

BASES PARA UM PENSAMENTO CONTEMPORÂNEO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL*

Cassio Scarpinella Bueno

Sumário: 1. Introdução; 2. Notícia histórica do estudo científico do direito processual civil; 3. Elementos da fase contemporânea do estudo científico do direito processual civil; 4. Conclusões.

1. Introdução

A propósito da mais que oportuna provocação feita pelo Exmo. Sr. Ministro Athos Gusmão Carneiro, na qualidade de Presidente do Conselho do Instituto Brasileiro de Direito Processual, sobre quais devem ser as atuais bases para um pensamento científico do direito processual civil, passados 50 anos da fundação daquela Instituição, tomo a liberdade de expor aos colegas e leitores em geral algumas das considerações que, a este específico respeito, teço no vol. 1 do meu “Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil” publicado pela Editora Saraiva de São Paulo, em especial no Capítulo 2 da Parte I daquele volume, voltado, precisamente, ao “Estudo do direito processual civil na atualidade”, encarecidas, como não poderia deixar de ser, por outras citações e reflexões que se fazem importantes ao desenvolvimento desse trabalho.

2. Notícia histórica do estudo científico do direito processual civil

Importa para o tema presente evidenciar, ainda que em breves linhas, a evolução do pensamento do direito processual civil, isto é, seu “estudo científico”, porque é a transformação deste pensamento ao longo do tempo que se apresenta como um dos fatores determinantes para compreender, na atualidade, as diretrizes mais amplas do direito processual civil como um todo. Elas refletem, de outra parte, a própria modificação do direito legislado, razão pela qual a apresentação de sua síntese é providência inafastável. Elas permitem, por fim, uma melhor identificação das razões de uma *renovada* forma de pensar, estudar e, conseqüentemente, *sistematizar* o direito processual civil.

Ao longo dos séculos, o direito processual civil passou por diversas fases voltadas precipuamente para sua afirmação científica e para a fixação de seu objeto e método. Não é o caso de expô-las. É suficiente o destaque de que, nas suas origens, concebia-se o direito processual civil como um mero apêndice do próprio direito material (o direito substancial controvertido), assim, por exemplo, com as regras de direito civil, regentes das atividades de dois indivíduos. Os institutos do direito processual civil não encontravam, ainda, configuração própria, sendo tratados, muito mais, como reflexos ou desdobramentos necessários, usuais, das

*. Original publicado em CARNEIRO, Athos Gusmão. CALMON, Petrônio (org.). *Bases científicas para um renovado direito processual*. 2ª edição. Salvador: Jus Podium, 2009, páginas 375-386.

próprias regras de direito substancial. Esta primeira “fase”, usualmente denominada “sincrética”, ocupou a maior parte da história do direito processual civil.

Fase *sincrética* é um nome que bem descreve a postura do estudioso do processo civil de então. Faltavam-lhe elementos mínimos para *separar*, para *distinguir*, as normas processuais civis e, conseqüentemente, o próprio direito processual civil das normas de outra qualidade, de outra categoria, as normas substanciais. Os planos do direito material e do direito processual não conseguiam ou, mais do que isto, não conseguiram ser vistos e analisados separadamente ao longo do largo espaço de tempo que embasou esta diretriz científica.

A doutrina reconhece sem maiores discussões ser a obra de Oskar von Bülow, *Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias*, que veio a público em 1868, o marco histórico da emancipação do estudo científico do direito processual civil.¹ Foi nela, com efeito, que o autor alemão identificou a natureza jurídica do processo como algo *distinto* da natureza jurídica daquilo que está contido nele ou que é veiculado por ele. Uma realidade jurídica é o processo; outra, bem diversa, é o direito material (controvertido) inserido nele. A natureza jurídica do processo é de direito *público*; a relação jurídica de direito material nele inserida não necessariamente.

O que caracteriza o pensamento do processualista civil desta fase é o alto grau de *autonomia* (por isto, “fase autonomista”, às vezes chamada de “fase científica”) entre o “direito processual civil” e as demais normas jurídicas. A separação entre os planos material e processual permite que o estudioso do direito processual civil desta fase consiga ver, com clareza, o que caracteriza e justifica, como tal, o direito processual civil e o que são as normas de direito material que, controvertidas, impõem a atuação do Estado-juiz.

É ao longo desta fase — que, para fins tão-somente ilustrativos, ocupou o período que vai de 1868 (levando em conta a obra de Bülow) até os fins da década de 1950 — que o estudo do direito processual civil se desenvolveu e que todos os seus institutos foram, com solidez, traçados. Conceitos como “ação”, “processo”, “relação jurídica processual”, “condições da ação”, “pressupostos processuais” — que, até hoje, são referenciais obrigatórios para se estudar o direito processual civil — foram todos traçados e desenvolvidos ao longo daqueles aproximadamente cem anos.

