



PUC • SP
COGEAE
EDUCAÇÃO CONTINUADA
DESDE 1983



Curso de Pós-graduação em Direito Processual Civil

Rubem Ricardo Azevedo Lima

O dilema do processo civil atual:
neutralidade valorativa ou dirigismo axiológico na aplicação da lei
instrumental

Brasília
2010



PUC • SP
COGEAE
EDUCAÇÃO CONTINUADA
DESDE 1983



Rubem Ricardo Azevedo Lima

O dilema do processo civil atual:
neutralidade valorativa ou dirigismo axiológico na aplicação da lei
instrumental

Monografia apresentada à PUC-SP, como exigência parcial para aprovação no Curso de Pós-Graduação 'Lato Sensu' – Especialização em Direito Processual Civil.

Professor Orientador: Fabiano Carvalho.

Brasília
2010

Rubem Ricardo Azevedo Lima

O dilema do processo civil atual:
neutralidade valorativa ou dirigismo axiológico na aplicação da lei
instrumental

Responsáveis pela correção:

Orientador: Professor Fabiano Carvalho

Professor

Professor

Nota:_____

São Paulo
Agosto de 2010

*Para Ludmila, Marília, Luana e Cecília,
mulheres que envolvem, mas não cercam
minha vida, com votos de um direito
libertário.*

AGRADECIMENTOS

- Aos dirigentes da Escola Superior de Advocacia e da seccional da Ordem dos Advogados do Brasil do Distrito Federal que com sensibilidade às necessidades de aperfeiçoamento dos seus filiados proporcionaram a oportunidade desta pós-graduação de elevada qualidade acadêmica, bem como a todos os funcionários da OAB que eficientemente apoiaram a sua realização.

- Aos ilustres mestres do corpo docente da PUC-SP, integrantes de uma equipe de reconhecido nível de excelência jurídica, que compartilhou com os alunos raras oportunidades de discutir matérias fundamentais ao bom desempenho de nossas atividades advocatícias. Enriqueceram não só nossos currículos, mas, sobretudo, nossas trajetórias pessoais. Foi um prazer termos tido tão agradável convívio.

- Aos colegas de curso que, ao longo de quase dois anos de aprazível convivência, contribuindo com instigantes debates para o melhor aproveitamento das atividades, tornaram-se merecedores de nossa admiração, respeito profissional e carinhosa reciprocidade pelas amizades cultivadas.

- Ao Professor Fabiano Carvalho pelas brilhantes contribuições dadas em sala a todos os companheiros da pós-graduação e, particularmente, pelo apoio na orientação da elaboração da presente monografia.

- A minha amada Ludmila pela sua simples presença, apoio constante e valiosas contribuições na elaboração deste singelo trabalho.

A forma é a inimiga jurada do arbítrio e irmã gêmea da liberdade – Jhering.

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 obter – Chiovenda.

A unidade da idéia de justiça corresponde subjetivamente à multiplicidade de ideais de justiça – Legaz y Lacambra.

RESUMO

Esse trabalho, conduzido através da exploração de conceitos próprios do direito processual e da sociologia jurídica, bem como das interações entre as formas de saber daqueles campos teóricos, visa investigar as possibilidades do processo contemporâneo como um instrumento de realização da justiça a partir do conteúdo e caráter axiológicos das próprias normas que faz aplicar ou em razão da necessidade de complementação valorativa pelos aplicadores da lei. Ao se colocar tais possibilidades em termos de um dilema entre a neutralidade valorativa dos juízes diante da suficiência das leis e o dirigismo axiológico dos magistrados na aplicação da lei processual, não se objetiva desconstruir o ideal de atuação instrumentalista do processo nem resgatar posições retrógradas de reafirmação de um processo civil puramente legalista, mas sim tentar compreender o fenômeno do processo civil como resultante do equilíbrio entre a legitimidade e a legalidade inerentes aos agentes de sua criação. A concepção sociológica de procedimento, conforme referida no texto para estabelecer o diálogo entre a neutralidade ou o dirigismo judicial, não coincide integralmente com as reduzidas definições jurídicas que o limitam à mera ordenação e encadeamento de atos sucessivos em direção à uma decisão final. Para os fins desta monografia, o procedimento deve ser entendido como o conjunto da totalidade formal do processo, compreendendo não só as suas formas ou formalidades, mas também, de modo especial, a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, a coordenação da atividade processual, a ordenação do procedimento e a organização do processo, com vistas a que sejam atingidas as suas finalidades primordiais. Pretende-se ainda analisar, a partir da visão instrumentalista que se contrapõe às posturas de apego aos formalismos excessivos, algumas situações contraditórias configuradas por decisões recentes com que se deparam advogados e partes no dia-a-dia dos tribunais. Na prática, a instrumentalidade do processo encontra limites impostos, não só pelos procedimentos, mas também pela atividade de quem deveria ser o seu principal vetor, os juízes.

Palavras-chave: instrumentalidade, direito processual, sociologia jurídica, neutralidade, valoração, formalismo, processo, procedimento, dirigismo, legalidade, legitimidade, equilíbrio, lei, direitos, juízes.

ABSTRACT

This work, conducted through the exploitation of their own concepts of procedural law and legal sociology, as well as the interactions between the forms of theoretical knowledge of those fields, aims to investigate the possibilities of the contemporary process as an instrument to achieve justice from the content and axiological character in the standards that apply or do because of the need for additional evaluative by law enforcers. Setting such opportunities in terms of a dilemma between the evaluative neutrality of the judges on the adequacy of laws and axiological dirigisme of judges in law enforcement procedure, shall not deconstruct the objective ideal of action instrumentalist procedure or redeem retrograde positions of reaffirmation of a process purely legalistic, but try to understand the phenomenon of civil procedure as a result of the balance between legitimacy and legality inherent to agents of its creation. The sociological conception of procedure, as referred to in the text to establish dialogue between neutrality or judicial interventionism, does not coincide fully with the shortening legal definitions that limits it to the mere ordering and concatenation of successive acts toward a final decision. For purposes of this monograph, the procedure must be understood as the set of all formal proceedings, including not only their forms or procedures, but also, more importantly, defining the powers, rights and obligations of procedural subjects, coordination the procedural activity, the ordering procedure and organization of the process with a view to the accomplishment of its primary objectives. The aim is also to analyze, from the instrumentalist perspective that opposes the positions of attachment to the excessive formalism, some contradictory situations set by recent decisions faced by lawyers and parties in the day-to-day of court. In practice, the limitations of process instrumentality are not only caused by the procedures itself, but also by the activity of who should be its principal vector, the judges.

Keywords: instrumentality, procedural law, legal sociology, neutrality, valuation, formalism, process, procedure, interventionism, legality, legitimacy, balance, law, rights, judges.

SUMÁRIO

Introdução.....	11
-----------------	----

Capítulo I – Retrospectiva da tradição processualista: da origem da sistematização ao pós-positivismo contemporâneo

1. Origem da sistematização do Direito Processual.....	18
2. O impacto da sistematização no processo civil.....	20
2.1. O processo civil romano.....	23
2.1.1. O processo primitivo.....	23
2.1.2. O processo formulário.....	26
2.1.3. O processo de cognição extraordinária.....	30
2.1.4. O processo romano-canônico e o processo comum.....	32
2.1.4.1. Interações evolutivas e aperfeiçoamentos do processo comum.....	36
2.1.4.2. A transição do processo comum para o modelo liberal.....	40
3. A fase científica do processo.....	43
3.1. A polêmica Windscheid-Muther – do sincretismo à autonomia.....	44
4. A fase instrumentalista do processo.....	47
4.1. A constitucionalização do processo.....	48
4.2. As ondas renovatórias do processo.....	52
4.3. A instrumentalidade do processo.....	57

Capítulo II – Sistema processual, instrumentalidade e poderes do juiz

1. Lei e instrumentalidade.....	61
1.1. O formalismo necessário.....	69
1.1.1. O formalismo e o devido processo legal.....	73
1.2. O problema do formalismo excessivo.....	76
1.2.1. Formalismo e flexibilização procedimentais.....	80
1.3. A instrumentalidade legal.....	84
2. Atuação judicial como fator de afirmação da instrumentalidade.....	97
2.1. A questão fundamental do poder discricionário dos juízes.....	99
2.2. Os poderes dos juízes.....	111
2.2.1. Os poderes judiciais de flexibilização procedimental.....	113
2.2.2. Instrumentalidade em razão do ativismo judicial.....	118
2.3. Instrumentalidade e Direito Alternativo.....	123
2.4. O conflito da instrumentalidade.....	128

Capítulo III – Instrumentalidade e formalismo das decisões processuais

1. Instrumentalidade e legitimação popular das decisões.....	136
2. Formalismo ou instrumentalismo sob um distinto ponto de vista.....	142
3. Antecipação da tutela nos juizados especiais.....	144
4. Diferentes exigências em relação a pressupostos processuais.....	147
5. Decisão judicial e inaplicabilidade da lei processual geral.....	149
6. Duplo efeito da apelação contra sentença que antecipa a tutela.....	151

7. Negação da fungibilidade de demandas.....	154
8. A reduzida cognição na execução como fator de formalismo.....	156
9. Algumas decisões questionáveis sob os escopos social e político.....	158
9.1. A avocação de <i>habeas corpus</i> pelo STF.....	159
9.2. Crítica judiciária à visão instrumentalista do Poder Judiciário.....	161
9.3. Ineficiência e corrupção: relação jurídica ou relacionismo jurídico.....	163
9.4. Instrumentalidade e decisões em controle de constitucionalidade.....	166
Considerações Finais.....	175
Bibliografia.....	183

Introdução

Visto como o meio legítimo, cujo principal objetivo é a decisão de pretensões ligadas a determinados direitos materiais, o processo contém em si a exata e acabada noção de instrumentalidade. Esta, por sua vez, pode ser entendida tanto como uma categoria jurídica inerente aos nobres fins de tutela dos direitos subjetivos dos indivíduos, uma realidade *quase* autônoma do fenômeno processual, quanto como a afirmação simbólica de conteúdos normativos a partir da atuação criativa, de interpretação, por parte dos competentes operadores do direito aos quais é deferido o Poder de aplicar a norma processual. É a partir da perspectiva de análise dessa duplicidade de possibilidades que se vislumbra o tema do presente trabalho: seria a instrumentalidade dependente de posturas avançadas do aplicador da norma ou consistiria ela, de maneira predeterminada e limitada, em mero fruto da própria norma? Em resumo, o estudo da instrumentalidade processual é aqui pensado a partir do seguinte problema: seria o processo é dotado de instrumentalidade própria?

O panorama jurídico que contextualiza e nos traz até essas indagações é o das contraditórias decisões judiciais. Ora estas se apresentam, sob o manto das hodiernas tendências do processo civil, dotadas de forte carga valorativa *extraprocessual*, desprezando limites legais e extrapolando o princípio da congruência entre o pedido e a tutela; outras vezes, restringem elementares exercícios de direitos materiais das partes, sob o pretexto de descumprimento de formalidades impostas pela lei processual como exigências inafastáveis aos que almejam ver suas lides decididas em juízo.

O processo civil contemporâneo encontra seu ideal num desenvolver-se segundo orientação e visão constitucionais, vindo assim a se transformar numa espécie de *direito constitucional aplicado*. Uma das principais implicações deste salutar fenômeno de constitucionalização da jurisdição é a ampliação da base normativa sobre a qual se fundamentam as decisões judiciais, muito além dos rígidos limites das técnicas procedimentais codificadas. A conseqüente abrangência de aspectos sociais, políticos e econômicos associados a normas e a princípios constitucionais, nem sempre direta e facilmente encontráveis nos Códigos de Processo, faz com que o processo assuma, cada vez mais, seu caráter instrumental, de meio de realização do direito material. Desta tendência decorreu uma quase unanimidade doutrinária em favor do reconhecimento e da implantação de um sistema processual instrumentalista.

Por outro lado, mais do que apenas fato social, o processo é também um produto técnico-jurídico. Não deixando, portanto, de interagir com a noção de procedimento que lhe estrutura e limita segundo o princípio – igualmente constitucional – do devido processo legal, contemplando regras cogentes, além de muitas e necessárias formalidades.

Conjugando-se os entendimentos acima com uma idéia de procedimento mais próxima do atual momento histórico que o processo atravessa – distinta da definição clássica de simples via de materialização do processo –, seria aparentemente falso interpretá-lo como mero rito do sistema processual, tanto quanto como um conjunto de formas concretas pré-estabelecidas, capazes de dotar o processo, autonomamente, de um *gesto* instrumental.

Daí porque, partindo-se da hipótese de que embora o processo seja orientado por procedimentos instituídos, também os poderes do julgador definem o seu maior ou menor grau de instrumentalidade, poder se indagar de que forma e até que ponto aquele sentido deve ser buscado – pela atividade jurisdicional – sem representar arbítrio e ofensas à abstração e generalidade que a lei processual põe a disposição dos jurisdicionados como meio de assegurar-lhes previsibilidade e segurança jurídica.

O problema passa então da esfera da neutralidade das normas processuais e do processo, para a investigação do que ocorre na aplicação prática da lei processual civil. A premissa da instrumentalidade como livre criação valorativa do julgador traz consigo as indagações paralelas feitas anteriormente.

As decisões judiciais podem ser analisadas, quanto ao seu conteúdo material, como um dos pólos do dilema representado pela adoção de princípios caracterizadores da neutralidade valorativa ou pela observância dos procedimentos pré-determinados pela própria lei, conforme nelas se observe a maior ou menor presença de elementos denotativos de dirigismo processual realizado segundo a carga axiológica atribuída ao conjunto do sistema normativo-processual manejado pelo órgão julgador em cada caso concreto.

Nesse sentido, o problema e a hipótese que a partir dele se estabelece foram analisados à luz de um elenco de formulações teóricas produzidas no âmbito do debate contemporâneo sobre o dilema entre a flexibilização e o formalismo processual. Dentre outras, foram examinadas as posições antagônicas de

Dinamarco (2008) para quem o processo, como meio de efetiva tutela dos direitos materiais, deve transcender os limites tradicionalmente encontrados no ordenamento jurídico e de Passos (2001), segundo as quais a instrumentalidade configura perigosa possibilidade de agressão, por quem tem o dever de preservá-los, dos procedimentos normativos legitimamente instituídos.

Além das concepções teóricas priorizadas na abordagem da instrumentalidade como manifestação processual que supera os fins meramente jurídicos e técnicos do processo, o estudo está ilustrado pela análise crítica do conteúdo de algumas decisões dos órgãos judiciários, a partir das quais se consegue ou não vislumbrar a ocorrência da instrumentalidade segundo escopos *meta jurídicos* do processo.

O debate acerca da instrumentalidade processual tem demonstrado significativa relevância teórica no atual estágio de desenvolvimento da disciplina Processo Civil e importância prática quando se busca avaliar a capacidade que a prestação jurisdicional deve ter para a efetiva tutela dos direitos. Esta é uma justificativa da importância do trabalho para o campo de conhecimento do Direito Processual.

Como metodologia de aferição do caráter instrumental do processo, seguindo-se a cronologia consagrada nos estudos da afirmação evolutiva de sua independência epistemológica – a partir da fase imanentista até o atual contexto pós-positivista contemporâneo – o presente trabalho analisou e confrontou à dogmática jurídico-processual, representada pela produção doutrinária acerca das

normas e institutos jurídicos, a jurisprudência encontrada na atividade de juízes e tribunais na aplicação prática do Direito.

O texto está organizado da seguinte forma: o capítulo 1 apresenta uma retrospectiva histórica sobre a tradição e a evolução processualista no cenário transnacional no qual surgiu a concepção da autonomia do processo até o contexto pós-positivista contemporâneo. Nele se buscou identificar a tendência formalista ou liberalizante das regras do procedimento ao longo dos distintos períodos experimentados pelo direito processual.

Segundo a tradição da sociologia jurídica, foi buscado o entendimento do conceito de *instrumentalidade processual* e das demais considerações importantes a ele relacionados, de modo a permitir inferências a respeito da presença daquele teor nas decisões escolhidas como paradigmáticas, ou mesmo de seu abandono em favor de posições *formalistas*. A *medida de instrumentalidade* do processo foi inferida, dentre outras maneiras, a partir de sua *efetividade* e *celeridade*, conceitos, igualmente, estabelecidos.

A contextualização histórica do tema abordou os principais impactos doutrinários e práticos produzidos pelas ondas renovatórias do processo civil, desde a concepção de sua autonomia científica, a partir da polêmica Windscheid-Muther, passando pelo advento do fenômeno de sua constitucionalização e chegando até as implicações da ampliação do seu escopo meramente técnico-jurídico para a abrangência dos aspectos sociais e políticos, próprios da atual fase instrumentalista.

No capítulo 2 encontram-se discussões de algumas possibilidades processuais postas à disposição do julgador no âmbito legal em geral, segundo a perspectiva instrumental que aquelas impõem ao desenvolvimento das atividades jurisdicionais.

Não se buscou, simplesmente, deduzir a predominância do formalismo procedimental sobre a instrumentalidade ou vice-versa; nem a limitação ou a existência de um determinado grau de instrumentalidade a partir de casos concretos, mas sim inventariar elementos e saberes diversos, relacionados tanto aos aspectos normativos do processo quanto às circunstâncias que incluem reflexões advindas dos seus escopos jurídicos, políticos e sociais.

No capítulo 3 buscamos identificar, em algumas decisões judiciais, o teor instrumentalista ou formalista que se pode encontrar na prática processual civil.

Embora, em cada caso particular, a percepção do modo mais ou menos instrumental que o processo possa assumir face ao direito material tutelado comporte valorações subjetivas, a avaliação daquela expressão é também passível de certa objetivação a partir da análise dos elementos normativos subjacentes, notadamente quanto à flexibilização daqueles que se inserem na sua esfera procedimental.

Partindo-se dessas premissas, buscamos investigar as dinâmicas dos órgãos judiciais que obstam ou contribuem para um sentido verdadeiramente instrumental do processo.

Finalmente, a hipótese do ativismo judicial, como um dos fatores determinantes da *produção* da instrumentalidade, e da própria instrumentalidade processual, como eventual base de um sistema jurídico alternativo, foi analisada à luz dos contornos político-constitucionais limitadores das competências dos órgãos e dos Poderes do Estado democrático de direito, conforme os princípios reconhecidos pelo direito constitucional processual.

Na última seção do texto apresentamos, na forma de críticas e sugestões, algumas conclusões e considerações finais quanto às possibilidades do devido processo legal evoluir no sentido de atingir, instrumentalmente, as expectativas e os objetivos de efetiva tutela jurisdicional.

Capítulo I – Retrospectiva da tradição processualista: da origem da sistematização ao pós-positivismo contemporâneo

1. Origem da sistematização do Direito Processual

Mais importante do que a fixação de um preciso marco temporal do seu surgimento, é a aceitação da idéia de que a origem do processo civil – sujeito a um padrão evolutivo genérico, mais ou menos comum aos demais modelos explicativos sócio-jurídicos – coincide com a necessidade de normatização das condutas humanas.

O aforismo contido na expressão latina *ubi societas ibi jus* abrevia, de modo definitivo, qualquer discussão sobre a existência milenar do direito e a sua estreita ligação com a trajetória civilizatória do homem.

Quando, no fluxo natural daquele curso, os conflitos passaram a não mais tolerar a autotutela¹, atraíram para sua solução a intervenção de um terceiro imparcial. Este, porém, sem dispor de instruções processuais específicas, orientava sua atividade, de distribuição de *justiça*, conforme critérios que colhia do senso comum, dos meios de convicção (*i*)lógicos, das lideranças localmente consolidadas e de outras fontes não necessariamente sistematizadas, o que nem sempre podia garantir a desejada imparcialidade.

¹ Ao tratar do tema, MARINONI, Luiz Guilherme, em *Teoria Geral do Processo*, Vol. 1, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 161, afirma que “a ação é a contrapartida natural da proibição da tutela privada, ou seja, é o instrumento de que o particular passou a fazer uso diante da eliminação da *justiça de mão própria*”.

Poderíamos, a partir de tais simplificações, cair na vazia tentação de recorrer ao já desgastado lugar comum de associar a *genealogia* daquele e de outros processos evolutivos de fenômenos culturais (políticos, jurídicos, científicos, etc.), aos *primórdios da civilização*; ao *alvorecer de uma organização social de complexidade crescente* ou à própria *vida em sociedade*.

Ocorre que a necessidade de elaboração de um conjunto regulador de comportamentos é bastante anterior ao processo civil, mesmo quando considerado em sua fase mais rudimentar. Tanto as imposições práticas demandantes de sistemas de limites, quanto eles próprios não encontravam suas bases de desenvolvimento exatamente nas Leis, mas sim nos dogmas do sagrado, nas superstições de cada época, nos valores míticos, nos poderes dos líderes carismáticos, nos preconceitos religiosos, etc.

Ainda quando passou a fazê-lo, evidentemente, por naturais limitações dos procedimentos *legislativos* da antiguidade, desconhecedores do Direito segundo os diversos ramos autônomos em que ele se *divide*², aquela elaboração não se ocupou da criação de um corpo específico de normas processuais. Conforme assinala Câmara³, “nesta fase não se pode falar propriamente em Direito Processual, o que se faz por mera comodidade”.

² Melhor seria considerar o Direito como uma universalidade corporificada por conteúdos de distintas áreas e *vocações*. A divisão do direito em ramos decorre da importância dos métodos sistemáticos de seu estudo, da metodologia científica de sua compreensão como um todo, não significando, contudo, que na realidade do fato jurídico as normas sejam estanques uma das outras. A realidade é que o direito forma um sistema jurídico complexo e, como tal, interligado, assim considerando-se o seu aspecto dogmático.

³ CÂMARA, Alexandre Freitas, *Lições de direito Processual Civil*, 9ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 8.

O imperativo da maior imparcialidade do terceiro responsável pela condução das controvérsias entre particulares e pela sua solução, com a sempre necessária imposição de sanções, foi a sinalização para o ingresso da autoridade estatal no âmbito da administração da atividade da justiça. A lenta e natural conseqüência deste movimento foi o aparecimento do embrionário sistema de regulamentação e de ordenações do que viria a ser o direito processual.

Apesar de já contar com a tímida participação do Estado, em seus primeiros séculos pós-sistematização, o processo ainda continuava a se realizar de forma distanciada de um espírito verdadeiramente público. Caracterizava-se, pendularmente, por informalismo exagerado ou por demasiada rigidez procedimental. Contudo, inicialmente estava fortemente voltado à tutela dos interesses privados. A atuação dos terceiros que constituíam os *órgãos julgadores* era marcada pela livre apreciação da prova, segundo a ciência igualmente privada (*secundum conscientiam*) que aqueles pudessem alcançar dos fatos e provas. Nele também vigorava, com acentuada predominância sobre todos os demais, o princípio dispositivo, que assegurava às partes o monopólio na instrução da causa, como direito quase ilimitado de reformular seus argumentos e de apresentar novos fatos e provas, independentemente de quaisquer restrições quanto à forma e ao tempo de fazê-los.

2. O impacto da sistematização no processo civil

A sistematização do processo, entendida como a crescente regulamentação normativa dos seus modos de concretização, colocou em foco a *crise existencial*

traduzida pelas incompatibilidades entre um modelo privatista, liberto de regras, e a necessidade de criação de métodos, de procedimentos processuais, que em determinados momentos históricos o reduziram a um conjunto possível de poucas *fórmulas*⁴ de resultados uniformes e previsíveis.

As normas jurídicas processuais, originárias dos primeiros movimentos de sistematização, voltavam-se exclusivamente à aplicação de sanções penais, uma vez que a censura à autotutela e o chamamento ao Estado para atuar como terceiro imparcial se manifestou com muito maior veemência no âmbito das soluções que deveriam ser aplicadas às relações da esfera individual, corpórea, das pessoas.

Até então, o que caracterizava uma ação penal era sempre uma espécie de duelo entre indivíduos, famílias ou grupos, sem nenhuma intervenção da autoridade estatal⁵. “Uma vez que um indivíduo se declarasse vítima e reclamasse a reparação a um outro, a liquidação judiciária devia se fazer como uma espécie de continuação da luta entre os indivíduos” (FOUCAULT, 2005: p. 56).

Só posteriormente as *normas processuais* passaram a se ocupar da composição dos litígios civis.

As oscilações do processo entre os extremos liberal e formal se deram, e prosseguem em nossos dias, influenciadas pelas circunstâncias culturais e jurídicas circundantes do ambiente em que aquele vem se ampliando como meio de solução de conflitos.

⁴ O processo formulário será mais bem explorado no item 2.1.2 *infra*.

⁵ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*, 3ª edição. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2005, p. 56.

Conforme os distintos períodos do ciclo evolutivo do direito processual que se observe, as radicais alternâncias entre formalismo e informalismo podem ser visualizadas através de algumas características bem marcantes de posturas processuais, se não antagônicas, pelo menos dessemelhantes.

Outrora aquelas foram apegadas à rigidez formal de cunho simbólico religioso contraposta a uma tendência liberalizante, consentida pela própria indulgência técnica do processo e pela sua inacessibilidade crítica pelos cidadãos.

Episodicamente voltaram a ser formais em razão do objetivo de absoluto controle de arroubos viciosos dos seus operadores ou da necessidade de impor normas morais aos seus destinatários, contrariando a visão jusnaturalista medieval que buscava, mediante a *suavização* de seus métodos e resultados, humanizar o processo.

Mais recentemente, outra vez formais em razão do desenvolvimento científico e da conquista do *status* da autonomia disciplinar ou alternativamente informais segundo os modismos da relativização de princípios e da coisa julgada, das idéias de flexibilização dos procedimentos, da necessária constitucionalização da jurisdição, enfim, das contemporâneas concepções instrumentalistas.

Embora do ponto de vista histórico o processo na Grécia antiga já se encontrasse em estágio no qual a valorização do material jurídico fosse objeto do devido conhecimento do juiz, devendo a lei ser-lhe *demonstrada* como *prova*, pela parte à qual aproveitasse, por razões meramente didáticas, que dizem respeito,

sobretudo, à facilidade da própria pesquisa, tomamos o processo romano – base dos sistemas jurídicos de origem romano-germânico, como o nosso – como marco *inicial* deste estudo acerca da evolução do direito processual.

2.1. O processo civil romano

O direito processual romano evoluiu segundo três fases que a doutrina classifica como *processo primitivo*; *processo formulário* e *processo de cognição extraordinária*⁶.

2.1.1. O processo primitivo

Para os fins do presente trabalho, a primeira observação que se deve fazer a respeito desta fase do processo civil romano – 753 a. C até 149 a. C – é a da afirmação do seu de rígido formalismo procedimental, de base marcadamente religiosa.

Os meios processuais de decisão se encontravam materialmente calcados em inafastáveis procedimentos dominados por normas sobrenaturais e em sistemas irracionais de provas.

O sistema *processual* restringia-se às *actio*, ações previstas e tipificadas na Lei das XII Tábuas (*legis actiones*), que totalizavam apenas cinco espécies.

⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil, Vol. I*, 31ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000, p. 10.

Materialmente falando, o direito nela instituído refletia o *jus civile*, o direito privado criado pelo cidadão romano para o cidadão romano.

Aos sacerdotes cabia a responsabilidade de compor a lei, demonstrando como as *actio* disponíveis poderiam se aplicar, por analogia, aos casos não previstos ou, diante da impossibilidade das necessárias *adaptações*, propor a criação de leis suplementares instituidoras de novas *actio*.

A ação era, por isso, apenas uma face de alguns direitos materiais ou, no máximo, um direito novo, derivado da violação do respectivo direito material. Esse direito novo era concebido como um direito que, nascendo da violação do direito material, deveria ser exercido contra o violador, estando assim a ação longe de constituir um direito autônomo em relação ao direito material⁷.

Os procedimentos apresentavam-se revestidos de absoluta autoridade e com força compulsória, conforme convinha à tradição dos métodos de base simbólica religiosa, excessivamente solenes e ritualísticos.

A *magia* intervinha nas soluções das demandas e na criação das próprias normas de procedimento, de sorte a conferir-lhes o já destacado caráter excessivamente formalista. Qualquer equívoco em relação às fórmulas solenes do procedimento, constitutivas dos atos processuais, era suficiente para promover irremediáveis prejuízos processuais ao seu responsável. Bastava que alguns gestos

⁷ MARINONI, *op. cit.*, p. 162.

ou palavras considerados indispensáveis não fossem oportunamente praticados ou impecavelmente pronunciadas para que a parte perdesse a causa.

As partes, postulando *oralmente* em seus próprios nomes e sem a presença de advogados, submetiam-se a uma espécie de processo *público*, realizado em assembléia, no qual algumas características – além das grifadas acima – hoje consideradas fundamentais para o processo, já se encontravam presentes, tais como a *imediatez* da recepção da prova e a manifestação em *contraditório* dos litigantes.

O procedimento se desenvolvia em duas fases. A primeira delas perante o juiz (Pretor) que determinava a *actio* a ser aplicada, fixando desde logo o objeto do litígio. Sua função limitava-se a condução ordeira do processo. A tarefa de aplicação do direito, contudo, não lhe cabia. A segunda fase desenvolvia-se perante árbitros privados (*iudex privatus*) responsáveis pela coleta e apreciação das provas e pela prolação da sentença.

Diante daqueles procedimentos, o julgador apenas desempenhava o papel de impedir a perturbação da paz pública. Sua atuação tutelava um interesse primordial do Estado, mas não os objetivos do processo como hoje concebidos, os quais eram entregues à vontade privada das partes.

Talvez, o mais interessante aspecto do processo primitivo a ser destacado é o que toca às provas. Nesta fase não se vislumbra o recurso aos meios racionais, lógicos e fáticos de formar o convencimento dos árbitros, mas sim um *jogo de provas*

legais consistente na capacidade ou não da parte de, perante certos *poderes mágicos*, situados nos procedimentos, estabelecer e responder questões pronunciando corretamente suas fórmulas (provas de tipo verbal); desempenhar satisfatoriamente determinadas tarefas relativas aos moldes procedimentais; prestar juramentos sem hesitações (provas mágico-religiosas do juramento) e finalmente, de suportar os ordálios, as famosas provas corporais.

O extremo rigor formal do procedimento imposto pelo *sistema de prova legal*, cujo desenrolar se dava com a prévia invocação dos poderes sobrenaturais das divindades, relegava aos árbitros o papel, também secundário, de meros pronunciadores dos resultados dos julgamentos. A prolação da decisão *justa* era, portanto, apenas a consequência dos resultados por eles observados durante os jogos de provas, não existindo nenhuma margem para os seus questionamentos, por quem quer que seja.

O *instrumento* processo tinha, portanto, sua força completamente fundada nos procedimentos formais, religiosos, divinos, míticos ou sobrenaturais. Diante deles o juiz, se achava desprovido de poderes decisórios, não representando uma instância de influência capaz de torná-lo uma manifestação verdadeiramente estatal de justiça.

2.1.2. O processo formulário

O rito processual das *actio*, limitado que era a um pequeno número de ações primordialmente voltadas à aplicação de um direito próprio dos cidadãos romanos (o

jus civile), tornou-se insuficiente em razão do aumento da complexidade das relações que iam se estabelecendo com a expansão territorial do Império. O fenômeno levou à gradual eliminação das *legis actiones* fazendo surgir em seu lugar um sistema em que ao juiz competia conceber *fórmulas* (novas ações), capazes de solucionar questões decorrentes dos choques culturais, cada vez mais freqüentes, entre romanos e *gentios*, povos considerados *peregrinos* pelos conquistadores e aos quais seria inaplicável o direito civil tradicional.

Em termos cronológicos, a transição do procedimento das *actio* para o do processo formulário (*iudicium*) tem início, aproximadamente, no ano de 200 a.C. Embora a sobreposição dos dois sistemas tenha sido mais acentuada nos primeiros 50 anos, a coexistência de ambos, conforme a origem das pessoas envolvidas, ainda perdurou até o período de 30 a. C. a 14 d. C., quando o novo modelo passou a se tornar o modo compulsório de desenvolvimento da ação, tanto para os cidadãos romanos quanto para os *peregrinos*.

O procedimento, semelhante ao do período primitivo no tocante à realização em duas fases distintas, passou a admitir a intervenção dos advogados, no interesse exclusivo dos adversários. No novo modelo o juiz, ouvindo os contendores, deduziria a ação mais adequada ao caso, entregando ao autor da demanda a sua respectiva *fórmula* escrita para que fosse submetida ao julgamento de um árbitro privado, responsável por proferir a sentença a ser imposta às partes pela autoridade estatal.

Assim como no sistema das *legis actiones*, no processo formulário prevaleceu o princípio dispositivo e da iniciativa das partes para a demanda. Contudo, em que

pese o impulso processual ainda estivesse nas mãos das partes, agora já poderia o juiz tomar algumas iniciativas. Ao conceder a fórmula a ser encaminhada ao árbitro, por exemplo, o juiz lhe comunicava sua designação e instruía sobre suas funções. Desse modo, na medida em que crescia a influência decisória do magistrado, mais se caminhava na direção da extinção do absoluto predomínio das formas do procedimento como força coercitiva do processo.

As grandes mudanças em relação ao modelo anterior podem ser creditadas ao surgimento de um *jus gentium* (direito comercial romano) em substituição ao direito civilista (*jus civile*).

A concepção de um novo direito, inicialmente destinado aos povos peregrinos, posteriormente implicou, para todos os demais, a conseqüente abdicação progressiva do formalismo de cunho religioso em favor da aplicação do rito formulário.

Nele as partes poderiam expor livremente os pontos da controvérsia, independentemente de um sistema rígido de provas legais. Ao fazê-lo, os litigantes que não mais se encontravam vinculados às poucas *actio* fundadas na lei, *criavam* um sem número de novas ações, algumas sem nenhuma referência a qualquer regra legal até então existente.

Embora o processo ainda se encontrasse como uma pura relação privada, a discricionariedade do juiz, a sua maior energia e liberdade de atuação, imperavam quanto à admissão das ações propostas com base nos fatos alegados. Estava-se,

portanto, diante de um cenário processual simplificado e bem mais *flexível*, no qual a concessão do *iudicium* representava também o alcance de um consenso entre o magistrado e as partes.

A intervenção estatal ganhava força com a autorização do juiz para a instauração e desenvolvimento de ações inéditas. Contudo, não retirava do processo o seu caráter privado, na medida em que não avançava sobre a *litis contestatio*⁸, a ilimitada possibilidade de atividade das partes de, em conformidade com as suas próprias vontades, impulsionarem ou não o feito. Naturalmente, com o advento de um processo de procedimentos mais maleáveis, o juiz, ao indicar e formular o direito a ser aplicado pelo árbitro, assumia funções que, de certo modo, lhes ampliavam os poderes.

Tanto em razão do monopólio das partes, relativamente às atividades capazes de conferir eficácia jurídica ao processo, quanto pelo fato dos julgadores continuarem sendo árbitros privados, o estágio formulário não chegou a representar uma maturidade completa do ponto de vista da publicização do processo. Contudo, também quanto às provas o novo modelo se diferenciou substancialmente do antecessor, agregando respeitável contribuição ao viés evolutivo das formas processuais.

⁸ A *litis contestatio* fixava os pontos controversos da demanda e limitava a sentença a ser proferida. Correspondia ao compromisso privado firmado pelas partes de participarem do processo, escolhendo os árbitros responsáveis pela decisão do litígio e de, nos moldes da sentença, conforme fossem eles apontados pelo pretor, submeterem-se à decisão. A existência daquele compromisso (*litis contestatio*), nos períodos das *actio* e das fórmulas, permitiu que a doutrina atribuísse ao processo daquelas épocas a natureza jurídica de negócio jurídico privado ou de contrato.

Não mais existiam regras de valoração, determinando como os árbitros deveriam avaliar as provas produzidas – exclusivamente – pelas partes. Incorporava-se assim outra característica presente na maioria dos ordenamentos do processo civil atual, o *livre convencimento pessoal do julgador*. Segundo o que fosse determinado pelas fórmulas concedidas pelo juiz e com base nos meios de que lançassem mão os sujeitos aos limites daquelas, poderiam os árbitros formar sua convicção sem adstrição a um sistema legal de provas.

2.1.3. O processo de cognição extraordinária

Assim como as *actio* não ofereciam respostas para as diferenciadas demandas que surgiam, as fórmulas não continham todos os elementos necessários à liberdade de prolação da sentença pelos árbitros. Mesmo libertos do sistema de prova legal, eles continuavam vinculados aos limites expressamente determinados pelos pretores.

O período da *cognitio extraordinaria*, compreendido entre os anos de 200 a 565 de nossos tempos⁹, registrou a natural perda de influência das fórmulas com o surgimento de uma forma mais livre de processo e o progressivo aumento da participação da autoridade estatal, germe do processo civil contemporâneo.

⁹ Conforme a divisão cronológica proposta por THEODORO JÚNIOR em *Curso de Direito Processual Civil*, *op. cit.* p. 11. Segundo OLIVEIRA, em *Do Formalismo no processo civil – Proposta de um formalismo-valorativo*, 3ª edição, São Paulo; Editora Saraiva, 2009, p. 24, o modelo processual da *cognitio extraordinaria* tem início ainda sob o reinado do Imperador Augustus (63 a. C a 14 d.C), sendo que no período compreendido entre os anos de 284-305 d. C. aquele supera e substitui o processo formulário, tornando-se o modo geral do processo.

A oralidade e a imediatidade dos períodos anteriores cedem espaço para o procedimento escrito. Nele desaparece a figura dos árbitros privados e as funções jurisdicionais passam a ser exclusividade de agentes públicos, que as desempenhavam diante do imperador ou de seus delegados, sem a duplicidade das fases procedimentais dos períodos primitivo e formulário, quando o processo se desenvolvia, primeiramente, perante o juiz e, na sequência, diante dos árbitros.

