-se o juiz, no momento de julgar, por uma mentalidade sensivelmente instrumentalista, sem a qual não será correta a medição, que fizer, do grau de intensidade do *onus probandi*. Em processo penal, fala-se de uma genérica *presunção de inocência*, que no fundo é formulação menos técnica da regra do ônus da prova dos fatos da acusação.⁹³ Mas o valor político dessa *presunção* sobreleva ao seu mero significado técnico-processual, valendo ela como princípio de largo espectro no rol de garantias ao acusado: o valor *liberdade*, que está em jogo nos litígios penais, é de tão grande significado social e humano, que em nome dele o processo penal não recebe aquela puramente racional regra de distribuição do *onus probandi* vigente no processo civil; e, então, ao menos atenua-se bastante o encargo probatório do acusado, sem que ele tenha o ônus integral de provar, v.g., alguma justificativa penal eventualmente alegada.⁹⁴

E diz-se também que é preferível *absolver noventa-e-nove culpados do que condenar um só inocente*, mas essa regra, de inegável valor político nos sistemas jurídicos que incluem a pena de morte, é ao menos exagerada nos demais e não pode servir de inspiração ou critério, em processo civil, para a determinação do peso que há de ter o encargo probatório.⁹⁵

93. Correta a colocação feita por Illuminati, associando adequadamente essa dita *presunção* (que, como formulada, tem conotação destacadamente política e não jurídica — *cf.* *La presunzione d'innocenza del l'imputato*, p. 5), à temática do ônus da prova em matéria penal. Diz: "mesmo querendo-se aplicar tal regra de juízo, restaria ainda assim a exigência, muitas vezes reafirmada, de diferenciar adequadamente a sua articulação, com relação ao que é previsto para o processo civil, especialmente no que diz respeito à prova dos *elementos impeditivos*" (*op. cit.*, p. 116). Eis o ponto: o valor *liberdade*, que está em jogo nos litígios penais, é de tão grande significado social e humano, que em nome dele (princípio da instrumentalidade) o processo penal não recebe aquela racional regra de distribuição do *onus probandi*, vigente no processo civil (e, então, pelo menos se atenua bastante o encargo probatório do acusado, sem que ele tenha o ônus integral de provar, v.g., alguma justificativa penal eventualmente alegada).

94. Sobre o tema, v. a profunda investigação na bem-sucedida tese de Antonio Magalhães Gomes Filho, *Presunção de inocência, passim* (laureada com grau de e louvor em concurso de doutoramento na Faculdade do Largo de São Francisco, perante banca da qual tive a honra de participar).

95. As generosas cautelas do Iluminismo, Beccaria à frente, não têm valor invariável, *sub specie aeternitatis* e em todo e qualquer contexto sócio-político ou jurídico. Valem intrinsecamente pelo elevado espírito de respeito à pessoa, mas cada

Riscos de erro judiciário há e são inevitáveis já em face das humanas limitações à possibilidade de conhecimento. Além disso, como já foi dito, esses riscos hão de ser calculadamente aceitos, desde que constituam o custo aceitável de outras vantagens certas.

Mas existe ainda outra e mais forte razão, para que menos rigor seja imposto nos julgamentos e, apesar de eventuais resíduos de incerteza subjetiva no espírito do juiz, venha ele a aceitar a ocorrência de fatos alegados: é que, diferentemente do que se dá no processo criminal, no civil defrontam-se ordinariamente dois interesses da mesma ordem em conflito, e razão alguma existe para que o Estado-legislador ou o Estado-juiz manifeste preferência por algum deles. Impor pena ao inocente traz o sentido da injustiça e truculência impostas a uma pessoa sem vantagem alguma para a parte contrária, até porque ao Estado nada favorece o alijamento de um membro prestante e não nocivo à sociedade. Atribuir um filho ao réu que não foi biologicamente responsável pela geração do autor, todavia, é injustiça de igual teor da consistente em negar ao autor, que realmente seja filho, a condição jurídica decorrente do nexo de filiação. Do mesmo modo, condenar a pagar o réu que não deve ou privar o verdadeiro credor do seu crédito, constituem injustiças de igual natureza e teor.

Quero acentuar, com isso, a impossibilidade do pleno conhecimento, como já referida, mas agora com o desdobramento consistente na afirmação de ser intensamente anti-social a mentalidade consistente em atribuir excessivo peso ao *onus probandi*. O preconceito consiste em desconsiderar as naturais dificuldades probatórias e, exigindo consciente ou inconscientemente a *probatio diabolica*, aplicar severamente a regra de julgamento e assim considerar não provados os fatos. Quando nos dois pólos do conflito estão interesses sem significativas diferenças axiológicas, falece fundamento substancial para a exacerbação do ônus da prova e a distribuição deste apóia-se mesmo somente na maneira como a alegação aparece no processo: fatos constitutivos, extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor. O critério que está na lei tem fundamento eminentemente pragmático e se por mais de uma razão há de pre-

sociedade há de aplicá-las segundo as conveniências, sem que com isso elas fiquem minimizadas ou desconsideradas.

valecer, prevalece somente como critério distributivo do ônus, não como motivo para exacerbá-lo além do razoável.⁹⁶

A tradicional exacerbção do ônus da prova constitui postura insensível à moderna visão teleológica e instrumentalista do sistema processual. No fundo, ela é uma linha burocrática e, como burocrática que é, revela intolerável dose de comodismo: a burocracia é fruto do medo, da pobreza intelectual e do comodismo e, como já foi dito e destacado, a busca incessante da verdade não é de hoje que serve de pretexto para as práticas burocráticas.⁹⁷ É preciso ousar. É indispensável ao juiz moderno romper com isso e vencer certos imobilismos. Onde o seu espírito se considerar suficientemente capaz de afastar os *motivos divergentes* e, como faria o homem médio da sociedade, tomar uma decisão conforme um grau satisfatório de probabilidade de acertar, que corra o risco.

Ele sabe, p. ex., que o exame da paternidade pelo método *DNA* oferece, quando chega a resultado positivo, um grau de probabilidade superior a 99% de que o réu seja pai do autor, chegando muitíssimo próximo a 100%.⁹⁸ Havendo algum adinículo probatório por outro meio, por débil que seja, e não estando excluída por modo algum a possibilidade de ser pai, a preconizada visão instrumenta-

96. O critério, em síntese, é o do *interesse*: cada uma das partes provará as posições que lhe favoreçam no julgamento. O autor tem o ônus de provar os fatos constitutivos do seu alegado direito (CPC, art. 333, inc. I), bem como os fatos impositivos da eficácia dos fatos extintivos ou impositivos alegados pelo réu (v.g., erro na emissão de recibo). Ao réu incumbe provar fatos extintivos, impositivos ou modificativos do alegado direito do autor (inc. II), mais algum outro que haja sido argüido contra esses provados pelo autor. Tal é, fundamentalmente, a posição de Chiovenda (*Principii*, § 55, I, p. 787 - não é o caso de considerar, nesta sede, a singular colocação de Carnelutti, determinando o ônus da prova "com base no interesse à afirmação": v. *La prova civile* - parte generale, n. 3, esp. p. 24; nem a interessante proposta de Micheli, considerando "a posição dos fatos na *fattispecie*": *cf. L'onere della prova*, n. 50, esp. p. 313).

97. Refiro-me ainda uma vez a Niklas Luhmann, *Legitimação pelo procedimento*, pp. 22-23. São burocráticas e comodistas as soluções (que Barbosa Moreira combate; v. n. ant., nota 81) consistentes em abrigar-se o juiz no ônus da prova e na regra de julgamento, exacerbando o peso daquele e decidindo formalmente por esses critérios que só haveriam de servir em caso de falência total das tentativas de trazer aos autos elementos suficientes de convencimento.

98. A dificuldade é o elevado custo desse exame e a circunstância de só em grandes centros ser possível a colheita de material para a sua realização.

lista há de levar o juiz a afirmar isso em sentença.⁹⁹ Ele estará, em nome de um legalismo irracional e injusto, prestando culto ao ideal inatingível da verdade e à quimera da certeza absoluta, sempre que, interpretando de modo radical o *onus probandi* atribuído ao autor, apoiar-se na dúvida deixada pela falta de mais comprovação e, apoiar da resposta positiva ao teste *DNA*, rejeitar a demanda. Em última análise, estará desprezando os 99,98% de probabilidades, por conta dos remanescentes 0,02% de mera possibilidade em sentido contrário; para não errar em dois casos, prefere errar em noventa e oito.¹⁰⁰ Em matéria penal, como já se disse, e pelo menos quando se trata de impor a pena de morte, o horror pelo erro judiciário contra o demandado justificaria esse radicalismo. Aqui, todavia, o ônus da prova é menos pensado, justamente porque inexistente diferença axiológica sensível entre a pretensão do autor e a do réu. Além disso, dado importante na fixação de idéias a esse propósito é a reversibilidade da situação, deixada pela oferta da via rescisória das sentenças.

A determinação da intensidade do ônus da prova é, nesse quadro, problema relacionado com o modo como o processo se insere na vida dos direitos e no modo de ser da vida em sociedade. Aqui, a racionalização dos critérios de julgamento pela aceitação da probabilidade suficiente em vez da certeza absoluta nem se coloca em termos de tensão entre princípios que apontam para soluções diferentes. Seja para a pacificação dos conflitos com justiça, seja para a fidelidade na

99. É muito comum o recurso à *exceptio plurium concubentium*, mas ela só poderá levar à negativa da paternidade admitida pela prova HLA se tiver sido feita concretamente e ficar provada a promiscuidade sexual da mãe do autor (não é de excluir que, concordando, também o suposto parceiro seja submetido a exame). Em suma: é preciso ter presente que de igual gravidade é o erro consistente em dar pai a quem não é filho e negar pai a quem o é: daí os maiores cuidados na busca de elementos de convicção e na aplicação da regra de julgamento. Estas considerações sobre a prova HLA perderiam atualidade com a superveniência do teste *DNA*, que pode conduzir à *certeza científica* da paternidade - mas nem sempre chega a esse ponto. Conhece-se um caso em que a prova biológica indicou 98,5% de probabilidade da afirmada paternidade do réu em relação ao autor, mas idêntica probabilidade percentual de que também o pai ou o irmão daquele fosse o pai da criança. Lá se foi, com isso, a certeza quanto à paternidade atribuída ao réu.

100. Essa postura corresponde, no fundo, à atitude introspectiva que venho combatendo: o direito pelo direito. As preocupações que manifesto e soluções que prefiro são inerentes à mentalidade instrumentalista que há de prevalecer, tendo em vista o serviço que a ordem social espera do processo e a perene preocupação em não lhe impor decepções.

declaração e atuação da lei, é preciso dispor a técnica processual (em sede legislativa ou na prática da jurisdição) de modo a não figurar como impedimento à fruição ou defesa de direitos. A preconizada relativização do binômio direito-processo, inerente à visão instrumentalista da função jurisdicional e do sistema processual como um todo,¹⁰¹ conduz à intensa preocupação por não fazer do processo um sistema de óbices e dificuldades ao primado do direito. É precisamente essa a razão por que a lei proíbe as alterações convencionais do ônus da prova, quando sejam capazes de dificultar além dos limites toleráveis a situação de uma das partes no processo; o legislador sabe que a oposição de grandes dificuldades (*probatio diabolica*) seria um modo de desviar o processo de suas destinações.¹⁰²

Pois é precisamente esse agravamento intolerável que se pretende evitar, quando se preconiza a *relativização do ônus da prova* e a redução do seu peso: que o juiz aja como a pessoa comum ao formar sua convicção, concluindo pela existência do fato quando a sua consciência tiver por bem mais provável a existência do que a inexistência e sem chegar aos extremos de exigência que só se compreenderiam e legitimariam se fosse possível o encontro da verdade pura e indiscutível mediante a instrução e se a certeza absoluta fosse algo tangível na cognição processual. Não há razão para correr riscos maiores de errar contra o autor, só para não correr riscos de errar contra o réu. Isso não corresponde a propor o afastamento do próprio *onus probandi* da técnica processual, mas a combater os exageros no seu dimensionamento. Sem imprudências que por sua vez tornariam o próprio sistema leviano e pouco confiável, capaz de injustiças em virtude da superficialidade, pretende-se banir os preconceitos em prol de soluções que mais correspondam à sensibilidade do juiz. Pelos riscos que essa mentalidade ofereça, tem-se a certeza da compensação ampla e prévia, representada pela melhor fluência da seiva da justiça.

Essa tônica na justiça do caso concreto integra o ideário do processo das causas de menor complexidade, onde o juiz é pateticamente proclamado a decidir segundo a justiça (alusão à *decisão mais justa*

101. Sobre ela, v. Watanabe, *Controle jurisdicional*, esp. p. 37.

102. V. ainda Watanabe, *op. loc. cit.*, nota ant.: destaca "a regra proibitiva de qualquer forma de denegação da justiça, decorra ela de norma processual ou substancial".

e *equânime*), interpretando de modo inteligente e racional os fatos da causa, "sem apego desmesurado ao requisito da certeza e sem o comodismo consistente em dar seguidamente por descumprido o ônus da prova".¹⁰³ Seja no processo dos juizados especiais ou no comum, está institucionalizado o valor das *máximas de experiência*, às quais é lícito ao juiz recorrer para justificar sua convicção, "sempre com a preocupação de fazer justiça e evitar que a rigidez de métodos preestabelecidos o conduza a soluções que contrariem a grande premissa... de que o processo é um instrumento sensivelmente ético e não friamente técnico" (*id., ib., p. 8*).

33.3 no processo ou fase de execução

Embora não voltado ao conhecimento como objetivo específico, nem com porte julgamento da pretensão deduzida (mérito), o processo executivo também não se desenvolve sem qualquer atividade decisória. Exercício do poder, a jurisdição inclui sempre *decisão*, ainda quando se trate de decisão realizada somente com a finalidade de orientar atos materiais. As atividades executivas seriam cegas e possivelmente injustas, se nada competisse ao juiz decidir no processo de execução.¹⁰⁴ Ali, ele profere juízos de valor, desde o início quando verifica se está ou não amparada de título a demanda do exequente e a qualquer momento quando fiscaliza a presença das condições da ação executiva, dos pressupostos processuais e dos requisitos de ordem pública para a regularidade do procedimento.¹⁰⁵

103. Sobre tal exigência e patético apelo ao juiz, *cf.* LJE, art. 6º: v. ainda Dinamarco, *Manual dos juizados cíveis*, n. 5, esp. p. 40.

104. Não se trata de afastar o binômio conhecimento-execução, ou de apagar diferenças relevantes (*cf.* Watanabe, *Da cognição no processo civil*, n. 11, p. 19). O conhecimento figura por formas diferentes, em um processo e em outro. Ele "é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo" (*id., ib., n. 14, pp. 27-28*). Conhecer é preparar-se para julgar. Ora, existem muitos julgamentos que se profere no processo executivo, só sendo certo que o mérito não será ali julgado (ou seja, a pretensão deduzida pelo exequente); e são as decisões interlocutórias, assim dadas, que orientam o curso, o destino e a medida da agressão patrimonial imposta pelo Estado ao executado. Todo processo constitui mecanismo de exercício do poder e todo exercício do poder passa inevitavelmente pelo momento da decisão (v. *supra*, m. 10-11).

105. *Cf.* Martinetto, *Gli accertamenti degli organi esecutivi*, esp. cap. II, n. 4; Dinamarco, *Execução civil*, n. 10, esp. p. 95.

Além disso, na execução podem as partes levantar *incidentes*, que integram o processo embora estejam fora do procedimento principal, provocando com isso decisões do juiz.¹⁰⁶ Também nessa atividade decisória, é natural que se pautem o juiz por *critérios de probabilidade suficiente*, formando livremente o seu convencimento apesar de não ter chegado à *certeza* quanto à matéria a apreciar. A própria lei deixa margem de discricionariedade ao juiz, correndo risco de errar, *v.g.*, quando limita a revisibilidade da avaliação do bem penhorado aos casos de erro, dolo ou queda do valor.¹⁰⁷ — cabendo à sensibilidade do juiz, em cada caso, a percepção da ocorrência de alguma das hipóteses legais.

A mais significativa tomada de posição quanto à aderência dos resultados do processo executivo ao direito substancial é o próprio sistema calcado no *título executivo*: não se têm os cuidados que os romanos tinham com a interposição da *actio iudicati* entre a sentença condenatória e a execução, havendo sempre a possibilidade de com a *infinitio* impedir a realização desta (e tudo, para evitar execuções sem direito).¹⁰⁸ Como fruto de uma evolução bastante conhecida, há mil anos o direito europeu-continental e depois o nosso têm no título executivo a expressão da autorização do legislador para a execução, independentemente de qualquer verificação da existência do crédito.

E assim, se de um lado ocorre o veto às pretensões executivas não apoiadas em título (*nulla executio sine titulo*), por outro a existência do título executivo traz ao exequente a tranqüilidade de ter à sua disposição a via executiva sem a necessidade de comprovar o crédito alegado.¹⁰⁹ Diz-se que a sentença condenatória civil é o título

106. Exemplos: incidente de falsidade, impugnação ao valor da causa (também exceções?). Esses *incidentes do processo* não se confundem com o *processo incidente* que são os embargos do executado ou de terceiro. A diferença é muito relevante, inclusive para fins recursais, e não se trata de mero jogo de palavras. Trata-se de *incidentes* "porque *incidenti*, caem no processo" (Carnelutti, *Diritto e processo*, n. 118, esp. p. 192).

107. CPC, art. 683.

108. *Cf.* Dinamarco, *Execução civil*, n. 5, esp. pp. 36-38. Watanabe alude a essa passagem como sendo a sublimação da "preocupação dos romanos em impedir execuções injustas" ("Contribuição", *cit.*, n. 11, esp. p. 21).

109. É conhecida a história da condensação das tendências opostas de romanos e germânicos, por volta do ano 1000, mediante a síntese representada pelo título executivo: *cf.*, por todos, Dinamarco, *Execução civil*, n. 22, pp. 62-63.

executivo por excelência,¹¹⁰ no sentido de que constitui o produto de uma cognição desenvolvida em contraditório, com exame da pretensão do autor e conclusão positiva pelo juiz, tudo desembocando em uma decisão que legitimamente expressa o exercício imperativo do poder. Mas a técnica legislativa evoluiu nesses mil anos e ao *non est inchoandum ab executione* muitas exceções vão sendo postas, à medida que a lei tipifica os títulos executivos *extrajudiciais*. Ao instituir títulos além da sentença condenatória civil ordinária, age o legislador por critério de probabilidade, sabendo que sempre algum risco haverá, mas entendendo também que vale a pena corrê-lo; vale a pena, porque as vantagens obtidas na grande maioria dos casos têm muito mais significado social que eventuais males sofridos em casos proporcionalmente reduzidos — quanto aos quais, de resto, fica aberta a via defensiva consistente nos embargos à execução por título extrajudicial, na impugnação à execução por título judicial (cumprimento de sentença) e, em certos casos, na objeção de pré-executividade.

Está pois presente na técnica consistente em tipificar os títulos executivos, o culto ao escopo social de pacificação mediante eliminação dos conflitos. O legislador acha preferível enfrentar o risco de permitir a instauração de algum processo executivo sem o correspondente direito subjetivo material, concedendo ao exequente a realização de medidas constitutivas (especialmente, penhora) e talvez causando algum dano ao executado. É o caso, *v.g.*, de cambial em que esteja falsificada a assinatura da pessoa que figura como emitente: suportará a execução até que, mediante embargos ou incidente de falsidade, obtenha a declaração do falso perpetrado. No Brasil, a tendência à ampliação dos títulos executivos chegou ao ponto de conferir eficácia de título à duplicata não-aceita mas protestada por falta de aceite e acompanhada de comprovante da entrega da mercadoria vendida ou do serviço prestado:¹¹¹ é um ponto à frente, nessa linha de correr riscos em nome da probabilidade razoável.¹¹²

110. E isso, não só pela nobre linhagem romana e tradição que a acompanha (*non est inchoandum ab executione*), como ainda pela segurança, dada, tanto quanto segurança se possa ter, pela *declaração do direito* nela contida. Isso não significa, todavia, que a declaração em si mesma faça parte do título: *v.* Liebman, *Le opposizioni di merito nel processo d'esecuzione*, nn. 75 e 83, pp. 141 e 164.

111. *Cf.* lei n. 5.478, de 18 de julho de 1968, art. 1.5, inc. II (red. lei n. 6.458, de 1.11.1997).

112. *Cf.* Dinamarco, *Execução civil*, n. 299, pp. 475-476.

Quando tínhamos em nosso direito o resíduo do medieval *processus summarius executivus* (a nossa *ação executiva*),¹¹³ o risco era menor nas execuções por título extrajudicial, porque o único ato construtivo a realizar antes da cognição, que figurava como obrigação no procedimento especialíssimo, era a penhora; por isso, a lei brasileira sentia-se à vontade para consignar número bastante elevado de títulos executivos extrajudiciais. Hoje, com a equiparação da eficácia destes à dos judiciais, continuamos porém com a mesma tendência expansiva e não se conhece qualquer ordem processual, no continente europeu, em que tantos sejam os títulos executivos extrajudiciais. O risco aumentou, portanto.

Além disso, a jurisprudência anterior à implantação do Superior Tribunal de Justiça mostrou-se complacente, afrouxando a exigência de tipicidade dos títulos executivos — como ocorreu no tocante aos contratos de abertura de crédito em conta-corrente, os conhecidos contratos de *cheque especial*.¹¹⁴ Mas quando as partes celebram contratos dessa ordem, não se constitui de momento qualquer obrigação nem o contrato contém qualquer declaração de dívida; o débito poderá vir depois, quando eventualmente o correntista fizer saques além dos fundos depositados. O Superior Tribunal de Justiça, que bem compreendeu essas razões, vai por caminho diametralmente oposto ao pontificar que “o contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato da conta-corrente, não é título executivo” (Súmula n. 233).

O grande fator da probabilidade de existência do crédito, em que repousam as execuções por título extrajudicial, é o fato de o próprio devedor haver, em algum momento, declarado a obrigação — o que fez mediante emissão ou aceite de cambial, ou pelo comparecimento e participação na constituição de dívida com garantia hipotecária, etc.; somente no título consistente na inscrição de dívida ativa fazendária é que falece a declaração do obrigado, mas está substituída por algo muito idôneo, que é o procedimento administrativo (ordinariamente, lançamento tributário). Assim, o ordenamento positivo

113. Cf. Liebman, *Processo de execução*, n. 6, pp. 9 ss.; Liebman, “Ístituti del diritto comune nel processo civile brasiliano”, n. 13, pp. 514 ss.

114. Fiquei vencido no Plenário do extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil deste Estado, ao sustentar o que está no texto (cf. 1º TACSP, Plen., unif., jurisprud. n. 283.540, j. 21.10.1982, m. v., in Dinamarco, *Execução civil*, II, n. 154, pp. 414 ss.).

tem pautado a sua atividade consistente em tipificar títulos executivos pelos critérios da existência de declaração do próprio devedor (títulos extrajudiciais em geral) ou do contraditório perante órgãos estatais (títulos judiciais; inscrição da dívida ativa).

Com essas aberturas consistentes na exequibilidade da duplicata não aceita e dos contratos para crédito em conta-corrente, tem-se risco maior, porque em ambos os casos falta a declaração do devedor, quanto a uma obrigação líquida: no primeiro, ele nada declarou e, no segundo, declarou aceitar as condições impostas pelo banco, mas não declarou dever, simplesmente porque no momento nada devia. A eficácia de título executivo, nesses dois casos, funda-se no juízo de probabilidade então feito e na conveniência social de amparar executivamente esses créditos. Tratava-se de manifesta preferência pelos resultados sociais do processo, ainda que sob o risco de algum desvirtuamento, em casos particulares e provavelmente raros, do seu escopo jurídico.

Ainda em sede legislativa, existe a assunção de maior risco calculado quando é conferida eficácia de título executivo a sentença ou acórdão e em trânsito em julgado, para a *execução provisória*.¹¹⁵ Ela se situa entre as medidas integrantes da luta do processo contra os males do decurso do tempo¹¹⁶ e é feita sempre sob o risco de que, inexistente o crédito, seja desconstituído o título por decisão proférvida em nível superior; ela é sempre sujeita ao integral desfazimento em caso de desconstituição do título, oferecendo-se ao executado a reparação dos danos que haja sofrido em razão dela.¹¹⁷

Por outro lado, o sistema processual abre portas para a possibilidade de impedir a execução provisória quando algo de excepcional a torne particularmente perigosa, ou seja, quando haja grande probabilidade de inexistência do crédito e, conseqüentemente, de desconstituição do título executivo em grau de recurso.

Em diversos casos “dos quais possa resultar lesão grave ou de difícil reparação” poderá o relator “suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara” (CPC, art. 558); essa disposição, redigida com vista ao agravo de instrumento,

115. CPC, art. 475-O.

116. Cf. Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, IV, n. 1.822, pp. 896-898 (o tempo, a pressa, o risco).

117. CPC, art. 475-O, inc. I.

é também aplicável “às hipóteses do art. 520” (art. 558, par.), ou seja, aos casos nos quais em princípio a apelação carece de efeito suspensivo. Também existe a prática, no Superior Tribunal de Justiça, de conceder medidas *cautelares* para suspender a executividade de acórdãos em relação aos quais penda recurso especial.

Tal é, em suas colunas fundamentais, a fórmula de equilíbrio entre as probabilidades aceitas e riscos assumidos, no sistema executivo brasileiro, com a franca tendência a acentuar a preferência pelo social e abrandar o apego ao jurídico. Em prol da maior efetividade do processo executivo, correm-se riscos maiores e confia-se que o melhor serviço prestado na grande maioria dos casos pague foladamente os males que poderão sobrevir em alguns; mas, ocorrendo situações perigosas e sendo consistente o fundamento do recurso, a exequibilidade do título poderá ficar suspensa. Inserem-se nesse contexto, como remédio para afastamento dos males decorrentes da infidelidade do título à situação real entre os sujeitos a outorga de eficácia suspensiva à impugnação ou os embargos à execução (CPC, arts. 475-M e 739-A).¹¹⁸

Como se vê, grande é a parcela de riscos assumidos *in executivis*, em sede legislativa. Menores são os que o juiz corre, porque pouco lhe cabe julgar no processo ou fase executiva e fora dos embargos ou impugnação — mas, nos limites da cognição que neste se contém, ele há de julgar e fica sempre obrigado a fazê-lo à base da probabilidade suficiente e sob o risco de errar.