A premissa científica adotada pelas escolas “autonomistas”, contudo, acabou por conduzir o estudo do processo civil para algo muito distante da realidade, muito distante do direito material controvertido e, por isto mesmo, acabou por transformá-lo ou, quando menos, criar condições para transformá-lo em uma ciência pouco prática ou, menos que isto, extremamente difícil de ser colocada em prática.

Não há razão para criticar o que, analisado com os olhos de hoje, pode parecer errado ou exagerado. Todas as escolas que se voltaram a estudar “cientificamente” o direito processual civil, *isolando-o* dos demais ramos do direito e, de forma bem ampla, do direito material,

¹ Cf. Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, 22ª edição, São Paulo, Malheiros, 2006, p. 295-296.

negando qualquer grau de interferência entre um e outro plano, apenas aplicaram as premissas mais amplas do pensamento jurídico reinante de sua época. Limitaram-se a reagir a escolas passadas em busca de respostas e de soluções que então se impunham para melhor entender o ambiente do “direito processual civil” a partir de uma ótica de direito, de Estado e de pensamento jurídico então reinante. Não se pode, até mesmo, desprezar que o isolacionismo entre os planos material e processual justificou-se, até mesmo, como forma de tornar *científico* o posto daquele que se voltava a analisar o “direito processual civil”, deixando cair por terra, com esta iniciativa, a pecha de “praxistas”, nome que ao longo da formação do que se convencionou chamar de “processo comum” (ou “processo romano-canônico”), na Idade Média, era reservado para descrever o comportamento dos que estudavam as fontes romanas (com as influências germânicas e bárbaras que a elas foram incorporadas), buscando não só entendê-las mas, muito mais do que isto, justificar os usos e os costumes do processo de então e resolver problemas eminentemente *práticos*.

Tanto assim que várias escolas que se voltaram historicamente ao chamado “estudo científico” do direito processual civil nem sempre se ocuparam ou conseguiram fixar premissas sólidas o suficiente que explicassem o “direito processual civil” como um todo mas, quando muito, para explicar determinados *elementos* (partes, portanto) que o compõem. Assim, apenas para ilustrar, as variadas escolas voltadas ao estudo do “direito de ação” nem sempre conseguem satisfatoriamente explicar a natureza jurídica do *processo*, embora, de uma forma ou de outra, não negassem que “ação” e “processo” pudessem, de alguma maneira, relacionar-se.

As diversas escolas voltadas a explicar o fenômeno “processo”, de sua parte, quiseram reduzir o “direito processual civil” a ele, como se “processo” fosse sinônimo de “direito processual civil”. Que o “processo” é instituto *fundamental* do “direito processual civil” não há espaço para duvidar. Não se trata, contudo, de instituto *bastante*. O estudo do “direito processual civil” vai além do estudo do “processo”. Não é por outra razão, aliás, que importa repetidamente ressaltar esta *necessária* distinção: não há sinonímia entre aquela palavra e aquela expressão; o que há entre elas, bem diferentemente, é a mesma relação que existe entre o *conjunto* e uma de suas *partes* integrantes.

Não há, de qualquer sorte, por que desprezar ou minimizar os avanços fundamentais que aqueles aproximadamente cem anos de evolução do pensamento do direito processual civil significaram para a compreensão do que, mais recentemente, vem prevalecendo em termos de postura metodológica inafastável diante do estudo do direito processual civil. Se, é certo, o alto grau de *tecnicismo* desenvolvido naquela fase significou um certo distanciamento — uma certa “alienação”, até mesmo —, do direito processual civil (e, por certo, do próprio processualista) da realidade externa ao “processo” (o “plano material” compreendido de forma bastante ampla), foi naquele curto espaço de tempo que se viabilizou com toda a segurança necessária a distinção das normas *substanciais* e das normas *processuais*.

