

O PODER DIRETIVO DO JUIZ E O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

The directive power of judge and the constitutional model process
Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 1/2018 ||
Revista de Processo | vol. 248/2015 | p. 15 - 39 | Out / 2015
DTR\2015\15848

Luciano Picoli Gagno

Doutor em Processo pela USP. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV. Professor nos cursos de graduação e pós-graduação da FESV e UVV. Advogado. lucianogagno@hotmail.com

Área do Direito: Constitucional; Processual

Resumo: No presente ensaio, trabalha-se com a ideia de um poder diretivo inerente à atividade jurisdicional, situada num Estado Democrático de Direito, onde o aprimoramento da técnica processual se mostra como um meio idôneo e necessário à concretização dos valores constitucionais, principalmente do direito fundamental de acesso à justiça, que deve ser satisfeito independentemente do que se encontra dito ou não no âmbito infraconstitucional. Esta construção passa, para se sustentar, pela teoria dos direitos fundamentais, enxergando-os como mandamentos de otimização a serem satisfeitos na maior medida do possível. Além disto, o estudo abrange ainda a articulação de fundamentos concernentes à ideia de justiça procedimental (processo equo e giusto) e de instrumentalidade processual, que, tanto em seu aspecto positivo como negativo confere substratos ao poder diretivo do juiz e ao seu dever de aprimoramento do acesso à justiça.

Palavras-chave: Poder diretivo - Direito fundamental de acesso à justiça - Dever de aprimoramento da técnica processual.

Abstract: In this essay, works with the idea of a directive power inherent in the judicial activity, situated in a democratic state where the improvement of procedural technique is shown as a means suitable and necessary to achieve the constitutional values, especially the fundamental right of access to justice, which must be satisfied regardless of what is said or not on legal plane. This construction shall be sustained by the theory of fundamental rights, seeing them as optimization commands to be satisfied to the fullest extent possible. In addition, the study also covers the fundamentals concerning the idea of procedural justice (equo e giusto process) and procedural instrumentality, that both in her positive and negative aspects gives substrates for the directive power of the judge and his duty to improve the access to justice.

Keywords: Directive power - Fundamental right of access to justice - Duty to improve the procedural technique.

Revista de Processo • RePro 248/15-39 • Out./2015

Sumário:

- Introdução - 1. O acesso à justiça como um direito fundamental - 2. O acesso à justiça a partir da teoria dos direitos fundamentais: o dever de prestações positivas estatais no âmbito do procedimento - 3. O poder diretivo do juiz de aprimoramento da técnica processual, a segurança jurídica e o devido processo legal (constitucional) - 4. A dupla contribuição do princípio da instrumentalidade para a ideia ora defendida - 5. Conclusão - 6. Referências

Recebido em: 22.07.2015

Aprovado em: 28.08.2015

Introdução

O presente estudo foi desenvolvido a partir do seguinte questionamento: pode (ou deve) o juiz exercitar um poder diretivo no âmbito processual, a partir da interpretação das cláusulas gerais e termos vagos que positivam o direito fundamental de acesso à justiça, ao ponto de criar técnicas processuais não previstas em lei (ou previstas de outra forma, ou para outras hipóteses), aplicáveis não só conforme a peculiaridade de cada caso, mas também no intuito de aprimorar o procedimento e, conseqüentemente, maximizar o atendimento ao direito fundamental de acesso à justiça?

A priori nossa hipótese é positiva, porque no conceito de acesso à justiça (ou de acesso à ordem jurídica justa)¹ inclui-se não só o direito à eficácia da tutela jurisdicional ou à duração razoável do processo, mas também o direito ao contraditório com paridade de armas,² a ampla defesa,³ a publicidade, a fundamentação e ao juiz natural imparcial,⁴ todos componentes do devido processo legal, do processo *equo e giusto* (que é a compreensão europeia do termo anglo-saxão *due process of law*),⁵ ou ainda, do devido processo constitucional, como é oportunamente colocado por Bedaque, ao lecionar que:

“Mas o processo não é, e nem poderia ser, somente forma. Toda a organização e a estrutura desse mecanismo encontram sua razão de ser nos valores e princípios constitucionais por ele incorporados. A técnica processual, em

última análise, destina-se a assegurar o justo processo, ou seja, aquele desejado pelo legislador ao estabelecer o modelo constitucional ou devido processo constitucional”.⁶

A reposta provisória acima colocada, que será confirmada ou não quando da conclusão do presente artigo, pode parecer natural para alguns hoje, todavia, este sentimento não é compartilhado por muitos dos estudiosos e operadores do direito, que ainda se encontram num paradigma liberal positivista e, por isto, pensam haver no posicionamento ora defendido uma grave violação à segurança jurídica e ao devido processo legal, na acepção mais pobre do termo.

Contudo, será visto adiante, que não há como se atribuir à hipótese em foco uma incompatibilidade com a segurança jurídica ou com o devido processo legal, seja porque o poder diretivo do juiz deverá sempre estar em compatibilidade com as normas constitucionais que regulam o processo, seja porque o devido processo legal não pode ser compreendido como uma simples subserviência às regras processuais, devendo sim, traduzir observância ao ideal de justiça consolidado em nosso Diploma Político,⁷ por meio da positivação de valores na forma de modais deonticos,⁸ como exposto no seguinte magistério de Comoglio:

“– il processo, dunque, è due (od, a seconda delle versioni linguistiche, ‘dovuto’, debido, devido), non perché sia compiutamente regolato da norme di legge rigide e precostituite, ma piuttosto in quanto rappresenta la garanzia positiva di un ‘diritto naturale’ del singolo ad un processo ‘informato a principi superiori di giustizia’”.⁹

Outrossim, refutar o poder diretivo do juiz seria negar qualquer eficácia ao anseio do constituinte por um efetivo acesso aos direitos,¹⁰ consubstanciado pelos direitos de petição (art. 5.º, XXXIV, a, da CF (LGL\1988\3)) e de inafastabilidade do poder jurisdicional (art. 5.º, XXXV, da CF (LGL\1988\3)), dando-se maior importância a edição de leis infraconstitucionais, ou seja, condicionando-se a eficácia de normas constitucionais à existência de normas hierarquicamente inferiores, por um mero apego ao legalismo exacerbado, decorrente de uma ideologia¹¹ extremamente retrógrada, que temia a liberdade interpretativa do magistrado na compreensão de conceitos vagos (tais como os valores expressos em âmbito constitucional), outorgando um poder absoluto ao legislador.¹²

Nesse contexto, cumpre consignar ainda que: se o processo tem por anseio a pacificação social com justiça,¹³ finalidade esta que deverá orientar toda a compreensão das regras processuais mediante a realização de uma interpretação teleológica,¹⁴ não há como sujeitar esse fim maior a um legalismo, que além da trazer uma pseudosegurança, impede a concretização do acesso ao direito material.

Destarte, seguiremos a trilha acima aberta, passando primeiramente pela fundamentação do acesso à justiça como um direito fundamental, depois pela defesa da necessária e imediata observância das normas de direito fundamental, que são mandamentos de otimização satisfeitos em medidas, depois pela refutação dos argumentos contrários a nossa hipótese, concernente à segurança jurídica e ao devido processo legal, até, por fim, realizar uma conexão no último tópico entre a teoria da instrumentalidade do processo e a nossa proposta.