3.3.4 nas atividades jurisdicionais de urgência (cautelares e antecipatórias)

Todas as atividades jurisdicionais de urgência (processo cautelar, medidas antecipatórias de tutela) apóiam-se, por destinação institucional, nas incertezas representadas pelo *fumus boni iuris*, onde a

118. É muito conhecida a tese de Liebman, segundo a qual os embargos de mérito têm a função de desconstituir o título executivo (cf. *Le opposizioni di merito*, cit., nn. 98-99, pp. 192-193 trad.). Eles significam mais do que isso; porém, eles vão mesmo no fundo do *meritum causae* e, havendo sido afirmada pelo exequente a existência de um crédito e feito o pedido de sua satisfação, na sede dos embargos o executado vai buscar sentença declarando que o crédito inexistente (e só por isso é que, prevalecendo a situação de direito material, a execução patenteia-se injusta e deixa de prosseguir).

razoável probabilidade ou mesmo a não-exclusão dos fatos alegados basta para a concessão da medida jurisdicional. Quanto aos provimentos cautelares é que se disse superiormente que “representam uma conciliação entre duas exigências geralmente contrastantes na Justiça, ou seja, a da celeridade e a da ponderação”; “entre fazer logo porém mal e fazer bem mas tardiamente, os provimentos cautelares visam sobretudo a fazer logo, deixando que o problema do bem e do mal, isto é, da justiça intrínseca do provimento, seja resolvido mais tarde, com a necessária ponderação, nas sossegadas formas do processo ordinário”.¹¹⁹

Está aí o confronto entre dois valores, o do escopo jurídico e o do social, que não constitui algo peculiar ao processo cautelar, mas que nele aparece de modo particularmente visível. Pode ser que, ao apoiar-se no mero *fumus*, o juiz conceda medida que corresponda afinal e se harmonize com a vontade concreta do direito substancial (v.g., quando concede um arresto ou uma antecipação de tutela a quem é realmente credor); mas pode ser também que a cautela concedida não guarde essa correspondência e o seu beneficiário não seja titular de direito algum a preservar. Eis o risco. Mas o *fumus boni iuris* expressa a probabilidade razoável e suficiente, que ao juiz compete medir em cada caso. Evitará quanto possível as cautelas construtivas que discrepem do direito substancial, mas preferirá errar concedendo as cautelares, a errar negando-as: em situação de riscos equilibrados, é preferível optar por soluções que não deixem o direito material sujeito a sacrifício.¹²⁰ Exemplo eloquente são os alimentos provisionais, ou os provisórios, concedidos para a subsistência do alimentando diante da razoável possibilidade de que entre as partes exista o vínculo alimentar.¹²¹

Abertura significativa trazida pelo vigente Código de Processo Civil brasileiro é a explícita proclamação do *poder geral de cautela*, com base no qual pode o juiz (e deve) conceder medidas cautelares atípicas, sempre que adequadas à eliminação dos males da demora e

119. Essas palavras de Calamandrei (*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, n. 8, esp. p. 20) valem muito bem como expressivo mote do sistema da cautelaridade.

120. Esta é uma proposta rigorosamente instrumentalista.

121. Refiro-me à viabilidade de haver a *necessidade* do postulante e a *possibilidade* da parte oposita; porque é sempre indispensável *prova preconstituída* da relação familiar (Cahali, *Dos alimentos*, pp. 552 ss.).

presentes os requisitos gerais da tutela cautelar. Fugindo à tipicidade das medidas cautelares, o legislador também aqui confiou na sensibilidade do juiz, para que mais efetiva possa ser a própria atividade jurisdicional considerada como um todo.¹²² *A Reforma do Código de Processo Civil* instituiu também um *poder geral de antecipação de tutela*, pelo qual o juiz dispõe de poderes para antecipar no todo ou em parte os efeitos do julgamento final previsível, fundado na probabilidade de existência do direito e na urgência da situação (ou na incontestância quanto a algum dos pedidos cumulados, ou ainda na malícia do réu que se opõe ao andamento do processo – art. 273, inc. II e § 6º).¹²³

Nesses riscos assumidos, residem manifestações do pensamento do legislador e do processualista modernos, pela *efetividade do processo*. Essa é uma atitude instrumentalista de muito significado.¹²⁴ *A instrumentalidade* das medidas cautelares às principais (cognitivas, executivas) é instrumentalidade *eventual e de segundo grau*. É eventual, porque se efetivará se e quando houver necessidade do processo principal. É de segundo grau, porque as medidas cautelares colocam-se como instrumento a serviço do instrumento: elas servem à eficiência do provimento jurisdicional principal e este, por sua vez, serve ao direito material e à própria sociedade. O processo cautelar, dentro do sistema processual, vale para conferir eficácia ao principal; e o sistema processual, visto como um todo e pelo ângulo exterior, legitima-se pelos conhecidos escopos que o animam.¹²⁵ Daí

122. Cfr. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, n. 17, p. 47. Ilustra a exposição com o caso de uma artista que viu o seu semblante reproduzido sobre o corpo de uma ninfa figurada em afresco nas paredes de uma casa noturna de Paris e “dançava em vestes extremamente sucintas” (p. 48); pediu medida inominada, destinada a mandar cobrir a imagem.

123. Cfr. Dinamarco, *Nova era do processo civil*, esp. n. 37, pp. 81-82; Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, *Tutela antecipada sancionatória*, nn. 6-8, pp. 45-51.

124. *A utilidade das decisões*, que as medidas cautelares concorrem para garantir, constitui ponto de muito destaque na *efetividade do processo*, de que se cuida ao fim da obra. É mesmo uma questão de mentalidade essa consistente em dispor-se o intérprete e notadamente o juiz a buscar toda a potencialidade do processo, como instrumento que se justifica pela utilidade social e política que possa ter.

125. A negação da relação necessária entre o provimento cautelar e um outro provimento é negada por Ovídio A. Baptista da Silva (cfr. “As ações cautelares e o novo processo civil”, pp. 27-28), o qual salienta a existência de dois tipos de tutela jurisdicional e de uma *res in iudicium deducta* também no processo cautelar. Essa opinião está visivelmente ligada a uma sua premissa metodológica de largo espec-

as diferentes técnicas, com que se procura assentar a cognição em colunas mais sólidas quanto ao grau de probabilidade de acerto nas decisões (a suposta *certeza*), e a cautelaridade no mero *fumus boni iuris*.¹²⁶ E o sistema processual, como um todo, andará bem quando estiver cumprindo racionalmente o direito substancial e eliminando conflitos mediante critérios de justiça.

Por outro lado, as técnicas processuais da cautelaridade e da antecipação de tutela incluem um bom sistema de freios e contrapesos dos riscos, capaz de reduzi-los a níveis aceitável e de oferecer compensação pelos males eventualmente impostos em razão da efetivação das medidas cautelares.

Tem-se, em primeiro lugar, e acima de tudo, a regra do *equilíbrio* que deve estar presente no espírito de todo juiz quando chamado a decidir sobre uma demanda cautelar: é preciso sopesar os males que o demandante poderá razoavelmente sofrer em caso de denegação da medida, em confronto com os que a concessão desta poderá causar ao demandado (e conceder energicamente a medida, ou negá-la ou condicioná-la a contra-cautela, sempre com vista a esse indispensável equilíbrio). Pense-se ainda na *caducidade* das medidas cautelares preparatórias, que perderão sua eficácia caso não proposta a demanda principal no prazo de trinta dias da efetivação.¹²⁷ A lei

tro, que é a da existência de um suposto direito material à cautela (ou “pretensão à tutela jurídica à segurança”: v. p. 17). De minha parte, penso que a existência de uma *res in iudicium deducta* significa somente que o processo cautelar não é privo de objeto, o que seria mesmo um absurdo; mas que o mérito desse processo seja uma pretensão fundamentada em algum direito substancial à cautela, isso é coisa diferente.

126. Fala Kazuo Watanabe na combinação de *dois planos da cognição*, o vertical e o horizontal. “No plano vertical, a cognição pode ser classificada, segundo o grau de sua profundidade, em *exauriente* (completa) e *sumária* (incompleta)” – cfr. *Da cognição no processo civil*, n. 33, p. 75. Pois, ao falar do *fumus boni iuris* como requisito suficiente para concessão das medidas, coloca-se o problema do próprio objeto do conhecimento do juiz no processo cautelar, se coincidente com o do principal, se reduzido; em outras palavras, indaga-se se há peculiaridades no campo horizontal (para a complexa problemática, v. ainda Watanabe, *op. cit.*, esp. n. 38, pp. 93 ss.). Serra Dominguez é radical ao afirmar que “pressuposto da medida cautelar não é tanto a existência como a aparência do direito” e retirar daí a consequência radical de que não é acertado afirmar que o juízo jurisdicional sobre as medidas cautelares seja de mera probabilidade, ou verossimilhança (cfr. *Las medidas cautelares en el proceso civil*, pp. 36-37); para ele, a diferença está, portanto, somente no campo horizontal, nada no vertical.

127. CPC, arts. 806, 807 e 808, inc. II.

não foi explícita em qualquer limitação a essa regra, mas doutrina e jurisprudência logo entenderam que ela só se justifica quando se trata de medidas constritivas, como o arresto, seqüestro, busca-e-apreensão, separação de corpos, etc.:¹²⁸ se a sua função é a de evitar que o beneficiário da medida se acomode com ela e assim se instale indefinidamente na situação favorável obtida com base em mero *fumus*, a dano do adversário, ficaria inteiramente sem função e sem sentido a sua aplicação a casos onde a situação criada pela efetivação da tutela cautelar não comprime a esfera jurídica deste (v.g., a produção antecipada de prova, as interpelações, etc.). Essa interpretação, hoje corriqueira até, revela boa postura instrumentalista. Instrumentalista é também a razão que está à base da exigência de indicar, na demanda de cautela preparatória, a *lide e seu fundamento* (ou seja, o *petitum e causa petendi* da demanda principal a ser aforada): se a medida cautelar serve à eficiência da principal, é preciso dar a saber ao juiz qual será esta, seja para que ele melhor se capacite da conveniência da cautela, seja para o exame de eventual prescrição ou decadência, etc.¹²⁹

Fica atenuado o risco, ainda, mediante a menor imunidade das medidas cautelares a revisões e possível revogação. Essa imunidade é inerente aos próprios atos de poder em geral e não se dirá que não a tenham em grau algum o provimento cautelar ou as medidas concessivas de antecipação de tutela (categorias que integram a tutela jurisdicional de urgência). É menor, porém, do que aquela representada pela autoridade da *res judicata*. A relativa vulnerabilidade das tu-

128. A interpelação, dada pela lei como medida cautelar (*legem habemus*: CPC, arts. 867 ss.), presta-se para uma argumentação que afasta qualquer dúvida. Ela é indispensável, como requisito para a rescisão de contratos de promessa de compra e venda de imóvel (dec.-lei n. 745, de 7.8.1969, art. 1º); por outro lado, a lei diz que “se por qualquer motivo cessar a medida, é defeso à parte repetir o pedido, salvo por novo fundamento”. Então, se por hipótese as interpelações fossem sujeitas ao prazo de trinta dias e elas perdessem a eficácia depois, seria certo que, pelas mesmas parcelas denunciadas, nova interpelação não poderia ser feita. Conseqüentemente, a demanda judicial seria definitivamente inadmissível. Essa solução viria a ferir de frente a garantia constitucional da ação (Const., art. 5º, inc. XXXV) e constitui absurdo macroscópico que demonstra que, nos arts. 806-808, o legislador *majus dixit quam voluit*, sendo lícita a restrição que se tornou pacífica.

129. Cfr. CPC, art. 801, inc. II. Theodoro Jr. associa essa exigência, expressamente, ao caráter instrumental do processo cautelar (cfr. *Processo cautelar*, n. 89, esp. p. 124: “o processo cautelar é instrumental, serve à tutela de outro processo, que a doutrina chama principal ou de mérito”).

telas jurisdicionais urgentes (vulnerabilidade muito mais acentuada que a referente à sentença de mérito irreversível), constitui reflexo do menor nível de cognição a que é condicionada a concessão das medidas cautelares: corre-se o risco de concedê-las sobre bases mais frágeis, mas sabe-se que poderão ser revogadas se e quando estas ruírem diante de razões mais sólidas.¹³⁰

Como é natural nas medidas concedidas angustiosamente na luta contra o tempo e portanto sem a preocupação pela rigorosa comparabilidade com a vontade do direito material, as cautelares e as antecipatórias não só estão sempre sujeitas à revogação, com restituição das partes e coisas ao *status quo ante*, como também põem o beneficiário em situação de responsabilidade pelos danos eventualmente causados: *ubi commoda ibi incommoda*.¹³¹ A lei quis, com essa outorga explícita da responsabilidade civil e facilitação da via para sua efetivação (liquidação nos próprios autos, execução facilitada), reduzir os possíveis reflexos danosos das medidas urgentes ou mesmo afastá-los por completo quando possível.¹³² Para efetivação desse intento, lançou mão de poderoso instrumento como contrapeso, que são as *cauções*. Com elas, visa a assegurar a responsabilidade patrimonial do causador do dano, em caso de liminar concedida *inaudita altera parte* ou não: a caução funciona, aí, como contracautela, ou seja, cautela contra a cautela, compensação pelos riscos que esta representa.¹³³

É dever do juiz, nas situações mais angustiosas para se decidir por conceder ou negar uma tutela de urgência, fazer mentalmente um

130. E por isso é que nem ficam cobertas pela autoridade da coisa julgada as decisões concessivas ou denegatórias de medidas cautelares, nem elas vinculam, depois, o julgamento do mérito (cfr. CPC, arts. 807, 2ª parte; 810, 817 – salvo quando pronunciarem a prescrição ou decadência, caso em que repercutem na ação principal). É também para preservar a revocabilidade das tutelas de urgência que a lei manda não concedê-la de modo a gerar situações irreversíveis (art. 273, § 2º).

131. CPC, art. 811.

132. “O Código de Processo Civil, em seu art. 811, dispõe que aquele que pro-move medida cautelar, *de má-fé ou não*, responde pelos prejuízos que causar à parte se ocorrer qualquer das hipóteses dos incisos I a IV” (STJ, 3ª T., REsp n. 193.366, j. 29.3.05, rel. Pádua Ribeiro, v.u., DJU 2.5.05, grifei).

133. Cfr. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, n. 16, p. 45. As contracautelas são, no sistema de equilíbrio aqui examinado, instrumento de atenuação dos riscos assumidos e correção de eventuais erros.

juízo do mal maior, ponderando os males que o autor suportará em caso de negativa e também os que recairão sobre o réu, se a medida for dada. Essa é a linha de equilíbrio capaz de legitimar as tutelas urgentes e conciliá-las com o desiderato de *justiça nas decisões*.

Eis as colunas fundamentais do sistema brasileiro de tutela urgente (cautelares e antecipações), que ocupa lugar de destaque no cenário internacional graças à explicitude com que tratada a matéria em livro específico do Código de Processo Civil, com boa sistematização. Nessa disciplina, vê-se de modo muito manifesto o intencional jogo de probabilidades e riscos, mediante o qual pretendeu o legislador, em postura instrumentalista, assegurar a efetividade do processo e a sua capacidade de produzir os resultados desejados, sem rigorosa preocupação pela coincidência das medidas concedidas com os reais desígnios do direito material.

CAPÍTULO IX

A INSTRUMENTALIDADE EM SEU DUPLO SENTIDO

34. proposições metodológicas; 35. o aspecto negativo da instrumentalidade; 36. o aspecto positivo e a efetividade do processo; 36.1 admissão em juízo; 36.2 o modo-de-ser do processo; 36.3 justiça nas decisões; 36.4 efetividade das decisões; 37. instrumentalidade e acesso à justiça; 38. temas fundamentais do processo civil moderno.

34. proposições metodológicas

Todo o presente estudo vem sendo conduzido mediante um método nitidamente *teleológico*, com a preocupação central por determinar com precisão os pólos de atração de todo o sistema processual e das atividades jurisdicionais exercidas no processo e com o cuidado de propor critérios e colocações aptas a favorecer o entendimento de suas causas finais; à própria teoria geral do processo, como disciplina abstrata e problematizante voltada à condensação indutiva de conceitos e princípios gerais, atribuiu-se uma visão partindo de premissas teleológicas, com vista à iluminação de cada um dos ramos do direito processual para os conceitos integrantes de sua própria estrutura e para a determinação das finalidades a serem cumpridas. Com tudo isso, o raciocínio foi todo conduzido para a *instrumentalidade do sistema processual*. Mas afirmar a instrumentalidade, sem as especificações que se prepararam, é quase um lugar comum na doutrina, que *en passant* mas seguidamente lhe faz referência. Daí as precisas e esclarecimentos que se fazem indispensáveis.

Inicialmente, a instrumentalidade de que se fala não é a do *processo*, como instituto do direito processual, a um outro instituto do

próprio direito processual, que é a jurisdição.¹ É comum e de absoluto acerto a afirmação de que o processo, como conjunto de formas ordenadas no procedimento e pautadas pela garantia do contraditório, constitui o método estabelecido pelo direito para que a jurisdição seja exercida de modo correto, adequado e seguro; trata-se da *dinâmica do poder*, entendido este em sua manifestação *sub specie jurisdictionis*. O caráter instrumental do processo, enquanto categoria jurídica, constitui no entanto uma característica endo-sistemática que não coincide nem tem a riqueza desta outra de que se cuida e que é a instrumentalidade do processo, entendido agora como a expressão resumida do próprio sistema processual; essa, sim, é uma perspectiva exterior, em que o sistema é examinado pelo ângulo externo, na sua inserção na ordem jurídica, política e social.

Nem se confunde a instrumentalidade de que aqui se cuida, como parece óbvio, com a *instrumentalidade das formas*. Esse princípio, da mais profunda relevância em direito processual, contém-se todo ele inteiro na teoria do processo, como instituto jurídico. A teoria do processo, nesse sentido, inclui a de seus sujeitos e de seus atos e estes são disciplinados em sua forma e em seus possíveis vícios; aqui é que entra o temperamento trazido pela percepção de que as formas constituem um instrumento a serviço dos objetivos, não sendo racional nem legítima a nulificação do ato viciado quando o objetivo tiver sido obtido.² Como se vê, trata-se de diretriz importantíssima, mas ainda mais visivelmente endo-sistemática, não se confundindo com a instrumentalidade que é o tema das presentes investigações.

Esta tem em comum com a instrumentalidade das formas o seu *endereço negativo*, ou seja, a função de advertir para as limitações funcionais (das formas, lá; aqui, do próprio sistema processual). O lado negativo da instrumentalidade do processo é já uma conquista metodológica da atualidade, uma tomada de consciência de que ele

1. Costuma-se afirmar a instrumentalidade, assim definida (*cf.*: Cintra-Grimover-Dinamarco, *Teoria geral do processo*, n. 169, pp. 295-298). Aqui não só se pretende ligar o processo (instituto de direito processual) ao *poder estatal*, que é exercido sob a forma de jurisdição, mas não apenas sob a forma de jurisdição; mas pretende-se, ainda, como no texto está e ao longo de todo o trabalho, pôr em destaque a relação de instrumentalidade do sistema processual com o direito material e com os valores sociais e políticos da nação.

2. *Cf.*: Liebman, *Manual de direito processual civil*, I, n. 117, pp. 327-329 trad.; v. especialmente p. 328: "as formas são necessárias, mas o formalismo é uma deformação".

não é fim em si mesmo e portanto suas regras não têm valor absoluto que sobrepuje as do direito substancial e as exigências sociais de pacificação de conflitos e conflitantes.³ O significativo valor metodológico da instrumentalidade, vista assim como fator limitativo do valor do próprio sistema processual, constitui porém apenas um dos aspectos ou desdobramentos que ela é capaz de assumir ou proporcionar. O *endereço positivo* do raciocínio instrumental conduz à idéia de *efetividade do processo*, entendida como capacidade de exaurir os objetivos que o legitimam no contexto jurídico-social e político. O empenho em operacionalizar o sistema, buscando extrair dele todo o proveito que ele seja potencialmente apto a proporcionar, sem deixar resíduos de insatisfação por eliminar e sem se satisfazer com soluções que não sejam jurídica e socialmente legítimas, constitui o motivo central dos estudos mais avançados, na ciência processual da atualidade. Essa é a postura metodológica preconizada de início e caracterizada pela tônica na instrumentalidade do sistema processual.

Para que as afirmações instrumentalistas não pequem pela extrema abstração estéril, é de suma importância a precisa definição dos objetivos a que o sistema se considera instrumentalmente ligado. Se os propósitos é que conferem sentido racional às condutas, é logicamente indispensável tomar plena consciência dos propósitos, ou estabelecê-los, para que possa a ciência do processo fazer racionalmente as suas opções. Essa postura metodológica de cunho acidentalmente finalístico, que levou à preocupação em considerar alongadamente os escopos que norteiam o moderno direito processual, constitui também fator de um perene e dinâmico inconformismo, germe de iniciativas pelo *aprimoramento funcional* do sistema.⁴

Para esse aprimoramento, há de ser útil a visão panorâmica das projeções que a instrumentalidade do direito processual tem sobre ele, seja para contê-lo funcionalmente na sua posição devida sem invasão de áreas que não lhe pertencem (aspecto negativo da instrumentalidade), seja para abri-lo tanto quanto possível na mais enérgica

3. Tal é a tônica da monografia de José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual*.

4. Assim, a minha promessa feita na posse do cargo de desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo (in *Fundamentos do processo civil moderno*, pp. XIII-XV, 2ª ed.).

gica afirmação de sua utilidade jurídica, social e política (aspecto positivo).⁵

35. o aspecto negativo da instrumentalidade

O lado negativo do princípio da instrumentalidade corresponde ao refluxo da escalada processualística que sucedeu às grandes descobertas dos processualistas na segunda metade do século passado — escalada que foi recebida no Brasil com um entusiasmo com a vigência do Código de Processo Civil. Trata-se, assim, da instrumentalidade realçada e invocada como fator de contenção de exageros e distorções.⁶

A excessiva preocupação com os temas processuais constitui condição favorável a essas posturas inadequadas, com o esquecimento da condição instrumental do processo. Favorece, inclusive, o *formalismo* no modo de empregar a técnica processual, o que tem também o significado de menosprezar a advertência de que as formas são apenas meios preordenados aos objetivos específicos em cada momento processual.⁷ Mais do que isso, gera a falsa impressão de que os sucessos do processo criem direitos para as partes, de modo que as atenções então se desviam da real situação de direito material

5. V. *infra*, nn. 35-36. Como se verá, a instrumentalidade a ser apresentada pelos dois aspectos (negativo e positivo) liga-se de modo muito estreito aos escopos definidos para o processo, para que ele não deixe de ser instrumento do direito material (aspecto negativo) e para que, como instrumento a serviço de vários objetivos, seja tanto quanto possível apto a realizá-los (aspectos positivos).

6. Como vem sendo dito, é relativizar o binômio *substance-procedure*. Não se trata de renunciar à autonomia do direito processual e muito menos aos princípios solidamente instalados em sua ciência e no plano de garantias constitucionais. É que a autonomia do processo não implica seu isolamento e o seu culto como se fosse um valor em si mesmo. Ao longo de todo o trabalho e a partir do seu n. 1, foi feita a denúncia do superamento daquela atitude gnosiológica da fase "autonômica" principiada por von Bülow, mas é claro que sem os conhecimentos que ela propiciou, o processualista moderno não poderia alçar os vãos que pretende: seria tentar a fisiologia, quem não conhece a anatomia.

7. É como no caso, que já referi, do julgamento antecipado do mérito após peçoria (e, naturalmente, após haver sido saneado o feito e desprezada, naquele julgamento conforme o estado do processo, a alternativa do julgamento antecipado): aos formalistas, escandaliza. Como escandaliza também a concessão de honorários advocatícios, *ex officio*, em caso de improvinimento de apelação contra sentença que rejeitara petição inicial: pensam que se tem aí uma *reformatio in pejus* e, pelo amor ao processo como valor em si mesmo, negam os honorários.

existente entre elas, para o modo como se comportaram processualmente e o destino que em virtude disso lhes é reservado. O Código de Processo Civil teria alimentado essa tendência processualizante, não fora o correto posicionamento da doutrina e sadio trabalho dos juízes a respeito, quando instituiu o instituto do *efeito da revelia* e a ele associou o *judgamento antecipado do mérito*: a primeira leitura dos dispositivos traz a impressão de uma exacerbação do valor da conduta das pessoas como sujeitos do processo e exacerbação do próprio valor do processo em face do direito material e dos seus variados objetivos.⁸

Felizmente a doutrina jamais chegou aos exageros temidos. O que se lhe critica é a postura eminentemente técnica que guardou durante muitas décadas, o que por omissão negou então ao processo essa visão exterior que hoje se postula. Mas, com o superamento dessa postura técnica, característica da fase *autonômica* da história do direito processual, ela soube abrir o sistema, em primeiro lugar, aos influxos constitucionais e à teoria geral; e, com isso, vieram as preocupações de ordem social, a que se somam as de caráter eminentemente político. Tudo isso somado constitui enérgica afirmação instrumentalista que, vista sob o aspecto considerado, apresenta-se pelo lado negativo. Todos esses movimentos, que também tiveram o seu lado positivo no sentido de operacionalizar melhor o sistema, serviram para o combate a pensamentos ligados inconscientemente à sua suposta auto-suficiência.