O pensamento contemporâneo do direito processual civil busca corrigir os *excessos* de suas fases anteriores. Se já não duvida da *autonomia* do direito processual civil em relação a

quaisquer outros grupos de normas jurídicas, isto não quer significar que os estudos do direito processual civil possam desconsiderar a realidade que é *externa* ao próprio processo, à própria atuação, sempre necessária, do Estado-juiz. Volta-se, esta fase contemporânea, a fazer ver o processualista que o “direito processual civil” tem finalidades, exteriores a ele, que têm que ser alcançadas. Os elementos externos ao processo, direta ou indiretamente, relacionam-se intimamente com as suas finalidades, com a sua própria razão de ser e, por isto, não podem ser simplesmente deixados de lado. Eles passam, por isto mesmo, a integrar a pauta do processualista desde meados da década de 1960 e, de forma muito mais aguda, com os olhos voltados para a doutrina brasileira, de meados da década de 1980 para cá.²

No pensamento contemporâneo do direito processual civil, tem prevalecido o entendimento de que o estudo científico do direito processual civil deve evitar os excessos ou os extremos das fases anteriores e que eles devem ser extirpados em nome de uma melhor e mais adequada compreensão do papel a ser desempenhado pelo direito processual civil. Assim, de uma concepção em que o processo confunde-se com o direito material e, no pólo oposto, de uma concepção de que o direito processual civil não guarda nenhuma relação com o direito material, que é arredo a ele, passa-se a uma reflexão *conjunta* destes dois planos do ordenamento jurídico, conjugando os acertos das fases e das escolas anteriores. Ao entendimento de que o direito processual civil *não se confunde* com o direito material, segue-se a concepção do necessário *entrosamento* entre o direito material controvertido, veiculado no processo, e sua própria estrutura, sua própria razão de ser. Entender o processo como método de atuação do Estado Democrático de Direito, e, neste sentido, algo completamente distinto do conflito que é levado ao Poder Judiciário para resolução, não significa dizer que os contornos deste conflito não possam, em alguma medida, ser úteis ou, até mesmo, indispensáveis para compreender, quando menos, algumas das finalidades do direito processual civil e, vale a ênfase, da própria compreensão de vários de seus institutos, inclusive do próprio *processo*.

O próprio art. 462 do Código de Processo Civil ocupa-se da hipótese ao expressamente admitir que fato “novo”, isto é, ocorrido depois da provocação inicial da jurisdição (do início do *processo* ou, como se lê no dispositivo, da “propositura da ação”), deverá ser considerado pelo magistrado no momento de decidir ou, como está escrito no texto da lei, “no momento de proferir a sentença”. O dispositivo, destarte, ocupa-se da necessária *comunicação* que deve existir entre os planos “material” e “processual” ao longo de toda a atuação do Estado-juiz, isto é, ao longo de todo o *processo*.

A patente distinção entre direito material (substancial) e direito processual civil não significa dizer que o direito processual civil não seja verdadeira e inevitavelmente *alimentado* pelo direito substancial para realizar adequadamente a sua finalidade, que é a de realização (forçada, se for o caso) das regras residentes naquele outro plano. Não como uma realização tecnicista, automática, despreocupada com os verdadeiros destinatários das normas jurídicas, as pessoas e o Estado, mas, de qualquer sorte, e para os fins presentes da exposição, uma

². A obra fundamental, nas nossas letras jurídicas, para essa demonstração, é a de Cândido Rangel Dinamarco, *Instrumentalidade do processo*, que, em 2008, ganhou a sua 13ª edição, pela Editora Malheiros de São Paulo.

realização *forçada* de normas jurídicas em substituição à atuação daqueles que, por qualquer razão, frustraram expectativas alheias. Não há exagero nenhum em afirmar, por isto mesmo, que a relação entre os planos material e processual é de verdadeiro *conteúdo e continente*: o direito material (substancial) é *veiculado* pelo direito processual civil para o Estado-juiz para que as relações por ele regidas sejam adequadamente compostas e realizadas.³

À falta de um melhor nome para descrever o pensamento contemporâneo atual e para evitar, a todo custo, empregar o nome de uma das variadas escolas que, de uma forma mais ou menos concertada, buscam analisar o direito processual civil a partir do mesmo ângulo de vista, a opção é a de tratar este período como a “fase *contemporânea* do pensamento do direito processual civil”.

3. Elementos da fase contemporânea do estudo científico do direito processual civil

O número anterior tem como objetivo único contextualizar os largos quadros do pensamento do direito processual civil na atualidade. Ele não pretendeu *descrever* as diversas etapas que se passaram, desde o direito romano, para o desenvolvimento do estudo do direito processual civil. É suficiente a *constatação* de que o ângulo de análise mais adequado para o estudo, a compreensão e, pois, a *sistematização* do direito processual civil é o da compreensão de que o processualista tem que ter presente a distinção entre os planos do direito *material* e do direito *processual* e também que o “processo”, como método de atuação institucional do Estado-juiz, tem finalidades próprias a serem atingidas na realização do direito material controvertido.