1. O acesso à justiça como um direito fundamental

Inicialmente, cabe-nos discernir racionalmente o motivo de ser o acesso à justiça um direito fundamental.

Para tanto, num primeiro momento podemos fazer uso das lições de Schmitt, citada por Robert Alexy (que discorda do referido posicionamento) e consubstanciada nas seguintes palavras:

“Um critério que associa elementos *substanciais* e *estruturais* pode ser encontrado na definição de direitos fundamentais de Carl Schmitt, segundo a qual os direitos fundamentais são “apenas aqueles direitos que constituem o fundamento do próprio Estado e que, por isso e como tal, são reconhecidos pela Constituição”.¹⁵

No ensejo, cumpre consignar a título de esclarecimento, que para Alexy a definição de quais seriam os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição alemã deverá se alicerçar em algum ou alguns dos seguintes critérios: substancial, estrutural e formal, sendo este último, o que ganhou a adesão do referido autor.¹⁶

Para nós, todavia, o critério formal utilizado de maneira isolada não teria o condão de proporcionar uma resposta satisfatória à questão de ser ou não o acesso à justiça um direito fundamental, mesmo porque, para nós, seres racionais, devem sempre (ou quase sempre) existir razões substanciais que justifiquem a forma e, nessas circunstâncias, não há como se relegar o critério substancial manejado por Schmitt na elaboração de sua definição de direitos fundamentais.

Diante da lição supracitada, qual seja, a de que os direitos fundamentais são aqueles que constituem o fundamento do Estado, podemos concluir que em qualquer Estado de Direito (ou Democrático de Direito, como a própria Constituição denomina o atual paradigma vivenciado),¹⁷ o acesso à justiça será considerado também um direito fundamental, por ser um componente estrutural imprescindível, sem o qual não há como se pensar em Estado de Direito, ao menos com o molde em foi forjado e vem se desenvolvendo desde a sua origem, ou seja, como um Estado em que existem normas preestabelecidas e onde todos se sujeitam a elas, independentemente das diferenças materiais.¹⁸

Ora, se a marca do Estado de Direito é a existência de normas preestabelecidas às quais todos se submetem, como dizer, então, que o acesso à justiça para a proteção e imposição coercitiva desses direitos não seria um dos fundamentos desse Estado? Sem ele, de nada valeria as suas principais marcas, acima já mencionadas, ou seja, sem ele, não se poderia falar em Estado de Direito, mas talvez em Estado de Conselhos.

Outro modo de se fundamentar o acesso à justiça como direito fundamental é através das lições de Comparato.¹⁹

Nesse sentido, ele ensina que os direitos humanos são direitos inerentes à natureza humana, somente a ela e a toda ela,²⁰ natureza que nos diferencia de todos os demais animais e tem como marca principal o uso da razão, que nos permite ser conscientemente livres e iguais,²¹ características peculiares e ao mesmo tempo universais, que só podem ser exercitadas se houver um órgão estatal imparcial que se preocupe em garanti-las.

Não se mostra demasiado registrar, que tais características é que proporcionam a dignidade da pessoa humana, ou seja, a dignidade é consequência da nossa consciência de liberdade e igualdade.

Tal digressão tem por sustentáculo o magistério de Comparato, no seguinte sentido:

“Ora, a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo, como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita”.²²

Diante da constatação de que não há liberdade nem igualdade sem o acesso à tutela dos direitos, ou seja, não há como se falar em humanidade e dignidade humana sem a possibilidade de proteção dos direitos garantidos a todos os seres naturalmente livres e iguais, pode se concluir por consectário, que não há como se contestar a ideia de que o acesso à justiça é um direito humano e fundamental, mesmo porque consta da nossa Constituição (e aí aparece a importância do critério formal,²³ que robustece nosso discurso), justamente no espaço destinado aos direitos fundamentais, preceitos como: direito de petição, inafastabilidade do órgão jurisdicional, contraditório, ampla defesa e juiz natural, tudo levando a crer que há uma preocupação axiológica de nosso Diploma Político com o acesso de todos os cidadãos aos direitos assegurados em nosso ordenamento, pois um homem sem direitos ou com um simulacro de direitos não será livre nem igual, não tendo a sua dignidade respeitada, ao contrário do que determina a sua natureza.

No ensejo, cumpre esclarecer, que mesmo quando o direito material tutelado não seja considerado um direito humano, por exemplo: no caso do cumprimento de uma obrigação de fazer uma benfeitoria voluptuária, ainda assim o acesso à justiça deverá ser visto como um direito fundamental, pois o que lhe empresta tal característica não é a natureza do direito material tutelado, mas a natureza humana, que, insista-se, para ser plenamente, ao contrário dos demais animais, precisa de direitos que, por mais singelos que sejam, consagrem, ainda que indiretamente, a liberdade e a igualdade humana, além de meios para protegê-los.

2. O acesso à justiça a partir da teoria dos direitos fundamentais: o dever de prestações positivas estatais no âmbito do procedimento

Diante da constatação alcançada no item acima, de que não há liberdade nem igualdade sem o acesso à tutela dos direitos,²⁴ ou seja, não há como se falar em humanidade e dignidade humana sem a possibilidade de proteção dos direitos garantidos a todos os seres naturalmente livres e iguais, pode se concluir por consectário, que não basta garantir o acesso à justiça mediante enunciados normativos contidos no Diploma Político, segundo os quais todos têm o direito de peticionar ao Poder Público, cabendo a este apenas não obstaculizar tal direito, pois tal enunciado seria quase que equivalente a nada dizer, como bem ensina Marinoni ao afirmar que:

“Porém, o direito de ação, diante do Estado constitucional, está muito longe de ter apenas o significado de uma garantia contra o Estado. Quando se toma em consideração a proibição de o Estado vedar o acesso à jurisdição diante de determinada situação ou de excluir do Poder Judiciário uma afirmação de lesão ou de ameaça direito, o direito fundamental de ação se porta como uma garantia contra o Estado, ou ainda como uma garantia de que o Estado não faça algo para impedir o exercício do direito de ação e o acesso à justiça. Acontece que o direito fundamental de ação, assim como acontece com os direitos fundamentais no Estado constitucional, exige prestações estatais positivas voltadas a sua plena realização concreta”.²⁵

Ora, de que adiantaria uma previsão expressa no sentido de que o Estado, detentor do poder de tutelar os direitos e substituto da autotutela primitiva se abstinhasse de tolher a possibilidade de obtenção de proteção das pessoas e seus bens, sem que, em contrapartida, o mesmo Estado oferecesse uma instância equidistante das partes para solucionar os conflitos, sem que se criasse um procedimento normativo disciplinador desta atividade,²⁶ sem que se garantisse o direito pleno de defesa e sem que se criassem mecanismos aptos ao enfrentamento dos problemas inerente a atividade de judicar, tais como a demora no oferecimento de respostas, a irresignação do que sucumbe com a decisão de um único magistrado, a dificuldade prática de se efetivar os provimentos e outros?

