

ADRIANO CESAR BRAZ CALDEIRA

JURISDIÇÃO E
GARANTIAS FUNDAMENTAIS
DO PROCESSO

 Marcial
Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	5
APRESENTAÇÃO	7
PREFÁCIO	11
INTRODUÇÃO	17
1. TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA: O HORIZONTE ESTABELECIDO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	27
1.1 Estrutura política e econômica como norte da Constituição Federal de 1988	27
1.2 Garantias fundamentais do processo: aparência e realidade	37
1.3 Tutela jurisdicional efetiva: em busca de novos horizontes.....	72
2. JURISDIÇÃO: PODER OU FUNÇÃO? REDEFININDO OS LIMITES DA JURISDIÇÃO NO CENÁRIO POLÍTICO-INSTITUCIONAL BRASILEIRO	91
2.1 Liberalismo, exercício da função jurisdicional e suas consequências	91
2.2 Política jurisdicional e processo de politização da jurisdição ..	104
3. OS ESCOPOS DA JURISDIÇÃO E OS DESAFIOS DE SUA SUPERAÇÃO	119
3.1 A função educacional <i>da</i> jurisdição e <i>para</i> a jurisdição: a contribuição de uma nova racionalidade jurídica na transformação do exercício da função jurisdicional	119

3.2	Jurisdição como pacificação de relações sociais e não de lides: jurisdição de integração.....	136
4.	DESCENTRALIZAÇÃO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL E TRANSFORMAÇÃO SOCIAL DOS CONFLITOS.....	151
4.1	Da estrutura político-jurídico-social que temos para a que que- remos	151
4.2	A necessidade de reconstrução das instituições de representa- ção e de organização política: o processo de formação de no- vas relações sociais	165
	CONCLUSÃO	177
	BIBLIOGRAFIA	181

APRESENTAÇÃO

Adriano Cesar Braz Caldeira entrega, neste seu *Jurisdição e Garantias Fundamentais do Processo*, avançada e ímpar reflexão sobre o tema da jurisdição, não apenas desbastando a história do conceito mas, também, demonstrando sua aplicação a quadrantes e problemas contemporâneos concretos da técnica processual. Além disso, e coroando este projeto, este livro busca pensar criticamente a jurisdição na sociedade capitalista contemporânea, tendo em vista a natureza da sociabilidade presente, suas contradições e a transformação dos conflitos pelo direito processual, de tal sorte que a dominação política e jurídica se mantenha em dinâmica.

Somente uma investigação sobre o Estado que alcance sua materialidade – e, daí, chegue à sua forma social específica historicamente, capitalista, terceira aos sujeitos da exploração e, ao mesmo tempo, necessária para a exploração e a dominação mediante vínculos jurídicos entre sujeitos considerados livres e iguais – é capaz de dar conta de perceber a condição do direito processual nessa estrutura. A jurisdição não é a boa técnica que olímpicamente tenha sido pensada como resolução dos problemas sociais. Nem tampouco é o espaço da imparcialidade ou da manifestação de um saber tido por científico que opere a subsunção do fato à norma. Sendo o Estado uma forma necessária da exploração, a jurisdição é o escoadouro do conflito que não se resolve – e não pode se resolver numa sociedade de classes – entre sujeitos em concorrência numa miríade de vínculos e oposições.

Este livro parte da mirada concreta e material sobre o Estado, a partir de autores como Joachim Hirsch, dentre outros, para demonstrar como, em institutos normativos como o da Constituição Federal brasileira de 1988, despertam-se esperanças na jurisdição que não podem ser entregues, porque pensadas a partir de um idealismo que toma os poderes judiciários e o processo como distintos dos problemas e conflitos sociais dos quais são, inexoravelmente, partes. Não há

oposição estrutural entre direito processual e realidade social: a mesma sociedade que vincula para explorar e persegue para reiterar a dominação erige a forma política estatal não para fazer desse espaço um distinto de si, mas o elemento de condução mesmo de sua própria evolução. A jurisdição não pode salvar o mundo; antes, reforça a estrutura deste mesmo mundo como é.

Em *Estado e forma política*, insisto com o fato de que a forma social do Estado é haurida de um processo de derivação a partir da forma mercadoria, que lhe dá o talhe e a natureza. A forma social do direito, que se revela na subjetividade jurídica, como já Pachukanis asseverava, também se origina do mesmo movimento de derivação da forma mercadoria. Não são, direito e Estado, uma mesma forma social, nem um cria o outro – rompendo, assim, com os juspositivismos que os reduziam a uma sinonímia –, mas, no complexo das formas sociais, sendo ambas derivadas da mesma determinação pela mercadoria, pelo valor e pela acumulação, acabam por se perfilar em graus variados de confluência. Chamo a isso de conformação entre formas sociais, de tal sorte que o direito processual é a resultante de uma derivação secundária entre a forma política estatal e a forma de subjetividade jurídica. O processo e a jurisdição tanto atravessam o Estado e o sujeito de direito quanto são atravessados por eles. Esta conjunção de formas, o direito processual, tem algum grau de autonomia relativa, mas no fundamental está determinada pela sociabilidade da mercadoria e pelo Estado e pela subjetividade jurídica.