Não se trata de *desprocessualizar* a ordem jurídica. É imenso o valor do processo e nas formas dos procedimentos legais estão depositados séculos de experiência que seria ingênuo querer desprezar. O que precisa é desmitificar regras, critérios, princípios e o próprio sistema.

Por esse aspecto, merece ser lembrada a Lei das Pequenas Causas (depois substituída pela Lei dos Juizados Especiais, com a mesma orientação) que, fiel à principiologia sedimentada através da disciplina e prática do processo tradicional, para o seu novo processo deu nova interpretação instrumentalista a cada um dos princípios: teve empenho em não mantê-los estratificados em suas formulações superadas pelas exigências do tempo, mas também a consciência da sua indispensabilidade sistemática, que desaconselhava o seu im-

prudente banimento. Isso significa operacionalizar o processo, sem antepô-lo à justiça. Orientação deliberadamente instrumentalista.

Por outro lado, a observância empírica da ordem processual e das formas do procedimento, com prevalência da cláusula *due process of law*, é reconhecida como penhor de segurança para os contendo-res.⁹ Sem transformar as regras formais do processo “num sistema orgânico de *armadilhas* ardilosamente preparadas pela parte mais astuciosa e estrategicamente dissimuladas no caminho do mais incauto”, mas também sem renegar o valor que têm, o que se postula é, portanto, a colocação do processo em seu devido lugar de instrumento que não pretenda ir além de suas funções; “instrumento cheio de dignidade e autonomia científica, mas nada mais do que instrumento”.¹⁰ O processo bem estruturado na lei e conduzido racionalmente pelo juiz cômico dos objetivos preestabelecidos é o melhor penhor da segurança dos litigantes.

Por esse aspecto, a instrumentalidade do sistema processual constitui projeção a maior da instrumentalidade das formas e suporte metodológico para a sustentação desta e seu melhor entendimento. No exame do processo a partir de um ângulo exterior, diz-se que todo o sistema não vale por si, mas pelos objetivos que é chamado a cultivar; e depois, em perspectiva interna, examinam-se os atos do processo e deles diz-se o mesmo. Cada um deles tem uma função perante o processo e este tem funções perante o direito substancial, a sociedade e o Estado. Além disso, os objetivos particularizados dos atos processuais convergem todos à garantia da equilibrada participação dos sujeitos, donde a consecução de cada um deles só constitui válida exigência na medida em que disso dependa o nível indispensável de participação no processo. Em consequência de tudo, tem-se que a visão teleológica do processo influencia e alimenta o princípio da instrumentalidade das formas, seja porque desenvolve a consciência instrumentalista em si mesma, seja porque a amplia e conduz a minimizar os desvios formais sempre que, atingido ou não o objetivo particular do ato viciado ou omitido, os resultados considerados na garantia do contraditório estejam alcançados (o que se dá em todos

9. V. *supra*, n. 16.

10. *Cf.*: meu discurso de posse no cargo de juiz no extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo (JTA 65/279).

os casos em que, por maior que seja o vício ou mais grave a omissão, a parte prejudicada no processo seja vencedora no mérito).

Essa postulada atitude de verdadeira humildade do processualista mediante correto dimensionamento e colocação sistemática de sua ciência não implica desdouro ao sistema processual, ou retrocesso nas suas conquistas de independência conceitual e metodológica. Nem impede a visão muito clara da existência dos dois planos do ordenamento jurídico, que é o apanágio do sistema processual e da ciência do processo a partir da celebre descoberta do século passado. Não-obstante os *pontos de estrangulamento* em que os dois planos se aproximam tanto que surgem dúvidas metodológicas na colocação de certos institutos (legitimidade, prova, responsabilidade patrimonial), esses planos não se confundem, seja do ponto-de-vista conceitual, seja funcionalmente. Daí a adesão mais franca à *teoria dualista* do ordenamento jurídico, que constitui a mais enérgica afirmação da autonomia da ordem processual e repúdio às superadas posições sincretéticas.

36. o aspecto positivo e a efetividade do processo

A força das tendências metodológicas do direito processual civil na atualidade dirige-se com grande intensidade para a *efetividade do processo*, a qual constitui expressão resumida da ideia de que o *processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais*.¹¹ Essa constitui a dimensão moderna de uma preocupação que não é nova e que já veio expressa nas palavras muito autorizadas de antigo doutrinador: “na medida do que for praticamente possível, o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de

11. Refiro-me, como se há de perceber, a *todos* os escopos do processo e não só ao jurídico. Sobre o tema da efetividade do processo, v. entre outros: Barbosa Moreira (“Notas sobre o problema da *efetividade* do processo”, “Tendências contemporâneas do direito processual civil” e “Tutela sancionatória e tutela preventiva”); Ada Pellegrini Grinover (“A tutela preventiva das liberdades — *habeas corpus* e mandado de segurança”); Picardi (“I processi speciali”); Proto Pisani (“Appunti sulla tutela di condanna” e “Sulla tutela giurisdizionale differenziata”), além dos escritos de Mauro Cappelletti, especificamente endereçadas à problemática do acesso à justiça.

obter".¹² No contexto em que foi formulada, essa sábia advertência era portadora das acanhadas limitações inerentes às atitudes introspectivas do sistema, sem aberturas para as determinantes evidenciadas pela clara visão teleológica que hoje se tem. Ela está inserida em um conceito muito individualista e de mercado positivismo jurídico, em que se via somente o escopo jurídico do processo, sem preocupações pelo social e pelo político; mas, relida fora do contexto, por certo conduzirá a termos idênticos àqueles propostos.

Pois a efetividade do processo, entendida como se propõe, significa a sua almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes a liberdade. Sempre, como se vê, é a visão dos objetivos que vem a iluminar os conceitos e oferecer condições para o aperfeiçoamento do sistema.

Ora, é preciso adequar o processo ao cumprimento de toda essa sua complexa missão, para que ele não seja fonte perene de decepções somadas a decepções ("toda decepção é muito triste"),¹³ nem permite que com isso se desgaste a legitimidade do sistema. Desse labor, hão de participar o *processualista* e o *juiz* e de ambos se espera, para que possam chegar a bom termo, uma racional mas decidida *mudança de mentalidade*. É preciso implantar um novo "método de pensamento", rompendo definitivamente com as velhas posturas introspectivas do sistema e abrindo os olhos para a realidade da vida que passa fora do processo.¹⁴ É indispensável colher do mundo político e do social a essência dos valores ali vigorantes, seja para a interpretação das leis que temos postas, seja para com suficiente sensi-

12. Cfr. Chiovenda, "Dell'azione nascente dal contratto preliminare", n. 3, esp. p. 110.

13. Cfr. minha *promessa* cit., p. XV (2ª ed.).

14. Cfr. Cappelletti, "Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero"; "do mais recente movimento pelo acesso ao direito e à justiça pode-se dizer que *subverteu* todos os métodos precedentes. Realmente, não se limitou a estender a análise das normas às instituições e ao seu modo de operar, como muito meritariamente já haviam feito as várias correntes do pensamento realístico moderno; e essa sua análise realística e funcional concentrou-se nos *consumidores* e não mais nos *produtos* do sistema jurídico. A análise dirigiu-se, então, às partes e aos administrados, antes que aos juizes, legisladores e administradores"; e, com isso, "os juizes, legisladores e administradores são vistos a uma nova luz, ou seja, à luz da demanda dos consumidores".

bilidade e espírito crítico chegar a novas soluções a propor; o juiz e o cientista do direito são cidadãos qualificados, de quem a sociedade espera um grau elevado de participação política, revelando as mazelas do direito positivo e levando aos centros de decisão política os frutos de sua experiência profissional, com propostas inovadoras. Sem sua participação, franqueado fica o caminho para os casuísticos legislativos. Com a plena tomada de consciência teleológica que se propõe teremos as desejadas condições para orientar os rumos das condutas, seja no trato de casos concretos, seja na sistematização das normas e reconstrução do espírito do seu sistema, seja nessa esperada crítica.

Depois, é preciso também compreender que não é tão grande como se pensou a distância entre o processo e o direito e que o primeiro, tocado pelos ventos da instrumentalidade bem compreendida, acaba por afeiçoar-se às exigências deste;¹⁵ além disso, a participação do processo na vida dos direitos, às vezes muito intensa ou até mesmo indispensável (v.g., o direito à anulação de casamento ou o *ius punitionis* do Estado), mostra que do reconhecimento da autonomia do direito processual não se deve extrair pressurosamente a falsa idéia do seu isolamento. O processo e o direito completam-se e a boa compreensão de um exige o suficiente conhecimento do outro.¹⁶ É inerente à proposta mudança de mentalidade essa visão acentuada-mente instrumentalista, com superação das atitudes muito próprias à fase *autonomista* do direito processual, ora em vias de extinção. É indispensável, agora, relativizar o binômio direito-processo, para a libertação de velhos preconceitos formalistas e para que do processo se possam extrair melhores proveitos.

Na mentalidade dos juizes é preciso que, além de todas essas alterações, esteja presente o empenho muito vivo pelo efetivo comando do processo. Sua obcecada preocupação pelo compromisso que têm com a justiça será o melhor fator para uma participação mais efetiva, dando cumprimento aos ditames do processo civil como instrumento

15. V. ainda uma vez, Cappelletti, *Processo e ideologie*, p. 6.

16. Cfr. Liebman, "L'azione nella teoria del processo civile", n. 1, esp. p. 24: no processo, parece haver *duas almas distintas*, sendo uma aquela em que "se prolonga o espírito do direito privado que vem buscar no processo a proteção para os direitos subjetivos que compõem a sua substância viva" e outra "em que se exprime a exigência de uma função pública, mediante a qual o Estado cumpre uma das suas tarefas primárias, que é a de assegurar a efetiva vigência da ordem jurídica".

do Estado, empregado na persecução de objetivos que são seus. Tal é a postura publicista que se preconiza, com alteração das tradicionais fórmulas do equilíbrio entre o princípio dispositivo e o inquisitivo.

Falta muito para que se tenha o processo que se deseja. Velhos formalismos e hábitos comodistas minam o sistema e de um momento para outro ele não se alterará. Além disso, a própria lei reflete atitudes privatistas e individualistas perante o processo, incluindo-se nisso o conformismo com algumas de suas supostas fraquezas e pouca disposição a superá-las. Para o exame crítico do sistema existente, é indispensável identificar os pontos vitais em que as tomadas de posição se mostram particularmente importantes, considerando o tempo presente e o que hoje é lícito esperar do processo.

É muito difícil a classificação ordenada desses pontos a considerar: qualquer tentativa que se faça precisa vir acompanhada da consciência de sua própria falibilidade do ponto-de-vista lógico, uma vez que superposições são inevitáveis. Os pontos críticos, nos quais reside a "problemática essencial da efetividade",¹⁷ referem-se

17. Barbosa Moreira indica os seguintes pontos que configuram "a problemática essencial da efetividade" (cf.: "Notas sobre o problema da efetividade do processo"): a) capacidade de tutelar todos os direitos ("e outras situações jurídicas de vantagem"); haja ou não específica previsão normativa; b) instrumental processual utilizável praticamente, sem distinção de pessoas e disponível "inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos"; c) capacidade de chegar à "completa reconstituição dos fatos relevantes"; d) capacidade de assegurar "o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus (o vencedor) segundo o ordenamento"; e) "mínimo dispêndio de tempo e energias" (n. 1, pp. 77-78). A temática da efetividade do processo é, na realidade, muito complexa. A quem muito se empenhe nela, desavisadamente, ocorre o risco de perder-se na extensão e enveredarem por toda a área do direito processual — o que certamente diluiria as observações fundamentais no cipoal de tantos institutos e problemas específicos, minando-lhes a utilidade. Para ter-se idéia da amplitude do tema, veja-se o rol dos *relatórios gerais* dos temas integrantes do temário do VII Congresso Internacional de Processo Civil (Würzburg, 1983): a) Constituição e processo civil; b) o direito à prova; c) a proteção de direitos difusos, fragmentados e coletivos em direito processual civil; d) a independência da Magistratura na evolução atual do direito; e) a contribuição da sociologia jurídica para a reforma do processo; f) a jurisdição voluntária e o seu desenvolvimento; g) a pericia técnica no processo; h) o papel da conciliação como meio de evitar o processo e de resolver o conflito; i) tendências recentes na organização dos serviços judiciários; j) intervenção em processo judicial pendente; k) tribunais de família — o papel do juiz em conflitos de família; l) últimas evoluções em matéria de execução forçada singular (cf.: *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung — coordenador: Walther J. Habscheid*). Para evitar a temida dispersão, procurei sistematizar os *pontos sensíveis* em quatro *momentos* da função

aos diversos escopos da jurisdição e em algum deles pode ver-se conexão com mais de um escopo ou mesmo ausência de ligação específica com qualquer deles: quando se fala na abertura da via de admissão em juízo, por exemplo, esse é um desiderato que se volta provavelmente a todos os escopos do processo, pois a possibilidade de dar início a este e de resistir à pretensão inicial significa possibilidade de encaminhar atividades com toda a multiplicidade teleológica do sistema. Assim, o que importa é o agrupamento mais ou menos ordenado desses pontos vitais, com a esperança de oferecer uma visão bem abrangente, mas sem a do estrito lógico;¹⁸ importa também conduzir essa investigação com plena consciência dos propositos, ou seja, procurar a identificação dos pontos de disciplina processual que sejam de relevância para a consecução dos objetivos preestabelecidos.

Com tais ressalvas, indicam-se *quatro aspectos fundamentais* de interesse para essas investigações: a) a admissão em juízo; b) o modo-de-ser do processo; c) a justiça das decisões; d) a sua efetividade. As reflexões que se façam sobre esses aspectos (ou sobre quaisquer outros, em possíveis outras classificações dos pontos vitais) não de apoiar-se também na consciência de que algumas vezes a técnica processual se defronta com exigências antagônicas que precisa conciliar, o que se dá de modo especial no que toca ao modo de ser do processo no desenrolar dos atos que o compõem e na disciplina de sua admissibilidade: a busca da efetivação de algum dos escopos importa às vezes em transigências no tocante à de outro, sem que com isso se renuncie por inteiro à efetividade do processo nesse campo.¹⁹

36.1 admissão em juízo

A *universalidade da tutela jurisdicional* constitui acentuadíssima tendência generosa da atualidade²⁰ e está presente nas preocupações

processual, como se verá nos nn. a seguir; a divisão segue em parte aquela proposta por Barbosa Moreira, afastando-se dela como se verá.

18. Ninguém espere rigor lógico matemático em estudos no trato das ciências do espírito: cf.: Voegelim, *A nova ciência da política*, p. 19.

19. V. n. seg., nota 33.

20. Cf.: Gelsi Bidart, "Processo y época de cambio", p. 442: uma verdadeira preocupação do processualista, no plano da ação teórico-prática, deve ser a de con-

e nos movimentos dos processualistas mais modernos. As tradicionais limitações ao ingresso na Justiça, jurídicas ou de fato (econômicas, sociais) são óbices graves à consecução dos objetivos processuais e, do ponto-de-vista da potencial clientela do Poder Judiciário, constituem para cada qual um fator de decepções em face de esperanças frustradas e insatisfações que se perpetuam; para a sociedade, elas impedem a realização de práticas pacificadoras destinadas ao estabelecimento de clima harmonioso entre os seus membros; para o Estado, é fator de desgaste de sua própria legitimidade e da legitimidade de seus institutos e de seu ordenamento jurídico.²¹

seguir a efetiva universalização do processo: que não fique direito algum sem a possibilidade de ser deduzido e obter reconhecimento e aplicação no processo". A Lei dos Juizados Especiais (lei n. 9.099, de 26.9.95) e a da Ação Civil Pública (lei n. 7.347, de 24.7.85) têm manifestamente esse intuito de abrir uma caminhada para a universalização do processo.

21. Por isso, hoje existe uma consciência generalizada, entre os processualistas, no sentido da abertura do Judiciário. Como é notório, por iniciativa de Mauro Cappelletti teve lugar uma ambiciosa e completa pesquisa sobre o problema do acesso à Justiça: foi o *Projeto Florença (The Florence Access-to-Justice Project)*, que contou com o apoio da Ford Foundation e do Conselho Nacional de Pesquisas da Itália. Desse estudo coletivo interdisciplinar, participaram juristas, sociólogos, economistas, antropólogos, políticos e psicólogos, de cerca de três dezenas de países dos cinco continentes. Obteve-se, com isso, uma ampla visão dos esforços e da evolução no sentido da efetividade do acesso à justiça. Informa Cappelletti, no ensaio escrito em co-autoria com Bryant Garth, que o movimento pelo acesso à justiça constitui um aspecto central do moderno Estado social, ou *welfare State*; nos países ocidentais, esse movimento tem transparecido em *três fases* (ou *ondas*), iniciadas em 1965. A *primeira onda* consistiu na *assistência jurídica* (superação dos obstáculos decorrentes da pobreza); a *segunda* diz respeito às reformas necessárias para a legitimação à tutela dos *interesses difusos*, especialmente os respeitantes aos consumidores e os pertinentes à higidez ambiental; e a *terceira onda* traduz-se em múltiplas tentativas com vista à obtenção de fins diversos, entre os quais: a) procedimentos mais acessíveis, simples e racionais, mais econômicos, eficientes e adequados a certos tipos de conflitos; b) promoção de uma espécie de justiça *coexistencial*, baseada na conciliação e no critério de equidade social distributiva; c) criação de formas de justiça mais acessível e participativa, atraindo a ela os membros dos grupos sociais e buscando a superação da excessiva burocratização (cf. Cappelletti-Garth, "Access to Justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report", pp. 21 ss.); cf. ainda Cappelletti, "Acesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero", *passim*. A vista desse quadro e dos recentes diplomas brasileiros referidos, "dentro do universo *cappelletiano* atingimos agora - talvez - a terceira grande *onda*, ultrapassada aquela da intervenção estatal na tentativa de se obter plena eficácia na aplicação da assistência judiciária e sem que se adentre, por ora, no âmago da segunda: a proteção de interesses difusos" (cf. Lagrasta Neto, "Juizado Especial de Pequenas Causas e direito processual civil comparado", n. 6, esp. p. 97).

Existe um leque mais ou menos aberto de causas dessa lamentada estreiteza. Situam-se no *campo econômico* (pobreza, alto custo do processo), no cultural, ou *psicossocial* (desinformação, descrença) e no *jurídico* (legitimidade ativa individual). Como se vê, o tema do acesso ao processo não equivale, em extensão, à *questão social*.²² Além disso, falar do acesso ao processo não significa somente cuidar da possibilidade de valer-se dele como demandante, mas igualmente da *defesa*, a qual também sofre limitações de ordem psicossocial e econômica.

Nesse contexto, o custo do processo e a miserabilidade das pessoas ocupam, apesar de não preencherem todo o espaço, lugar de muito destaque nas preocupações acerca da universalidade da tutela jurisdicional.²³ A justiça é cara e da brasileira pode-se dizer o que com sarcástico humor britânico fora dito: *is open to all, like the Ritz Hotel*. Não só carecem de muita revisão e aperfeiçoamento os custos do processo perante o Estado (custas, taxa judiciária) e critérios de sua fixação, como ainda as exigências de adiantamento (preparo). A situação foi significativamente amenizada na Justiça Federal, quando o art. 7º da lei n. 9.289, de 4 de julho de 1996, declarou que "os embargos à execução não se sujeitam ao pagamento de custas"; o ônus de antecipação das despesas do processo, que não se confunde com a obrigação de *pagá-las* a final,²⁴ jamais poderia prevalecer

22. Não se trata, aqui, portanto, nem diretamente nem apenas dos problemas de *justiça social*, que são objeto da preocupação de Vittorio Denti (cf. *Processo civile e giustizia sociale*). Não se faz injustiça ao professor de Pavia, afirmando que tão estrito seja o âmbito de suas especulações, mas seguramente *este* estudo não quer ficar no campo social apenas e muito menos apenas só no da problemática das classes sociais em face do sistema processual.

23. Em todo lugar, vê-se o empenho em destacar esse binômio *custo-duração*, como sendo o grande fantasma do processo civil na atualidade. Cf., v.g., Cappelletti, "Il processo civile come fenomeno sociale di massa", *passim*, diz que, no ano de 1967, a duração média de um processo iniciado em *tribunale* (e tramitando em grau de apelo e cassação) foi de *sete anos e quatro meses* (não dispomos de estatísticas a respeito no Brasil, mas sente-se que a situação italiana é ainda mais incômoda que a nossa).

24. Os *preparos* constituem *ônus e não obrigações*, porque eles são requisitos para a eficácia de certos atos (inclusive da propositura da demanda inicial ou recursos: v. art. 157, art. 519), ou para a realização de outros (v.g., perícia): a parte que postulou não é devedora do valor do preparo pelo fato de ter postulado e, se o preparo não fizer, o seu ato fica ineficaz e o ato pretendido não se realiza. O *substantivo* (*rectius*: a parte que deu causa ao processo) é realmente *obrigado* pelas despesas

quanto a um processo (o dos embargos) que por visível destinação é defensivo²⁵ e cuja instauração é praticamente imposta ao seu autor pela atitude do embargado ao promover a execução (efe, sim, provocando realmente a atividade jurisdicional).

Por outro lado, o *patrocínio técnico gratuito* não passa de solene promessa constitucional,²⁶ cumprida em casos que ainda são muito poucos. O Estado não o oferece como deveria e prometeu; os profissionais liberais não se consideram obrigados a prestar serviço gratuito, ainda que isso seja de grande relevância social.²⁷ Compreende-se a recusa dos advogados, que chegou até a ser institucionalizada em movimentos da categoria e amparada na garantia constitucional do trabalho remunerado; mesmo assim, essa atitude constitui uma entre muitas manifestações de individualismo e de descrença na Justiça que alguma educação para a participação comunitária nos serviços desta poderá afastar.

Tentativa muito empenhada de superação desses óbices existe na Lei dos Juizados Especiais, com a total gratuidade da justiça em primeiro grau²⁸ e o efetivo serviço de assistência judiciária a ser implantado junto a cada juizado, como requisito para a própria existência do processo e isso poderá ser até objeto de futura execução. Sobre a distinção, v. Liebman, *Manual de direito processual civil*, I, n. 61, pp. 169-171 trad.

25. A conceituação dos embargos como ação e como processo (*rectius*: eles são uma demanda que se deduz com base no *direito* de ação, visa a uma sentença de mérito que sem ela não seria proferida e dá origem a um novo processo) não infrima o entendimento de tratar-se de veículo para a defesa do executado (v. Liebman, *Processo de execução*, n. 88 ss., pp. 214 ss.): eles são *uma ação* e *um processo* de fins defensivos, porque constituem a via institucionalizada para a resistência do devedor.

26. Cfr: Const., art. 5º, inc. LXXIV: "será concedida assistência judiciária aos necessitados, na forma da lei" (a "lei" é a de n. 1.060, de 5.2.1950).

27. A Ordem dos Advogados do Brasil tem posição firmada, considerando os advogados liberados de qualquer dever de patrocínio gratuito, porque o dever é do Estado, que prometeu solenemente a assistência judiciária, e porque o envolvimento com os serviços gratuitos compromete o exercício profissional da advocacia (cfr: conferência do advogado Carlos A. Canellas de Godoy, conselheiro da O.A.B.-SP, 23.11.1984). Apesar do ditame do art. 34, inc. XII, do seu Estatuto, a entidade proclamara que "o advogado não tem obrigação de trabalhar rotineiramente como operário intelectual, sem qualquer remuneração, contribuindo com isso para que a omissão do Estado em providenciar, como determina a Constituição, assistência judiciária aos necessitados, seja mantida" (*apud* Negrão, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, nota 11 ao art. 87 EOAB, 2ª col.).

28. Cfr: LJE, art. 9º, § 1º.

cia deste.²⁹ No sistema das pequenas causas, não só aos necessitados economicamente se prestará a assistência judiciária, mas a todos que a solicitarem (então, ela não será necessariamente gratuita), para assegurar a todos a efetiva participação no contraditório processual, em paridade de armas.³⁰ Augura-se que o funcionamento desse sistema, já em progressiva implantação, seja capaz de mostrar as suas excelências e depois propague ao processo comum as sadias inovações ali instituídas. A experiência-piloto com os juizados informais de conciliação mostrou resultados auspiciosos, inclusive quanto ao despertar de consciências, entre os advogados, para essa participação comunitária: contam-se às dezenas os profissionais da categoria que voluntariamente e em caráter honorário se dispõem a participar das atividades do juizado, como conciliadores ou orientadores dos interessados que lá comparecem.³¹

Além de tudo isso, o processo exige despesas de outras ordens, cujo adiantamento não pode ser exigido aos pobres, sob pena de lhes impossibilitar a participação no processo. A isenção dos prelos oferece solução somente parcial ao problema econômico dos adiantamentos e, por maior elástico que se dê a essa dispensa (para abranger também, v.g., a dispensa do depósito inicial na ação rescisória), ficam sempre despesas com auxiliares da Justiça em geral (peritos) e de modo particular com entidades que lhe prestam serviços (exames biológicos da paternidade). Onde e quando essas pessoas ou entidades não se dispõem a realizar suas tarefas sem prévio adiantamento, não dispõem de meios o Poder Judiciário para impor-lhes exigências: elas não pertencem ao *quadro fixo* da Justiça, não são hierarquicamente subordinados ao juiz do ponto de vista administrativo.³²

29. Cfr: LJE, art. 54 (v. também art. 9º, § 1º).

30. Cfr: Dinamarco, "Princípios e critérios no processo das pequenas causas", n. 5, pp. 110-112; Watanabe, "Assistência judiciária e o Juizado de pequenas causas", n. 3, pp. 164 ss.

31. Instituído pela portaria n. 12 do Tribunal de Justiça de São Paulo (28.8.1985), o primeiro juizado informal de conciliação passou a funcionar em caráter experimental em 15 de outubro de 1985 e foi oficialmente inaugurado em 25 de novembro, no Foro Regional da Lapa (cfr: Dinamarco, *Manual das pequenas causas*, apêndice III, p. 140).