Colaborando com a resposta a tal problema, Canotilho, um dos representantes da ideia de um direito fundamental a prestações de procedimento – também para que se possibilite o direito de defesa e de qualquer direito material, rememorando as lições de Goerlich, ensina que:

“Em termos teóricos, a existência de um direito subjetivo no procedimento/processo poderia desenvolver-se a partir da tese de *Goerlich*: qualquer direito material postula uma dimensão procedimental/processual, e, por isso, reconhecer um direito material constitucional implica necessariamente reconhecer um direito subjetivo do procedimento/processo indispensável para garantir a eficácia do direito material”.²⁷

Percebe-se assim, que somente com uma postura mais proativa, a cargo do legislativo e do próprio judiciário,²⁸ que se traduza não só na criação de toda uma técnica processual,²⁹ mas também na adequada compreensão e aplicação das normas procedimentais, de maneira a atender a base axiológica constitucional pátria, se pode efetivamente satisfazer o Direito Fundamental de Acesso à Justiça, extraído mediante uma interpretação teleológica e sistemática³⁰ dos direitos de petição, à inafastabilidade da tutela jurisdicional, ao contraditório, à ampla defesa, ao juiz natural, à motivação e à publicidade dos atos processuais, ou seja, de todo o arsenal ético-processual³¹ armazenado pelo nosso diploma político no título dos Direitos e Garantias Fundamentais.³²

Enveredando por rumo convergente, Alexy detecta, com apoio na jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional alemão, uma inadequação da interpretação meramente literal das disposições de direitos fundamentais, razão pela qual, visando superar este déficit hermenêutico, trabalha com a ideia de normas atribuídas, quais sejam: aquelas que se encontram subjacentes nas normas expressas, ensinando que os direitos fundamentais, normalmente, gozam de uma abertura semântica e estrutural que não só permite como exige uma atribuição de sentido aos enunciados normativos.³³

Essa abertura semântica (conceito semelhante ao de termos vagos) decorre da utilização de expressões excessivamente indeterminadas, tais como os termos igualdade, liberdade, segurança e outros, que precisam ser densificados por regras semânticas criadas pelos exegetas.³⁴

Já a abertura estrutural (conceito similar ao de cláusula geral) é um consectário da indeterminação dos resultados advindos da correta aplicação da norma, ou mesmo de sua desobediência, ou seja, existem normas que não contêm explicitamente um dever estatal de intervenção, ou de abstenção, carecendo, por isto, de um maior esforço exegético.³⁵

Tal percepção é importante, pois o objeto do presente estudo envolve justamente duas disposições de direito fundamental com uma abertura estrutural (cláusulas gerais) nítida, qual seja: não se consegue, por meio de uma interpretação meramente literal, determinar todas as consequências das disposições de direitos fundamentais insculpidas no art. 5.º, XXXIV, a, e XXXV, da CF/1988 (LGL\1988\3), que disciplinam vagamente o direito de petição aos órgãos públicos e à inafastabilidade da tutela jurisdicional respectivamente,³⁶ ou seja, através de apenas uma leitura fria de tais enunciados não se consegue extrair com facilidade os seus anseios, que podem ser traduzidos num dever estatal de prestações que propiciem a resolução efetiva dos problemas levados ao seu crivo, como também num dever estatal de mera disponibilização de um serviço de protocolo para o recebimento de reclamações, bem como de abstenção à imposição de obstáculos legais ao acesso à justiça, dependendo por certo da ideologia do intérprete, ou seja, do sistema de ideias que conformam o seu pensamento,³⁷ que pode deitar raízes em posturas exclusivamente liberais ou ter como meta também o equilíbrio social e democrático, em consonância com uma liberdade substancial.

Nesse sentido, Alexy, utilizando de um exemplo contido na constituição alemã, ensina que:

“A *abertura estrutural* característica de inúmeras disposições de direitos fundamentais, pode ser identificada no caso do art. 5.º, § 3.º, 1, da Constituição alemã na impossibilidade de se determinar, a partir do mero dever de que ciência, pesquisa e ensino sejam livres, se essa situação deve ser realizada por meio de ação estatal ou se exige abstenções estatais, e se a existência ou a realização dessa situação pressupõe ou não a existência de direito subjetivos do cientistas que digam respeito a liberdade científica”³⁸ (grifo do original).

Feitas tais considerações, é possível consentir com o fato de as normas constitucionais anteriormente mencionadas serem, indiscutivelmente, normas com uma abertura estrutural tal que demande o estabelecimento, pelo intérprete, mediante uma visão sistemática, das providências estatais advindas de sua observância, para que não restem esvaziadas de eficácia, cabendo a partir daí, concluir, que uma interpretação literal, que conduza a um resultado meramente declaratório,³⁹ ou seja, que apenas reconhece um dever estatal formal de receber petições dos cidadãos e de não obstaculizar o ingresso com demandas judiciais será insuficiente ou até inútil, pois de tal forma haverá apenas um simulacro de acesso à justiça, de garantia da liberdade e da igualdade entre as pessoas.

A resposta ora obtida nos permite afirmar, então, que as normas em questão, relativas ao acesso à justiça, para cumprirem o seu escopo, permitindo uma proteção concreta da autonomia e da igualdade humana, devem ser compreendidas como deveres impostos ao Estado (legislador e juiz),⁴⁰ de elaboração e constante aperfeiçoamento da técnica processual (que se dará pela interpretação das cláusulas gerais a fim de se criar mecanismos que maximizem a satisfação dos direitos fundamentais, dentro das possibilidades fácticas e jurídicas existentes), a fim de que o acesso à justiça seja garantido na maior medida destas possibilidades, conforme bem ensina Alexy, ao dissertar sobre as normas princípios que constituem os direitos fundamentais como mandados de otimização, senão observe:

“O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamento de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes”.⁴¹

Esse ponto é de singular relevo para a correta compreensão de nossa proposta, pois o que se pretende com a defesa de um poder diretivo do juiz no aperfeiçoamento constante da técnica processual, através mesmo de uma atividade criativa (decorrente da interpretação das cláusulas gerais e termos vagos), é a satisfação em maior medida do direito fundamental de acesso à justiça, contido em nosso Diploma Político por meio de princípios densificadores de valores como liberdade e igualdade, e que encerram direitos como a petição ao Poder Público e a inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Dessa forma, visto tais princípios como mandamentos de otimização que devem ser atendidos em graus, na maior medida das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, concluímos também que o dever de aperfeiçoamento da técnica processual aqui advogado não visa somente eliminar do sistema jurídico graves violações à ordem constitucional, mas também e, principalmente, satisfazer a essa natureza principiológica das normas que denotam uma preocupação com o acesso à justiça, com a criação de técnicas que atendam em maior medida ao acesso a justiça, ou seja, ainda que exista uma técnica adotada na condução de um procedimento, seja ela formal ou decorrente dos costumes, que aparentemente atenda ao anseio constitucional por uma justiça, eu devo me perguntar em que medida ela atende a tal anseio e se seria possível atendê-lo em maior grau com a adoção de uma técnica distinta, mais expedita e igualmente preservadora do valor segurança, ou mais segura e igualmente preservadora do valor eficácia.

Mediante essa postura, eu passo a admitir, por exemplo, uma aplicação analógica do art. 544, § 3.º, do CPC (LGL\2015\1656),⁴² no âmbito dos Tribunais de Justiça, passo a admitir a inversão do ônus da prova em processos que não versem sobre direito do consumidor e passo a ter como indispensável uma fundamentação sobre os fatos que abranja alguns pontos do direito probatório, indispensáveis à uma série de conclusões normalmente exigidas em tal momento, além de outras inovações não previstas em lei, que atendam em maior medida o anseio por uma justiça eficaz e segura.