A distinção entre aqueles dois planos não deve significar repúdio a inescindíveis, até porque *indispensáveis*, pontos de contato entre um e outro plano de normas. A afirmação e a reafirmação da autonomia científica no estudo do direito processual civil não precisam negar que há *comunicação* entre aqueles diversos planos. Houve justificável razão histórica, política, até mesmo científica para tanto. Não mais, contudo. O que há, a bem da verdade, é um verdadeiro “sistema de vasos-comunicantes” entre os planos do direito material e do direito processual civil que, se é certo, mantém a existência *autônoma* de cada um daqueles planos, autoriza um pensar *conjunto* nas mais diversas perspectivas e possibilidades. O direito processual civil alimenta-se necessariamente das normas existentes no plano material e tem em mira, no seu próprio funcionamento, a devolução, àquele plano, das mesmas normas, devidamente filtradas e concretizadas pela atuação necessária e indispensável do Estado-juiz. A ênfase do estudo do direito processual civil na atualidade repousa em uma necessária e saudável *simbiose* entre a compreensão destes planos de normas jurídicas, portanto.

Há mais, contudo: o direito processual civil não pode ser compreendido como algo solto, perdido, no tempo e no espaço, como se ele valesse por si só, como se ele fosse “só” uma

³. Para o desenvolvimento dessa noção, de necessária relativização do “direito *material*” e do “direito *processual*”, v. a obra de José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*, 4ª edição, Malheiros, São Paulo, 2006.

“disciplina jurídica”, “só” um “ramo do direito” distinto dos demais, como se ele tivesse existência própria, independentemente de quaisquer prescrições normativas, de quaisquer realidades políticas e jurídicas vigentes em determinados espaços de tempo em determinados lugares. A falta de percepção de que as “coisas” *do* direito só existem *no* direito e, com ele, variam aos sabores das ideologias reinantes em cada ordenamento jurídico é responsável por desvios de toda a ordem. Não há “direito processual civil” e nenhum de seus institutos na natureza, fora do “ordenamento jurídico”. Ele existe, apenas, no plano jurídico, embora — e é disto que o pensamento contemporâneo do direito processual civil tem se ocupado — ele se volte para o mundo não-jurídico, exterior, externo a ele próprio.

É por isto que convém evidenciar desde logo que os elementos do direito processual civil, cada um de seus diversos institutos, derivam, com inegável intensidade, a bem da verdade, em primeiro plano e diretamente do próprio modelo de Estado vigente em cada ordenamento jurídico. Como o modelo de Estado brasileiro é “Democrático e de Direito”, como se trata, o Estado brasileiro, de um “Estado Constitucional”, não há como olvidar que os *meios* pelos quais o Estado atua (e o Estado atua *processualmente*) também são regulados pela ordem jurídica e, desta forma, esta regulação afeta toda a compreensão do que “é” e do que “deve-ser” o próprio direito processual civil, passando por todos os seus institutos.⁴ As relações entre os planos material e processual, destarte, aparecem inegavelmente qualificados na perspectiva contemporânea.

Não se trata, apenas, de verificar em que condições o “direito material” será realizado concretamente, mas também verificar em que condições o Estado-juiz pode impor com autoridade a solução para o reconhecimento do direito controvertido, tenha ele sido já lesionado ou ameaçado. Não é suficiente para o processualista atual constatar que o direito material controvertido será *realizado* no processo. É mister verificar também sob quais condições esta realização dar-se-á.

A parcela do ordenamento jurídico que soberanamente impõe as finalidades a serem atingidas pelo Estado brasileiro é a Constituição Federal. É por isto que tanto os seus *fins* como também a forma de atingi-los, isto é, seus *meios*, têm que ser extraídos, em primeiro plano, daquele corpo normativo. Eis a importância de o direito processual civil ser estudado o que pode e deve ser chamado a partir de seu “modelo constitucional”, expressão que deve ser compreendida amplamente para compreender todas as diretrizes que, desde a Constituição,

⁴ Piero Calamandrei (“La relatividad del concepto de accion” in *Estudios sobre el proceso civil*, tradução de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, p. 132-160) e Riccardo Orestano (“L’azione in generale” in *Enciclopedia del diritto*, IV, Giuffrè, Milano, 1959, p. 786-788), a propósito da realização de célebres e consagrados estudos sobre a “ação” enfatizam a noção da *relatividade* e do *condicionamento histórico* e, até mesmo, *político* do tema, iniciativas aplaudidas por Elio Fazzalari no verbete “Azione civile (teoria generale e diritto processuale)” do *Digesto delle discipline privatistiche – sezione civile*, Torino, UTET, 1991, vol. 2, p. 31-32 e em suas *Instituições de direito processual*, tradução de Elaine Nassif, Campinas, Bookseller, 2006, p. 501-506.