32. Cfr: Ada Pellegrini Grinover, "Do depósito na rescisória trabalhista", pp. 143 ss. A obra de Roberto Berzonice intitulada *Efetivo acesso a la justicia* é um profundo e muito bem informado estudo sobre a problemática dos meios para

Ainda no campo econômico, não só os pequenos ficam afastados da tutela jurisdicional, mas de todos é a apreensão em face do investimento que são obrigados a fazer para litigar, sem a certeza dos resultados. Esse é um mal de difícil eliminação, seja porque envolve todo o superado discurso sobre a conveniência de uma Justiça sempre gratuita para todos ou onerosa como é em todos lugares, seja porque além dos custos perante o Estado existem os outros, igualmente inevitáveis. Quando o investimento no processo aparece aos olhos da pessoa como desproporcional ao proveito a postular e em face do risco assumido, ele constitui freio inibitório ao exercício da ação e possivelmente será mais um fator de permanência de insatisfações. A esses óbices, somem-se aqueles relacionados com o modo de ser dos processos (lentos na apresentação de resultados e fonte de incômodos para as próprias partes, testemunhas, etc.) e ter-se-á como avaliar todo o custo social a que eles estão sujeitos.³³ Também quanto a isso, a legislação referente ao processo dos juizados especiais cíveis, é portadora de propostas muito realistas, não somente porque gratuito o processo, como ainda porque dispensa o patrocínio técnico (e a despesa advocatícia constitui muitas vezes peso desproporcional à causa) e abrevia o procedimento, poupando partes e testemunhas de sucessivos comparecimentos.

Causa jurídica de estreitamento da via de acesso à justiça é a disciplina da *legitimatio ad causam* ativa, no processo civil individualista que herdamos e praticamos. Em princípio, por expressa disposição legal, a cada um cabe defender em juízo somente os seus próprios direitos, reputando-se excepcionalíssimos e de direito estrito os casos de substituição processual.³⁴ Tal disciplina consiste em uma interpretação acanhada e insuficiente da garantia constitucional

superar os óbices que a pobreza opõe à defesa dos interesses em juízo (e, pois, ao "efetivo acesso à justiça"). Cfr. ainda Pérez Perdomo, *Justicia y pobreza en Venezuela, passim*.

33. Já não me refiro ao custo pecuniário do processo, como se vê (v. também *supra*, notas 23 ss.). A litigância não deveria ser, na vida das pessoas, um peso maior que o necessário. Mas é. Adiam-se audiências com extrema frequência e isso obriga as pessoas a sucessivos comparecimentos. Os serviços da infra-estrutura cartorária são muito burocráticos e desatualizados.

34. CPC, art. 6º. Mas v. a interpretação sistemática bastante *otimista* de Kazuo Watanabe, que, discordando de Barbosa Moreira, chega a uma satisfatória abertura da *legitimatio ad causam* apesar da dicção intencionalmente restritiva do individualista art. 6º (*supra*, n. 2, nota 31).

da ação e da inafastabilidade do controle jurisdicional, em contraste com as tendências solidaristas do Estado e do direito contemporâneos. Hoje, importa menos *dar a cada um o que é seu*, do que promover o bem de cada um através do bem comum da sociedade, tratando o indivíduo como membro desta e procurando a integração de todos no contexto social. Aquela linha de legitimação individual, válida na maioria dos casos, corresponde ao tratamento *atômico* tradicionalmente dado aos conflitos, sem cogitar da dimensão supraindividual que estes podem muitas vezes apresentar; sucede-lhe agora o impulso doutrinário no sentido da *molecularização* do direito e do processo, ou seja, do tratamento dos conflitos a partir de uma ótica solidarista e mediante soluções destinadas também a grupos de indivíduos e não somente a indivíduos enquanto tais.³⁵

35. Corresponha inteiramente a esse modo de pensar a proposta da comissão encarregada do anteprojeto de revisão do Código de Processo Civil, no sentido de acrescer um parágrafo ao art. 6º, *verbis*: "as entidades públicas e privadas poderão ingressar em juízo na defesa de interesses transindividuais que se incluam entre os seus fins" (a comissão era composta dos juristas Luís Antônio de Andrade, José Joaquim Calmon de Passos, Kazuo Watanabe, Joaquim Correia de Carvalho Jr. e Sérgio Bermudes; o anteprojeto foi oferecido à crítica e sugestões da comunidade mediante publicação no *DOU* de 24 de dezembro de 1985 e a partir de então, infelizmente, não se cuidou mais dele: a mudança de titular da pasta da Justiça enterrou o anteprojeto). Como tem sido dito, a lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985 (Ação Civil Pública), foi importante passo no sentido de abertura da via de acesso. Barbosa Moreira, duas vezes, indicou tendência do direito processual a *transmigrar* "de uma atmosfera ideologicamente imprregnada do liberalismo individual", "para um ambiente marcado pela progressiva acentuação das exigências de ordem social, com a conseqüente necessidade de novas formas de tutela" (*cf.*: "Os temas fundamentais do direito brasileiro nos anos 80", p. 69). Disse ainda: "a crescente pressão do *social* no mundo do processo impele-o ao reajuste dos instrumentos de tutela, ou ao fabrico de novos, para atender de modo conveniente a interesses, de relevância cada vez maior, que ultrapassam o nível individual para entender com a vida de comunidades amplísimas" (*id.*, *ib.*, p. 75). Diz também Cappellelli, referindo-se a "uma sociedade, ou civilização, de produção em massa", onde se vêem também "conflitos ou conflituosidade de massa": "as situações da vida, que o direito deve regular, tornaram-se cada vez mais complexas"; e, nesse quadro, a justiça "será invocada não mais somente contra violação de caráter individual, mas cada vez mais frequentemente também de caráter essencialmente coletivo, envolvendo grupos, classes, coletividades. Trata-se, em outras palavras, de *violações de massa* (*cf.*: "Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile", p. 365). Sobre a rica temática, v., entre nós: Ada Pellegrini Grinover ("A tutela jurisdicional dos interesses difusos"; "Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos"; "A problemática dos interesses difusos" e "A tutela jurisdicional dos interesses difusos no direito comparado"); Barbosa Moreira ("A legítima-

As posturas tradicionais prevaleciam inconstantes nos sistemas processuais da Europa continental e dos países latino-americanos, a eles filiados, até que surgisse em sede doutrinária essa "onda" renovatória; elas correspondem ao espírito individualista do direito romano, que herdamos. Já nos ordenamentos jurídicos de origem anglo-saxônica, livres dos postulados a que estamos presos desenvolveu-se a idéia solidarista e o processo não está assim rigorosamente preso à regra da *legitimatio individualis*, nem à da eficácia subjetivamente limitada da sentença. As *class actions* constituem manifestações eloquentes desse espírito.³⁶

No Brasil, depois da instituição da ação popular a primeira experiência legislativa séria nesse sentido reside nas leis que conferem legitimidade ao Ministério Público e outras entidades, inclusive associações qualificadas, para as causas relativas à tutela do meio ambiente, de certos patrimônios comuns (artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico) e do consumidor.³⁷ Na concessão dessa tutela, está presente o reconhecimento de que existem bens não incluídos na esfera jurídica de qualquer pessoa, mas representativos de valores que pertencem à própria comunidade, por ela são fruídos e em benefício dela e de cada um dos seus membros também merecem preservação por via judiciária. Reconhecer a relevância jurídica de

ção para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro"; "A ação popular do direito brasileiro como instrumento da tutela jurisdicional dos chamados *interesses difusos*"; "A proteção jurídica dos interesses coletivos" e "Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos"; Mariz de Oliveira, "Tutela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos"; Watanabe, "Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir".

36. O instituto da *class action* é uma invenção da *equity* e está previsto, hoje, na regra 23 das "Federal rules of civil procedure", dos Estados Unidos da América. Ela permite "cuidar de situações em que as pessoas interessadas em determinada controvérsia são tão numerosas que se mostra praticamente impossível tê-las todas representadas na corte. Um, dois ou alguns membros representativos da classe, então, podem demandar ou ser demandados em prol de si próprios e de todos os outros que se encontrem na mesma situação" (Cf. Delmar Karlen, *Procedure before trial*, pp. 241-242). Cf. ainda Milton D. Green, *Basic civil procedure*, pp. 226 ss.; Vincenzo Vigoriti, *Interessi collettivi e processo*, pp. 251 ss. "O elemento típico agregador, da *class*, pode ser da mais diversa ordem: da pertinência a uma certa etnia, ao uso de certos serviços, do interesse aos valores ambientais à fé religiosa": cf. Vigoriti, "Legittimazione ad agire ed intervento nelle azioni collettive: proposte per una discussione", p. 1.269, nota 6.

37. Cf. lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Cível Pública) V. ainda a lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).

tais valores e a existência de interesse de todos sobre eles, interesses que são *difusos* porque refogem à clássica estrutura da pertinência individualizada de cada interesse a determinada pessoa, é um enorme passo dado no sentido da maior abertura da via de admissão em juízo e, conseqüentemente, de acesso à justiça.³⁸

O direito brasileiro vem caminhando a passos largos em direção à ampla tutela aos sujeitos ou grupos titulares de direitos supraindividuais. Além da tutela relacionada com o meio ambiente e valores correlatos, temos o mandado de segurança coletivo e a tutela aos consumidores mediante as ações coletivas, à semelhança das *class actions* do sistema norte-americano; são modos de levar o exercício do poder *sub specie jurisdictionis* a elevados graus de solidarismo, com a ruptura de velhos preconceitos individualistas, como o da própria legitimação individual e o dos estreitos limites subjetivos da eficácia direta ou da autoridade de sentença. As conquistas já obtidas são significativos marcos de uma caminhada do sistema processual brasileiro por essa trilha instrumentalista, mediante técnicas capazes de dotar o processo de maior carga de utilidade social e política; o mandado de segurança coletivo e as ações civis públicas ou coletivas, além dos benefícios que proporcionam aos indivíduos e grupos diretamente interessados, constituem também poderosas alavancas para a abertura de todo o sistema.³⁹⁻⁴⁰

O exame do sistema que temos, feito a partir desses pontos reveladores do âmbito da abertura da Justiça, mostra que ele é ainda bas-

38. V. nota 34, *supra*.

39. O anteprojeto de lei modificando o Código de Processo Civil (v. *supra*, nota 35) também previa um incidente de *molecularização* das ações individuais que envolvam, em um dos pólos, sempre a mesma parte e tendo por fundamento uma idêntica tese jurídica (arts. 479-A a 479-F). Quem conhece a vida forense de cada dia sabe como são repetidas certas teses, às centenas de processos, como em matéria tributária ou relativa ao funcionalismo.

40. Cf. Barbosa Moreira, *cit.* nota 35. Tudo quanto se disse e se vê a respeito confirma a *tendência publicista* do processo, como reflexo dessa *transmigração* do individual para o social, com a consequência de o processo ficar cada vez mais longe de ser "um negócio combinado em família" (Cf. Liebman, *Efficacia ed autorità della sentenza*, n. 34, esp. p. 125): quanto mais ele repercute na vida social, e número cada vez mais crescente de pessoas, mais se evidencia a necessidade de ser tratado como instrumento do Estado e da sociedade, com menor poder de disposição para as partes e mais intenso grau de participação do juiz (v. *supra*, n. 5; *infra*, n. seg.).

tante fechado. Seja pelo custo do processo, exigências de adiantamento, honorários, pobreza, deseducação para o exercício dos direitos, legitimidade *ad causam* individual, eficácia estrita dos julgados — por todas essas observações chega-se à conclusão de que muito existe ainda a reformar. E, como é natural, esses males somados, de natureza jurídica ou sócio-econômica, geram a *descrença na Justiça*, expressa nos números de pesquisa de opinião pública realizada em São Paulo e em manifestações até anti-sociais de rebeldia, que por sua vez são sinais de desgaste na legitimidade do sistema.⁴¹ Pois essa descrença afasta as pessoas do Poder Judiciário e as leva a buscar *soluções alternativas* para os seus conflitos. São os sucedâneos da jurisdição, ou “equivalentes jurisdicionais”,⁴² assim denominados apesar de assumirem só uma parte da complexa função das atividades jurisdicionais, a saber, a busca do seu escopo de pacificação e a educação social para o exercício e respeito a direitos (escopos sociais). Manifestamente, as soluções extrajurisdicionais consideradas não se pautam pela atuação do direito material, nem pelo ideal de reafirmar o poder estatal, ou pela garantia de liberdades públicas ou participação política.

Das modalidades clássicas de sucedâneos da jurisdição,⁴³ a *autotutela* é em princípio vedada e o *arbitramento* ainda é de utilização muito reduzida na prática brasileira interna; consagra-o o Código de Processo Civil e a idéia vem crescendo, mas ainda falta muito para sua desejável aceitação mais freqüente e intensa por contratantes ou litigantes — sabendo-se embora que na ordem internacional goza de largo prestígio.

41. V. *supra*, n. 17. Às palavras de crítico realismo do Min. Sepúlveda Pertence como Presidente do Supremo Tribunal Federal, da mais autêntica legitimidade, somam-se as manifestações desrespeitosas de um político contrariado — estas, ilegítimas até pelo baixo estofo moral de seu autor.

42. Cfr. Camelutti, *Istituzioni del processo civile italiano*, I, n. 59 ss., pp. 60 ss.: ele fala em “equivalentes do processo civil” (e não da jurisdição), em virtude de suas colocações em torno da função processual (v. esp. n. 3, p. 5). V. também Boaventura de Sousa Santos, cuidando das soluções alternativas para a “mediação” dos conflitos (“O Estado, o direito e a questão urbana”, n. 2, esp. p. 21).

43. Autotutela, autocomposição, arbitramento: cfr. Dinamarco, *Istituições de direito processual civil*, I, n. 45-46, pp. 121 ss. Cfr. ainda Camelutti: a) composição da lide por obra das partes (autocomposição, composição extraprocessual), b) composição por um terceiro diverso do órgão judiciário (processo estrangeiro, eclesiástico arbitral — *Istituzioni*, cit., I, n. 59, p. 60).

Das três modalidades, a de maior curso e real utilidade atual é a *autocomposição*. O Código de Processo Civil a prestigia e, através da *conciliação* ao início das audiências consegue-se algum acordo entre as partes (transação). A conciliação recebe especial destaque na Lei dos Juizados Especiais, onde é posta como dever fundamental ao juiz, com patética ênfase à conveniência de buscá-la logo ao início do processo.⁴⁴ A conciliação é a glória dos *conselhos de conciliação e arbitramento* fundados pela Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul e tem sido obtida em elevado índice nos juizados informais de conciliação e juizados especiais de pequenas causas.

Além disso, no direito *inoficial* de formações grupais espontâneas, como as favelas da nossa triste realidade urbana, existem *códigos* de convivência e os conflitos são geralmente conduzidos pela conciliação, rumo ao entendimento comum.⁴⁵ O poder de pacificação é muito grande na conciliação, pois além de encontrar o ponto de equilíbrio aceito para os termos de dois interesses conflitantes, geralmente logra também levar a paz ao próprio espírito das pessoas: a idéia até vulgar de que “mais vale um mau acordo que uma boa demanda” é uma realidade no sentimento popular e as soluções concordadas pelas partes mostram-se capazes de eliminar a situação conflituosa e desafogar as incertezas e angústias que caracterizam as insatisfações de efeito anti-social. Por isso é que a conciliação é o *substituto generoso da Justiça*, ainda quando conduzida por esta ou por seus auxiliares.

44. Cfr. Dinamarco, “Princípios e critérios no processo das pequenas causas”, n. 6, pp. 112-114. V. ainda o estudo de Denti e Vigoritti, já citado, “Le rôle de la conciliation comme moyen d'éviter le procès et de résoudre le conflit”. São oportunas as explicações de Ada Pellegrini Grinover, partindo de colocações bem na linha de Cappelletti e do que foi dito acima, neste estudo, a respeito dos “conflitos de natureza coletiva ou difusa, dificilmente tratáveis segundo os esquemas clássicos da processualística de caráter individualista” e que são produtos da contemporânea “sociedade de massa”. Dentre as soluções aderentes a essa realidade, apresenta a conciliação, seja processual ou extra. O que no fundo quis e conseguiu demonstrar a ilustre professora paulista foi a conveniência dessa atividade de conciliação, a qual naturalmente há de ser praticada em cada país segundo as suas características e necessidades (cfr. Ada Pellegrini Grinover, “Conciliação e Juizado de Pequenas Causas”, *passim*).

45. Cfr. Tércio Ferraz Sampaio Jr., “O oficial e o inoficial”. Assim é também em cada família “nuclear”, em que há sempre as próprias regras de convivência e a própria *práxis* de solução dos pequenos conflitos surgidos, sob a condição do cabeça-de-casal.

Pois é aí que, chamando para o seu âmbito essa atividade hoje dispersa entre outros pólos conciliadores (estatais ou não)⁴⁶ e oferecendo-se como canal de desafogo da *litigiosidade* contida⁴⁷ no espírito dos que não têm quem lhes valha ou não se animam a ir a Justiça, o Poder Judiciário ganha pontos em sua legitimidade e com isso corre eficientemente para a ampliação da via de acesso aos serviços jurisdicionais. Tudo isso se insere no contexto de um trabalho muito paciente a ser desenvolvido e a esperança gerada pela implantação dos juizados especiais cíveis ainda não se positivou em resultados plenos e tão animadores quanto se deseja.⁴⁸⁻⁴⁹

O *acesso à justiça* é, mais do que ingresso no processo e aos meios que ele oferece, modo de buscar eficientemente, na medida da razão de cada um, situações e bens da vida que por outro caminho não se poderiam obter. Seja porque a lei veda a satisfação voluntária de dadas pretensões (v.g., anulação de casamento), seja porque a pessoa de quem se poderia esperar a satisfação não satisfaz (inadimplemento), quem não vier a juízo ou não puder fazê-lo renunciará aquilo a

46. Ministério Público, Delegacias de Policia, ultimamente o Procon.

47. Cfr. Watanabe, "Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas", n. 2, p. 2. Pior é a situação desses que, por fás ou por nefas, ficam condenados a definitiva *decepção*, não tendo como ou não sabendo como, ou não se animando a externar a sua *insatisfação* a algum órgão ou a alguém que possa procurar o caminho da pacificação do seu conflito e *do seu espírito*. Esses são os indiferentes, resignados ou inibidos, de que fala Barrios de Angelis, e que ficam à margem das atividades pacificadoras, alimentando o germe de uma revolta.

48. Esperança justificada, em primeiro lugar, pelo sucesso da experiência institucional pioneira do Rio Grande do Sul; também pelo conhecimento, que se tem, dos bons resultados da conciliação e das *small claims courts* e demais iniciativas similares em diversos países (cfr. Lagrasta Neto, "Juizado Especial de Pequenas Causas e direito processual civil comparado" *passim* com criteriosa e paciente exposição dos modelos existentes); e, finalmente, justificada pelo alto nível de conciliação que se vem obtendo nos juizados informais de conciliação.

49. São coisas diferentes: a) a justiça alternativa, representada por órgãos pacificadores estranhos ao Poder Judiciário (não exercem a jurisdição mas procuram cumprir sua função social de pacificar); b) o direito alternativo, que são normas não-estatais de comportamento, ditadas por pessoas dotadas de poder suficiente ou por entidades com ou sem legitimidade (o *direito das favelas*); c) o uso alternativo do direito, representado pela interpretação da ordem jurídica estatal segundo a visão (teleológica) dos objetivos a realizar e (axiológica) dos valores a preservar. Está ligada a esse último conceito a idéia do *direito flexível* ("pour une sociologie du droit sans rigueur": cfr. Jean Carbonier, *Flexible droit, passim*). Também ali se situam as investigações de Elício de Cresci Sobrinho no livro *Justiça alternativa* (apesar do título sugerir outra idéia - a dos organismos não-judiciários).

que aspira. Em outras palavras, não terá acesso à *ordem jurídica justa* nos casos em que, por fás ou por nefas, sem o processo não possa sequer chegar até ao processo. Nessa visão instrumentalista, que re-lativiza o binômio direito-processo e procura ver o instrumento pela ótica da tarefa que lhe compete, sente-se o grande dano substancial ocasionado às pessoas que, necessitando dela, acabam no entanto ficando privadas da tutela jurisdicional. E, com realismo na observação, sente-se que não só acontece isso quando a impossibilidade econômica fecha o caminho às pretensões dos menos favorecidos, como ainda em outros casos, menos nítidos, em que o despreparo, a descrença, a desproporção entre o custo e o retorno esperado, ou ainda o próprio sistema jurídico desatualizado, inter põem-se entre a pretensão e o processo e acabam constituindo-se em obstáculos muito poderosos. A ciência processual moderna assumiu o encargo de denunciá-los, após havê-los identificado em muitas oportunidades, para que eles possam ser adequadamente removidos.⁵⁰ Com essa conceituação, o tema do ingresso em juízo (ou admissão ao processo) é menos amplo que o do acesso à justiça.

36.2 o modo-de-ser do processo

O discurso envolvendo o modo-de-ser do processo, em relação ao propósito de operacionalidade do sistema, acabaria por estender-se a toda a teoria do processo como instituto jurídico, não fora a consentida intenção de buscar somente as grandes colunas e tendências fundamentais.

Para aferição da idoneidade do sistema que temos, em face do ideal de propiciar a demandante e demandado o almejado acesso à ordem jurídica justa através do processo, nas observações do estudioso mostram-se em primeiro plano as garantias constitucionais da *ação* e da *defesa*. É preciso indagar, então, como há de ser o processo, para que em toda a dimensão possa o demandante exercer

50. Cfr. Cappelletti-Garth ("Access to Justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report", esp. pp. 3 ss.): procedem a ampla análise dos obstáculos jurídicos, econômicos, sociais, culturais e psicológicos que dificultam ou impossibilitam para muitos o uso do *sistema jurídico* e o acesso ao aparato jurisdicional; examinam os esforços feitos nos diversos países no sentido da superação desses obstáculos, apontando as grandes tendências evolutivas que aparecem mediante essa comparação jurídica.

aquele, ao longo do procedimento, com vista à obtenção do resultado favorável,⁵¹ e quais oportunidades o demandado terá para que, também exaustivamente, possa desencadear todos os meios de resistência à pretensão.

Já se vê que é vital, no contexto proposto, o princípio do *contraditório*.

Por outro lado, sabe-se que, não sendo o processo um *negócio em família*⁵² mas instrumento estatal para exercício do poder e, além disso, não sendo disponíveis todos os direitos substanciais que vêm ter a ele, estabelece-se a exigência de efetiva participação do juiz, desde níveis menos acentuados até a outros bastante significativos (direitos indisponíveis: v.g., anulação de casamento ou investigação de paternidade): está presente, assim, o princípio *inquisitivo*, cuja intromissão no processo civil moderno e conquista de espaço sempre mais amplo do lado do dispositivo são sinais do caráter público do processo e do direito processual.

Entre as atividades das partes em contraditório e as inquisitivas do juiz, tem-se por muito importante a *instrução probatória*, que no processo de conhecimento é vital para a efetividade da ação ou da defesa, bem como para o correto exercício da jurisdição. Fala-se até no *direito à prova* e ele é algo que integra o complexo de faculdades e poderes enfeixados ora no conceito de ação, ora no de defesa. *Ação* que fosse mero poder de desencadear as atividades jurisdicionais e exigir o provimento, no processo de conhecimento talvez não fosse mais que o *direito de não ter direito*, de que ironicamente se falou,⁵³ da defesa, dir-se-ia o mesmo.

51. Não basta viabilizar o acesso ao processo: precisa oferecer um processo sensível às aspirações dos sujeitos litigantes, que por sua vez viabilize o acesso à ordem jurídica justa, de que se vem falando. Só com isso é que, através da observância da cláusula *due process of law*, se dá conteúdo substancial à garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (cfr. Watanabe, *Controle jurisdicional*, esp. n. 14, pp. 34 ss.). O direito ao processo, de que fala Ada Pellegrini Grinover, é bem a síntese de tudo que no presente tópico se expõe, com vista a um processo que ofereça reais oportunidades aos litigantes e onde a presença do juiz seja atuante (cfr. Ada Pellegrini Grinover, *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, pp. 21 ss.).

52. Cfr. Liebman, *Efficacia ed autorità della sentenza*, n. 34, p. 125.

53. Não me parece rigorosamente correta essa expressão. Inexistem *direitos* de natureza processual, tanto quanto o Estado não tem *obrigações* perante as partes. Cada uma das partes tem liberdade para produzir provas admissíveis e isso são

Depois, sabendo-se que para o exercício da ação e defesa em contraditório, para o correto exercício da jurisdição (limitado, mas atuante) e para a realização da prova indispensável, é necessário um plano de trabalho que seja idôneo e garanta essa complexa cooperação, chega-se ao valor do *procedimento*, para a desejada efetividade do processo.

E, assim, conclui-se que são quatro os temas de interesse vital, relacionados com o modo de ser do processo, para a presente investigação: *contraditório*, *inquisitividade*, *prova* e *procedimento*. Nenhum deles tem valor absoluto, nem deixará de haver superposições, nem talvez seja exaustivo o elenco, mas a consideração desses quatro pontos é bastante satisfatória e seguramente o modo como sejam empiricamente tratados repercutirá no grau de efetividade da tutela jurisdicional através do processo.

Do *contraditório* já se tem falado. Ele é, resumidamente, a garantia de *participação*, que nem se restringe ao processo jurisdicional só, mas constitui inerência do próprio regime democrático.⁵⁴ A participação é que legitima todo processo político e o exercício do poder. Para a efetividade do processo, colocada em termos de valor absoluto, poderia parecer ideal que o contraditório fosse invariavelmente efetivo: a dialética do processo, que é fonte de luz sobre a verdade procurada, expressasse na cooperação mais intensa entre o juiz e os contendores, seja para a descoberta da verdade dos fatos que não são do conhecimento do primeiro, seja para a correta compreensão das normas e dos seus fatos, seja para a correta compreensão das normas de direito e apropriado enquadramento dos fatos nas categorias jurídicas adequadas. O contraditório, em suas mais recentes formulações, abrange o direito das partes ao diálogo com o juiz: não basta que tenham aquelas a faculdade de ampla participação, é preciso que também este participe intensamente, respondendo adequadamente aos pedidos e requerimentos das partes, fundamentando decisões e evitando surpreendê-las com decisões de-ofício inesperadas.

