

**A INSTRUMENTALIDADE TÉCNICA
DO PROCESSO**

AROLDO PLÍNIO GONÇALVES

1 – O PROCESSO COMO TÉCNICA

O procedimento jurisdicional, como uma estrutura normativa voltada para a preparação do provimento, com a participação, em contraditório, de seus destinatários, é uma técnica criada pelo ordenamento jurídico, e trabalhada pela ciência do Direito Processual que, em sua função de formular conceitos, categorias e institutos concernentes a toda a atividade da jurisdição, deve se esmerar em fornecer o melhor instrumental teórico para que o processo se torne a técnica mais idônea possível no cumprimento de sua finalidade.

A norma processual disciplina o correto exercício da jurisdição e a preocupação de se fazer com que a ciência do Direito Processual ofereça a sua técnica instrumental para o aperfeiçoamento da instrumentalidade técnica do processo tem sido externada de várias formas na doutrina¹. De modo evidente ou ainda obscuro, quase intuitivo, a doutrina jurídica vem percebendo a profunda e crescente importância do processo como modelo ideal de participação dos próprios destinatários na formação, na execução e na aplicação de seu direito. Seja o processo legislativo, seja o administrativo, seja o jurisdicional, sua instrumentalidade técnica é a mesma: a de poder se elaborar com a melhor estrutura possível, a mais adequada e ágil, para dar respostas ao fim para o qual se instaura: a emanção de um ato do Estado, de caráter imperativo, para cuja formação concorrem, em contraditório, aqueles que receberão, na esfera de seus direitos, os efeitos deste ato.

O processo que se põe como estudo do Direito Processual é o processo jurisdicional, porque o Direito Processual tem como objeto de investigação a norma que regula o correto exercício da jurisdição.

(1) Investigando as tendências do processo no Direito Comparado, MAURO CAPPELLETTI ressalta que o processo não é um fim em si mesmo *"es un instrumento excogitado al objeto de componer las litis garantizando la efectividad – la observancia, y la reintegracion para el caso de inobservancia del derecho substancial"*. Considera a presença do processo no ordenamento jurídico de todas as nações civilizadas como o sintoma fundamental de que os povos renunciaram a confiar à força e à vingança a proteção de seus direitos para entregá-la ao juiz e acrescenta *"Pero este caracter de la instrumentalidad del derecho procesal, e de la instrumentalidad, por consiguiente, de la tecnica misma del proceso, implica una consecuencia importante lo mismo que cualquiera otro instrumento así tambien aquel instrumento que es el derecho procesal, para ser eficaz o sea para conseguir cumplir eficazmente su finalidad, debe adaptarse a la particular naturaleza del propio objeto. En otras palabras, debe asumir aquellas tecnicas y valerse de aquellos institutos que son los más idoneos para el objeto de la garantia del derecho substancial"* cf MAURO CAPPELLETTI – *El Proceso Civil en el Derecho Comparado – Las Grandes Tendencias Evolutivas* – Trad de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires Ediciones Jurídicas Europa America, 1973, p. 18

Uma técnica é valorada segundo sua idoneidade para a realização de suas finalidades. Será uma boa ou uma má técnica, conforme seja hábil a cumprir os seus fins, ou conforme se revele ineficaz para esse objetivo. De qualquer modo, a avaliação deve ser feita pela ciência, como atividade consciente e capaz para a produção do conhecimento e a correção de seus pontos de estrangulamento. A responsabilidade da ciência do Direito Processual, em relação ao processo, não é pequena, portanto.

2 – A FINALIDADE DO PROCESSO JURISDICIONAL

O processo jurisdicional do trabalho, como procedimento que se realiza em contraditório entre as partes, para a formação do provimento jurisdicional, tem, no correto desenvolvimento das atividades preparatórias da sentença, o seu primeiro e único escopo. Essa afirmação não pode ser tomada como uma simplificação que poderia conduzir à inexata conclusão de que a técnica se desenvolve pela técnica e para a técnica, ou seja, de que ela se produz e se consome a si própria e nisso esgota. Tal conclusão só poderia advir da falta do alcance do significado contido na realização do procedimento em contraditório entre as partes.

O contraditório tem a sua **essência** e o seu **objeto**. Onde ele está presente, o processo jamais será uma estrutura vazia, ou uma construção sem conteúdo. É pelo desenvolvimento do contraditório que o processo se desenvolve, e é ele cheio de vida. É no âmago da coesão entre sua essência e seu objeto que o direito material, que será apreciado e decidido na sentença, é discutido, que o jogo dos interesses divergentes torna-se real, que as partes desvelam os direitos materiais que afirmam ter, e que se contrapõem nas afirmações dos direitos materiais que são mutuamente negados.