Nesse contexto, o direito fundamental de acesso à justiça, para que tenha a sua eficácia controlada pelos indivíduos e atendida pelo Judiciário, deve ser tido como um direito subjetivo, exigível pelo cidadão das instâncias estatais (Legislativo e Judiciário) a quem compete à proteção de tal direito, sob pena deste dever estatal não gozar de nenhum mecanismo institucional de exigência, o que seria inconcebível ante a sua autoaplicabilidade.⁴³

Destarte, frente a tudo que foi exposto até aqui, já nos encontramos embasados o suficiente para realizarmos, sem medo de equívocos, a seguinte afirmativa: o direito fundamental de acesso à justiça deve denotar uma justiça substancial e não o mero ingresso com demandas, sendo exigido, por consequência, principalmente do Poder Judiciário, que é quem tem o dever primordial de proteger os direitos fundamentais, autoaplicáveis por natureza,⁴⁴ um constante aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, através da utilização de técnicas processuais (inéditas ou adaptadas) mais aptas ao alcance de tal resultado, o que, por óbvio, exigirá uma motivação dotada de razoabilidade, aceitabilidade⁴⁵ e preocupada com o modelo de processo encerrado pela nossa Constituição, ou seja, com um devido processo constitucional.⁴⁶

Obviamente que em alguns casos (como, por exemplo, no estabelecimento de multa pecuniária pelo inadimplemento de obrigação de pagar quantia certa em execução provisória decorrente de tutela de urgência)⁴⁷ problemas advirão da utilização desse amplo poder diretivo, principalmente quando em contraposição a satisfação do valor segurança em maior medida aparecer o valor eficácia, ou o contrário, todavia, para esses casos, mostra-se suficiente um método de raciocínio e fundamentação como o da proporcionalidade, baseado na argumentação sobre as características que permeiam o caso em espécie e, que verifique, primeiramente, a adequação da providência (possibilidades fáticas), em segundo lugar a necessidade da mesma para a produção do efeito pretendido (ou seja, saber se há outro método menos conflitante – possibilidades fáticas) e, por último, a proporcionalidade em sentido estrito, avaliando mediante um sopesamento entre os interesses conflitantes, qual terá precedência para o caso em concreto (possibilidades jurídicas).⁴⁸

Sob a ótica do direito fundamental ao procedimento, cabe ao Estado legislador e juiz a efetivação, por meio de prestações positivas, do direito fundamental de acesso à justiça contido no nosso modelo constitucional de processo, necessidade que a nosso ver só será satisfeita na medida em que o Judiciário assuma concretamente o papel de guardião desse direito e, portanto, o necessário poder diretivo do juiz como matriz de uma nova mentalidade, diferente do legalismo até então reinante, que se mostrou incapaz de colocar o Poder Judiciário numa posição confortável perante a sociedade, que na maior parte das vezes não se satisfaz com a demora e com o formalismo de seus membros, chegando-se assim ao seguinte tema: instrumentalidade e sua dupla contribuição ao poder diretivo do juiz, que será visitado no último tópico, após o enfrentamento das críticas à nossa proposta.

3. O poder diretivo do juiz de aprimoramento da técnica processual, a segurança jurídica e o devido processo legal (constitucional)

Para os críticos à posição perfilhada neste ensaio, o poder diretivo do juiz expresso na criação da técnica processual (a partir de cláusulas gerais contidas na Constituição como direitos fundamentais) esbarraria no óbice da segurança jurídica, trazendo surpresas às partes e violando, com isto, a cláusula do devido processo legal.

Entretanto, no ensejo, duas observações a essas críticas devem ser realizadas.

Em primeiro lugar, cumpre-nos registrar que o poder diretivo do juiz não é uma criação ilimitada da técnica processual, ou seja, livre de qualquer parâmetro, de qualquer orientação; muito pelo contrário, ele tem por norte os princípios constitucionais (mandados de otimização que devem ser atendidos na maior medida possível),⁴⁹ que traduzem direitos fundamentais autoaplicáveis e o vinculam, a fim de que o procedimento não se sujeite ao arbítrio do julgador.⁵⁰

Dessa maneira, sempre que o magistrado, em virtude das necessidades e possibilidades de satisfação em maior medida de valores como efetividade e segurança, perceber motivadamente que, para satisfazer ao anseio constitucional por justiça (consubienciado no direito de petição, a inafastabilidade da tutela jurisdicional, ao contraditório, a ampla defesa, ao juiz natural, a publicidade, a motivação e a razoável duração do processo), deve ser realizado um ato processual não previsto na lei ou previsto de maneira inadequada, deverá lançar mão das normas de direitos fundamentais que densificam essa apetência por justiça, ou seja, dos princípios constitucionais relativos ao processo, para, a partir deles ter uma diretriz objetiva que diminua a possibilidade de predominância de subjetividades em detrimentos dos valores democraticamente consagrados, aplicando, se necessária, a máxima da proporcionalidade.

Obviamente que os mais conservadores falarão que a criação da técnica processual, com base na interpretação das normas constitucionais, pela vagueza e generalidade de seus termos, pela abertura semântica e estrutural de suas disposições,⁵¹ não poderia propiciar o alicerce necessário ao poder diretivo na criação de mecanismos procedimentais, todavia, aqueles que se filiam a tal corrente, deverão enfrentar as seguintes questões: Primeiramente, será que o Diploma Político brasileiro criou um legislativo absoluto, ou ele deve se submeter aos cânones constitucionais, inclusive aos portadores do *status* de cláusula pétrea? Se ele deve se submeter às normas constitucionais, expressão democrática da vontade e da cultura da nação brasileira, qual seria a eficácia dessa pretensa submissão num país em que nenhum poder estatal, além do próprio legislativo, pudesse controlá-la? Se não houvesse tal submissão, qual então seria o papel da norma insculpida no § 1.º do art. 5.º da CF (LGL\1988\3),⁵² que determina a aplicação imediata das disposições de direitos fundamentais?

Parece muito claro que as respostas a tais perguntas conduzirão sem dificuldade a hipótese *a priori* inserida na introdução, razão pela qual, pode se concluir que diante de tantos preceitos constitucionais reguladores do processo, que apesar de genéricos tem aplicação imediata, não há como se refutar o poder diretivo do juiz no constante aprimoramento da técnica processual como uma concepção coerente com o modelo constitucional brasileiro de processo e decorrente das cláusulas gerais que forjam este modelo.

Retirar do Judiciário o dever de efetivação das normas constitucionais seria criar um simulacro de Estado Democrático Constitucional, bem como desconfiar da capacidade dos sujeitos investidos de jurisdição em nosso país e do processo como um instrumento dialógico (*dibattimentale* na concepção europeia de processo *equo e giusto*),⁵³ que prima pela participação individual (sempre que faticamente possível) de todos os afetados, devidamente representados por profissionais com formação jurídica e que ainda permite a submissão da decisão proferida a um longo caminho recursal, que impõe a sua reanálise perante uma instância hierarquicamente superior, divididas em órgãos compostos sempre por mais de um magistrado, tendo, por isto, chances tão boas quanto às do processo legislativo de interpretar os termos vagos e as cláusulas gerais dos direitos fundamentais de maneira razoável e aceitável.⁵⁴

Seria também condenar a sociedade à submissão a leis procedimentais anacrônicas, que não acompanham a evolução social e tecnológica, ou ainda, condenar o legislativo à revisão incansável de dispositivos legais ultrapassados, que já não atendem no contexto atual, na maior medida do possível, ao direito de um acesso efetivo à ordem jurídica justa.