Assume importância nesse contexto, em primeiro lugar, o *ônus de afirmação*:⁵⁵ cada parte afirma a sua pretensão e as razões em

faculdades; e tem *poderes* relacionados com a prova, em face dos quais lhe é lícito exigir a realização de atividades probatórias pelo juiz.

54. V. *supra*, n. 16 e Const., art. 5º, inc. LV.

55. Cfr. Camelutti, *La prova civile*, p. 24.

que a apóia, dando lugar com isso a controvérsias entre alegações antagônicas e com isso acionando a dialética do processo. Mas todo ônus é, antes de ser ônus, *faculdade*. E o sistema processual, profundamente marcado pela liberdade, admite que cada um dos contendores exerça ou deixe de exercer as suas faculdades, recebendo as consequências boas ou más da conduta que preferir. A *contumácia* de qualquer das partes constitui, portanto, situação permitida pela lei mas lesiva aos interesses do contumaz e à efetividade do processo. O sistema de preclusões e a *aceitação* de pontos da afirmação do adversário (que não se tornam *questões* e, portanto, não são objeto de decisão)⁵⁶ são fatores de enfraquecimento do processo, do ponto-de-vista de sua efetividade, sempre que esta fosse considerada somente com vista ao escopo de atuação da vontade do direito. Mas é legítimo esse desvio, contudo, em face da realidade social do conflito ou das próprias limitações do sistema: ou porque a parte optou pela não-participação, ou porque a precariedade do seu chamamento a juízo fosse inevitável, o processo acaba por se desviar da busca do escopo jurídico, mas isso é plenamente compatível com o sistema.⁵⁷ Processo efetivo não é apenas o que rigorosamente atue a vontade concreta do direito, mas o que seja capaz de cumprir bem os escopos do sistema, vistos em conjunto e compensadas certas deficiências por outras vantagens. O processo que chegue ao ideal de segurança jurídica com razoável celeridade, eliminando o conflito, é eficaz e legitimado pela utilidade social, ainda que falho do ponto-de-vista jurídico.

Todos os *cerceamentos de defesa* constituem também, como se viu, lesões ao contraditório e, portanto, causas de redução da efetividade.⁵⁸ Mas o próprio sistema processual, para o equilíbrio de valores diversos, impõe outras restrições ao ideal de contraditório efetivo em grau absoluto. Exemplos típicos são a disciplina do *atentado* e a do *contempt of court*, que o Código de Processo Civil brasileiro vigente mutuou ao direito norte-americano: em ambos os casos, da conduta ilícita da parte no processo resulta a exclusão do contraditório, até

56. V. *supra*, n. 32, nota 34.

57. V. *supra*, nn. 30, 31, 32. A compatibilidade vem da legitimidade das soluções razoavelmente rápidas, ainda que a esse custo. Essa solução dá passagem à ação e nisso reside o seu concurso para a efetividade do processo.

58. V. *supra*, n. 16.

que cesse.⁵⁹ Além disso, a repulsa à *litigância de má-fé* abrangia, na redação original do Código, o caso de “deduzir pretensão ou defesa cuja falta de fundamento não possa razoavelmente desconhecer”; mas sancionar o exercício da ação ou da defesa equivalia a pôr freios à defesa judicial de direitos e, no que toca ao comportamento das partes no processo instaurado, isso era uma violência ao princípio do contraditório. Se as partes não puderem contar com sua própria habilidade e um grau tolerável de malícia estratégica no processo, o combate torna-se estéril e o processo deixa de ser um meio efetivo para o acesso à ordem jurídica justa.⁶⁰ Aquela visão maniqueísta dos litígios é criticada na doutrina, como o foi o dispositivo em exame,⁶¹ o qual veio a ser alterado por lei posterior ao Código.

O grau de participação do juiz na realização do processo é também um *ponto sensível* relativo ao modo de ser deste. Nos sistemas políticos constitucionais marcados pela busca do bem-comum e nos de conotação socialista, o processo recebe influxos publicistas que impõem a presença do juiz atuante.⁶² E assim é o nosso sistema processual da atualidade, onde a todo momento é preciso enfatizar que os juízes são os condutores do processo e o sistema não lhes tolera atitudes de espectador. A escalada inquisitiva, no processo civil moderno, corresponde à crescente assunção de tarefas pelo Estado contemporâneo, o qual repudia a teoria dos “fins limitados”.⁶³ É claro que essa tendência publicista não poderia chegar ao ponto de autorizar o exercício espontâneo da jurisdição, nem de substituir as iniciativas instrutórias das partes pelas do juiz; mas, para a efetividade de jurídica social e política do processo, algumas mitigações a esse imobilismo do agente jurisdicional vão sendo estabelecidas.

Os casos de jurisdição exercida *ex officio* são raríssimos. O sistema impõe ao juiz criminal, todavia, um grau de cooperação com

59. Cf. Dinamarco, *Direito processual civil*, n. 6, esp. p. 10.

60. Cf. Liebman, *Manual de direito processual civil*, I, n. 60, esp. p. 166 trad.

61. Cf. ainda Dinamarco, *op. loc. cit.*

62. No tocante à extinta URSS, dizia-se que “é o princípio inquisitório que impera” (cf. Habscheid, “As bases do direito processual civil”, n. 1, p. 119); e isso, mercê do grande coeficiente de interesse público depositado nos processos, todos voltados institucional e independentemente de quem sejam os litigantes, a “salvaguardar o sistema social e estatal da URSS”, etc. (cf. Gurvich, *Derecho procesal civil soviético*, § 1º, p. 7). Sobre publicismo e participação do juiz, v. *supra*, n. 5.

63. V. *supra*, n. 5.

o Ministério Público na iniciativa da persecução penal, ao determinar que provoque a manifestação do Procurador-Geral da Justiça quando não concordar com o pedido de arquivamento de inquérito policial;⁶⁴ manda, também, que todo juiz encaminhe cópias de autos ao *Parquet*, sempre que em algum processo vislumbrar a prática de infração criminal.⁶⁵ Não se trata de funções de natureza jurisdicional, mas são atividades administrativas acessórias à jurisdição, exercidas pelo agente desta e com vista ao seu possível exercício futuro. No curso do processo, cabe ao juiz influir sobre o andamento e endereçamento do litígio, tanto quanto não chegar ao ponto de comprometer sua *imparcialidade*.⁶⁶ Tentar a *conciliação* e aconselhar os litigantes poderia parecer fonte de envolvimento indevidos nos negócios destes, mas a experiência mostra que não é a “conciliação”, como atividade inicial das audiências, conforme disposta no Código de Processo Civil, na experiência concreta não vem retirando aos juizes a condição de equidistância para o julgamento. O contato com as partes não só na audiência pode ocorrer, mas a qualquer momento, quando o juiz resolver ouvi-las; infelizmente, o dispositivo que assim autoriza não tem tido aplicação em graus perceptíveis, o que é de se debitar ao criticado imobilismo dos órgãos jurisdicionais.⁶⁷

Ora, a atitude do juiz, curioso diante dos fatos a apurar, constitui fator de boa instrução no processo e, portanto, elemento positivo quanto à efetividade dos seus resultados institucionais. Pois esse contato com as partes, com os seus patronos e com as fontes de prova (*imediatez*), mais a saída da condição passiva de espectador (*liberdade investigatória*), são dados muito significativos dessa atitude.⁶⁸ Na Lei dos Juizados Especiais, o juiz é com muita ênfase

64. CPP, art. 28.

65. CPP, art. 40.

66. O grande fundamento do princípio dispositivo, que contém a participação do juiz na formação do material probatório, é, segundo Liebman, a exigência de *imparcialidade* do juiz (cf. “Fondamento del principio dispositivo”).

67. Cf. CPC, art. 342.

68. A imediatez, como é ressaltado, faz parte de uma constelação de princípios caracterizadores do modelo a que a doutrina denominou *processo oral* (cf., por todos, Chiovenda, *Principii*, §§ 44 ss., esp. p. 681; Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria geral do processo*, n. 209, pp. 349 ss.). A liberdade investigatória, própria do processo inquisitivo, sofre muitas ressalvas, seja por preconceito, seja por comodismo. O certo é que, para a efetividade do processo e seu tratamento como coisa do Estado, o juiz não se pode dispensar de participar ativamente da prova e de todo o processo.

chamado a portar-se assim e isso é favorecido pela *simplicidade* e *informalidade* do processo especialíssimo (*liberdade das formas*),⁶⁹ preceitos com que se pretende romper com a distância comumente guardada pelos juizes, habitualmente muito afastados da realidade das causas em instrução. Quanto à *curiosidade judicial*, a efetividade da obtenção do resultado jurídico (atuação da vontade da lei) conduziria a deixá-la ilimitada, o que obviamente não convém ao sistema. Mesmo contida, porém, ela é fonte de melhor instrução, nos limites das provas que o juiz *sempre pode* e em alguns casos *deve* determinar *ex officio* (não se concebe, v.g., ação de investigação de paternidade julgada improcedente sem a realização de exame biológico). As *conversões do julgamento em diligência*, que, quando não orientadas por critérios seguros, podem constituir prática tumuluaría, fora disso revelam essa curiosidade sadia e institucionalizada: mesmo no sistema procedimental brasileiro, rígido e escalonado preclusivamente em fases, essa ruptura do rito e do imobilismo pode ser decisiva para a efetividade do processo (considerado o seu escopo jurídico, o social de pacificar com *justiça* e, em casos específicos, eventualmente o político de assegurar as liberdades públicas). Do direito espanhol, vem o exemplo das “*providencias para mejor proveer*”, a ser observado e eventualmente surgir soluções para o nosso, em prol da melhor instrução da causa.⁷⁰ Entre os ímpetos do princípio inquisitivo, que é por natureza expansivo e absorvente, e as ponderações do dispositivo, que aconselha a prudência judicial, para conciliá-los e buscar as vantagens de ambos situa-se a técnica consistente em legitimar a *intervenção do Ministério Público*. Todas

69. LJE, art. 2º.

70. Trata-se de “diligências probatórias retardadas, suplementares e *ex officio*” (cf. Martin Ostos, *Las diligencias para mejor proveer*, p. 147); elas “são complemento de prova e o autor as justifica a fim de compensar, embora tardiamente, as escassas faculdades que durante a fase probatória lhe são conferidas”. As “diligências para melhor proveer”, segundo se diz, originaram-se no antigo direito espanhol (Partidas) e o fato de haver previsão legislativa a respeito já é sinal de uma consciência no sentido de flexibilizar o procedimento, em prol da boa instrução (elas, aliás, constituem sinal também de um grau de infiltração inquisitiva no processo civil dispositivo): cf. *op. cit.*, p. 37, p. 139. Sua excepcionalidade (cf. Daniel Garat Beisso, “Diligencias para mejor proveer”, p. 63) significa que o próprio princípio inquisitivo é de aplicação restrita. A nossa “conversão do julgamento em diligência”, desordenada e ainda não definida em lei nem teorizada, está a clamar por influências que a institucionalizem, como se dá com essa providência do direito espanhol.

as vezes que a lei lhe dá a função de fazer-se parte em processo instaurado *inter alios*, ela o faz em atenção a alguma razão de ordem pública e sempre com a intenção de introduzir no feito um agente estatal, que, não sendo o juiz nem lhe cabendo julgar a causa, terá condições de diligenciar provas, requerer medidas, argumentar, recorrer, sem que isso possa prejudicar o requisito da imparcialidade do julgador. É a presença do Estado atuante, mediante estrita observância, nesse passo, do princípio dispositivo.⁷¹ Com a participação do Ministério Público interveniente, como *custos legis*, diretamente é conferido zelo especial ao primado do direito substancial objetivo e, portanto, essa intervenção visa à efetividade do processo no plano jurídico;⁷² com a sua participação nos casos em que assume a defesa do interesse de alguém (curador de *ausentes*), ele dá vida à efetividade do contraditório equilibrado e, com isso, legitima o procedimento e os seus resultados, além de indiretamente também trazer maiores probabilidades de efetividade jurídica do processo. Em todos os casos, ele é uma parte que na relação processual se insere em prol da efetividade do processo como instrumento do direito substancial e, por essa via, da justiça.⁷³

O direito brasileiro legitima o Ministério Público a intervir no processo civil, em hipóteses muito mais numerosas do que as que se têm em suas matrizes européias.⁷⁴ Isso é sinal de publicismo no processo e preocupação maior pelo primado do direito objetivo. Nos Estados em que o Ministério Público é bem estruturado e conscientizado para sua missão processual de agente do interesse público, a experiência tem sido francamente positiva. A própria defesa do

71. Cf: Liebman, "Fundamento del principio dispositivo", nn. 4-5, pp. 7-9. No Brasil, como já se disse, a presença do Ministério Público no processo civil é parcialmente sensível e isso é sinal de boa tendência publicizante (*supra*, n. 5).

72. Considerando que o jurídico absorve o social e o político, isso significa que, indiretamente, decisões conformes com o direito material serão também, em princípio (salvo exceções, e casos em que o direito substancial destoe dos valores sociais), capazes de cumprir com a tarefa social magna de pacificar com justiça e de prestigiar o Estado e seu ordenamento (v. *supra*, n. 29).

73. A rigor, em todo processo há um interesse público, que é o interesse público ao correto exercício da jurisdição, a qual é uma função do Estado. Mas o interesse público que legitima o Ministério Público é outro e diz respeito às partes, ao próprio litígio ou peculiaridade do processo.

74. V. *supra*, n. 5, nota 94.

demandado em caso de contumácia após citação ficta, na qualidade de curador especial (seja no processo de conhecimento, seja no executivo e mesmo ofertando embargos à execução),⁷⁵ que o Código de Processo Civil não lhe atribui expressamente mas algumas leis estaduais sim,⁷⁶ têm-se mostrado bastante eficientes quando institucionalizadas entre as funções do Ministério Público. Perante os tribunais, os pareceres da Procuradoria Geral da Justiça têm-se constituído, na experiência paulista, em excelente supedâneo para os julgamentos.

Como foi dito, o *procedimento* é o amálgama que funciona como fator de coesão do sistema, cooperando na condução do processo sobre os trilhos dessa conveniente participação do juiz e das partes (aqui, incluído o Ministério Público).⁷⁷ Compreende-se que seja relativo o valor do procedimento em face desses objetivos, sendo vital a interpretação inteligente dos princípios e a sua observância racional em cada caso; é a instrumentalidade do próprio procedimento ao contraditório e demais valores processuais a serem preservados em prol da efetividade do processo.⁷⁸

Em razão dela, o procedimento há de afeiçoar-se às peculiaridades de cada litígio, mediante aplicação do princípio da *adaptabilidade*.⁷⁹ É indiscutível que tal princípio tem aplicação constante na experiência empírica dos juízos, uma vez que não é sequer concebível um sistema inflexível de normas procedimentais disciplinadoras de todos os sujeitos. O que varia é o *grau* de plasticidade desse arcabouço, que deve ser o mais elevado possível para permitir que pelos atos e fases do procedimento flua com eficiência e celeridade o exercício correto da jurisdição, da ação e da defesa — mas tudo sem prejuízo substancial ao clima de segurança que há de imperar nas atividades

75. Embora não haja *revelia* no processo de execução, a inércia consistente em não ofertar embargos, quando o executado foi citado e intimado de modo ficto (editado, hora-certa), é suficiente para legitimar o curador especial: os embargos constituem meio de resistência à pretensão executiva e, sem a citação efetiva, o contraditório exige que se legitime o curador a embargar pelo executado que não o fez.

76. Segundo o parágrafo do art. 9º do Código de Processo Civil, "nas comarcas onde houver representante judicial de incapazes ou de ausentes, a este competirá a função de curador especial". Na maioria dos Estados essa função não é atribuída ao Ministério Público.

77. V. *supra*, n. 16.

78. V. *supra*, n. 16.

79. "Princípio da adaptabilidade do órgão às exigências do processo": v. Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, § 54, p. 198.

estatais (*due process of law*). As mesmas regras procedimentais que constituem penhor da efetividade do contraditório poderiam tornar-se empecilhos a ele, se enrijecidas; e também constituiriam fator de distanciamento entre o juiz e a causa, além de propiciar delongas desnecessárias. Volta, com isso, o discurso sobre a instrumentalidade das formas no procedimento e a séria advertência sobre a sua função vital no direito processual moderno.

Os procedimentos, em dada ordem processual, são aqueles que a lei institui. É a lei, ainda, que dá a cada procedimento que institui as destinações que entende. Daí, todo o interesse pela *adequação* do procedimento, que em primeiro lugar se põe ao legislador, para as suas determinações tomadas segundo critérios de conveniência; depois ao demandante, para a escolha correta no momento de vir o juízo; e finalmente ao juiz, para o reconhecimento ou negação da correspondência entre o procedimento indicado pelo demandante e o correto.⁸⁰

Os procedimentos especiais são estabelecidos pela lei processual, tendo em vista as peculiaridades dos litígios e pautando-se por peculiaridades correspondentes a elas (no fundo, é o mesmo princípio da adaptabilidade, posto no plano das disposições abstratas da lei). A efetividade do processo é dependente, segundo os desígnios do legislador, da aderência do procedimento à causa. Em muitos casos, no direito brasileiro tão rico em procedimentos especiais, somente um incidente inicial é que confere *especialidade* ao procedimento: é o caso, v.g. das liminares, visivelmente preordenadas à efetividade do processo e do seu resultado; ou da designação de dia e hora para o pagamento ou depósito, na *ação* de consignação em pagamento, que é medida destinada à tentativa de dar imediata efetividade ao intuito de eliminar a *mora accipiendi*.⁸¹

80. Sobre a adequação como elemento integrante do conceito do interesse de agir, segundo doutrinas modernas, v. Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 544, pp. 309-313; *Execução civil*, m. 266-277-A, pp. 423 ss.

81. A lei e a linguagem que temos no Brasil dão a idéia de que a cada procedimento tipificado corresponda uma ação típica, o que é errado e constitui reminiscência romanística das *actiones*, para as quais inexistia espaço no sistema processual contemporâneo (cf. Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, I, n. 229).

A idéia de dar maior efetividade ao processo mediante a instituição de procedimentos adequados está presente de modo muito marcante no *mandado de segurança*. É insuficiente a interpretação dessa garantia constitucional como portadora de mera oferta de procedimento especialíssimo. Muito mais do que isso, a Constituição quer afirmar energicamente o seu repúdio à violação dos direitos individuais por agentes do poder estatal, sobrepondo-se inclusive a disposições da lei ordinária que sejam fontes de violações assim.⁸² O procedimento especial é somente a instrumentalização técnico-processual dessa garantia e nem está sequer delineado no texto constitucional. Ele se apresenta como uma série muito concentrada e deliberadamente angustiada de atos coordenados de modo tal a produzir com celeridade o julgamento da impetração — sendo dessa maneira para que possa o provimento configurado no *writ* chegar em tempo hábil a debelar o mal consistente no abuso ou desvio de poder. A celeridade do procedimento do mandado de segurança, associada à possibilidade de *liminar* é fator de efetividade desse remédio constitucional, o qual não cumpriria o seu objetivo político de resguardar liberdades se fosse tarde.⁸³

Outro caso destacado da efetividade buscada através de disposições sobre o procedimento está na *Lei dos Juizados Especiais*. Ali, a liberdade das formas preconizada mediante adoção do critério da *informalidade*, mais a celeridade recomendada em norma programática e cultivada no modo de ser do desenho procedimental traçado, constituem patética advertência ao juiz, para que participe pessoal e intensamente da causa e da sua instrução e para que cuide de emitir em breve tempo o provimento. Também no contexto dessa lei, o procedimento em si mesmo não é o depositário de todo o valor da inoção. Trata-se de um *novo processo*, revolucionário no modo como

82. Cf. Watanabe, *Mandado de segurança contra atos judiciais*, esp. p. 103.

83. A admissibilidade do mandado de segurança contra ato jurisdicional é hoje uma realidade na experiência dos tribunais brasileiros. Não se transmutou o *writ* em substituto dos recursos, porém. Sua excepcionalidade é reflexo válido da destinação a funcionar como *instrumento diferenciado*, apto a suprir as falhas do sistema; e, portanto, só tem cabimento em casos onde o mal lamentado pelo impetrante não possa ser corrigido ou evitado pelas vias processuais ordinárias (cf. Watanabe, *op. cit.*, pp. 101 ss.). Nos limites em que é admissível, porém, o mandado de segurança contra ato jurisdicional cumpre o papel de vigilante da efetividade do processo, nesse sentido aqui considerado, ou seja, no sentido de que este há de constituir-se na via adequada para a realização dos direitos e não para a sua destruição.

se pretende que se relacionem os seus sujeitos e nos rumos pelos quais se quer que o juiz conduza os seus interesses, marcadamente buscando a conciliação e depois julgando com obcecada preocupação pela justiça.⁸⁴ O procedimento tem o valor que lhe é normal em todos os casos, qual seja o de servir de plano para esse trabalho de aproximação entre o juiz e a causa. O que se quer, com essas novas disposições, é afinal a pacificação tão pronta quanto possível, para a menor possível duração do estado social de insatisfação. Se a lei for bem cumprida, o processo terá condições, ali, de atingir aos graus mais satisfatórios de efetividade que se podem almejar, especialmente no tocante ao escopo social considerado.

A efetividade do processo está pois bastante ligada ao modo como se dá curso à participação dos litigantes em contraditório e à participação inquisitiva do juiz, os primeiros sendo admitidos a produzir alegações, a recorrer, a comprovar os fatos de seu interesse e este sendo proclamado a ir tão longe quanto possível em sua curiosidade institucionalizada com aqueles. O grau dessa participação de todos constitui fator de aprimoramento da qualidade do produto final, ou seja, fator de efetividade do processo do ponto-de-vista do escopo jurídico de atuação da vontade concreta do direito. Por outro lado, a celeridade com que todo procedimento deve desenvolver-se e a que constitui marca fundamental de alguns são fatores de maior efetividade no campo social e no político, seja para pacificar logo, seja para obter enérgico repúdio aos atos ilegais do poder público.⁸⁵

84. Também a relação jurídica processual é diferente, no processo das pequenas causas: não são só as exterioridades de um procedimento diferente, pois é o processo que se diferencia, quando, além da disposição de atos diferentes, em uma ordem abreviada e diferente, tem-se também uma imediatidade e uma participação em graus muito mais intensos e uma nova mentalidade a ser desenvolvida. A Lei dos Juizados Especiais é fiel aos princípios maturados ao longo da vida do processo civil, mas eles estão redimensionados e interpretados segundo as exigências contemporâneas (cfr. Dinamarco, "Princípios e critérios no processo das pequenas causas", *passim*).

85. O que se postula, em suma, é um processo *com feição humana*. Pretende-se superar o dilema posto entre "a submissão do homem à técnica ou a humanização desta" (Gelsi Bidart, "Proceso y época de cambio", I, p. 421), permitindo que a visão dos escopos reconhecidos para o sistema processual possa influir na sua estrutura nesta época de profundas transformações sociais (cfr. Habscheid, "As bases do direito processual civil", n. 1, p. 119). O grande aprimoramento técnico dos processualistas deste século constitui instrumento muito válido para essa transformação,

36.3 *justiça nas decisões*

Foi dito que, em paralelismo com o bem-comum como síntese dos fins do Estado contemporâneo, figura o valor *justiça* como objetivo-síntese da jurisdição no plano social.⁸⁶ A eliminação de litígios sem o critério de justiça equivaleria a uma sucessão de brutalidades arbitrárias que, em vez de apagar os estados anímicos de insatisfação, acabaria por acumular decepções definitivas no seio da sociedade. Foi dito, ainda, que as disposições contidas no ordenamento jurídico-substancial constituem para o juiz, em princípio, o indicador do critério de justiça pelo qual determinada sociedade optou, em dado quadrante de sua história; mas, se só à lei estiver o juiz atento, sem canais abertos às pressões axiológicas da sociedade e suas mutações, ele correrá o risco de afastar-se dos critérios de justiça efetivamente vigentes.⁸⁷ Por isso é que se mostra muito pobre a indicação isolada do escopo jurídico como característica da jurisdição e do sistema processual.

É certo que o juízo do bem e do mal das condutas humanas é feito em primeiro lugar pelo legislador e depositado no texto da lei, mas também ninguém desconhece que esta, uma vez posta, se des-taca das intenções de quem a elaborou e passa a ter o seu próprio *espírito*; a *mens legis* corresponde, assim, ao juízo axiológico que razoavelmente se pode considerar como instalado no texto legal. Ao juiz cabe esse trabalho de descoberta. Mesmo não sendo legislador ou a ele equiparado,⁸⁸ mesmo negando-se que o juiz seja substancialmente criador de direitos e obrigações (repúdio à teoria unitária do ordenamento jurídico), mesmo desconsiderando-se a influência que emana do "direito jurisprudencial" (*Richterrecht*),⁸⁹ ainda assim sempre é preciso reconhecer que o momento de decisão de cada caso concreto é sempre um momento valorativo. Como a todo intérprete, incumbe ao juiz postar-se como canal de comunicação entre a carga axiológica atual da sociedade em que vive e os textos, de modo que estes fiquem iluminados pelos valores reconhecidos e assim possa

com criatividade e com a preocupação de fazer do processo, realmente, um meio de valorização da pessoa humana, inspirado pelas exigências do bem-comum.