Indo do saber à aplicação, Caldeira expõe, de modo vigoroso, a realidade jurídica brasileira contemporânea das últimas décadas e os limites das esperanças que se fiavam no recôndito jurisdicional. O interesse do capital, das classes e grupos dominantes, a força de poderes internacionais e internos faz com que haja um descompasso necessário entre a anunciação constitucional “cidadã” e a entrega processual que nunca alcança a resolução do central do conflito social. A pergunta deste livro a respeito da estrutura político-jurídico-social que temos e a que queremos é trabalhada e respondida com armas críticas: instituições e relações sociais estão imbricadas, e a transformação de um lado só pode se dar com a do outro lado. A crítica transcende o processo para alcançar a totalidade das estruturas sociais.

O direito processual ganha, com essa obra, uma mirada quase nunca alcançada: este livro vai a fundo na ciência acerca da sociabilidade contemporânea, demonstrando de modo ímpar a verdade da materialidade da jurisdição, calcando-se na crítica ao Estado, direito e ao processo e, também e ainda, apontando para rastros de esperança numa sociedade que, justamente porque baseada no conflito, não pode se fiar numa estaticidade suficiente, dado que esta inexistente. A ordem é sempre incerta, instável, incontrolável. A dor social, mal reelaborada necessariamente pelo direito processual e pela jurisdição, poderá gerar luta e, mediante esta, transformação social.

As páginas escritas por Adriano Caldeira revelam as qualidades e o vigor de um jurista e intelectual que está na linha de frente das reflexões presentes. Anelando o mais específico da dogmática jurídica com o mais alto da compreensão social, fornece nesta obra elementos incontornáveis para uma nova ciência processual. Orientei Caldeira em seu Doutorado em Direito Político e Econômico, cuja tese é a base para o texto deste livro, e tenho a alegria de vê-lo, em todos os anos em que foi meu aluno e orientando, como um jurista de infatigável vontade de avançar na ciência e no domínio do saber. Advogado de renome, professor universitário de grande carisma e bem-querer por parte dos alunos e da comunidade acadêmica, atesto em Caldeira as raras qualidades de junção entre o saber e o fazer.

Nos tempos presentes do Brasil e do mundo, nos quais as contradições sociais e as agudas crises encontram no direito não meios de superação, mas de propagação, a leitura deste livro é incontornável. Somente a ciência e a crítica podem dar as melhores estradas para uma nova sociabilidade.

São Paulo, 2019.

ALYSSON LEANDRO MASCARO

*Professor da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo.*

PREFÁCIO

No âmbito da nossa comunidade jurídica, o ano que se findou foi marcado pela comemoração das três décadas de vigência da Constituição de 1988 – a sétima da nossa história –, elaborada pelo Congresso Constituinte, composto por deputados e senadores eleitos democraticamente em 1986 e empossados em fevereiro de 1987. O trabalho, concluído em um ano e oito meses, permitiu inequívocos progressos em áreas estratégicas da convivência social. As normas previstas no título sob a rubrica *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, consideradas irrevogáveis, são denominadas cláusulas pétreas (não podem ser alteradas por emendas constitucionais). Entre elas estão a maioria das garantias processuais.

A Constituição, dentre outros relevantes escopos, deve regular e pacificar os conflitos e interesses individuais e coletivos que integram a sociedade. Para isso, estabelece regras que asseguram a prestação jurisdicional revestida de determinadas garantias, que foram sendo cunhadas ao longo do tempo pela experiência extraída de dogmas democráticos, fundamentais para dar consistência à famosa máxima, sábia e perene, do jurista romano Ulpiano (*Digesto 1.1.10.1*): “*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*” (“Os preceitos do direito são estes: viver honestamente, não lesar a outrem, dar a cada um o que é seu”).

E isso, simplesmente porque os atos processuais devem ser regidos, realizados e interpretados em estrita simetria com os postulados que asseguram aos litigantes o devido processo legal, contemplados na Constituição Federal de 1988, especialmente em seu art. 5º. Assinale-se que a Carta Republicana em vigor, lei suprema que é, situa-se no ponto culminante da hierarquia das fontes do Direito, contendo os fundamentos institucionais e políticos de toda a legislação ordinária. Em seus textos repousam numerosas regras e institutos atinentes ao processo, qualquer que seja a sua natureza. Ademais, ao lado de seu perfil técnico, deslocado para a vertente constitucional, o Direito Processual vem moldado por duas

diferentes exigências: precisão formal e justiça substancial. E nesse conflito dialético entre exigências contrapostas, não obstante dignas de proteção, são inseridas as garantias constitucionais do processo.