Tratando do conflito sempre presente no ofício jurisdicional, entre aqueles que compreendem a atividade de interpretação das normas como atividade desprovida de uma lógica própria a ser seguida por diferentes magistrados⁵⁵ e aqueles que acreditam na racionalidade de tal processo e na razoabilidade de suas conclusões, Perelman ensina que:

“Mas se vemos numa língua um instrumento de comunicação e de ação, adaptável a fins variados e não apenas a fins científicos, já não é questão de modelá-la por uma língua ideal, caracterizada pela univocidade, pela ausência de imprecisão e de ambiguidade. Estas características que exigimos de uma linguagem formal, tal como a da lógica das matemáticas, não podemos impô-las a qualquer linguagem, seja qual for o fim para o qual a utilizamos. Uma língua, elaborada para um único fim, é frequentemente inapta para outro: a língua dos cálculos não é a língua dos poetas ou dos diplomatas, sem a dos juristas. Resulta daí que, em vez de considerar a língua natural uma forma de

aproximação imperfeita de uma língua formal, aquele que argumenta toma como ponto de partida de seu raciocínio teses formuladas na língua do auditório ao qual se dirige, e que normalmente é uma língua comum. Não verá na língua formal senão uma adaptação e uma regularização de uma parte da linguagem natural, adequada aos fins perseguidos pelos lógicos e matemáticos, e pelos estudiosos que utilizam em suas pesquisas modelos matemáticos”.⁵⁶

Percebe-se assim que o fato de se aderir ao poder diretivo do juiz não significa concordar com um procedimento caótico e surpreendente, causador de uma indesejada insegurança jurídica, mas denota sim uma preocupação com a efetivação das normas constitucionais, que tem o papel de demarcar os limites do poder criativo do juiz e do legislativo, pretensão esta que emerge com toda a força após a segunda guerra mundial.⁵⁷

Conclui-se, portanto, que não há como se atribuir uma insegurança jurídica ao poder diretivo do juiz, decorrente de hipotéticas surpresas que ocorreriam no curso do procedimento, principalmente por tal poder não significar o desprezo ao direito ao contraditório em sua acepção mais moderna, de contribuição na formação da decisão jurisdicional.⁵⁸

Enfrentada a primeira barreira imposta por muitos legalistas ao poder diretivo do juiz, cumpre-nos ainda responder àqueles que veem no devido processo legal um óbice à posição ora defendida.

O devido processo legal, cláusula constitucional que deita raízes no direito anglo-saxão⁵⁹ e prevista como um direito fundamental dos indivíduos pela nossa Constituição Federal teve sua origem marcada pela necessidade de limitação do poder concentrado na mão de um único soberano, quando então se reconheceu o direito dos indivíduos de serem processados conforme a lei de sua terra (*law of the land*).⁶⁰

Entretanto, tal preocupação, obviamente, não significava que o processo deveria tramitar conforme um código de regras específico, mesmo porque, na matriz jurídica do *comon law* não se tinha notícias de um Código de Processo Civil, principalmente na época em que a história registra ter ocorrido a consagração de tal preceito, qual seja, no século XIII.⁶¹

Por esse rumo, parece inegável que o dispositivo em questão permite-nos concluir que o espírito dessa norma tinha por escopo primitivo somente garantir a aplicação de um procedimento pré-constituído, ou pelo menos respeitador dos direitos pré-constituídos, já que nenhum procedimento era exaustivamente previsto, assim como hoje ainda não é, razão pela qual o devido processo legal nunca pôde ser compreendido como uma cláusula de conteúdo rígido e preciso.⁶²

Nesse ponto, podemos concluir que o devido processo legal não deve ser discernido com uma mentalidade exacerbadamente legalista, que exclua do âmbito desta cláusula os direitos constitucionais, ou seja, para a efetivação do devido processo legal, não basta que se respeite a lei infraconstitucional, devendo-se obedecer, inclusive com maior preocupação, por razões lógicas decorrente da hierarquia das normas, os direitos constitucionais que influenciam na condução do processo, reprisando-se nesse momento, que isto é até mesmo uma necessidade decorrente da incompletude das regras processuais, que por razões naturais não acompanham a dinamicidade da evolução das relações sociais e tecnológicas.⁶³

Dessa maneira, com base nesse argumento, o devido processo legal jamais poderá ser suscitado para se impedir o aprimoramento da técnica processual fundado em uma norma constitucional, pois, insista-se, não há razões para se entender que as normas constitucionais não estejam no âmbito da legalidade apreçoada pela referida cláusula.

Tal afirmação decorre até de um raciocínio *a fortiori*, pois se o processo justo exige a obediência da lei pré-constituída, com muito mais razão exigirá a observância das normas constitucionais, que são, insista-se, hierarquicamente superiores, vinculando inclusive a validade das leis infraconstitucionais.

Percebe-se assim, que hoje, o estrito cumprimento da cláusula do devido processo legal exige também a obediência aos preceitos constitucionais relativos ao processo, razão pela qual o mais exato seria que falássemos, hodiernamente, num devido processo constitucional, onde valores como contraditório, efetividade e juiz natural deverão ser preservados, como bem ensina Bedaque ao afirmar que:

“Desde que observado o contraditório e não sejam prejudiciais a qualquer das partes, adaptações do procedimento as peculiaridade do caso concreto atendem à ideia de processo justo, tal como regulado pela constituição”.⁶⁴

Apesar de o mencionado autor falar apenas da possibilidade de adaptações do procedimento em concreto, ou seja, conforme as particularidades do caso em espécie que esteja sendo julgado, ao contrário da proposta mais agressiva contida no presente, de dever de adaptação ou criação de mecanismos mais condizentes não só com as características do caso, mas de toda a sociedade moderna (ou pós-moderna) e das novas concepções por ela formuladas, em busca de uma otimização do acesso à justiça, os ensinamentos por ele explicitados dão sustentáculo a afirmativa feita neste tópico, concernente ao atual conteúdo do devido processo legal e introduzem uma nova forma de pensar, que constitui percurso indispensável para que se consinta também com o que vem sendo agora apreçoado.

Nesse sentido, registra-se que o devido processo legal (re)assume hoje, principalmente, volto a dizer, após a segunda guerra, um significado substancial, ou seja, que externa a preocupação com valores que traduzam uma justiça procedimental, mesmo porque, a nossa Constituição Federal está repleta de dispositivos que tem esse objetivo, qual seja, de propiciar não só uma justiça concernente ao direito material, mas que também abranja a forma, dando-lhe uma conotação ética, preocupada com valores como a participação e a efetividade.

