



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO
Curso de Especialização em Direito Processual Civil
Convênio UFPR – FUNPAR – OAB/Pato Branco – Colégio Mater Dei

SÉRGIO CLEOZOMIR TRICHÊS PAININ

A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

Trabalho final apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de especialista em Direito Processual Civil, ao Curso de Especialização em Direito Processual Civil oferecido em Pato Branco pelo Departamento de Direito Civil e Processual Civil, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Alcides Munhoz da Cunha

PATO BRANCO

2001

PARTE PRIMEIRA

PREMISSAS METODOLÓGICAS E CONCEITUAIS

CAPÍTULO I

PERSPECTIVAS METODOLÓGICAS ATUAIS DO DIREITO PROCESSUAL

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

1. sincretismo, autonomia e instrumentalidade.

Caracterizada pelo encontro de todos em torno de certas idéias comuns, como a própria autonomia do direito processual e seus institutos, a maior participação do juiz na prestação do provimento que emitirá a final, a necessidade de assegurar o juiz natural o *due process of law* e a efetividade do processo, com a real e equilibrada participação contraditória dos seus sujeitos interessados; apesar das peculiaridades de cada sistema nacional e das “famílias” diferentes entre si, essas idéias comuns e a consciência para os chamados “princípios formativos” e necessidade de aplicá-los é significativo fator de universalização da ciência do processo e indicador seguro de sua maturidade, na ciência jurídica contemporânea.

A visão instrumental que está no espírito do *processualista* moderno transparece também, de modo bastante visível, nas preocupações 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).

2. o processo e a ordem constitucional

A tutela constitucional do processo tem o significado e escopo de assegurar a conformação dos institutos do direito processual e o seu funcionamento aos princípios que descendem da própria ordem constitucional. O processo é “meio, não só para chegar ao fim próximo, que é o julgamento, como ao fim remoto, que é a segurança constitucional dos direitos e da execução das leis”.

É lícito concluir, ainda, que todo o direito processual constitucional constitui uma postura instrumentalista-seja nessa instituição de remédios destinados ao zelo pela ordem constitucional, seja na oferta 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 (tutela constitucional do processo).

3. o processo e a ordem constitucional (mutações)

O processo que nos serve hoje há de ser o espelho e salvaguarda dos valores individuais e coletivos que a ordem constitucional vigente entende de cultivar. O que há de perene nos princípios é a idéia-culturais e políticas no tempo e no espaço, no tocante à extensão e à interpretação que merecem dentro de cada sistema constitucional. Por outro lado, o Estado contemporâneo tende a ser Estado-de-direito, onde assoma a garantia da legalidade e a abertura do Poder Judiciário como guarda última da Constituição e dos valores e garantias que ela abriga e oferece.

Quando se dá a ruptura revolucionária da ordem constitucional, sendo radical e brusca a mudança de rumos políticos, toda a ordem jurídica tende a mostrar-se desde logo manifestamente imprestável e também a reforma das instituições processuais faz-se urgente e indispensável. Feitos esses descontos, todavia, o modelo processual manteve-se íntegro e o processo, como instrumento ou “microcosmos” do Estado, acabou permanecendo com características democráticas que este mesmo não apresentava.

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

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

A Constituição age sobre o processo, garantindo-lhe os princípios básicos, para que o processo possa, depois, atuar convenientemente os preceitos e garantias que ela própria contém e que projeta sobre todo o ordenamento jurídico.

Esse mister de revelar e veicular os juízos axiológicos não é, aliás, privativo dos juízes, nem de seus pronunciamentos jurisdicionais: também a doutrina, os órgãos administrativos e a própria lei interpretam a Constituição e a repetição da interpretação que trazem acaba determinando mutações, sem que com isso se possa dizer que a lei, os provimentos administrativos ou a doutrina sejam fontes de normas constitucionais (tanto quanto a jurisprudência, essas manifestações legitimam-se pela fidelidade que tiverem ao gosto popular). Mas na prática a força dos precedentes reiterados atua sobre o comportamento das pessoas em geral na sua vida em relação e no dos juízes em seu mister de julgar os comportamentos das pessoas em geral.