Destacada página da história da liberdade, a garantia constitucional do devido processo legal deve ser uma realidade em todo o desenrolar do processo judicial, arbitral ou administrativo, de sorte que ninguém seja privado de seus direitos, a não ser que no procedimento em que este se materializa se constatem todas as formalidades e exigências em lei previstas. A Constituição Federal vigente assegurou, como se sabe, a todos os membros da coletividade um processo que deve se desenrolar publicamente perante uma autoridade competente, com igual tratamento dos sujeitos parciais, para que possam defender os seus direitos em contraditório, com todos os meios inerentes e motivando-se os respectivos provimentos; tudo dentro de um lapso temporal razoável.

Como pressuposto de um processo civil revestido de todas estas prerrogativas, é imprescindível que os titulares de direitos ameaçados ou violados possam submeter as suas respectivas pretensões à apreciação no âmbito de um procedimento no qual lhes sejam asseguradas tais garantias, com absoluta paridade de armas.

Com a promulgação da Constituição em 1988 e dos inúmeros textos legais que lhe seguiram (por exemplo: Código de Defesa do Consumidor, reforma da Lei de Ação Civil Pública etc.), infundiu-se em cada brasileiro um verdadeiro “espírito de cidadania”. Os cidadãos passaram a ser senhores de seus respectivos direitos, com a expectativa de verem cumpridas as garantias que lhes foram então asseguradas.

O princípio constitucional do contraditório – e o seu desdobramento na garantia do direito de defesa – corresponde a um postulado considerado eterno. Realmente, nenhuma restrição de direitos pode ser admitida sem que se propicie à pessoa interessada a produção de ampla defesa, e, conseqüentemente, esta só poderá efetivar-se em sua plenitude com o estabelecimento da participação ativa e contraditória dos sujeitos parciais em todos os atos e termos do processo.

É que, aliás, ampliando, explicitamente, tradicional regra de nosso ordenamento jurídico, a garantia do contraditório foi elevada ao plano constitucional, no Brasil, pela Constituição de 1946 e reiterada na atual Carta Magna no inciso LV do art. 5º: “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”.

Assim, diante desse amplo panorama, o ilustre advogado e professor Adriano Cesar Braz Caldeira aceitou o desafio de reexaminar toda essa matéria, sob uma visão crítica, na presente monografia, que tenho a honra de prefaciá-la, intitulada *Jurisdição e garantias fundamentais do processo*. Trata-se da versão comercial

de sua tese de doutorado, defendida com brilho perante banca examinadora na Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie.

Não é preciso salientar que a obra, além do oportuno momento em que é publicada, certamente contribuirá para um conhecimento mais aprofundado da imbricação dos escopos modernos da jurisdição com as garantias processuais contempladas no texto constitucional.

O desenvolvimento do importante tema, que irrompe realmente instigante, encontra-se seccionado em quatro capítulos, sinteticamente resumidos na introdução elaborada pelo seu ilustre autor.

O ponto alto do trabalho centra-se, com efeito, no redimensionamento do conceito de jurisdição, abandonando-se as tradicionais estruturas da ciência processual, que, ao ver do professor Adriano Caldeira, delineiam-se anacrônicas e não mais se prestam à justa composição da lide.

Ademais, a intrincada e debatida questão atinente ao papel do juiz, detentor do monopólio da jurisdição, vem também enfrentada pela ótica experiente de um advogado.

A obra é ainda finalizada com um interessante capítulo que propõe uma redefinição do modelo de representação social como mecanismo de transformação das instituições e funções, em particular, a jurisdicional, em prol de um processo, tanto quanto possível, mais humano e mais próximo da sociedade!

Por não me cativar o exemplo daqueles que a pretexto de prefácio escrevem verdadeiros comentários ou paráfrases, limito-me a enfatizar o que extraí após atenta leitura: congratulo-me com o professor Adriano Caldeira pela bela monografia que escreveu, inédita sob a vigência do novo Código de Processo Civil!

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI

*Advogado em São Paulo. Professor Titular regente da disciplina
Direito Processual Civil nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.*

INTRODUÇÃO

De início, vale ressaltar que o presente trabalho é fruto de pesquisa, destinada á obtenção de título de doutoramento em direito. Portanto, é com esses olhos que se deve ler suas linhas, sendo imperioso o afastamento das paixões ideológicas e das convicções de ordem pessoal.

Anota-se que a versão que ora vem a público, exigiu revisões e atualizações em decorrência, por exemplo, do advento do novo código de processo civil, vigente a partir de 2016 que, a época em que se escrevia o texto original do presente trabalho, encontrava-se em debate no Congresso Nacional Brasileiro. Com a referida revisão se pretendeu ainda, ofertar maior leveza ao texto, como forma de ampliar as possibilidades de compreensão para aqueles que não estejam diretamente ligado a determinados termos técnicos do direito e da filosofia, sendo esse o fim maior de uma publicação.