A essência do contraditório, que é a oportunidade, ou melhor que é a garantia de uma participação simetricamente igual nas atividades que preparam a sentença, e seu objeto, que é a questão que pode se transformar em questão convertida, incidem, naturalmente, no plano processual. A participação é **participação no processo** e a questão é **questão do processo**, sobre **ato do processo**. É nisso está a grandeza do contraditório. A sua presença no procedimento que prepara o provimento, possibilita que as partes construam, com o juiz, o autor do ato estatal de caráter imperativo, o próprio processo, e que, assim, participem da formação da sentença.

O escopo do processo jurisdicional, é portanto, a preparação do provimento jurisdicional, mas a própria estrutura do processo, como procedimento desenvolvido em contraditório entre as partes, dá a dimensão dessa preparação: preparação com a participação das

partes, seus destinatários, aqueles que terão os efeitos do provimento incidindo sobre a esfera de seus direitos.

A estrutura do processo assim concebido permite que os jurisdicionados, os membros da sociedade que nele comparecem, como destinatários do provimento interfiram na sua preparação e conheçam, tenham consciência de **como e porque** nasce o ato estatal que irá interferir em sua liberdade; permite que saibam **como e porque** uma condenação lhes é imposta, um direito lhes é assegurado ou um pretense direito lhes é negado.

A instrumentalidade técnica do processo, nessa perspectiva do Direito contemporâneo, não poderia, jamais, significar a técnica se desenvolvendo para se produzir a si mesma. Ela está em que ele se constitua na melhor, na mais ágil e na mais democrática estrutura para que a sentença que dele resulta se forme, seja gerada, com a garantia da participação igual, paritária, simétrica, daqueles que receberão os seus efeitos. Seja, enfim atribuída, uma sentença **participada**.

3 – A PROTEÇÃO DE DIREITOS

Tem-se afirmado que chegou o momento de se dispensarem os formalismos para que os direitos sejam assegurados e o processo adquira **efetividade**.

A história do Direito demonstra, com dados objetivos, que, com formalismos rigorosos (o processo formulário)² ou sem qualquer formalismo (os processos que WEBER denominou de “direito formal irracional”, do direito Salomônico, passando pelo Kadi, chegando aos “tribunais revolucionários”)³ os processos tiveram uma enorme eficácia para uma pluralidade de fins. Com formalismos ou sem formalismos foram eficazes para condenar em nome de muitos nomes: em nome de razões sociais e em nome de razões de Estado, em nome do pecado e em nome de Deus; em nome de incompreensíveis signos e em nome de misteriosos, formidáveis e insondáveis nomes.

Historicamente, com formalismos ou sem formalismos, os ordenamentos jurídicos já permitiram que o processo tivesse como escopo a salvação da alma e a salvação da sociedade. Os escopos transcendentais, não se tem perdido a memória, quando o juízo de Deus se manifestava nas Ordálias. E não está tão afastada a época em que os procedimentos da Santa Inquisição, que torturava para obter a confissão e para **purificar** a alma do condenado, antes de entregá-lo

(2) Há excelente exposição na obra de JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES – *Direito Romano*, Rio de Janeiro, Forense, 4ª ed., 1978.

(3) Remete-se ao estudo de JULIEN FREUND – *La rationalisation du droit selon Max Weber in Archives...citado*.

ao braço secular, se faziam em nome de um “bem maior” da sociedade: em nome da fé, e em nome de Deus.

A atual **estrutura normativa** do processo está predisposta para que as partes que dele participam em contraditório, sendo os destinatários da sentença, contribuindo para sua formação, saibam porque pode ela constituir o ato de condenação, porque pode ela impor uma reparação, porque pode ela rejeitar um pedido de proteção a um suposto direito. Os sujeitos do processo que se realiza como um procedimento em contraditório sabem, hoje, em nome de que nome o ato final do processo condena ou declara que não há base para se condenar. E estão garantidos de que a condenação ou a rejeição do pedido de que ela se imponha, se fará dentro da mais cristalina regra de uma **estrutura normativa** que assegura, através de suas formas, a sua participação em todas as atividades que preparam a sentença, não de modo arbitrário, mas de modo a que seus atos sejam reciprocamente controlados, em sua oportunidade e em sua subsistência. Essa é a forma de um jogo democrático que permite a manifestação das divergências no *iter* da formação de um ato final que produz efeitos na esfera de direitos de seus destinatários, mas com a **garantia de simétrica igualdade de oportunidades**, desses destinatários nos atos preparatórios daquele que se revestirá de caráter imperativo.

A primeira proteção que o ordenamento jurídico necessita oferecer aos jurisdicionados é a proteção de seu direito de, quando destinatário dos efeitos da sentença, participar dos atos que a preparam, concorrendo para sua formação, **em igualdade de oportunidades**. Sentença ou decisão participada, reitere-se.

4 – A PROTEÇÃO DE DIREITOS MATERIAIS

Escopo – formar o provimento – conteúdo do provimento

A doutrina corrente – conteúdo do provimento.