O afastamento do caráter privado do processo, com o aumento do domínio dos órgãos judiciais sobre o seu impulso, porém sem a completa impossibilidade de igual intervenção das partes, coincide com concessão do poder ilimitado que os juízes passam a receber, diretamente do imperador.

O terceiro período do processo romano representa assim uma drástica guinada em direção ao *enfraquecimento* do formalismo processual, decorrente, não só do aumento do arbítrio do juiz, mas também e, perigosamente, da redução dos necessários elementos de contenção de eventuais excessos. Os juízes – e o imperador – passam a decidir com liberdade absoluta, com o abandono das tradições, das formas e normas legais, tanto do *jus civile* quanto das fórmulas pretorianas.

A publicização do processo alcançada nesse período fez com que, também a matéria *prova* tivesse sua disciplina profundamente alterada. Não caberia mais exclusivamente às partes a escolha dos meios e a sua correspondente produção, transferindo-se tal mister também aos tribunais.

Nos primeiros dois séculos da *cognitio extraordinaria*, a ampliação da atividade cognitiva dos juízes reforçou no processo a postura decisória baseada na livre apreciação das provas. Contudo, em sua era pós-clássica, notadamente a partir da segunda metade de sua vigência, aquela liberdade passou a sofrer temperamentos, que se não levaram ao completo abandono da prática até então dominante, abalaram-na intensamente.

Em razão da necessidade de se preservar das crescentes suspeitas de desvirtuamento a que se encontravam expostas as decisões fundadas em *princípios gerais*, o sistema foi paulatinamente migrando, numa tendência de retrocesso, do princípio da livre apreciação para um modelo de valoração normatizada das provas que iria se reafirmar nos tempos subseqüentes.

2.1.4. O processo romano-canônico e o processo comum

A queda do Império Romano do Ocidente, em 476 d. C., não impediu que o seu ordenamento e jurisdição fossem adotados, com adaptações, pelos povos germânicos dos reinos bárbaros que viam em ambos patente utilidade. A sobrevivência parcial do ordenamento Justiniano, legado pelos conquistadores, estendeu-se à Idade Média, quando, fundindo-se com os preceitos do processo canônico, gozou de aguda acolhida pela maioria dos países europeus, em *recepção* que deu origem ao que a doutrina classifica como processo comum.

As diferentes culturas dos grupos dominadores, somados à imperfeita uniformização dos seus costumes jurídicos, fizeram com que, logo em seguida ao

estabelecimento da nova ordem, o processo ocidental sofresse a natural inversão tumultuária de suas regras de procedimento.

O processo germânico resgatou critérios violentos e misteriosos para os fins de coleta de provas e dos julgamentos. Muitas das formas já superadas nas fases precedentes do processo romano recuperaram alento, tais como os jogos de provas, a suficiência da verdade formal, as intervenções divinas, as ordálias, os duelos físicos, etc. Tais circunstâncias influenciaram transitoriamente o processo até meados do século XI¹⁰.

Em virtude do aparecimento das primeiras Universidades, em um ambiente de valorização da filosofia religiosa e dos saberes da cultura escolástica, os glosadores¹¹ voltaram seus estudos aos velhos institutos do direito civilista anterior, combinando-os com os dos direitos canônicos e germânicos.

Nesse cenário, a influência dos dogmas da Igreja Católica sobre o pensamento dos juristas medievais, leigos e eclesiásticos, concorreu decisivamente para consolidação de um processo de base comum, que até o final do século XVI se expandiu, com diferentes nuances, por vários países antes dominados por Roma.

A redução da liberdade da convicção judicial, vista nas condições imperantes como concessão à práticas corruptas e arbitrárias, foi uma das primeiras e mais

¹⁰ SANTOS, Moacyr Amaral, *Primeiras linhas de direito processual civil*. Vol. 1. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 45/46, "... à insistente reação do direito romano e à extensão do campo de aplicação do direito canônico, de fundo justinianeu, a oporem obstáculos à prática exclusiva do processo romano-barbárico, se acrescentou, no século XI, um fato novo, de larga e profícua repercussão, decisivo na evolução do processo. Foi a criação das Universidades, a primeira das quais em Bolonha, no ano de 1088".

¹¹ Assim denominados, segundo SANTOS, *op. cit.* p. 46, pela prática de apor comentários ou glosas às margens ou nas entrelinhas dos textos jurídicos romanos.

profundas mudanças que o processo romano, em sua fase derradeira, experimentou com aquela influência.

A restrição dos poderes do juiz apresentou-se como o apanágio que, em prol da melhor garantia dos direitos dos cidadãos, asseguraria a realização de processos mais lentos e minuciosos, através dos quais o ordenamento neutralizaria os efeitos da natureza corrupta e da imperfeição dos homens; da periclitção da honradez e da independência jurisdicional e devolveria às partes a faculdade dispositiva de, conforme a natureza privada dos litígios, exercerem suas pretensões nos limites das próprias alegações feitas no processo. Ou seja, a desconfiança em relação ao judiciário levou à criação de normas processuais extremamente rígidas e, como meio de eliminar os abusos do ofício jurisdicional, fez o processo retomar as feições de seus estágios privados, de impulso sob o domínio das partes, submetido à plena gestão autônoma dos litigantes.

Para assegurar a liberdade das partes, seguindo a tradição dos períodos anteriores, do processo romano, no processo romano-canônico não vigoravam os institutos da preclusão e da eventualidade. Logo, mesmo após a produção das provas ainda poderiam as partes formular novos pedidos e provas.

Ao excluir as formas não usuais dos procedimentos bárbaros e neutralizar o excesso de liberdade judicial da *cognitio extraordinaria*, o procedimento romano-canônico aperfeiçoou os métodos de julgamentos ao estabelecer como mecanismos de controle da imparcialidade do julgador o seu afastamento das partes e dos meios

de coleta de prova¹², eliminando práticas que passaram a ser vistas como perniciosas ao processo.

O rigor do procedimento canônico se impôs pela adoção obrigatória da forma escrita para todos os atos processuais em combinação com a rígida obrigação dirigida à autoridade julgadora de julgar somente com base naquilo que, documentalmente, constasse dos autos. O processo se caracterizava pela observância de muitas solenidades externas concernentes ao severo atendimento e realização dos atos que lhe davam substância. Afastou-se o princípio da oralidade e também não se prestigiava a concentração dos incontáveis atos. Todas as manifestações, provas, objeções e alegações de qualquer natureza, deveriam ser documentadas segundo formas rígidas, previamente estabelecidas¹³.

Entendia-se de tal modo estar resguardado o direito das partes contra juízes desonestos, capazes de proferir decisões falsas e contrárias aos elementos levados ao seu conhecimento. Como um dos resultados do convencional formalismo, dotou-se o processo de andamento complexo e dificultoso, ditado por regras tomadas dos modelos anteriores às quais se deu caráter sensivelmente mais inflexível.

No tocante às provas o procedimento canônico retrocedeu ao sistema legal de apreciação, porém de perfil mais racional. Os preceitos que o orientavam eram extraídos dos conhecimentos e preconceitos próprios do pensamento escolástico-

¹² Segundo OLIVEIRA, *op. cit.* p. 28, a tomada das provas tinha caráter secreto, o que visava impedir as indevidas influências do juiz sobre as testemunhas. Também para evitar o arbítrio dos julgadores o procedimento canônico restabeleceu um sistema de regras rígidas e abstratas para a valoração das provas.

¹³ OLIVEIRA, *op. cit.* p. 31, afirma ser *emblemática, nesse contexto, a rígida sucessão legal de atos processuais. O processo move-se dentro de termos de conteúdo firmemente determinado (termos substanciais), regra válida também para o procedimento anterior à litiscontestatio.*

religioso e do senso comum da sociedade medieval. Os novos contornos do velho sistema configuraram um relativo avanço, uma vez que aquele não mais se baseava em critérios supersticiosos, ordálios ou violências. Contudo, as regras procedimentais absolutas que vinculavam os julgadores e davam às provas idênticos valores, independentemente das possibilidades de adaptações às condições dos casos concretos, faziam refletir no processo os resquícios do obscurantismo atécnico da pré-modernidade.

A adoção do sistema ancestral, cujos aperfeiçoamentos, levaram à concepção da chamada teoria da prova legal, também foi uma das características do processo romano-canônico que encontrou sua justificativa no anseio de conter, através da dogmática procedimental, a liberdade da atividade judicial. O temor em relação à arbitrariedade das decisões judiciais fazia do magistrado um sujeito processual *ausente* e quase absolutamente passivo. A ele só era dado conhecer da causa quando de sua remessa pelo escrivão, após manifestações das partes no sentido de estarem conclusos os autos.

2.1.4.1. Interações evolutivas e aperfeiçoamentos do processo comum

Ainda que relativamente livre de métodos puramente irracionais¹⁴, a obra resultante da soma dos elementos procedentes daqueles três sistemas processuais, manipulados pela Igreja com a colaboração de juristas e glosadores, foi um processo lento, de acentuado formalismo, no qual predominava a forma escrita, de

¹⁴ Como as enumera THEODORO JÚNIOR, *op. cit.* p. 12, *embora fossem abolidas as ordálias e juízos de Deus, as torturas foram preservadas, como meios de obtenção da verdade no processo, até o século passado.*

procedimentos rígidos e ainda com sistema de prova legal, que reduzia a atividade do juiz ao mínimo.

Contudo, o fato deste se disseminar por toda a Europa, submetendo-se à releituras e adaptações pelas contribuições críticas e aperfeiçoamentos práticos recebidos, acelerou o surgimento de um *direito comum*, que fez aportar à realidade ocidental contemporânea um sistema jurídico dito de base *romano-germânica*.

Na Alemanha medieval, onde se aprofundaram algumas características do seu típico rigor formal, o processo comum caracterizou-se pela ênfase dada ao procedimento¹⁵, pela exclusão dos princípios da imediatidade, da oralidade e da publicidade e pelo predomínio do princípio dispositivo.

Em contrapartida e em decorrência do próprio formalismo que determinava a realização dos atos de forma devidamente articulados e segundo a ordem rigorosa que lhes atribuía a lei, são dele as contribuições da introdução do princípio da eventualidade e das preclusões.

Em Portugal as maiores influências sobre o direito local foram de origem romanística. Manifestaram-se, ao longo de todo o século XIII, sob a forma da ampla difusão dos institutos e princípios do *Corpus Juris Civiles* através do trabalho de glosadores e da produção doutrinária das Universidades. O direito romano era, portanto, a base de formação de juristas e juízes. Paralelamente, não se excluía, em

¹⁵ OLIVEIRA, *op. cit.* p. 33, ao ilustrar o excessivo formalismo do processo comum alemão destaca que *não se poderia esperar outra coisa desse sistema senão sua degeneração, a ponto de um simples erro no pronunciar o juramento, o não se ajoelhar perante o relicário, não colocar o corpo na posição prescrita, conduzir à perda da causa.*

razão da marcante presença da Igreja e do forte sentimento de religiosidade do povo, a influência em menor escala do direito canônico.

As leis eclesiásticas tinham sua validade e aplicação, também em tribunais civis, determinadas pelo eventual teor pecaminoso que as condutas em apreciação pudessem demonstrar.

Os direitos positivados a partir das consolidações das Ordenações Afonsinas (1446/1447); Manuelinas (1512/1514) e Filipinas (1595/1603) refletiam, substancialmente, a compilação atualizada e sistematizada das fontes romana e canônicas.

O procedimento era essencialmente escrito, com total afastamento do juiz da produção da prova. Nesta seara vigia o sistema da rígida valoração legal que não deixava ao julgador nenhuma margem para investigações, afastando-se, por conseguinte, o princípio da livre convicção¹⁶. De um modo geral permanecia o espírito dominante de excessivo formalismo. O processo era dividido em fases segundo regras rigorosas e guiava-se pelo princípio dispositivo nos sentidos formal e material, cabendo às partes tanto a iniciativa e o impulso da demanda quanto a formação do material probatório a ser apresentado, de modo vinculante, ao juiz.

Como uma das poucas e boas contribuições ao direito processual civil contemporâneo, o processo comum lusitano, deferiu ao juiz, para fins de ordená-lo e

¹⁶ Conforme OLIVEIRA, *op. cit.* p. 36, fazendo menção a dispositivo do título 66, do livro 3, das Ordenações Filipinas, *o juiz devia julgar segundo o que achar alegado e provado de uma e de outra parte, ainda que lhe a consciência dite outra coisa e ele saiba a verdade ser em contrário do que no feito for provado, porque somente ao Príncipe, que não reconhece Superior, é outorgado por direito que julgue segundo sua consciência.*

para a decisão da causa, a possibilidade de proceder, *ex officio*, ao interrogatório das partes.

Apesar de em 29 de novembro de 1832 o Código de Processo Criminal de primeira instância ter estabelecido disposições provisórias, também acerca da administração da justiça civil, somente em 1890, por força de Decreto Imperial, o Brasil deixou de estar submetido aos regimes das Ordenações. Portanto, desde o descobrimento, passando por todo o período Colonial e estendendo-se por pequena parte do período imperial de *independência*, as observações acima identicamente aplicavam-se ao processo civil brasileiro.

As primeiras inovações jurídicas relevantes experimentadas pelo processo comum europeu foram verificadas na França monárquica, em pleno Estado Moderno.

As Ordenanças de Luis XIV de 1667 – estatuto processual conhecido como *Code Louis* – versavam sobre a reforma da justiça civil dos reinos da França e Navarra (*ordonnance sur la réformation de la justice civile*). Com elas têm início o ressurgimento do processo de caráter público com a introdução de renovações tendentes à simplificação geral dos procedimentos. A adoção da nova codificação processual representou, nos limites geográficos de sua implantação, o abandono dos antigos diplomas romanos adaptados por obra dos glosadores, em favor de uma significativa alteração dos rumos do direito processual civil.

O próprio espírito centralizador do *Rei Sol* fornecia as condições necessárias à apropriação do processo pelo Estado, com a finalidade de implantar o monopólio daquele na administração da justiça e da legislação processual.

Com o advento da Revolução e das ideologias iluministas, as transformações foram sendo aprofundadas a ponto de se ver fundar uma nova etapa evolutiva do processo, marcada progressivamente dentre outros, pelos avanços parciais da supressão do sistema das provas legais, pelo resgate dos princípios da oralidade e da imediatidade e pelo incremento da publicidade.

2.1.4.2. A transição do processo comum para o modelo liberal

A partir da penetração da codificação napoleônica¹⁷ em diversos países do continente, graças às virtudes iluministas da triunfante Revolução Francesa, um novo pensamento processual se alastrou pela Europa, culminando com a eliminação dos últimos resquícios medievais do processo.

O novo contexto reservava espaço para o desenvolvimento de um processo menos formalista e mais flexível. O procedimento sumário, livre de formalismos

¹⁷ O Código de Napoleão ou *Code Napoléon* (originalmente, o Código Civil Francês) foi outorgado por Napoleão I em 1804, sob a égide dos valores iluministas da liberdade, igualdade e fraternidade. Proibia privilégios pessoais em razão do nascimento ao mesmo tempo em que permitia a liberdade de religião e especificava que os trabalhos do governo deveriam, em sua maioria, ser desempenhados pela parcela mais qualificada da população. Foi rapidamente elaborado por uma comissão de quatro juristas eminentes, tendo entrado em vigor em 21 de março de 1804. Ainda que não tivesse sido o primeiro código a ser estabelecido em um país europeu contemplando um sistema civil de direitos e liberdades – foi precedido pelo *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* (da Baviera, 1756), pelo *Landrecht Allgemeines* (da Prússia, 1794) e pelo Código Galego do Ocidente (da Galiza, então parte da Áustria, 1797) – considera-se como o primeiro a obter êxito irrefutável, tendo em vista que influenciou fortemente o direito de muitos outros países. Sua influência determinou em quase todos os países europeus enérgica reação contra o processo comum e as normas legais a ele associadas. O Código, com sua ênfase no estabelecimento de normas de direito de forma clara e acessível, foi um importante instrumento no estabelecimento do Estado de Direito. Os historiadores o consideram como um dos poucos documentos jurídicos que influenciaram o mundo inteiro.

desnecessários, emergiu vigorosamente como contraponto aos litígios extremamente duradouros proporcionados pelos prazos e possibilidades que antes se sucediam, de aditamentos de pedidos e de formulação de novas provas, mesmos nas causas mais simples. Nele outorgava-se ao juiz o poder de investigar, mesmo de ofício, a verdade material subjacente ao caso; voltava-se ao sistema das manifestações orais – facultativas – das partes e reforçavam-se os princípios da eventualidade e das preclusões.

O procedimento comum concedia aos juízes poderes discricionários para, encerrando a consideração dos elementos da causa em poucas audiências, por ele designadas conforme a necessidade, julgar o caso tão logo lhe parecesse maduro.

As rupturas representadas pelas transformações que se sucederam levaram ao aparecimento de um processo liberal, de início, extremamente antiformalista.

A enorme simplificação das formas procedimentais, que passaram a dispensar a presença de advogado para se estar em juízo, atingiu seu auge no segundo ano da Revolução com a edição, em 24 de outubro de 1793, do decreto de 3 de *brumário* que regulava todo o processo em apenas dezessete artigos. Os exageros antiformalistas, porém, não perduraram por muito tempo. Uma lei de 18 de março de 1800 tratou de restaurar antigas formalidades que haviam sido abandonadas e outra, de 5 de setembro do mesmo ano, revogou o decreto de *brumário* e restabeleceu a vigência do *Code Louis* de 1667.

Retomando a linha das marchas e contramarchas evolutivas, o processo liberal, apesar das mudanças revolucionárias, retrocedeu ao predomínio da forma escrita e sem conseguir se desvencilhar absolutamente do formalismo continuou a ser lento, assim como os seus antecessores.

Da confusa definição doutrinária acerca da natureza jurídica do processo, não mais visto como um contrato ou como *quase-contrato* já que o consentimento do réu não seria espontâneo, ressurgem as doutrinas privatistas da fase procedimentalista para as quais a causa das pretensões levadas à juízo baseava-se na autonomia da vontade dos litigantes. Tais teses tiveram respaldo doutrinário até o final do século XIX, bem como, da jurisprudência do início do século XX.

Ao final, sobressaiu como uma das principais características do processo, própria dos Estados de ideologia liberal e de concepção individualista, o retorno ao estágio de exacerbada revalorização do princípio dispositivo e de minimização dos poderes do juiz. Às partes, exclusivamente, caberiam as atribuições de determinação do objeto material e o desenvolvimento do processo. O instrumento voltava a ser predominantemente útil apenas às exigências de defesa dos direitos privados dos contendores. O juiz, por sua vez, deveria permanecer totalmente alheio à direção do processo, mantendo-se neutro e passivo e, conforme vaticinado por Montesquieu, “ser a boca da lei¹⁸”.

¹⁸ No clássico "*O Espírito das Leis*" (originalmente publicado em 1748), MONTESQUIEU, discorrendo sobre liberdade política a partir da separação dos poderes consagrada na constituição da Inglaterra, afirmava que a apartação das funções de legislar e julgar seria essencial também para a segurança dos cidadãos perante seus semelhantes e perante o Estado, pois se fosse dado a mais de um dos poderes ambas as capacidades, o desequilíbrio resultante representaria medida autoritária e arbitrária. Montesquieu rechaçava a idéia da existência de juizes legisladores, afirmando que *A liberdade política de um cidadão é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião de que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha essa liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando na mesma pessoa, no mesmo corpo de*

O Estado liberal consagrava como modelo de processo uma típica forma de manifestação do positivismo jurídico, segundo a qual o direito deveria ser reduzido à lei. De tal simplificação resultava que o juiz, ao decidir, deveria ater-se aos predicados da *generalidade* e *abstração* das leis, furtando-se ao exercício de esforços interpretativos dos seus enunciados, tanto quanto de considerações acerca das circunstâncias *concretas* de cada caso.

3. A fase científica do processo

Anteriormente à visão doutrinária da autonomia processual – durante a fase immanentista do processo – afirmava-se a inexistência da ação como um direito autônomo e independente. O direito de agir e o próprio processo decorriam da aplicação de um direito material, ou melhor, da sua violação (ver nota 7 acima). Em tais circunstâncias o processo se confundia com o procedimento na medida em que servia apenas ao objetivo de restauração de um direito violado, através da correta aplicação de uma seqüência pré-determinada de atos.

A concepção imanentista do processo, segundo a qual aquele e o respectivo direito material constituíam uma realidade jurídica sincrética, é oriunda do sistema processual das *actio*, que, conforme já explicado anteriormente, apenas admitia o manejo do processo nos limites das restritivas regras enumeradoras dos direitos materiais tuteláveis.

magistrados o poder legislativo está reunido ao poder executivo não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do poder executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Capítulo VI – Da constituição da Inglaterra; Livro Décimo Primeiro – Das leis que formam a liberdade política em sua relação com a constituição.p 168.

Também durante a fase liberal do processo as doutrinas privatistas prestigiavam a idéia daquele sincretismo. Somente com as teorias que passaram a configurar o processo a partir das noções de direito público houve o seu abandono.

Assim, a fase imamentista perdurou por todo o tempo que precedeu a distinção doutrinária entre o direito processual e o direito material, conforme se extrai do seguinte trecho:

Quando ainda não havia separação científica entre direito material e direito processual, a ação era envolta na mesma massa do direito material. Até meados do século XIX não se vislumbrava a possibilidade de a ação ser colocada em um plano distinto do plano do direito material (MARINONI, 2007. p. 161).

3.1. A polêmica Windscheid-Muther – do sincretismo à autonomia

Em meados do século XIX, a doutrina processual de boa parte da Europa ainda se contentava com a definição de ação como sendo o direito de alguém perseguir em juízo aquilo que lhe fosse devido. Embora afastasse o caráter privado da ação, essa conceituação tampouco separava a idéia de ação da do direito material.

Na Alemanha, contudo, a doutrina preocupava-se em distinguir a ação (como concebida pelo direito romano) de um direito propriamente autônomo de ação. Assim, em 1856 travou-se a célebre controvérsia acadêmica acerca do até então aceito sincretismo entre o processo e o direito material, como determinado pelo sistema da *actio* romana.

Para Bernard Windscheid (Professor da Universidade de Greifswald) o direito romano não atribuía aos indivíduos direitos pré-existentes, mas sim as *actio* correspondentes a eles. Isto é, a *actio* não era meio de defesa de um direito e sim o próprio direito. Segundo ele, *actio* nada mais era que do que é hoje o direito material. Não significava um direito diferente que surgia em razão da violação de um direito já existente, nem constituía um direito de agir a ser dirigido contra o Estado. Era sim, apenas a faculdade da parte de realizar a própria vontade perseguindo em juízo o que lhe era devido.

Por sua vez, Teodoro Muther (Professor em Könisberga) considerou inexata a definição de *actio* formulada por Windscheid. Para ele o direito subjetivo (material) da parte era um pressuposto da *actio*. A ação, contudo, seria um direito distinto a ser manejado contra o Estado, através da mobilização de seus órgãos jurisdicionais. Em interessante analogia ao que temos hoje, Muther considerou que a *actio* seria o direito do autor provocar o pretor para obter a fórmula, o equivalente da época à atual tutela jurisdicional. Ou seja, para ele o direito à concessão da fórmula nasce de um direito originário diante do qual estariam obrigados os particulares, mas o obrigado diante de outro direito, o de busca da fórmula, somente poderia ser o Estado.

Da polêmica emergiram, portanto, dois importantes resultados: passou-se a vislumbrar a existência de um direito autônomo de provocar a atividade jurisdicional do Estado, demonstrando-se a separação entre os planos do direito material e processual e nasceu um novo conceito de ação.

Poucos anos depois, com a correta definição da natureza jurídica do processo, a partir da noção originalmente proposta por Büllow¹⁹ de que se trata de uma *relação jurídica* de direito público que se estabelece entre o Poder Judiciário e as partes e que, como tal, se instaura com o exercício do direito da ação para o qual se exige o atendimento de certos pressupostos processuais, surgiu a era científica do direito processual.

Com os estudos científicos, característica peculiar da fase autonomista, a matéria processual passa a ser objeto de diferentes pontos de vista. Surgem, dentre outras, as teses *procedimentalistas*, voltadas ao debate entre os *valores da justiça* e as *funções precípua do processo*, abstraídas de maiores considerações filosóficas e em conformidade direta com os seus próprios institutos e as abordagens *processualistas* que propõem a *ruptura dos limites dos procedimentos* e uma prática processual de superação dos métodos expositivos e sua substituição pela *exegese do sistema*.

Para os adeptos da primeira corrente, da escola científica alemã, o processo seria, entre as partes, uma relação jurídica cujo conteúdo representaria deveres e direitos de natureza processual, independentemente da relação jurídica material que lhe daria causa. Isto porque o direito material seria válido e pré-existiria ao processo que só lhe permitiria ser realizado.

¹⁹ Com a publicação do livro “*Die Lehre von den Prozesseirenden und die Processvoraussetzungen*” (*A teoria das exceções e dos pressupostos processuais*), em 1868, do alemão Oscar Von Büllow inicia-se a fase científica do Direito Processual e surgem os primeiros conceitos e formulações dos princípios fundamentais da nova ciência.

Nesta fase de plena *publicização*, de autonomia do direito processual e de concepção científica e renúncia aos métodos empíricos de seu estudo, não é mais possível fazermos as mesmas simplificações anteriores, quando pela identificação da presença de algumas características de formalismo ou de flexibilidade procedimental – correspondentes aos limites que eram impostos à atividade dos juízes; à adoção ou não do sistema de provas legais, por um ou outro período evolutivo; pelo retorno ou abandono da oralidade e de outros princípios ou pela aparência de outros elementos e indicações –, buscamos concluir estar diante de um modelo processual que pudesse ser rotulado como formal ou informal, mais rígido ou mais flexível.

Aqui surge o que parece ser a raiz das hipóteses do presente trabalho. O *dilema* entre as visões *procedimentalistas* e *processualistas* do processo. Ao adentrarmos em seus capítulos analíticos a questão será mais bem explorada. Por ora prosseguimos com a proposta descritiva da retrospectiva da tradição processualista.

4. A fase instrumentalista do processo

Após a fundação da ciência, com a definição de seu objeto, o estabelecimento de suas premissas metodológicas e a delimitação de uma estrutura técnico-sistemática própria, caminhou-se para o terceiro momento do direito processual, o da afirmação de sua *maturidade*, contemporaneamente referenciada pela doutrina pela genérica expressão *instrumentalidade do processo*.²⁰

²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel, em *A instrumentalidade do processo*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 20/22, considera que a manifestação desta maturidade,

Conforme adverte Barbosa Moreira, *apud* Dinamarco²¹ ao associar os aspectos positivos da instrumentalidade à efetividade do processo, esta constitui questão muito complexa, apropriada para causar, aos que por ela desavisadamente enveredem, riscos de perderem-se na extensão de todo o direito processual – “o que certamente diluiria as observações fundamentais no cipoal de tantos institutos e problemas específicos, minando-lhes a utilidade”.

Assim, antes de nos aprofundarmos um pouco mais no tema e buscar estabelecer os contornos e definições capazes de traduzir o sentido de aprimoramento que a instrumentalidade aporta para o sistema processual, é necessário subdividir as etapas mais recentes do desenvolvimento do processo.

4.1. A constitucionalização do processo

As transformações do direito processual deslocaram o direito civil (privado) da posição básica que este antes ocupava em relação àquele, de modo a impor-lhe um paralelismo quanto à sua natureza jurídica, igualmente privada. As mudanças de paradigmas fizeram com que, contemporaneamente, não mais exista direito processual que não seja *ramo* do direito público.

Esta observação é inútil se isoladamente considerada no contexto processual pós-científico, sobretudo, se dirigir-se ao corpo normativo *formal* do processo civil,

independentemente da existência de grandes diferenças entre os diversos sistemas processuais do mundo contemporâneo (resultantes das particularidades conjunturais históricas, culturais e políticas), caracteriza-se pelo compartilhamento, por todos eles para um grupo de idéias compartilhadas tais como as da autonomia; do ideal do *due process of law*; da busca da efetividade do processo; da consciência dos chamados princípios informativos, cuja aplicação constitui significativo fator de universalização da ciência do processo.

²¹ DINAMARCO, *op. cit.* p. 322. nota nº 17.

sem uma compreensão crítica do princípio da legalidade – entendendo-se que o direito processual encontra-se circunscrito às suas próprias normas – e também sem estender a análise para a jurisdição.

No primeiro aspecto, há que se levar em conta a subordinação da lei às normas constitucionais, entendendo-se como tais as regras e também os princípios inseridos na Constituição. Ao se admitir este inquestionável condicionamento o princípio da legalidade é *ampliado* para assumir uma dimensão *substancial* na qual a conformidade com a lei passa a significar, antes, consonância com a Constituição, notadamente com os direitos fundamentais nela existentes.

No tocante à jurisdição, mesmo de acordo com as antigas concepções de que à ela estariam destinados os papéis de fazer atuar a vontade da lei ou de compor a lide *criando a lei* para o caso concreto, a idéia de validade daquela lei – posta ou *criada* – vinculada à necessária harmonia com princípios constitucionais e os direitos fundamentais, leva inevitavelmente que qualquer daqueles papéis seja hoje desempenhado com a exata correspondência aos preceitos da Lei Maior.

A conjugação das premissas acima faz, portanto, com que seja forçoso reconhecer que se em determinado período tinha-se um sistema processual, exclusivamente, *de códigos*, hoje se tem ao lado daquele um sistema processual também *de Constituição*.

Um dos principais resultados das transformações experimentadas pelo direito constitucional durante a segunda metade do século XX, perceptível a partir das

tendências pós-positivistas que vêm redefinindo o lugar das constituições no processo de redemocratização dos Estados ocidentais após a 2ª Guerra Mundial, foi a admissão do fenômeno jurídico da generalizada influência daquele ramo do direito sobre as instituições contemporâneas. Ou seja, a própria constitucionalização do direito como um todo.²²

Especificamente no que diz respeito ao direito processual em sentido amplo, sua constitucionalização se manifesta de *duas maneiras* a partir das quais a doutrina vem tratando o assunto: uma referente ao chamado *direito processual constitucional* e outra, a sua variante, relativa ao *direito constitucional processual*.

²² Segundo BARROSO, em *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*, o fenômeno se deu a partir de bem definidos marcos filosóficos, teóricos e históricos. Como expressão do primeiro deles o autor menciona o conjunto abrangente de idéias agrupadas sob o rótulo genérico de *pós-positivismo*, pensamento resultante do debate e da sublimação dos paradigmas – aparentemente opostos, mas também de certo modo complementares – propostos pelos modelos jurídicos puristas do jusnaturalismo e do positivismo. O pós-positivismo seria, em síntese, fruto da superação histórica do jusnaturalismo de cunho metafísico e anti-científico e do fracasso político do positivismo. Dele resultou a valorização da função social do direito e a atribuição de normatividade aos princípios constitucionais. Como balizas teóricas do fenômeno são apresentados o reconhecimento da *força normativa da constituição*, deixando ela de ser vista como um mero documento de intenções políticas para passar a ser efetivamente compreendida como Lei, dotada de normatividade jurídica de caráter vinculativo e obrigatório, passível de ser concretizada pelo Poder Judiciário; a *expansão da jurisdição constitucional*, deslocando-se do Poder Legislativo a supremacia para o estabelecimento de normas jurídicas como expressões imutáveis da vontade geral, em favor da supremacia da Constituição, acompanhada da conseqüente atribuição ao Poder Judiciário da possibilidade de controle de constitucionalidade das leis – mormente em face dos direitos fundamentais – e também da possibilidade de aplicação de decisões em conformidade com as previsões dos dispositivos processuais constitucionais e o *desenvolvimento de novas dogmáticas interpretativas da constituição*, que paralelamente aos métodos convencionais de interpretação das normas jurídicas passaram a abarcar um elenco próprio de princípios coerentes às idéias da supremacia da constituição, da presunção de constitucionalidade das normas e dos atos do Poder Público, da necessária conformidade que as leis devem ter em relação à constituição, da unidade e da efetividade da constituição e da razoabilidade na aplicação dos princípios constitucionais aos casos concretos. Entre os últimos limites a aproximação das idéias de constitucionalismo e de democracia foi determinante – como fator de produção de uma nova forma de organização política – para a afirmação dos *Estados Democráticos de Direito*. Objetivamente, o autor reconhece como principais referências normativas deste momento de desenvolvimento do novo direito constitucional e, conseqüentemente, da democratização dos Estados de direito, a Constituição alemã, de 1949; a Constituição da Itália, de 1947; a redemocratização (ou reconstitucionalização) de Portugal, em 1976 e da Espanha, em 1978. No Brasil, é a Constituição de 1988, também do período pós regularização democrática, que simboliza a estabilidade institucional e de adoção de soluções em estrito respeito à legalidade constitucional.

Pela primeira delas se descreve a *jurisdição constitucional*, assim entendido o conjunto de normas que se dirigem aos institutos de natureza processual sediados, por opção político-legislativa do constituinte originário, no próprio texto da Constituição. Dentre eles poder-se-ia, exemplificativamente, mencionar as ações e demais previsões correspondentes aos remédios dos mandados de segurança e de injunção, do *habeas corpus* e do *habeas data*, das ações populares e civis pública, além das ações diretas para o controle de constitucionalidade das leis e atos do poder público em geral, todas merecedoras das respectivas regulamentações infraconstitucionais.

Por outro lado, por direito constitucional processual, tem-se em mente a tutela constitucional a que deve estar submetido o processo para atingir, do modo mais satisfatório possível, o seu objetivo de servir de meio de efetiva prestação da tutela jurisdicional. São, por exemplo, os princípios do devido processo legal, do amplo acesso à justiça e da inafastabilidade do Poder Judiciário e, mais recentemente, da razoável duração do processo.

A distinção semântica entre as *duas maneiras* de constitucionalização do processo não é algo de fundamental importância. Ela poderia até mesmo ser desconsiderada, uma vez que sequer se tratam de *formas* mutuamente excludentes de constitucionalização, na medida em que aos ambientes caracterizadores do primeiro modo, igualmente se aplicam todos os elementos que identificam o segundo. Assim sendo, as diferenciações acima tem pouca relevância prática. Além do mais, o que interessa para os fins do presente tópico é assinalar a importância da

constituição para o desenvolvimento do processo civil contemporâneo,²³ tendo em vista os resultados e as qualidades que dele podem legitimamente esperar os jurisdicionados, em razão da adequada atuação de seus operadores segundo a realidade presente na idéia de que “a parcela do ordenamento jurídico que soberanamente impõe as finalidades a serem atingidas pelo Estado brasileiro é a Constituição Federal” (BUENO: 2010. p. 78).

4.2. As ondas renovatórias do processo

A fase contemporânea do processo constitucional também se caracterizou pela percepção da necessidade de avanço no sentido da superação de óbices operacionais, a fim de torná-lo instrumento eficaz para que o Estado-juiz alcance as finalidades voltadas, em última análise, à concretização de alterações nas condições a ele exteriores, isto é, a real promoção das devidas interferências no plano dos direitos materiais das partes, conforme discutidos em juízo. Tais preocupações começam a ganhar corpo a partir da segunda metade do século XX.

Nessa perspectiva *instrumentalista*, a expansão dos direitos materiais em uma sociedade que se torna cada vez mais complexa e mais consciente de seus direitos e a participação de novos atores sociais, portadores de diferentes

²³ BUENO, Cássio Scarpinella, em *Curso sistematizado de direito processual – Teoria geral do direito processual civil 1*. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 67/68, ao discorrer sobre o direito processual, concluindo quanto à necessidade uma visão constitucional do processo e de se colocar a Constituição Federal como *elo metodológico indispensável* de sua compreensão na atualidade, leciona que a sua abordagem teórica deve ser conduzida *sem prejuízo da compreensão de que o estudo do direito processual civil só pode ser feito a partir da Constituição Federal, extraindo dela o modelo constitucional do direito processual civil brasileiro...* Mais adiante, reforçando a importância do modelo constitucional do direito processual civil, o autor nos fala da *necessidade de serem estabelecidas (novas) bases para a construção de um (novo) pensamento contemporâneo do direito processual civil* admitindo que *um aspecto deverá ter ficado claro porque mencionado insistentemente: é a partir da Constituição Federal que se deve buscar compreender o que é, para que serve e como funciona o direito processual civil*. p. 115.

subjetividades que levam à multiplicação dos litígios – igualmente crescentes em complexidade –, fizeram com que o arcabouço jurídico teórico alcançado pela evolução do direito processual se revelasse insuficiente para, isoladamente, apresentar soluções comprometidas com a efetiva realização das finalidades perseguidas pelo processo. As demandas, muitas vezes reprimidas, que se verificam em face da atuação do Poder Judiciário dizem respeito, sobretudo, à necessidade de ampliação do acesso à justiça e de maior celeridade na prestação jurisdicional.

Em conjunto, essas necessidades representaram o surgimento de questionamentos acerca dos aspectos *funcionais* e das reais possibilidades de que o direito processual dispõe para a consumação de suas finalidades, a realização concreta dos direitos materiais. As mudanças cujas necessidades mais urgentes foram detectadas inspiraram o que a doutrina convencionou chamar de ondas renovatórias do processo.