86. V. *supra*, n. 21.

87. V. *supra*, nn. 19 e 29.

88. V. *supra*, n. 28.3.

89. V. *supra*, n. 14.3; n. 28.3.

transparecer a realidade de norma que contém no momento presente. O juiz que não assuma essa postura perde a noção dos fins de sua própria atividade, a qual poderá ser exercida até de modo bem mais cômodo, mas não corresponderá às exigências de justiça.⁹⁰

Para o adequado cumprimento da função jurisdicional, é indispensável boa dose de sensibilidade do juiz aos valores sociais e às mutações axiológicas da sua sociedade. O juiz há de estar comprometido com esta e com as suas preferências. Repudia-se o *juiz-Pilatatos*, que é o juiz indiferente, em cujo espírito reina a indesejável premissa do processo como instrumento meramente técnico, sem compromissos com a justiça ou injustiça dos julgamentos. O processo é acima de tudo um instrumento político, de muita conotação ética, e o juiz precisa estar consciente disso.⁹¹ As leis envelhecem e também podem ter sido mal feitas. Em ambas as hipóteses carecem de legitimidade as decisões que as considerem isoladamente e imponham o comando emergente da mera interpretação gramatical. Nunca é dispensável a interpretação dos textos legais no sistema da própria ordem jurídica positiva em consonância com os princípios e garantias constitucionais (interpretação sistemática) e sobretudo à luz dos valores aceitos (interpretação sociológica, axiológica). Tal é, em substância, o pensamento inerente ao *uso alternativo do direito*. Fato muito expressivo e bastante divulgado pela imprensa brasileira foi o novo entendimento que o Supremo Tribunal Federal deu ao art.

90. Ao juiz cabe o papel de árbitro do equilíbrio das tensões sociais, que no processo se manifestam (cf: Baur, "Transformações do processo civil em nosso tempo", p. 661); mais do que dar solução a pretensões, aos conflitos em si mesmos, ele precisa estar atento à relação global entre as pessoas e pronto a restabelecer o equilíbrio afetado; essa é a "transformação da sentença judicial", alvitrada ainda por Baur e que se insere em um contexto de mudanças, que, como foi dito, só serão possíveis se corresponderem a uma efetiva transformação na mentalidade do jurista e especialmente do juiz. É nesse sentido que se espera do juiz o desempenho da função de "árbitro dos conflitos sociais" (v. Denti, *Processo civil e giustizia sociale*, p. 69).

91. Entra aqui, outra vez, o que tem sido dito sobre a participação do juiz na revelação do direito do caso concreto. Ser sujeito à lei não significa ser preso ao rigor das palavras que os textos contém, mas ao espírito do direito do seu tempo. Se o texto aparenta apontar para uma solução que não satisfaça ao seu sentimento de justiça, isso significa que provavelmente as palavras do texto ou foram mal empregadas pelo legislador, ou o próprio texto, segundo a *mens legislatoris*, discrepa dos valores aceitos pela nação no tempo presente. Na medida em que o próprio ordenamento jurídico lhe ofereça meios para uma interpretação sistemática satisfatória perante o seu senso de justiça, ao afastar-se das aparências verbais do texto e atender aos valores subjacentes à lei, ele estará fazendo cumprir o direito.

224, letra *a*, do Código Penal. A presunção absoluta de violência nos crimes contra a liberdade sexual pelo fato de a vítima não ser maior de catorze anos tornou-se incompatível com a realidade social do presente, dado o elevado grau de esclarecimento que meninas com idade até menor recebem, especialmente graças aos modernos meios de comunicação. Embora a redação da lei continue como antes, o juiz que saiba atuar como canal de comunicação entre a realidade sócio-axiológica e os casos que julga é levado a tomar em consideração o grau de entendimento da vítima, deixando de *presumir* aquela violência sempre que se trate de pessoa capaz de entender o ato do qual participa ou que é chamada a presenciar.

Daí, porém, não deve emanar a idéia de uma carga excessiva e perigosa de poderes entregues ao juiz. Legislador ele não é e, com as ressalvas postas, sempre continua o juiz sujeito à lei. Aquele que, a pretexto de dar a esta uma interpretação evolutiva, pretender impor soluções suas personalíssimas, decorrentes de suas opções políticas, crenças religiosas, preconceitos, preferências, *etc.*, estará cometendo ilegalidade e sua decisão não será legítima.

Muito eloqüente é o caso, que foi amplamente noticiado na imprensa italiana na década dos anos setenta, do juiz que, comprometido com o pensamento marxista de supremacia do proletariado, beneficiou com a reintegração no emprego um padeiro que havia sido despedido em virtude de envolvimento amoroso com a mulher do patrão: eram somente os três trabalhando na pequena empresa e a situação de constrangimento criada com essa decisão absurda era insuportável. Nos noticiários a propósito, manifestou-se verdadeira indignação popular a respeito, o que é sinal inquestionável de falta de legitimidade. Além disso, a própria estrutura técnico-processual oferece meios para minimizar riscos como esse e assegurar decisões despersonalizadas, através do duplo grau de jurisdição; em grau de recurso, aquela decisão do juiz italiano foi cassada e a justiça se restabeleceu, com o primado dos valores da sociedade sobre as preferências pessoais do juiz.

Mas o comprometimento do juiz com o ideal de justiça há de transparecer também na maneira como interpreta os fatos provados no processo e os próprios resultados da experiência probatória. Não bastaria ver pela ótica correta a norma que está nos textos legais, se pela via de uma visão distorcida dos fatos acabasse chegando a decisões injustas.

É realmente muito grande o valor da prova nesse contexto de justiça, como já foi considerado. E ao juiz toca não só externar as suas curiosidades, indagando dos fatos através das iniciativas probatórias exigidas pelo sistema, como ainda valorar de modo adequado as provas produzidas. A sua *liberdade de convencimento* é manifestação do fenômeno mais amplo da própria independência dos juizes, mas, como tudo no processo, também só tem o seu valor quando canalizada para a justiça das decisões.⁹² Assim, é dever do juiz afastar posicionamentos, muitas vezes comodistas, que facilitem formalmente o ato de julgar, mas possam torná-lo injusto.⁹³ Exacerbar o ônus da prova e considerar inexistente um fato apesar da razoável probabilidade que resultou da prova constitui uma dessas atitudes distorcidas e apoiadas no falso pressuposto de que o processo busca a verdade objetiva e o estado subjetivo de certeza absoluta.

A interpretação dos próprios fatos, por sua vez, revela as idéias do juiz (e há de revelar as da sociedade) acerca de certos conceitos jurídicos. É conhecida a linha jurisprudencial, formada no Brasil ao tempo da vigência das normas do Código Civil sobre o desquite, no sentido de considerar que as aparições do cônjuge em companhia de pessoa de outro sexo, insinuando um relacionamento amoroso entre ambos, configuravam a *injúria grave* que era motivo para a ruptura da sociedade conjugal. Os conceitos jurídicos não de ter a dimensão e conteúdo que lhes atribua o sentimento nacional do tempo.⁹⁴

92. CPC, art. 131.

93. É a participação na formação do material instrutório, para a qual o art. 130 do Código de Processo Civil oferece boa abertura. O dispositivo é de muita flexibilidade, permitindo interpretações coerentes com o espírito do direito processual nestes tempos diferentes do tempo em que, já antes do Código atual, dispositivo análogo teve lugar em nosso direito positivo (CPC-1939, art. 117). O uso tímido dos poderes instrutórios pelo juiz, chegando a julgar logo sem a necessária preparação, constitui substancial falha com o dever social assumido com a investidura (a hipótese destacada por Barbosa Moreira, em discordância com Arruda Alvim e já referida antes, é bem expressiva desse pensamento: *cf.* "Notas sobre o problema da *efetividade* do processo", n. 6, p. 89). José Roberto dos Santos Bedaque, no mesmo sentido, faz a crítica ao que chamou *tradição do juiz passivo* (*Poderes instrutórios do juiz*, n. 3.3.3, esp. p. 77). Em várias passagens, alude à obra de Martin Ostos, cujo título é suficiente a indicar a idéia das diligências de-ofício determinadas pelo juiz (*Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil*).

94. *Cf.* Gelsi Bidart, "Diversidad en la jurisprudencia y principio de igualdad", n. 24, p. 19.

O estreito compromisso do sistema processual com o valor do justo levou-o a chamar ao âmbito de sua disciplina, entre outros temas antes excluídos ou negligenciados, certas preocupações com a dinâmica processual em casos concretos, com a seleção e formação dos juizes, com o seu comportamento ao conduzir o processo e ao julgar. Se o intérprete maior e definitivo da ordem jurídica positiva da nos textos é o juiz e se o juiz atua no processo segundo as regras processuais, como excluir do direito processual e do objeto da sua ciência esses temas ligados à boa interpretação?

Todo esse empenho em *extrair justiça* das atividades desenvolvidas no processo está manifesto em disposição explícita da Lei dos Juizados Especiais, onde se diz que "o juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum".⁹⁵ Tal colocação, reflexo evidente de norma contida na Lei de Introdução ao Código Civil,⁹⁶ seria vazia de objetivos, não fosse a sensível preocupação em lembrar ao juiz o seu solene compromisso com a justiça e conclamá-lo a preferir decisões justas, sem formalismos ou comodismos.⁹⁷

36.4 *efetividade das decisões*

O coroamento de toda atividade desenvolvida com vista a certos objetivos bem definidos e até mesmo individualizada em função deles há de ser representado, naturalmente, pela plena realização dos objetivos eleitos. Falar em *efetividade do processo* e ficar somente nas considerações sobre o acesso a ele, sobre o seu modo-de-ser e a justiça das decisões que produz significaria perder a dimensão teleológica e instrumental de todo o discurso. Propugna-se pela admissão do maior número possível de pessoas e conflitos ao processo (*universalidade da jurisdição*), indicam-se caminhos para a melhor

95. *Cf.* LJE, art. 6º. Esse dispositivo não tem o sentido de autorizar o juiz a decidir por equidade. Mantém-se o sistema de *jurisdição de direito*, mas a extrema plasticidade do novo processo e essa patética recomendação de justiça ao juiz constituem motivo de esperanças em um sensível aperfeiçoamento nas técnicas de julgamento, mesmo tendo o juiz diante de si as limitações representadas pelo direito positivo, que ele há de compreender adequadamente (*cf.* Dinamarco, *Manual dos juizados cíveis*, n. 5, pp. 38 ss.).

96. *Cf.* LICC, art. 5º.

97. *Cf.* Dinamarco, *Manual dos juizados cíveis*, n. 5, pp. 38-41.

feitura do processo e advertem-se os riscos de injustiça, somente porque de tudo isso se espera que possam advir resultados práticos capazes de alterar substancialmente a situação das pessoas envolvidas. Não é demais realçar uma vez mais a célebre advertência de que o processo precisa ser apto a dar a quem tem um direito, na medida do que for praticamente possível, tudo aquilo a que tem direito e precisamente aquilo a que tem direito.⁹⁸

Para isso, em primeiro lugar é indispensável que o sistema esteja preparado para produzir *decisões* capazes de propiciar a tutela mais ampla possível aos titulares de direitos reconhecidos pelo juiz (e, aqui, é inevitável a superposição do discurso acerca da utilidade e efetividade das decisões, ao da abertura da via de acesso). Onde for possível produzir precisamente a mesma situação que existiria se a lei não fosse descumprida, que sejam proferidas decisões nesse sentido e não outras meramente paliativas.

Quanto a isso, as *sentenças constitutivas* são de muita eficácia: elas conduzem diretamente às situações desejadas, sem dependência da conduta do demandado. Entre as constitutivas, as substitutivas da vontade do devedor dispensam qualquer manifestação da parte deste e constituem conquista do processo moderno.⁹⁹ venceram o dogma da intangibilidade de vontade humana, mal colocado no caso, para permitir a obtenção do resultado que a declaração omitida teria produzido e, com isso, dar elevado grau de efetividade ao sistema processual.¹⁰⁰ O desenvolvimento das idéias a respeito incluiu

98. Cf. Chiovenda, "Dell'azione nascente dal contratto preliminare" n. 3, esp. p. 110. Aqui está a síntese de tudo. É preciso romper preconceitos e encarar o processo como algo que seja realmente capaz de *alterar o mundo*, ou seja, de conduzir as pessoas à *ordem jurídica justa*. A maior aproximação do processo ao direito, que em tempos atuais é uma vigorosa tendência metodológica das ciências jurídicas, exige que o processo seja posto a serviço do homem, com o instrumental e as potencialidades de que dispõe, e não o homem a serviço da sua técnica.

99. Nesta parte, não tem cabimento a discussão sobre a pertinência das sentenças substitutivas da vontade do devedor à categoria das sentenças constitutivas, conforme venho sustentando. O que importa, a partir da visão instrumentalista programada, é indicar nessas sentenças essa sua força de sub-rogação, mediante o qual a vontade do obrigado passa a ser de menor importância: *cf.*, por todos, Vidigal, "Da execução direta das obrigações de prestar declaração de vontade", esp. n. 55, p. 156.

100. Disse Vidigal: "o direito existe para se realizar. Todo o seu valor reside na possibilidade prática de sua realização" (*op. cit.*, n. 1, p. 117). A sua monografia citada tem toda ela a tônica posta na possibilidade de suprir a omissão dos atos

também, conseqüentemente, repúdio à facilidade com que tradicionalmente se apontava a conversão em pecúnia como solução para obrigações de fazer não cumpridas.¹⁰¹ A tutela específica constituiu sempre afirmação muito enérgica da autoridade do próprio ordenamento jurídico-material. Na linha desse pensamento, a Reforma de 1994 acresceu grandes poderes ao juiz, no processo de conhecimento, com vista a levar o obrigado a adimplir as obrigações de fazer ou de não-fazer, sem necessidade da execução forçada (art. 461, red. lei n. 8.952, de 13.12.1994).

A propósito, é bastante expressiva a linha de evolução das técnicas jurídicas a partir do número fechado das *actiones* prometidas pelo pretor romano, que eram típicas e restritas, e chegando à ampla e universal garantia do direito de ação:¹⁰² onde houver uma insatisfação lamentada, uma alegação de direito inobservado, ali terá lugar a atividade jurisdicional e ela há de endereçar-se, sempre que possível, ao mesmíssimo resultado jurídico-material específico pelo qual o direito objetivo material haja manifestado sua preferência. Manifestação disso são certas *ações* especificamente previstas no direito positivo brasileiro, em disposições que tornam explícita a intenção de atender a situações típicas mediante as soluções substancialmente correspondentes: tal é o caso da *ação* de depósito (em que se propicia ao demandante, preferentemente, o próprio bem depositado), da de consignação em pagamento (obtem a exoneração da obrigação de pagar) ou da de anulação e substituição de título ao portador (o demandante obtém documento que consubstanciará o título doravante).¹⁰³

infungíveis da vontade do devedor, por atos judiciais imperativos que, produzindo o mesmo efeito, dão efetividade prática ao direito substancial, sem ultraje ao dogma da vontade.

101. Cf. Vidigal, n. 52 ss., pp. 152 ss.

102. Cf. Dinamarco, *Execução civil*, n. 8, p. 14: "os romanos não concebiam, no período do *ordo iudiciorum privatorum*, a execução que hoje se chama *especifica*, destinada à entrega de coisa certa ou ao cumprimento de obrigações de fazer ou de não-fazer. Convertia-se o seu objeto em pecúnia, através de um processo (*arbitrium litis aestimandi*) de que a doutrina até hoje não tem conhecimentos suficientes". Cf. ainda Liebman, *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione*, nn. 8, 13 e 14; Moreira Alves, *Direito romano*, I, n. 125, p. 225.

103. Coerentemente com essa linha, as *Reformas do Código de Processo Civil* trouxeram a este disposições destinadas à execução específica das obrigações de fazer, de não-fazer ou de entregar coisa certa (arts. 461 e 461-A), dispondo expressamente que "a obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o

As *sentenças condenatórias* não são capazes de dar ao titular do direito a imediata e automática satisfação. Sua efetividade depende da conduta ulterior do obrigado, a ser substituída pelas atividades que integram a fase executiva, ou de *cumprimento de sentença*. Aqui, no tocante à efetividade do processo volta à baila o tema da realização específica dos direitos. Quando se trata de obrigação a ser satisfeita com dinheiro, a extrema fungibilidade deste afasta qualquer consideração acerca de cumprimento específico e a efetividade da tutela jurisdicional residirá na integral satisfação do crédito, considerado o *quantum debeatur*.¹⁰⁴ Mas, cuidando-se de condenação a entregar coisa certa ou mesmo em espécie, ou a cumprir obrigação de fazer ou não-fazer, o ideal é sempre que a execução seja específica, isto é, que ela conduza à satisfação do demandante através de mesmo bem devido ou da mesma situação esperada da conduta ou abstenção do demandado. A *execução específica* constitui, nesse quadro, fator muito expressivo da efetividade do processo.¹⁰⁵ Assim, requerer ou se impossibilitar a tutela específica" etc. (art. 461, § 1º). Procurou-se, com isso, superar uma visão do mundo que levava a tratar os meios processuais com o "nítido primado do ter sobre o ser" (Barbosa Moreira, "Tutela sancionatória e tutela preventiva", p. 29). Sempre visando a obter do sistema jurídico os melhores resultados práticos, a primeira *Reforma* instituiu a oferta extrajudicial do dinheiro devido, mediante depósito em estabelecimento bancário, como solução alternativa à ação de consignação em pagamento (CPC, art. 890, §§ 1º a 4º - v. *supra*, n. 36.1, nota 35).

104. O *quantum debeatur* é representado, hoje na maioria dos casos, pelo valor corrigido das obrigações (correção com base nos índices de variação das BTN's: *cf.* lei n. 6.205, de 29.4.75; lei n. 6.515, de 21.12.77, art. 22). A correção monetária, ainda não pedida, deve ser concedida na sentença e isso não constitui ultraje ao princípio da correlação entre o provimento jurisdicional e a demanda (CPC, art. 128), mas interpretação realista desta, livre do preconceito nominalista. Por outro lado, a correção monetária será feita, no momento de liquidar, mesmo sendo omissa a sentença a respeito - e isso também não viola a regra da fidelidade da liquidação ao título (CPC, art. 610), pela mesma razão: *cf.* Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, I, esp. n. 158, pp. 367-371 (5ª ed.).

105. A lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, que em alguma medida é precursora do sistema executivo hoje presente nos arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil (o chamado *cumprimento de sentença*), deu também um grande passo no sentido da execução específica das obrigações de fazer ou não-fazer, dispondo em seu art. 11: "na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor". Esse dispositivo admite a adoção de todos os meios necessários à realização específica do direito e não so-

se o réu é condenado a um não-fazer, como sucede nos interditos proibitórios, a linha de raciocínio moderno em prol da plena efetividade do processo há de conduzir ao reconhecimento de que o preceito ditado em sentença constitui título para o *cumprimento de sentença*, em caso de violação (CPC, art. 461). Também parece óbvio que as penas pecuniárias, ditadas como meio de pressão psicológica destinada a obter a satisfação voluntária do julgado, não substituem a obrigação originária, nem tornam inadmissível a execução específica: para a prevalência dos desígnios do direito material e, portanto,

mente os de invasão da esfera patrimonial do demandado e os de constrangimento pessoal, mas também (em última hipótese) a técnica da conversão da obrigação originária na obrigação derivada tendo por objeto a pecúnia correspondente. Nem é de estranhar que possa ocorrer o emprego de medidas de constrangimento, para a execução específica. Existe um generalizado preconceito contra isso. Em certa medida, a execução direta das obrigações de fazer é materialmente impossível e essa impossibilidade constitui um dos limites *naturais* (não políticos) da execução: *cf.* Dinamarco, *Execução civil*, n. 12, esp. p. 106; v. ainda Mandrioli, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, n. 13, pp. 62 ss. (*nemo ad factum praece cogi potest*). Mas sempre que a atividade do obrigado puder ser eficazmente substituída por atividades de alheias que produzam o mesmo resultado prático disposto pelo direito, ou resultado prático equivalente, cessa a impossibilidade natural. Entra-se, agora, no campo das cautelas que têm levado os juristas ao entendimento de haver uma suposta limitação política de largo espectro, a impedir a execução por meios consistentes em constrangimento sobre a pessoa do obrigado. Mas o direito positivo dá mostras de que constrangimentos assim não são merecedores da mais absoluta repulsa, tendo a sua utilidade na medida dos valores a alcançar mediante eles (despejo, reintegração na posse); além disso, existe a (excepcionalíssima embora) admissibilidade da prisão por dívida de alimentos ou infidelidade do depositário. Por isso é que, diante da renitência do obrigado, tem-se um dilema: "ou se consegue forçar essa vontade mediante meios coercitivos indiretos ou se exclui a executibilidade em forma específica" (Mandrioli, *op. cit.*, p. 63). Quanto maior for a riqueza e flexibilidade dos meios destinados a tanger o obrigado ao cumprimento da obrigação "em maior número de casos será possível moldar e dimensionar a sanção segundo o próprio objeto da prestação devida" (*cf.* Liebman, *Manual de direito processual civil*, I, n. 92, esp. 208). Foi por isso que aquela lei procurou explorar ao máximo as potencialidades do processo e do próprio poder que o Estado exerce através dele, para não ficarem para trás resíduos de obrigações não cumpridas, lesões mal reparadas. Na prática do que se espera mediante essa tutela jurisdicional assim predisposta, será, p. ex., condenada a entidade poluidora a cessar a poluição; não cuidando ela, de atender ao comando pelos seus próprios meios, a obrigação de não-poluir será objeto de execução específica, instalando-se filtros mediante providência judicial (execução de obrigação de fazer fungível: v. lei n. 7.347, de 24.7.1985, art. 11); não sendo possível isso, então a obrigação originária converter-se-á em obrigação de cessar a atividade poluidora (derivada). *De lege ferenda*, v. a solução bastante ampla considerada na nota 103, *supra*.

efetividade do processo, o cumprimento em espécie continua devido e a execução específica admissível, sem prejuízo dos acréscimos pecuniários representados pelas *astreintes*. Do contrário, essas medidas instituídas para a efetividade do processo acabariam por ser fator de sua ineficácia, permitindo ao obrigado a opção entre satisfazer especificamente o direito do adversário ou simplesmente pagar.¹⁰⁶

Das sentenças condenatórias, as que contam com menor poder de impor-se mediante meios processuais eficazes são aquelas pronunciadas *contra a Fazenda Pública*. Salvo nos casos de obrigações alimentares, o seu momento sancionatório ou não existe ou é extremamente débil e dirigido a atividades outras que não as propriamente executivas; e por isso é que elas chegaram a ser consideradas condenações *aparentes*,¹⁰⁷ o que é correto na mesma medida em que nega a existência de execução contra a Fazenda.¹⁰⁸ São razões de ordem política que impedem a imposição da sanção executiva por órgão de um *Poder* do Estado sobre outro. Nesses casos, o que conduz à satisfação é o peso do próprio sistema e prestígio dos órgãos jurisdicionais, sem que haja as medidas sub-rogatórias em que a execução consiste; a efetividade dessas sentenças é favorecida, ainda, pelas sanções, constitucionalmente dispostas, da intervenção federal e seqüestro de bens (as quais apresentam, pois, nítida feição instrumental).¹⁰⁹

Toda sentença ou provimento executivo de qualquer ordem, finalmente, tem sua eficácia perenemente ameaçada pelo *passar do tempo*, que realmente é inimigo declarado e incansável do processo. Antes de proferida a sentença, sua efetividade poderá ser assegurada

106. As *astreintes*, desde a sua origem, têm a característica de meio de pressão psicológica no sentido da satisfação do julgado e não de substitutivo do objeto originário da obrigação (cf. Mendonça Lima, *Comentários ao Código de Processo Civil*, VI, n. 1.787, p. 721). A elas, a Reforma do Código de Processo Civil acrescentou uma série de medidas enérgicas que o juiz porá em prática para levar o condenado a cumprir o preceito (art. 461, red. lei n. 8.952, de 13.12.1994).

107. Cf. Liebman, *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione*, n. 66; Calamandrei, "La condanna", n. 5; Dinamarco, *Execução civil*, n. 336, pp. 522-523.

108. Cf. também Dinamarco, *Vocabulário do processo civil*, n. 177, pp. 148-153.

109. V. Const., art. 100, § 2º, e arts. 34, inc. VI, e 35, inc. IV. Mas os tribunais empregam com muita cautela e parcimônia essas sanções, o que compromete a efetividade das decisões.

pelas *medidas cautelares*, que constituem contraveneno do tempo.¹¹⁰ Elas têm visível caráter instrumental, sendo por definição instrumentalmente ligadas ao provimento principal ("instrumentalidade hipotética")¹¹¹ e, acima disso, concorrendo eficazmente para a obtenção dos resultados jurídico-substanciais desejados; a duração demoradamente longa dos processos é um dos mais graves males que afligem o sistema¹¹² e, além de tudo quanto se possa fazer por acelerar o processo, o emprego adequado das medidas cautelares constitui modo de evitar o prévio desgaste da utilidade das decisões. Também a execução é objeto de proteção pela via da cautelaridade, mediante resguardo dos bens que lhe servirão de objeto (arresto, seqüestro). Depois, a possibilidade de *execução provisória* nas hipóteses que a lei prevê é outra arma muito boa nessa luta contra o tempo e sua natureza jurídica chegou até a ser equiparada às medidas cautelares.¹¹³⁻¹¹⁴

A afirmação e plena consciência da necessidade de extrair dos provimentos jurisdicionais e do próprio sistema todo proveito que deles seja lícito esperar têm a sua valia na medida em que sejam capazes de conduzir a uma *postura mental* favorável a essa idéia instrumentalista. Em situações inúmeras e imprevisíveis, coloca-se para o intérprete o dilema entre duas soluções, uma delas mais acentuada e limitativa da utilidade do processo e outra capaz de favorecer a sua efetividade. É pairar ainda no ar muitos preconceitos irracionais que opõem resistência à plenitude da consecução dos objetivos eleitos. É dever do juiz e do cientista do processo, nesse quadro, romper com eles e dispor-se a pensar como mandam os tempos, conscientizando-se dos objetivos de todo o sistema e, para

110. É o dístico de Carnelutti, várias vezes referido.