5. perspectiva publicista do processo

Presencia-se, pois, a uma ciência processual contruída mediante afirmações e pressupostos publicistas, mas revelando surpreendentes posicionamentos sobreviventes ao sincretismo privatista já superado.

É universal a tendência à publicização do próprio direito como um todo, sendo isso visível no processo, ramo do direito público, por mérito que em grande parte pertence aos cultores do direito processual constitucional. A descoberta e exame dos princípios e garantias constitucionais do processo, mais a sensibilidade para os graves problemas sociais e econômicos que com ele se envolvem têm permitido enquadrar a ciência processual num plano político suficientemente expressivo para destacar a grande gama de interesses públicos perseguidos através dele.

Evidentemente, não é apenas nesses pontos que se mostra o caráter público do processo. Sua natureza instrumental impõe que todo o sistema processual seja permeado dessa conotação, para que realmente apareça e funcione como instrumento do Estado para a realização de certos objetivos por ele traçados.

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

O impulso oficial é também importantíssima regra publicista do processo e a tendência dos tribunais brasileiros é hoje no sentido de recomendar a sua prática pelos juízes.

A publicização do direito processual é, pois, forte tendência metodológica da atualidade, alimentada pelo constitucionalismo que se implantou a fundo entre os processualistas contemporâneos; no sentido de entender e tratar o processo como instrumento a serviço dos valores que são objeto das atenções da ordem jurídico-substancial.

CAPÍTULO II

A TEORIA GERAL DO PROCESSO

6.o papel da teoria geral do processo

Teoria geral do processo é, nessa perspectiva, um sistema de conceitos e princípios elevados ao grau máximo de generalização útil e condensados indutivamente a partir do confronto dos diversos ramos do direito processual. A teoria geral do processo é “uma disciplina altamente teórica, voltada à indagação dos princípios comuns às várias figuras processuais” e a reconstruir, sobre bases sólidas, o edifício sistemático do direito processual como um todo harmonioso. No trabalho de síntese que lhe é próprio, ela já chegou a identificar a essência dogmática do direito processual, nos seus quatro institutos fundamentais (jurisdição, ação, defesa, processo), traçando o conceito de cada um e, acima disso, determinando as funções que desempenham no sistema; todo o corpo do direito processual como um todo e de cada um dos seus ramos em particular compõe-se em torno da estrutura representada pelo poder a ser exercido, pelas posições das pessoas interessadas e pelo modo com que esses complexos de situações jurídicas subjetivas se exteriorizam em atos coordenados aos objetivos preestabelecidos. Além disso, a teoria geral do processo vai também identificando e definindo os grandes princípios e garantias que coordenam e tutelam as posições dos sujeitos do processo e o modo de ser dos atos que legitimamente realizam ou podem realizar. Por fim, ela reúne e harmoniza os institutos, os princípios e as garantias, compondo assim o sistema processual.

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

A construção diferenciada das diversas espécies de processos segundo a natureza jurídico-substancial do provimento pedido concorrer para fragmentar os conceitos e estruturas, até mesmo dentro do mesmo ramo do direito processual. Mais significativas ainda são, naturalmente, as diferenças entre o processo jurisdicional e o não-jurisdicional. Não obstante as diferenças apontadas, todas as subespécies do primeiro apresentam certas notas comuns que se caracterizam e distinguem de modo muito significativo, dando unidade ao bloco todo (a inércia da jurisdição e conseqüente valor da ação e suas condições, a pretensão deduzida como objeto do processo, as partes em oposição e sua sujeição ao juiz, o dever de imparcialidade deste-, mais uma série de garantias voltadas a esses mesmos valores e a outros que são inerentes ao exercício da jurisdição no Estado-de-direito).

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

8. cont. (processo e poder)

O que caracteriza fundamentalmente o processo é a celebração contraditória do procedimento, assegurada a participação dos interessados mediante exercício das faculdades e poderes integrantes da relação jurídica processual

É do direito administrativo que veio a mais clara das idéias acerca do conceito de processo, hoje alvo de crescente aceitação na doutrina dos processualistas: procedimento com participação dos sujeitos interessados (ou seja, daqueles que receberão a eficácia direta do ato final esperado), eis o conceito de processo na ciência moderna.