influenciam e determinam a compreensão do direito processual civil e de cada um de seus institutos.⁵

Neste contexto, o *processo, método* de atuação do Estado, no sentido de *técnica* que deve ser utilizada pelo Estado-juiz para prática e exteriorização de sua “vontade” (uma vontade vinculada a determinados fins preestabelecidos, uma “vontade funcional”, em sentido técnico), de seus atos em cada caso concreto, é forma de garantir que este equilíbrio entre “meios” e “fins” seja adequadamente alcançado. Seja porque é *técnica* de colocar lado a lado a autoridade estatal (o magistrado) e os destinatários diretos e indiretos do ato a ser praticado, seja porque impõe à autoridade estatal (o magistrado) o dever de atuar publicamente e motivadamente. O processo, desse prisma de análise, garante o indispensável equilíbrio entre “autoridade” e “liberdade”; garante o equilíbrio entre os seus “resultados” e a “técnica” que o impõe e o que justifica em um modelo de Estado como o brasileiro.

A “constitucionalização” do direito processual civil não se esgotado, contudo, apenas na sua compreensão como método de atuação do próprio Estado. É inegável que o pensamento jurídico considerado como um todo atravessa uma sensível alteração de *pólo metodológico* com a que vem sendo chamada de “abertura” da norma jurídica. De um ordenamento jurídico claramente “hermético”, em que a “lei” deixava pouco ou nenhum espaço para ser preenchida pelo seu intérprete e aplicador, passou-se, gradativamente, a uma textura de ordenamento jurídico completamente diversa, em que o legislador, consciente de que não tem condições de prever com exatidão todas as situações das complexas relações sociais e estatais da atualidade, permite, expressamente, que o intérprete e o aplicador do direito *criem a melhor solução para cada caso concreto*. E não só: alteração de pólo metodológico que elege, conscientemente, não a *lei* como referencial normativo basilar e bastante mas a *Constituição* e toda a dogmática relativa aos direitos fundamentais.⁶

Uma rápida análise que se faça do Código Civil (Lei n. 10.406/2002), em comparação com o Código Civil revogado, Lei n. 3.071/1916, demonstra o acerto da afirmação. De uma lei que buscava, exaustivamente, descrever as hipóteses de incidência normativa e suas conseqüências, passou-se a um modelo normativo em que as hipóteses de incidência e as conseqüências jurídicas respectivas são menos claras, estão para “ser construídas” no dia-a-dia da aplicação do direito. Qual é a conseqüência jurídica de um contrato violar o chamado “princípio da probidade ou da boa-fé contratual” (art. 422 do Código Civil)? O contrato é nulo como um todo? Algumas de suas cláusulas é que devem ser declaradas nulas? Se sim, quais

⁵. Para o ponto, a influência da obra de Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera, *Il modello costituzionale del processo civile italiano: corso di lezioni*, Torino, Giappichelli, 1990 é inegável. A premissa, contudo, não é alheia às obras clássicas dos nossos processualistas. Dentre tantas remissões bibliográficas pertinentes, v. José Frederico Marques, *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*, Campinas, Millennium, 2000, p. 3-15 e a pesquisa feita no meu *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, 2ª edição, São Paulo, Saraiva, 2008, p. 47, nota 11.

⁶. Para essa demonstração, com ampla pesquisa bibliográfica, v. o meu *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, cit. p. 41-53, e o meu *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*, vol. 1, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 57-61.

cláusulas? O magistrado pode, sem pedido específico dos interessados, reconhecer esta nulidade?⁷

No âmbito do direito público, as questões, a par de serem representativas do mesmo fenômeno, não são menos complexas. Pode o magistrado acolher pedido feito pelo Ministério Público para determinar a entrega de medicamentos a pessoas que sofram de determinada doença para fazer cumprir o art. 196 da Constituição Federal, segundo o qual “a saúde é direito de todos e dever do Estado”? Faz diferença que exista alguma lei específica que determine a aquisição, pelo Estado, daquele medicamento? E se o medicamento for daqueles que não estão, ainda, homologados ou autorizados pelas autoridades brasileiras competentes? Em suma: até que ponto o Estado-juiz pode contrastar, para declará-las erradas, corrigi-las ou implementá-las concretamente, as políticas públicas?⁸