O processo terá o escopo de proteger os direitos substanciais, os direitos subjetivos lesados ou ameaçados, se a sua existência se confirmar, no *iter* que prepara a formação da sentença. Nessa hipótese o juiz não poderá negar a proteção requerida, desde que, observando os deveres da jurisdição, aplique as medidas nos limites que o ordenamento jurídico as comporte.

O juiz tem o dever de se ater ao pedido e de se ater às espécies de medidas jurisdicionais autorizadas pela norma. Ele atua como órgão do Estado e fala pelo Estado e, assim como não pode penetrar na esfera dos direitos dos jurisdicionados, para protegê-los, sem ser solicitado, não pode decidir além do que foi pedido pela parte, que tem a liberdade de dispor sobre os limites da proteção requerida. O

juiz não pode impor medida não autorizada pelas normas porque, sendo órgão do Estado, tem o dever de cumprir o Direito legitimamente criado pela nação pela qual o Estado fala.

Na hipótese de se verificar a inexistência do direito para o qual a proteção foi requerida, logicamente, ela não poderá ser concedida.

Em ambas as alternativas, entretanto, o processo, como procedimento desenvolvido em contraditório entre as partes que, sendo os destinatários do provimento, participam do *iter* de sua formação, permite que saibam porque o conteúdo do ato final, ato imperativo do Estado, consistiu na proteção do direito ou na rejeição da proteção pleiteada.

Essa questão é da mais intensa importância para se por em relevo a necessidade de se garantir, juridicamente, a liberdade. Liberdade que se revela na sentença ou decisão participada, repita-se mais uma vez.

O processo, na perspectiva histórica, quando seu ato final era constituído unilateralmente pelo Estado, ainda que esse ato tivesse o conteúdo na maior consonância com o direito material, não poderia deixar de ser uma estrutura propícia às práticas autoritárias⁴. Quando os direitos e as garantias individuais foram se consolidando, o processo se aperfeiçoou na exigência de que nele estivesse presente o direito à ampla defesa, com as medidas a ela inerentes.

Hoje, a instrumentalidade técnica do processo requer mais do que a garantia de participação das partes. Requer que essa participação se dê em contraditório, **com igualdade de oportunidades**, e que dela resulte essa consequência cujo alcance necessita ser apreendido em toda sua extensão, que é a participação dos destinatários da **sentença em sua própria formação**.

Entre uma decisão “justa”, tomada autoritariamente, e uma decisão “justa”, construída democraticamente, não pode deixar de haver diferença, quando se crê que a dignidade humana se realiza através da liberdade.

5 – A PROTEÇÃO DO DIREITO LESADO OU AMEAÇADO

Para a proteção de direitos, contra o ilícito, a inobservância da conduta juridicamente valorada como devida, organiza-se a jurisdição. Que proteção não é imposição, confirma-o o princípio *nemo iudex sine actore*, que condiciona a interferência do Estado na esfera dos direitos dos jurisdicionados, através do exercício da função jurisdicional, à provocação dos próprios jurisdicionados. Observado tal

(4) Sérias reservas são feitas aos arts. 263 (primeira parte) e 295 (itens I a IV) do C. P. Civil brasileiro.

princípio, é claro que a função jurisdicional exerce-se em processos “contenciosos” e em procedimentos de “jurisdição voluntária”, manifesta-se em processos onde há conflitos de interesses contrapostos, (ou litígios), e onde, havendo ou não divergências, os interessados desejam a mesma decisão; enfim, manifesta-se pelo procedimento que se desenvolve em contraditório entre as partes e em procedimento que se realiza sem o contraditório.

No processo jurisdicional, o ato final do provimento, para ser favorável ao autor, e impor a medida jurisdicional postulada, tem como pressuposto a constatação, através do contraditório, do direito lesado ou ameaçado e do ilícito, que, em qualquer campo do Direito, sempre se caracterizará pela inobservância da conduta legalmente prevista como cânone ou modelo para o comportamento.

O provimento tem, como pressuposto de sua validade, o **correto desenvolvimento do procedimento que o prepara, realizado em contraditório entre as partes**, e, quando se confirma, no contraditório, a existência do direito lesado ou ameaçado, e do ilícito, de que decorreu a lesão ou que se constitui em ameaça a direito, a medida jurisdicional é imposta para impedir que perdure a lesão ou a ameaça, para determinar a reparação da lesão e a cessação da ameaça ao direito, para cuja proteção foi requerida.

Sob a inspiração de CHIOVENDA, a doutrina do Direito Processual, discorrendo sobre os **escopos**⁵ do processo, sedimentou a idéia de que o escopo do processo é o de **atuar** o direito material e não tardou a lhe acrescentar a pacificação com justiça, de conflitos sociais, e outras finalidades, nesse plano de valoração.