Há uma unidade nos grandes princípios, no entendimento das garantias constitucionais do processo, na estrutura e intenção funcional dos institutos fundamentais, sem que com isso exijam soluções igualadas em todos os setores.

CAPÍTULO III

JURISDIÇÃO E PODER

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

Mediante a utilização do sistema processual, propõe-se o Estado, antes de tudo, a realizar objetivos que são seus. Quer se pense na pacificação social, educação para o exercício e respeito a direitos, ou na manutenção da autoridade do ordenamento jurídico-substancial e da sua própria, nas garantias à liberdade, na oferta de meios de participação democrática, ou mesmo no objetivo jurídico-instrumental de atuar a vontade da lei (e tais são os escopos da ordem processual)- sempre é algo ligado ao interesse público que prepondera na justificação da própria existência da ordem processual e dos institutos, princípios e normas que a integram.

Por isso é que o direito processual, cujos princípio e normas a teoria geral do processo condensa ordenadamente como convém à ciência, resumidamente consiste na

disciplina do exercício do poder mediante atos imperativos; ele inclui, a nível constitucional e legal, os compromissos e limitações ditados quanto a esse exercício, pelo Estado-de-direito.

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

O significado político do processo como sistema aberto, voltado à preservação dos valores postos pela sociedade e afirmados pelo Estado, exige que ele seja examinado também a partir de uma perspectiva externa; exige uma tomada de consciência desse universo axiológico a tutelar e da maneira como o próprio Estado define a sua função e atitude perante tais valores.

A idéia de poder, que está ao centro da visão moderna do direito processual, constitui assim fator de aproximação do processo à política, entendida esta como o processo de escolhas axiológicas e fixação dos destinos do Estado. Diz-se, então, que a ciência política é o “estudo da formação e da distribuição do poder”, ou, com mais simplicidade, a ciência do poder; afirma-se ainda que “o conceito de poder é talvez o mais fundamental em toda a ciência política”, sendo esta apresentada também como o “estudo da influência e do influente”.

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

11. jurisdição e decisão

Em todos os setores de suas atividades, exercendo diretamente ou comandando o exercício do poder nacional, o Estado decide. Decide em abstrato, mediante normas de conduta ou de organizações; decide em concreto, em sede propriamente política, ou administrativa, ou jurisdicional. Decide para si próprio e pauta sua conduta pelas decisões antes tomadas; decide para os outros, determinando a situação em que os destinatários ficarão ou as condutas que não de ter.

Falar em decisão evoca desde logo, na mente do processualista, a função jurisdicional e especificamente o processo de conhecimento.

12. cont.(imunização)

Tal é o primeiro significado da exigência democrática do contraditório; e trata-se de postulado que invade todo e qualquer processo, por força de suprema garantia constitucional (não somente o de jurisdição).

Existem as preclusões, que com intensidade variada atuam em processos de toda ordem. Preclusões, é, por definição, a extinção de uma posição jurídica no processo (poder, faculdade) e está ligada à dinâmica deste e à funcionalidade das situações contra as quais o sujeito processual poderia voltar-se. Quando alguma causa preclusiva ocorre (tempo, consumação, incompatibilidade lógicas), tem-se com isso a imunização de que fala a ciência política.

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

13. cont. (imperatividade)

A referência à imperatividade, como componente do conceito de poder estatal (“capacidade de decidir imperativamente e impor sanções”).

A imperatividade das decisões estatais constitui reflexo da situação de supremacia do próprio Estado, entre as entidades dotadas de poder.

A inevitabilidade do poder estatal, em que reside o núcleo da explicação da imperatividade de suas decisões, revela-se em dois aspectos: na capacidade de impô-las e na “impossibilidade em que se acha o submetido de se subtrair ao poder”.

Somente o Estado é que, a par de exercê-lo, também se considera autorizado a impor suas decisões aos “submetidos” (tal é o primeiro dos aspectos por que se manifesta a inevitabilidade, como acima).