E no que diz respeito especificamente ao direito processual civil, quais são as “medidas necessárias” que pode o magistrado adotar para a efetivação da “tutela específica” ou a obtenção do “resultado prático equivalente” nos termos do § 4º do art. 461? O dispositivo estaria a se contrapor ao “princípio da *tipicidade*” que por tanto tempo caracterizou, como tais, as atividades jurisdicionais executivas?⁹

Estas questões, formuladas apenas com intuito ilustrativo, buscam demonstrar a riqueza do tema e a circunstância de elas não poderem ser desconsideradas pelo processualista civil no trato de sua própria matéria. Esta verdadeira “mutação de paradigma normativo” afeta também o “ser” ou, o que parece mais correto, o “dever-ser” do processo em específico e do direito processual civil como um todo. Vale o destaque de que estas considerações não dizem respeito, apenas, ao tema relativo à *interpretação* do direito. Até porque, fosse assim, seria desnecessária sua referência em um trabalho relativo ao direito processual civil. O que releva indicar é que um novo “padrão” da norma jurídica acaba por afetar a própria forma de compreender o direito processual civil e o papel que ele deve desempenhar no ordenamento jurídico da atualidade, inclusive no que diz respeito à atuação do próprio magistrado e de seu relacionamento com as partes e eventuais intervenientes processuais.

Se, por força dos novos horizontes do direito, a compreensão do ordenamento jurídico está sensivelmente alterada, não há como negar que esta mesma renovada *compreensão* — com todos os seus avanços e com todas as suas incertezas — afete o próprio modo de se pensar o direito processual civil em todos os aspectos. A *comunicação* e a *simbiose* dos planos material e processual referidas pelos parágrafos anteriores conduzem, necessariamente, a esta conclusão.

Assim, é inescandível que as bases para o pensamento contemporâneo do direito processual civil devem assumir, para todos os fins, estas considerações:

⁷. Para respostas, dentre outros, v. as considerações feitas por Judith Martins-Costa em seu *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

⁸. Para respostas, dentre outros, v. as considerações feitas por Américo Bedê Freire Jr. em seu *O controle judicial de políticas públicas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

⁹. Para respostas, dentre outros, v. as considerações que lanço em meu *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva*, vol. 3, São Paulo, Saraiva, 2008, p. 22-23 e 412-422.

(a) O direito processual civil relaciona-se com o direito material. Comunicam-se necessariamente o plano material e o plano processual. A mais adequada compreensão do direito processual civil depende da perfeita compreensão destes dois “planos” de normas.

(b) O direito processual civil é disciplina voltada ao estudo do “direito público” ou, de forma menos genérica e, por isto mesmo, mais precisa, ao estudo de uma das formas de atuação do próprio Estado, do exercício da função jurisdicional. Importa, destarte, saber qual é o *modelo político* de Estado que será implementado na e pela sua própria atuação, quais são as finalidades a serem atingidas no desenvolvimento da “função *jurisdicional*”. Tais diretrizes devem ser extraídas, em primeiro lugar, da Constituição Federal.

(c) As normas jurídicas que vêm sendo produzidas tendem a reservar, ao seu aplicador — inclusive ao magistrado — maior liberdade, inegável necessidade de valoração, fundamental participação e construção à luz das necessidades de cada caso concreto. E mais: a compreensão de que todo o Direito — não só o “direito processual civil” — deve ser *conformado* à ordem constitucional (a um específico “modelo constitucional”) é fonte, por si só, de uma revolução na forma de compreender, entender, aplicar e sistematizar o direito processual civil como um todo. Detectar a existência de “direitos fundamentais” no plano normativo, importante a ressalva, é impor que o processualista e o operador do direito processual civil voltem-se à sua realização *no e pelo* processo jurisdicional.

4. Conclusões

A realidade material, destarte, impõe a inadiável reflexão sobre um “direito processual civil” que realize adequadamente os valores do Estado Democrático de Direito brasileiro e que, ao mesmo tempo, realizem adequadamente os anseios dispersos pelo e no ordenamento jurídico substancial, sendo indiferente que ele se mostre *individual* (como é da tradição e do desenvolvimento histórico do direito) ou *coletivamente*.