Duas considerações são oportunas sobre a imprecisão desta concepção. Já se falou que o escopo do processo não pode ser confundido com o escopo, uma a finalidade da medida jurisdicional imposta pelo provimento. O processo atuará o direito material se constatado, pelo correto procedimento e através do contraditório, que há um direito substancial que deve ser atuado. Caso contrário, não há, obviamente, como atuar um direito inexistente.

Há uma nítida distinção entre a ordem constitucional italiana e a brasileira. Pelo art. 24 ... para a tutela. Pelo art. 5º, item XXXV, da Constituição da República de 05 de outubro de 1988, não se pode endossar a afirmação de que o processo se desenvolva para atuar o direito material. Desenvolve-se para permitir a **apreciação** do Poder Judiciário sobre lesão ou ameaça a direito, e a forma dessa **apreciação** se dá pelo provimento. A lei exclui ameaça.

(5) Cf GIUSEPPE CHIOVENDA – Saggi di Diritto Processuale Civile (1900 1930) Nuova Edizione Considerevolmente Aumentata dei “Saggi” e dei “Nuovi Saggi”, volume primo, Roma Società Editrice – “Foro Italiano”, 1930, vol sobretudo pp 230/233

O segundo ponto da reflexão volta-se para as afirmações sobre os escopos do processo que agregam à atuação do direito material a pacificação com justiça.

Ainda que se estenda o escopo da jurisdição – o da pacificação – ao instrumento de sua manifestação – o processo, dizer-se que a finalidade deste é pacificar com **justiça** suscita uma questão imediata. Os direitos garantidos no processo não se confundem com o direito material que será objeto de exame na sentença.

Quando **atuado** o direito material, se constatada a sua existência no procedimento desenvolvido em contraditório e, cumprido o pressuposto da medida jurisdicional, esta for imposta, a justiça que decorrerá da **atuação** da lei terá a mesma medida que tem a justiça do direito substancial.

A **atuação** do direito poderá ser valorada como justa, se justo for o direito a ser **atuado**. A palavra **justiça** possui um apelo emocional muito forte, mas a afirmação que se fez não pode causar surpresa se se olha para trás na história, ou se se relanceia, também, o olhar sobre o tempo presente.

A valoração da justiça do direito material não é escopo do processo. Pode comparecer na **sentença**, que o processo prepara, mas nos limites dos deveres da jurisdição, porque o exercício do poder jurisdicional, como o exercício de qualquer poder, se faz dentro da disciplina da lei, e o **poder** jurisdicional não é mais o poder de Salomão, mas sim o **poder de se cumprir o dever da jurisdição**.

É oportuno observar que, desde os fins do século passado, a doutrina jurídica passou a revelar uma grande preocupação com a **natureza da função do juiz**, (não com a natureza da função jurisdicional, mas com o próprio papel do juiz na função de aplicar o direito). Surgiram indagações e respostas sobre o que ele deveria **fazer perante a lei injusta**, como poderia ter a medida para julgar com justiça.

No princípio do século, a questão se tornou tão importante que toda uma corrente doutrinária se formou em torno da chamada **Escola do Direito Livre**, que, começando por investigar a questão das lacunas, culminou por investigar a missão do juiz, e seu lema se espalhou, soprado pelo espírito do tempo: **pelo Direito ainda que contra a lei**. Não mais **pelo direito, além da lei, mas através dela**, como queriam os autores mais moderados, mas **“ainda que contra a lei”**.

A cisão entre o Direito e a lei é questão antiga. Não se fala nela sem se rememorar ANTÍGONE, e SÓFOCLES nasceu por volta de 496 a.C. O lema **pelo direito ainda que contra a lei** pode ser encontrado em expressões vigorosas já no século XIII, quando a

contraposição entre o direito justo e a lei injusta foi organicamente analisada, sob a lógica aristotélica, por TOMÁS DE AQUINO⁶. Na verdade, a leitura da História do Direito revela que a questão nunca foi abandonada.

No início do século XX, quando o problema ressurgiu, o Direito Processual estava dando os primeiros passos para consolidar sua autonomia. Compreende-se que toda ânsia pela justiça no processo fosse projetada no papel que se reservava ao juiz. Se o Direito Processual, que seria o direito do correto exercício da jurisdição, ainda estava se construindo, não havia então base para se discutir a função jurisdicional, dentro das disciplinas jurídicas, e a alternativa encontrada foi o desvio do problema para o **papel-missão do juiz**. Não se percebia que o juiz fala pelo Estado, porque está investido da função que é do Estado e que os membros da sociedade precisavam de maior proteção, no processo, do que a projetada na consciência do juiz.