O primado do ordenamento jurídico estatal, “cuja expressão é o direito objetivo propriamente dito”, constitui reflexo, afinal, da supremacia do pólo de poder de que irradia, ou seja, do Estado (soberania); isso quer dizer que, muito embora as entidades intermediárias sejam legitimadas a exercer o poder em suas respectivas áreas de influência, esse poder é derivado do estatal e portanto condicionado a este, positivando-se em ordenamentos necessariamente modelados em conformidade com as diretrizes superiormente traçadas pelo Estado, único detentor da soberania.

A imperatividade das decisões, assim solidamente assentada no sistema estatal de poder, explica satisfatoriamente a virtualidade, usualmente denominada coercibilidade em ciência política, de que só o poder estatal desfruta.

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

O conceito de poder, avançado antes (“capacidade de decidir imperativamente e impor decisões”), pretende constituir uma depuração do “decisionismo” das usuais alusões colaterais ao comportamento, à transmissão de decisões ou à participação no processo decisório.

14.1. jurisdição, poder e comportamento

Existe acentuada tendência a associar à decisão do titular de poder o comportamento, ou mesmo outra decisão que a pessoa sujeita a ele é inevitavelmente levada a adotar. “Quem tem o poder pode motivar outros a adotar as suas decisões como premissas de procedimento”, ou seja, “a aceitar como compulsiva uma seleção dentro do âmbito de possíveis alternativas de comportamento”.

Nessa linha, definem o poder como “capacidade de um indivíduo, ou grupo de indivíduos, (de) modificar a conduta de outros indivíduos ou grupo da forma que quiser; ou, com mais simplicidade.

14.2. jurisdição, sanção, coerção, coercibilidade

Definiu-se sanção como “o expediente utilizado por sistemas normativos para salvaguardar as leis de ações contrárias”. Mediante a sanção, visa o titular de poder a obter a eficácia de suas decisões, quer tomadas abstratamente, quer dirigidas a caso particularizado.

Eventuais atos físicos dos agentes do poder sobre as pessoas constituem coerção.

Tem-se, pois, a coercibilidade, com bastante simplicidade conceituada como “capacidade física de execução”, a qual é potência que em sede jurisdicional só excepcionalmente se faz ato.

É corrente, em ciência política, também a ressalva de que coerção não equivale a truculência, nem coercibilidade abre caminho ao exercício arbitrário do poder. Em clima de legalidade, o emprego da força física não vai além do limite do necessário para assegurar a eficácia dos atos de poder, sem excessos degradantes à pessoa.

14.3. jurisdição e influência-a jurisprudência e seu valor

Sempre que se trata de criar um nova situação no mundo da natureza ou na vida das pessoas, ou determinar alguma conduta destas, que sem a atuação considerada não aconteceriam, tem-se influência. O poder dispõe de menor extensão e maior compreensão que a influência, estando para esta como a espécie para o gênero. A influência só se faz poder quando atinge a graus suficientes de intensidade, adquirindo imperatividade.

Nesse quadro, a jurisdição é exercício de influência, sem deixar de ser manifestação de poder.

Pois o exercício da jurisdição apresenta uma capacidade muito ampla de influir no espírito das pessoas, determinando-lhes a conduta e decisões, de forma semelhante ao que se dá quando se trata de poder, mas agora destituída de imperatividade. Trata-se da influência dos precedentes jurisdicionais.

Decisões que contrariem a jurisprudência não são ilegítimas por essa razão e não comete desvio de poder o juiz que as profere.

14.4. participação no processo decisório

O exercício da ação e da defesa, ao longo do procedimento e ao lado dos atos de jurisdição, constitui ao mesmo tempo cooperação trazida para o correto exercício desta e participação que não pode ser obstada aos interessados. A participação, portanto, não é do titular do poder (no caso, jurisdição), mas das pessoas sobre quem o poder se exerce.

14.5. jurisdição (poder) e dinâmica do poder

É proposta a consideração do poder sob dois aspectos, como relação e como processo-residindo aqui a “dinâmica do poder”.

O aspecto dinâmico do poder, portanto, para o processualista não é o poder mesmo (jurisdição), mas o meio de seu exercício (processo).

Quando normas e princípio que aparentemente se referem ao processo e não à jurisdição condicionam e limitam o exercício desta, eles na realidade se referem à jurisdição e só em segundo plano ao processo.