Nesse sentido, Comoglio ensina que:

“Poiché, dunque, tra questi inviolabili diritti si coloca, con grande rilievo, anche lo stesso diritto ad un processo ‘giusto’ ed all’inderogabile rispetto delle sue garanzie ‘minime’ (ossia, in altre parole, il diritto ad una giustizia procedurale in senso lato), l’ética che lo anima è, appunto, l’insieme di quei valori fondamentali di civiltà e di democrazia, dai quali traggono origine, secondo le premesse giusnaturalistiche del moderno Stato di diritto, il riconoscimento e la inderogabile protezione dei diritti inviolabili dell’uomo”.⁶⁵

Hoje, portanto, o devido processo legal sofre maior influxo de um neojusnaturalismo,⁶⁶ que concebe como parte de uma justiça natural,⁶⁷ inerente a qualquer sistema que tem o ser humano como bem maior, um fim último e não um meio para a consecução de outros objetivos, os direitos à participação, à publicidade dos atos, à motivação dos mesmos, à eficácia do instrumento e a um julgamento imparcial e oriundo de um órgão pré-constituído,⁶⁸ o que torna a expressão processo *equo* e *giusto* também muito adequada para designar o devido processo legal.⁶⁹

As atrocidades praticadas por estados-nações durante a segunda guerra⁷⁰ desbancaram o positivismo exacerbado (por certo período dominante)⁷¹ e demonstraram o quanto nociva poderia ser uma interpretação restritiva do devido processo legal, que se limitasse a vinculá-lo a lei, ignorando um senso de justiça natural devida a todo e qualquer ser humano que demande o Judiciário, último garantidor da liberdade e igualdade humana, ainda que indiretamente, quando apenas reconhece um direito de crédito ou de posse.

Em verdade, na prática, inúmeros são os atos praticados pelo magistrado sobre os quais não pende qualquer disposição legal explícita (por exemplo, muitos magistrados determinam que as partes requeiram as provas que pretendam produzir, na audiência preliminar ou por mero despacho, expediente que inexistente no CPC (LGL\2015\1656), ou admitem a sustentação oral em recursos de agravo por instrumento, isto sem falar das cautelares satisfativas que reinaram por algum tempo, do prequestionamento e demais requisitos específicos à admissibilidade de embargos de divergência ou de ação rescisória não previstos na lei), sendo isto compreensível face à própria limitação humana em prever todas as situações fáticas que devem ser abrangidas pela lei, o que, ainda que fosse possível, seria de uma desnecessidade e impertinência gritante, algo totalmente contraproducente, não se podendo admitir, portanto, o farisaísmo de muitos que, apesar de adotarem as técnicas acima, não admitem o poder de o juiz criar a técnica processual com base na interpretação de cláusulas gerais, contidas não só em nosso Diploma Político, como também no próprio Estatuto Processual, inclusive como nova tendência legislativa (v.g. § 5.º do art. 461 do CPC (LGL\2015\1656)).⁷²

Além da incapacidade humana, a dinamicidade da evolução da complexidade dos fatos sociais e tecnológica é algo patente, razão pela qual jamais se poderia admitir que o legislativo acompanhasse esse ritmo, ou que a tutela jurisdicional fosse negada em virtude dessa característica.

Ensinando sobre a necessidade de flexibilização da técnica no ofício jurisdicional conforme as peculiaridades do caso, a fim de que o efetivo acesso à justiça seja realizado, mas sem a violação das garantias processuais inerentes à própria ideia de justiça, Bedaque afirma que:

“Em primeiro lugar, é preciso abandonar a ideia de que os atos processuais devem atender rigorosamente a determinada forma previamente estabelecida, não tendo o juiz poderes para flexibilizar os rigores da lei. O formalismo exagerado é incompatível com a visão social do processo. Não podemos olvidar que o Estado está comprometido com a correta solução das controvérsias, não com a forma do processo. Esta constitui fato de garantia do resultado e de segurança para as partes, não pode ser objeto de culto”.⁷³

Devemos esclarecer novamente, no ensejo, que apesar das falas acima terem por escopo justificar uma adaptação do procedimento às peculiaridades do caso concreto, o mesmo argumento utilizado e o mesmo fim ambicionado por elas, qual seja: da impossibilidade da forma obstaculizar o acesso pleno à justiça, é utilizável e ambicionado pela proposta do presente artigo, concernente ao dever de aprimoramento da técnica processual com a criação de instrumentos aptos a tanto pelo juiz, já que, em ambos os casos, há uma preocupação com o formalismo exacerbado, que prejudica o alcance dos objetivos mirados e prometidos pelo Estado de Direito.

Não há, com base em tais fundamentos, como se refutar a possibilidade e a necessidade de o juiz exercer um poder diretivo que obedeça a lei, mas que não fique completamente preso a ela, devendo, com isto, mediante decisões bem fundamentadas, conduzir o processo, com a criação ou adequação da técnica processual, orientado pelos valores constitucionais eleitos como indispensáveis a uma justiça procedimental.

Parece, com isto, não restar dúvidas quanto à ausência de obstáculos (mas não de limites) ao poder diretivo do juiz, que pudessem ter sido impostos pelo devido processo legal, pois, conforme fora visto, o alcance de uma justiça

procedimental, extrínseca ao resultado do direito material, mas que liga o procedimento a uma base axiológica depende necessariamente da realização de valores de justiça, muitas vezes não previstos na lei infraconstitucional.⁷⁴

4. A dupla contribuição do princípio da instrumentalidade para a ideia ora defendida

Conforme se extrai dos ensinamentos de Dinamarco, a instrumentalidade do processo se dicotomiza em dois aspectos: o negativo, que trabalha com a ideia do processo como instrumento de proteção eficaz e segura de direitos, não devendo, por isto, se tornar mais importante que o direito por ele tutelável, cabendo ao intérprete adotar uma postura o minimamente formalista,⁷⁵ ou seja, formalista somente no que diz respeito aos preceitos constitucionais sobre o processo, indispensáveis para que o seu resultado seja seguro e eficaz;⁷⁶ e o positivo, que mira na mudança de mentalidade e comportamento dos operadores do direito, indispensável à que nosso método tradicional de resolução de conflitos seja repensado e passe por modificações, que considere as novas necessidades das novas sociedades de hoje, sociedades de massa e altamente complexas, onde um único ato praticado por uma única pessoa influencia a vida de milhares de indivíduos e onde o processo se torna instrumento indispensável à preservação da dignidade da pessoa humana, o que acarreta num acesso multiplicado, com a consequente multiplicação irrefreável de demandas, razão pela qual, todo o arquétipo individualista e altamente científico do processo, desenvolvido com exacerbação nos séculos XIX e XX, deverá ser revisto.⁷⁷

Nesse contexto, passemos a explicar, primeiramente, a influência da concepção negativa oriunda da instrumentalidade do processo para o poder diretivo do juiz na realização do constante aperfeiçoamento da técnica processual, que redundará em verdade, no aprimoramento do grau de efetivação do próprio direito de acesso à justiça e, conseqüentemente, do direito ao devido processo constitucional.