111. Sobre a instrumentalidade das medidas cautelares, v. *supra*, n. 33.4, nota 125.

112. *Costo e durata*: o binômio das grandes preocupações dos processualistas da Escola de Florença, expressas em escritos e exposições dos anos *setenta e oitenta*.

113. Cf. Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, I, n. 300, pp. 468 ss. (2ª ed.).

114. É grande a utilidade das execuções provisórias, o que se sente com alguma frequência em processos alimentares. A utilidade gera o interesse processual legítimo, que se caracteriza por ela e exterioriza-se na *necessidade* da tutela jurídica para não ser a pessoa obrigada a manter-se em estado de insatisfação. Essa é uma aplicação da linha de pensamento atual acerca do requisito do interesse de agir (utilidade; necessidade e adequação - cf. Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 544, pp. 309-313).

que possam ser efetivamente alcançados, usar intensamente o instrumento processual.

Um campo muito fértil a esse tipo de evolução é o da tutela jurisdicional ampliada de modo a colher feixes de relações jurídicas, rompendo o isolamento da jurisdição exercida para a tutela exclusivamente individual e referente apenas a casos rigorosamente individualizados. Um dos aspectos dessa evolução é a admissão da tutela coletiva ao lado da individual a qual já é uma realidade no direito brasileiro (mandado de segurança coletivo, ações civis públicas, ações coletivas em geral), mas tem ainda muito campo a conquistar: pensar nos inúmeros litígios envolvendo funcionários públicos e todos girando em torno da mesma tese, mas distribuídos em processos que se multiplicam às centenas. É preciso levar mais longe a idéia da tutela coletiva. Outro aspecto, esse ainda pouco versado, é o da ampliação objetiva dos julgados, de modo a colher feixes de situações jurídicas do mesmo sujeito e oferecer, em uma única decisão, solução abrangente para todas elas. É o que se dá em causas tributárias, com pretensões fiscais que se repetem de modo sempre igual, relativamente a fatos geradores homogêneos, com a tendência dos tribunais a examiná-las uma a uma. Constitui imposição dos tempos e das modernas tendências metodológicas do direito processual a admissão de demandas bem amplas, capazes de pacificar para o presente e para o futuro e de evitar as incertezas de julgados conflitantes em torno de uma tese jurídica só.¹¹⁵

O que se propõe, portanto, é um novo método de pensamento a ser perenemente aplicado na interpretação dos textos, dos casos parciais e do sistema processual em si mesmo.¹¹⁶ Superada a fase

115. Já pensei de modo diferente, defendendo a Súmula n. 239 do Supremo Tribunal Federal e sustentando a inadmissibilidade de ações visando, por exemplo, à declaração de uma imunidade fiscal ou da não-incidência de determinado tributo sobre determinada atividade. Desde a terceira edição deste livro, vim a aderir ao pensamento dos que propugnam por essa tutela ampla e capaz de evitar a multiplicação de litígios entre o mesmo contribuinte e o mesmo ente tributador.

116. Discorrendo sobre a *perspectiva do consumidor* dos serviços jurisdicionais como novo método de pensamento, diz Cappelletti que "é precisamente essa nova perspectiva que melhor se adapta, obviamente, a uma sociedade democrática livre, aberta, a qual deve pretender que os seus *official processors* cumpram a sua função não com uma visão *tolêmica* do direito e do Estado, mas tendo em vista o bem-estar dos consumidores: é como dizer que o direito e o Estado devem finalmente ser vistos por aquilo que são — ou seja, vistos como simples instrumentos a serviço

conceitual do direito processual civil e não mais sendo objeto de preocupações a sua autonomia nem prevalecendo a visão interna do sistema, cada vez mais nítida se torna a necessidade de encerrar o processo de uma perspectiva teleológica, instrumentalista, com o reconhecimento de sua importantíssima missão perante a sociedade e as suas instituições políticas. E, com essa preocupação, a mensagem que o presente estudo contém é, em síntese, a da justiça, da pacificação, da liberdade e da participação democrática através dessa instrumentalização que a técnica do direito põe à disposição dos indivíduos e dos agentes do poder.

37. *instrumentalidade e acesso à justiça*

Tudo quanto foi dito ao longo da obra volta-se a essa síntese muito generosa que na literatura moderna leva o nome de *acesso à justiça*. Falar em instrumentalidade do processo ou em sua efetividade significa, no contexto, falar dele como algo posto à disposição das pessoas com vista a fazê-las mais felizes (ou menos infelizes), mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas. Mais do que um princípio, o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja no plano constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial. Chega-se à idéia do acesso à justiça, que é o pólo metodológico mais importante do sistema processual na atualidade, mediante o exame de todos e de qualquer um dos grandes princípios.

A garantia de *ingresso em juízo* (ou do chamado "direito de demandar")¹¹⁷ consiste em assegurar às pessoas o acesso ao Poder Judiciário, com suas pretensões e defesas a serem apreciadas, só lhes podendo ser negado a exame em casos perfeitamente definidos em lei (universalização do processo e da jurisdição). Hoje busca-se evitar que conflitos pequenos ou pessoas menos favorecidas fiquem à margem do Poder Judiciário; legitimam-se pessoas e entidades à postulação judicial (interesses difusos, mandado de segurança coletivo, ação direta de inconstitucionalidade estendida a diversas entidades representativas); e o Poder Judiciário, pouco a pouco, vai

dos cidadãos e das suas necessidades, e não o contrário" (*cf.*: "Acesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero", pp. 231-245).

117. Const., art. 5º, inc. XXXV, em seu sentido menos profundo: v. *supra*, n. 36.1, e *Instituições de Direito Processual Civil*, II, n. 555, p. 327.

chegando mais perto do exame do mérito dos atos administrativos, superando a idéia fascista da *discrionabilidade* e a sutil distinção entre direitos subjetivos e interesses legítimos, usadas como escudo para assegurar a imunidade deles à censura jurisdicional.¹¹⁸ Nessa e em outras medidas voltadas à *universalidade do processo e da jurisdição* reside o primeiro significado da garantia constitucional do controle judiciário e o primeiro passo para o acesso à justiça.¹¹⁹

Essa garantia não é um fim em si mesma. A progressiva redução do rol dos conflitos não jurisdicionalizáveis e das pessoas sem acesso Judiciário seria coisa sem muito significado social e político se não existisse a garantia do *devido processo legal*, que por um de seus possíveis aspectos é a expressão particularizada do princípio constitucional da legalidade, enquanto voltado ao processo. Constitui segurança para todos o sistema de limitações ao exercício do poder pelo juiz, de deveres deste perante as partes e de oportunidades definidas na lei e postas à disposição delas, para atuação de cada uma no processo segundo seu próprio juízo de conveniência (regras sobre procedimento, prova, recursos, etc.). A efetiva observância dessas limitações e deveres,¹²⁰ mais a oferta dessas oportunidades mediante a racional interpretação e efetivação das regras formais do processo, são inerências da legalidade do Estado-de-direito. As partes têm verdadeiro *direito ao processo*, corporificado nessas regras formais do sistema processual e garantidas constitucionalmente mediante a explícita adoção da cláusula *due process of law*.¹²¹

118. A própria ação popular já permite que pelo menos seja *reavalado* o mérito administrativo; além disso, ao criticarem o exame da prova, feito em processos disciplinares, os juizes estão, de maneira cada vez mais visível, adentrando o mérito das decisões dos administradores. Já não existe uma linha muito nítida, entre o mérito do ato administrativo e a sua legalidade, antes tomada como critério para a censurabilidade judiciária (v. Súmula 473).

119. O direito material vem também sofrendo modificações que diminuem o campo de incidência da *impossibilidade jurídica*, a qual constitui fator de resistência à universalização do processo: é pensar na introdução do divórcio no Brasil e no art. 227, § 6º, da Constituição, que ab-roga o veto legal à investigação de paternidade em prol de filhos adulterinos.

120. Especial destaque para o dever de motivar sentenças e decisões: Const., art. 93, inc. IX.

121. Const., art. 5º, inc. LIV.

Compreende-se facilmente, ainda, que sequer essa solene garantia constitucional de legalidade vale por si própria, mas como peão da observância de algo de maior significado substancial, que é o *contraditório processual*.¹²² O cumprimento do devido processo legal, que legitima os provimentos jurisdicionais, legitima-os justamente porque a experiência mostra ao constituinte, ao legislador, ao juiz e a todos, que a observância dessas regras é o caminho mais seguro para a *efetividade do contraditório*.¹²³ É indispensável todo o sistema de informes às partes sobre os atos processuais do juiz, dos seus auxiliares e da parte contrária. É indispensável que a esses atos e provimentos possa a parte reagir adequadamente, gerando situações novas, de sua conveniência. É indispensável, também, que entre as partes e o juiz se instale no processo um *diálogo construtivo*, no sentido de melhor instrução daquele para decidir. Informação mais reação com *diálogo* — eis a receita do contraditório, segundo a sua mais moderna conceituação.¹²⁴

Nem a garantia do contraditório tem valor próprio, todavia, apesar de tão intimamente ligada à idéia do processo, a ponto de hoje dizer-se que é parte essencial deste.¹²⁵ Ela e mais as garantias do ingresso em juízo, do devido processo legal, do juiz natural, da igualdade entre as partes — todas elas somadas visam a um único fim, que é a síntese de todas e dos propósitos integrados no direito processual constitucional: o *acesso à justiça*. Uma vez que o processo tem por

122. Nem só de formas vive o direito processual, injustamente chamado de "*direito formal*", mas elas são necessárias ao sistema processual e delas não se pode prescindir. Só não seja olvidado que elas devem ser interpretadas e praticadas racionalmente e sem se transformarem em objetivo do processualista ou do profissional do foro.

123. V. *supra*, n. 17, esp. pp. 166-170: legitimação do provimento jurisdicional pela observância do procedimento e legitimação do procedimento pela garantia do contraditório.

124. Que o princípio do contraditório envolve a tripla garantia do *conhecimento, diálogo e prova*, disse-o Giuseppe Tarzia em aula ministrada no curso intitulado "Fundamentos do processo civil moderno", sob minha coordenação no curso de pós-graduação de minha Faculdade (São Paulo, 21.8.1989). O art. 16 do Código de Processo Civil francês assegura o diálogo processual com o juiz, ao estabelecer que este tem o dever de fazer observar o contraditório e de observá-lo *lui même*; e ao exigir que, nos casos em que alguma decisão possa ser tomada *ex officio*, ele antes consulte as partes a respeito. Evitar surpresas para as partes é, também, assegurar-lhes o diálogo e, conseqüentemente, o contraditório processual.

125. Cf. Elio Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, esp. p. 7 e *passim*.

escopo magno a pacificação com justiça,¹²⁶ é indispensável que todo ele se estruture e seja praticado segundo essas regras voltadas a fazer dele um canal de condução à *ordem jurídica justa*.

Tal é o significado substancial das garantias e princípios constitucionais e legais do processo. Falar da *efetividade do processo*, ou da sua instrumentalidade em sentido positivo, é falar da sua aptidão, mediante a observância racional desses princípios e garantias, a pacificar segundo critérios de justiça. Em diversos itens acima examinaram-se os reflexos que essas posturas ideológicas projetam sobre a *técnica processual*, ou seja, sobre os seus instintos e a disciplina que recebem, segundo as disposições da lei e a interpretação inteligente do estudioso atualizado.

O que recebe destaque, agora, é a necessidade de incrementar o sistema processual, com instrumentos novos e novas técnicas para o manuseio dos velhos, com adaptação das mentalidades dos profissionais à consciência do emprego do processo como instrumento que faça justiça às partes e que seja aberto ao maior número possível de pessoas. A Reforma do Código de Processo Civil foi uma boa resposta a esses clamores.

38. temas fundamentais do processo civil moderno

Definidos os escopos do processo, como sistema;¹²⁷ examinados os *momentos ou pontos sensíveis* de maior interesse e piores dificuldades para a efetividade do processo;¹²⁸ e destacada por fim a síntese de todas as preocupações modernas pela efetividade do processo (*acesso à justiça*), cumpre agora definir o papel da ciência processual no presente quadrante histórico. Quais contribuições úteis pode o novo pensamento processual trazer para o aperfeiçoamento do sistema? Quais conclusões podem ser tiradas, para encaminhar o processo civil no rumo do cumprimento mais estrito, sem resíduos ou desvios, da sagrada missão de trazer à sociedade como um todo e aos seus membros em particular um clima de mais paz e tranquilidade?

126. Escopo social magno: v. *supra*, n. 21.

127. V. *supra*, nn. 18 ss.

128. V. *supra*, nn. 36 a 36.4.

Na resposta a essas indagações estará provavelmente a justificativa de todo o esforço sistemático dos processualistas da atualidade. Considerando ao mesmo tempo as experiências estrangeiras inovadoras, a legislação brasileira mais recente e as mazelas da nossa realidade nacional, podem ser indicados os seguintes pontos merecedores de atenção: a) a legitimidade ativa *ad causam*; b) a assistência jurídico-judiciária; c) os meios alternativos para a solução de conflitos; d) a simplificação processual; e) o juiz participativo, em diálogo com as partes; f) o direito à prova; g) a atuação do juiz sobre os textos legais, amoldando-os as necessidades da justiça segundo os valores reconhecidos; h) os poderes do juiz, endereçados à efetiva realização dos efeitos dos julgados; i) a propagação da tutela coletiva e abrangente, mais a extensão da eficácia destes. Em torno desses temas é que se reúnem com mais aguda intensidade não só o interesse prático dos destinatários do serviço jurisdicional (*seus consumidores*), dos profissionais e dos idealistas, como também os reflexos mais sensíveis dos efeitos perniciosos da realidade econômica brasileira e de uma mentalidade ligada às velhas matrizes do processo individualista e formal.

O pensamento instrumentalista, centro das atenções da doutrina processual nesta sua terceira fase e objeto central desta obra, expande-se agora para fora de si próprio e das colocações teóricas, buscando as soluções práticas que o justifiquem e sejam capazes de legitimar o sistema processual neste mundo coletivista da atualidade. Tal é o *retorno à dogmática*, que caracteriza o atual momento metodológico do direito processual. Que a consciência dos escopos do processo (escopo jurídico, escopos políticos e sobretudo escopos sociais, sobretudo levando o de pacificação social com justiça),¹²⁹ mais o diagnóstico dos *momentos* da função jurisdicional em que se aglomeram os piores problemas e maiores solicitações de aperfeiçoamento,¹³⁰ possam servir de legítimos pontos de partida de uma evolução realista e construtiva.

Espera-se que o processualista, o juiz, o advogado e o promotor de justiça saibam trazer para o mundo de suas atividades e serviços prestados à comunidade os reflexos práticos do pensamento ins-

129. *Supra*, caps. V-VI-VII.

130. *Supra*, nn. 36-36.4.

strumentalista – seja mediante a racional e produtiva colocação dos problemas com que se depara no dia-a-dia de sua experiência, seja contribuindo com a força de sua experiência e vivência desses problemas, para o aperfeiçoamento da legislação processual.¹³¹

CONCLUSÕES

A – CONCLUSÕES DE ORDEM GERAL

O caráter instrumental do processo, afirmado ao longo de todo este estudo, antes que uma conclusão é o seu próprio tema. Nem é novidade dizer que o processo é um instrumento. No tocante a esse predicado de instrumentalidade, houve a preocupação por três destaques fundamentais, os quais constituem, assim, as conclusões mais amplas:

1. Falar em instrumentalidade exige que se esclareça também qual a tarefa que se pretende através do instrumento considerado, ou seja, qual o fim, ou fins, a serem obtidos através do emprego do meio. Foi por isso que na parte II da obra se dedicaram diversos capítulos ao estado dos escopos da jurisdição (ou do processo, como sistema), com a preocupação de apontar todo o complexo caracterizador da função que o processo exerce, seja perante o direito, seja perante a sociedade, seja perante as suas instituições políticas (cap. IV a VIII).

2. Não basta afirmar o caráter instrumental do processo sem praticá-lo, ou seja, sem extrair desse princípio fundamental e da sua afirmação os desdobramentos teóricos e práticos convenientes. Pretende-se que em torno do princípio da instrumentalidade do processo se estabeleça um novo *método do pensamento* do processualista e do profissional do foro. A propósito dessa idéia, duas séries de considerações foram desenvolvidas, seja ao considerar os reflexos que a clara visão dos escopos processuais há de lançar sobre a técnica processual (cap. VIII), seja no que se disse sobre o duplo sentido da instrumentalidade (cap. IX). O que importa acima de tudo, como ficou dito, é colocar o processo no seu devido lugar, evitando os males

131. Escrevendo após a primeira edição deste livro sobre a postura metodológica do juiz, procurei pôr em destaque as preocupações deste pelo valor justa e suas desconfiâncias diante do processo civil obsoleto e formalista, que para ele aparece como um sistema de entraves às decisões justas (cf.: "O juiz e o processo", in *Fundamentos do processo civil moderno*, 2ª ed., 1987, nn. 128-139, pp. 253 ss. – esse capítulo não está incluído nas edições mais recentes). É tempo de termos o *juiz-cidadão*, que conduza bem o processo para julgar bem e que saiba influenciar os centros de poder com vista a positividade legislativa de novos instrumentos capazes de aperfeiçoar o sistema processual. A participação que tiveram os juizes de São Paulo na elaboração dos anteprojetos da Lei da Ação Civil Pública e da Lei das Pequenas Causas (apoiados na iniciativa pioneira dos magistrados gatuchos) foi uma postura de *juiz-cidadão* que frutificou e merece prosperar.

do exagerado *processualismo* (tal é o aspecto negativo do reconhecimento do seu caráter instrumental) – e ao mesmo tempo cuidar de predispor o processo e o seu uso de modo tal que os objetivos sejam convenientemente conciliados e realizados tanto quanto possível (v. concl. n. 45). O processo há de ser, nesse contexto, instrumento eficaz para o acesso à *ordem jurídica justa*. Para chegar a essas idéias, foi preciso, sem a mínima transigência quanto à autonomia do processo perante o direito material, aceitar a tese da “relativização do binômio substância-processo” (v. esp. nn. 33.1, 33.2, 36.3).

3. O processualista contemporâneo e atualizado vai deixando as posturas puramente técnicas e dogmáticas, que desempenharam seu relevantíssimo papel a partir da fundação da ciência do processo na segunda metade do século passado e durante a primeira deste. Tal foi a fase da *autonomia* do direito processual, que superou os males do *sincritismo* multissecular, mas que agora já cumpriu o seu ciclo de vida. Não se trata de renegar as finas conquistas teóricas desse período que durou cerca de um século, mas de canalizá-las a um pensamento crítico e inconformista, capaz de transformar os rumos da aplicação desse instrumento. Propõe-se, em outras palavras, a duplicidade de perspectivas, para encarar o sistema processual a partir de ângulos externos (seus escopos), sem prejuízo da introspecção do sistema. Foi dito que o processualista moderno já tem a consciência da necessidade de abandonar a visão exclusivamente interna do direito processual em seus institutos, princípios e normas, o que se vê de modo notável na obra dos processual-constitucionalistas. E foi proposta a ampliação das investigações instrumentalistas, passando para o campo da ciência política e chegando a tangenciar o da sociologia do direito (v. nn. 9-14). E foi também, acima de tudo, tentada a sistematização dessas posições todas, sempre com a preocupação de explicá-las e coordená-las em torno da idéia central, que é a instrumentalidade do sistema processual aos seus escopos sociais, políticos e jurídico.

O trabalho tem também a preocupação pela teoria geral do processo, embora partindo da problemática do processo (jurisdicional) civil e tornando especificamente a ele, com os seus resultados. A ótica predisposta, todavia, apesar de particularizada em determinado ramo, não dispensou o exame da teoria geral em si mesma, que ainda é indefinida quanto à sua própria existência e limites (*cf.* cap. II).

Considerou-se muito importante, além disso (atento a severa advertência da melhor doutrina), manter as especulações em níveis e posturas compatíveis com os objetivos, ou seja, com a desejada aptidão a fornecer elementos de enriquecimento ao processo civil.

Por fim, este estudo pretende situar-se na linha da evolução do pensamento e mentalidade do seu autor, reportando-se frequentemente a opiniões e propostas anteriores e tentando a obtenção de sínteses conclusivas. Não só publicações em sede doutrinária foram referidas, como também o seu pensamento expresse em trabalhos profissionais. A intenção foi demonstrar a indispensabilidade da associação teoria-prática, com atenção à concreta fenomenologia do processo, além de extrair dos dados da própria experiência pessoal a demonstração de uma coerência doutrinária e metodológica. As investigações e a construção do trabalho foram conduzidas com plena consciência da enorme dificuldade dessa tarefa de síntese geral de todo o sistema e determinação dos seus rumos fundamentais. Essa tarefa foi um desafio aceito e agora, obra completa, ela é oferecida como convite à reflexão sobre os *pontos sensíveis* em torno dos quais se desenrola e, acima de tudo, sobre a proposta, que contém, da onipresença do raciocínio teleológico na solução dos problemas do processo civil.

B – OUTRAS CONCLUSÕES

Ao longo da exposição, como era indispensável, muitas assertivas foram feitas e compõem o quadro geral da proposta aventada. O tema propicia um trabalho tão amplo que, para ser rigorosamente completo, precisaria decompor-se em todos os itens de um programa de direito processual. Era indispensável, portanto, uma seleção de temas. E ela foi feita a partir da idéia fundamental, afastando-se da visão introspectiva do sistema e debruçando-se sobre conceitos somente na medida em que isso apresentasse valia para a demonstração e desenvolvimento do raciocínio teleológico e instrumental, do conceito de ação, *v.g.*, disse-se somente que o adotado pelo Código de Processo Civil brasileiro é o preferível, porque legitimado pelo sentido instrumentalista que contém.

Com esse critério, vê-se logo por que não se tratou de apresentar conclusões *específicas*, ou *particulares*, em oposição às de ordem

geral trazidas na primeira parte; mesmo não constituindo as colunas mestras do pensamento construído ao longo da obra, as que agora se oferecem não chegam a ser assim particulares. Além disso, não há a preocupação de reapresentar, como *conclusão*, cada um dos pensamentos lançados ao longo de todo o trabalho, ainda que algum deles possa ter alguma originalidade; só mesmo os que guardem relação com o tema fundamental ou com as três idéias recapituladas na primeira parte desta síntese final. A seguir, então, essas conclusões de ordem *menos genérica*.

4. A visão instrumental do processo, com repúdio ao seu exame exclusivamente pelo ângulo interno, constitui abertura do sistema para a infiltração dos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material (a introspecção não favorece a percepção dos valores externos e consciência dos rumos a tomar: v. n. 1).

5. O legislador brasileiro contemporâneo, seja no plano constitucional ou no infraconstitucional, tem sido louvavelmente sensível à tendência instrumentalista, como se vê na implantação do mandado de segurança coletivo, do processo especialíssimo para as causas de menor expressão econômica e de instrumentos para a tutela coletiva (Lei da Ação Civil Pública, Código de Defesa do Consumidor - v. n. 1)

6. O método conhecido como *direito processual constitucional* tem sido de grande significado instrumentalista e de muita utilidade para a tomada de consciência da natureza instrumental do processo (v. n. 2).

7. Existem dois sentidos vetoriais das relações entre processo e Constituição, porque: a) a Constituição dita regras fundamentais e princípios a serem observados na construção e desenvolvimento empírico da vida do processo (tutela constitucional do processo); b) o processo é, por sua vez, instrumento para preservação da ordem constitucional, seja mediante a chamada "jurisdição constitucional" (inclusive a "jurisdição constitucional das liberdades"), seja através da sua utilização cotidiana, em que, ao dar atuação às normas legais ordinárias, está, em última análise, valendo como penhor da observância dos valores constitucionalmente amparados e nelas refletidos (v. n. 3) (esta conclusão tem semelhança com a de n. 42, mas com ela não se confunde).

8. O processo é *miniatura do Estado democrático* (ou *microcosmos do Estado-de-direito*), por ser construído em clima de *liberdade* e com abertura para a *participação* efetiva dos seus sujeitos, os quais são tratados segundo as regras da *isonomia* (v. n. 3).

9. O processo, sendo espelho do Estado em que vive, no Estado-de-direito contemporâneo de cunho social, há de ser também marcado pela legalidade e dotado de meios que assegurem a liberdade e igualdade dos litigantes (v. n. 4) (quanto ao sentido da legalidade, v. contudo o n. 16).

10. Das ligações do sistema processual aos valores constitucionalmente tutelados decorre que o natural é a sua perene correspondência com a ordem constitucional, inclusive acompanhando-a nas mutações por que ela passa (embora historicamente se vejam situações em que a correspondência se atenua) (v. n. 4).

11. O atraso do processo, com relação às conquistas sociais e políticas da Humanidade e da nação (e mesmo com referência ao espírito do direito substancial, evoluído a partir dessas conquistas) deve-se em parte ao preconceito consistente em considerá-lo como mero instrumento técnico, ou considerar o direito processual como ciência neutra (v. n. 4).

12. O sistema processual brasileiro é fundamentalmente o mesmo (tanto o civil quando o penal), desde os tempos do Estado-Novo até ao presente, apesar das mutações políticas por que o país tem passado (v. n. 4).

13. O processo inclui-se entre os "processos informais de mudança da Constituição" (v. n. 4), embora não tenha a função de criar direitos (v. também n. 29), nem seja a jurisprudência fonte do direito (v. também n. 14.3).

14. A afirmação de que a jurisprudência é uma *atividade secundária* só é correta quanto ao seu exercício referente a relações jurídicas privadas regidas pela disponibilidade; formulada em termos amplos e sem ressalvas, ela constitui reflexo de posturas privatistas em direito processual (v. n. 5).

15. Existe um profundo *paradoxo metodológico* no pensamento do processualista brasileiro, pois vive numa ordem político-constitucional em que o processo civil desempenha funções, perante a própria Constituição e o direito público, que nos países da Europa

continental não lhe pertencem — e, mesmo assim são hauridas as construções doutrinárias desses países, onde a marca do privatismo tende a ser mais acentuada do que aqui se toleraria (v. n. 5).