Hoje, a sociedade pede mais do Direito. Ela necessita de bons juízes mas não transfere para a consciência do julgador a medida de seus direitos. Sabe que a sentença “poderá ser justa ou, eventualmente, até injusta”, como diz a professora ADA PELLEGRINI GRINOVER, o que, obviamente, nunca se deseja. Mas, como prossegue a ilustre processualista, “de qualquer maneira, o que importa é que a sentença se siga necessariamente a um procedimento legitimado pelo “devido processo legal”. Não a um procedimento qualquer. Mas a um procedimento que garanta às partes, e não somente ao autor, a possibilidade de apresentarem a sua defesa e as suas provas e a possibilidade de influírem sobre a formação do livre convencimento do juiz. Só assim a resposta jurisdicional será, realmente a resposta adequada ao Estado de Direito”⁷.

O Direito Processual se desenvolveu, adquiriu autonomia, conquistou seu próprio domínio de investigação.

Mas, para lembrar que a construção de uma ciência é uma atividade muito humana, que passa também pelas contradições e pelos sonhos humanos, as contradições aparecem dentro da própria autoconfiança que o Direito Processual adquiriu em seus achados e em suas conquistas. Ele não pode se considerar como um domínio do conhecimento pronto e acabado, como se a construção de seu mundo nada mais tivesse para oferecer de novo à sociedade, justamente quando ainda tem, em seu próprio âmago, problemas não resolvidos,

(6) Cf. TOMÁS DE AQUINO - *La Ley*, trad. do prof. Constantino Fernandez Alvar, Barcelona Editorial Labor S.A., 1936. A referida obra e parte da *Summa Theologica*, I II, cc 90-97. V. sobretudo Art. 2, Q. 6, p. 91, em que a lei injusta não é considerada lei verdadeira, mas corrupção da lei.

(7) Cf. ADA PELLEGRINI GRINOVER - *O Processo em sua Unidade-II*, Rio de Janeiro Ed. Forense, 1984, p. 61.

e justamente no momento em que a sociedade descobre suas garantias **dentro** do Estado.

6 – A QUESTÃO DOS ESCOPOS METAJURÍDICOS DO PROCESSO

A doutrina processual, no Brasil, tem-se preocupado em atribuir escopos jurídicos, políticos e sociais ao processo. O grande nome nessa tendência é, certamente, CÂNDIDO R. DINAMARCO, professor respeitado nacional e internacionalmente, tradutor de LIEBMAN, autor de preciosos estudos de Direito Processual e do livro **A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO**, que teve e tem admirável projeção nos meios acadêmicos e jurídicos de todo o país.

Quando os argumentos se desenvolvem em nome da justiça e da justiça social, é por certo difícil vencer o fascínio que eles provocam, principalmente quando vêm revestidos pelo vigor da cultura e pela elegância da forma.

Entretanto, se se pretender que o processo seja, realmente, a melhor técnica possível para, através do procedimento realizado em contraditório, assegurar-se a participação dos destinatários do provimento nas atividades que o preparam, contribuindo para sua formação, é necessário que se reflita sobre os novos escopos que já se difundem pela doutrina brasileira, e por outras doutrinas, como atestam os Congressos internacionais⁸.

Em a instrumentalidade do processo, o Professor CÂNDIDO R. DINAMARCO propõe que se desenvolva uma nova mentalidade entre os processualistas modernos em torno da **instrumentalidade do processo**, considerada segundo os fins da jurisdição e do processo. Os fins da jurisdição não seriam apenas jurídicos, mas também sociais, compreendendo a **pacificação com justiça e a educação**, e políticos, a **participação, a afirmação da autoridade do Estado e de seu ordenamento**. O conceito de jurisdição não seria **jurídico** mas **político**, já que ela é expressão do poder do Estado e, assim, “é canalizada à realização dos fins do próprio Estado (...)”⁹. A relatividade social e política tornariam a jurisdição permeável às mutações dos conceitos de **bem comum, justiça, e justiça social**, os escopos da jurisdição não seriam os mesmos em momentos sociais distintos e em sistemas políticos diferentes¹⁰. Entende DINAMARCO que há **uma tendência universal** “quanto ou seja, aos escopos do processo e do exercício da

(8) O Congresso de Viena, de maio de 1939. Entre ele e o Congresso Internacional do Direito Processual, de Gand, de 1977, a discussão evoluiu do papel reservado ao juiz para os papéis atribuídos à jurisdição.

(9) Cf. CÂNDIDO R. DINAMARCO – **A Instrumentalidade do Processo**, 2ª ed. rev. e atual., São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 207.

(10) Cf. CÂNDIDO R. DINAMARCO, *op. cit.*, pp. 206/219.

jurisdição: o abandono das fórmulas exclusivamente jurídicas”. Aponta outras tendências e registra a impossibilidade de que os escopos da jurisdição sejam esgotados nos, “sistemas jurídicos, sociais e políticos do mundo”.¹¹

A obra de DINAMARCO é densa e não se pretende senão uma rápida abordagem sobre o que se designariam como escopos metajurídicos. Esses escopos são inspirados nas contribuições da Sociologia Jurídica, que, na linha da separação entre Direito e Estado, alerta para o problema da legitimação pelo procedimento, que acompanhou a racionalização do Estado moderno.

