

“REVISITAÇÃO DOS INSTITUTOS DA JURISDIÇÃO E DA AÇÃO”

João Francisco Regis de MORAIS

João Batista LOPES

Luis Fernando Lobão MORAIS

INTRODUÇÃO

Como cremos ser claro para todos, o Código de Processo Civil (CPC) não deve e não pode ser tomado como algo isolado e existente por si mesmo. Nascido de exigências socioculturais e voltado para o atendimento destas, é, o referido código, algo que só pode ser estudado, avaliado e compreendido mediante devida contextualização.

O cientista Albert Einstein afirmava, ao longo de sua obra, que a menor coisa que queiramos estudar, por assim dizer o menor fragmento de realidade, deve partir da noção segundo a qual o universo constitui um campo de forças constituído por uma imensidão de sistemas de forças integrados; e que no imenso campo de forças unívoco, o âmbito social de nosso planeta, em seu formidável entrecruzamento de interesses e tendências, deve ser visto também como um complexo sistema de forças.

Embora tais concepções possam parecer distantes demais dos objetivos de se estudar aspectos do Código de Processo Civil, elas oferecem, na realidade, possibilidade de não estarmos todo o tempo presos às malhas de um imediatismo tecnicista, o qual, à força de prender nossos olhares ao estritamente fragmentário faz desaparecer das mentes humanas qualquer concepção unitária do universo: sua *unidade através da diversidade* (“uno versus alia”). Ora, em 1926 o filósofo sul-africano Ian Christian Smuts, sem sequer se aproximar de temas místicos, publicava na Inglaterra sua obra *Holism and evolution*, a qual foi a primeira grande demonstração filosófico-científica de que tudo no universo é interdependente, podendo portanto cair em equívoco as abordagens estritamente técnicas e, em consequência, sem aberturas para as contextualizações.

Certamente que, ante o tema que defrontávamos, os juristas precisaram especializar os seus olhares. A grandeza destes, porém, ficou patenteada ao convocarem um sociólogo e filósofo para fazer as aberturas necessárias na teorização de fundo social. Nisto, uma real intenção interdisciplinar logra alcançar complementaridades que realçam sua importância no tratamento dos temas investigados; tanto quanto enseja um intercâmbio de idéias e de conhecimentos que realmente sustenta um clima plural de pesquisa nas pós-graduações.

Se o filósofo Hegel disse, muitas vezes, que a filosofia é filha da cidade (por ser, esta, uma concentração de contradições”), com maior razão o direito deve ser tido também como filho das concentrações urbanas da segunda metade do período neolítico, que é quando se tem notícia – com o surgimento de rudimentar escrita – das primeiras preocupações codificadoras que mostrariam ao mundo as mais primeiras normatizações positivas da vida social.

Não podemos negligenciar o fato hoje conhecido que nos aponta a Revolução Cultural do Neolítico como a iniciadora de uma seqüência revolucionária histórica que significou autênticos saltos qualitativos nas formas fundamentais da vida humana. Na revolução cultural aqui focalizada surgiram: formas de plantio, adubação do solo e armazenamento de alimentos; escritas pictográficas e cuneiformes; a roda para os transportes; primeiras técnicas de navegação e de metalurgia e, dentre mais coisas notáveis, as primeiras normatizações, em códigos, da vida social. Pois a revolução filosófica e matemática grega, a teológica medieval, a revolução comercial (desde o século XII), a científica moderna (séculos XVI e XVII), a técnica e industrial e outras mais contemporâneas, são todas mais ou menos

devedoras da grande Revolução Cultural do Neolítico (Gordon Childe, 1971: 77-110).

Muitas foram as preocupações que geraram os primeiros conjuntos de normas jurídicas positivas. Todas oriundas, porém, de apreensões e valores socioculturais. Ora, o ser humano, conquanto tenha mudado muito em seus movimentos históricos, parece permanecer essencialmente o mesmo e buscando até hoje ideais como os de justiça e segurança, acrescidos de desejos ainda mais refinados quanto à convivência, mormente nas grandes concentrações urbanas.

O interesse da presente investigação voltou-se, com preocupações específicas da virada de século (XX para o XXI), para a revisitação dos institutos mais fundamentais do Código de Processo Civil. Como dissemos, no entanto, como o cuidado de se buscar a visão sociocultural como estrutura de plausibilidade e parâmetros do Direito Processual Civil.

Esta a razão pela qual as conceituações sociológicas vem à frente, como devida preparação do caminho para os percursos mais específicos no âmbito processual.

1. CULTURA, VALORES SOCIOCULTURAIS E PROCESSO CIVIL

Em condições corriqueiras, todo ser humano vem ao mundo já no interior de uma cultura. Como o vocábulo cultura se tornou polissêmico, esclareçamos de pronto que aqui o tomamos no sentido que lhe atribui a Antropologia Cultural: a parte do ambiente feita pelo homem. Isto é, tudo aquilo que, no mundo, resultou da inteligência e das habilidades do ser humano.