Compartilhadas as considerações que ocupam os números anteriores, importa verificar que elas não conduzem à necessidade de um novo Código de Processo Civil. É suficiente que ele seja, como vem sendo feito (e bem), *adaptado* a específicas novas situações que surgem para o direito (como um todo) e que, por serem novas, reclamam novas soluções e tanto quanto elas, novas abordagens.¹⁰

É o que se dá, por exemplo, com relação aos novos meios eletrônicos de comunicação. É impensável, à luz da tecnologia atual, um *processo* que desconheça a internet. É em boa hora que se vê, portanto, os avanços que vêm sendo incorporadas no dia-a-dia do foro no campo do já chamado “processo eletrônico”, regulado precipuamente pela Lei n. 11.419/2006. A mesma

¹⁰. Bem ilustrativo da afirmação do texto é o cuidado da Lei n. 11.232/2005, que teve origem no Instituto Brasileiro de Direito Processual, com a nova disciplina da execução judicial das obrigações de pagar quantia, dispondo-a em dois novos Capítulos, o IX e o X, no Título VIII do Livro I do Código de Processo Civil, voltados, respectivamente, à “liquidação de sentença” e ao “cumprimento da sentença”. Para o assunto, v. o meu *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, vol. 1, 2ª edição, São Paulo, Saraiva, p. 3-35.

agilidade e segurança que determina o fechamento de um grande negócio entre duas empresas no ambiente virtual deve acompanhar a *forma* de resolução deste conflito, mesmo quando o meio de resolução se dá no ambiente do próprio Estado e do desenvolvimento de sua função jurisdicional.

Outro exemplo ilustra significativamente a afirmação do penúltimo parágrafo: por que tantas críticas com relação à chamada “penhora *on line*”? Como deixar de entender que ela nada mais é do que a penhora em dinheiro realizado *eletronicamente* como ampla e expressamente admite o art. 659, § 6º, e, especificamente, disciplina o art. 655-A? As críticas que, em geral, são dirigidas à *forma* pela qual são praticadas àquele ato, não podem tratar indistintamente duas situações totalmente diversas: os avanços tecnológicos que *devem ser* colocados à disposição do Poder Judiciário e as dificuldades porventura existentes com relação ao uso e à adoção destas novas tecnologias.

Tanto mais pertinentes as considerações dos parágrafos anteriores porque a concepção de um “Código de Processo Civil” — novo ou velho — não pode adotar a palavra no seu sentido clássico, oitocentista, de uma proposta de consolidação suficiente do direito vigente, arredio ao inegável poder *criativo* dos juízes na interpretação das leis materiais e processuais. Um Código de Processo Civil na atualidade só pode ser entendido, mesmo que viesse com roupagem totalmente nova, como mero repositório normativo geral de determinadas normas jurídicas que, no particular, voltam-se a disciplinar o exercício de uma das funções estatais, a *jurisdicional*. Desde as modificações introduzidas no Código de Processo Civil pelas Reformas de 1994 é que, rigorosamente, não há mais espaço para se falar, no sentido tradicional, em um *Código* de Processo Civil.¹¹ Como justificar *no Código* de Processo Civil de 1973, assumidas as opções que ele fez, institutos como a “tutela antecipada” (arts. 273 e 461, § 3º) ou como o “cumprimento de sentença” (arts. 475-J a 475-Q) em meio ao que ele chama — e não por acaso — um “processo de conhecimento”?¹²

Melhor do que novos Códigos ou novas compreensões (teóricas ou, mais amplamente, filosóficas) de Código, destarte, é assumir que importa buscar um norte seguro para a interpretação do corpo de normas genéricas sobre direito processual civil que temos. E esta diretriz só pode ser, à luz do que foi exposto no número anterior, o “modelo constitucional do direito processual civil”. É pelo “modelo constitucional do direito processual civil” que se deve buscar uma verdadeira reconstrução das *estruturas* e de toda a *dogmática* da disciplina, voltada não só a si própria — como pareceu suficiente e necessário aos autores do passado, como

¹¹. Para essa demonstração, v. meu *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 1, cit., esp. p. 80-82 e, mais amplamente, com rica pesquisa bibliográfica, meu *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, cit., p. 9-39.

¹². É confrontar a afirmação do texto com o que se lê no n. 11 da Exposição de Motivos do nosso Código de Processo Civil, assinada por Alfredo Buzaid, que assume, para todos os fins, a noção “sancionada pela dogmática do processo civil moderno”, de que as matérias relativas ao “processo de conhecimento”, ao “processo de execução” e ao “processo cautelar” correspondem à “função jurisdicional de conhecimento”, “de execução” e “cautelar”, respectivamente. E mais: que “o processo cautelar foi regulado pelo Livro III, porque é um *tertium genus*, que contém a um tempo as funções do processo de conhecimento e de execução”.

destacado pelo n. 2, *supra* — mas também — e principalmente — às finalidades da atuação jurisdicional do Estado.¹³