A contribuição de outros campos do conhecimento jurídico para o da ciência do Direito Processual, e de outros campos do conhecimento em geral para o conhecimento do Direito são sempre bem-vindas. A história das doutrinas demonstra que nenhum campo da ciência cresceu sozinho. Entretanto, quando se fala de **jurisdição** e de **processo**, está-se diante do momento em que é o Direito Processual que pode oferecer, atualmente, suas grandes contribuições para os outros domínios do saber jurídico e de outras áreas da investigação científica. Seria desejável que as conquistas do Direito Processual estivessem disponíveis para outros importantíssimos domínios que se dedicam a temas vinculados à normatividade e à legitimidade de suas formas de expressão, porque seguramente se pode afirmar que hoje ele tem muito a oferecer à sociedade.

No direito processual atual, concebido como sistema normativo, o processo já não pode ser reduzido a uma mera legitimação pelo procedimento¹², não porque se deva dispensar as formas, mas porque o processo já não é mais apenas um rito para justificar uma sentença. A estrutura jurídica que permitiu o desenvolvimento do conceito de processo construído sobre o contraditório é resultado de muitas conquistas históricas. O procedimento desenvolvido em contraditório entre os interessados na decisão final construiu-se não como uma forma de participação dos jurisdicionados para **justificar** um ato imperativo final do Estado, mas como garantia da participação dos detentores de interesses contrapostos, em **simétrica paridade**, para **interferir** na formação daquele ato.

O Direito Processual estuda as normas que disciplinam o correto exercício da jurisdição. A manifestação do poder jurisdicional passou por diversos regimes jurídicos no curso de sua história, e a grande conquista do Direito contemporâneo é a de que, para que as

(11) CÂNDIDO R. DINAMARCO, *op. cit.*, p. 219.

(12) Cf. NOBERTO BOBBIO, NICOLA MATTEUCCI E GIANFRANCO PASQUINO – *Dicionário de Política*, cit., ver especialmente os verbetes **Estabilidade Política**, de LEONARDO MORLINO, e **Estado Contemporâneo**, de GUSTAVO GOZZI.

liberdades se realizem dentro do Estado (e não fora dele, ou contra ele), o exercício do Poder se submete à disciplina do Direito. É por isso que não é absolutamente vazia a afirmação de que a jurisdição e o processo são conceitos jurídicos, e a ciência do Direito Processual não pode renunciar a seu papel de tornar esses conceitos e trabalhá-los à exaustão, porque estaria se negando a seu papel social de clarificar, de tornar visível e inteligível um tema de profunda importância para a sociedade.

A admissão de escopos metajurídicos da jurisdição e do processo pressupõe, necessariamente, a existência de três ordens distintas: a jurídica, a social e a política. Os escopos metajurídicos só poderiam ser entendidos, portanto, como escopos pré-jurídicos. Seria possível pensar-se logicamente nessa fase pré-jurídica em relação aos momentos de transformação, que preparam o advento de uma nova ordem jurídica. No momento que antecede a cristalização dos valores que serão acolhidos pelas **normas**, das ideologias que constituirão o conceito das **normas**, pode-se, por certo, pensar em escopos metajurídicos que serão postos no ordenamento jurídico pela **norma** que funda toda sua legitimidade. A recente experiência brasileira foi um verdadeiro laboratório para a observação da eleição das ideologias que iriam compor a nova ordem estabelecida, sob uma nova Constituição.

Uma vez que o ordenamento jurídico se institui e se consolida em normas, condutas e relações humanas, valoradas como lícito ou ilícito, como conduta devida e conduta que inobserva aquela estatuída como cânone valorativo, já não se pode mais cindir o ordenamento da sociedade para, paralelamente à ordem jurídica que ela instaurou, pensar-se em uma ordem social autônoma e em uma ordem política autônoma. Três ordens soberanas distintas não explicariam a soberania de uma nação, que não pode ser fragmentada. Ainda que se possa argumentar com a pluralidade de ordens jurídicas, em diferentes escalas, no meio social, elas estarão sempre **dentro** do ordenamento jurídico soberano, como ordens intra-estatais.

A ordem política e a ordem social têm o seu fundamento na ordem **jurídica**, existem dentro do ordenamento jurídico e sofrem a sua regulamentação. Supor o contrário seria o mesmo que se admitir a possibilidade de se afirmar que, na sociedade organizada, o poder se exerce dentro da lei e pela lei e que o poder não se exerce dentro da lei e pela lei. Já se percebe a impossibilidade de se manter as duas assertivas, pois mesmo no caso do abuso do poder, os limites da lei dão a medida para a qualificação de seu exercício abusivo. No Estado contemporâneo de Direito, o poder se exerce segundo a disciplina da lei, seja ela mais rígida ou mais elástica, conforme deixe ao Estado um

campo mais restrito ou mais amplo de decisão sobre a oportunidade e as formas de suas manifestações. O critério para a aferição dessa maleabilidade será sempre dado pelo Direito, pois é na sua lei **fundante**, na Constituição, que se encontram a estruturação dos órgãos do poder, a definição de sua competência e os direitos e garantias que limitam a sua atuação.