A primeira delas buscou enfrentar a questão da superação dos óbices econômicos e financeiros ao acesso à justiça. Num contexto constitucional de contínua ampliação daquele, procurou-se criar condições para propiciá-lo também aos mais pobres. Os mecanismos de que passaram a se valer os sistemas processuais como meios de garantir a todos a prestação dos serviços de tutela jurisdicional foram, entre outros, a instalação das defensorias públicas e a edição de leis de regulamentação da gratuidade de justiça. Não se trata, contudo, como afirma Bueno²⁴, apenas de se assegurar a justiça gratuita, mas sim de oferecer adequada

²⁴ BUENO, *op. cit.* p. 173.

proteção jurídica aos hipossuficientes contra a perversa situação, atentatória à cidadania, de eventual cerceamento do direito ao exercício jurisdicional de outros direitos por motivos de impossibilidade de se suportar os custos destes últimos. A renovação proposta, portanto, mostrou-se medida de completo alinhamento ao sentido de garantia constitucional dado, pela maioria dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, ao amplo acesso à justiça.

A segunda onda renovatória do processo foi a que buscou eliminar os óbices à tutela jurisdicional dos direitos transindividuais. A constatação que a motivou foi a de que os modelos instrumentais de tutela até então disponíveis, encontravam-se, invariavelmente, vinculados a alguma forma de exercício individual, tanto no plano material quanto no processual. O reconhecimento da existência de direitos difusos e coletivos, como por exemplo, o direito ao meio ambiente sadio, ao lado da simultânea inexistência de adequada previsão da sua tutela – por tratar-se de um direito insuscetível de apropriação e fruição individual – equivalia à contraditória negação daquilo que anteriormente se reconheceria de forma inócua.

Em linhas gerais, a grande questão que se coloca atualmente se refere à satisfação daqueles que necessitam se utilizar da prestação jurisdicional. Muito mais do que a criação de condições de acesso à justiça e de técnicas legislativas que generalizem a tutela jurisdicional de direitos materiais, associados ou não à *novas* subjetividades, a terceira onda renovatória do processo se caracteriza pelo desafio permanente de conferir-lhe – como verdadeiro instrumento de realização do direito material que deve ser – plenas possibilidades de transformação da realidade circundante.

É, portanto, no plano externo ao processo, o dos direitos materiais, que importa aferir a sua utilidade. Apesar dos contornos do hodierno estágio evolutivo apontarem para um direito processual bem estruturado do ponto de vista formal, em nada interessa à comunidade, direta ou indiretamente envolvida, a manutenção do atual quadro, se a sua operação, muitas vezes, se revela completamente ineficaz e, quase sempre, é lenta em demasia e presa a formalismos exagerados que o transformam em instrumento auto-reverenciado, em detrimento de sua principal finalidade, a de reordenador das condições externas respeitantes aos direitos materiais ameaçados ou lesados.

A bem da verdade, deve ser reconhecido que os problemas acima não podem ser atribuídos exclusivamente a presente fase. Melhor e mais correto seria situá-los mais proximamente das próprias origens do processo. O que se vê hoje, como ponto de partida da demanda por um terceiro momento de renovação, são as suas agravações por circunstâncias diversas que podem ser identificadas como próprias do desenvolvimento do fenômeno processual, entre elas a elevada judicialização das relações sociais e o incremento da conscientização dos destinatários da jurisdição, somadas às inexistentes contrapartidas oficiais no sentido do permanente aparelhamento das estruturas judiciárias e da conseqüente ampliação e qualificação de seus quadros.

No Brasil algumas medidas vêm buscando modificar aspectos processuais no sentido do aumento da satisfação geral anteriormente mencionada. Além de necessários ajustes técnicos, trata-se, igualmente, de esforços necessários ao

enfrentamento da crise de legitimidade pela qual passa o Poder Judiciário diante do corpo social.

Entre as principais alterações constitucionais do processo, introduzidas pela Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004, merece destaque a introdução do princípio da celeridade ou da *razoável duração* processual, como revelador de uma *nova* postura teleológica voltada à criação de condições que, se efetivadas, o farão retomar o curso do ideal instrumentalista. Esta saudável utopia requer, além do adequado aparelhamento da máquina judiciária, que sejam evitadas formalidades supérfluas, impeditivas do cumprimento dos escopos precípuos do processo.

Outras medidas propostas dizem respeito ao estabelecimento do número de juízes nas distintas unidades jurisdicionais segundo a proporcionalidade entre as efetivas demandas judiciais e as respectivas populações; à imediata distribuição dos processos, em todos os graus de jurisdição; à continuidade e não interrupção das atividades jurisdicionais, pela vedação de férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau; à ampliação das hipóteses de cabimento do Recurso Extraordinário, com a exigência de demonstração da repercussão geral das questões ventiladas; a inserção da súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro; etc.²⁵

²⁵ BUENO, *op. cit.* p. 85, valendo-se da designação empregada por Mauro Cappelletti, enumera como elementos caracterizadores da terceira *onda de acesso à justiça*, dentre outros, a necessidade de criação de mecanismos alternativos de solução de conflitos que dispensem ou flexibilizem a atuação da função jurisdicional; a criação de novos procedimentos conforme requeiram as vicissitudes do direito material controvertido; as reformas das leis processuais para torná-las mais aderentes às realidades externas ao processo... Em seguida, conclui afirmando ser a terceira onda renovatória a que mais dá ensejo às possibilidades de estudos críticos acerca do papel do processo e à transformação do direito processual civil; sendo os objetivos daquele movimento os que atualmente predominam na doutrina e jurisprudência nacionais, conforme, inclusive, se encontram refletidos nas amplas transformações que vêm sendo experimentadas pelo Código de Processo Civil brasileiro.

4.3. A instrumentalidade do processo

A novíssima tendência do instrumentalismo processual – acentuada a partir do último quarto do século XX – vem se firmando no sentido da superação da noção de que o processo é um instrumento a serviço, exclusivamente, do direito material, para concebê-lo, conforme as palavras de seu principal expoente entre os doutrinadores brasileiros “como o núcleo e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual” (DINAMARCO: 2008. p. 24).

A atribuição da instrumentalidade primeiramente ao processo e só posteriormente ao sistema processual como um todo decorre da natural simplificação conceitual com que parte da doutrina prefere se referir ao fenômeno, percebendo-o, sem prejuízos de qualquer espécie, como o conjunto de atributos do processo tendentes a dotar-lhe de eficácia para a concretização dos direitos materiais controvertidos.

De acordo com as abordagens sobre o tema, a instrumentalidade corresponde, resumidamente, à capacidade do processo realizar eficazmente o direito material, à “conscientização de que a importância do processo está em seus resultados” (BEDAQUE: 2009.p. 17) ou ainda, à “uma nova visão do fenômeno processual, instrumento cuja utilidade é medida em função dos benefícios que possa trazer para o titular de um interesse protegido pelo ordenamento jurídico material” (BEDAQUE: idem. p.18).

Embora também Dinamarco admita que a instrumentalidade seja pensada a partir do processo – somente concebendo-o como instrumento ou *meio* se e enquanto se legitime em função dos fins a que se destina, ao expandir o conceito informa que aquela é fruto da fixação teleológica de escopos ou propósitos que, além de revelar o grau de sua utilidade, devem nortear a *instituição* processo e a conduta dos agentes que a operam.²⁶

Alimentada pela visão de resultados, inicialmente apoiada no processo e posteriormente no sistema processual, a instrumentalidade abandonou o referencial das esperanças individuais das partes em face do direito material para restabelecê-lo nas expectativas da sociedade perante os valores jurídicos, sociais, políticos e econômicos da nação.

Independentemente da maior ou menor abrangência com que se investigue o fenômeno, dele não se pode afastar a conclusão de que “todo o direito processual constitucional constitui uma postura instrumentalista” (DINAMARCO: *idem.* p. 32). A visão sistêmica do direito, notadamente sobre o direito processual e a Constituição Federal, conduzindo à compreensão do fenômeno como sinônimo de constitucionalização do processo, reforça a aceitação de que as normas integrantes do direito processual constitucional sejam vistas como as grandes matrizes do direito processual. Esta concepção da instrumentalidade não chega a configurar novidade na trajetória evolutiva do direito processual, a ela, inclusive, já nos referimos no tópico anterior.

²⁶ DINAMARCO, *op. cit.* p. 177/178.

A *inovação* trazida pelo instrumentalismo reside na ampliação acarretada pelo deslocamento do foco entre a tutela do direito material pelo processo para a atuação do sistema processual como um todo, orientada pela necessidade de realização de objetivos teleologicamente eleitos como requisitos dos escopos sociais, políticos e jurídicos do processo.

Conforme os define Bueno²⁷, os escopos sociais se relacionam intimamente com as idéias de justiça, de paz social e de apaziguação. Trata-se de fazer do processo um meio de permissão, aos cidadãos e à sociedade em geral, de fruição dos direitos garantidos no plano material. A nortear tais objetivos está o valor *dignidade da pessoa humana*, fundamento do modelo de Estado democrático de direito traçado pela Constituição brasileira. O segundo deles, o escopo político, refere-se à afirmação da *autoridade* e do *poder* do Estado-juiz perante a sociedade. Como aquela autoridade não é e nem provém de poderes absolutistas, mas sim de um poder limitado, exercido pelo Estado de direito em nome de suas próprias finalidades públicas, o escopo político do processo não permite que este se afaste das preocupações com os valores *liberdade individual* e os da ampla possibilidade e necessidade de *participação* dos destinatários da atuação do Estado nesta atuação. A observância daquelas diretrizes corresponde à necessidade da afirmação da autoridade pública e torna possível atingir-se maior *consenso* com a produção da decisão do Estado-juiz. Por fim, o atendimento aos objetivos do escopo jurídico do processo, requer que os seus institutos sejam compreendidos teleologicamente, ampliando-se os seus conteúdos técnicos, no sentido de desenvolvê-los dinâmica e coerentemente à consecução dos objetivos dos demais escopos do processo. Esta

²⁷ BUENO, Cassio Scarpinella, *op. cit.* p. 86/87.

necessária *releitura* dos institutos encontra amparo na idéia de se dotar o instrumento processual de adequadas possibilidades de concretização dos direitos materiais. Alinha-se, portanto, aos objetivos que devem ser permanentes, de aperfeiçoamento daqueles para que o processo possa melhor desempenhar o seu papel.

Sob muitos aspectos, se as realizações práticas dos objetivos eleitos pelos escopos processuais considerados pela instrumentalidade podem significar interessantes avanços para o direito processual civil, também podem se apresentar como negação do formalismo processual. Encontrar o necessário ponto de equilíbrio entre aqueles dois comportamentos é a solução do *problema* que esta visão contemporânea do processo carrega. Daí porque a *questão* que se coloca, a partir do atual marco doutrinário da trajetória evolutiva do processo, gravitar em torno de meios decisórios que não só podem se desvincular da rigidez das formas como também extrapolar o conteúdo axiológico das normas.

Capítulo II – Sistema processual, instrumentalidade e poderes do juiz

1. Lei e instrumentalidade

Em suas fases iniciais, a apreensão do fenômeno da instrumentalidade pelos doutrinadores e operadores do direito foi compatível com a elaboração de uma concepção utilitarista do processo, segundo a qual aquele seria o meio de se assegurar a plena realização dos direitos inscritos no plano material do ordenamento.

Aquelas noções, ainda essenciais para o satisfatório desenvolvimento do processo nos dias atuais, prestigiaram, sobretudo, a análise dos aspectos externos dos atos processuais, voltando-se à justificação do abandono ou, no mínimo, do *relaxamento* do rigor formal, eventualmente exigíveis por lei para as suas realizações ou presentes em suas práticas, por força de determinações judiciais estranhas ao próprio direito positivo processual. Como que o prenúncio da instrumentalidade do processo e da instrumentalidade do sistema processual, originalmente, consagraram o princípio da instrumentalidade das formas, através do qual se garante a validade dos atos processuais que, sem acarretar prejuízos à parte adversa, atinjam sua finalidade ainda que praticados de maneira diversa da prevista.

O que essencialmente se atingiu com as concepções fundantes do instrumentalismo, focalizadas na necessidade de redução do excessivo apego à forma dos atos, foi a construção de um sistema de nulidades processuais que,

embora goze de forte apelo e utilidade prática, por não ser objeto do presente trabalho, será propositalmente deixado em segundo plano.

A partir das propostas veiculadas pelos primeiros porta-vozes do instrumentalismo chegou-se a significativas mudanças de posturas, que acabaram por se refletir nas elaborações legislativas de diversos países. No Brasil, o Código de Processo Civil positivou o princípio da instrumentalidade das formas em dois de seus dispositivos, os artigos 154 e 244, cujas dicções estatuem, respectivamente, *que os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial e quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.*

Paralelamente à nítida identificação da existência, no ordenamento jurídico, de um plano distinto daquele dos direitos materiais, vêm das considerações acima as referências que originaram a designação dos códigos de processo como *leis instrumentais*.

Como seria natural concluir, o processo de evolução do direito observa um comportamento cíclico no qual a positivação e as pressões – doutrinárias e de outros tipos – constituem uma via de mão dupla em que aqueles fatores se retroalimentam constantemente. O fruto deste diálogo permanente, que por vezes deixa suas marcas na lei e por outras extrai dela os seus referenciais progressistas, é o aperfeiçoamento ou a adaptação do ordenamento aos valores que a sociedade

preza e reconhece num determinado momento. Em assim sendo, não há como ignorar que o processo legislativo está para o direito como um dos mais importantes fatores de legitimação das aspirações do corpo social. Esta afirmação, coerente com a idéia instrumentalista da existência de escopos externos – políticos e sociais – ao processo, corrobora a opinião de que também a lei – no caso a processual – é dotada de um *espírito instrumentalista*, mais abrangente e profundamente diferente do sentido meramente semântico que aquela designação lhe empresta.

Nesse sentido, a lei processual pode e deve ser vista como, intrinsecamente, portadora de consideração aos escopos jurídicos, sociais e políticos do processo, o que não significa dizer que a atuação ativa dos juízes, conforme será analisada mais adiante¹, também não seja um dos meios de incrementar a instrumentalidade do sistema processual. Na busca do equilíbrio entre o ativismo valorativo do julgador e a sua neutralidade, em nome da carga axiológica da norma, é que se propõe uma visão menos preconceituosa contra a lei, ou melhor, contra o respeito ao formalismo² processual, na medida em que ele se mostre necessário.

Para os filósofos (ou *jus filósofos*), diferentemente do que se passa para os estudiosos da sociologia jurídica, o processo, como *fria* expressão de um conjunto de normas, constitui uma limitação às possibilidades do direito na medida em que a

¹ Ver tópico 2 *infra*.

² Como conceitua DIDIER JÚNIOR, Fredie, em *Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento*. Revista Diálogo Jurídico. Ano I – vol. nº. 7 – outubro de 2001 – Salvador – BA – Brasil, *apud* Oliveira, em *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 6/7, por *formalismo* deve ser entendido, conforme a expressão seja utilizada deste ponto em diante do texto, *a totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação da sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas as suas finalidades primordiais*. Segundo tal entendimento, alerta a mesma fonte, *não há de se confundir, embora a homonímia, o formalismo de que se trata com o formalismo fetiche da forma; este último, na verdade, deformação daquele*.

observância às regras formais do seu procedimento implica, *a priori*, indesejável formalismo positivista negador dos escopos políticos e sociais aos quais deve estar voltada a atividade jurisdicional para a obtenção da justiça. Por sua vez, na visão da sociologia, exatamente por ser exercido a partir de regras preestabelecidas, ele é o elemento operador do *consenso social*, um meio legítimo e hábil para assegurar a redução de inseguranças e dotar de previsibilidade as decisões endereçadas às partes confrontantes de um litígio.

Negar-se o formalismo processual necessário em razão da pretensa realização do valor *justiça*, pode ser visto como o problema da substituição ingênua de conquistas estruturais por boas intenções. As leis processuais, tanto quanto possível, traduzem valores relevantes e selecionam adequadamente as formas de atuação para a busca da verdade visada pelos sistemas processuais aos quais servem, inclusive *submetendo-se* às normas constitucionais que traduzem outros valores – políticos e sociais. Portanto, evidentemente, o devido processo legal e os seus procedimentos não excluem a existência de juízos críticos e de decisões determinadas por *critérios legítimos*.

O embate das visões filosóficas e sociológicas acerca da instrumentalidade, com a exclusão da lei como sua fonte imediata e a sua identificação na obrigatoriedade de adaptação da lei sob a forma de decisões judiciais, emerge de uma noção distorcida de legitimidade³.

³ Segundo LUHMANN, Niklas, em *Legitimação pelo procedimento*, tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 29, na Idade Média o conceito jurídico de legitimidade foi utilizado para justificar a tirania decorrente da posse efetiva do Poder estabelecido. Mais tarde, afastando-se de tentativas de restauração do direito natural e direcionando-se no sentido da crescente positivação do direito, que se impôs completamente no século XIX, o conceito perdeu seu fundamento moral, passando a designar a problemática de um princípio de legalidade puramente

No âmbito das decisões processuais, o conceito de legitimidade não pode ser reduzido apenas à idéia de que as *justas* são legítimas e as *injustas* não o são. A partir de tal premissa a definição de legitimidade, especularia com uma atitude irracional do ponto de vista individual, do que é *justo* ou *injusto*; não se deixando vincular a uma argumentação racional.

Ainda que os sistemas processuais admitam a rediscussão do mérito das decisões – devolvendo-as para apreciação pelos mesmos sistemas – não se pode duvidar, *a priori*, que o estabelecimento concreto das decisões, segundo normas e procedimentos previamente estabelecidos, contemple a convicção de suas exatidões, não podendo subsistir ao lado daquelas, problemas quanto ao reconhecimento de sua obrigatoriedade ou quanto à sua falta de legitimidade.

Para os fins deste trabalho não interessa especular a respeito das causas psicológicas ou dos mecanismos sociológicos identificadores das conjunturas e dos diferentes motivos que permitem a realização de uma crença na legalidade e na força compulsiva das ordens estabelecidas, causadora de uma legitimidade racional-legal. Há, porém, inegável valia em se considerar que os sistemas normativos – dentre eles os processuais – uma vez estabelecidos em consonância com os valores encontráveis na sociedade, periodicamente atualizáveis, têm a capacidade de

positivo afeto às condições reais reconhecidas pela ordem jurídico-social. Atualmente, por legitimidade do direito, compreendem-se, basicamente duas coisas: a convicção ou a aceitação generalizada da eficácia e da obrigatoriedade de determinadas normas ou decisões baseadas em princípios ou valores que as justificam. O problema que emerge dessa compreensão da institucionalização da legitimidade diz respeito às possibilidades da convicção e aceitação generalizadas da real legalidade das normas e da força obrigatória das decisões, em razão daquelas provirem de uns poucos e não de um consenso social ou da vontade geral. Faticamente, o direito, na qualidade de estrutura do sistema jurídico, pode ser considerado legítimo na medida em que se mostre capaz de produzir, de maneira eficaz e generalizada, a aceitação das suas decisões de mérito, ainda que indeterminadas quanto aos seus conteúdos concretos, porém situadas dentro de certa margem de tolerância.

funcionar como uma espécie de consenso que, limitando alternativas ou impondo certo grau de previsibilidade, proporciona a estabilidade do sistema jurídico-processual sem que seja necessário definir o que seja objetivamente *justo* para cada caso concreto. Tal dispensa é absolutamente necessária na medida em que o aumento da complexidade da sociedade acarreta, também, o aumento dos problemas que demandam soluções judiciais *adequadas*.

Concebido como um sistema social sincronizado com um método prático de solução de controvérsias e não propriamente pelo ponto de vista clássico que o coloca como uma relação com a *verdade* ou com a *verdadeira justiça* como objetivo⁴, o sistema processual, estruturando-se em certa quantidade de leis e procedimentos, visa, imediatamente, fornecer decisões obrigatórias que, independentemente da exatidão objetiva dos seus argumentos, mas fundamentadas da melhor maneira possível, tenham condições de ser aceitas generalizadamente⁵.

É, contudo, claramente incorreto supor que a verdade e a justiça não tenham qualquer sentido prático para o processo e para o sistema processual como um

⁴ Também segundo LUHMANN, *op. cit.* p. 20/21, O núcleo de todas as teorias clássicas do processo é a relação com a verdade ou com a verdadeira justiça como objetivo. O sentido do processo estaria assim relacionado a um critério de verdade, a um conhecimento daquilo que, além de ser legalmente válido no caso específico seria também exato. Tal concepção prevê que através da decisão se realizará aquilo que é *justo*. Contudo, o objetivo principal do processo judicial será geralmente indicado como proteção jurídica e, nessa versão, usado como justificação dos institutos particulares do direito processual. Essa opinião apresenta, porém, as suas dificuldades quanto ao problema das decisões incorretas, mas que se tornam válidas. A conclusão a que se chega é a de que a característica da justiça das decisões não está necessariamente ligada à essência do processo, pois não há suficientes instruções para os julgadores quanto ao procedimento estar organizado para dar como resultado decisões justas ou injustas, por amor da verdade ou por amor da paz.

⁵ *Idem. op. cit.* p 24. Um sistema que tenha de assegurar a possibilidade de decisão de todos os problemas levantados, não pode, simultaneamente, garantir a justiça da decisão... o processo não justifica a decisão, mas fundamenta uma presunção da exatidão do seu conteúdo (a busca da verdade não constitui a função principal do procedimento juridicamente organizado... sociologicamente, ou melhor, como sistema social, o procedimento jurídico trata, em primeiro lugar, do reconhecimento de verdades já afirmadas, evidentes, difundidas e conhecidas, apoiadas no bom senso e na inteligência. Se o sistema social representado pelo procedimento fosse dominado pela idéia do objetivo da busca da verdade seria constantemente alterado).

todo, ou negar-lhes valor. Nenhum processo pode prescindir de verdades na sua função específica de apresentar decisões e de, como mecanismo do sistema político das sociedades modernas, transmitir de forma simplificada, aquilo que a complexidade das próprias sociedades produziu com base nas certezas intersubjetivas de seus membros. O que falta é que se aceite, *a priori*, que o sistema processual juridicamente organizado lhes presta serviço. A verdade e a justiça não devem ser concebidas como valores naturais, mas sim como insumos e produtos de um determinado modo de organização social.

Se o processo se afastasse da verdade e da justiça – concebidas como frutos de um artifício simplificador das diversidades sociais – estaria destinado a vagar por uma infinidade de possibilidades sempre diferentes, impossibilitando-se de garantir conclusões e decisões obrigatórias. É, portanto, também a partir da verdade e da justiça que o processo se afirma como legítimo mecanismo do poder estatal.

Quem exerce o poder legítimo pode, por sua vez, determinar aos outros a adoção das suas decisões como premissas válidas, a aceitar como obrigatórias as decisões tomadas no âmbito de possíveis alternativas. O fundamento deste último mecanismo, diferentemente da verdade e da justiça, não reside no fato dele ser síntese das complexas razões de ser da sociedade, mas sim de decorrer do fato de que o próprio sistema processual cria razões adicionais para a aprovação das decisões, de modo que o concreto exercício do poder que gera decisões segundo as regras daquele, tornam estas legítimas. O objetivo do sistema processual não é outro senão o de – atuando através de mecanismos de simplificação que tornem perceptível aos seus destinatários os sentidos da exatidão e da compulsoriedade

das decisões judiciais, quer com a ajuda da verdade e da justiça, quer através da criação do poder legítimo de decisão – criar condições para que quem o possa fazer legitimamente, profira decisões obrigatórias.

Quanto ao aspecto da aceitação generalizada não resta dúvida de que a convicção da presença dos autênticos valores e princípios, pelo corpo social, constitui relevante fator de aprovação e legitimação do teor das decisões. Pela aceitação se pode considerar relativamente superada a concepção clássica do processo segundo a qual aquele deve ser o meio da busca da verdade absoluta para os fins de realização da justiça, bem como estabilizado o sistema processual, livre de exigências extremadas que não poderiam ser alcançadas em todas as situações nas quais o Estado fosse impelido a decidir. A alta complexidade da sociedade, a contraditória variabilidade e a extraordinária gama dos temas sobre os quais devem recair as decisões impõem que aquelas sejam decorrentes de algumas generalizações e que possam se legitimar pela mesma espécie de reconhecimento generalizado. O reconhecimento generalizado, independente de motivações individuais, faz com que a decisão emitida como a concretização dos direitos materiais assemelhe-se à verdade passível de ser conhecida sem o completo exaurimento de informações e para a qual se tornam despiciendas considerações de ordem subjetiva.

Pela aceitação generalizada se pode esperar que os indivíduos coerentemente assumam, como premissas fundamentais de seus comportamentos e expectativas, o que for correspondentemente determinado pelas decisões. É o apoio social à decisão, capaz de promover significativas mudanças comportamentais, que

a legitima independentemente das problemáticas resistências e frustrações individuais que ela possa eventualmente provocar. O reconhecimento legitimador não é o voluntário nem advém do senso de responsabilidade pessoal de cada um, decorre, isso sim, do surgimento de uma atmosfera social favorável que institucionaliza a mudança social como conseqüência natural de uma decisão oficial.

Assim, se para as formas dos atos processuais a instrumentalidade pode ser entendida como *sinônimo* de simplificação e de flexibilização, para a parte da estrutura do sistema processual representada pelo direito positivado e pela sua concretização na forma de decisões judiciais, aquela é o conjunto de aspectos normativos materialmente comprometidos com os elementos axiológicos, tendentes a garantir a implantação de um processo que se realize não só com efetividade em relação aos direitos materiais controvertidos, como também – na medida do possível – em consonância com a *média* dos fins teleologicamente eleitos pelos escopos jurídicos, sociais e políticos que o informam. Isto é, a questão axiológica se acha precipitada no ordenamento do sistema processual e na sua configuração estrutural.

1.1. O formalismo necessário

O processo, visto como uma instituição juridicamente organizada, faz parte do conjunto das escolhas do sistema político das sociedades modernas. O seu formalismo não constitui, definitivamente, um critério absoluto de justiça ou um caminho preciso para a verdade, mas sim uma garantia de realização das decisões ao mesmo tempo em que favorece as suas *correções*, independentemente do fato de que uma determinada lógica funcione, em detrimento de outras possíveis, de

modo a permitir que soluções *exatas* ou *aceitáveis* sejam entregues ao corpo social. A função precípua do formalismo, portanto, deve ser a de contribuir para abolir perturbações da ordem e da segurança jurídicas e imprevisibilidades.

Em sentido estrito, a forma dos atos – processuais ou administrativos – apenas descreve a maneira pela qual eles devem se exteriorizar. O já mencionado princípio da instrumentalidade permite em relação a ela, relativizações que, em face da incoerência de nulidades, ou melhor, de prejuízos para as partes e em nome da celeridade e da economia processuais, conduzam à aceitação daqueles que venham a ser praticados sem rigorosa coerência às prescrições legais.

O formalismo processual, contudo, não se restringe à simples questão da forma dos atos, mesmo quando ela venha a ser considerada em sentido amplo, abrangendo aspectos externos tais como o tempo e o lugar de realização, e não somente as feições intrínsecas anteriormente ventiladas.

Como *elemento* que pode estar ligado à princípios e valores importantes – dos escopos da instrumentalidade do sistema processual – o formalismo é necessário e tem a sua utilidade plenamente justificável como fator de segurança jurídica. Nesse sentido, a observância dos requisitos formais do processo se deduz como indispensável ao seu desenvolvimento⁶.

Como delimitador cogente dos poderes, deveres e faculdades dos sujeitos processuais, o formalismo desempenha um papel imprescindível na organização do

⁶ OLIVEIRA, *op. cit.* p. 76, adverte para o fato de que “o formalismo, exatamente porque fenômeno cultural, informado por valores, não se confunde com a técnica, que é neutra a respeito da questão axiológica”.

processo, não só sob o ponto de vista de ordenação dos atos e de coordenação de suas execuções pelos sujeitos (como expressão clássica do procedimento), mas também e, sobretudo, como um caminho pelo qual deverá desenvolver-se o instrumento dotado das finalidades primordiais de concretização de direitos materiais controvertidos, segundo a visão constitucional do devido processo legal contemporâneo⁷.

Ao regular o processo impedindo-o de perder a necessária organização, o que levaria à disputas confusas e sem o ritmo objetivo capaz de apontar para a sua conclusão nos limites de expectativas razoáveis, o formalismo oferece garantias aos contendores, tanto evitando possíveis arbitrariedades e parcialidades por parte do julgador, quanto prevenindo a má-fé processual de uma das partes em relação à adversária.

No que concerne especificamente à atuação dos juízes o valor do formalismo advém de distintos sentidos práticos. Primeiramente é importante elemento disciplinador do poder daqueles, a favor da liberdade dos jurisdicionados contra eventuais exorbitâncias do Estado, na medida em que a sua desconsideração e conseqüente atribuição ao julgador de plenas liberdades para a realização do procedimento conforme as condições de cada caso concreto, poderia, além de representar grande desperdício de tempo, refletir-se como indesejável desequilíbrio entre o direito material das partes e o poder dos órgãos judiciais. Também a própria realização dos direitos materiais estaria em risco, uma vez que a discricionariedade

⁷ É o próprio DINAMARCO, *op. cit.* p. 213, quem reconhece e assegura que *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, 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.*

de juízes diante dos formalismos procedimentais poderia propiciar altos índices de dispersão das decisões para situações materialmente semelhantes, tornando até impossível, falar-se em jurisprudência.

No que diz respeito ao comportamento das partes, a tipicidade das formas legalmente preestabelecidas é também indispensável, pois serve aos objetivos de eliminar, ou pelo menos controlar, o excessivo prazo de duração do processo, as chicanas jurídicas recíprocas, bem como para sinalizar-lhes determinadas previsibilidades. É também fator de nivelamento formal e material dos litigantes, conforme lhes garanta iguais possibilidades de atuação, isto é, segundo lhes assegure a chamada paridade de armas.

Prestigiar o formalismo processual não significa assumir postura de defesa incondicional do positivismo procedimental, mas sim reconhecer que o resultado material do processo também depende do controle do seu *iter*, principalmente pela observância – por parte de todos os sujeitos processuais – das formas que asseguram regularmente às partes o igual exercício da legítima influência sobre o objeto da investigação.

Deve-se assim compreender por formalismo necessário, aquele que, devidamente preestabelecido por processos decisórios que levem em conta os valores presentes na sociedade à qual se destinam, se situe entre os extremos do informalismo e do formalismo excessivos.

1.1.1. O formalismo e o devido processo legal

Por ser a síntese de um pensamento predominante no direito processual contemporâneo, o princípio do devido processo legal, expresso no inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal, engloba os demais princípios constitucionais do processo.

Com tal abrangência é razoável supor que, na atual conjuntura do direito processual, por devido processo legal deve-se compreender um processo que lance mão dos valores políticos e sociais que se encontram institucionalmente garantidos na Lei Maior. Assim, não serão devidos nem legais, por exemplo, os processos em que se veiculem pretensões contra incapazes, sem que estes sejam devidamente assistidos ou representados conforme o requerido pelas suas condições subjetivas; que neguem a ampla participação defensiva dos réus ou que por outro modo cerceiem-se os direitos das partes ao contraditório; que dispensem a obrigatória fundamentação e motivação das decisões judiciais; que admitam provas ilícitas; que tramitem perante juízos de exceção ou especiais, criados após a existência do seu fato gerador; etc.

Porém, até por uma necessária simplificação dos conceitos, não se pode ignorar que, paralelamente à satisfação de todos os valores constitucionalmente carreados ao processo, o dito princípio também deve estar voltado para a sua forma de desenvolvimento. Ou seja, o devido processo legal representa a expressão constitucional do formalismo, compõe esta faceta processual, pois em virtude do seu componente *legal*, se encontram no seu bojo as exigências de observância a um

padrão para a correta atuação do Estado-juiz, conformada aos valores que a Constituição lhe impõe⁸.

Embora, como já mencionado, o processo não se esgote na regularidade procedimental nem possa ser resumido ao seu formalismo, o princípio em questão se coloca como um dos pilares do Estado democrático de direito, na medida em que impõe ao próprio Estado o dever de também submeter-se às leis que institui em caráter inafastável para todos os seus membros. A interpretação mais imediata do seu conteúdo leva necessariamente à aceitação de que “o conceito do devido processo legal compreende a estruturação correta do procedimento” (OLIVEIRA: 2009. p.102), dele não se podendo abstrair a necessidade de respeito aos comandos dirigidos às partes e, principalmente, aos juízes.

Como marca de um sistema de limitações legais ao exercício do poder jurisdicional e, ao mesmo tempo, como uma cláusula que se projeta para além das demarcações normativas, o princípio do devido processo legal reúne a obrigatoriedade de observância às regras do procedimento – princípio da legalidade – ao sentido ético do processo, representado pelo exercício da jurisdição com a preservação e observância dos demais princípios constitucionais processuais. Para ilustrar essa dupla aptidão valem as seguintes transcrições:

“No cenário das instituições jurídicas do país, o procedimento tem valor de penhor da *legalidade* no exercício do poder. A lei traça o modelo dos atos do processo, sua sequência, seu endereçamento, 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*. No Estado-de-direito, como foi dito, não se concebe como possa o juiz, no exercício

⁸ BUENO, *op. cit.* p. 136/137.

da jurisdição, realizar atividades cujo escopo jurídico é a atuação da lei, mas realizá-las com o campo aberto para o arbítrio.

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 faculdades 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”. (DINAMARCO: 2008. p. 150/151).

Em resumo, para o ilustre doutrinador, o processo traduz-se como o procedimento desenvolvido em, ou na sua feliz expressão, *animado* pelo contraditório. Esta visão, preponderantemente instrumentalista, leva a afirmação da prevalência dos aspectos valorativos e não formais do princípio do devido processo legal, com certo desprezo em relação aos últimos⁹.

Este antagonismo, ou apenas artificial desbalanceamento de valores na modesta opinião do autor do presente trabalho, é uma das raízes do debate entre a

⁹ Cfr. DINAMARCO, *A Instrumentalidade do processo*, p. 151/152: a estrita legalidade dos atos processuais não é inerente ao Estado de direito e nem é conveniente para os bons resultados do processo. A defesa de posição tão progressista e de *procedimentos mais adiantados* se vale da liberdade das formas deixada aos juízes conforme parâmetros razoavelmente estabelecidos somada a certas garantias fundamentais aos litigantes. Embora não diga quem ou o que deve estabelecer aqueles parâmetros e garantias, afirma que: *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. Temos no processo civil brasileiro, a promessa da liberdade das formas em normas programáticas de 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.* Por sua vez, Oliveira, em *Do formalismo no processo civil*, p. 91, rechaça purismos ideológicos num e noutro sentido em prol de uma visão unilateral do processo ao afirmar ser: *equivocada a tentativa de enfocar o problema do formalismo processual tão-somente sob um prisma determinado, como ocorre com a tese que empresta primado quase absoluto ao nexo funcional entre o direito material e o processual, a apregoar um formalismo rigoroso, desdenhando as demais finalidades processuais, consideradas apenas como mero subproduto.* Na mesma direção – p. 143 – ao discorrer sobre a questão da liberdade das formas, o autor, em explícita citação e aberto dissenso às anteriores opiniões de Dinamarco, afirma não ser *possível compartilhar da postura pessimista a visualizar no Código atual uma mera promessa de liberdade de forma, de modo que preponderaria o princípio da legalidade formal.* O fundamento para essa discordância assenta em que a *cominação de nulidades só é expressa em contados casos (art. 11, parágrafo único, 13, I, 113, § 2º, 214, 236, § 1º, 246, 247, 618, 1.074 e 1.105), o que faz com que a promessa se transforme em realidade!* Diante dessas ponderações, *pode-se afirmar que o sistema jurídico brasileiro adotou posição intermediária em face da legalidade das formas e o arbítrio do juiz, fenômeno que autorizada doutrina denomina princípio da relativa relevância das formas.*

neutralidade valorativa e o dirigismo axiológico na aplicação da lei processual. Ao explorarmos o tema não pretendemos atacar respeitáveis posições que possam ser encontradas de parte a parte. Contudo, por questões de convicções pessoais e profissionais – que talvez não interessem antecipadamente aos objetivos do trabalho – pode-se adiantar que há compartilhamento com uma ideologia favorável a certa prevalência do valor efetividade sobre o da segurança. O que também parece claro é que esta forma de ser do processo está amparada e devidamente garantida pela sua visão constitucional e conseqüente consideração, na aplicação prática do direito processual, das normas e princípios constitucionais instituidores dos direitos fundamentais e das garantias e direitos individuais, axiologicamente *superiores* e anteriores às normas processuais infraconstitucionais.

1.2. O problema do formalismo excessivo

Ao lado dos fatores acima, indicativos da carga axiológica das normas e da importância do formalismo, existem outros que também caracterizam a legitimidade das decisões judiciais em função da coerência interna dos regulamentos jurídicos, estabelecidos através de processos decisórios prévios. Todos eles corroboram a legitimidade e, conseqüentemente, a legitimação institucional das decisões em conformidade com os procedimentos judiciais. Contudo, a questão da legitimidade das decisões judiciais transcende os rigores da pura observância do formalismo normativo, próprio do direito processual. Situa-se no plano fático no qual aquelas decisões promovem mudanças de comportamentos e de expectativas.

O processo como sistema social e fenômeno cultural é informado por fatores externos ao seu universo epistemológico. Não se esgota no campo da técnica. Suas coordenadas até se encontram fora da esfera normativa – ainda que esta esteja hoje ampliada, por uma visão constitucional, ao âmbito das normas e princípios da Constituição. Essas realidades, quando confrontadas com a impossibilidade das leis preverem genérica e abstratamente soluções equitativamente adequadas para todas as situações concretas que demandem a elaboração de uma decisão judicial é uma das *justificativas* para a flexibilização do formalismo processual e de sua *desqualificação* pela adjetivação com o pejorativo epíteto *excessivo*, mormente quando se retorna à discussão filosófica do valor justiça¹⁰.

Essencialmente, o *problema* do formalismo reside no conflito entre liberdade e autoridade no âmbito do desenvolvimento processual.