Pois bem, nesse sentido, cumpre esclarecer que essa concepção negativa da instrumentalidade do processo se traduz no princípio da instrumentalidade das formas, que tem como escopo o aproveitamento dos atos processuais praticados em desconformidade com a lei, desde que tenham sido alcançados os escopos atribuídos ao ato e sem que tenha ocorrido qualquer prejuízo para a parte a quem a formalidade teoricamente beneficiaria.⁷⁸

Tal princípio, que se encontra em total consonância com o princípio da economia processual e, atualmente, com o direito fundamental à razoável duração do processo,⁷⁹ mostra como, mesmo sem toda a argumentação acima investida sobre o devido processo constitucional, processo justo e o direito fundamental de acesso à justiça, o poder diretivo do juiz pode ser justificado à luz, inclusive, do ordenamento infraconstitucional, que dá grande substrato à instrumentalidade das formas quando estipula a sua liberdade limitada, no art. 154 e quando fala do aproveitamento de alguns atos nulos, nos arts. 243 a 250 do CPC (LGL\2015\1656).⁸⁰

Ora, dessa forma, se com base na instrumentalidade das formas, atos judiciais praticados em dissonância com a lei podem ser aproveitados, desde que preenchida a finalidade e não houver prejuízo (que se traduziria na violação de alguma garantia constitucional), *a fortiori*, ou seja, com muito mais razão, o que se propõe neste artigo, que é o poder do juiz dirigir o processo com vistas às cláusulas gerais e aos termos vagos contidos nos preceitos constitucionais em detrimento das omissões ou inadequações legais, também deverá ser aceito, já que, neste caso, assim como no caso da instrumentalidade, haverá a observância de preceitos maiores (algo similar a ideia de *sobredireito*),⁸¹ contidos na Constituição e que, ao revelar a cultura humanística de nossa organização social e estatal, dão sentido ao instrumento.

A principal diferença existente entre o uso da instrumentalidade das formas para justificar o aproveitamento de um ato processual e o seu uso para permitir a criação de técnica processual indispensável ao aprimoramento da eficácia ou segurança do processo consiste no fato de que no primeiro caso o ato já foi praticado e o que se quer é evitar a sua repetição desnecessária, que atrasaria o processo e prejudicaria sua eficácia inutilmente, enquanto, no segundo caso, o que se quer é que um ato desconforme a estrita legalidade seja praticado, também para que a finalidade do processo, de proteção eficaz e segura não reste esvaziada. Em ambos os casos, se realiza um discernimento teleológico de todo o arcabouço axiológico constitucional.

Nesse contexto, percebe-se que a diferença entre uma hipótese e outra é justamente o momento em que a instrumentalidade será utilizada, o que se refletirá numa pequena modificação de sua finalidade primária (aproveitamento x criação), todavia, a finalidade última de tal aplicação será sempre o aprimoramento dos resultados obtidos com o processo.

Conclui-se assim, que a instrumentalidade processual em seu senso negativo, traduzido pela instrumentalidade das formas, contribui fundamentalmente com a admissibilidade do poder diretivo do juiz, já que tem a mesma finalidade última que ele, além de trabalhar com a ideia de deformação do processo, limitada pelo conteúdo ético e justo de sua estrutura, conforme previsto na Constituição como reflexo de nossa cultura.

Para findar, devemos dissertar agora sobre a contribuição ao poder diretivo do juiz fornecido pela instrumentalidade processual no seu sentido positivo, que articula justamente a ideia de uma nova mentalidade a respeito do processo e dos seus fins.⁸²

A instrumentalidade do processo no seu aspecto positivo prega uma nova postura do juiz e demais operadores, no enfrentamento de certos problemas como acesso à justiça, modo de ser do processo, justiça e utilidade das decisões,

que deverão ser resolvidos fora do âmbito estritamente legalista, bem como da visão liberal individualista que marcou o século XVIII em diante.⁸³

Nesse sentido, Dinamarco ensina que:

“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’), nem permita 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. É indispensável colher do mundo político e do social a essência dos valores ali vigentes, seja para a interpretação das leis que temos postas, seja para com suficiente sensibilidade e espírito crítico chegar a novas soluções a propor”.⁸⁴

Não obstante, parece muito claro e natural que a teoria da instrumentalidade não chega a abordar o poder diretivo do juiz com o mesmo teor aqui falado, mas não há como negar também que pelo contexto em que ela foi largamente introduzida no Brasil, as suas ideias podem ser caracterizadas como um incipiente influxo das ideias aqui articuladas, talvez um pouco mais voltado ao paradigma do Estado Social e alheio à teoria dos direitos fundamentais, mola propulsora do afirmado dever constante de aprimoramento da técnica processual, mediante a sua reinvenção com base na interpretação de cláusulas gerais e termos vagos.

Contudo, negar que a instrumentalidade teve um papel metodologicamente revolucionário, simbolizado, por exemplo, pela defesa dos poderes instrutórios do juiz, do processo coletivo e do princípio da adaptabilidade, seria não entender a mensagem maior que subjaz ao texto de todos que escreveram sobre a instrumentalidade, que é a da preponderância do acesso efetivo à ordem jurídica justa sobre a forma que permeia o instrumento posto a tal fim, como se vê no trecho a seguir transcrito, oriundo da obra de Dinamarco:

“Como 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 transparecer a realidade da 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”.⁸⁵

Conclui-se assim, que a perspectiva positiva da instrumentalidade deve em muito contribuir, mediante a mudança de mentalidade tão preconizada em seu bojo, com a aceitação do poder diretivo do juiz, como meio para se alcançar o fim maior de acesso pleno aos direitos na maior medida das possibilidades fáticas e jurídicas, ou seja, como meio de constante otimização do grau de satisfação do direito fundamental de acesso à justiça.

5. Conclusão

Diante de tudo que foi dito, podemos pontuar as seguintes conclusões articuladas no presente ensaio, quais sejam:

I – Primeiramente, o acesso à justiça deve ser visto como um direito fundamental, sem o qual não há que se falar em Estado de Direito, ou seja, ele faz parte da estrutura deste arquétipo de Estado, nem há que se falar em dignidade humana, que só se realiza quando o homem é tratado em suas mais diversas relações como sujeito livre e igual, sejam essas relações de natureza privada ou pública.

II – Em segundo lugar, vimos que o poder diretivo do juiz se sustenta também no acesso à justiça como direito fundamental autoaplicável, que impõe prestações estatais positivas no sentido de sua realização, dever este que passa pelo legislador e pelo juiz, cabendo a ambos a tarefa de concretização do referido direito, sendo a este último, necessária a conformação de toda a técnica, ainda que em caso de omissão, ao referido direito fundamental.

III – Além disso, foi visto que a segurança jurídica e o devido processo legal não são óbices ao poder diretivo do juiz, seja porque ele sempre se encontrará vinculado aos preceitos constitucionais que refletem nossa cultura política e a nossa base axiológica, não havendo, com isto, surpresas e insegurança alguma, seja porque o devido processo legal, (re)visto hoje como devido processo constitucional, deve ser compreendido como a observância dos preceitos constitucionais sobre processo contidos em nossa Constituição, devendo ser entendido também como o direito a um justo procedimento, que esteja permeado pelos valores de justiça consagrados constitucionalmente.

IV – Nesse contexto, a instrumentalidade do processo, tanto em seu aspecto negativo como positivo também confere subsídios ao poder diretivo do juiz, pelo fato do mesmo ter o dever de aproveitar os atos praticados ao arrepio da lei quando alcançada a finalidade e inexistir prejuízo (aspecto negativo), a fim de satisfazer o anseio constitucional por um instrumento eficaz de resolução de conflitos com justiça, o que acaba autorizando-o também a criar e conformar a técnica processual em atendimento a natureza principiológica do direito fundamental de acesso à justiça, pois, neste caso, da mesma forma a lei pode estar sendo não aplicada para que o fim maior do Estado Constitucional seja preservado.