Pois bem.

O pensamento jurídico processual, passado aproximadamente um século e meio da conquista de sua autonomia em relação ao direito material, recebendo ares de ciência, pouco produziu de concreto, sobretudo se analisado sob o aspecto da sua capacidade de diagnosticar as razões que impedem o processo e o exercício da função jurisdicional de cumprirem com o papel que as Constituições, especialmente as democráticas, lhes atribuiu ao longo do tempo.

No caso do processo, visto como instrumento de tutela do direito material, trazendo a reboque o exercício da função jurisdicional, acaba por absorver as mesmas históricas e propositais características impostas ao direito material. É assim que o privatismo, o individualismo, o elitismo e o positivismo (legalidade estrita) que envolvem o direito material e/ou o modelo interpretativo que se lhe impõe, são absorvidos quase *in natura*, tanto pelo processo, como instrumento, quanto o exercício da função jurisdicional, atingindo ainda a raiz dessa sistemá-

tica, o pensamento jurídico processual, de modo a transformar este sistema em mecanismo de legitimação e perpetuação dessas características.¹

Cabe observar, que esse diagnóstico não se mostra diverso daquilo que os mais atentos aos fatores materialistas da história do Estado e da sociedade já percebiam imperar, a exemplo de Joachim Hirsch.

Importante o esclarecimento de que a palavra “crítica” constante no título, de modo algum deve ser lida no sentido de emissão de algum julgamento, ou avaliação subjetiva sobre determinado tema.

O pensamento crítico adotado no presente trabalho é fruto de uma escola filosófica iniciada nos anos 20, na Alemanha, denominada Escola Crítica de Frankfurt, dentre outros, pelas mãos de Max Horkheimer, Theodor Adorno, Herbert Marcuse, Erich Fromm e mais tarde, Jürgen Habermas, onde estes filósofos, enxergando determinados limites nas teorias de Karl Marx, decidiram estudar uma via alternativa para solução das grandes questões sociais.

Por esta teoria, como esclarece Olgária Chain Féres Matos, nos comentários introdutórios de obra denominada Teoria Crítica I de Max Horkheimer,² busca-se o pensamento dissonante, que desconfia da verdade una, de modo a interrogar o presente a partir de elementos da realidade de uma época.

E é nessa perspectiva que se analisa, no primeiro capítulo deste estudo, o papel da Constituição Federal de 1988: se de ruptura com o histórico modelo ideológico de legitimação das desigualdades e consequente elitização das estruturas jurídico-normativa e jurídico-funcional, ou se de continuísmo, a partir de uma nova roupagem, com contornos democráticos e sociais, transformando as instituições em (in)conscientes colaboradores daqueles que, de fato, determinam os rumos de países de eterna condição colonial, como é o caso do Brasil.

Importante considerar que não há mal na opção pelo modelo de capital, como não há mal na adoção de métodos privatistas na solução de conflitos, como é o caso da arbitragem, ou as novas regras de negócio jurídico processual. A questão definitivamente não é essa e pensar assim é pensar raso diante de necessidades que se apresentam com um profundo grau de complexidade.

O grande ponto a ser questionado no presente trabalho se relaciona de modo íntimo com o papel das Instituições, em especial o jurisdicional, no processo de resgate do necessário equilíbrio nas relações sociais, assim também sobre o papel dos aqui chamados, atores processuais, na busca pela melhor solução do conflito

1. Para ser uma ampla visão sobre o movimento de formação de nosso modelo processo, especialmente quanto ao CPC/1973, ver por todos artigo de autoria de Daniel Mitidiero, publicado na Edição n. 183 da *Revista de Processo*, com o título de O processualismo e a formação do Código Buzaid.

2. Obra traduzida por Hilde Cohn. São Paulo: Perspectiva, São Paulo, 2011, p. XIV.

posto, além do caminho que se deve trilhar com fins à real conquista da efetivação dos direitos.

Seguindo, será observado também no primeiro capítulo que as grandes questões envolvendo a inefetividade da atuação jurisdicional não têm origem na estrutura, ou seja, não decorrem da insuficiência de norma, de estrutura material ou pessoal, mostrando-se mais profunda a questão, de ordem externa, ideológica.

O aperfeiçoamento do modelo globalizado de circulação de riquezas tem influência direta na tentativa de perpetuação desse cenário, permitindo que as próprias instituições oficiais de países como o Brasil sofram interferências externas irresistíveis, transformando as garantias jurisdicionais previstas na Constituição em meros debates formais.

É exatamente esse modelo de atuação institucional, onde se lhe impõe ajustes de acordo com as necessidades econômicas e políticas de uma época, que implica em um processo de exclusão quase natural que não pode mais prevalecer. Crescimento econômico desprovido de garantia efetiva de direitos não pode ser visto como legítimo, por esta razão, imperioso o fortalecimento de Instituições envolvidas direta e indiretamente com a efetivação dos direitos.