Na medida em que aumente o formalismo dos sistemas processuais, proporcionalmente diminui a liberdade dos órgãos judiciais. Da mesma forma, na medida em que crescem em quantidade e complexidade as necessidades sociais e os conflitos a elas inerentes, sem que o legislador consiga oferecer as imediatas contrapartidas em termos das suas regulamentações, despontam aspirações no sentido de um processo menos formalista. Por seu turno, esta é uma questão igualmente dependente da atividade do Estado-legislador, que acaba sendo

¹⁰ OLIVEIRA, *op. cit.* p. 13, ao abordar o tema das tendências de informalização do processo, presentes na nova fase metodológica por que passa o fenômeno processual, observa que *formalismo e informalismo, embora termos opostos, encontram-se exatamente por este motivo intimamente relacionados, de tal modo que o informalismo excessivo, ao permitir ou facilitar o exercício ilimitado da autoridade pelo órgão judicial, não concorre necessariamente para a justiça, enquanto o formalismo excessivo, embora sirva como contenção ao poder arbitrário, pode também não cooperar para a justiça.*

contornada pelo ativismo judicial¹¹ no sentido da flexibilização *requerida* pela falta ou pelo atraso da previsão legal.

A dificuldade em relação à esta postura é a de encontrar-se o indispensável equilíbrio, já que o exercício da atividade judicial num cenário de liberdades formais limitadas – que transfere do legislador para o julgador a responsabilidade de acomodação das decisões às normas dos procedimentos e aos princípios garantidores do devido processo legal – retira dos julgadores a *comodidade* oferecida pelos modelos preconcebidos rigidamente.

Superadas as fases do processo em que o formalismo excessivo era facilmente identificado pela presença dos sistemas legais de provas, pela quase absoluta ausência do poder de direção dos juízes e por outros métodos irracionais do direito processual, a percepção dos exageros formais passou, sutilmente, a se associar a critérios subjetivos de avaliação do *teor de justiça* que as decisões deixam ou não transparecer. Historicamente, segundo essa perspectiva, verifica-se, cada vez mais, a perda da força e do valor do formalismo, fazendo com que os procedimentos contemporâneos não sejam dominados pelo sentido ritualístico próprio dos períodos primitivos do processo.

Nesse quadro, o desafio que se coloca para a comunidade do processo diante do formalismo é o do devido temperamento dos seus eventuais excessos¹².

¹¹ Esta questão será objeto de discussão mais aprofundada no tópico número 2 do presente capítulo.

¹² Questão que parece não ter resposta única! Afinal, a aferição do caráter das formalidades processuais como excessivo ou necessário quase nunca é possível a partir das análises isoladas de seus conteúdos materiais e dos objetivos aos quais se encontram primariamente voltados, de organização do instrumento e de impedimento de arbitrariedades que possam vir a traduzir-se em perda de segurança jurídica. As dificuldades para tanto decorrem não só do confronto dos

Não sendo recomendável, contudo, que tal controle decorra da irrestrita liberdade para as partes ou da ilimitada soberania do juiz, posto que ambas as circunstâncias poderiam levar à desordem e à insegurança jurídica.

Paralelamente ao princípio da instrumentalidade das formas, expresso no art. 154 do Código de Processo Civil, o modelo processual brasileiro adotou, conforme apontado por Oliveira¹³, um sistema intermediário em que a legalidade daquelas pode ceder espaços, sob certas condições, ao poder dos juízes de aplicar o direito ao caso concreto com alguma dose de discricionariedade. Esta opção de nossa política legislativa pode ser interpretada de maneira mais ampla a fim de contemplar, igualmente, a instrumentalidade das formas como um fenômeno incidente sobre o conjunto dos atos processuais como um todo, isto é, sobre o procedimento.

argumentos alinhados às visões doutrinárias mais ou menos conservadoras, como também dos próprios contextos em que o debate deve ser travado. Considerando-se que a própria natureza dialética do processo, no qual predomina o clima de disputa e de não cooperação entre as partes, o dissenso acerca das posições favoráveis ou contrárias a rigidez ou a flexibilização de determinados formalismos torna-se natural e até esperado. As circunstâncias concretas dos casos em que a aplicação das formas deve ser observada, com maior ou menor rigor, é que autorizariam – segundo parte da doutrina que lhe é incondicionalmente favorável – a qualificar-se certos institutos regulamentares como necessários ou excessivamente formais. A sistematização até aqui adotada, não permite, contudo, que se avance conclusivamente quanto ao caráter inquestionavelmente excessivo de todos os formalismos processuais. Volta-se, recorrentemente ao diálogo amplo entre os aspectos *técnicos* do devido processo legal e os valores teleologicamente eleitos pelos escopos sociais e políticos do processo, sempre com a ressalva de que não nos parece completamente válida a posição que ignora a carga axiológica das normas de direito positivo, postas como fruto de um processo de elaboração prévio que também está devidamente influenciado e informado pelos ideais de justiça e demais valores presentes na sociedade. A necessidade de elaboração e aplicação regular e correta da lei, coerentemente às elementares noções de razoabilidade, senso de justiça e enquadramento nos limites e princípios constitucionais é imposta a todos, inclusive e principalmente aos legisladores e juízes no desempenho dos seus respectivos devidos processos constitucionais. Por tais considerações, apenas quando o julgador constatar – e demonstrar fundamentadamente – que os procedimentos e demais formalidades processuais abstratas, provenientes de outro Poder estatal, são inadequadas – quer por excesso de formalismo, por defasagem ou por outra causa legítima – à efetiva tutela do direito material envolvido, poderá valer-se de poderes não formalmente ínsitos à sua competência, tais como a razoabilidade ou a capacidade de fazer justiça no caso concreto, para providenciar à necessária adequação com o abandono dos formalismos vazios e excessivos.

¹³ OLIVEIRA, *op. cit.* n. 16. p. 143.

A justificativa de tal conduta judicial repousa na necessidade prática e eventual do emprego de meios mais eficientes, capazes de dotar o processo de melhores condições de atingir os seus fins, quais sejam, os da realização do direito material no caso concreto segundo suas condicionantes constitucionais.

A possibilidade de aceitação desta *técnica processual*, reitera-se, requer a demonstração clara de se estar diante de situação que autorize a desconsideração do formalismo posto à disposição do juízo.

1.2.1. Formalismo e flexibilização procedimentais

Como síntese do que foi afirmado nos tópicos antecedentes, podemos dizer que as regras formais de desenvolvimento do processo visam a uma dupla utilidade: organizar o processo para garantir a segurança jurídica em sentido amplo, com igualdade entre as partes e proteção contra o arbítrio judicial e prestar serviços aos fins do processo, conforme se encontram concebidos pelos atuais enfoques instrumentalista e constitucional; como efetiva tutela jurisdicional dos direitos materiais e como necessária observância a imperativos encontráveis nos seus escopos sociais e políticos.

Vistas exclusivamente sob o prisma de meios úteis, através dos quais se persegue a realização das finalidades gerais ou particulares do direito processual, as regras não se confundem com os valores e princípios que o informam. Por isso é possível, com as cautelas devidas, falar-se em sua flexibilização, notadamente quando delas não se consiga extrair o sentido de utilidade.

Em virtude do já mencionado descompasso entre as várias demandas que surgem no dia-a-dia e o ritmo do processo legislativo necessário às suas regulamentações normativas, na prática, a flexibilização daquelas regras acaba por ser encontrada no plano judicial, isto é, nos conteúdos de decisões que suprem eventuais lacunas legislativas¹⁴.

Em termos legislativos duas espécies de soluções têm sido observadas no sentido da ampliação da flexibilidade ou da melhor adaptação dos procedimentos formais e do oferecimento de respostas ao problema do formalismo excessivo.

Pela primeira delas, nos planos material e processual do ordenamento, reformas têm levado à introdução de princípios, conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais¹⁵ que dão ao intérprete suficiente margem de adaptação de modo a

¹⁴ A transferência que, por questões de ordem prática, acaba por operar-se entre legisladores e juízes, da responsabilidade pela regulamentação dos procedimentos, deve ser vista como excepcional e limitar-se ao estritamente necessário, conforme o alcance dos poderes diretivos que estes últimos têm no âmbito de suas respectivas competências.

¹⁵ Conforme AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, em *O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais: limites e responsabilidades*, Revista de Direito Renovar, n. 18, p. 11/19, set./dez. 2000, do ponto de vista de técnica legislativa, a cláusula geral constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente aberta, fluida ou vaga, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema. Como isso se dá por meio de uma exposição fundamentada, os elementos extra-sistemáticos são ressistemizados. Afirma ainda, referindo-se especificamente à boa-fé objetiva que a cláusula é o meio que permite o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, viabilizando a sua sistematização... muda o perfil do sistema, que passa de fechado para um sistema aberto, de auto-referência relativa. Deixa-se para trás o dogma da identidade do Direito-Lei, adequado ao sistema fechado, para um regime em que é preciso buscar, para cada caso, uma solução que lhe seja adequada, e para isso muitas vezes o operador não se satisfaz com o que está tipificado na lei. Estabelecendo as diferenças conceituais entre os elementos daquela técnica legislativa, o autor fala também da vagueza na norma quando se expressa de modo a permitir uma zona imite de incerteza que se dá tanto com a cláusula geral como com os princípios e os conceitos indeterminados. Com isso, quer se afirmar quer há termos vagos que não são cláusulas gerais. Diante de termos indeterminados, basta ao juiz precisar seu conteúdo para ter a norma pronta a ser aplicada, enquanto a cláusula geral exige reenvio para outros fatores valorativos e um trabalho de criação. Para distinguir a cláusula geral dos princípios entende-se que o cerne da definição de princípio está em que ele é uma norma considerada como fundamento de outra. A cláusula geral pode expressar um princípio, mas não é um princípio. O princípio pode ser expresso ou não, enquanto a cláusula geral sempre é e só pode ser expressa. Tanto assim que no nosso Direito, antes de termos a cláusula geral expressa

deixar ao seu poder a tarefa de encontrar a melhor conformação das normas aos casos concretos. Em outra vertente proliferam os chamados procedimentos especiais que, por serem regras procedimentais dotadas da mesma generalidade e abstração, acabam por se mostrar portadoras dos mesmos engessamentos dos demais procedimentos.

Ambas as soluções não se aplicam – integralmente – aos procedimentos já em uso e cuja rigidez pode continuar reclamando alternativas. Diante das certezas da utilidade e até da necessidade do rigor formal para o processo e de que a sua absoluta rigidez pode, conforme as circunstâncias, ser vista como princípio estéril, as alternativas necessárias se apresentam sob a forma da atuação judicial ativa, sendo necessário reconhecer nos julgadores a capacidade para, com razoabilidade e bom senso, procederem às adequações e flexibilizações excepcionais que os casos concretos venham a demandar.

Ao se admitir aquele ativismo, alguns *critérios* – estabelecidos no plano da doutrina e sem amparo expresso no direito positivado – devem ser observados como limites para que os órgãos judiciais possam implementar as flexibilizações tidas por imprescindíveis. Caso aqueles não sejam observados o que se teria, ao invés de adaptações, seria mera turbação do sistema, com todas as conseqüências nocivas já apontadas para o caso da inexistência do formalismo necessário.

na legislação civil, tínhamos o princípio não expresso da boa-fé, implicitamente admitido e decorrente do sistema. Por fim, ao mesmo tempo em que assume que o Estado que adota a decisão política de legislar através da técnica de introdução de cláusulas gerais em suas leis consagra a idéia de que as relações devem pautar-se por princípios éticos, não se esquece de ressaltar o ex-Ministro que a cláusula geral impõe ao julgador o uso de uma técnica judicial especial de julgar, estando o seu exercício limitado pelo ordenamento constitucional; o desempenho arbitrário ou omissivo gera responsabilidade social do juiz.

Primeiramente, seria indispensável que se identificasse uma *finalidade* que justificasse a flexibilização desejada. Tal desígnio pode emanar de três espécies de questões. As inerentes ao direito material, na medida em que o arcabouço instrumental disponível se mostre inapto à sua tutela específica, permitindo-se ao juiz, por exemplo, a prorrogação de prazos procedimentais, a fungibilidade de meios de prova, etc.; as afetas ao próprio procedimento, nas situações em que o julgador verifique ser dispensável a execução de um ou mais atos por ele possibilitados, como, exemplificativamente, a produção de provas ou a audiência preliminar ou mesmo a alteração da ordem em que aqueles devam ser realizados e, por fim, as decorrentes das condições subjetivas dos litigantes, derivadas da necessidade de promoção de igualdade material entre as partes do processo.

O segundo *critério* ou *limitação* para flexibilização do formalismo processual se refere à *indispensável* observância do princípio do *contraditório*. Ao propor inovações que julgue cabíveis, o órgão judicial deve comunicar às partes, assim também quando pretenda adotar oficiosamente soluções não previstas pelo procedimento e que – por essa mesma razão – não possam ser vislumbradas pelas partes. Aquelas não podem ser surpreendidas por um novo enfoque jurídico capaz de assumir caráter essencial na fundamentação da futura decisão. A base deste critério é o fato de o princípio do contraditório não se exaurir com a ciência bilateral dos atos do processo e com a possibilidade das partes influenciarem na decisão, mas também se projeta na necessidade de formação dos próprios procedimentos. O agir de ofício corresponde à uma possibilidade dada ao órgão jurisdicional de atuar sem provocação, mas não de abster-se de provocar as partes, notadamente quando tal suscitação tenha por fim evitar surpresas quanto à alterações do *iter* legalmente

estabelecido¹⁶. Apenas na hipótese de não se vislumbrar nenhuma utilidade ao contraditório poderia o presente critério ser *negligenciado*. Isto é, se a participação em contraditório puder assegurar vantagem para alguma das partes deverá ser respeitada. Se, por outro lado, a flexibilização for benéfica para ambas as partes as suas participações poderão ser lícita e excepcionalmente dispensadas.

Como último, mas não menos relevante *critério* de flexibilização do formalismo processual se encontra a necessidade de *motivação* das disposições tomadas naquele sentido. Trata-se de imposição de ordem política que, por força do art. 93, IX da Constituição Federal, se aplica a toda e qualquer decisão judicial e que se enquadra à perfeição nos limites do devido processo legal constitucional. A fundamentação é fator de legitimação do sistema jurídico e da própria atuação dos magistrados como agentes do poder estatal. Resta-nos apontar que, como decisões interlocutórias que são, sua fundamentação é também indispensável para permitir que as partes possam, através de recursos, controlar os fins, a razoabilidade e a proporcionalidade de eventuais alterações ou flexibilizações de procedimentos. (GAJARDONI: 2008. p. 88/95).

1.3. A instrumentalidade legal

Nos tópicos anteriores nos aproximamos de algumas conclusões que a princípio e isoladamente denotam certo antagonismo quanto aos modos de comportamento do processo. A idéia de que o formalismo é indispensável ao seu desenvolvimento, aparentemente se choca com a da necessidade de evitar-se, na

¹⁶ Como afirma DIDIER JÚNIOR, Fredie, em *Curso de direito processual civil – Volume I*. 12ª edição. Salvador: Jus PODIVM, 2010. p. 54, *poder agir de ofício é poder agir sem provocação; não é o mesmo que agir sem provocar as partes, que não lhe é permitido*.

medida do possível, que as regras de procedimento transbordem em excessos formais configuradores de obstáculos à realização dos fins instrumentais traduzidos na efetividade da tutela constitucional dos direitos materiais.

Ocorre que a condição inicial para que qualquer processo se mostre útil à consecução dos escopos que lhes sejam peculiares é que o seu desenvolvimento se dê de forma regular, isto é, segundo um conjunto mínimo de regras previamente estabelecidas. De tudo o que já foi dito até aqui, este também é o caso do processo civil, cuja elaboração de procedimentos e a previsão das formas incumbem, primeiramente, ao poder legislativo.

Por consequência dessa realidade, a *adequação* às exigências teleológicas e temporárias dos escopos políticos e sociais de um determinado sistema processual deve encontrar correspondência na produção legislativa, inclusive quanto à existência de hipóteses legalmente autorizadas de flexibilização das regras procedimentais¹⁷.

Também, como adiantado, a ativa atuação do julgador se encarrega de conduzir à necessária conciliação ou *adaptação* entre o formalismo em sentido amplo e à plena realização dos escopos do processo. Contudo, enquanto a *adequação* é aspecto que se verifica como e na manifestação do fenômeno legislativo, a ação do juiz correspondente à *adaptação* é faceta que será deixada

¹⁷ Como assegura DIDIER JÚNIOR, em *Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo*, *op.cit.* .p. 5, *inicialmente, a própria construção do procedimento deve ser feita tendo-se em vista a natureza e as idiosincrasias do objeto do processo a que servirá; o legislador deve atentar para estas circunstâncias, pois um procedimento inadequado ao direito material pode importar verdadeira negação da tutela jurisdicional.*

para o tópico relativo ao estudo dos poderes dos juízes e do ativismo judicial como fonte de afirmação da instrumentalidade¹⁸.

Por ora o que se deve ter claro é que ambos os princípios – da adequação e da adaptação – não gozam de previsão legal específica no âmbito do direito processual civil, o que se verifica, por exemplo, apenas em sede do direito processual trabalhista. Suas aplicações decorrem, portanto, de construções doutrinárias e jurisprudenciais, amplificadoras da visão constitucional do processo. Pois, ao adotar o sistema da legalidade das formas, o modelo processual brasileiro alinhou-se a uma metodologia de flexibilização legal (a qual preferimos nos referir como *instrumentalidade legal*), no qual somente em caráter excepcional e subsidiário se aplicaria o princípio da adaptação¹⁹, sempre com observância aos já mencionados limites listados no tópico 1.2.1, *supra*.

Ao expressamente prever em seu arts. 4º e 5º que *quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito e que na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*²⁰, a Lei de Introdução ao Código Civil, regulamentando matéria de direito processual e não propriamente material – uma

¹⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização Procedimental – Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*, São Paulo: Editora Atlas, 2008. p. 134/135, *fala-se em princípio da adequação para designar a imposição sistemática dirigida ao legislador federal e estadual para que construa modelos procedimentais aptos para a tutela especial de certas partes ou do direito material; e princípio da adaptabilidade (ou da elasticidade processual) para designar a atividade do juiz de flexibilizar o procedimento inadequado ou de reduzida utilidade para melhor atendimento das peculiaridades da causa.*

¹⁹ OLIVEIRA, *op. cit.* p. 143, caracteriza a Lei 9.099/95 – dos juizados especiais cíveis e criminais – como exceção à regra, segundo à qual as formas não podem ser criadas livremente pelo juiz, mas devem ser previamente fixadas em lei, com os temperamentos decorrentes das regras (também legais) relativizantes do capítulo das nulidades.

²⁰ O Art. 126 do CPC reproduz norma de teor semelhante aos dos mencionados dispositivos da Lei de introdução ao Código Civil. A discussão a respeito *liberdade* do juiz ao aplicar os recursos da analogia, costumes e princípios gerais do direito será deixada para os tópicos referentes à discricionariedade e aos poderes dos juízes (nºs. 2.1 e 2.2, *infra*).

vez que os respectivos comandos se dirigem ao *juiz* – estabelece as bases do modelo de flexibilização brasileiro, que – embora não descarte a flexibilização pela atuação dos juízes²¹, pela vontade das partes e em função do direito material envolvido – se realiza, predominantemente, por força de lei.

Este regime, por sua vez, se subdivide em dois. Pelo primeiro deles, o legislador concede ao julgador – prevendo-o nos textos legais – o poder de, a seu exclusivo critério, decidir as adaptações procedimentais que julgar necessárias em cada caso concreto. No segundo, a própria lei se encarrega de listar as alternativas procedimentais possíveis²², como, por exemplo, a da escolha do procedimento em função do valor da causa.

Assim sendo, corroborando as afirmações de existência da carga axiológica das normas de direito – material e instrumental – vários são os dispositivos a que podemos recorrer como ilustrativos da *instrumentalidade legal* compreendida no sentido da capacidade da própria lei impor regras flexibilizadoras do formalismo processual²³.

²¹ A fungibilidade recursal é típico e interessante exemplo de *flexibilização procedimental* que ocorre sem expressa previsão legal. O *princípio*, ainda hoje corrente, deriva da cristalização doutrinária da regra que se encontrava explicitada no art. 810 do Código de Processo Civil de 1939, em virtude das dúvidas e dificuldades que existiam à época da vigência daquele antigo diploma, acerca da escolha do recurso adequado, dificuldades que a sistemática do código atual parece ter superado a ponto de excluir a norma descritiva de tal fungibilidade.

²² Segundo GAJARDONI, *op. cit.* p. 140, o primeiro subsistema seria o de *flexibilização legal genérica* e o segundo o de *flexibilização legal por tramitações procedimentais alternativas*.

²³ O Professor DINAMARCO, *op. cit.* p. 25, chamando atenção para a *instrumentalidade legal* afirma que 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, na Lei da Ação Civil Pública, no Código de Defesa do Consumidor e no Código de Defesa da Criança e do Adolescente (medidas destinadas à efetividade do processo, especialmente mediante a oferta de tutela jurisdicional coletiva)*.

Em linhas gerais, as recentes reformas²⁴ do Código de Processo Civil têm buscado introduzir simplificações claramente voltadas à desburocratização – entenda-se efetividade – e ao aumento da celeridade processuais, aspectos primordiais quando se fala em instrumentalidade do processo²⁵.

As leis 11.232/05 e 11.382/06, por exemplo, foram responsáveis por profundas revisões dos procedimentos de execução, fazendo com que a antiga autonomia – em relação aos títulos executivos judiciais – fosse substituída pela mera possibilidade de prosseguimento do feito, com economia de tempo, redução de gastos, aproveitamento de atos, etc.

A Lei 10.444/02, ao alterar a redação do Art. 331 do CPC substituindo a original audiência de conciliação pela audiência preliminar, acabou também por

²⁴ Fala-se em três fases reformistas do CPC. Na primeira delas, nove leis introduziram as seguintes modificações: Lei 8.455/92 – alterou a sistemática da prova pericial; Lei 8.637/93 – alterou o art. 132, relativo à identidade física do juiz; Lei 8.710/93 – alterou dispositivos relativos à citação e à intimação; Lei 8.718/93 – alterou o art. 294, permitindo aditamentos do pedido antes da citação; Lei 8.898/94 – alterou dispositivos relativos à liquidação da sentença; Lei 8.950/94 – alterou dispositivos relativos aos recursos; Lei 8.951/94 – alterou dispositivos relativos às ações de usucapião e de consignação em pagamento; Lei 8.952/94 – alterou dispositivos relativos à normas gerais de direito processual, entre outras a de antecipação da tutela e Lei 8.953/94 – alterou dispositivos relativos ao processo de execução. Na segunda fase, novas modificações foram feitas por duas leis: Lei 10.352/01 – alterou diversos dispositivos relativos a recursos e ao reexame necessário e a Lei 10.358/01 – alterou dispositivos relativos ao processo de conhecimento. Na terceira fase três foram as principais leis modificadoras: Lei 10.444/02 – alterou diversos dispositivos como, por exemplo, os relativos à disciplina da execução provisória, da fungibilidade entre a antecipação da tutela e as cautelares, da efetivação da tutela antecipada, da audiência preliminar, etc.; Lei 11.232/05 – alterou substancialmente diversos pontos referentes à execução da sentença, seu próprio conceito, pois fim à autonomia do processo de execução de títulos executivos judiciais, transformando o processo de conhecimento e de execução numa só ação, etc. e Lei 11.382/06 – alterou o processo de execução (nova lei das execuções de títulos extrajudiciais).

²⁵ DINAMARCO, idem, p.32/33, ao concluir ser lícito considerar-se que o direito processual constitucional é constitutivo de uma postura instrumentalista, tanto pela instituição de remédios destinados ao zelo pela ordem constitucional, quanto pela oferta de garantias aos princípios do processo, para que ele possa cumprir adequadamente a sua função e conduzir a resultados jurídico-substanciais desejados pela própria Constituição e pela lei ordinária, naturalmente não afasta daquelas pretensões e desejos as legítimas expectativas – agora elevadas à condição de garantia constitucional do processo (ou tutela constitucional do processo) – relativas à razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação (Art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal). Logo as simplificações introduzidas pelas reformas das leis processuais podem também ser vistas como tentativas de dotá-las de maior instrumentalidade.

outorgar ao juiz mais um importante instrumento de flexibilidade operacional do processo. Foram mantidas as interessantes possibilidades do órgão judicial, tanto de por breve fim à lide, solucionando o conflito por meio de transação quando isso for possível, quanto para prepará-lo (saneá-lo) para o futuro julgamento com menor risco de ter suas decisões interlocutórias recorridas em decorrência da falta de oportunidade de interação com as partes em fase intermediária do feito. No formato anterior, contudo, a realização daquela audiência era obrigatória, ainda que o direito em disputa fosse disponível. A introdução do terceiro parágrafo ao dispositivo veio flexibilizá-lo, no sentido de deixar à percepção do juiz a necessidade ou não de sua realização, tornando-a facultativa, num claro exemplo de flexibilização pela presença de regras procedimentais alternativas.

Ainda na esteira da recente onda reformista das normas processuais, a Lei 11.277/06 introduziu, através do Art. 285-A do CPC, a chamada *sentença liminar*, dispositivo voltado à celeridade na sua prolação com a *queima de etapas* do procedimento comum. Tal instrumento permite ao juiz, quando a matéria for exclusivamente de direito e já houver decisão no juízo de total improcedência em casos *idênticos*, que dispense a citação do requerido e proferia sentença reproduzindo o teor da anteriormente prolatada. A regra concede ainda ao juiz, em seus dois parágrafos, a faculdade de retratar-se em até cinco dias após o recebimento de eventual apelação ou, caso contrário, de citar o réu para que este ofereça diretamente as contra-razões ao recurso. A Lei 11.280/06 também inovou em termos de flexibilização ao permitir, conforme o § 5º do Art. 219, que o juiz pronuncie a prescrição de ofício.

Ao propor diferenciações no tratamento dos prazos, com a ampliação dos concedidos para que a Fazenda Pública e o Ministério Público contestem e recorram, conforme consta do seu Art. 188, a lei processual civil flexibilizou procedimentos genéricos sob o fundamento – implícito – da necessária proteção das pessoas e dos direitos em jogo, privilegiando os interesses públicos em face dos privados. Trata-se, portanto, de flexibilização legal pura em razão das características subjetivas das partes. Em sentido formalmente semelhante, a dilação dos prazos também encontrou acolhida no Art. 181 da lei processual, em razão da convenção entre as partes. Naquela hipótese, cabe ao juiz, se acatar a proposta de alteração, fixar novo dia de vencimento, significa dizer, novo prazo, o que pode ser visto como exemplo de flexibilização, que embora tenha sido provocada pelos interessados, é tipicamente judicial.

A possibilidade de conversão, pelo juiz, do procedimento sumário em ordinário, se for o caso e conforme as condições flexibilizadoras dos §§ 4º e 5º do Art. 277 do CPC estejam presentes e sejam verificadas na audiência de conciliação, é exemplo claro de regra de flexibilidade procedimental legal alternativa. Notadamente quando tal conversão for exercida em conjunto com a regra da parte final do Art. 295, V, para dar ao magistrado o poder de aproveitamento do feito a cujo procedimento o autor tenha dado equivocada indicação. No caso em questão a flexibilização, ou melhor, a substituição do procedimento encontra justificativa em circunstâncias objetivas referentes ao valor da causa, à natureza da demanda e à complexidade da prova a ser produzida.

O julgamento antecipado da lide, previsto para as restritas hipóteses contempladas nos incisos do Art. 330 do CPC, é meio de flexibilização – e de aceleração – do procedimento que permite ao órgão de primeiro grau suprimir os atos das fases saneadora e instrutória para, em seguida à fase postulatória, proferir sentença no estado em que se encontrar o processo, isto é, valendo-se das alegações e documentos trazidos com a inicial e a contestação. Uma vez que o direito à prova é constitucionalmente garantido às partes em juízo como consectário lógico do direito de agir e de exercer o contraditório, a medida tem caráter excepcional e só pode ser adotada – como de regra todas as demais flexibilizações dos procedimentos prescritos – de maneira fundamentada. Ao suprimir atos que julgue desnecessários como, por exemplo, as audiências e a produção de novas provas, o julgador visa, conforme lhe permite a instrumentalidade legal, conferir celeridade ao processo.

Outros dois bons sinônimos da flexibilidade legal comum ou genérica posta à disposição do sistema são os Art. 461, § 5º e 461-A, § 3º do CPC. A atipicidade das medidas executivas nas respectivas obrigações de fazer e não fazer e de dar coisa certa, ofereceu expressamente ao julgador amplos poderes de adequar as formas aos casos concretos.

Nas primeiras daquelas situações – de execução das obrigações de fazer ou não fazer – o Código fala em suas tutelas específicas pela adoção judicial de providências capazes de assegurar o resultado prático equivalente, regra abrangente que também pode ser aplicada antes da execução propriamente dita, em casos de antecipação do provimento jurisdicional. O primeiro dispositivo em comento

regula a possibilidade de efetivação da tutela específica ou de obtenção de resultado prático a ela equivalente pela atuação oficiosa ou provocada do juiz no sentido de determinar medidas, de um rol meramente exemplificativo, tais como a cominação de multa por atraso no cumprimento de suas determinações; busca e apreensão; remoção de pessoas e coisas; desfazimento de obras e impedimento de atividades nocivas, tudo, se necessário, com a requisição e o auxílio de força policial. O fato de medidas não previstas poderem ser adotadas, conforme o magistrado as considere necessárias, confirma o caráter genérico da regra legal de flexibilização.

As regras flexibilizadoras aplicáveis à modalidade executiva concernente às obrigações de fazer e de não fazer têm idêntico alcance quanto às obrigações de dar coisa certa. O segundo dos dispositivos legais mencionados acima (§ 3º do Art. 461-A) contém a previsão expressa nesse sentido.

O Art. 1.109 do CPC, inserto no título referente aos procedimentos especiais de jurisdição voluntária, talvez seja o exemplo mais bem acabado de flexibilização procedimental por determinação legal genérica. O dispositivo traz expressa a possibilidade de o exercício da função jurisdicional ser desempenhada segundo critérios de conveniência ou oportunidade que o caso concreto venha a demandar. Sua exegese literal e sistemática, em conjunto com o Art. 127 do CPC – permissivo da aplicação da equidade apenas nos casos previstos em lei – leva, a contrário senso, à dedução de que o critério da legalidade estrita, dispensado para os casos de jurisdição voluntária, vincula o juiz nos demais casos que não o sejam.

Aspectos também indicativos da *instrumentalidade legal* são os que dizem respeito aos casos de previsão da fungibilidade. Em que pese para boa parte da doutrina e da jurisprudência – calcadas, dentre outros, em enfoques instrumentais das formas e em razões de economia e celeridade – a aplicação do instituto deva ser a mais ampla possível²⁶, podendo ocorrer, por exemplo, entre recursos, ritos, demandas, ações, defesas e outras medidas, elevando-se aquela solução processual à categoria de princípio geral do processo, por ora só os casos em que ela aparece expressamente na lei nos interessam para os objetivos do presente tópico²⁷.

No âmbito do CPC, as adaptações expressamente permitidas com base na fungibilidade, para que sejam aceitos meios empregados *equivocadamente* sem que se necessite especular acerca da violação de procedimentos, se encontram nos Arts. 273, § 7º e 920.

O primeiro daqueles dispositivos outorga ao juiz o poder de conceder incidentalmente, se presentes os requisitos genéricos das cautelares (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), medidas desta natureza requeridas a título de antecipação de tutela. Para os adeptos de uma visão mais tradicional e legalista a literalidade do dispositivo revela que não há possibilidade de conversão da tutela

²⁶ Nesse sentido, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, em *O óbvio que não se vê: a nova forma do princípio da fungibilidade*. Migalhas. Disponível em: <www.migalhas.com.br>. Acesso em 13 de janeiro de 2010, afastando o que chama de *visão angustiada e retorcida do princípio da fungibilidade, que, indubitavelmente, arranha doloridamente o ideal legítimo do acesso à justiça* e argumentando que a dúvida é uma realidade decorrente de muitas e distintas hipóteses do sistema processual, sustenta que a aplicação da fungibilidade deve se dar de forma ampliativa, não se devendo restringir o âmbito de sua incidência à esfera dos recursos, mas sim estendendo-se tal incidência às ações e demais medidas. Para a Professora, a conversibilidade entre as formas *proposta* e *correta* não é pressuposto indispensável à aplicação do princípio não dispensável.

²⁷ Conforme GAJARDONI, *op. cit.* p. 191, *inúmeras são as hipóteses de incidência prática da fungibilidade no âmbito do procedimento, muitas delas já moldadas à luz da jurisprudência mais moderna, antenada e influenciada diretamente pela doutrina instrumentalista.*

cautelar em antecipada, só da antecipada em cautelar. A polêmica que se desenvolve, inclusive nos juízos e tribunais, acerca dessa questão tem como raiz a diferenciação entre o *acautelamento* e a *satisfação* do direito que cada uma das medidas poderia representar para o processo. Contudo, uma abordagem da lei adequada ao modelo constitucional do processo e livre de inferências excessivamente formalistas, permite compreender que o que está posto como missão do judiciário é a efetiva tutela dos direitos materiais. Daí, o melhor posicionamento parece ser o que admite que tal fungibilidade – entre as duas espécies do gênero tutelas preventivas ou de urgência²⁸ – seja de *mão dupla*²⁹. Tal esforço não chega a adentrar, propriamente, os meandros da instrumentalidade por força da atuação do juiz, mas se limita à análise da própria lei.

No que concerne às possessórias, autênticas antecipações de tutela, a expressão literal do dispositivo não deixa margem para qualquer dúvida quanto à fungibilidade que assegura o aspecto de *instrumentalidade legal* ora debatido.

²⁸ Como aduziu DINAMARCO, em conferência proferida em 15 de junho de 2000 na Faculdade de Direito Mineira da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais intitulada *O regime jurídico das medidas urgentes*, a inclusão entre as cautelares típicas de certas medidas que antecipam (satisfazem) a fruição de direitos é fruto da falta de consciência da distinção entre cautelares (medidas de apoio ao processo) e antecipatórias (medidas de apoio às pessoas). Para o Professor o que torna menos importante a busca de tais distinções entre as medidas e permite que elas sejam consideradas espécies do gênero medidas urgentes é o fato de ambas voltarem-se contra o tempo como fator de corrosão dos direitos. Por lhe ser inegável que tanto as cautelares quanto as antecipatórias convergem ao objetivo de evitar que o tempo corra direitos e acabe por lesar pessoas, é legítima a recondução dessas duas ordens de medidas a um só gênero, que as engloba, que é a categoria das medidas de urgência. Além da extrema comunhão de propósitos justificam a fungibilidade recíproca as possibilidades de serem aplicados à tutela antecipada, ao menos por analogia, muitos dos dispositivos destinados diretamente à tutela cautelar.

²⁹ Também nesse sentido, BUENO, em *Curso Sistematizado de direito processual civil – volume 4*, São Paulo: Editora Saraiva, 2009. N. 3. p. 131/132 afirma que *não é porque a literalidade do § 7º do art. 273 não autoriza a conversão da “tutela cautelar” em “tutela antecipada” que, diante dos pressupostos exigidos pelo art. 273 e/ou pelo art. 798, o magistrado deverá indeferir o pedido de tutela jurisdicional que lhe é endereçado, independentemente da forma que ele apresentar. Desde que presentes os pressupostos respectivos, um pedido de “tutela cautelar” ou um pedido de “tutela antecipada” deve ser concedido um pelo outro, protegendo-se o direito lesionado ou ameaçado. Se esse direito será “antecipado” ou “acautelado” é questão que o n. 1, supra, demonstra como sendo de nenhuma relevância. O § 7º do art. 273, portanto, deve ser interpretado de forma a permitir a fungibilidade ampla e recíproca entre a “tutela antecipada” e a “tutela cautelar”.*

Além dos pontos até agora ventilados, outros poderiam igualmente servir aos objetivos de demonstração da existência, na própria lei processual, de formas diferenciadas, afirmativas da *instrumentalidade legal*, isto é, de comprovação da construção de uma técnica processual à luz do instrumentalismo substancial. São as possibilidades de o juiz determinar medidas cautelares distintas das elencadas no CPC (Art. 798); de, excepcionalmente e quando autorizado por lei, conceder medidas cautelares *inaudita altera parts* (Art. 797); de substituir, *ex officio*, medida cautelar por outra de natureza diversa (Art. 805); de reconhecer a fungibilidade entre as cautelares típicas e atípicas (Art. 798 c/c Art. 805 e Art. 812); de poder determinar a reunião de processos que veiculem causas de pedir ou pedidos idênticos (Art. 103 c/c Art. 105); de aplicar o princípio da execução provisória, recebendo a apelação apenas no efeito devolutivo; de adotar diferentes procedimentos, conforme as diversas modalidades de execução, através das quais o legislador buscou a compatibilização entre as espécies de obrigações e suas satisfações; etc. Nada disso é feito ou proposto pelo aplicador do direito sem que já esteja na lei.

Todos os exemplos acima foram, propositalmente, extraídos do CPC. Porém, outros evidentes sinais de flexibilização procedimental são encontrados em leis processuais esparsas, também do campo do processo civil. Trata-se de ampliações materiais de direitos acompanhados de seus próprios e respectivos procedimentos processuais, mas que não são alteradores de procedimentos gerais. Dentre eles podemos rapidamente mencionar os instrumentos do mandado de injunção, a ação civil pública, as legislações dos juizados especiais, de defesa do consumidor, de

proteção à criança e ao adolescente, de proteção ao idoso, à economia popular e outras³⁰.