Os ordenamentos jurídicos contemporâneos têm dado um grande realce ao exercício da jurisdição e ao processo, que é o instrumento por excelência de sua manifestação. ITALO ANDOLINA e GIUSEPPE VIGNERA¹³ demonstram que já se pode falar em um modelo constitucional de processo formado, não mais apenas pela estrutura e organização do poder judiciário, mas também, em plano de igual importância, **pelas garantias processuais dos jurisdicionados**, ao lado das garantias do Poder Judiciário e dos juízes investidos na função jurisdicional. A importância da especial garantia da norma processual acolhida no plano constitucional já há mais de três décadas era ressaltada por RENZO PROVINCIALI¹⁴. As garantias constitucionais do processo são garantias da própria sociedade, enquanto se coloca como comunidade de jurisdicionados perante o Estado, que detém a sanção em sua universalidade. São garantias de que o Estado não invadirá o domínio dos direitos individuais e coletivos, se não for chamado a protegê-los, de que o Estado não instituirá juízos pós-constituídos, avocatória de que a privação dos bens da vida que o Direito assegura não se dará sem as formas de um processo devido e de que não se dará sem a participação e o controle dos destinatários do provimento em sua própria formação, de que não se dará sem a devida explicação aos jurisdicionados sobre os fundamentos de uma decisão que interfere em seus direitos e nas liberdades pelo direito asseguradas. Se as Declarações de Direito do século XVIII se preocuparam em criar as garantias políticas e criminais dos indivíduos perante o Estado, o século XX, já em fim de milênio, preocupa-se em **assegurar a aplicação daquelas garantias**, já ampliadas. Na base dessa preocupação desenvolveu-se também uma concepção mais ampla de liberdade e de dignidade dos homens e da sociedade. As relações sociais não são sempre harmônicas e a paz que pelo Direito se almeja não consiste em se abolir a existência dos conflitos, amordaçando-se o pensamento, negando-se as diferenças, para se aniquilar as divergências. O conflito é acolhido e reconhecido, abre-se o espaço para que ele se manifeste, e, do jogo do contraditório, formam-se as decisões

(13) Cf. ITALO ANDOLINA - GIUSEPPE VIGNERA - *Il Modello Costituzionale del Processo Civile Italiano, Corso di Lezioni*, Torino G Giappichelli Editore, 1990, *passim*.

(14) Cf. RENZO PROVINCIALI - *Norme Di Diritto Processuale Nella Costituzione*, Milano: Dott. A Giuffré-Editore, 1959, *passim*.

que interferem nos direitos individuais e coletivos, na vida da sociedade.

A idéia de processo é muito rica, mas o conceito de processo, como **estrutura normativa**, composta de normas e de atos, e do provimento final, é jurídico, como jurídico é o conceito de jurisdição como função ou atividade do Estado **sob a disciplina do Direito**.

Os chamados escopos metajurídicos, sociais e políticos, acolhidos em regimes diversificados, são, também, sem nenhuma dúvida, escopos jurídicos acolhidos nas ordens constitucionais que organizam a sociedade.

E assim, quando por exemplo se traz à colação o modelo socialista¹⁵, em que o processo inclui, em suas finalidades, a educação para o socialismo, não se pode deixar de considerar que tal finalidade está prevista na Constituição da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, de 07 de outubro de 1967.

Não há, pois, outra base na ciência do Direito Processual, para se afirmar a existência de escopos da jurisdição e do processo, como instrumento de sua manifestação, a não ser o próprio ordenamento jurídico, dentro do qual se acomodam as ideologias, e nesse caso, os escopos são todos jurídicos.

A reflexão sobre os chamados escopos pré-jurídicos do processo escapa, por certo, ao objeto de investigação do Direito Processual, como ciência que estuda a norma que disciplina a jurisdição. Entretanto, as contribuições que chegam de outras áreas são, como se disse, sempre bem-vindas, e tornam-se relevantes quando os elementos existentes em um momento pré-jurídico são investigados, identificados e apreendidos depois que são acolhidos pelo Direito e passam a integrá-lo.