No segundo capítulo, parte-se para a análise das conquistas estabelecidas na esfera processual, assim como no campo do pensamento jurídico. Exemplo se tem, com o mais recente código de processo civil, introduzido pelo advento da Lei 13.105/2015, o Código de Defesa do Consumidor e as Leis que disciplinam os instrumentos de tutela coletiva, apenas para arrolar alguns.

A grande questão é que, tais instrumentos, considerados em seu aspecto processual, nada obstante sua histórica relevância, tem apresentado resultados inexpressivos em termos de efetivação de direitos, especialmente aqueles ditos fundamentais.

Tal cenário indica que o pensamento jurídico, de mãos dadas com a atuação jurisdicional, traz consigo a essência elitista e de exclusão que marca o direito material desde o Código napoleônico, impedindo o processo e a função jurisdicional do Estado de dialogar e contribuir com a solução de questões profundas e complexas surgidas cada vez com mais constância na sociedade contemporânea.

Nessa quadra, natural que o leitor se questione se seria papel do processo ou da função jurisdicional atuar na realização do necessário equilíbrio em uma sociedade de desiguais. Questionamento este, que na mesma medida se fez presente durante toda pesquisa realizada na produção desse trabalho.

Não se pode ter dúvida de que este papel, essencialmente, pertence às regras de direito material, com olhos fixos nos limites da Constituição Federal, contudo, enquanto esta realidade desejada para o direito material não se realiza, deve o processo e sobretudo os atores que exercem a função jurisdicional assumir tal

mister, o que nos impõe também outro modelo do processo e sobretudo do pensamento jurídico processual.

Como bem pondera doutrina de José Carlos Barbosa Moreira, a promoção de uma sociedade mais justa não pode ficar restritivamente nas mãos do aparelho jurisdicional. Esclarece o autor que “é todo edifício, desde as suas fundações, que para tanto precisa ser revisto e reformado”.³

Como já anotado nos parágrafos anteriores, os novos mecanismos processuais, por apego exagerado a técnica e a legalidade, não lograram atingir o fim para o qual se destinavam, qual seja, a inclusão tanto jurisdicional quanto democrática dos sujeitos periféricos da sociedade, que continuam, como sempre estiveram, à margem do sistema jurisdicional brasileiro.

Notadamente em relação ao cenário nacional, cumpre destacar que o direito processual não conseguiu desenvolver uma estrutura científica que lhe permitisse estabelecer premissas adequadas à construção de um debate processual considerando as necessidades e as características de complexidade da nossa sociedade. Em outras palavras, o aperfeiçoamento dos mecanismos de atuação jurisdicional impõe a necessidade de se olhar para as ruas.

Ocorre, que a elitização histórica da formação jurídica no Brasil contribui ainda com considerável peso na perpetuação dos debates técnico-processuais cada vez mais descompromissados com a realidade social do país.

Nesse diapasão, a conquista da autonomia do direito processual civil brasileiro em relação ao ordenamento português, no início do século XX, o que se deu com a criação de algumas leis processuais estaduais, não se mostrou suficiente para estabelecer uma desvinculação dos parâmetros processuais impostos pelo tradicional sistema europeu, sobretudo na Itália e na Alemanha, e daquele privatismo antigo, de imposição de vontades e não de ajustes de necessidades e equilíbrio de relações.

Assim, temas como ação e processo, bem como uma série de questões que integram esses dois institutos, foram colocados no centro do debate, deixando-se de lado necessidades decorrentes das interferências provocadas no exercício da jurisdição pelos elementos de natureza sociais, política e econômicas que, ao longo do tempo, foram adquirindo novos contornos e maior profundidade.

Por outro lado, a jurisdição, como função do Estado de pacificação dos conflitos e de educação para a pacificação dos conflitos, restringiu-se a uma ideia formal, estaticamente posta pela doutrina do início do século XX pelas mãos de Chiovenda e reproduzida quase como um mantra até os dias atuais.

3. Por um processo socialmente efetivo. *Temas de Direito Processual*. Oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 16.

Enganam-se aqueles que, ao inserir no centro do debate questões como o acesso à justiça, cooperação processual, negócio jurídico processual e a criação de meios adequados de solução de litígios e mesmo os limites de atuação do juiz frente às políticas públicas, imaginam estar no caminho do avanço. Em verdade, não.

Exatamente porque as premissas alojadas na infraestrutura da função jurisdicional brasileira e do próprio pensamento jurídico, de privatismo, individualismo e elitização das instituições, permanecem intactas, vindas do direito material, em especial o civil, já que o penal, bem como o trabalhista surgem, assim como o sistema processual, como mecanismos de legitimação e consolidação daqueles mesmos ideais exploratórios.