Podem ser trazidos para ilustrar o que ora se afirma alguns dispositivos tais como: o Art. 6º da Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais – que concede ao julgador a possibilidade de adotar em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum; o Art. 153 da Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente – que deixa ao julgador a liberdade de eleger o melhor procedimento a ser aplicado em caso de a medida judicial a ser adotada não corresponder a procedimento previsto naquele diploma especial ou em outras leis; o Art. 6º, VIII da Lei 8.078/90 – Código do Consumidor – que, a critério do juiz, mediante a análise da verossimilhança das alegações e das circunstâncias de hipossuficiência da parte, admite a inversão do ônus da prova como medida de facilitação da defesa processual do consumidor; o Art. 21, *caput* e § 1º da Lei 9.307/96 – Lei de Arbitragem – que dá às próprias partes o poder de estabelecer o procedimento ou de deixá-lo à escolha do árbitro ou do tribunal arbitral; o Art. 62 da Lei 8.884/94 – Lei de Prevenção e Repressão às Infrações contra a Ordem Econômica – e o Art. 83 da Lei 10.741/03 – Estatuto do Idoso – que, similarmente ao que estabelece o CPC, dão ao juiz a abertura para fixar a tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer ou para determinar providências que assegurem o resultado prático equivalente ao seu adimplemento; etc.

³⁰ DINAMARCO, em *A Instrumentalidade do Processo*, p. 25, reforça o entendimento favorável à existência da instrumentalidade, aqui definida como legal, ao afirmar que *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, na Lei da Ação Civil Pública, no Código de Defesa do Consumidor e no Código de Defesa da Criança e do Adolescente (medidas destinadas à efetividade do processo, especialmente mediante a oferta de tutela jurisdicional coletiva).*

Encerrando a presente enumeração, também poderíamos nos reportar às inúmeras medidas cautelares cujas previsões têm lugar nos diferentes procedimentos especiais. Elas são indicadoras de considerável fartura de formas de tutelas postas à disposição dos operadores do processo civil. Embora não se possa dizer que sejam exaustivas e aptas a dar solução para todas as situações possíveis que o legislador não conseguiria prever, corroboram o fato de que o fenômeno processual também goza de instrumentalidade a partir das suas leis.

2. Atuação judicial como fator de afirmação da instrumentalidade

Basicamente o que sucede entre o estabelecimento de um direito e a sua concretização pela via processual é a atuação de um órgão competente do poder judiciário que, ao decidir o caso, escolhe dentre as regras disponíveis no ordenamento jurídico as que melhor se apliquem às situações expostas à jurisdição, fixando-lhes o alcance dos respectivos conteúdos segundo os limites das alternativas possíveis. Independentemente da complexidade da norma selecionada, a sua aplicação sempre requer uma metodologia interpretativa que permita revelar, dentre as diferentes possibilidades, um significado que demonstre à sua adequação para a resolução da questão concreta.

Este é o esquema simplificado do desempenho da função judicial, ao qual se chegou atualmente, sem que sobre ele se façam maiores elucubrações acerca da postura pessoal dos julgadores.

A afirmação da autonomia científica do direito processual não o livrou imediatamente das tendências formalistas e normativistas do sistema jurídico como um todo, marca do liberalismo predominante desde o século XIX até o último quarto século passado, quando os movimentos evolutivos mais recentes fizeram surgir a era da instrumentalidade do processo. Aquele legado iluminista – decorrente da descrença generalizada nas figuras do antigo regime, dentre elas os juízes³¹, e nas instituições jurisprudenciais – se consolidou pela sucessiva adoção de códigos determinantes da atuação dos magistrados pautada em rígidas regras procedimentais e limitada à aplicação da lei, sem nenhuma possibilidade de inovar em relação ao direito posto. Até então, ao judiciário era deferido um poder *atenuado* de atuação, próprio à efetivação de julgamentos *precisos*, coerentes com os textos legais.

O modo de atuação do órgão julgador que, conforme assegura o Professor José Maria Câmara Júnior³², faz o processo ser portador de maior ou menor grau de instrumentalidade é o que nos interessa discutir ao longo deste tópico, notadamente quanto aos componentes identificadores do chamado ativismo judicial, que se não se encontram presentes em todos os comportamentos, é fator distintivo da conduta de boa parte dos magistrados contemporâneos.

³¹ Conforme VIEIRA, em *Discricionariedade Judicial e Direitos Fundamentais*. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br>>. Acesso em 30 de abril de 2010, aos julgadores não era dada nenhuma margem intelectual na aplicação da lei, sendo-lhes vedada, por diversos códigos iluministas, a mera possibilidade de interpretar a legislação. Para a sua adequada aplicação bastaria ao magistrado fazer a correta subsunção dos fatos ao direito, obtendo assim a solução de forma previsível. O advento do *Code Napoléon* aprofundou os ideais de conhecimento generalizado e inafastável das leis escritas, bem como de uma atuação autômata da jurisdição. A razão legal não poderia sofrer interferências da ação individual de magistrados e suas vontades privadas. O direito natural era captado pela razão humana, por intermédio de um processo de deliberação que apenas levava em conta o interesse público, formalizado por normas gerais, abstratas e universais.

³² Como manifestado pelo mencionado Professor, em aula proferida em 5 de junho de 2009 no presente Curso de Pós-graduação, *A instrumentalidade do processo é, também, fruto da maior participação do juiz... o juiz moderno é mais participativo. Se ficar restrito à forma não poderá dar andamento às demandas.*

2.1. A questão fundamental do poder discricionário dos juízes

Para a investigação proposta é importante a definição, quanto aos poderes dos juízes, do alcance da *liberdade* de interpretação como possível caracterizadora dos fenômenos da instrumentalidade e do *ativismo* inovador em relação ao direito posto e, sobretudo, até que ponto e de que maneira aqueles poderes se revestem de discricionariedade.

Analogamente à definição que se encontra nos estudos de Direito Administrativo, a discricionariedade das decisões judiciais poderia ser concebida como a liberdade do aplicador do direito para – ao decidir determinado caso concreto – realizar a escolha, dentre os meios possibilitados pela lei, daquele que, segundo seu juízo de conveniência e oportunidade, lhe pareça o mais hábil para a promoção da tutela por ele visada no processo³³.

O fundamento da discricionariedade repousaria, assim, na intenção de se outorgar ao juiz o poder de buscar soluções aptas para os casos concretos, de

³³ Trata-se de verdadeira analogia, já que no Direito Administrativo o conceito engloba outros elementos que não se encontram direta e necessariamente no âmbito do exercício da jurisdição, conforme podemos perceber a partir do teor da seguinte definição atribuída ao *instituto* por Hely Lopes Meirelles em seu *Direito Administrativo Brasileiro*. 26ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 128: *a discricionariedade traduz-se na livre escolha, pela Administração, da oportunidade e conveniência de exercer o poder de polícia, bem como de aplicar sanções e empregar os meios conducentes a atingir o fim colimado, que é a proteção de algum interesse público*. Ao definir também *poder discricionário*, o ilustre administrativista traz enfoque, ligeiramente distinto e complementar do anterior, que ao mesmo tempo auxilia e relativiza a analogia que aqui se pretende fazer. Por poder discricionário o autor entende: *o que o Direito concede à Administração, de modo implícito ou explícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo* (idem, p. 110). Embora o próprio doutrinador ressalve que poder discricionário não se confunde com poder arbitrário – o que obviamente se aplica aos atos decisórios dos órgãos judiciais – algumas particularidades próprias do campo do Direito Administrativo soam inadaptáveis ou pelo menos não absolutamente adequadas ao Direito Processual Civil, como, por exemplo, a obrigatoriedade do julgador emitir o ato decisório (princípio do *non liquet*) em contraposição à liberdade do administrador praticar ou não o ato administrativo. Por essa e outras razões – diferenças – que se podem observar pela análise dos conceitos acima permanecemos utilizando o termo *discricionariedade* alerta ao fato de estarmos diante de uma *analogia*.

maneira a satisfazer uma dada finalidade da lei. Para a realização de tal modo de julgar, os juízes poderiam se valer de conceitos alheios ao universo jurídico – afetos ao seu temperamento, orientação ideológica, religião, personalidade, educação, ambiente e outras características pessoais – fazendo com que suas idiossincrasias se tornassem determinantes quanto aos conteúdos das decisões. Além de indesejável abertura ao arbítrio tal postura certamente faria com que os juízes tratassem casos semelhantes com muita variabilidade, tornando a justiça uma *coisa pessoal*.

A controvérsia doutrinária sobre a existência ou não de discricionariedade judicial assenta exatamente nos pontos de vista favoráveis e contrários à *criação do direito* pelos próprios julgadores. Para os primeiros, na impossibilidade de o ordenamento apresentar respostas para todas as situações levadas ao judiciário, o magistrado teria margem para exercer um poder discricionário integrador, criando o direito aplicável ao caso concreto. Para os que negam tal possibilidade, o Direito – ou o ordenamento jurídico como um sistema complexo – é que deve responder a todas as questões juridicamente suscitadas. Isto é, a liberdade de criação do direito é recusada com base na convicção de que o suprimento de eventuais lacunas da lei tem como recurso adequado a busca de uma norma, mesmo não positivada, presente em princípio cuja análise deve revelar o direito a ser aplicado. A solução, portanto, está no próprio Direito.

Objetivamente, a existência da discricionariedade judicial é rejeitada pela necessidade de que, ao interpretar a lei, o juiz se coloque diante de uma atividade vinculada, que deve ser desenvolvida conforme um juízo de legalidade, não de

oportunidade e muito menos de conveniência. A mesma questão, vista pelo ângulo subjetivo, também leva ao repúdio da discricionariedade em razão da distinção daqueles juízos, pelo agente, se formar a partir de atitudes diversas. Quanto à oportunidade e à conveniência, através de opções fundadas em escopos juridicamente irrelevantes. Quanto ao juízo de legalidade a atuação deve se desenvolver, no campo da razoabilidade e da prudência, requerendo do intérprete autêntico um comportamento balizado pela lei e pelos fatos.

A questão, contudo, não se resume a *determinar* se a discricionariedade existe ou não no âmbito da jurisdição, pois, por mais que se possa detectar certa uniformidade jurisprudencial – algo desejável e que o próprio ordenamento jurídico faculta aos jurisdicionados perseguir pelos mecanismos recursais postos à sua disposição – não se pode desconsiderar que tanto a jurisprudência como as decisões isoladas são produtos de um contexto sócio-político. De fato, as decisões sempre serão *políticas*, na medida em que ao aplicar as leis que o legislador elabora para regulamentar as opções políticas contidas na Constituição, os juízes fazem emanar comandos alinhados àquelas opções. Por outro lado, aquelas sempre serão proferidas por seres humanos. Assim, o que deve ser objeto de discussão quando o tema central toca aos poderes dos juízes, é como o sistema pode se conformar às decisões que necessitam ser legítimas para que se legitime todo o exercício do poder estatal representado pela jurisdição.

A resposta ao problema da necessária acomodação da interpretação das normas jurídicas à discricionariedade dos julgadores e vice-versa, passa por dois

diferentes enfoques teóricos já ventilados anteriormente. Um jurídico e outro material.

Ao abordar a questão pelo seu primeiro aspecto – o jurídico – Kelsen admite a presença da discricionariedade dos juízes na interpretação e formula uma solução bastante razoável, porém incompleta quanto ao segundo enfoque.

Descrevendo a *dinâmica jurídica* (in Teoria Pura do Direito – Capítulo V) Kelsen sustenta que a integridade do sistema legal é representada, em sentido amplo, pelo trinômio composto pelas *funções jurídicas* correspondentes à *criação do direito*, à *aplicação do direito* e à *observância do direito* e, em sentido estrito, apenas pelas duas primeiras. Para ele as decisões judiciais individuais não são uma pura aplicação dos preceitos gerais e abstratos da lei, mas sim respostas, tanto às *quaestio facti* quanto às *quaestio juris* que se possam constatar nos casos concretos. Segundo afirma, a norma individual só é *criada* (ou constituída a partir das situações concretas postas em juízo) através da decisão judicial³⁴.

Para Kelsen as normas jurídicas gerais operam como um sistema dentro do qual convivem diferentes possibilidades de aplicação (*individualização*), bastando, para tanto, que a própria ordem jurídica determine o órgão pelo qual e o processo no

³⁴ Afirma KELSEN, Hans, em *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 265, que *somente a falta de compreensão da função normativa da decisão judicial, o preconceito de que o Direito apenas consta de normas gerais, a ignorância da norma jurídica individual, obscureceu o fato de que a decisão judicial é tão-só a continuação do processo de criação jurídica e conduziu ao erro de ver nela apenas a função declarativa.*

qual o fato condicionante da aplicação das normas abstratas deve ser verificado no caso concreto³⁵.

Ou seja, ao escolher um dos sentidos permitidos pelas normas jurídicas o julgador não estaria agindo *discricionariamente*, mas sim nos limites das competências que lhes foram atribuídas pelo sistema jurídico. Logo, o direito não seria predeterminado apenas por normas positivadas, mas também por normas materiais decorrentes da concretização (*aplicação*) das normas do direito formal, em razão da atuação dos órgãos competentes, juízes e tribunais. Embora negue que os juízes e tribunais tenham competência (*liberdade*) para exercerem a função de legislador – visto não reconhecer-lhes competência para criar normas gerais, mas apenas para criar normas individuais – ao adentrar no campo da interpretação das normas gerais (idem – Capítulo VIII), Kelsen se afasta do que chama de jurisprudência tradicional³⁶ que vê aquelas normas como portadoras de respostas únicas a serem observadas pelo aplicador do direito nos casos sob julgamento, como se fosse possível a realização da justiça a partir, exclusivamente, do direito positivo. Entende e afirma que:

as indeterminações dos atos de aplicação do Direito oferecem várias possibilidades à aplicação jurídica... a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se tome Direito positivo no ato do órgão

³⁵ KELSEN, *op. cit.* p. 265/266: *a ordem jurídica pode conferir poder a este órgão para determinar ele próprio o processo, segundo sua descrição; no entanto órgão e processo têm de ser determinados – direta ou indiretamente – pela ordem jurídica, para que a norma geral, que liga àquele fato a uma consequência, possa ser aplicada ao caso concreto – quer dizer, possa ser individualizada.*

³⁶ KELSEN, *op. cit.* p. 391: *a jurisprudência tradicional crê, no entanto, ser lícito esperar da interpretação não só a determinação da moldura para o ato jurídico a pôr, mas ainda o preenchimento de uma outra e mais ampla função – e tem por tendência para ver precisamente nesta outra função a sua principal tarefa. A interpretação deveria desenvolver um método que tornasse possível preencher ajustadamente a moldura prefixada. A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta (ajustada) e que a “justeza” (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei.*

aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. (KELSEN, 2000: p. 390/391).

O alerta corresponde, portanto, à afirmação de inexistência de qualquer método de direito positivo segundo o qual, das várias significações de uma norma, apenas uma possa ser destacada como correta.

Como se vê o problema da interpretação e da discricionariedade do juiz foi *juridicamente*, bem encaminhado pelo modelo positivista kelseniano. Contudo, do ponto de vista *material* a questão restou quase que intocada. Ao assumir que a *aplicação*, pela via *interpretativa* da norma, é uma função integrante do sistema jurídico, aceitando que tal função se opere segundo a competência dos órgãos judiciais, Kelsen mantém sua crença na suficiência de um sistema jurídico idealmente positivado, mas não garante que este não venha a ser desvirtuado pela compreensão pessoal que, na atuação dos aplicadores das normas jurídicas gerais, afaste tudo aquilo que a lei efetivamente determine.

Para os adeptos da corrente positivista *realista* – contrária ao formalismo da *jurisprudência tradicional* criticada pelo modelo positivista kelseniano – a discricionariedade judicial também pode existir. Ao conceber o direito como um produto *materialmente* resultante das variáveis formas de atuação dos julgadores, em função das diferentes necessidades intelectuais que os casos demandem dos órgãos de decisão, admite que as decisões sejam discricionárias. Nem sempre, contudo, a discricionariedade que se verifica pela perspectiva realista se dá pelas mesmas razões – *jurídicas* – de Kelsen, mas sim em virtude da própria ação de interpretação como fator determinante do desenvolvimento do fenômeno jurídico.

O poder discricionário estará ou não presente como um componente do direito, na medida em que as decisões sejam mais ou menos influenciadas pelos elementos pessoais da íntima convicção dos juízes. Nos casos mais simples, passíveis de serem solucionados pela mera subsunção dos fatos às normas ou pela aplicação de jurisprudências já pacificadas seria possível desconsiderar a sua existência. Ao contrário, sempre que causas complexas exigissem do julgador exercícios elaborados de interpretação, mais facilmente se poderia identificar a ocorrência da discricionariedade.

Estas formulações, entretanto, também não respondem completamente à questão da existência do poder discricionário como um elemento preponderante da delimitação ou do fundamento dos demais poderes dos juízes. Na verdade, ao se ter em mente que em sua maioria os casos são simples e repetitivos, os realistas acabam dando razão aos formalistas, sem que o dilema seja aclarado.

As normas gerais de direito são invariavelmente plenas de signos com muitos significados, isto é, são dotadas de uma *textura aberta*. Esta construção, inerente à impossibilidade de se prever todas as situações que devem ser normatizadas, ao mesmo tempo em que afasta a visão formalista – que coloca as regras no centro do sistema jurídico – e atrai a discricionariedade dos julgadores, não chega a negar que o direito positivado, além de exercer o papel fundamental de organização social e de determinação de comportamentos, é indicador de alternativas decisórias, mas também fator impeditivo do arbítrio judicial. É esta última questão que fica igualmente sem resposta quando adotadas as simplificações do modelo *realista*.

Como denominador comum, coerente com o espírito instrumentalista do sistema processual, é interessante a visão segundo a qual “o poder discricionário não existe a não ser como um espaço vazio, circundado por uma faixa de restrições” (DWORKIN, 2007: p. 51), que ao negar a discricionariedade fundada nos padrões positivista e realista, aponta para uma saída em que o poder judicial se exerce, sem as distorções dos modelos anteriores, segundo parâmetros previstos pelo ordenamento jurídico como um todo.

Ao conceber um *modelo de regras* livre das perplexidades que poderiam emergir dos conflitos entre os valores sociais e a lei, Ronald Dworkin indaga sobre a validade da incidência de outros preceitos – éticos e morais – sobre aquilo que o direito positivo estabelece. A questão que se propõe a responder – especialmente quando se está diante de casos menos claros – diz respeito ao saber se o que se aplica como regra é correto, mediante a consistência e a suficiência dos princípios que a informam.

Segundo a proposta, que enuncia como *um ataque geral contra o positivismo*, Dworkin organiza o seu modelo em torno do fato de que as decisões judiciais também se baseiam em critérios que não são propriamente regras, mas sim princípios e políticas³⁷, ou seja, o direito não pode ser entendido apenas como um

³⁷ DWORKIN, Ronald, em *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 35/36 assume que: *minha estratégia será organizada no fato de que, quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicas, particularmente naqueles casos difíceis nos quais os problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões*. Na mesma passagem o autor faz dois importantes alertas, o primeiro deles quanto ao emprego e o sentido dados ao termo *princípio*, de maneira abrangente, para se referir também aos meios designados por *outros tipos de padrões* e para designar “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” e o segundo para a expressão *políticas*, como sinônimo de “aquele tipo de padrão que

sistema de regras, devendo-se incorporar aqueles outros padrões de decisão ao sistema jurídico.

A *ampliação* do sistema jurídico pela incorporação de princípios e políticas e o reconhecimento de que tais padrões representam critérios válidos para que os operadores profiram suas decisões, *reduz* o espaço deixado ao julgador, ou, pelo menos, indica que aquele não é tão vasto como admitem realistas e positivistas. A possibilidade dos juízes aplicarem o direito se valendo de outros meios, além das regras, não significa atuação discricionária, conforme seus próprios valores, mas somente o aproveitamento de elementos que também são estruturantes daquele arcabouço.

Dworkin não se preocupa apenas em assinalar as tradicionais diferenças entre a taxatividade restritiva e explícita que condiciona a aplicação das regras e a abstração dos princípios que permite que suas aplicações levem a diferentes conclusões, mas também a natureza lógica – ôntica – daquelas diferenças que fazem dos princípios *standards* radicados nas exigências de justiça ou na própria idéia de direito. “Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem” (idem, p. 39).

Por não serem rígidas as suas orientações, a aplicação de um princípio pode conduzir a diferentes soluções para um mesmo caso. Isto ocorreria também, previsivelmente, se àquele caso fossem aplicáveis mais de um princípio. Ao se

estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”. Essa distinção, segundo Dworkin, muitas vezes pode ficar obscurecida, pois, princípios podem ser articulados através de políticas públicas e vice-versa.

admitir que distintos princípios *informam* um direito, vislumbram-se suas simultâneas aplicações pelo juiz da causa. Contudo, somente a ele caberá avaliar o peso a ser dado a cada princípio e as orientações que cada um deles apresentará para a correta concretização da norma. Normalmente esse exercício de harmonização requer ponderação que leva à prevalência de determinados aspectos dos princípios aplicáveis em detrimentos de outros, conforme sejam mais ou menos *importantes* ao deslinde do caso. Já as regras são ou não diretamente aplicáveis a determinado caso, resolvendo-se eventuais situações de conflito pelo afastamento de uma delas segundo os critérios tradicionais de hierarquia (lei superior prevalece sobre a inferior), de temporalidade (lei posterior prevalece sobre a anterior) e de especialidade (lei especial prevalece sobre a geral). As questões inerentes à aplicação das regras e princípios podem ainda ser amplificadas em razão de que, em determinadas situações, um dispositivo poder ser visto tanto como regra quanto como princípio, o que impõe ao magistrado um trabalho intelectual extra quanto ao adequado tratamento a lhe ser dado.

As possíveis combinações entre regras e princípios fazem, portanto, com que os juízes não possam decidir discricionariamente, aplicando o direito segundo seus próprios valores³⁸. Embora as normas legais nem sempre contenham todos os

³⁸ Segundo DWORKIN, *op. cit.* p. 50/53, este é o sentido – extraído da linguagem ordinária – segundo o qual os positivistas empregam o conceito de poder discricionário. Para o autor, *tal conceito só está perfeitamente à vontade em apenas um tipo de contexto: quando alguém é em geral encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade*. Portanto, só faz sentido se falar em poder discricionário quando alguém tem de submeter-se às ordens de seus superiores ou em relação a alguém cujos comportamentos são governados por um regulamento. Trata-se, assim, de um conceito relativo que deve ser aferido mediante questionamentos do tipo: “poder discricionário em relação a que padrão?” ou “poder discricionário em relação a que autoridade?”. Se não se está diante de uma situação que permita falar em poder discricionário, está-se diante de um contexto que admite o mero exercício do livre arbítrio (o que não significa, necessariamente, falta de racionalidade). Caso o exercício de uma decisão implique observância aos limites de padrões ou sujeição à normas não existe poder discricionário ou o mesmo é fraco. Por outro lado, ausentes tais pressupostos o poder discricionário pode ser considerado forte. No caso, por exemplo, do poder discricionário de um servidor ser forte, não significa que ele esteja livre para

elementos necessários à decisão esperada, o direito possui aqueles outros padrões que também servem como critérios úteis aos órgãos judiciais. Ou seja, não se está diante de um quadro de total abertura que dá aos magistrados a liberdade de recorrerem a valores externos ao ordenamento, mas sim num denso ambiente jurídico integrado por um conjunto de princípios que, assim como suas regras vinculantes, também limitam e orientam as decisões judiciais, as quais, mesmo em casos complexos, devem gravitar em torno dos dados internos do direito.

Para Dworkin, o *juízo* segundo os padrões do direito é bastante diferente da *aplicação mecânica* dos preceitos integrantes daquele *modelo de regras*. A necessidade de o intérprete ou de qualquer autoridade decidir sempre segundo um *juízo* que leve em conta os limites de uma dada faixa de restrições, quando não a elimina por completo, transforma a discricionariedade num *poder fraco*. Caso as decisões pudessem ser tomadas, contrariamente, sem qualquer espécie de submissão dos julgadores a padrões de direito ou ao poder de uma instância revisora, haveria possibilidade de se reconhecer um *poder discricionário forte* daqueles julgadores. Contudo, ao negar em qualquer hipótese que as decisões judiciais possam se realizar sem observar tais limites, Dworkin não aceita a proposição dos positivistas no sentido de que as normas de texturas abertas sejam permissivas ao ponto dos juízes poderem exercitar suas próprias escolhas pessoais³⁹. Também ao aplicar tais espécies de regras os magistrados se vêm

decidir sem recorrer a padrões de bom senso e equidade, mas apenas que sua decisão não é controlada por um padrão formulado por uma autoridade.

³⁹ DWORKIN, *op. cit.* p. 54/57, reitera que para os positivistas o poder discricionário dos juízes somente seria exercitado quando uma regra clara não estivesse estabelecida e disponível. Segundo a crítica que lhe dirige, a doutrina positivista entende que somente regras ditam resultados e que princípios não integram o conjunto de padrões do direito. Contudo, o funcionamento dos princípios é tal que, diferentemente das regras – que quando não apresentam aplicação imediata ao caso são afastadas – aqueles prevalecem, ainda quando não direcionem para uma decisão conclusiva, pois

obrigados a observar os princípios que integram o direito, ainda que seja difícil os encontrar e harmonizar, segundo as exigências fáticas dos casos concretos.

Na doutrina brasileira, sintetiza com precisão a precedente discussão acerca do *poder discricionário* dos juízes a afirmação de que “o juiz não decide a lide com base na lei; o juiz decide a lide conforme o Direito, que se compõe de todo o conjunto de espécies normativas: regras e princípios” (DIDIER, 2010. p. 32/33).

Estritamente em relação à aplicação das regras e princípios do direito processual positivo, há quem, dentre os doutrinadores pátrios, também veja como indesejável que aquele tipo de poder seja dado aos julgadores. A posição bem compartilhada nesse sentido é representada por respeitáveis colocações lavradas nos seguintes termos:

“A livre interpretação e a liberal aplicação dos preceitos procedimentais, não devem, contudo, chegar aos extremos de desprezar a relevância e o valor que as normas formais desempenham no campo do direito, como instrumentos consagrados de segurança jurídica” (THEODORO JÚNIOR, 2000. p. 21).

“os órgãos encarregados de exercer a jurisdição não podem atuar *discricionária* ou livremente, dada a própria natureza da atividade que lhes compete. Subordinam-se, por isso mesmo, a um método ou sistema de atuação, que vem a ser o processo... o processo não pode ser utilizado como simples instrumento de especulação doutrinária ou teórica... como instrumento da atividade intelectual do juiz, o processo se apresenta como a série de atos coordenados regulados pelo direito processual, através dos quais se leva a cabo o exercício da jurisdição” (idem. p.39).

2.2. Os poderes dos juízes

O Capítulo IV do Título IV do Livro I do CPC encerra a delimitação formal infraconstitucional de direção e dos poderes, deveres e responsabilidades dos juízes. Em que pese a pequena quantidade de regras atinentes especificamente aos poderes – dispostas em apenas parte dos quatorze artigos – aqueles se encontram inegavelmente ampliados, não só em razão da *textura aberta* de algumas das normas que os descrevem, como, sobretudo, pela hodierna constitucionalização do processo. Exemplificando, enquanto os enunciados dos desempenhos instrutórios e de apreciação da prova, contidos respectivamente nos Arts. 130 e 131 recorrem à *cláusulas gerais*, mencionando *provas necessárias* e *liberdade de apreciação*, os dispositivos constitucionais que asseguram prerrogativas e garantias, bem como os que, de maneira geral, tutelam o processo, definem competências e organizam o Poder Judiciário, dentre outros, tratam de retirar o tema *poderes dos juízes* do estreito círculo normativo em que se encontra para lançá-lo no espectro mais abrangente, dos direitos fundamentais ao devido processo legal, à inafastabilidade da jurisdição, à efetividade do processo, etc.⁴⁰.

Dentre as regras que se voltam diretamente à atuação dos juízes, as dos Arts. 126 e 335⁴¹ do CPC merecem especial atenção. Ambas tratam da *ausência* ou da

⁴⁰ Conforme DINAMARCO, em *A Instrumentalidade do Processo*, cit. p. 48, 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. Essas corretas constatações em torno da atividade interpretativa do juiz conducente à aplicação dos direitos constitucionais não afastam as colocações a respeito do poder discricionário dos magistrados. É o próprio Professor quem as complementa no sentido de que isso não significa, todavia, que a função jurisdicional seja constitutiva de direitos, nem que a jurisprudência seja fonte normativa.

⁴¹ Art. 126 – O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais, não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

obscuridade de normas legais a serem aplicadas aos casos concretos. Diante da natural dificuldade de se antever situações que não admitam a aplicação de alguns dos elementos integrantes do ordenamento – sejam eles princípios ou regras – e de toda a discussão teórica do tópico antecedente, a melhor interpretação que deve ser dada aos dois artigos será a que, *a priori*, relativize o quanto possível, tanto a menção às lacunas quanto à obscuridade, e que afaste – sempre – a possibilidade do julgador criar um direito particular a partir de suas oportunidades e conveniências pessoais, pois não é isso que os preceitos expressamente permitem, nem é absolutamente disso que parecem querer tratar.

O primeiro deles consagra dois princípios: o da indeclinabilidade, pelo qual se proíbe o *non liquet*, ou seja, impõe-se ao Estado a obrigatoriedade da prestação jurisdicional e o da integração, que apenas faculta ao juiz integrar normas para compor uma decisão, isto é, se valer do sistema jurídico como um todo para, com seus elementos aplicar a regra reclamada pelo caso concreto.

O segundo artigo – até por sua disposição topológica – apenas complementa a regra do Art. 131 sobre a liberdade de apreciação da prova. A autorização dada ao juiz, para aplicar *regras de experiência* não supre propriamente a falta de uma norma jurídica apta a ser aplicada na decisão do caso concreto, mas sim a lacuna que uma prova indiciária – que não possa ser diretamente confrontada com o fato probante pela falta de regra específica sobre prova legal ou de presunção legal – poderia representar para o livre convencimento do julgador.

Art. 335 – Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado quanto a esta, o exame pericial.

2.2.1. Os poderes judiciais de flexibilização procedimental

Paralelamente ao que afirmamos acerca da *instrumentalidade legal* (n. 1.3., *supra*) quando mesmo sem tratar flexibilização e instrumentalidade exatamente como sinônimos, demos aos termos certa equivalência, visto o inegável caráter instrumentalista que a flexibilização exerce sobre o processo e sobre o sistema processual como um todo, iremos agora abordar algumas possibilidades de atenuação da rigidez procedimental diretamente atribuíveis aos poderes dos órgãos judiciais. Importa para tanto, apontar as atividades judiciais voltadas à eliminação de inadequações e à potencialização da utilidade dos procedimentos, em razão das características subjetivas das partes ou objetivas dos direitos envolvidos no processo.

Assim como a pressão dirigida ao legislador para a elaboração de procedimentos específicos, apropriados à tutela de certos direitos materiais, é designada como uma faceta do princípio da *adequação* da lei processual aos seus objetivos instrumentais, aquele que *permite* que a flexibilização procedimental se dê pelo ativismo judicial é o princípio da *adaptabilidade* (ver nota 18, *supra*), cuja aplicação, conforme já destacado, somente é possível em caráter excepcional e subsidiário, sempre com observância aos limites listados no tópico 1.2.1, *supra*.

Em última análise, mesmo que justificável pela busca da efetividade da tutela e da celeridade jurisdicional, a adaptação judicial dos procedimentos implica desvio em relação ao eixo da legalidade das formas que rege o processo. Portanto, ainda que se oriente pelo ideal de promoção de igualdade substancial entre as partes ou

para suprir necessidades processuais envolvendo direitos materiais cujas regulamentações procedimentais ainda não tenham sido adequadamente dadas pelo legislador, a *adaptação* não deve afrontar as garantias mínimas dos litigantes.

Atualmente, à míngua de exaurimento procedimental para todos os direitos tuteláveis pela via das ações coletivas, algumas delas – v.g. a ação civil pública e as demandas baseadas no Código do Consumidor – submetem-se ao procedimento comum do CPC. Em sede de tais feitos juízes têm admitido, sem o consentimento da parte adversa, o aditamento do pedido e mesmo a alteração da causa de pedir, quando já transcorrida a fase de saneamento do processo. Não há como desconhecer a *afronta* às normas estabelecidas no Art. 264, *caput* e parágrafo único do diploma processual geral. A justificativa para tanto é a da titularidade pública e, portanto, de maior interesse subjacente aos direitos a serem tutelados. A flexibilização, que no caso, consiste em desconsideração da estabilização processual não é a única que se tem verificado em tais espécies processuais. No mesmo sentido os magistrados têm estimulado a participação social e até convidado entidades representativas à integrarem-se ao pólo ativo das demandas coletivas; autorizado – sem a extinção dos respectivos feitos – a substituição de autores ilegítimos por quem detenha os atributos necessários à demonstração da legitimidade *ad causam*, etc.

No amplo capítulo relativo às provas, os juízes, muitas vezes, encontram um terreno fértil para a atenuação do rigor procedimental, notadamente quanto à inversão da ordem lógica ou formal das suas produções. Tal flexibilização é respaldada, por exemplo, na legítima oportunidade detectada pelo juízo, de

aceleração da instrução do feito, bem como na percepção da conveniência, para as partes, de redução dos custos inerentes às provas técnicas complexas, que podem demandar o dispêndio de vultosas somas financeiras.

Assim como sucede em relação às provas, também o tempo de desenvolvimento do processo merece um capítulo voltado exclusivamente ao seu disciplinamento. Conforme a dicção do Art. 177 do CPC, os prazos para que os sujeitos processuais realizem os atos que lhes competem são os prescritos (fixados) em lei. Contudo, paralelamente às hipóteses legais de suspensão, interrupção, redução, prorrogação, renúncia e excesso, o juiz poderia, em face das complexas circunstâncias fáticas e jurídicas da causa e das partes, flexibilizar prazos para favorecer a instrução e potencializar princípios como, por exemplo, o do contraditório e da ampla defesa⁴². Essas afirmações podem soar utópicas, porém, diante da realidade da prática forense e em virtude da elevada quantidade de processos que impõem aos próprios magistrados a sistemática *violação* à peremptoriedade dos prazos, nada impede que, dentro dos limites temporais mínimos fixados para a atividade judicial, segundo critérios de razoabilidade e proporcionalidade, os juízes, fundamentadamente, desconsiderem a rigidez enganosa da lei e alterem os prazos processuais.

Como consequência imediata da flexibilização temporal poderia se verificar, também, a flexibilização das regras de preclusão. Mais do que a antecedente, a

⁴² Reforçando essa possibilidade poderíamos destacar o seguinte trecho de acórdão unânime da 4ª Turma do STJ, relatado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo no REsp 11.834-PB e julgado em 17 de dezembro de 1991: *Em se tratando de prazos, o intérprete, sempre que possível, deve orientar-se pela exegese mais liberal, atento às tendências do processo civil contemporâneo – calcado nos princípios da efetividade e da instrumentalidade – e à advertência da doutrina de que as sutilezas da lei nunca devem servir para impedir o exercício de um direito.*

conseqüente tocaria, sem dúvida, em um ponto mais *sensível* do procedimento, uma vez que ao permitir a uma das partes a realização de um ato intempestivo, o juiz poderia não só tumultuar o andamento do processo como também violar o seu dever de imparcialidade, surpreendendo o adversário *prejudicado* pelo retroceder do feito. Porém, se tal situação puder ser devidamente contornada – com a eliminação de eventuais prejuízos à parte contrária – o julgador, à luz da instrumentalidade, novamente poderia abrandar a rigidez formal em favor do objetivo maior do processo, de alcance da efetiva tutela do direito substancial.

Caso em função das condições das partes, das particulares alegações e provas apresentadas com a inicial ou do próprio direito material a ser tutelado o juiz pressinta a necessidade de aprofundar a sua atividade cognitiva poderá utilizar, total ou parcialmente, o procedimento comum ordinário para as causas às quais a lei processual determine originalmente a adoção do rito sumário. Além de contrariar expressas disposições legais, esta alteração poderia de imediato, aparentar flagrante contradição em termos de comprometimento da celeridade processual. Contudo, do ponto de vista prático, pode se justificar também naqueles casos em que eventual conciliação se mostre, desde logo, pouco provável – por exemplo, em razão da capacidade e disponibilidade da parte para transacionar – indicando que uma audiência com aquela intenção iria, na verdade, apenas prolongar a duração do processo. A adaptação do procedimento também poderá ser feita pelo juiz, *ex officio*, quando a parte o eleger equivocadamente ou mediante prévia manifestação daquela quando o rito escolhido se mostrar menos útil ao caso.

Não só nas hipóteses acima os procedimentos podem ser judicialmente adaptados. Também quando for possível a fungibilidade de demandas esta condição é constatável. Por exemplo, eventual mandado de segurança que venha a ser impetrado sem as provas pré-constituídas da liquidez e certeza do direito discutido poderá ser recebido como processo de conhecimento. Tal postura, nitidamente instrumentalista, implica reflexamente a substituição do rito especial do primeiro por um dos procedimentos comuns, conforme seja o caso. Ainda quanto à ação mandamental, seu recebimento seria possível, como ação declaratória, mesmo após o prazo decadencial assinalado pelo procedimento especial daquele, representando idêntica alteração ritual judicial. Similarmente, fundem-se as demandas e alteram-se os procedimentos, quando a monitória desacompanhada de prova escrita da dívida, ou com prova insuficiente para a formação da convicção do julgador responsável pela emissão da decisão constitutiva do título, seja recebida como ação de cobrança segundo um procedimento comum.