V – No aspecto positivo da instrumentalidade, a contribuição dada ao poder diretivo do juiz passa pela tão apregoada necessidade de mudança de mentalidade, que não tem por foco a alteração de uma única situação constatada, mas

de várias e complexas situações que asfixiam a tutela jurisdicional com dogmas e barreiras invisíveis, mas ao mesmo tempo violadoras da orientação constitucional por um Estado justo e solidário.

VI – Frente a tal panorama, constituído por todos os fundamentos aqui manejados, não parece aceitável que refutemos a resposta introduzida *a priori* neste estudo, porque efetivamente, o modelo constitucional de processo exige um poder diretivo do juiz apto à observância e satisfação dos termos vagos e das cláusulas gerais sobre processo contidos na Constituição, postura esta que depende de certo rompimento com a cultura da estrita legalidade que ainda assola as academias e os tribunais pátrios, para que os magistrados consigam, no exercício da direção processual, criar técnicas processuais que aprimorem o grau de satisfação da segurança e eficácia processual, conformando ou criando mecanismos voltados às possibilidades e necessidades atuais.

6. Referências

ALEIXO, Pedro Scherer de Mello. *O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva na ordem jurídica brasileira: a caminho de um “devido processo proporcional”*. Coimbra: Almedina, 2006.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. *Código de Processo Civil. Códigos Civil, Comercial, Processo Civil e Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Constituição Federal. Códigos Civil, Comercial, Processo Civil e Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição e défice procedimental. Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; Dinamarco, Cândido Rangel; Grinover, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Ética e técnica del “giusto processo”*. Torino: G. Giappichelli, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do processo*. São Paulo: Ed. RT, 1987.

DUARTE, Ronnie Preuss. *Garantia de acesso à justiça: os direitos processuais fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.

LACERDA, Galeno. O código e o formalismo processual. *Revista da AJURIS*. n. 28. Porto Alegre, jul. 1983.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil e estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PICARDI, Nicholas. Il principio del contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale*. n. 3. Bologna, luglio-settembre 1998.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. *Participação e processo*. São Paulo: Ed. RT, 1988.

ZANETI JR., Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

1. WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. *Participação e processo*. São Paulo: Ed. RT, 1988. p. 128.

2. PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale* 3/678-679.

3. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 49.

4. COMOGLIO, Luigi Paolo. *Ética e técnica del “giusto processo”*. Torino: G. Giappichelli, 2004. p. 16.

5. Idem, p. 50.

6. BEDAQUE, op. cit., p. 26, nota 3.

7. COMOGLIO, op. cit., p. 49, nota 4.
8. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 54-55.
9. COMOGLIO, op. cit., p. 49, nota 4.
10. DUARTE, Ronnie Preuss. *Garantia de acesso à justiça: os direitos processuais fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2007. p. 17-18.
11. ZANETI JR., Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 179.
12. PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 32.
13. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 129.
14. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Ed. RT, 1987. p. 207.
15. SCHMITT, Carl. Grundrechte und Grundpflichten (1932). In: _____. *Verfassungsrechtliche aufsätze*. 2. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1973, p. 190, apud Alexy, op. cit., p. 66, nota 8.
16. Idem, p. 65-69.
17. Brasil. *Constituição Federal. Códigos Civil, Comercial, Processo Civil e Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 9.
18. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 132.
19. Idem, p. 57.
20. Idem, ibidem.
21. Idem, p. 21.
22. Idem, ibidem.
23. ALEXY, op. cit., p. 68, nota 8.
24. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 241.
25. Idem, p. 206.
26. ALEXY, op. cit., p. 473, nota 8.
27. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição e défice procedimental. Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. p. 78.
28. ALEXY, op. cit., p. 474, nota 8.
29. BEDAQUE, op. cit., p. 80, nota 3.
30. CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, op. cit., p. 101, nota 13.
31. COMOGLIO, op. cit., p. 7, nota 4.
32. BRASIL, op. cit., p. 10, nota 17.
33. ALEXY, op. cit., p. 70-71, nota 8.
34. Idem, p. 70.
35. Idem, p. 71.

36. BRASIL, op. cit., p. 12, nota 17.
37. ZANETI JR., op. cit., p. 179, nota 11.
38. ALEXY, op. cit., p. 71, nota 8.
39. CINTRA; Dinamarco; GRINOVER, op. cit., p. 102, nota 13.
40. ALEXY, op. cit., p. 474, nota 8.
41. Idem, p. 90.
42. BRASIL. *Código de Processo Civil. Códigos Civil, Comercial, Processo Civil e Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 675.
43. ALEXY, op. cit., p. 445, nota 8.
44. BRASIL, *Constituição Federal...* cit., p. 15, nota 17.
45. PERELMAN, op. cit., p. 223, nota 12.
46. BEDAQUE, op. cit., p. 26, nota 3.
47. ALEIXO, Pedro Scherer de Mello. *O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva na ordem jurídica brasileira: a caminho de um "devido processo proporcional"*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 432.
48. ALEXY, op. cit., p. 116-117, nota 8.
49. ALEXY, op. cit., p. 90.
50. MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 46-47.
51. ALEXY, op. cit., p. 71, nota 8.
52. BRASIL, *Constituição Federal...* cit., p. 15, nota 17.
53. COMOGLIO, op. cit., p. 50, nota 4.
54. PERELMAN, op. cit., p. 223, nota 12.
55. KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986. p. 345.
56. PERELMAN, op. cit., p. 155-156, nota 12.
57. Idem, p. 91.
58. PICARDI, op. cit., p. 679-700, nota 2.
59. COMOGLIO, op. cit., p. 47, nota 4.
60. Idem, p. 48.
61. Idem, ibidem.
62. Idem, p. 49.
63. ALEIXO, op. cit., p. 421, nota 47.
64. BEDAQUE, op. cit., p. 63, nota 3.
65. COMOGLIO, op. cit., p. 7, nota 4.
66. Idem, p. 51.

67. Idem, p. 58.
68. Idem, p. 48-49.
69. Idem, p. 54.
70. COMPARATO, op. cit., p. 223, nota 18.
71. PERELMAN, op. cit., p. 95, nota 12.
72. BRASIL, *Código de Processo Civil...* cit., p. 659, nota 42.
73. BEDAQUE, op. cit., p. 108, nota 3.
74. COMOGLIO, op. cit., p. 61, nota 4.
75. DINAMARCO, op. cit., p. 381, nota 14.
76. BEDAQUE, op. cit., p. 99, nota 3.
77. DINAMARCO, op. cit., p. 386-390.
78. BEDAQUE, op. cit., p. 67, nota 3.
79. COMOGLIO, op. cit., p. 88, nota 4.
80. BRASIL, *Código de Processo Civil...* cit., p. 628 e 636-637, nota 42.
81. LACERDA, Galeno. O código e o formalismo processual. *Revista da AJURIS* 28/11.
82. DINAMARCO, op. cit., p. 386.
83. Idem, p. 400.
84. Idem, p. 387.
85. Idem, p. 421-422.