O debate envolvendo temas como efetividade, acesso à justiça, segurança jurídica e imparcialidade judicial, se não for retirado do ambiente técnico em que está inserido, mostrar-se-á incapaz de resolver as questões que agredem a sociedade, que também carece de um caminho de desindividualização das suas relações.

É importante salientar que o individualismo e o legalismo, características típicas das relações privadas, considerando uma concepção ressequida de privatismo, foram absorvidos pelo sistema processual brasileiro, abandonando-se, em contrapartida, as características do caso concreto e sobretudo as necessidades das novas demandas.

Face ao contínuo crescimento da judicialização dos conflitos, a atuação jurisdicional passou a ser gerida como uma linha de montagem, típica do sistema fordista, instituindo-se departamentos e especialidades tais que impedem a solução dos conflitos próximos às suas causas, restringindo-se a resolver apenas fragmentos dos mesmos, postos pelas partes em juízo e restritivamente, nos limites da legalidade.

Nesse sentido, a própria reforma do Poder Judiciário, realizada em dezembro de 2004, como resultado de determinações do Banco Mundial, fala expressamente em “treinamento de juízes para implantação da lei de falência”.⁴

A vinculação do magistrado aos limites do que é posto pelas partes, nada obstante adequado sob os olhos da técnica processual e da ideia de segurança jurídica, acaba por aprofundar o cenário de privatismo e desigualdade históricos no sistema de julgamento. A lide e a sua eliminação passam a ser o núcleo de preocupação do sistema processual, ficando de lado a ideia de um tratamento do conflito, de uma adequação dos meios processuais às necessidades do caso fático.

4. BANCO MUNDIAL. *Documento técnico número 319: o setor judiciário na América Latina e no Caribe – elementos para reforma*. Tradução de Sandro Eduardo Sardá. Washington, D.C.: Banco Mundial, 1996. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/uploads/document/00003439.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2013, *passim*.

Não se diz com isso que os institutos da ação e do processo, bem como as suas técnicas, não mereçam atenção, mas sim que não é esse debate que permitirá a atuação jurisdicional do Estado se consubstanciar em uma via democrática de realização dos direitos, possibilitando uma sociedade mais justa e mais equilibrada nas suas relações.

Cabe dizer que, não obstante inserido em um cenário social de plena complexidade, como é a sociedade brasileira, nosso direito processual, influenciado pelas sistemáticas italiana e alemã, restringiu-se ao debate da técnica.

A perpetuação de afirmativas e conceitos históricos do direito processual, potencializada pela política positivista de interpretação e aplicação do Direito, assim como a politização das instituições, tudo isso somado ao distanciamento dos cursos jurídicos da cientificidade e da realidade social, que deveriam ser de sua essência, tendo em vista constituírem o berço de formação jurídica dos gestores do instrumento processual, ladeado pelo histórico processo de elitização da sociedade brasileira, resultam em obstáculos epistemológicos à constituição de uma Ciência Jurídica, na ideia de Michel Miaille.⁵

Como nos lembra esse doutrinador:

“Não se trata de um obstáculo visível e consciente: bem pelo contrário, funciona, na maior parte das vezes sem que os próprios investigadores tenham consciência dele. Não encontraríamos tão-pouco explicação psicológica, com risco de desnaturar completamente este fenômeno.”⁶

Embora exiba características formais de autonomia, o direito processual jamais assumiu concretamente esse formato. A certeza de tal afirmação decorre da análise histórica dos seus objetos de estudo, que teve por preocupação a definição de institutos, ritos e procedimentos.

Tem razão, nos parece, Michel Miaille, aludindo a mesma dificuldade quanto ao Direito em geral, ao sustentar que tais percalços surgem a cada época da história, sendo de ordem objetiva, portanto, os fatores de impedimento da real cientificidade da ordem jurídica, no nosso caso, o direito processual.

A ausência de um estudo sincrético entre os institutos do direito processual e as demais Ciências Humanas, a Antropologia, a Sociologia, a História e a Filosofia, é outro claro demonstrativo do que aqui se afirma.

Em linha oposta a essa, ainda são raras as pesquisas como a implementada por Michele Taruffo buscando identificar a relação entre neurociência e atuação processual. Indaga esse processualista da Universidade de Pavia – Itália, se,

5. *Introdução crítica ao Direito*. 3. ed. Tradução de Ana Prata. Lisboa: Editorial Estampa, 2005, p. 37.

6. *Ibidem*, loc. cit.

quando e em quais condições a neurociência é capaz de revelar as condições em que se realizou uma determinada prova processual ou uma motivação judicial.⁷

Essa postura de preferência sobre os institutos racionais do processo, como acontece com a ação e do processo deve-se, na visão acertada de Cândido Rangel Dinamarco, ao peso do privatismo que ainda hoje recai sobre o direito processual.⁸

É necessário, em se querendo o direito processual diverso desse que construímos durante mais de um século, analisar a própria atuação daquele que eleito para gerir a estrutura do direito processual e constituído para a resolução dos conflitos de ordem social, o que justifica a escolha do tema do presente trabalho sobre função jurisdicional.