15. perspectiva funcional da jurisdição

A perspectiva não distorce a realidade: organiza-a segundo a ótica do observador e na coerência de uma ordem de idéias e conceitos assentados nas premissas aceitas. Por isso é que, em vez de definir-se como um poder do Estado, a jurisdição deve ser vista como uma das expressões do poder estatal, que é uno.

A diferença está, verdadeiramente, nas variadas funções que o Estado tem por suas e que projetam reflexos de suas próprias peculiaridades na forma, características e disciplina positiva do exercício do poder enquanto voltado a cada uma delas. Função é, em última análise, serviço e cada uma das funções do Estado é um conjunto de serviços a serem prestados mediante atividades preordenadas a certos objetivos e que costumam ser agrupadas e distinguir-se das demais precisamente em razão dos objetivos perseguidos.

A jurisdição caracteriza-se, pois, como uma das funções do Estado, voltada aos objetivos assim definidos.

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

15.1. unidade da jurisdição

Trata-se de conceito até elementar em ciência processual, sabendo-se que a distribuição da competência visa somente a dar a “medida da jurisdição” atribuída a cada juiz e estando o processualista moderno preparado para entender que essa “medida” não significa algo ligado à essência do poder que todos os juízes exercem (a jurisdição que um deles exerce não é diferente, nem maior ou menor que a exercida por outro), mas expressa somente uma distribuição de atividades (competência: “quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão”).

15.2. jurisdição voluntária

Como é sabido, a jurisdição voluntária aproxima-se da contenciosa em razão da semelhança das formas do seu exercício e da competência do juiz, como agente estatal independente e necessariamente imparcial. Tanto quanto a contenciosa, a jurisdição voluntária exerce-se com vistas a alguma concreta situação de conflito a resolver e é endereçada ao objetivo social último de pacificação (e esse é o mais relevante dos escopos da jurisdição). Sendo que à jurisdição contenciosa incumbiria compor a lide, enquanto que a voluntária quer somente dar solução a meros “negócios”, sem lide a compor. E jurisdicionais ou não as atividades de jurisdição voluntária, elas constituem inegavelmente atos de exercício do poder. E atos de poder exercidos com o fito de pacificar com justiça, afirmando-se em cada um deles a prevalência do ordenamento jurídico, constituem jurisdição.

Por outro lado, a ausência de coisa julgada não é algo que chegue ao ponto de deixar desguarnecidas as decisões tomadas em sede de jurisdição voluntária.

16. processo, procedimento e contraditório

Certo é, no entanto, que hoje facilmente se compreende que todo poder se exerce mediante um procedimento, caracterizando-se este como processo desde que seja feito em contraditório.

A lei traça o modelo dos atos do processo, sua sequência, seu encadeamento, disciplinando com isso o exercício do poder e oferecendo a todos a garantia de que cada procedimento a ser realizado em concreto terá conformidade com o modelo preestabelecido: desvios ou omissões quanto a esse plano de trabalho e participação constituem violações à garantia constitucional do devido processo legal.

No contexto processua bastante amplo afirmado pela doutrina moderna, due process of law é mais que uma garantia: é “o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição”.

O procedimento é um sistema de atos interligados numa relação de dependência sucessiva e unificados pela finalidade comum de preparar o ato final de consumação do exercício do poder (no caso da jurisdição, sentença de mérito ou entrega do bem ao exequente).

A exigência do contraditório constitui consequência de tratar-se de procedimentos celebrados em preparação a algum provimento, qualquer que seja a natureza deste; provimento é ato de poder, imperativo por natureza e destinação, donde a necessária legitimação mediante o procedimento participativo.

A efetividade do contraditório é exigência inerente à própria garantia deste e graduada segundo o teor de indisponibilidade do direito substancial em conflito.

17. legitimidade

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

Nem esses grandes fatores de comprometimento da credibilidade do sistema judiciário tem sido capazes, todavia, de retirar a legitimidade da justiça.

E nisso reside a legitimidade do poder exercido sub specie jurisdictionis, que opera como fator de manutenção das regras sociais de convivência e de garantia contra as inevitáveis tendências à desagregação social e desvio das metas coletivas.