Por fim, na vasta seara das fungibilidades procedimentais deve ser reiterado, conforme afirmado no tópico 1.3, *supra*, que o instituto não deve se limitar às hipóteses previstas em lei, mas sim ser tomado como um princípio geral do processo (ver nota 26). Ilustrativamente, aquelas poderiam ocorrer, no recebimento da defesa em sede de execução de título extrajudicial, entre os embargos ou a exceção de pré-executividade; na de título judicial, entre a impugnação da sentença ou a ação declaratória negativa; na ação monitória, entre a contestação ou os embargos ao mandado; etc. Em todos os casos compete ao julgador, à luz de sua experiência e da instrumentalidade, perceber a utilidade da manifestação e dar-lhe o devido acolhimento, independentemente do erro técnico relativo ao *nomen juris*.

2.2.2. Instrumentalidade em razão do ativismo judicial

Basicamente, no tópico anterior discutimos algumas situações que, embora não previstas expressamente em lei, estão consagradas pelas perspectivas jurisprudenciais e doutrinárias de modo a integrarem o rol dos poderes dos juízes. Trata-se, na maior parte das vezes, de posturas e práticas processualísticas – portanto de *técnicas* judiciais – voltadas aos objetivos instrumentais de efetividade e celeridade processuais, cujas aplicações são até *ansiosamente* esperadas pelos jurisdicionados segundo a visão constitucional do processo.

Superadas as abordagens relativas aos poderes discricionário e de flexibilização procedimental dos juízes, adentramos um terreno movediço, no qual as opções éticas e políticas – nem sempre aceitas incondicionalmente como técnicas – devem ser priorizadas para orientar os julgamentos. Trata-se da proposição de uma postura judicial *diferenciada* representada pelo maior poder de participação do magistrado e caracterizada, dentre outros aspectos, pelo afastamento do julgador da suposta neutralidade jurídica na interpretação e aplicação da lei e pelo exercício de certa criatividade no desenvolvimento daquelas atividades.

O fenômeno do ativismo judicial é complexo, pois contém uma pluralidade de dimensões. Quando externo ao processo, ou extrajudicial, assume a designação de *politização do judiciário*. Face às múltiplas acepções em que o termo pode ser empregado, nos interessa particularmente destacar o sentido formal, do ativismo praticado no exercício da prestação jurisdicional, entendido como a ampliação da

competência dos magistrados e tribunais a partir de suas próprias decisões⁴³. Com tal descrição ele pode significar a atitude dos magistrados que, procurando a melhor maneira de fazer justiça, se volta à atuação no campo de competência de outro poder, o legislativo.

O ativismo acontece quando o juiz, ultrapassando os limites impostos pelos textos legais, vai além do que aqueles prescrevem e aplica regras que não se encontram em nenhum lugar. Sob o bem intencionado pretexto de fazer o que deveria ter sido providenciado pelos representantes de outro poder estatal o juiz acaba por criar a lei. Em linhas gerais o ativismo enaltece a criatividade dos magistrados para que encontrem e apliquem a justiça no caso concreto, independentemente dos limites normativos preexistentes.

Algumas críticas radicais dirigidas àquela forma de atuação encontram suas justificativas no positivismo que identifica a racionalidade com a ciência e que relega a ética ao âmbito da irracionalidade. Também ocorre de aos seus detratores, transparecer com freqüência que a orientação ética dos julgamentos refere-se à ética pessoal dos juízes e não à do sistema processual.

⁴³ Conforme definido por BARROSO, Luís Roberto, em *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, Disponível em <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista>, p. 6, o *ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.*

Duas considerações pessoais devem ser feitas quanto às últimas colocações. Primeiramente, não nos parece inteiramente válido assumir que decisões tecnicamente corretas sejam, necessariamente, aéticas. Razão pela qual também não concordamos com a noção contrária de que para serem éticas as decisões devem desprezar a boa técnica processual. Em segundo lugar, a questão não se esgota na retórica, uma vez que sempre poderão existir fundadas dificuldades em se identificar até que ponto uma decisão é pautada na ética privada do magistrado ou numa ética pública, do sistema processual. Apenas quando ela gozasse de aceitação unânime entre terceiros não sujeitos ao alcance subjetivo da coisa julgada – o que nem sempre acontece – poderíamos supor que a ética privada do magistrado coincide integralmente com a ética pública que o sistema processual, como manifestação do poder estatal, deve preservar e aplicar.

Ao se definir como o mais relevante dos escopos da jurisdição o social⁴⁴, atraí-se para a função do Estado-juiz uma obrigação e um ideal de pacificação que deve ser permanentemente realizada segundo padrões éticos e políticos que variam no tempo e conforme outras circunstâncias.

Portanto, além de não ser sempre possível que aqueles padrões se mantenham constantes, é certo que o processo, como fenômeno operado por atores que integram o cenário social, não se encontra acima das boas e más influências que se apresentam – ora legítimas, ora ilegítimas – sob o genérico rótulo de ético. Os fatos de muitas vezes ser impossível detectar-se através dos seus fundamentos as reais razões políticas e motivações éticas das decisões judiciais e de em algumas

⁴⁴ Como o faz DINAMARCO, em *A Instrumentalidade do Processo*, cit. p. 144/145.

situações, poder-se especular com a ausência das últimas, fazem com que, além das falsas razões positivistas, o ativismo judicial *atécnico*⁴⁵ seja constante objeto de acalorados debates.

Para os que o defendem – e são muitos – o ativismo é indispensável diante da insuficiência das concepções positivistas e do fato de a lei, como expressão esquemática dos inúmeros problemas que não podem ser imaginados pelo legislador, não ter possibilidades materiais de pronunciar todas as palavras do direito. A atuação judicial segundo critérios políticos, desde que não alinhados às opções partidárias ou a outros interesses, não retiraria a autenticidade e a legitimidade das decisões, apenas representaria a necessária inserção dos órgãos judiciais no contexto social, de forma a realizar o direito e a promover a justiça social⁴⁶.

⁴⁵ A utilização da expressão grifada pretende deixar claro, na falta de uma melhor definição, que se trata apenas de uma diferenciação entre os modos de flexibilização de procedimentos até agora mencionados. Ao adotar o termo *atécnico* não o fazemos como opção de desqualificação de uma determinada forma de atuação judicial.

⁴⁶ Segundo DALLARI, Dalmo de Abreu, em *O Poder dos Juízes*, São Paulo: Saraiva, 2008. p.26, É óbvio que os juízes devem priorizar a busca da justiça pois *...a evolução da humanidade foi no sentido de uma complexidade maior da vida social, tornando-se mais difícil a captação da idéia predominante de justiça. A par disso, os conflitos de direitos passaram a ter o caráter de disputas sobre regras escritas, que são em grande número e sujeitas a obscuridades e contradições, com o que se desenvolvem técnicas de interpretação, sem prejuízo da atenção aos valores sociais.* Em outros trechos, mas em sentido semelhante e discorrendo sobre o surgimento de uma nova e ativista magistratura que atue “politicamente” afirma também que *felizmente já são bem perceptíveis os sinais de aparecimento de uma nova magistratura, que deseja realmente a independência e que não tem medo de se expor e de assumir responsabilidades. O sinal mais evidente é a existência de juízes sensíveis às exigências da justiça social, que demonstram em suas decisões judiciais e em todos os seus atos um comprometimento autêntico com a dignidade da pessoa humana e com a democracia (p. 62)... é necessário superar o “modo tradicional” de administrar justiça, submetido ao tecnicismo formalista e a uma pretensa neutralidade quanto a valores e a concepções filosóficas e políticas... é necessário reintroduzir explicitamente a “política” nas preocupações da magistratura e na consideração de seu papel social (p. 63).*

O ativismo, contudo não tem atraído apenas enaltecimentos. Para alguns, em razão de excessos, pode até assumir um sentido contrário aos anseios populares ou aos interesses do país. Por isso exige uma reflexão menos apaixonada.

O Professor Luís Roberto Barroso – franca e declaradamente favorável ao fenômeno – aponta-lhe três possíveis objeções: o risco para a legitimidade democrática, decorrente da falta de prerrogativas dos juízes e tribunais para avançarem sobre as competências de outro poder constituído pelo voto popular; o risco de politização da justiça, segundo critérios pessoais e ideológicos de seus operadores e pela contaminação das decisões por razões tendenciosas e partidarizadas e, por último, as próprias limitações institucionais do Judiciário, que, como Poder estatal também constitucionalmente organizado, não se encontra legitimado para se colocar de forma *arrogante* diante dos demais, nas atribuições que todos detêm de interpretar a Constituição.

Quanto à capacidade institucional dos poderes, o autor destaca outro interessante aspecto a ser pensado pelos ativistas. Trata-se da necessária limitação da atuação dos órgãos judiciais em temas envolvendo questões técnicas para as quais aqueles – ainda que sobre eles tenham que se manifestar – não estão, científica e tecnicamente, qualificados. Nessas situações, magistrados e tribunais deveriam ceder espaço para que instâncias especializadas ou os membros dos poderes Legislativo ou Executivo exerçam juízos discricionários dotados de razoabilidade.

Concluindo equilibradamente o seu posicionamento de apoio às posturas ativistas, Barroso reconhece que também para evitar riscos de *efeitos sistêmicos* imprevisíveis e indesejados o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Como nota final assegura que “o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura” (BARROSO, 2008. p. 19).

2.3. Instrumentalidade e Direito Alternativo

Em contra partida ao exacerbado positivismo iluminista que orientou o direito processual desde a sua fase autonomista, e como rejeição ao anticientificismo jusnaturalista, surgiram ainda no século XIX os primeiros movimentos em busca de um *direito livre, justo e ético* que, afastando-se das amarras formalistas levasse os juristas a considerarem em suas decisões não só as prescrições legais, mas também fatores naturais e valorativos, conforme presentes ou não, e de acordo com as circunstâncias sociais dos casos concretos. Esta reação serviria de inspiração às posteriores agitações em prol de um pluralismo jurídico, em cujo seio se encontra o que hoje se denomina, genericamente, Direito Alternativo.

O principal movimento do Direito Alternativo aconteceu na Itália na década de 70 sob a inspiração das teses centrais do *direito livre* e de outras diretrizes, como as do chamado *direito vivo* e, em menor parcela, do jusnaturalismo. No Brasil, pós ditadura militar, a Associação dos Magistrados Brasileiros, interessada em encaminhar propostas à Assembléia Nacional Constituinte, passou a promover

reuniões nas quais juristas não magistrados compartilhavam das idéias alternativas⁴⁷.

Assim, antes de passarmos ao tópico conclusivo deste capítulo é necessário abrir parêntesis para enfrentar o que – na nossa percepção – se afigura como um equívoco bastante comum, de leigos e iniciados, que coloca a instrumentalidade do processo como base de Sistemas Alternativos de Direito.

A confusão emerge da própria definição que se adote acerca do que sejam aqueles sistemas alternativos ou, simplesmente, Direito Alternativo. Para os que vêm a instrumentalidade como base do alternativismo jurídico, este nada mais é que o já debatido ativismo judicial levado ao extremo pela insatisfação dos juristas com a *vigência* das normas e pela encampação de modernos métodos de interpretação e aplicação. Esta abordagem nos parece simplória uma vez que a vigência das normas não chega a ser objetivamente questionada pela mera atuação do intérprete que leve em consideração valores sociais, políticos ou outros aspectos – restando intocadas a sua eficácia, aplicabilidade e demais atributos. Vista por esse ângulo, a alternatividade não significa extrapolação da esfera estatal das competências legislativas e de estabelecimento dos métodos de solução judicial dos conflitos. Não haveria, portanto nenhum Direito Alternativo, mas sim, e no máximo, um uso

⁴⁷ Segundo PASSOS, Anderson Sérgio, em *Direito Alternativo, realidade ou ficção*. Disponível em www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles, p. 2, *Em 25 de outubro de 1990, uma manchete é publicada no Jornal da Tarde, São Paulo, pelo jornalista Luiz Maklouf, que tinha como título: Juízes Gaúchos Colocam o Direito acima da Lei. Esta manchete visava atingir e desmoralizar o magistrado Amilton Bueno de Carvalho e seu grupo de estudos de direito alternativo, fundado em 1987. A notícia não surtiu êxito nos seus propósitos, tornando, ao contrário do esperado, o movimento mais forte. A partir desta data é considerado o início oficial do chamado movimento do direito alternativo brasileiro. Este ganhou extrema força na década de 90, chegando a realizar dois encontros internacionais de direito alternativo em Florianópolis, Santa Catarina.*

alternativo do direito verificado na perspectiva instrumentalista de realização das escolhas teleológicas do escopos sociais e políticos do processo.

A confirmação instrumental dos princípios constitucionais e legais que traduzam valores de uma sociedade democrática é a postura que os operadores do direito devem adotar para conferir efetividade às normas legais que reconhecem e garantem direitos. Logo, esta visão de direito alternativo nada mais é do que a simples concretização do direito positivo estatal, não sendo, de nenhuma forma, alternativa ao direito oficial.

Igualmente, a alternativa hermenêutica a que se lançam os intérpretes, na busca da ampliação do sentido das normas jurídicas de forma a torná-las mais compatíveis com a realidade corresponde à equidade e não, necessariamente, ao direito alternativo. A contextualização pragmática do direito oficial com o afastamento dos excessos positivistas também não pode ser considerado como direito alternativo, pois, não contraria a dogmática, nem é uma alternativa a ela. É como já afirmado, apenas uma maneira alternativa de interpretar o direito positivo instituído.

Também quem o compreenda como o conjunto de esforços no sentido da simplificação da administração da justiça ou como uma tendência de desburocratizar o sistema estatal, não chega a definir, satisfatoriamente, Direito Alternativo. Estes empenhos estão, senão completamente pelo menos em boa parte, refletidos na Constituição, no CPC, nas leis especiais que regem o desenvolvimento dos processos e nas leis de organização judiciárias, ainda que sejam aplicados com

variáveis graus de responsabilidade e comprometimento pelos agentes administrativos e políticos responsáveis por seus adimplementos nas respectivas áreas de atuação.

Diante dos que defendem a criação de modelos alternativos de direito, como verdadeira opção ao direito dogmático, o debate é mais polêmico. Seu *enfrentamento* analítico-teórico requer aprofundamentos filosóficos quanto às justificativas axiológicas e deontológicas para o reconhecimento da *existência* e da *validade* de ordenamentos jurídicos não estatais.

Admitidas a superação dos obstáculos metodológicos apontados acima, bem como a hipotética aceitação de que determinadas realidades sociais exigem rápidas reformulações materiais e instrumentais para a elaboração de um arcabouço normativo adequado às suas condições particulares, poderíamos conceber um direito alternativo, ainda que para isso devêssemos relativizar o que entendemos por *jurídico* e *fático*, dando a ambos os termos sentidos semelhantes.

Esta concepção *stricto sensu* permitiria compreendê-lo como, real expressão do pluralismo jurídico, como um conjunto de regras – jurídicas ou fáticas – contrário à dogmática oficial; como uma forma diferenciada de concretização do direito positivo vigente; como o desvio àquela espécie de legalidade; como a norma divergente ao direito público; etc. Não poderia, naturalmente, ser coincidente, ainda que parcialmente, com o direito estabelecido pela legalidade do Estado. Ou seja, só seria considerado verdadeiramente alternativo um direito cujos comandos não

demonstrassem identificação em relação aos conteúdos do ordenamento jurídico estatal.

Diante desses pressupostos, sempre que um Direito Alternativo buscasse se legitimar, revolucionariamente ou não, por suas próprias e elevadas características axiológicas tais como o ideal de justiça, a luta contra a opressão, a equidade, a democracia, a ética, a liberdade, etc. fica claro que a sua existência na condição alternativa seria apenas temporária, pois na hipótese de vir a se afirmar deixaria aquela categoria e passaria a ser oficial.

Se, ao invés de ser um direito em vias de legitimação, aquele apenas se apresentasse como práticas alternativas sem valor jurídico, amparadas em usos sociais ilícitos travestidos de sistemas de regulação de comportamentos dos sujeitos de camadas marginalizadas, ficam claro que a sua existência deverá ser sempre negada e combatida pelo direito oficial.

Independentemente das duas configurações acima, uma análise aprofundada a respeito da necessidade do estabelecimento do direito dever ou não permanecer como monopólio do Estado ou até que ponto deve ser tolerada ou admitida a existência de códigos normativos paralelos aos oficiais, não faz parte dos objetivos da presente monografia. As respostas a questões como essas ocupam a atenção de muitos trabalhos no campo da sociologia jurídica que se encarregam de definir os esquemas explicativos e aferir os componentes ontológicos do alternativismo jurídico segundo suas distintas perspectivas. Para os nossos fins, interessa ressaltar –

conforme se manifestam os defensores da instrumentalidade do processo⁴⁸ e do ativismo judicial⁴⁹ – que o Direito Alternativo não retira daqueles elementos doutrinários e da prática judiciária seus fundamentos nem justificativas.

2.4. O conflito da instrumentalidade

Pelo o que até este ponto se encontra exposto, conclui-se que a instrumentalidade do processo possui diferentes significados e formas. Não é só o *aspecto positivo da célere efetivação do direito substancial iluminada pela visão de resultados sócio-econômicos e políticos; a persecução teleológica de valores de escopos metajurídicos e a constitucionalização do processo* que constituem posturas instrumentalistas, mas também *a enérgica afirmação do comprometimento*

⁴⁸ Ver a respeito, dentre outros, os seguintes esclarecimentos de DINAMARCO, em *A Instrumentalidade do Processo*, cit: *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... Isso não significa, todavia que a função jurisdicional seja constitutiva de direitos, nem que a jurisprudência seja fonte normativa* (p. 46). *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* (p. 150). *Os louvores à interpretação evolutiva não podem chegar a algo que se pareça com as idéias do direito livre. 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. 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 que vivemos e como imperativo axiológico da segurança jurídica* (p. 234).

⁴⁹ Como atesta DALLARI, op. cit. p. 56, *É evidente que, por sua própria natureza, a magistratura não pode assumir o papel de uma vanguarda revolucionária, mas, sem dúvida, pelo significado social de suas funções e pelo alcance que podem ter suas decisões, a magistratura pode e deve assumir a condição de participante ativa do processo de mudança social... Em contato permanente com a realidade social, especialmente com as situações de conflito, a magistratura pode detectar rapidamente as injustiças legais, os desencontros entre a legislação e as práticas sociais, a existência de mecanismos que facilitam a promoção de injustiças e a sonegação de direitos, a existência de obstáculos ao uso e à defesa dos direitos consagrados na Constituição e nas leis. Desse modo a magistratura tem a possibilidade de influir positivamente, contribuindo para o aperfeiçoamento da ordem jurídica, mantendo-se rigorosamente dentro do âmbito de sua função de guardadora da justiça... a Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, com seu núcleo de defesa do direito alternativo, que pode ser questionado por algumas posições extremadas, como quando parece pretender que cada juiz faça o “seu direito” e a “sua justiça”, ignorando as leis do país* (p. 83)... *Buscam-se novas soluções dentro de esquemas tradicionais de organização e foi por esse caminho que se chegou ao Judiciário ativo e militante, com papel político reconhecido, admitindo-se que ele seja o complementar das normas constitucionais...* (p. 165/166).

axiológico das instituições processuais através da incisiva participação do juiz na instrução dos feitos; o ingresso das ideologias e do espírito dos direitos materiais no sistema processual; a necessidade de extrapolar os lindes do jurídico; etc. (DINAMARCO, 2008. pp. 32; 41; 60; 97; 133; 179 e 229).

Ao mesmo tempo em que favorecem a defesa de um modelo contemporaneamente idealizado de processo, a abrangência e relevância dos múltiplos aspectos envolvidos pelo fenômeno instrumental, criam a polissemia conceitual que leva a questionamentos – razoáveis ou não – sobre o papel do formalismo processual e dos conflitos que podem surgir em torno da sua flexibilização.

Algumas das indagações mais usuais podem ser respondidas à luz das análises feitas anteriormente acerca da instrumentalidade ser ou não a base de sistemas alternativos de direito; dos poderes dos juízes serem ou não decorrentes de discricionariedade; do devido processo legal ser ou não sinônimo do rigor formal na aplicação da lei processual; do livre convencimento do juiz a partir da atividade instrutória poder ou não confundir-se com a ciência privada que aquele venha a obter dos fatos, etc. Em resumo a dúvida, ou melhor, o *problema* que emerge como obstáculo à realização da instrumentalidade como um direito ao procedimento e, conseqüentemente, à ação adequada à efetiva tutela jurisdicional é o eterno conflito entre justiça e segurança jurídica.

Pelo lado dos instrumentalistas – para quem rigor formal não significa interpretação estrita da lei processual – a solução do dilema se encontra no próprio

sistema normativo. Ele pode ser satisfatoriamente resolvido por pertinentes leituras dos razoáveis sentidos das cláusulas gerais e por iguais considerações de equidade, segundo as quais esta se volte à intermediação entre o caráter abstrato do ordenamento e as exigências particulares dos casos concretos, tudo dentro dos principais limites formais à atividade do juiz, tais como os impostos pelos princípios dispositivo da demanda e da estabilidade da lide, bem como pelo sistema de preclusões.

A interpretação sistemática e teleológica da lei processual, associada às possibilidades de sua flexibilização por equidade, tanto nas hipóteses em que a própria lei a autorize expressamente quanto naquelas em que tal recurso se encontre respaldado pelos anseios legítimos da sociedade, provê aos juízes a liberdade necessária para que não se vejam obrigados a proferir decisões contrárias aos valores políticos e sociais, apenas por motivos meramente formalistas.

Ao seguir estas diretrizes o magistrado concorre para elevar o processo ao seu objetivo de realização da justiça material. A apreciação e aplicação das formas segundo os fins razoáveis que lhes são inerentes evitariam o formalismo excessivo e fariam transcender a justiça abstrata e genérica da lei em direção à justiça concreta e individualizada requerida pelo caso *sub judice*. A solução, portanto, corresponderia ao contorno de outro tipo de conflito, o da legalidade com o direito. Na visão instrumental do processo aquela poderia se caracterizar por decisões *praeter legem* e também por sentenças *contra legem*, nunca, porém através de decisões que, embora tecnicamente acertadas, se apresentassem contrárias ao Direito.

Esta última afirmativa contém o que os positivistas – adeptos do formalismo científico que afasta os planos substancial e processual do ordenamento – vêem como indesejável deslocamento do problema da esfera metodológica para a ideológica e como desconsideração do fato de que as decisões judiciais são a continuação, e não o começo, do processo de criação jurídica. Problemas agravados pela ausência de solução adequada à antinomia entre a justiça visada pela flexibilização do Direito e a segurança jurídica.

Na visão do seu maior expoente, o conflito entre segurança jurídica e justiça tem origem em dois aspectos fundamentais. Primeiramente na ordem constitucional de fixação de competências, mais exatamente quanto à definição de quem detém centralizadamente o poder de produção do direito e, posteriormente, no próprio conceito de justiça.

A crítica à flexibilização do direito encontra, portanto, justificativas em premissas externas e internas ao processo. Caso um tribunal, hipoteticamente desvinculado de normas gerais, pudesse criar o direito material novo ou apenas emitir decisões com caráter de normas gerais, baseado na interpretação das normas pré-existentes, estaria funcionando como legislador. Se tais decisões criassem precedentes vinculantes estes deveriam, naturalmente, servir para as decisões de outros casos idênticos. Quando a generalização da norma fosse deixada a cargo de outro tribunal, com as mesmas liberdades criadoras ou interpretativas, os precedentes anteriores seriam provavelmente ignorados, levando à impossibilidade do alcance de uma jurisprudência uniforme⁵⁰. Como os precedentes só seriam

⁵⁰ O atual sistema processual brasileiro reconhece, como fator de segurança jurídica, a importância da uniformização da jurisprudência. Segundo o Código de Processo Civil, aquela pode ser suscitada

vinculantes para casos idênticos e nunca haveria casos completamente idênticos, o problema dos órgãos julgadores seria o de definir, como pressupostos de aplicação dos precedentes, pontos essenciais determinantes da identidade das causas. Esta tarefa iria requerer o estabelecimento de uma norma geral, fixadora de hipóteses legais, em tudo semelhante às criadas pelo legislador⁵¹.

pelas partes do processo ou decorrer diretamente da atividade oficiosa do julgador, conforme as hipóteses do art. 476. Por sua vez o art. 479 do CPC estabelece que “o julgamento tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência”. Conforme o art. 546 do CPC, no âmbito do STF e do STJ cabem embargos de divergência, respectivamente em sede de Recurso Extraordinário e de Recurso Especial, sempre que a decisão de uma das turmas divergir da de outro órgão de julgamento do mesmo tribunal. Finalmente, de acordo com a Constituição Federal, a ocorrência de divergência jurisprudencial é fundamento para o cabimento do Recurso Especial. Todas essas hipóteses de uniformização da jurisprudência têm como requisito a atualidade da divergência a indicar que jurisprudência deve ser constante, ou melhor, uniforme, pelo menos, num dado momento histórico.

⁵¹ Nesse sentido, como se extrai de ARRUDA ALVIM, (*Súmula e súmula vinculante*) em *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*, 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2008. p. 1147/1160, o direito sumulado e mais especificamente as súmulas vinculantes se apresentam como um mecanismo limitador da liberdade dos juízes e tribunais brasileiros e, por tabela, da instrumentalidade processual como um todo, na medida em que representam imposição coativa de um só entendimento e restringem a margem de liberdade do intérprete. Segundo o autor, antes da introdução da súmula vinculante no ordenamento processual civil pátrio, *os diversos meios destinados a recondução da norma a uma mesma interpretação não impunham o resultado da inteligência da lei coativamente... As súmulas persuasivas, como expressão do resultado lingüístico da jurisprudência dominante se apresentam com o descarte de peculiaridades que não interessam à essência da descrição da norma... em linguagem análoga à da lei... A súmula vinculante incide coativamente e, nos seguimentos onde há divergência, objetiva eliminá-la... As finalidades objetivadas pela súmula vinculante ligam-se estritamente ao valor segurança, entendida na sua face de previsibilidade... Deve-se anotar que contemporaneamente, a tarefa dos juízes não mais é vista, exclusivamente, com a de aplicar a lei dedutivamente [entenda-se isto como pura e simples “subsunção do fato à norma/dedução do comando normativo”]... Se esta é representativa de uma visão ou de uma tendência do direito contemporâneo, com particular reflexo na atividade jurisdicional, é justamente essa “margem de liberdade” que resulta suprimida com a obrigatoriedade de aplicação da súmula vinculante... Deixa de ocorrer, havendo súmula vinculante uma relação direta e imediata entre a lei e o seu aplicador e destinatários, devendo a lei ser entendida tal como conste do enunciado da súmula vinculante... A súmula vinculante é figura que participa dos atributos reconhecidos a um sistema fechado, ou que parte do pressuposto de que aquela interpretação é a correta e que será imposta, e, portanto, afasta quaisquer elementos externos à sumula vinculante – inclusive destaque, aqueles respeitantes às variantes sócio-políticas de determinados momentos históricos, fazendo com que a instrumentalidade seja restringida – ... A lei não poderá comportar outra leitura ou interpretação senão aquela estampada no enunciado da súmula vinculante... A lei é entre nós, por excelência, a fonte do direito. A súmula, em rigor, acaba por conter a interpretação de uma lei, cuja inteligência se torna obrigatória... Por fim, em nota crítica que o festejado doutrinador atribui a Djanira Maria Radamés de Sá reporta que: *Na hipótese da súmula vinculante; no entanto, o Poder Legislativo do Judiciário torna-se mais abrangente que o atribuído àquele que exerce a função de forma preponderante; norma de caráter geral mais poderosa que a regra legislada é criada, posto que praticamente insuscetível de discussão.**

Partindo de uma idealização radical, na qual o Direito poderia ser livremente criado ou, como prefere, *descoberto* por um tribunal dotado de competência para fazê-lo, independentemente da prévia existência de normas gerais propostas pelo parlamento, Kelsen concebe um sistema que “caracteriza-se pela sua grande flexibilidade, mas, em contrapartida, renuncia totalmente à segurança jurídica” (KELSEN, 2000. p. 280). Analogamente, assumindo a configuração corriqueira de um órgão legislativo produtor de um Direito que não goza de possibilidades de adaptar-se às circunstâncias da vida em constante mutação, contrapõe ao primeiro um sistema que “tem a desvantagem da falta de flexibilidade. Tem, em contrapartida, a vantagem da segurança jurídica, que consiste no fato de a decisão dos tribunais ser até certo ponto previsível e calculável” (idem. p. 279).

Sob o primeiro aspecto, o dilema que se estabeleceria entre dois sistemas distintos de centralização da função de produção do Direito, cujos respectivos princípios – de flexibilidade do Direito e da segurança jurídica – apresentar-se-iam em razão inversa, acabaria por se traduzir em violação reflexa do princípio do Estado-de-Direito.

Por sua vez, a flexibilidade do direito em nome da justiça absoluta, exigiria que a aplicação de uma norma pudesse contemplar todas as particularidades do caso concreto. Como as normas gerais apenas pressupõem genericamente as hipóteses legais de sua incidência, nenhuma delas conseguiria atingir aquele objetivo totalizante. Daí porque todo o Direito só poderia ter caráter individual e as decisões justas nunca poderiam ser vinculadas a normas gerais. O que ocorre porém, sempre que um caso concreto é alvo de uma decisão justa, é a aplicação de

alguma norma considerada justa. Como as normas gerais não podem ser justas, o direito teria de proceder de um órgão julgador que se fizesse substituto do legislador, produzindo exatamente como ele tantas normas individuais, de caráter geral, quantos fossem os casos concretos.

Além de se mostrar inviável na prática, essa intensa produção não excluiria algumas características peculiares ao processo de criação jurídica das normas gerais. O julgador, assim como o legislador, apenas seria orientado por um determinado ideal de justiça passível de desaprovação quando analisado por um observador diferente. Ou seja, do ponto de vista absoluto de justiça, qualquer valor realizado seria sempre relativo. Conseqüentemente, também seria relativa a justiça realizada pela norma geral pela qual se deixaria orientar o juiz chamado a decidir o caso concreto.

Saber se uma decisão é ou não justa sempre implicaria conhecer a fundamentação da norma individual por ela criada. Esta justificação corresponderia à demonstração de compatibilidade material da decisão com uma norma geral considerada justa, isto é, a norma individual sempre deveria ter um caráter geral.

Com menos sutilezas do que as encontradas na argumentação filosófica do discurso positivista kelseniano, poder-se-ia alegar que o conflito entre justiça e segurança jurídica também diz respeito à legitimidade dos atores e à conveniência da substituição do Poder Legislativo, eleito pelo povo, pelo *positivismo jurisprudencial*⁵².

⁵² Conforme definição de BERCOVICI, Gilberto, em *Constituição e Política: uma relação difícil*. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a02n61.pdf>. Acesso em 30 de outubro de 2009.

Diante do reconhecimento de que certas circunstâncias externas que envolvem a produção do Direito, como por exemplo, interesses políticos e econômicos nem sempre coincidentes com os anseios populares, também são fatores que interferem no valor justiça, surgem questionamentos do tipo: em quem o cidadão deve confiar, nos legisladores eleitos ou nos juízes? Se o legislador não pode fugir à tentação do arbítrio, por que o juiz poderia?⁵³

⁵³ Idem, BERCOVICI, *op. cit.* p. 21.

Capítulo III – Instrumentalidade e formalismo nas decisões processuais

1. Instrumentalidade e legitimação popular das decisões

Os inúmeros apelos doutrinários favoráveis à ampliação da instrumentalidade processual têm ecoado produzindo certos abrandamentos pontuais do formalismo na aplicação da lei pelos magistrados e tribunais, como também no sentido de, cada vez mais, serem introduzidos no ordenamento jurídico diplomas especiais dotados de cláusulas gerais flexibilizadoras. São leis que dão maior liberdade interpretativa aos operadores do direito, ao mesmo tempo em que procuram refletir os valores explícita e implicitamente contidos nos princípios éticos tendentes à realização de um direito equitativo, alinhado com o que a sociedade reconhece e legitima como justiça.

Paralelamente àquelas preocupações, as reformas a que tem sido submetido o CPC, parcialmente citadas no tópico 1.3 do capítulo anterior, não deixam de ter em seu bojo o objetivo comum, de desburocratizar procedimentos e tornar os processos mais céleres.

Ambas as intenções – reformista e ampliativa do ordenamento – se orientam também pela indispensável complementação da visão constitucional do processo e pela necessidade de, coerentemente a ela, serem regulamentados diversos dispositivos constitucionais que, existindo ainda como normas programáticas, portanto de eficácia limitada, demandam regulamentação infraconstitucional. O

efetivo atendimento destas exigências se configura, preponderantemente, como um fator de realização da *instrumentalidade legal*, objeto do tópico 1.3 do Capítulo II.

Enquanto esta monografia era preparada, se encontrava em curso, desde meados de setembro de 2009, a elaboração de um novo Código de Processo Civil para substituir o diploma processual de 1973. As propostas consolidadas ao longo de oito meses de trabalho pela Comissão de Juristas encarregada de elaborar o anteprojeto foram finalmente aprovadas em 1º de junho de 2010. No dia seguinte o documento preliminar foi entregue ao Presidente do Senado Federal para que naquela Casa tivesse início a sua apreciação segundo os trâmites regulares do devido processo legislativo. Cabe aqui destacar o que disse na oportunidade o Presidente da Comissão, o Ministro Luiz Fux, do Superior Tribunal de Justiça, ao fazer a entrega do texto base ao Chefe do Poder Legislativo. Segundo ele, no período de um ano e meio a dois anos após a vigência do novo Código, os processos serão sensivelmente abreviados em termos de suas durações. As previsões se mostraram otimistas a ponto de se quantificar em 50% e 70% as reduções em relação às ações individuais e coletivas, respectivamente. Dentre os principais mecanismos responsáveis pelas *drásticas* medidas de regulamentação do art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal – a razoável duração do processo e a celeridade de sua tramitação – apresentaram-se a diminuição das possibilidades de recursos e a novidade do *incidente de resolução de demandas repetitivas*. Falou-se também na necessidade de uniformização das decisões como importante medida para encurtar o andamento dos processos e para evitar-se que demandas semelhantes tivessem decisões divergentes, o que além de frustrante para as partes e de expor a insegurança jurídica do sistema, *transforma a justiça em loteria*.

As observações acima também não deixam dúvidas quanto à predominância dos objetivos instrumentalistas das medidas, majoritariamente marcadas por esforços voltados a conferir maior celeridade ao processo. As *melhoras* que se vêm implementando ao longo dos últimos anos, quase sempre favoráveis à sumarização do processo, têm, paradoxalmente, se caracterizado pela *inquestionável certeza* de que a busca da verdade material ou do maior grau da certeza constitui postura burocrática que apenas se presta a alimentar formalismos processuais indevidos.

Pelo que se pode inferir o principal problema a ser solucionado ainda diz respeito à redução do longo período que transcorre entre a propositura de uma ação e a imunização da sua decisão pela autoridade da coisa julgada. O tempo continua sendo o inimigo que indispõe o processo aos fins instrumentais da efetiva prestação da tutela jurisdicional, o adversário que atraí a criatividade de legisladores e demais membros da comunidade processual preocupados com a adequação do múnus do Estado aos interesses das sociedades urbanas de massas, nas quais as relações se globalizam e exigem respostas ágeis de todos os atores e segmentos, direta ou indiretamente, envolvidos.

Em que pese seja inegável a necessidade de se abreviar o andamento dos processos, tal objetivo não pode ser pensado nem alcançado com o sacrifício da segurança jurídica, pelo desequilíbrio do binômio justiça-celeridade, pois, como bem apontado por eminente porta voz daquela tendência processual, “a efetividade do processo encontra limitação natural na liberdade jurídica do réu, que não pode sofrer sacrifício desnecessário” (BEDAQUE, 2009. p. 161). Ademais, não é só daquele mal

que parece padecer a instrumentalidade do processo¹. As quase unânimes reverências doutrinárias às posturas instrumentalistas, poucas vezes vêm desacompanhadas de críticas aos comportamentos de magistrados e tribunais que a negam por distintos motivos².