Bem ressalta Cândido Dinamarco quando afirma, em outras palavras, que esse é o canal de que se vale o Estado para cumprir com uma de suas funções, qual seja a resolução dos conflitos e, em particular, a educação para o exercício dos direitos.⁹ É hora, portanto, de realocar a jurisdição dentro da estrutura sistemática da chamada ciência processual, colocando-a no centro do debate, sobretudo em relação ao seu aspecto funcional.

O estudo científico de institutos processuais pressupõe o abandono de paixões, de dogmas construídos historicamente, o que talvez justifique a pouca cientificidade construída sobre a matéria durante todo o período de sua autonomia em relação ao direito material, que, diga-se, também peca quanto à carga de cientificidade pelas mesmas razões do direito processual.

Assim sendo, a guinada que se imagina e se espera no exercício da função jurisdicional não deve ser promessa para o futuro, mas ato presente.

Como anota a doutrina de Ferruccio Tommaseo:

“(...) falar de um direito processual, em vez de um procedimento, impõe que o jurista se afaste de concepções limitadas ao comportamento exterior das formalidades legais e enfrente com espírito novo o estudo do instituto do processo civil (...)”¹⁰

Na busca das razões de realidade e não mais de fantasia, como até hoje se fez, sobre a inefetividade da função jurisdicional, optou-se, neste trabalho, pelo

7. Para uma visão mais completa sobre o tema sugerimos a leitura da obra *Neurociência y proceso judicial*. Michele Taruffo e Jordi Nieva Fenoll. Colección Proceso y Derecho. Jordi Nieva Fenoll, Michele Taruffo, Eduardo Oteiza e Daniel Mitidiero. Madrid: Marcial Pons, 2013.

8. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 90-91.

9. *Ibidem*, loc. cit.

10. *Appunti di diritto processuale civile*. 4. ed. Turim: G. Giappichelli Editore, 2000, p. 7. Texto original em italiano: “(...) il parlare d’un diritto processuale anziché d’un procedura esige Che Il giurista non s’appaghi d’una indagine limitata solo allo svolgimento meramente esteriore delle formalità giudiziarie ma affronti con spirito nuovo lo Studio degli istituti del processo civile(...)”.

método crítico de estudo, por se entender que se aproxima mais sensivelmente da realidade que se pretende, sem compromisso com as ideologias já estabelecidas.

A esse fim se destina o presente trabalho. Compreender os motivos que impedem nações periféricas, em especial o caso brasileiro, de construir uma função jurisdicional que atue para além dos limites da lide processual e do técnico-formal-individualista, com vistas ao tratamento dos conflitos, considerando as necessidades e as desigualdades da sociedade. Visa, ainda, a observar as razões que impedem as garantias constitucionais do processo de se realizarem de maneira plena.

Só a análise histórico-materialista da atuação jurisdicional será capaz de nos revelar os caminhos e, sobretudo, as razões que levaram à adoção de determinados procedimentos pelo ordenamento jurídico-processual contemporâneo, os conceitos criteriosamente estabelecidos, de modo que o processualista não tivesse condições de contestá-los enquanto preso aos limites das regras de natureza puramente processuais.

Nesse sentido, observa Ovídio Batista da Silva que “as raízes de nosso sistema processual, quando descobertas, explicam as dificuldades enfrentadas pela doutrina para conceber uma tutela processual que tenha natureza puramente preventiva”.¹¹

Concepções como aquela posta por Montesquieu, de que o juiz é tão somente a boca da lei, ou de que a segurança jurídica é condição indispensável para a consolidação da democracia, ou ainda teorias como a da subsunção, a do dispositivo ou a da congruência, além da tese da instrumentalidade do processo, quando aludindo ao processo como mero instrumento da técnica,¹² somadas a tantas outras teorias, manualescas, de caráter puramente técnico, foram responsáveis pelo não menos racional empobrecimento do estudo da jurisdição, colocando por décadas a ação como o grande instituto processual a ser debatido.

Esse cenário, de limites técnicos impostos ao estudo da jurisdição e da própria atuação jurisdicional do Estado, não tem fundo no acaso, mas, ao contrário, mostra-se como resultado de uma estrutura e de uma finalidade cirurgicamente posta já antes mesmo da Revolução Francesa, tendo sido aperfeiçoada sensivelmente a partir desse momento histórico.

Diante disso, o processo de politização da atuação jurisdicional e os caminhos de abandono de tal comportamento são o objeto de estudo do terceiro capítulo.

11. Racionalismo e tutela preventiva em processo civil. Artigo publicado no site <www.cenajus.org.br> no ano de 2009. p. 1.