A respeito do “modelo constitucional do direito processual civil”, importa trazer à baila assunto sensível e muito pouco tratado pela doutrina especializada e que parece colocar novas luzes ao tema que interessa ao desenvolvimento desse trabalho: não seria hora de os legisladores *estaduais*, levando em conta as patentes peculiaridades de cada Estado brasileiro — não só culturais, econômicas e políticas mas, também, de conformação da Justiça e do orçamento de cada Tribunal de Justiça — a diretriz dos arts. 22, I, e 24, XI, da Constituição Federal que, com nitidez, distingue as normas de *processo* das normas de *procedimento*? Não seria hora em pensarmos, todos, em “Códigos” de *procedimentos civis*?¹⁴

Certo que as questões conduzem a muitas outras, a começar pela busca de um critério que seja suficientemente aceito com uniformidade pela nossa doutrina (e pela doutrina estrangeira) sobre o que distingue *processo* de *procedimento*.¹⁵ Mas, para tanto, seria desarrazoado levar em consideração, para o *início* desta específica (e inadiável) discussão, o critério adotado pelo próprio Código de Processo Civil a partir de seu art. 272 e respectivo parágrafo único? Até porque, para aqueles Estados que não pretenderem criar os seus próprios *procedimentos*, que melhor retratem a possibilidade da atuação de seu próprio Judiciário, haverá sempre o resguardo da lei federal, o Código de Processo Civil e a legislação processual civil extravagante *federal* nos termos dos parágrafos do art. 24 da Constituição Federal.

Por fim, mas não menos importante: diferentemente do que ocorria há cem anos atrás, nenhum processualista que se ocupar e preocupar com a realização dos direitos devidamente reconhecidos existentes em uma dada decisão jurisdicional será acusado de não discernir adequadamente entre os planos substancial e processual, quiçá, um imanentista ou um concretista ultrapassado. Pelo contrário: o processualista civil que assim agir estará aplicando adequadamente o norte de sua disciplina revisitada, estará indicando, mesmo que inconscientemente, que o instrumento sobre o qual se debruça, tem finalidades a serem atingidas e que estas finalidades localizam-se fora dele, não se confundido com ele. Não é hora de se falar de um “neo-concretismo” que volte-se à aplicação do lema Chiovendiano de que o “processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e

¹³. É esta a preocupação nodal do desenvolvimento do meu *Curso sistematizado de direito processual civil* em seus diversos volumes. No vol. 1, dedicado à “teoria geral do *direito processual civil*” (e não do “processo”, pelas razões expostas anteriormente), v., a propósito, a demonstração que ocupa as páginas 83 a 242.

¹⁴. Para o desenvolvimento dessa constatação, v. o meu *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 1, cit., p. 471-474. Proposta recente sobre uma adequada utilização da distinção inclusive para viabilizar uma necessária *flexibilização* dos procedimentos está em Fernando da Fonseca Gajardoni, *Flexibilidade procedimental (um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual)*, vitoriosa tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no ano de 2007 sob orientação do Prof. Dr. Carlos Alberto Carmona.

¹⁵. E, para tanto, a proposta de Arruda Alvim, *Manual de direito processual civil*, vol. 1, 9ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 112-121, é essencial.

exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”¹⁶ sem os receios de ser acusado de não discernir suficiente e adequadamente os planos material e o processual?

Indicar a “tutela jurisdicional” como eixo metodológico do direito processual civil, distinta de outros temas como a “ação”, o “processo”, a “defesa” e a própria “jurisdição” mostra-se, com efeito, bastante recompensadora para o processualista civil da atualidade em busca da interrogação posta pelo parágrafo anterior.¹⁷ Entender todas as técnicas processuais civis como aptas à *realização efetiva* de um direito material suficientemente reconhecido como tal pelo Estado-juiz ou fora dele (é essa a distinção clássica entre “títulos executivos *judiciais*” e “títulos executivos *extrajudiciais*”, respectivamente) não significa que só tem “ação”, “processo” ou “defesa” aquele que, no plano material, é carente da tutela *material* de direitos. Para isto, com o devido respeito, não há necessidade de qualquer alteração legislativa. Há isto sim, necessidade de revisitar urgentemente as estruturas clássicas e tradicionais do nosso direito processual civil para adequá-las, vez por todas, aos anseios, por todos compartilhados, do papel a ser desempenhado pelo processualista civil do século XXI e, mais amplamente, pelo próprio direito processual civil.

¹⁶. Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, vol. I, tradução de J. Guimarães Menegale, 2ª edição, São Paulo, Saraiva, 1965, p. 46.

¹⁷. Para essa demonstração, v. o meu *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 1, cit., p. 266-330.