¹ O sistema processual brasileiro prevê, suficientemente, as condições em que as tutelas podem ser concedidas emergencialmente, sem que para isso seja necessário proceder-se sempre pela via das antecipações ou acautelamentos em prejuízo do necessário conhecimento, pelo julgador, dos fatos e fundamentos jurídicos subjacentes aos pedidos. Acerca da excessiva duração dos processos merecem ser destacados os seguintes comentários do Professor Rogério Licastro, feitos em aula ministrada em 9 de maio de 2009 na presente Pós-graduação: *o processo civil brasileiro, como processo fático e não como arcabouço legal ou de qualidade dos membros que o materializam, é ainda insuficiente. A razão para tal é também numérica, pois faltam estrutura e órgãos judiciários para atender a demanda ampliada pela Constituição de 88. Hoje, em razão destas limitações fáticas, se vive uma verdadeira restrição de acesso ao judiciário. Não há oferta suficiente de prestação jurisdicional para atender a demanda. Pelo contrário, se criam, cada vez mais, mecanismos legais para restringir aquele acesso (irrecorribilidade da decisão que converte o Agravo de Instrumento em Retido, súmula vinculante, súmula impeditiva de recursos repetitivos, etc.). Dentro desse quadro, a atual tutela antecipada no processo civil brasileiro se inseriu como um verdadeiro remendo destinado a dar solução ao problema crônico da interminável duração dos processos, muitas vezes, independentemente da segurança jurídica. A antecipação de tutela conforme concedida anteriormente – há 20 ou 30 anos – era prestada em diversos procedimentos especiais sem a necessidade crítica de contornar o gigantesco problema do atraso dos processos, mas sim por força da sua previsão em procedimentos específicos. Visão equilibrada com a qual concordamos.*

² DINAMARCO, em *A Instrumentalidade do Processo*, op. cit. p. 322, criticando a postura conservadora de operadores do processo ressalta que *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... 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 instrumentalista – 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* (pp. 363/364). No mesmo sentido crítico, DALLARI, op. cit. p. 40, ao discorrer sobre a postura de juízes acomodados e apolíticos que entendem que não é sua tarefa fazer indagações acerca da justiça e sobre a legitimidade e os efeitos sociais das leis (o que segundo ele é o caso da maioria dos juízes), o Poder judiciário acaba sendo visto como *“uma forma legal de promover injustiças”*... Segundo afirma: *outro perigo, que favorece a impunidade, é o dos juízes que, por um vício de sua formação jurídica, são demasiado formalistas. Geralmente fanatizados pela lógica aparente do positivismo jurídico, muitas vezes não chegam a perceber que o excessivo apego a exigências formais impede ou dificulta ao extremo a consideração dos direitos envolvidos no processo. Condiçãoados por uma visão exclusivamente formalista do direito, esses juízes concebem o respeito das formalidades processuais como objetivo mais importante da função judicial. Não se sensibilizam pelas mais graves violações de direitos humanos, desde que sejam respeitadas as formalidades. Por isso se pode dizer que os juízes formalistas são cúmplices inconscientes dos violadores de direitos humanos e concorrem de maneira significativa para garantir sua impunidade... Há magistrados que invocam fundamentos teóricos para o acobertamento que dão às injustiças, alegando que o magistrado deve ser um aplicador estrito da lei, politicamente neutro e sem responsabilidade moral pelas iniquidades que possam estar contidas, com maior ou menor evidência, em suas decisões. Dizem que o magistrado não é legislador, e que se não obedecerem rigorosamente a letra da lei, desaparece a uniformidade das decisões e se abre caminho para o excesso de subjetividade dos magistrados. E ainda acrescentam que se não procederem assim, será destruída a certeza do direito e haverá injustiças, pelo fato de que o mesmo dispositivo legal terá aplicações diferentes, dependendo das preferências e convicções de cada magistrado* (p. 53)...

Ao que tudo indica, muito ainda há que ser feito para que as decisões judiciais sejam *sentidas* como verdadeiras manifestações instrumentais de prestígio aos valores teleologicamente eleitos pelos escopos sociais e políticos do processo.

Conquanto não deva ser político na acepção menor ou partidária do termo ou simplesmente pelas dúvidas e desqualificações que o teor de algumas decisões possam despertar, o processo, assim como o próprio Direito, notadamente em um ambiente democrático, são políticos em diversos sentidos. Sua criação o faz um típico produto da vontade popular, cuja maioria se expressa na Constituição, na formulação e na aprovação das leis. Sua aplicação não se encontra, por óbvio, dissociada da realidade política³. Sobre ambas, criação e aplicação, incide a

*como virtude uma falsa neutralidade, escondem-se atrás de uma solene, e quase sempre hipócrita, máscara de “técnicos do direito” (p. 54)... na grande maioria das decisões judiciais, sobretudo dos tribunais superiores dos Estados e do país, fica evidente que existe preocupação bem maior com a legalidade do que com a justiça (p. 84). Por fim, BEDAQUE, José Roberto dos Santos, em *Direito e Processo*, 5ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. pp. 78/79, referindo-se à distorções decorrentes da má aplicação da técnica processual, consistente na colocação daquela acima do objetivo de uma sentença justa, alerta que *mais importante do que alterar a lei é mudar a mentalidade dos operadores desse ramo do Direito, que devem se conscientizar dos verdadeiros objetivos de sua ciência. Parece equivocada a idéia de que todos os males do processo se encontram na legislação... Torna-se fundamental, pois, apontar alguns equívocos de interpretação, que acabam por frustrar os escopos do processo.**

³ No tocante à criação do direito não só os mecanismos constitucionais tradicionais do voto periódico, do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular podem ser apontados como formas de esgotamento das possibilidades de exercício da soberania popular. Também são exemplos daquela atuação as pressões legítimas que a sociedade civil organizada exerce sobre o Poder Legislativo através da eleição de seus próprios membros; da participação nos debates intermediados pelos meios de comunicação e – cada dia mais – pelo acesso direto dos cidadãos aos que exercem a democracia representativa, propiciado pelas tecnologias de comunicação eletrônica como veículos de organização de demandas. Emblemáticas, nesses sentidos, a recente coleta de mais de 1,6 milhões de assinaturas por organizações de classes, ONGs e pela *internet*, e os milhões de *e-mails* encaminhados aos parlamentares para a aprovação do chamado “Projeto Ficha Limpa”, lei destinada à imposição de novas condições de inelegibilidades a par das já existentes no âmbito da Constituição, do Código Eleitoral, das Leis 9.096/95 e 9.504/97 e da Lei Complementar 64/90. Quanto à aplicação do direito o próprio desenrolar dos processos, na forma de procedimentos desenvolvidos em respeito ao princípio do contraditório e demais normas constitucionais agasalhadas pelo princípio do devido processo legal ao lado de mecanismos tais como: a legitimação de associações, sindicatos e outras entidades para a representação judicial em ações envolvendo interesses coletivos; a ampla legitimação constitucional para a propositura das ações de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos; a possibilidade de manejo da ação popular; a instituição do *amicus curiae*; a ampliação das possibilidades de atuação do Ministério Público e muitos outros, são exemplos de eficazes meios de participação. Paralelamente àquelas *formas técnicas de controle social* se encontram os debates que as decisões judiciais costumam suscitar quando se dão a respeito de questões às quais por algum motivo, às vezes sensacionalistas, venham elas merecer.

constante vigilância que a opinião pública exerce quanto às expectativas, os efeitos e os sentimentos que as decisões produzem no seio da sociedade.

As percepções críticas acerca das decisões judiciais atuam como um dos aspectos políticos da vida em sociedade. Levam, inevitavelmente, a considerar-se os modos de conexão dos valores jurídicos e política, fazem com que as idéias sobre o processo transitem naturalmente entre o jurídico e o político. Tudo isso, segundo uma dinâmica axiológica própria das sociedades em contínuo desenvolvimento. Quando as decisões causam indignação popular se está diante de inquestionável sinal de falta de legitimidade (DINAMARCO, 2008. p. 349).

Em curta, mas interessante matéria intitulada *Cartografia de critérios dos juízes*⁴, apresentam-se dados colhidos para a composição das estatísticas integrantes do Anuário da Justiça de 2010. Ao responderem a pergunta “um juiz deve levar em conta o impacto de sua decisão em termos sociais, econômicos e de governabilidade?”, 61% dos entrevistados – todos Ministros dos tribunais superiores – responderam positivamente⁵. O responsável pela notícia reforçou o senso comum quando se trata da percepção do que a postura de juízes costuma inspirar na população. Segundo ele, “tão imprevisível quanto acertar um palpite sobre quem sairá vencedor de um clássico de futebol é antecipar o resultado de um julgamento nos tribunais do país. O que se passa na cabeça de um juiz? Essa é uma pergunta que muitos fazem antes das imprevisíveis sessões das Cortes”.

⁴ Publicada no jornal Correio Braziliense de 14 de março de 2010, página 9 do Caderno Política, autoria do jornalista Diego Abreu.

⁵ STF: 6 sim – 1 não – 4 não responderam; STJ: 20 sim – 6 não – 7 não responderam; TST: 18 sim – 7 não – 4 não responderam; TSE: 2 sim – 0 não – 0 não respondeu. Total: 46 sim – 14 não – 15 não responderam. Total (%): 61% sim – 19% não – 20% não responderam.

Exageros a parte, a indignada questão merece ser pensada, sobretudo diante do confronto da realidade com os dados da estatística reveladora de um conteúdo instrumentalista, razoavelmente elevado, nas decisões das mais altas cortes do país.

2. Formalismo ou instrumentalidade sob um distinto ponto de vista

Em síntese, a instrumentalidade do processo corresponde à sua conversão em um instrumento de realização dos escopos sociais (de pacificar as situações conflituosas com justiça e de educar os membros do corpo social) e políticos (de afirmar a autoridade do Estado, de concretizar as garantias e liberdades individuais e de assegurar a participação democrática dos cidadãos), além do objetivo meramente jurídico (de promover a atuação da vontade concreta da lei), que absorve os demais⁶.

Nessa perspectiva abrangente, é absolutamente correto afirmar que aquela dimensão se projeta em todos os tipos de processos, transcendendo inclusive o campo do processo civil para se verificar ao mesmo tempo nos processos penais, trabalhistas, administrativos, etc.

A diversidade das realidades social e econômica brasileiras ainda pode ser vista como um fator de entrave à efetividade do processo, na medida em que a pobreza e a desinformação concorram para a insatisfatória compatibilização dos direitos subjetivos às técnicas processuais adequadas às suas concretizações ou

⁶ BEDAQUE, *op. cit.* p. 68.

restabelecimentos. A idoneidade do sistema processual requer, portanto, que, em nome de valores que se encontram além do rigor formal, sejam reconhecidas e contornadas as inadequações de alguns aspectos do nosso direito, de modo a se garantir que os planos material e processual do ordenamento consigam atuar harmonicamente. Sem querer que o processo se transforme em fonte autônoma de direitos, pode-se, por exemplo, querer que nem sempre seja considerada aplicável a norma segundo à qual a ninguém é dado desconhecer o direito, o que poderia significar nada mais que purismo ou utopia jurídica focada em ideais que não correspondem igualmente aos patamares em que se encontram, hierarquicamente, as diferentes parcelas da população. Se tal premissa pode ser válida em relação às normas substanciais, mais ainda deverá ser face às normas processuais e procedimentais. O que se deve ter em mente é não só o acesso ao Poder Judiciário, mas, sobretudo o acesso à efetiva tutela jurisdicional ou, como preferem outros, à justiça.

Assim, a instrumentalidade como um método de realização ética, pelo sistema processual, dos escopos sociais e políticos, impõe, em certas condições, a desconsideração da ausência de pressupostos processuais e das condições da ação a fim de assegurar o seu exercício até por quem, aparentemente não tenha o direito de agir⁷. A fim de se evitar formalismos excessivos, contrários à instrumentalidade do sistema, há até quem postule a possibilidade de instauração do processo na ausência de seus pressupostos, visto que a falta de um deles apenas deveria impedir o exercício da jurisdição quando a tutela não pudesse ser favorável

⁷ Ao rever criticamente a sua teoria da ação, Liebman *subtraiu* das condições até então consideradas a possibilidade jurídica do pedido, deixando entre elas apenas a legitimidade *ad causam* e o interesse de agir em cujo bojo estaria a impossibilidade jurídica do pedido, identificada com a inutilidade ou o desinteresse de agir.

àquele que o legislador pretendeu proteger pelo requisito ausente (BEDAQUE, 2009. p. 26) e da ação sem suas condições⁸.

Embora extremada essa posição que, a bem da verdade, não goza de plena aceitação doutrinária diante do fato de que tanto as condições da ação quanto os pressupostos processuais são requisitos de admissibilidade do julgamento do mérito⁹, suas considerações são interessantes, pelo menos quando usadas como parâmetros para a avaliação da presença da instrumentalidade no conteúdo de algumas decisões, conforme faremos a seguir.

3. Antecipação da tutela nos juizados especiais

As Leis 9.099/95 e 10.259/01 que dispõem sobre a instituição dos juizados especiais cíveis e criminais das justiças estaduais e federal, não regulamentaram a concessão da tutela antecipada. Contudo, o procedimento sumaríssimo por elas adotado não se mostra inconciliável com o instituto sendo assim, perfeitamente possível a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, inclusive no que concerne à mencionada lacuna. Aliás, especificamente quanto às disposições concernentes aos juizados especiais criminais, a Lei 9.099/95 tem norma expressa (art. 92) com a previsão da aplicação subsidiária em relação aos Códigos Penal e de

⁸ Segundo BEDAQUE, *op. cit.* p. 26, *não deve ser ignorada a possibilidade de, concretamente, a ausência de um desses requisitos não comprometer nenhum dos valores tutelados pela técnica processual. A falta de determinado pressuposto processual, destinado a assegurar plena participação de um dos sujeitos processuais (capacidade de estar em juízo, por exemplo) pode não impedir que ele demonstre ser efetivamente titular do direito substancial controvertido. Nesse caso, como em inúmeros outros, parece-me deva ser ignorado o vício processual, visto que a ausência de prejuízo aos interesses protegidos pela forma torna-o irrelevante.*

⁹ A respeito dos requisitos “condições da ação” assim se posiciona THEODORO JÚNIOR, *op. cit.* p. 52, *As condições da ação são requisitos de ordem processual, intrinsecamente instrumentais e existem, em última análise, para se verificar se a ação deverá ser admitida ou não. Não encerram, em si, fim algum; são requisitos-meios para, admitida a ação, ser julgado o mérito (a lide ou o objeto litigioso, respectivamente, na linguagem de Carnelutti e dos alemães).*

Processo Penal, no que ambos não forem com ela incompatíveis. Por sua vez, a Lei 10.259/01, em seu art. 1º, incorpora, diante das mesmas situações de inexistência de conflito de normas, as disposições de sua congênere estadual.

A norma geral que estabelece a eficácia e as formas de revogação das leis é taxativa quanto às hipóteses em que esta última condição pode ocorrer. Apenas quando a lei posterior expressamente o declarar; quando for incompatível ou quando regular completamente a matéria da lei anterior esta se terá por revogada. No mais, a lei nova que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes não revoga nem modifica a lei anterior. Esta última regra leva logicamente à conclusão de que na inexistência de regulamentação da matéria pela lei especial, devem ser atraídas e aplicadas as regulamentações da lei geral.

Embora na prática forense quase nunca se verifique, a possibilidade de antecipação da tutela no âmbito dos juizados especiais federais não tem sido objeto de maiores controvérsias doutrinárias, já que a competência daqueles é absoluta, não deixando alternativa para o jurisdicionado escolher entre ela e a justiça federal comum. Contudo, o indeferimento da antecipação tem sido a praxe quando o pedido é dirigido aos juizados especiais estaduais. O trecho da decisão interlocutória reproduzido abaixo aponta os fundamentos usuais da denegação:

O rito do juizado, tal qual previsto na Lei 9.099/95, contém o instrumental necessário e suficiente para o equilíbrio entre a celeridade e economia processual de um lado; e a eficiência e segurança do outro. É o que basta para a entrega da tutela de menor complexidade a tempo e a hora. Bem por isso, não admite o compartilhamento com outros institutos do procedimento ordinário, como por exemplo, a antecipação de tutela. O pedido de antecipação de tutela nestes Juizados – que de excepcional torna-se a cada dia mais habitual – tem-se mostrado nocivo, desvirtuador e deformador do rito, pois exige do feito tramitação extra e oferece oportunidade

para a interposição de recursos, reclamações e impetração de mandado de segurança. É, enfim, um fator de demora na entrega da prestação jurisdicional como um todo. Ao Juiz do Juizado cabe zelar para que a prestação jurisdicional seja oferecida conforme os prazos estabelecidos na Lei, atendendo os critérios contidos no seu artigo segundo. Preservando a integridade do procedimento, o Juiz assegura a todos os titulares da demanda de menor complexidade a solução rápida do conflito. Ao abrir exceções, comprometerá todo o sistema...”. (Processo 2009.01.1.141735-9 – Vara: 1405 - 5º Juizado Especial Cível – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios).

Na verdade, o que se colhe da decisão acima, em tudo similar às demais que se proferem em relação aos pedidos do gênero, são muitos e fortes indícios de um mal disfarçado apego ao formalismo e de um descompromisso técnico com a instrumentalidade do processo.

Em primeiro lugar, como na prática a previsão do legislador nunca coincide com a realidade, os juizados especiais se encontram hoje sobrecarregados de processos, afastando-se dos prazos e dos critérios de celeridade que lhes serviram de inspiração. Ao alegar que a antecipação da tutela poderia atrair recursos, reclamações e mandados de segurança o magistrado ocultou-se atrás de um biombo de possibilidades inexistentes ou de descabidas suposições de que suas próprias decisões podem ser conscientemente fundamentadas em motivos injustos, contrários às disposições de Tribunais Superiores, abusivas ou ilegais quanto a direito processual líquido e certo do réu em não ser confrontado com uma tutela antecipada.

Como é sabido, a Lei 9.099/95 não prevê recursos contra decisões interlocutórias tais como as de antecipação da tutela – por esse paralelismo de formas a sua denegação também não pode ser argüida em sede de agravos –,

tampouco por não regulamentar, ou melhor, por não vedar a concessão da antecipação, o diploma não alberga nenhum direito processual passível de ser violado.

Considerando que a antecipação da tutela tem pressupostos bem definidos, cujas demonstrações sempre devem acompanhar o pedido, cabe ao juiz, em cada caso, avaliar os seus fundamentos para, diante da constatação da efetiva necessidade de preservação dos bens da vida discutidos, negar ou conceder a tutela antecipatória conforme se veja ou não convencido de que deve fazê-lo. Isto é o mínimo que se pode esperar de um julgador que assuma, de fato, posturas instrumentalistas.

4. Diferentes exigências em relação a pressupostos processuais

Em decorrência da distribuição aleatória que ocorre comumente nos tribunais em que existam mais de uma vara competente para a apreciação das matérias, dois ou mais feitos com semelhança entre pedidos e identidade entre uma ou ambas as partes podem ser direcionados a juízos distintos. Esta ocorrência banal tem dois aspectos que merecem ser considerados. Primeiramente expõe a possibilidade de divergência judicial acerca de questões quase idênticas que, à luz das normas de procedimento, mereceriam tratamento uniforme. Em segundo lugar, e mais preocupante possibilidade, pode significar a porta para chicanas de partes inescrupulosas que, sabidamente possuidoras de um *mau direito*, apostam na divergência com a intenção de se locupletarem.

Ilustram a primeira possibilidade as execuções por quantia certa, em valores próximos a R\$ 40.000,00, movidas por duas instituições financeiras contra um mesmo devedor. Em ambas as situações, após ter sido citado para efetuar o pagamento em três dias na forma do art. 652 e seguintes do CPC, o executado procurou os bancos para a entabulação de acordos de parcelamento das dívidas que levassem à conseqüente suspensão dos processos. Por mero desconhecimento da necessidade, o fez ao seu próprio modo, sem o auxílio ou orientação de um advogado. Nas duas tentativas o devedor obteve, pela boa vontade dos bancos, acordos escritos com condições bastante favoráveis para a quitação das dívidas, com substancial dilação dos prazos para os respectivos pagamentos.

Quando levados à homologação nos juízos dos respectivos processos executivos os termos pactuados foram assim recebidos:

Título: Despacho. Pauta: Nº 65805-7/10 – Execução por quantia certa – A: Banco Bradesco SA. Adv(s): DF003394 – José Walter de Souza Filho. R: O.O.S. Adv(s): Sem informação de Advogado. Suspenda-se o curso do processo até a data de 19/05/2015, com vistas ao cumprimento do acordo juntado às fls. 22/24. Brasília – DF, quarta-feira, 26/05/2010 às 17h14. (Processo: 2010.01.1.065805-7 – Vara: 214 – Décima Quarta Vara Cível de Brasília – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios).

Decisão Interlocutória: A homologação do acordo noticiado está condicionada à regularização da representação processual da parte requerida, a qual deverá estar representada no ato por advogado regularmente constituído. Brasília – DF, quinta-feira, 27/05/2010 às 19h14. (Processo: 2010.01.1.041234-4 – Vara: 201 – Primeira Vara Cível de Brasília – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios).

Após a regularização determinada houve nova decisão com o seguinte teor:

Decisão Interlocutória: Estando o termo do acordo devidamente subscrito pelas partes e seus procuradores, HOMOLOGO o acordo de fls. 23/24 para que produza os seus devidos efeitos legais. Outrossim, suspendo a execução nos termos do art. 792 do CPC, pelo período indicado às fls. 31. Aguarde-se o cumprimento do acordo no arquivo corrente. Brasília – DF, sexta-feira, 11/06/2010. (Idem).

Independentemente de conjecturas sobre o erro ou acerto do maior zelo de um dos juízes em relação ao pressuposto processual referente à capacidade postulatória da parte, o que fica claro é que para os fins visados, quando o conflito se dissipou transformando o exercício jurisdicional em atividade de verdadeira jurisdição voluntária, nenhum prejuízo poderia ser alegado pelas partes pelo simples fato de uma delas ter se apresentado em juízo com o vício de representação apontado. São do interesse social, portanto integram aquele escopo instrumental do processo, o célere andamento dos feitos e a eficaz administração da justiça por quem compete fazê-lo.

A experiência dos magistrados deve ser um fator de que leve à adoção de práticas que agilizem o andamento dos processos e minimizem os efeitos da morosidade. Ainda que o procedimento a ser seguido seja único e indisponível a condução dos processos pelos juízes, de forma atenta às nulidades, não deve desconsiderar a racionalidade da sua dinâmica.

5. Decisão judicial e inaplicabilidade da lei processual geral

Nas ações que se processam segundo os procedimentos especiais do Livro IV do Código de Processo Civil, tais como as de inventário e partilha, cujo procedimento é o descrito nos arts. 982 a 1.045 do CPC, obviamente não há

impedimento para que o juiz aplique, subsidiariamente, outras disposições deste mesmo diploma, que não se encontram contidas naquele conjunto específico de normas.

A razão que justifica tal possibilidade reside na lógica que informa a gênese da lei processual geral, cuja compreensão sistêmica não permite concebê-la como um organismo portador de corpos estranhos à sua própria idoneidade operacional.

Exceto nas difíceis, porém possíveis, hipóteses de se constatar numa mesma lei processual geral a ocorrência de disposições conflitantes com as de sua parte especial, o recurso ao conjunto completo de suas regras não só pode como deve ser prestigiado, notadamente quando desta utilização puderem decorrer inequívocas vantagens à instrução dos feitos e, em especial para as partes, o atendimento instrumental às noções teleológicas dos escopos do processo, tais como a célere e justa pacificação de seus espíritos quanto às questões que se tornarem litigiosas ao longo do processo.

Ao se admitir tais premissas, ao menos como razoáveis, parece pouco instrumentalista a decisão que em sede de processo com aquelas características nega a realização de audiência solicitada por um dos herdeiros, para esclarecer questões patrimoniais envolvendo a situação dos bens do espólio dividendo, sob a justificativa formalista de que o parágrafo segundo do art. 1.016 do CPC contém expressa disposição no sentido de que *altas indagações* devem ser discutidas segundo o procedimento ordinário cabível, fundamentando o *indeferimento do pedido de realização de audiência pela sua não previsão em lei* (conforme se

encontra em Decisão Interlocutória proferida nos autos do processo 2008.01.1.003038-2, em curso na Vara: 801 – Primeira Vara de Órfãos e Sucessões de Brasília – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios).

A matéria *audiência*, ampliada pelas já mencionadas reformas do CPC, mereceu por parte do legislador – como não poderia deixar de ser no âmbito do devido processo constitucional voltado à realização do princípio da inafastabilidade da jurisdição – vasta regulamentação que em nada faz colidir a realização do ato com as disposições encontráveis nos procedimentos de quaisquer tipos de processos. No que concerne aos poderes instrutórios do juiz, aquele é livre para designar a realização de audiências em qualquer fase do processo, o que, com certeza, não exclui a possibilidade de sua realização em procedimentos especiais.

6. Duplo efeito da apelação contra sentença que antecipa a tutela

Inicialmente ao prever a antecipação da tutela, não foi outra a intenção do legislador, senão o de criar um mecanismo capaz de acelerar a prestação jurisdicional, sempre que os elementos levados aos autos possam firmar no julgador a convicção da presença dos requisitos fáticos que a lei determina como necessários à concessão da medida.

Em posterior confirmação e reforço daquela finalidade, as regulamentações referentes aos recursos foram reformadas para incluir a regra que determina que a apelação seja recebida apenas em seu efeito devolutivo quando se voltar contra sentença que contenha disposição, final ou de confirmação de decisão anterior,

favorável à antecipação da tutela. Embora a literalidade do art. 520, VII do CPC, se refira apenas à última condição, de confirmação da antecipação dos efeitos da tutela, não poderia a sua exegese excluir do alcance da norma também a sentença que, em decisão final, antecipasse os mesmos efeitos.

Contudo, a despeito dos bons propósitos e da taxatividade da lei processual, o que paradoxalmente se verifica com frequência são juízes que, mesmo após convencidos da necessidade de antecipar os efeitos da tutela pretendida pelo autor, não raras vezes recebem a apelação em seu duplo efeito, ainda que não demonstrada pelo réu a imperiosa e cautelar necessidade de assim procederem. Com essa postura, concorrem definitivamente para desconstruir as belas teses pró instrumentalidade do processo.

Em processo no qual o autor requereu a antecipação tutelar, porém fazendo referência também aos pressupostos das cautelares o juiz, sem qualquer esforço de aproveitamento do pedido em razão da fungibilidade entre as medidas¹⁰, assim se manifestou em seu primeiro despacho:

Esclareça o autor se ao declinar a presença do “fumus boni juris” e “periculum in mora”, está a pretender alguma tutela de urgência. Caso positivo que apresente seu pedido em termos, observando a distinção entre a tutela disposta no art. 273 e a tutela em medida cautelar, disposta no art. 796 e seguintes do CPC. Brasília – DF, 04/05/2007 às 18h15 (Processo: 2007.01.1.036972-9 – Vara: 215 – Décima Quinta Vara Cível de Brasília – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios).

¹⁰ Conforme amplamente difundido pela doutrina, e já explorado no presente trabalho, também o Professor BEDAQUE, *op. cit.* p. 159, ao criticar essa postura excessivamente formalista e anti instrumentalista afirma que *tutelas de urgência foram e são denegadas, apenas com fundamento no equívoco quanto à adequação da medida e ao procedimento. Para acabar com a controvérsia inútil, foi necessária previsão expressa sobre a fungibilidade entre as medidas de urgência (CPC, art. 273, § 7º).*

Após a emenda e o acolhimento dos esclarecimentos requeridos, em nova manifestação o magistrado indeferiu o pedido de antecipação da tutela sob a fundamentação de não vislumbrar a demonstração de seus requisitos.

Posteriormente, em sede de surpreendente sentença, a decisão prolatada pelo mesmo julgador foi lavrada nos termos do seguinte extrato:

... Isto posto, julgo procedente o pedido formulado pelo autor e, verificando estarem presentes os requisitos necessários à antecipação dos efeitos da tutela pretendida, ressaltando ainda a urgência da medida pleiteada, defiro ao autor a antecipação da tutela, determinando às rés que procedam, imediatamente, a manutenção do autor no plano de saúde, conforme contrato firmado entre estas e Engevix Engenharia S/A, exceto quanto ao pagamento do plano, que deverá ser, de ora em diante, pago pelo beneficiário ora autor, nos mesmos valores arcados pela empresa contratante, exceto os reajustes legais, observando-se ainda todos os prazos de carência decorrentes da manutenção no plano, sob pena de ser-lhes aplicada multa diária por descumprimento no valor de R\$ 300,00... Brasília – DF, 13 de outubro de 2008 (Idem).

Por fim, quando da interposição da apelação por uma das pessoas jurídicas rés, empresa de notável capacidade econômico-financeira, atuante em todo o território nacional e, portanto, perfeitamente capaz de suportar os efeitos de uma execução parcial da sentença, o juiz que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela se voltou contra eles recebendo o recurso da seguinte maneira:

Recebo a apelação de fls. 242/256 no duplo efeito. Ao apelado para contra-razões. Após, não havendo outros requerimentos, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça com as homenagens deste Juízo. Brasília – DF, quinta-feira, 20/11/2008 às 16h30 (Ibidem).

7. Negação da fungibilidade de demandas

As possibilidades de flexibilização procedimental apontadas no capítulo anterior, em especial aquelas diretamente operadas a partir dos poderes dos juízes, com as finalidades de obtenção da celeridade processual e da prestação de tutelas jurisdicionais efetivas, não costumam ser priorizadas por magistrados que, na maioria das vezes, preferem a opção mais cômoda de renegar a segundo plano a instrumentalidade do processo em favor de simplificações formalistas que facilitem as suas atribuições.

Dentre as genéricas manifestações da fungibilidade encontramos a que se refere às demandas (ver tópico 2.2.1). De acordo com a amplitude do instituto, o juiz pode, conforme sua experiência e visão instrumentalista, perceber a utilidade das formas para dar-lhes acolhimento e, segundo o princípio da adaptabilidade entre procedimentos, converter, se for o caso, uma demanda em outra.

Esta postura é perfeitamente aplicável ao caso em que um mandado de segurança seja impetrado sem as provas pré-constituídas do direito líquido e certo para que aquele seja convertido em processo de conhecimento. A fungibilidade entre as demandas far-se-ia, portanto, mediante a simples adaptação do procedimento especial ao rito comum.

Em caso exemplar da negação ora abordada, muitas são as sentenças de extinção dos feitos sem resolução do mérito, conforme a que tem alguns de seus trechos reproduzidos a seguir:

É bom lembrar que a ação de mandado de segurança serve para proteger direito líquido e certo contra ato ilegal e abuso de poder praticado por autoridade pública, conforme define o inciso LXIX, do artigo 5º, da Constituição Federal... É bom que fique claro que “direito líquido e certo é o que resulta de fato certo, e fato certo é aquele capaz de ser comprovado, de plano (RSTJ 4/1.427, 27/140, 147/386), por documento inequívoco (RTJ 83/130, 83/855, RSTJ 27/169) e independentemente de exame técnico (RTFR 160/329). É necessário que o pedido seja apoiado ‘em fatos incontroversos, e não em fatos complexos, que reclamam produção e cotejo de provas’ (RTJ 124/948; no mesmo sentido: RSTJ 154/150; STJ-RT 676/187)”. Ausentes os pressupostos específicos do mandado de segurança, quais sejam, ilegalidade ou abuso de poder, lesão ou ameaça de lesão e direito líquido e certo, deve o mandado de segurança ser extinto sem análise meritória. Assim, diante dos argumentos expostos, julgo extinto o feito, sem resolução de mérito, com fundamento no artigo 267, inciso IV do Código de Processo Civil. Condeno o impetrante no pagamento das custas processuais (Processo: 2008.01.1.043155-8 – Vara: 111 – Primeira Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios).

Após o longo trâmite da apelação, o Tribunal, por unanimidade, cassou a sentença, demonstrando não só haver equívocos quanto à avaliação nela contida a respeito do conjunto das provas pré-constituídas, mas, sobretudo, quanto à desnecessária extinção do feito, sob a alegação de que a matéria *aparentemente complexa* demandaria dilação probatória, o que acarretou inegáveis prejuízos para todos os envolvidos, inclusive para a já assoberbada máquina do Poder Judiciário. A seguir a ementa do acórdão:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTOMÓVEL. COMUNICAÇÃO AO ÓRGÃO DE TRÂNSITO. TRADIÇÃO. ALTERAÇÃO DO REGISTRO. INOCORRÊNCIA. FATOS COMPROVADOS. IPVA. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. IMPUTAÇÃO AO ALIENANTE. MATÉRIA CONTROVERTIDA EXCLUSIVAMENTE DE DIREITO. ADEQUAÇÃO DO MANDAMUS PARA A PRETENDIDA TUTELA DO DIREITO INVOCADO. SENTENÇA CASSADA.

1. Exibidos os instrumentos que atestam a consumação da alienação do veículo, o aperfeiçoamento da tradição e a comunicação do negócio ao órgão de trânsito evidenciando que os fatos passíveis de comprovação estão emoldurados em elementos

impassíveis de controvérsia, a aferição da conformação da responsabilização do alienante como sujeito passivo do tributo cujo fato gerador é a propriedade do automotor decorrente do fato de que continua registrado em seu nome como legalmente emoldurado qualifica-se como questão exclusivamente de direito, pois dependente exclusivamente do enquadramento do apurado ao tratamento que legalmente lhe é dispensado.

2. Dependendo a aferição da compatibilidade da qualificação do alienante como sujeito passivo da obrigação tributária tão-só e exclusivamente do enquadramento do ocorrido aos dispositivos que regulam a apuração e imputação tributária, não comportando nem dependendo da produção de nenhuma prova, notadamente porque, de conformidade com comezinhos princípios de hermenêutica, a emolduração do fato e a exegese do preceito que lhe confere tratamento normativo dependem exclusivamente de trabalho interpretativo, o mandado de segurança se qualifica como instrumento adequado para o desate da controvérsia e tutela do direito invocado.

3. Recurso conhecido e provido. Sentença cassada. Unânime. (20080110431558APC, Relator TEÓFILO CAETANO, 6ª Turma Cível, julgado em 29/10/2008, DJ 05/11/2008 p. 132).

8. A reduzida cognição na execução como fator de formalismo

Embora a menor carga cognitiva exigível aos juízes nos processos de execução – principalmente quando se trate de títulos executivos extrajudiciais – seja uma marca distintiva do desenvolvimento daqueles feitos, cuja justificativa genérica reside no fato de que tal diminuição é favorável à celeridade processual, a exacerbação daquela sumarização, com a elevação do título executivo à condição de principal ou única prova merecedora de apreciação pelo magistrado, pode representar fator de fortalecimento do formalismo em detrimento dos principais objetivos do processo.

Em processo de execução em que a pretensão do autor seja a indenização dos prejuízos causados pelo inadimplemento contratual do executado, o contrato – para ter eficácia executiva – necessita revestir-se das formas exigidas pela lei, isto é,

satisfazer aos requisitos de formação para que goze da condição de ser apreciado em juízo. Esta é a forma legal encontrada no art. 585, II do CPC, combinado com a parte final do segundo parágrafo do mesmo dispositivo.

Contudo, pode ocorrer na prática que a falta de um requisito do título não impossibilite o reconhecimento, ainda que a cognição judicial seja superficial, da sua eficácia executiva diante das conjunturas concretas subjacentes. O contrato no qual esteja ausente condição não essencial para invalidar o direito substancial a ser tutelado, nomeadamente quando exista nos próprios autos outros elementos comprobatórios do direito do exeqüente, pode ser um bom exemplo desta situação.

Tal foi o que se verificou em processo de execução pela inadimplência contratual referente à locação de imóvel, na qual a imobiliária não repassava ao proprietário as parcelas recebidas dos locatários. No instrumento contratual a empresa ré fez figurar como sua testemunha um de seus sócios, irmão do sócio gerente, que, talvez por premeditada má-fé, não apôs assinatura no campo reservado para aquele fim. Embora tais fatos tivessem sido exaustivamente narrados na inicial – que também se fez acompanhar das provas documentais necessárias à demonstração da lesão aos direitos do autor – assim decidiu, com certa redundância, o magistrado a quem foi distribuído o feito:

O contrato de administração de imóvel (fls. 13/15), pelo fato de estar subscrito por apenas uma testemunha, não constitui título executivo judicial (*sic*), na forma do art. 585, inciso II, do CPC. Assim, emende-se a inicial para o fim de adequá-la a ação adequada (*sic*). Prazo de 10 (dez) dias, sob pena de indeferimento. Brasília – DF, sexta-feira, 20 de fevereiro de 2009 às 17h56 (Processo 2009.01.1.016450-4 – Décima primeira Vara Cível de Brasília – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios).

Nas circunstâncias do caso, o *defeito* do título não deveria, absolutamente, ter fulminado a pretensão fundada no direito que lhe deu ensejo. Não é propriamente o título executivo que deve apresentar os pressupostos de liquidez, certeza e exigibilidade, mas sim a obrigação que lhe dá origem. Além do mais, que grande prejuízo processual poderia alegar o devedor que, em sua defesa, ao invés de alegar quaisquer das matérias admissíveis em embargos à execução, só argüísse aquele vício formal ao qual ele mesmo deu causa?

Os princípios da economia e da celeridade processuais – de nítido caráter instrumentalista – poderiam ter sido levados em consideração, evitando-se que o autor tivesse que, novamente, movimentar o aparato da jurisdição. Em situações como essa a *instrumentalidade das formas* deveria ter sido transposta para aquela espécie de título executivo extrajudicial, como foi e tem sido, em ilustrativa desconsideração, pelo STJ, a falta de assinatura de duas testemunhas como requisito indispensável à configuração da executividade dos contratos de honorários firmados por advogado¹¹.

9. Algumas decisões questionáveis sob os escopos social e político

Mesmo quando fundamentadas em razões que busquem demonstrar conformidade aos valores teleologicamente eleitos pelos escopos metajurídicos do sistema processual, algumas decisões judiciais de maior impacto nem sempre se vêm imunes a legítimos questionamentos acerca do acerto e da adequação social e política de seus conteúdos.

¹¹ Conforme REsp 400.687/AC e outras decisões no mesmo sentido.

O que torna possível considerarem-se legítimas as arguições críticas opostas às manifestações provenientes de órgãos judiciários competentes, tanto pode ser a legitimação técnica ou doutrinária de que desfrutam as fontes das quais procedam, quanto simplesmente, conforme afirma Dinamarco¹², o alto grau de indignação popular que uma determinada decisão consiga provocar.