12. Indispensável se faz a observação de que é possível ver na teoria da instrumentalidade do processo, elementos que vão além da mera técnica dogmática. Assim o fez Cândido Rangel Dinamarco, em obra destinada ao tratamento específico do tema, onde mostra a relação inafastável da atuação processual como instrumento da jurisdição voltado às complexas necessidades da sociedade.

tulo deste trabalho, juntamente com a necessária redefinição dos limites de tais instituições.

O capítulo quarto, por fim, é inteiramente voltado à redefinição do modelo de representação social, bem como de transformação das instituições, em especial a jurisdicional. A deliberação social, mais do que a simples participação, deve conduzir o movimento de descentralização da atuação jurisdicional, de modo que passe a atuar de maneira efetiva no abandono da democracia que se tem em busca daquela que se pretende conquistar.

TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA: O HORIZONTE ESTABELECIDO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

1.1 Estrutura política e econômica e a Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988, bem como todo o seu processo de abertura democrática, em nenhum momento representa o novo, sobretudo em termos ideológicos.¹

Analizados aqueles que consideramos os principais momentos de crise da história do Brasil, o que se tem é que a Constituição Federal, obviamente não aquela que surge no papel, mas a que vai para as ruas, sempre surge como instrumento de legitimação dos anseios políticos e econômicos, variando a preponderância de um e outro ao longo do tempo, passando a ser equivalente em determinado estágio.

Assim também acontece com a ideia de democracia, utilizada, inclusive pelo Regime Militar, no período da década de 1960, como justificativa para as atrocidades cometidas pré e pós-golpe, cenário esse que não é de exclusividade do Brasil, e menos ainda restrito a uma época.

Nos golpes anteriores, tanto na passagem do Império para a República, quanto no processo de instituição da República Nova de Getúlio, a ideia de democracia não surgia como a grande razão de todo o movimento. Eram os novos hori-

1. Em sentido exatamente contrário, certamente imbuído de um otimismo que, confessamos, gostaríamos de ter, ver: GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: RCS, 2007.

zontes políticos e econômicos de crescimento nacional que os moviam e, consequentemente, o fortalecimento dos mecanismos de dominação. Especificamente no caso do movimento de instituição da República, em 1889, o que se buscava era a ocupação do poder pelos ruralistas, em especial os cafeicultores; já no caso de 1930, o que se pretendia era a tomada de poder pelos industriais. Somente com o interesse do sistema econômico, principalmente americano, de tomar o poder e evitar que o Brasil se tornasse uma potência comunista é que a teórica necessidade de implantação e consolidação de um Estado Democrático assumiu o lugar de principal elemento motivador de um movimento revolucionário, dominando todo e qualquer discurso que buscasse legitimá-lo.

Em consequência desse materialismo histórico do Estado brasileiro, os direitos e garantias, ainda que previstos de modo expreso no texto constitucional, só serão efetivados ao longo do tempo, na medida do interesse daquelas duas categorias,² ressalvadas em raras exceções de pressão social, como se verifica entre as décadas de 1970 e, sobretudo, de 1980, ou em questões pontuais verificadas em períodos anteriores a esses.

E antes que se levantem vozes afirmando que essa realidade não é absoluta, é preciso considerar que nenhuma estratégia, minimamente inteligente, é absoluta, rígida e inflexível. Nem mesmo a desigualdade entre as classes, tão vital ao desenvolvimento do capitalismo na primeira metade do século XX pode ser extremada, sob pena de provocar um colapso no próprio sistema de capital; ao contrário, ceder em momentos estratégicos faz parte do processo de implementação de ideologias.

Diante desse cenário, se a Constituição não coopera com os fins desejados pelo sistema político e econômico de cada época, rompe-se com ela e se estabelece uma nova ordem, como verificado nos golpes de 1930 e de 1964, e, de certo modo, no próprio ideal da República adotado na Constituição de 1891.

Por outra via, quando a realidade política de uma nação não favorece esse tipo de atuação, o agir por meio da força, adota-se a via da legalidade,³ da interpretação das regras e, sobretudo, da integração das instituições como caminho mais curto para a implementação do ideal desejado.

2. Apenas para deixarmos alguns exemplos consignados: a Constituição de 1934 previa, expressamente, em seu artigo 113, a plena igualdade, não sendo admitida qualquer forma de discriminação, inclusive quanto ao sexo, mas, ao mesmo tempo, limitava o direito ao voto apenas às mulheres que fossem funcionárias públicas. Sob a incidência da mesma Constituição, tem-se a situação do surgimento dos direitos trabalhistas restritos aos trabalhadores urbanos, ainda que o artigo acima aludisse à igualdade de trabalho.

3. Para uma visão profunda sobre a relação do Sistema de capital com a legalidade, ver: MASCARO, Alysso Leandro. *Crítica da legalidade e do Direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.