16. O grande prestígio de que no Brasil desfruta o método centrado na *lide* (inclusive, com importantes reflexos no Código de Processo Civil) é manifestação daquelas posturas privatistas (concl. n. 14) e integra o quadro desse paradoxo metodológico (concl. n. 15) (v. n. 5).

17. A publicização do sistema processual é um *valor relativo* e, embora haja muito de privatismo a eliminar do sistema e do pensamento dos usuários do processo, sempre é preciso observar os limites da conveniência e a necessidade de manter o equilíbrio entre exigências opostas (disponibilidade ou indisponibilidade de direitos; princípio dispositivo ou inquisitivo; diversos escopos do processo) (v. n. 5; v. também nn. 31-32).

18. A *teoria geral do processo* constitui fator favorável à tomada de consciência da natureza pública do processo, especialmente no que se refere ao processo civil, o qual recebe, através dela, salutares influxos provindos de outros ramos do direito processual (menos sujeitos a influências privatistas) (v. nn. 5-6).

19. *Teoria geral do processo* é “um sistema de conceitos e princípios elevados ao grau máximo de generalização útil e condensados a partir do confronto dos diversos ramos do direito processual” (v. n. 6).

20. Ela transcende a dogmática processual, não lhe sendo própria a indagação ou formulação de regras, ou normas de direito positivo (v. n. 6).

21. A *teoria geral do processo* não abrange somente os processos em que se exerce a jurisdição (civil, trabalhista, penal), nem apenas os processos *estatais* (jurisdicionais ou não-jurisdicionais), mas também os processos das entidades intermediárias; o critério para a determinação do *âmbito* da teoria geral do processo, com visos de utilidade metodológica, é o do *exercício do poder*, não chegando ela até aos “processos” relativos aos negócios jurídicos (como sustenta parte da doutrina), porque ali inexistente poder exercido (v. nn. 7-8).

22. O *conceito moderno de processo*, envolvendo o procedimento e o contraditório (processo é todo procedimento realizado em con-

traditório), não é privativo do sistema jurisdicional do exercício do poder; daí, as diversas espécies de processos: a) estatal, que é jurisdicional (civil, penal, trabalhista) ou não-jurisdicional; b) não-estatal (entidades intermediárias). Corresponde a um preconceito equivocado a afirmação de que só existe “procedimento administrativo”, não processo administrativo (v. nn. 7, 8, 16).

23. A *introdução do contraditório* no conceito do processo não implica *exclusão da relação processual*: trata-se de uma exigência política (contraditório) e de sua instrumentação jurídica (relação jurídica processual) (v. nn. 8 e 16).

24. *Direito processual (jurisdicional)* é a “disciplina da jurisdição e seu exercício pelas formas do processo legalmente instituídas e mediante a participação dos interessados” (v. n. 8); essa definição dá destaque à jurisdição em primeiro plano, porque também se afirma que, dos institutos fundamentais do direito processual, é ela que ocupa a posição central (e falar em “formas... legalmente instituídas” não significa adotar posição formalista — v. nn. 9 e 16).

25. *Direito processual estatal* é a “disciplina do exercício do poder estatal pelas formas do processo legalmente instituídas e mediante a participação do interessado, ou interessados” (v. n. 8; v. concl. ant.).

26. A visão metodológica de largo espectro que caracteriza a teoria geral do processo em sua utilidade para o processo jurisdicional concentra-se no *compromisso* do Estado a prestar o seu serviço e nas *limitações* postas a esse exercício; no desdobramento desse núcleo central, têm-se todas as garantias fundamentais do processo e a síntese na cláusula *due process of law* (v. n. 9).

27. Para a correta visão do processo e dos rumos a serem impostos ao sistema processual é indispensável buscar *subsídios na ciência política*, pois esta é a sede adequada ao estudo do poder, o poder é que constitui a essência da jurisdição e todo o sistema é construído em torno dele e para o seu exercício (v. n. 10). A ciência política é tomada pelo processualista, portanto, como *ciência auxiliar*: ele vai a ela em busca das suas conclusões mais importantes e as confronta com a realidade do sistema que pratica e conhece, a ver como concilia o que a ciência processual tem construído, com esse sistema de maior espectro. É proposto, inclusive, um *diálogo* entre o processualista e o cientista da política, na tentativa de sugerir a este,

a partir da realidade do poder exercido *sub specie jurisdictionis*, as soluções que essa ótica revelem ser mais adequadas (nn. 10, 11, 14, 14.1, 14.2).

28. O *poder político*, enriquecido então pelos dados que o conhecimento da realidade processual oferece, é definido como *capacidade de decidir imperativamente e impor decisões* (n. 11). Entre as posições doutrinárias que dão realce à *dominação* (preponderância entre os sociólogos) e as que definem o poder a partir da referência feita à *decisão* (preferência dos políticos), o conhecimento da realidade do processo aconselhou optar pela segunda solução (v. nn. 11, 14). Nesse contexto, o valor do *comportamento* do destinatário dos atos de poder e de sua *disposição a obedecer* acaba reduzido a expressão menor, pois existem atos de poder que se consumam, impõem-se e são eficazes sem a menor participação do destinatário (sentenças constitutivas, atos executivos de sub-rogação – v. n. 14.1). Pela mesma razão e na mesma medida, fica também reduzido e delimitado o campo de utilidade da *coerção*, *coercibilidade* e *sancções*; tais conceitos e fenômenos são de aplicação quase restrita ao chamado *cumprimento de sentença* (obrigações de fazer, não-fazer ou entregar coisa certa) e à efetivação de medidas, antecipatórias ou não, ditadas sob a ameaça de imposição de *astreintes* (v. n. 14.2).

29. A coisa julgada material e as preclusões de toda ordem (em qualquer espécie de processos) constituem manifestações do fenômeno a que em ciência política se denominou *imunização ou re-*crudescimento** e que, em medida menor ou maior, está presente em todos provimentos (atos imperativos – v. n. 12); mesmo os provimentos administrativos, os de jurisdição voluntária e os executivos ficam sempre acobertados pela imunização, em algum grau.

30. Embora não seja fonte do direito, isto é, embora não constitua positivação do *poder* em normas de valor geral e abstrato, a jurisdição tem o seu valor pela influência que exerce no comportamento das pessoas em geral e dos juízes. *Influência* é a capacidade de participar na tomada de decisões alheias, que chega ou deixa de chegar ao ponto de caracterizar-se como *poder*; e, quando não chega, ela vale menos que uma ordem, porém mais do que um simples conselho (v. n. 14.3).

31. A jurisdição não é *um* poder, mas *uma das expressões do poder estatal*, que é *uno* (v. concl. nn. 21 e 27). Conseqüentemente, não

se justifica a busca obstinada de diferenças substanciais (ontológicas) entre ela e as outras manifestações desse poder (administração, legislação); as diferenças são meramente funcionais e metodológicas; é muito mais útil a busca do que todas têm em comum, ou seja, a busca da essência do conceito de poder e dos desdobramentos que daí decorrem (v. n. 15). O que distingue a jurisdição está nas suas *características externas*, representadas pelos objetivos em razão dos quais é exercida e pelo seu exercício sempre ligado a casos concretos: tal é a “perspectiva funcional da jurisdição” (v. n. 15).

32. Se o poder estatal é uno e a jurisdição mera expressão dele, não tem sentido a *divisão da jurisdição* em *espécies* (n. 15.1), nem a suposta distinção ontológica entre jurisdição *contenciosa* e jurisdição voluntária: ambas remontam ao conceito unitário de jurisdição e participam das mesmas características desta (v. concl. ant.), residindo nas diversas funções perante o direito material o maior fator da distinção entre elas (v. n. 15.2).

33. O *procedimento*, como integrante do conceito de processo (v. concls. nn. 22-23), tem sua legitimidade fundeada na aptidão a proporcionar às partes a efetividade da participação em contraditório. Diz-se que os provimentos estatais, como atos imperativos de exercício do poder, são legitimados pela realização do procedimento – mas essa legitimação só advém realmente, se e na medida em que o procedimento mesmo seja legitimado pelo contraditório efetivamente oferecido e observada a regra da *paridade em armas* (v. n. 16).

34. Existe um *direito ao procedimento*, que no fundo é direito à participação em contraditório (v. concl. ant.) e que se considera violado nos casos dos chamados *cerceamentos de defesa* (v. n. 16); o direito ao procedimento, todavia, não é motivo suficiente para o *formalismo* no trato do processo, nem conduz à irracional restrição à *liberdade das formas* no processo (n. 16).

35. Todo sistema processual tem como principal *fator legítimamente* a sua compatibilidade com a carga de valores amparados pela ordem sócio-político-constitucional do país. Mas, como a legitimidade em si é fato social e não jurídico (não se confunde com a mera legalidade), não se trata de confrontar somente o processo com a Constituição, mas de projetar esse confronto até à própria realidade axiológica subjacente a esta. Por outro lado, tratando-se de fenômeno sociológico, a legitimidade manifesta-se na *aceitação* geral do poder, pela

população (que não se confunde com a aceitação, ou conformismo, com decisões particularizadas). E, além disso, a legitimidade que aqui se examina é a do sistema em seu funcionamento em dado lugar e momento considerados – não a legitimidade da jurisdição em si mesma, que esta é manifestação do poder e conta, em princípio, com o grau de legitimidade de que este dispõe (v. n. 17).

36. O Poder Judiciário brasileiro tem tido sua *legitimidade arranhada* pela crônica demora e custos elevados, entre outros males de difícil superação (disse-se, até, que ele é o *refúgio da impunidade*): mas a sólida *consistência interna* do sistema e o próprio fato de a população sentir que necessita do seu serviço mantêm a sua legitimidade; a implantação dos juizados especiais tem sido motivo de esperanças na melhor eficiência do Poder Judiciário e, portanto, de maior grau de legitimidade do sistema processual. Em conflitos com o *Estado-inimigo*, a população tem ocorrido em massa ao Poder Judiciário e dele obtido tutela (os cruzados bloqueados, os 147% dos aposentados, etc.). Esses são também dois dados razoavelmente legitimadores do sistema (v. n. 17).

37. Como expressão do poder, a jurisdição tem *objetivos que se relacionam com os fins do próprio Estado*. É impossível definir os escopos da jurisdição (e, portanto, do sistema processual) *sub specie æternitatis*, sendo inexorável a relatividade social e política também nessa matéria. Assim como o fim último do Estado social contemporâneo é o bem-comum, é a *justiça* o escopo-síntese da jurisdição (v. nn. 19-20).

38. A jurisdição não tem um *escopo*, mas escopos (*plural*); é muito pobre a fixação de um escopo exclusivamente jurídico, pois o que há de mais importante é a destinação social e política do exercício da jurisdição. Ela tem, na realidade, escopos sociais (pacificação com justiça, educação), políticos (liberdade, participação, afirmação da autoridade do Estado e do seu ordenamento) e jurídico (atuação da vontade concreta do direito) (v. nn. 19, 21, 22, 24, 29).

39. À técnica processual, como “predisposição ordenada de meios destinados à realização dos escopos processuais”, compete ditar soluções capazes de compatibilizar a busca dos diversos escopos reconhecidos e propiciar a obtenção de cada um deles, dando preponderância ao aspecto mais relevante e conveniente em cada caso. A técnica, enquanto técnica, é ideologicamente neutra, mas toda téc-

nica processual há de ser ditada e construída segundo a visão dos objetivos a serem alcançados (v. nn. 23, 25, 30 e 31).

40. Reafirma-se que o sistema processual não é teleologicamente predisposto à criação de situações jurídicas novas (teoria dualista do ordenamento jurídico), muito embora seja inegável o elevado grau de participação do juiz na determinação da vontade do direito em cada caso concreto; ao juiz não é lícito trazer para as decisões as suas preferências pessoais, senão canalizar os sentimentos da nação e, mediante sua sensibilidade a eles, buscar o sentido das normas (v. nn. 28.3 e 29); os desvios das decisões que se afastam da real vontade do direito podem ser devidos a erros ou arbitrariedades do juiz ou à conduta das próprias partes (v. n. 28.4), mas a sua ocorrência situa-se no campo dos fenômenos e não infirma a assertiva, aqui reiterada, de que ao juiz não compete a criação do direito do caso concreto (v. também n. 28.5). Afastando radicalismos, vê-se que, no entanto, ocorrem diferenças entre as espécies de processos, quanto aos seus escopos específicos – havendo peculiaridades consideráveis nas sentenças constitutivas, nas de jurisdição voluntária em geral e nos julgamentos pelo júri popular; essas peculiaridades não são suficientes, contudo, para sustentar a teoria unitária do ordenamento jurídico (v. n. 28.2).

41. Direito e processo constituem *dois planos verdadeiramente distintos* do ordenamento jurídico, mas estão interligados pela unidade dos escopos sociais e políticos, o que conduz à relativização desse binômio direito-processo (*substance procedure*). Essa é uma colocação acentualmente instrumentalista, porque postula a visão do processo, interpretação de suas normas e solução empírica dos seus problemas, à luz do direito material e dos valores que lhe estão à base (v. nn. 1, 18, 28). Além disso, há certos *pontos de estrangulamento* entre os dois planos, ou seja, dispositivos e institutos com aparência e tradicional tratamento substancial, sendo processuais: trata-se das *condições da ação*, da disciplina da *prova* e da *responsabilidade patrimonial* (v. n. 28.1).

42. As relações entre processo e direito desenvolvem-se em *dois sentidos*, a saber: a) o direito dita normas para disciplinar o exercício da jurisdição mediante o emprego do sistema processual; b) o processo visa a proporcionar a atuação da vontade do direito. Evidentemente, o direito a que alude a proposição a é o direito objetivo

processual de nível legal ou constitucional; e o direito referido na proposição *b* é o substancial (v. n. 28 — esta conclusão assemelha-se de alguma forma à de n. 7, mas com ela não se confunde).

43. O *equilíbrio de exigências conflitantes*, que compete à técnica processual (v. concl. n. 39), consiste na coordenação dos diversos escopos do processo. Fala-se em exigências de *justiça e celeridade*, ou de *celeridade e ponderação*, mas sempre o que se tem é isso: a necessidade de dotar o processo de meios tais que ele chegue o mais rapidamente possível a proporcionar a pacificação social no caso concreto (é o seu escopo social magno), sem prejuízo da qualidade da decisão. A boa qualidade da decisão constitui, por um lado, fidelidade ao direito material (aí o escopo jurídico), mas também, acima disso, penhor da justiça das decisões. Toda a tessitura de princípios e garantias constitucionais do processo (com destaque para a do *due process of law*) é predisposta à efetiva fidelidade aos desígnios do direito material (v. n. 32).

44. *A verdade e a certeza* são dois conceitos absolutos e, por isso, jamais se tem a segurança de atingir a primeira e jamais se consegue a segunda, em qualquer processo (a *segurança jurídica*, como resultado do processo, não se confunde com a suposta certeza, ou *segurança*, com base na qual o juiz proferiria os seus julgamentos). O máximo que se pode obter é um grau muito elevado de probabilidade, seja quanto ao conteúdo das normas, seja quanto aos fatos, seja quanto à subsunção destes nas categorias adequadas. No *processo de conhecimento*, ao julgar, o juiz há de *contentar-se com a probabilidade*, renunciando à certeza, porque o contrário inviabilizaria os julgamentos. A *obsessão pela certeza* constitui fator de injustiça, sendo tão injusto julgar contra o autor por falta dela, quanto julgar contra o réu — a não ser em casos onde haja sensíveis distinções entre os valores defendidos pelas partes. E isso conduz a *minimizar o ônus da prova*, sem contudo alterar os critérios para a sua distribuição. O efeito da revelia e as presunções relativas são manifestações significativas dessa relatividade da convicção do julgador (v. nn. 33, 33.1 e 33.2). Quanto ao *processo de execução*, é o legislador quem renuncia desde logo ao critério de certeza, satisfazendo-se com a probabilidade representada por certos fatos jurídicos, aos quais confere a eficácia abstrata de título executivo; e a tendência brasileira a dilatar o elenco dos títulos executivos extrajudiciais constitui mais

uma manifestação da suficiência da probabilidade e renúncia sempre mais sensível à certeza (v. nn. 33 e 33.3). Com referência às *medidas urgentes* (cautelares ou antecipatórias) a ordem jurídica é praticamente explícita na aceitação da probabilidade suficiente, pois está dito que elas são concedidas com base no *fumus boni iuris* e instrução sumária (v. n. 33.4). Esse sistema de probabilidades suficientes apresenta *riscos* de erro, mas ele próprio fornece o instrumental necessário à sua correção (prova contrária às presunções relativas; prova pelo revel; recursos, ação rescisória; embargos do executado; revocabilidade das medidas urgentes em geral *etc.*).

45. *A instrumentalidade do processo* é vista pelo *aspecto negativo e pelo positivo*. O negativo corresponde à negação do processo como valor em si mesmo e repúdio aos exageros processualísticos a que o aprimoramento da técnica pode insensivelmente conduzir (v. nn. 34 e 35; v. ainda n. 1); o aspecto negativo da instrumentalidade do processo guarda, assim, alguma semelhança com a idéia da instrumentalidade das formas. O aspecto positivo é caracterizado pela preocupação em extrair do processo, como instrumento, o máximo de proveito quanto à obtenção dos resultados propostos (os escopos do sistema); infunde-se com a problemática da *efetividade do processo* e conduz à assertiva de que “o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais” (v. nn. 34 e 36).

46. São quatro os *aspectos fundamentais da problemática da efetividade do processo*: a) admissão em juízo; b) modo-de-ser do processo; c) critérios de julgamento (ou *justiça nas decisões*); d) a efetivação dos direitos, ou *utilidade das decisões* (v. n. 36).

47. Admissão em juízo é problema ligado à abertura da via de acesso ao processo, seja para a postulação de provimentos, seja para a resistência: não só para demandar existe o problema da estreiteza dessa via, mas também para defender-se. Por outro lado, a *questão social*, com os problemas de desigualdade econômica, não exaure o tema da admissão em juízo; este abrange questões que se situam no campo econômico (pobreza, alto custo do processo), no psicossocial (desinformação, descrença na Justiça) e no jurídico (legitimidade ativa individual). A efetivação da possibilidade de admissão em juízo inclui, portanto, medidas em todos esses setores (e as leis para as

causas de menor complexidade e para a tutela jurisdicional ao meio ambiente e outros valores constituem valiosos passos nesse sentido) (v. n. 36.1).

48. Quanto ao *modo-de-ser do processo*, é necessário, em síntese, ter-se um *processo com feição humana*. Entra aqui o valor dos grandes princípios e garantias constitucionais do processo, para que prevaleçam o contraditório efetivo e a igualdade das partes; não só a participação destas é vital, como a real participação do juiz interessado no correto exercício da jurisdição. A *letimidade ad intervenientum* do Ministério Público a intervir constitui também fator para a adequação do processo aos seus escopos; lembra-se ainda o princípio da adaptabilidade do procedimento às concretas situações, bem como a diversidade de procedimentos, ditada para o melhor desempenho da função jurisdicional (v. n. 36.2).

49. Mesmo não sendo o juiz equiparado ao legislador, o *seu momento de decisão é um momento valorativo* e, por isso, é preciso que ele valore situações e fatos trazidos a julgamento de acordo com os reais sentimentos de justiça correntes na sociedade de que faz parte e dos quais ele é legítimo canal de comunicação com as situações concretas deduzidas em juízo. Ele tem na lei o seu limite, não competindo ao Poder Judiciário impor os seus próprios critérios de justiça ou de equidade, mas esses limites têm valor relativo, a saber: sempre que os textos comportem mais de uma interpretação razoável, é dever do juiz optar pela que melhor satisfaça ao sentimento social de justiça, do qual é portador (ainda que *as palavras* da lei ou a *mens legislatoris* possam insinuar solução diferente). Ele há de interpretar a prova e os fatos, também, por esse mesmo critério (v. n. 36.3).

50. A efetividade do processo mostra-se ainda particularmente sensível através da capacidade, que todo o sistema tenha, de produzir realmente as situações de justiça desejadas pela ordem social, política e jurídica. A tutela específica dos direitos, execução em espécie, obtenção de resultados mediante sentenças constitutivas e eliminação de óbices à plena satisfação dos direitos (v.g., mediante as medidas cautelares), são fatores para a efetividade do processo. A tendência do direito processual moderno é também no sentido de conferir *maior utilidade aos provimentos* jurisdicionais (v. n. 36.4).

51. Tal é a idéia do acesso à *justiça*, que constitui a síntese generosa de todo o pensamento instrumentalista e dos grandes princípios

e garantias constitucionais do processo. Todos eles coordenam-se no sentido de tornar o sistema processual acessível, bem administrado, justo e afinal dotado da maior produtividade possível (n. 37). A propósito, afirma-se energeticamente que a própria instrumentalidade do processo, como método, não exaure a sua missão se não for capaz de efetivamente conduzir ao aperfeiçoamento do sistema, na sua vivência cotidiana. O ciclo doutrinário desta fase instrumentalista já fez o que lhe cumpria e este estudo mesmo é uma síntese do que a respeito foi construído com muito brilho e criatividade pelos processualistas da escola contemporânea. Agora, mãos à obra: é preciso, (a) de um lado, dotar o sistema de instrumental bastante ágil e rente à realidade e (b) de outro, influir no espírito dos operadores do sistema, para que empreguem o novo instrumental e também o velho, com mentalidade nova. Sem mentalidade instrumentalista nos juizes, advogados e promotores de justiça, não há reforma que seja capaz de ter alguma utilidade.

52. Nesse retorno à dogmática processual, é sobretudo indispensável a atenção a certos temas que, pela sua relevância para o aperfeiçoamento do sistema, clamam por reformulações ou mesmo ingresso nas preocupações do processualista. Trata-se *a)* da legitimidade ativa *ad causam*; *b)* da assistência jurídico-judiciária; *c)* dos meios alternativos para a solução de conflitos; *d)* da simplificação processual; *e)* do juiz participativo, em diálogo com as partes; *f)* do direito à prova; *g)* da extensão da eficácia dos julgados (n. 38).

53. Finalmente, sustentar a instrumentalidade nos termos do que postula a ciência moderna e está ao longo da presente exposição não significa repudiar os valores subjacentes à garantia constitucional da legalidade e do devido processo legal. A liberdade do juiz encontra limite nos ditames da lei e dizer que esta precisa ser interpretada teologicamente para fazer justiça e que o juiz direciona sua interpretação pelos influxos da escala axiológica da sociedade não significa postular por algo que se aproxime da *escola do direito livre*. Não seria correto imputar esse exagero ao pensamento instrumentalista. Ao longo deste estudo foram salientados diversos pontos em que se manifesta o repúdio às tiranias judiciais, ou imposição da vontade do juiz acima da vontade do direito do país. Eventuais exageros dos operadores do sistema processual sejam debitados a eles e não ao instrumentalismo. E os raros desvios de que se tem notícia consti-

tuem, na soma geral, mal muito menor do que a esclerose interpretativa alimentada pelos temores dos misonieistas.

A *santa cruzada* que o prof. Calmon de Passos enceta contra a instrumentalidade é fruto de sua notória desconfiança no Poder Judiciário brasileiro, a quem atribui imensa irresponsabilidade e o mais elevado grau de falta de confiabilidade. Emprega locuções fortes, como “a viscosidade da decantada instrumentalidade transformada em arma na mão de sicários”; fala dos “frutos perversos, ou peçonhentos”, gerados por ela e diz que em nome da instrumentalidade “hipertrofiaram o papel do juiz”.¹ Mas, ao contrapor *instrumentalidade* e *devido processo legal*, o grande Mestre baiano parece não compreender a grande e nobre mensagem contida na obra dos instrumentalistas do processo civil, que, longe de propugnar por um processo sem regras, querem um processo de feição humana, com o juiz atuando com sua sensibilidade para o valor do justo. Erros do juiz comportam corretivos pela via dos recursos e graças à estrutura do Poder Judiciário em graus diferenciados (*supra*, n. 36.3, esp. p. 362). O dia em que a cláusula *due process* for interpretada como fator esclerosante da participação do juiz no processo, *adeus justiça* e *viva as fórmulas rígidas da lei!*

1. Cfr. “Instrumentalidade do processo e devido processo legal”, n. 2.4, esp. p. 66.

BIBLIOGRAFIA

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Política y proceso*. Madrid, Civitas, 1978.
- _____. *Estudios de teoría general e historia del proceso* (1945-1972). México, Unam, 1974.
- _____. “Justicia y revolución”, in *Política y proceso*. Madrid, Civitas, 1978.
- ALLORIO, Enrico. “Il pubblico ministero nel nuovo processo civile”, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1941.
- _____. “Per una nozione del processo cautelare”, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1936, I.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *El juez: sus deberes y facultades*. Buenos Aires, Depalma, 1982.
- _____. “Jurisdicción y competencia”, in *Revista de Processo*, vol. 37.
- AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 7ª ed. São Paulo, Saraiva, 1980.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. IV. Rio, Forense, 1976.
- _____. *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo, Max Limonad.
- _____. “Natureza jurídica do mandado de segurança”, in *Arquivos do Ministério da Justiça*, n. 114.
- AMBRA, Luiz. *Dos embargos de terceiro*. São Paulo, Ed. RT, 1971.
- ANGELOTTI, Dante. *Teoria generale del processo*. Roma, Foro It., 1951.
- ARAUJO CINTRA, Antonio Carlos de. *Teoria geral do processo*. 29ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2013 (em coop. com Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco).
- _____. *Motivo e motivação do ato administrativo*. São Paulo, Ed. RT, 1978.
- _____. “Abandono da causa”, in *Revista Forense*, vol. 254.
- ARGENTINE, Adolfo Beria di. *Giustizia anni difficili*. Milão, Rusconi, 1985.
- ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de. *Código de Processo Civil comentado*. Vol. V. São Paulo, Ed. RT, 1979.
- ATTARDI, Aldo. *L'interesse ad agire*. Pádua, Cedam, 1958.