Nesse plano a Ciência do Direito dispõe de estudos verdadeiramente preciosos, desenvolvidos sobre a ideologia, em suas várias formas de manifestação, pelo Professor WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA¹⁶, que demonstram que há uma **ideologia constitucionalmente adotada**, uma ideologia que pode ser apreendi-

(15) CÂNDIDO R. DINAMARCO reflete sobre ele em várias passagens de **A Instrumentalidade do Processo**

(16) Cf. WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA – Direito Econômico, São Paulo: Saraiva, 1980, pp. 32/49, 133 e s ; **Ideologia e Ordem Econômica**, in Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, vol. 30, nº 23/25, 1980/1982, pp. 132/154; **O Princípio Econômico no Discurso Constitucional**, in Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, nº 60/61, Jan./Jul. 1985, pp. 271/319, **A Experiência Brasileira da Constituição Econômica**, in Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, vol. 32, nº 32, 1989, pp. 59/96; **Poder Constituinte e Ordem Jurídico-Econômica**, in Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, vol. 30, nº 28/29, Nova Fase, 1985/1986, pp. 51/73 e Revista de Informação Legislativa, Brasília, vol. 23, nº 89, Jan./mai 1986, pp. 33/48.

da nos princípios constitucionais que estão na base de todo o ordenamento normativo.

A valoração da conduta, na sociedade democrática, é feita por ela própria, através dos processos admitidos na lei fundante da ordem jurídica, mas é assumida pelo Estado, que detém o Poder politicamente organizado pelo Direito.

Nos sistemas democráticos, que se caracterizam pelo pluralismo, em diversos planos de atuação da liberdade, que se desdobra em liberdades **no** Estado e **perante** o Estado, em liberdades privadas e públicas, individuais e coletivas, a investigação da ideologia constitucionalmente adotada pode gerar a questão para a qual a doutrina tem despertado a atenção, a das chamadas antinomias constitucionais – a convivência de princípios divergentes e contraditórios dentro da mesma ordem instituída, declarados em sua própria base de legitimação.

Os princípios “divergentes” do texto constitucional são extraordinariamente significativos, quando se pensa no pluralismo admitido na sociedade, para cuja vida a Constituição se volta. Os princípios contraditórios exprimem uma pluralidade de valores, e se a sociedade é pluralista, e não monolítica, a verdadeira contradição lógica se daria pela sua inexistência.

É por esse ângulo que se pode entender que o princípio do contraditório integra a vida social e se realiza plenamente na sociedade, o que torna o seu desenvolvimento um verdadeiro processo, quando suas questões são resolvidas com a verdadeira participação de um povo livre. Nem por outro motivo o modelo renovado de processo, do Direito Processual, como apontou FAZZALARI, nas Institucionais, tem se expandido para os setores das deliberações privadas, porque nenhum outro se mostrou mais adequado para a salvaguarda das liberdades.

Ao se admitir a separação entre o direito material, para cuja **apreciação** o processo se desenvolve, nos casos em que o jurisdicionado pede a proteção do Estado, arguindo sua lesão ou ameaça, e o direito processual que disciplina o exercício do **poder** jurisdicional que, através do processo, apreciará o pedido e emanará o provimento, não se pode confundir a finalidade do processo com as diversificadas finalidades do direito material, ou substancial.

E o escopo do processo, compreendido em toda a extensão e profundidade em que se pode entender o princípio do contraditório, ressurgirá de sua instrumentalidade técnica. Não é ela pequena, estreita ou dispensável; ao contrário, é profunda e necessária.

E o escopo permite que as partes recebam uma sentença, não construída unilateralmente pela clarividência do juiz, não dependente

dos princípios ideológicos do juiz, não condicionada pela magnanimidade de um fenômeno Magnaud, mas gerada na liberdade de sua participação recíproca, e pelo recíproco controle dos atos do processo.

O escopo do processo, como procedimento desenvolvido em contraditório entre as partes, na preparação de um provimento que irá produzir efeitos na universalidade dos direitos de seu destinatário, é a preparação **participada** da sentença.

Os resultados dele não são desprezíveis. Por ele os homens e a sociedade, dotados de liberdade e de dignidade poderão saber que têm um direito assegurado, que não são condenados e não têm seus supostos direitos rejeitados em nome de qualquer outro nome, a não ser em nome do Direito, do Direito que a própria sociedade formulou e do Direito cuja existência foi por ela consentida.

As práticas caóticas, e as aventuras experimentais, sem maiores compromissos com a fundamentação, quando se destinam a influir no campo social, atingindo liberdades, têm provocado ingentes sofrimentos, muitos deles irremediáveis.

O conhecimento fundamentado e só conhecimento fundamentado permite que seja afastado o argumento autoritário que não se explica senão pela força que o sustenta e enquanto o sustentar.

A ciência do Direito Processual, não traça normas para a sociedade, tal como a racionalidade lógica da ciência não é jamais normativa. Mas ela pode ampliar os horizontes da liberdade, possibilitando que haja verdadeira escolha, lúcida e inteligível, entre opções possíveis, da utilização que a sociedade puder fazer dos resultados de suas investigações.