Em ambos os casos, estas condições, que, no imaginário popular, põem em cheque a isenção do Poder Judiciário e a independência do seu funcionamento, acabam por atingir, indiretamente, o sentido instrumental do sistema processual na medida em que identificam situações que juristas e a sociedade, como um todo, caracterizam como de *injustiça*. As dúvidas suscitadas quanto à lisura no desenvolvimento de um processo e quanto às reais motivações dos que os julgam, se apresentam em relação às decisões prolatadas nos mais diversos tipos de processos dos distintos ramos do direito – penal, civil, trabalhista, eleitoral, administrativo e militar. A seguir trataremos de uns poucos casos, cujas decisões abrem espaços para falas passíveis de serem categorizadas como indagações legítimas:

9.1. A avocação de *habeas corpus* pelo STF

No início do mês de junho de 2008, um Juiz Federal de São Paulo deferiu o pedido de várias prisões cautelares formulados pelo Ministério Público com base em indiciamentos feitos pela Polícia Federal no inquérito instaurado no âmbito da operação conhecida por *Satiagraha*.

¹² Vide tópico 1 deste capítulo.

Os muitos mandados de prisão preventiva atingiram um banqueiro e um empresário, acusados, com outras pessoas, de participação em esquemas de lavagem de dinheiro, formação de quadrilha, corrupção e outros crimes. Os pedidos de *habeas corpus* impetrados pelos pacientes foram denegados pelo Tribunal Regional Federal de São Paulo. Por não ser de única instância, mas sim de última, a denegação não proveniente de tribunal superior afastava temporariamente a competência do STF. Novos pedidos de soltura dos réus poderiam ser formulados ao Superior Tribunal de Justiça, mediante a provocação da competência recursal daquela Corte superior, em sede de recurso ordinário, conforme estatui a norma constitucional do art. 105, II.

Contudo, sem que houvesse o esgotamento das vias recursais constitucionais, o que fatalmente levaria a questão ao Supremo para que, em caso de nova denegação, a decidisse também através do recurso ordinário, o Presidente do STF antecipou a concessão dos *habeas corpus*. As decisões foram posteriormente ratificadas pelo Plenário, porém sem que se evitasse um constrangedor embate público entre os Ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes, no qual o primeiro acusou o Presidente do órgão de cúpula do Poder Judiciário de “estar envergonhando o país e acabando com a justiça do Brasil”.

O desfecho do caso deu notável visibilidade ao processo. Sua ampla exposição midiática provocou em grande parte da população a sensação de abuso de poder da mais alta autoridade judiciária brasileira. Os debates que

se seguiram ao episódio instauraram profunda crise de credibilidade no Poder Judiciário, polarizando diversos setores da sociedade e colocando contra a polêmica atuação do Supremo Tribunal Federal juízes, desembargadores, membros do Ministério Público e juristas de diferentes extrações.

9.2. Crítica judiciária à visão instrumentalista do Poder Judiciário

Em 23.12.2009, após proferir liminarmente decisão favorável em *habeas corpus* a um paciente – renomado médico geneticista paulista que se encontrava preventivamente preso em razão de 56 queixas crimes contendo acusações relativas ao cometimento de repetidos crimes e de outros atos de conotação sexual contra clientes e funcionária de sua clínica de reprodução assistida (estupros, que, segundo a denúncia do Ministério Público, em alguns casos foram cometidos com o emprego de violência física) – o presidente do STF, em sucinta manifestação dirigida às maiores redes de telecomunicações e jornais do país¹³, afirmou textualmente que, em casos semelhantes, *juízes estão se valendo de suas simples convicções pessoais para manter o réu preso*.

Sem entrar no mérito da decisão, que para alguns poderia ser interpretada pelo viés equivocado do favorecimento pessoal ao paciente, sabidamente detentor de elevadas condições econômicas e destacadas posições profissional e social, aquela afirmação não deixa de ser um bom exemplo do tema que aqui se discute. Embora a questão diga respeito a um processo penal cabe refletir sobre a curiosa

¹³ Em O GLOBO – Primeiro caderno, p. 8 e Folha de São Paulo – Caderno C, p. C-3, ambas as edições da data citada.

relativização, quando não sobre a desqualificação a que está sujeito o poder dos juízes de aplicar a norma processual de forma a atender escopos metajurídicos do processo.

As expressões grifadas acima não corresponderam isoladamente ao cerne da linha condutora da obrigatória fundamentação da decisão em análise. Paralelamente ao entendimento manifestado à mídia restaram claramente registrados nos autos, entre outros, os seguintes termos: *...o juiz de primeira instância não indicou elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade da prisão cautelar... Entretanto, e como tenho observado em relação a diversos decretos de prisão preventiva, constato, mais uma vez, o uso de argumentos puramente especulativos, expondo simples convicção íntima do magistrado....*

Não deixa de ser significativo o fato de o mais alto magistrado brasileiro considerar que convicções íntimas de juízes – sejam elas qualificadas como simples ou complexas – não deveriam ser subsídios suficientes para embasar suas decisões ou que, por outro lado, sejam elementos justificadores das suas posteriores desconstituições.

Ainda sem considerar o acerto ou a adequação da ordem de relaxamento da prisão cautelar, chama atenção a sensação de instabilidade que pode provocar, para os magistrados e para o meio social, a utilização para a fundamentação das decisões judiciais, de circunstâncias não previstas estritamente nos procedimentos. Fundamentações essas capazes, ao mesmo tempo, de receber tanto o aplauso e o reconhecimento popular quanto de mostrarem-se suscetíveis de baixo prestígio

entre os próprios operadores do direito. Ao que parece, o dilema repousa sobre a carência dos elementos estabilidade e previsibilidade que o procedimento formal visa, com todas as suas naturais limitações práticas, trazer aos jurisdicionados, quer sejam eles individualmente considerados, quer em relação ao conjunto da sociedade.

9.3. Ineficiência e corrupção: relação jurídica ou relacionismo jurídico

Aos olhos, corações e mentes de vastos setores da sociedade, formadores ou não de opinião, o Poder Judiciário nacional padece de gravíssimos problemas de eficiência e corrupção.

Quanto à primeira das dificuldades, há fundadas razões para a generalizada percepção de que se trata de uma das principais mazelas da máquina administrativa do Estado brasileiro.

Felizmente e a bem da verdade, embora a última distorção não seja o problema preponderante do nosso judiciário, ela também está presente e se manifesta através de vários mecanismos de tráfico de influência. A corrupção se materializa desde a parcial docilidade dispensada aos membros de determinados segmentos, indevidamente intermediada por eficazes operadores do direito estrategicamente localizados nos próprios tribunais, no Ministério Público e em grandes bancas de advocacia, tornando diferenciados os tratamentos que o sistema reserva às partes em função do prestígio social, político e econômico de que desfrutam até a compra e venda de sentenças.

Inúmeros são os casos que ilustram a nociva combinação dos dois fatores que emperram e desacreditam a administração da justiça no Brasil. Entre eles podemos abordar o do sofrido processo de repatriação da criança Sean Goldman ao seu pai, o norte-americano David Goldman.

Em 2004, após chegar ao Brasil na companhia do filho para uma curta temporada de quinze dias férias, a mãe decidiu não mais retornar para os Estados Unidos onde residia com o pai que tinha autorizado a viagem da criança. Ao término do prazo da autorização, sem que houvesse o retorno dos viajantes, configurou-se o seqüestro civil do menor. Em razão da competência que a legislação internacional – da qual o Brasil é signatário – estabelece para a decisão de casos semelhantes, antes de proceder daquela maneira a mãe, que pretendia se separar do marido e manter a guarda do filho, deveria resolver toda a situação matrimonial e familiar no foro em que o casal mantinha residência, na cidade de Nova Jersey.

Após a imediata e devida interferência do representante judicial do pai, advogado aqui contratado, caberia ao Brasil, pelas vias judiciais competentes, observar o que determina sobre a matéria a Convenção de Haia de 1980, cuja incorporação ao nosso ordenamento jurídico se deu conforme o determinado pelo decreto 3.413/2000 e, *incontinenti*, adotar as providências necessárias para o rápido retorno do garoto aos Estados Unidos.

Não foi isso, porém, o que sucedeu. Nos quase cinco anos em que tramitou, por conta de incontáveis filigranas processuais, o caso passou por todas as

instâncias do Poder Judiciário brasileiro, sendo que o mérito da causa, sobre o qual havia pouca dúvida, em raras oportunidades foi apreciado.

Enquanto a decisão da causa era convenientemente postergada pela ineficiência judicial brasileira e pela diligente atuação dos advogados pessoalmente interessados, a mãe da criança casou-se com um deles, também filho de renomado advogado carioca, ambos prestigiados militantes na área de direito de família no estado do Rio de Janeiro.

Por uma infeliz coincidência, ao tempo em que o processo ainda tramitava pelos tribunais brasileiros, a mãe de Sean veio a falecer no ano de 2008 em decorrência de complicações no parto de sua segunda filha. A situação ganhava então novos contornos, uma vez que com o superveniente impedimento definitivo de um dos pais – tal como o ocasionado *causa mortis* – cabe exclusivamente ao sobrevivente, segundo a dicção do art. 1.631 do Código Civil brasileiro, exercer o poder familiar. Agora também a Lei brasileira favorecia a pretensão do pai, pois, se antes da morte da mãe havia argumentos a respeito de quem deveria ter a guarda do garoto Sean, eles deixaram imediatamente de existir.

Contudo, em vez de restituir a guarda ao pai, a Justiça fluminense a concedeu ao padrasto, fundamentando-se a decisão na existência de *paternidade socioafetiva*. Por ser visivelmente contrária à lei, pela rapidez com que foi operada e por outros indícios, a manobra suscitou fortes especulações a respeito da influência direta da família dos advogados cariocas na decisão.

Embora, em todos os campos do direito possam existir exceções ao que preconiza a lei, a manutenção da criança no Brasil não chegou a ser abonada em razão de maus-tratos, abusos, abandono ou violência eventualmente cometidos pelo pai. Enquanto se disputava a guarda da criança, ela própria assim como a mãe nunca articularam tais argumentos, o que permite admitir-se a sua inexistência. Outra exceção possível, esta sim mencionada pelos interessados na manutenção da criança no Brasil e prevista na Convenção de Haia, era o fato de que Sean já estava no país havia mais de um ano e estava integrado a seu novo ambiente. É verdade, mas o prazo só transcorreu – consumando em direito o que antes era só uma violenta ilegalidade – porque a justiça brasileira deixou de cumprir sua obrigação legal de repatriar o menino rapidamente.

9.4. Instrumentalidade e decisões em controle de constitucionalidade

Em 15.10.2008, a Lei 9.494/97 foi declarada constitucional no julgamento da ADC número 4. A lei regulamenta a impossibilidade de antecipação de tutela em favor de servidores públicos para a obtenção de pagamento de verbas remuneratórias.

Na opinião do Professor Cássio Scarpinella Bueno esta decisão viola o art. 5º, XXXV da Constituição Federal¹⁴. A crítica – legítima e amplamente compartilhada – nada tem a ver com casos concretos, nos quais o exercício da jurisdição deve se fazer, sempre, mediante a ponderada apreciação do mérito segundo critérios de razoabilidade e proporcionalidade, que levem em conta, entre outros fatores, a

¹⁴ Conforme revelado em aula do dia 18.4.2009, na presente pós-graduação.

necessária preponderância dos interesses públicos sobre os particulares. A inconstitucionalidade está exatamente no fato de, ao se tentar aumentar os privilégios da fazenda pública, cercear-se genericamente o livre exercício de um poder do estado, afastando-se possibilidades processuais que tem seus pressupostos bem estabelecidos e que dizem respeito às garantias constitucionais das liberdades individuais pertinentes ao devido processo legal.

No afã de preservação da intangibilidade da coisa pública, aniquilou-se um importante aspecto para a instrumentalidade do sistema processual em sua dimensão mais imediata e positiva, o da celeridade na entrega da efetiva prestação jurisdicional.

Também em sede de controle de constitucionalidade das leis, o STF tem sido provocado pelos legitimados a cooperar com a sociedade no sentido de remoção, do ordenamento jurídico, das normas do chamado *entulho autoritário* do último período de exceção ditatorial.

Isto porque muitas aquelas não mais se ajustam aos valores socialmente aceitos como democráticos que – como realidades jurídicas protegidas e juridicamente tuteláveis – devem ser institucionalmente resguardados de modo coerente com a abrangência dos escopos sociais e políticos do processo.

Em um dos casos exemplares daquela cooperação, no julgamento da ADPF número 130, por maioria o Supremo Tribunal Federal declarou que a antiga Lei de Imprensa (5.250/67) é incompatível com a atual ordem constitucional, não podendo

mais permanecer no ordenamento jurídico brasileiro. Prevaleceu a tese segundo à qual, em nome da liberdade de expressão e do direito à informação, a Constituição de 1988 não reservou lugar para o sacrifício daquelas liberdades no plano das instituições que regem a vida das sociedades democráticas¹⁵.

Em termos do que aqui discutimos, há que se registrar o inafastável sentido instrumentalista da decisão. Com ela, ao suprimir a norma inconstitucional, o STF não só demonstrou sensibilidade democrática, como também favoreceu o escopo político do processo ao adequar o ordenamento aos parâmetros axiológicos que devem ser refletidos nas leis. Doravante, enquanto não sobrevir norma específica a respeito da matéria, os dispositivos dos Códigos Penal e Civil passarão a ser aplicados para o julgamento dos processos contra jornalistas e empresas de comunicação, na forma da hodierna visão constitucional do processo que se espera dos magistrados.

Já quando da apreciação da ADPF número 153, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil contra a validade do art. 1º da Lei da Anistia (6.683/79), que considera como conexos e igualmente perdoados os crimes de qualquer natureza relacionados aos crimes políticos ou praticados por motivação política no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, o veredicto do STF não apresentou orientação semelhante.

¹⁵ *A Lei de Imprensa, editada em período de exceção institucional, é totalmente incompatível com os valores e princípios abrigados na Constituição Federal de 1988.* Este o argumento do Ministro Ricardo Lewnadowski para acompanhar o voto do relator, Ministro Carlos Ayres Britto, no sentido da revogação integral da Lei 5.250/67.

Em sua ação, a OAB pedia ao STF uma interpretação mais clara do mencionado dispositivo legal de forma que a anistia concedida aos autores de crimes políticos e seus conexos de qualquer natureza não se estendesse aos crimes comuns praticados por agentes públicos acusados pelos crimes de tortura, homicídio, ocultação de cadáver, seqüestro, abuso de autoridade, lesões corporais, estupro, atentado violento ao pudor e outros contra opositores.

A norma questionada seria inconstitucional, pois os agentes da repressão não teriam cometido crimes políticos e sim comuns, posto que somente poderiam ser considerados políticos os crimes contrários à segurança nacional e à ordem política e social, cometidos pelos opositores do regime ditatorial. Assim, seria irregular a extensão da anistia de natureza política aos agentes policiais e militares do Estado.

Aos atos de repressão aos criminosos políticos deveriam ser aplicadas as leis aplicáveis aos julgamentos dos crimes comuns, sem considerações de conexão daqueles com crimes políticos, visto que não teria existido comunhão de propósitos entre os objetivos dos agentes criminosos pró e contra o regime de exceção democrática.

Em seu voto, o Ministro relator afirmou que a norma argüida era anterior ao dispositivo constitucional que tornou a tortura crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia e que tal norma não poderia retroagir para mudar o caráter da lei objeto da ADPF. Ainda segundo o Ministro Eros Grau, a Lei foi devidamente recepcionada pela Constituição de 1988, uma vez que a própria anistia se

encontrava integrada à ordem constitucional instaurada pela Emenda Constitucional 26/85 que convocou a Assembléia Nacional Constituinte.

Em decisão aparentemente casuística e deslocada do cerne da questão proposta, o relator afirmou que *os juízes não podem substituir os legisladores* e que caberia, portanto, apenas ao Poder Legislativo e não ao Judiciário rever o acordo político que redundou na transição do regime militar para o democrático, com a extensão da anistia a todos os que cometeram crimes políticos no período compreendido entre os marcos temporais indicados na norma questionada¹⁶.

No dia seguinte ao julgamento, 30 de abril de 2010, em inconformadas reações a OAB manifestou-se em duras palavras. Primeiramente, fazendo referência às declarações do Presidente da seccional do Rio de Janeiro, publicou no informativo eletrônico da Ordem, sob o título "STF não fez justiça ao anistiar os torturadores", o seguinte texto:

Rio de Janeiro, 30/04/2010 - O presidente da Seccional da OAB do Rio de Janeiro (OAB-RJ), Wadih Damous, criticou hoje (30) duramente o resultado do julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF) da ação proposta pela entidade da advocacia, que pretendia excluir da Lei da Anistia os crimes praticados por torturadores durante o regime militar. "O Brasil, com a decisão do STF, entra para a triste relação dos países onde torturadores são anistiados e perdoados", afirmou Damous, referindo-se aos votos de sete ministros favoráveis (e apenas dois contrários) à concessão da anistia aos torturadores, rejeitando assim proposta da OAB Nacional.

"O sentimento que se consolidou após o julgamento do Supremo é que a justiça não foi feita", concluiu o presidente da OAB-RJ, que lançou recentemente a Campanha pela Memória e pela Verdade

¹⁶ Assim foi redigida a parte final do referido voto: *É necessário dizer, por fim, vigorosa e reiteradamente, que a decisão pela improcedência da presente ação não exclui o repúdio a todas as modalidades de tortura, de ontem e de hoje, civis e militares, policiais ou delinquentes. Há coisas que não podem ser esquecidas... É necessário não esquecermos, para que nunca mais as coisas voltem a ser como foram no passado. Julgo improcedente a ação.*

cobrando a abertura dos arquivos do período da ditadura. A campanha é protagonizada pelos atores Fernanda Montenegro, Glória Pires, Eliane Jardine, José Mayer, Mauro Mendonça e Osmar Prado.

Em sentido similar publicou-se, no mesmo veículo, o posicionamento dos representantes da Anistia Internacional no Brasil, com o teor abaixo reproduzido, para quem “a decisão de benefício aos torturadores é afronta às vítimas”:

São Paulo, 30/04/2010 - O grupo de defesa dos direitos humanos Anistia Internacional condenou hoje (30) a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que manteve a Lei da Anistia, que perdoa crimes cometidos tanto por agentes do Estado durante o regime militar assim como por opositores do regime punidos pela legislação da época. "A decisão coloca um selo judicial de aprovação aos perdões estendidos àqueles no governo militar que cometeram crimes contra a humanidade", afirmou o pesquisador da Anistia Internacional para o Brasil, Tim Cahill, em comunicado. "Isto é uma afronta à memória dos milhares que foram mortos, torturados e estuprados pelo Estado que deveria protegê-los. Às vítimas e a seus familiares foi novamente negado o acesso à verdade, à justiça e à reparação."

O Supremo decidiu, por 7 votos a 2, rejeitar uma ação impetrada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil que pedia uma revisão da lei de 1979. A OAB defendia que a Lei da Anistia não beneficiasse autores de crimes como homicídio, abuso de autoridade, lesões corporais, desaparecimento forçado, estupro e atentado violento ao pudor cometidos contra opositores à ditadura militar, vigente no Brasil entre 1964 e 1985. (Reuters).

Tão profundas divergências entre tão respeitáveis e esclarecidos personagens podem significar algo mais que mera má intenção ou dificuldades de interlocução.

Em 6 de agosto de 2008, o julgamento de outra ADPF, a de número 144, gerou intenso debate da opinião pública, bem como a perplexidade da magistratura nacional. A ação ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB questionava a validade constitucional das interpretações emanadas do Tribunal

Superior Eleitoral – TSE quanto à inelegibilidade fundada na vida pregressa dos candidatos, bem como sustentava, por incompatibilidade com o art. 14, § 9º da CF a não-recepção dos preceitos normativos da LC 64/90 referentes à exigência do trânsito em julgado para efeito de reconhecimento de inelegibilidade e de acolhimento de ressalva descaracterizadora de hipótese de inelegibilidade.

Por entender que condenações implicavam falta de moralidade para o exercício de mandato e de probidade pessoal necessária à constatação da retidão da vida pregressa dos candidatos, a Justiça Eleitoral de diversos estados vinha indeferindo registros de candidaturas aos postulantes condenados em processos criminais e administrativos, independentemente do trânsito em julgado das decisões. Não endossando tal entendimento, o TSE sistematicamente cassava as decisões denegatórias, o que levou a AMB a propor a mencionada argüição.

O STF, por maioria, rejeitou a pretensão deduzida pela argüente, sob os fundamentos de que o Poder Judiciário não pode, sem ofensa ao princípio da divisão funcional do poder, substituir-se ao legislador para, na ausência da lei complementar exigida pela Constituição, definir, por critérios próprios, outras hipóteses em que a vida pregressa do candidato implicaria sua inelegibilidade e de que as cláusulas instituídas pela própria Constituição consagram, em favor da pessoa, o direito fundamental à presunção de inocência e lhe asseguram, nas hipóteses de imposição de medidas restritivas de quaisquer direitos, a garantia essencial do devido processo legal. O acolhimento do pedido vulneraria, portanto, dois importantes princípios constitucionais, o da presunção de inocência e o do devido processo legal.

Em que pese fundada naqueles sólidos princípios, a decisão em questão desconsiderou outros igualmente relevantes e recorreu a contestados postulados positivistas, segundo os quais aos juízes cabe tão-somente aplicar a lei, afastando-se de considerações acerca das subjetividades envolvidas e de interpretações das condições concretas dos casos.

Agora que a LC 135/10 (Lei da Ficha Limpa) se encontra em vigor¹⁷, o TSE, em entendimento similar ao da AMB, definiu que a sua aplicação é possível nas eleições que ocorrerão em intervalo inferior a um ano de sua publicação. Com isso, proíbe-se que políticos condenados pela Justiça em decisões colegiadas não transitadas em julgado sejam candidatos.

A sociedade brasileira assiste com certa apreensão as manobras, país afora, de candidatos que embora incursos nas condições da nova lei e no entendimento da Justiça especializada, preparam-se para ir ao STF tentar obter o mesmo beneplácito anterior. A menos que aquela Corte reveja a sua jurisprudência e acate o entendimento favorável à relativização dos princípios constitucionais que fundamentaram a decisão da ADPF 144, ainda deveremos conviver com candidatos que, mesmo sem os requisitos morais desejáveis, não poderão ser alijados dos próximos pleitos enquanto não condenados em última e irrecorrível decisão.

Corre-se o risco de que os valores éticos e políticos que levaram a sociedade a se mobilizar para a apresentação do projeto de iniciativa popular que redundou na

¹⁷ A LC 135/2010 foi sancionada em 4 de junho de 2010. A decisão do TSE foi provocada por consulta de Partidos Políticos e de candidatos interessados em saber se ela se aplicaria às eleições do mesmo ano em virtude da norma também constitucional (art. 16) segundo à qual *a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até 1 (um) ano da data de sua vigência.*

referida Lei Complementar sejam subjugados pela lentidão anti instrumentalista do sistema processual.

Considerações finais

Ao longo deste trabalho procuramos, a partir da perspectiva funcional do sistema processual na qual se destaca a atuação dos aplicadores da lei, responder às questões levantadas em sua hipótese quanto à possibilidade da instrumentalidade – no sentido amplo que transcende o aspecto positivo de efetiva concretização dos direitos materiais – ser dependente de posturas vanguardistas dos magistrados e demais órgãos jurisdicionais ou consistir em natural consequência lógica dos objetivos vislumbrados pelos agentes criadores do direito, que fazem as leis incorporar os valores presentes na sociedade.

Ou de outra maneira: na hipótese deste trabalho, o dilema entre neutralidade valorativa e dirigismo axiológico do juiz, nada tem a ver com o resgate de idéias jusnaturalistas, antagônicas ao positivismo jurídico, segundo as quais a neutralidade se funda nas concepções das leis naturais decorrentes de relações entre a natureza das coisas. O que pretendíamos exatamente era tentar buscar uma resposta àquela questão à luz das possibilidades das leis produzidas na contemporaneidade, por homens em consonância com os valores políticos e sociais presentes em seus agrupamentos – portanto sem qualquer neutralidade – quanto às suas aptidões para regular suficientemente a atividade dos julgadores.

Ao fazermos nossas considerações partimos de uma concepção sociológica de procedimento, ampliada e ao mesmo tempo simplificadora, que não descarta o seu significado jurídico, mas também leva em consideração a percepção daquele campo de que se trata de um conjunto abrangente no qual se encontram leis e procedimentos em sentido estrito, definindo poderes, faculdades e deveres dos

sujeitos processuais, bem como coordenando suas atividades e outros aspectos de organização do processo judicial, conforme necessário à obtenção dos resultados práticos desejáveis a partir da atuação do sistema jurídico-processual como um todo. Ao fazermos a utilização de tal noção de procedimento não pretendemos, absolutamente, retroagir ao tempo em que se compreendia processo como *mero procedimento* – visão corretamente abandonada e criticada sob os mais diversos ângulos – mas sim facilitar o emprego e a compreensão da expressão, e ao mesmo tempo, através da ampliação do conceito, reconhecer que a ciência processual contemporânea abriga um objeto mais vasto e se apresenta como uma verdadeira manifestação da dinâmica dos direitos.

Nesse sentido, a concepção sociológica do procedimento também é útil à legitimação do sistema processual, que não se resume à legalidade, mas é igualmente decorrente da inserção dos valores sociais e políticos no espectro jurídico do processo. Valores estes que estão ou devem estar representados nas leis e, principalmente, na Constituição, ou serem *descobertos*, ou melhor, *revelados* pela atividade hermenêutica dos juízes.

Por outro lado, o formalismo processual visto sem os preconceitos usuais que freqüentemente o fazem ser acompanhado pelo adjetivo *excessivo* (*formalismo excessivo*), também deve ser considerado como um aspecto importante de estabilização do sistema, essencial ao ordenamento do exercício do poder estatal de jurisdição. A seu favor devem ser reconhecidos os valores que desempenha na contenção do arbítrio e na prestação de segurança às partes, tornado possível, desde que em equilíbrio com a liberdade não absoluta das formas, um sistema de

legalidade no qual a soberania dos juízes é limitada. Sistema esse estruturado no princípio da instrumentalidade das formas e de relativização das nulidades.

A questão que, resumidamente, contrapõe a necessidade de observância do rigor formal à liberdade criativa dos intérpretes dos procedimentos – no sentido anteriormente mencionado – não é nova e nem se encontra pacificada. Como tentamos demonstrar no primeiro capítulo, o desenvolvimento do direito processual até os dias atuais, se deu através de inúmeras e sucessivas recaídas formalistas e debates a respeito da maior liberdade judicial, acerca dos problemas e vantagens de cada um daqueles extremos.

É através dos discursos legítimos, proferidos por instituições legítimas em torno de saberes legítimos que os modos de exercício do poder continuamente se reprocessam para se afirmar com novas feições. Notadamente quanto ao exercício do poder estatal de jurisdição através do devido processo, estas mudanças passaram a se verificar com maior intensidade a partir do século XIX, fazendo com que chegássemos, nos últimos anos do século passado, ao momento de afirmação do pós-positivismo no qual o processo passou a ser concebido como um instrumento necessário, não só à efetiva concretização ou restabelecimento de direitos subjetivos tuteláveis, mas também como um meio de atingir mais elevados objetivos, de realização da justiça. Por se tratar de exercício de um poder estatal, portanto regrado, aqueles escopos não podem ser atingidos à custa do sacrifício do necessário equilíbrio entre os demais poderes do estado. Menos ainda, podem ser consignados sem esforços epistemológicos e deontológicos voltados ao

estabelecimento de padrões de justiça, sem os quais aquela noção fica ao sabor da infinita multiplicidade de subjetividades.

Para os que criticam – com boa dose de razão – o *formalismo exagerado* ou as atitudes de exacerbado legalismo, como manifestação positivista que se mostra apta a expulsar a justiça das decisões, nos sistemas processuais onde predominem aquelas posturas, as decisões somente poderão ser consideradas justas quando forem legais, não havendo a hipótese contrária, de que sejam consideradas legais somente as que puderem ser reconhecidas como justas.

Certa inversão da lógica jurídica serve de combustível ao dilema aqui abordado entre a neutralidade valorativa ou o dirigismo axiológico na aplicação da lei processual civil. Embora a opinião dominante entre os adeptos mais radicais da instrumentalidade seja no sentido de apenas considerar legítimas as decisões justas, segundo os princípios que nelas possam ser identificados, a posituação do direito, isto é, a tese de que todo o direito é posto, do mesmo modo, por decisão, corresponde a estabelecer exatamente o oposto, ou seja, a noção de legitimidade a partir do reconhecimento da obrigatoriedade das decisões. Esta derradeira concepção é mais abrangente, pois compreende, por óbvio, também o reconhecimento das premissas, princípios e normas observados pelas decisões uma vez que, acerca destes últimos devem ter igualmente existido decisões prévias. Assim sendo, tanto às leis quanto às sentenças há que se reconhecer a legitimidade típica das decisões obrigatórias na medida em que se admita que ambas sejam válidas e aptas a produzirem os efeitos de regulamentação de comportamentos, conforme valores previamente considerados.

Afastando-se, assim, a neutralidade do direito resta a sua localização em termos da atuação dos seus intérpretes e aplicadores.

São óbvias as noções de que juízes não são seres desprovidos de memória, que não têm desejos e que não se encontram libertos do próprio inconsciente e de convicções e ideologias pessoais. Assim, é natural que suas subjetividades interferiram com os juízos de valor que formulam acerca do próprio direito e, conseqüentemente, com as decisões que a partir daqueles juízos venham a proferir. Embora mereça repúdio a teoria unitária do ordenamento, não podendo o juiz ser equiparado ao legislador; criador de direitos e obrigações, a sua condição humana concorre, definitivamente, para que o exercício decisório do caso concreto seja sempre um exercício valorativo. É necessário, porém, que esse exercício seja feito sem sacrifícios dos direitos e garantias individuais, inclusive daqueles postos no âmbito do processo.

Nesse contexto, a equilibrada visão instrumentalista do processo diz respeito à acomodação inteligente do ativismo judicial à carga axiológica do direito. Ela deve ser feita sem comodismos intelectuais consistentes num fácil recurso ao formalismo. Isto, contudo, nem sempre é o que se verifica na prática. Talvez a origem privatista do processo civil – ainda fortemente arraigada nas suas estruturas – associada às tentativas de dar-lhe tratamento científico voltado à delimitação técnica do desenvolvimento do fenômeno jurídico-processual, ainda sejam obstáculos à concretização da instrumentalidade (nos escopos sociais e políticos), fazendo o dilema de que tratamos emergir para os próprios magistrados e tribunais que, como

apontado no texto, ora se comportam libertariamente ora se voltam ao conservadorismo frio estabelecido pelos formalismos das normas.

É fundamental que os juízes olhem mais objetivamente para o mérito das demandas sem se enredar num emaranhado de possibilidades processualísticas que favorecem apenas aos sujeitos preparados para intermináveis batalhas judiciais, fundamentalmente o Estado e as grandes corporações, ou seja, exatamente quem dispõe de melhores condições econômicas.

Embora respeitáveis vozes da doutrina se coloquem favoráveis ao ativismo judicial amplo, chegando a postular certa obrigatoriedade dos magistrados atuarem como legisladores positivos nos casos em que percebam *insuficiência* do arcabouço jurídico à sua disposição, discordamos de tais posicionamentos.

Do que se pode extrair do corpo deste trabalho, aos juízes deve ser permitido buscar, para cada caso particular, uma solução equitativa e razoável dentro dos limites autorizados pelo sistema de direito ao qual está vinculado, conforme a carga axiológica que as suas normas contenham ao tempo da aplicação. Isto é, realizar a síntese entre a lei e a justiça tornando a primeira mais flexível através da consideração e da aplicação crescentes das regras representadas por princípios, ainda que não escritos e com sensibilidade às *mutações* que tanto leis como princípios suportam em razão da dinâmica social, sem necessariamente sofrerem alteração em seus respectivos textos. Se, por um lado, o juiz não pode e não deve se comportar como legislador, nada impede, por outro, que atue como seu auxiliar. Esta parece ser a faceta ética do sistema processual, a qual está bem protegida

pelos mecanismos que ele mesmo institui, notadamente pelo aparato recursal que permite a revisão de eventuais decisões ilegais em razão de valorações personalistas, preconceituosas, abusivas ou atentatórias contra as próprias disposições do sistema.

Tendo em vista que o Poder Judiciário brasileiro, em virtude de sua ineficiência, corrupção, carências técnicas e uma série de outras razões que não cabem aqui explorar, ainda ostenta perante a sociedade um nível de credibilidade longe do ideal e que o bom funcionamento da justiça depende tanto de boas leis como também, fundamentalmente, dos homens que as aplicam, ambos os aspectos clamam por aperfeiçoamentos.

No tocante ao primeiro deles, o Código de Processo Civil vigente, assim como as leis processuais especiais, outorgam aos juízes poderes, faculdades e obrigações suficientes e capazes de levar ao bom desate dos casos concretos. Nelas se encontram dispositivos tendentes a assegurar a celeridade e a economia processuais, a amplitude dos meios de prova, dos poderes dirigentes e instrutórios, a equidistância do julgador em relação às partes, etc. Oxalá o novo CPC, que se encontra a caminho, venha ampliar e, sobretudo, efficientizar o uso de tais mecanismos.

Quanto aos juízes, deles se deve esperar visão e comportamento eminentemente instrumentalistas. Condutas que sem colocar em risco a segurança jurídica ou abandonar os princípios éticos e as pressões axiológicas da sociedade, sejam marcadas pelo efetivo protagonismo judicial traduzido pela combinação da

sua ampliada imediação, pelo prestígio à oralidade e à concentração de atos, pela instrumentalidade das formas e, sobretudo, pela crescente aplicação da Constituição, fazendo dela o meio de complementação das disposições legais já existentes, adequando-as aos casos concretos e também tomando por base os princípios e as normas gerais já integrados na legislação.

Estas possibilidades já estão postas há muito tempo e não implicam a substituição do legislador pelo julgador. O devido processo não é mais o legal, mas sim o constitucional. Embora não represente inovação, infelizmente, na prática a atuação dos juízes segundo aquelas diretrizes ainda não é uma realidade sempre perceptível.

O sistema processual, como um dos canais de aperfeiçoamento contínuo do Estado Democrático de Direito, não pode mais prescindir da lembrança da existência da Constituição.

Bibliografia

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais: limites e responsabilidades*. Revista de Direito Renovar, n. 18, p. 11/19, set./dez. 2000.

ARRUDA ALVIM, Roberto Rosas. Súmula e súmula vinculante. *In*: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de; GOMES JR., Luiz Manoel (coordenadores). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, Nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em 23 de novembro de 2009.

_____. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em:<<http://www.oab.org.br/users/revista>>. Acesso em 3 de abril de 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo – influência do Direito Material sobre o Processo*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e política: uma relação difícil*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a02n61.pdf>>. Acesso em 30 de outubro de 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil – 1*. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos – 4*. 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 9ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 15ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil – Volume III*. 3ª edição. Campinas: Bookseller, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil – Volume 1*. 12ª edição. Salvador: Editora Jus PODIVM, 2010.

_____. *Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento*. Revista Diálogo Jurídico. Ano I – Volume I - nº. 7 – outubro de 2001 – Salvador – BA – Brasil.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil – Volume I*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. *O regime jurídico das medidas de urgência*. Conferência proferida na Faculdade de Direito Mineira da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como evento integrante do *Seminário em homenagem a Lopes da Costa*, aos 15 de junho de 2000. Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br>>. Acesso em 10 de abril de 2009.

DUTRA, Nancy. *História da formação da ciência do direito processual civil no mundo e no Brasil*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11192>>. Acesso em 11 de maio de 2010.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3ª edição. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2005.

FRANCO, Loren Dutra. *Processo Civil – Origem e Evolução Histórica*. Disponível em: <http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_20002.pdf>. Acesso em 17 de janeiro de 2010.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2008.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil Interpretado*. 6ª edição. Barueri: Editora Manole, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. Vol. 1. 2ª edição. Campinas: Milenium, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Síntese da Evolução Histórico-Científica do Processo*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index>>. Acesso em 13 de fevereiro de 2010.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. Tradução de Cristina Machado. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no processo civil – Proposta de um formalismo-valorativo*. 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

PASSOS, Anderson Sérgio. *Direito Alternativo, realidade ou ficção*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revista/files/journals/2/articles>>. Acesso em 30 de março de 2010.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Instrumentalidade do processo e devido processo legal*. Revista Diálogo Jurídico. Ano I – Volume I - nº. 1 – abril de 2001 – Salvador – BA – Brasil.

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

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. *O julgamento como opção ética e a discricionariedade judicial*. Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br>>. Acesso em 29 de abril de 2010.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Vol. 1. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 1981.

SCHMITT, Carl. *Legalidade e Legitimidade*. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SIQUEIRA, Gustavo Silveira. *Direito, Democracia e Legitimidade*. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/eventos/Legistica/pdf/Direito%20Democracia%20Legitimidade.pdf>>. Acesso em 30 de outubro de 2009.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Direito processual constitucional*. 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

SOLEDADE, Felipe Augusto Cardoso, *A revitalização do procedimento no Direito Processual*. Revista *Âmbito Jurídico*. Disponível em: <<http://ambito-juridico.com.br/site/index>>. Acesso em 23 de novembro de 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Volume 1*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1989.

TORRES de YANZON, Elena B. de la; GARCIA, Natacha. Hacia um processo civil más eficaz. *In*: RIOS, Mario Luquez; FURLLOT, Silvina; COLL, Osvaldo; FRRANDO, Ismael; FALCONI, Mario; LAVADO, Diego; VALERIO, José; HERNANDEZ, Víctor; ROSAS, Pablo de (coordenadores). *Temas modernos del derecho processal*. 1ª edição. Mendoza: Ediciones Dike, 1998.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Discricionariedade Judicial e Direitos Fundamentais*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/oscarvilhena/vilhena>>. Acesso em 30 de abril de 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, em *O óbvio que não se vê: a nova forma do princípio da fungibilidade*. Disponível em: <www.migalhas.com.br>. Acesso em 13 de janeiro de 2010.