O antropólogo Clyde Kluckhohn, em sua obra intitulada *Antropologia: um espelho para o homem* (1963), aborda um aspecto essencial da conceituação de cultura, ao escrever:

“(Cultura) É a nossa herança social, em contraste com a nossa herança orgânica. É um dos fatores importantes que nos permitem viver juntos numa sociedade organizada, fornecendo-nos soluções prontas aos nossos problemas, ajudando-nos a prever o comportamento dos outros e permitindo que os outros saibam o que esperar de nós” (1963: pp. 36-37).

Embora não possamos deixar de esclarecer melhor aspectos da idéia de *herança social*, vamos já percebendo, nesta conceituação de Kluckhohn, aspectos

que necessariamente influem (ainda que, neste texto, de forma indireta) em questões atinentes ao Direito em geral e, em particular, ao processo civil. O antropólogo faz-nos ver que precisamos viver em uma “sociedade organizada”, que fornece soluções prontas para muitos dos nossos problemas; sociedade que nos permite “prever o comportamento dos outros”, “permitindo que os outros saibam o que esperar de nós”. Ora, tudo isso envolve valores, crenças, idéias e normatização moral e jurídica; há que ser previsível, para os cidadãos, a forma com que seus problemas serão tratados no nível da justiça.

Comentando a conceituação supra de Kluckhohn, anotamos em obra publicada em 1992:

“Alguém, no entanto, que receba uma herança não está necessariamente obrigado a manter o herdado tal como o recebeu e, menos, está condenado a submeter-se ao que a história dos antepassados lhe destinou. De posse da propriedade que lhe coube, o herdeiro tem muitas vezes energia e criatividade suficientes para transforma-la e até melhora-la.” (...) “Estas ponderações são necessárias a fim de que a expressão – chave utilizada por Kluckhohn (‘herança social’) não tome a feição de algo que determine drasticamente o viver humano, fazendo dos homens objetos passivos de uma coisa formidavelmente manipuladora, que seria a cultura” (Moraes, 1992: pp. 19-20).

A cultura é, na realidade, uma dialética que se cumpre entre condicionamento e liberdade, porque se nós, seres humanos, fossemos inteiramente *determinados* não haveria como se pensar em culpabilidade (responsabilidade moral) e nem haveria qualquer explicação para os tribunais.

Em 1871, Edward B. Tylor elaborou ao que parece pela primeira vez, um conceito mais detalhado de cultura, nos seguintes termos:

“Cultura ou civilização, tomada em seu sentido etnográfico lato, é aquele todo complexo que inclui conhecimentos, crenças, arte, moral, lei, costumes, assim como todas as capacidades e hábitos adquiridos pelo homem como membro de uma sociedade” (apud Willems, 1966: p. 6).

Aí destacamos *moral, lei e costumes*, observando que antes destas vêm os *valores* que dispõem acerca do que as culturas consideram aceitável ou inaceitável, legal ou ilegal, legítimo ou ilegítimo. As culturas se objetivam em sociedades, as quais – sendo o mundo humano um

universo simbólico – se apresentam como uma trama de signos carregados com seus significados.

Ora, os valores socioculturais não são coisas em si mesmas. No encontro essencial entre sujeito e objeto (pessoa e mundo), o objeto produz na pessoa impressões, sendo que o sujeito, sob tais impressões, vê-se na contingência psicológica de fazer valoração; como é claro, os valores socioculturais são ideais eleitos mediante o processo de valoração.

Talvez possamos hierarquizar os valores, tomados geralmente, do seguinte modo:

- a) *valores bio-psíquicos rudimentares*, decorrentes das necessidades físico-psíquicas primárias, vividas tanto pelos indivíduos como pelas coletividades;
- b) *valores vitais-existenciais*, oriundos das relações entre indivíduo, cultura e sociedade e que se referem tanto à sobrevivência (saúde, harmonia, etc.) quanto à coexistência e, em sentido mais comungante, à convivência;
- c) *valores espirituais* (como os denominou Max Scheler), resultantes do contraponto entre tradição e disposição crítica. São valores sutis como o justo e o injusto, o belo e o feio, respeito próprio e ao semelhante, busca da verdade, etc. Como se vê, valores sutis que permitem o enriquecimento espiritual da vida.

Em seu sentido sociocultural, todo processo de valoração é fruto de uma síntese das inúmeras tendências individuais e coletivas; no entanto, em sua gênese, não resulta de operações intelectuais, pois estas poderão vir depois como que estimuladas por instâncias emocionais. Vejamos o que anota Rubem Alves em importantes páginas sobre a questão dos valores:

“Os valores não são deduzidos ou posteriores a um ato racional (que seria, neste caso, universal e uniforme para todos os homens!). A atitude valorativa é a mais fundamental no relacionamento do homem com o mundo. E são os valores que criam a necessidade e a possibilidade da razão. A razão é uma função dos valores” (1984: p. 28).

Isto quer dizer que temos a sociocultura como as lentes com as quais enxergamos o nosso meio. De um lado está nossa capacidade concreta de enxergar e, de outro, há a concreta existência do meio que nos estimula e impressiona; mas entre uma coisa e outra há a “lente” (realidade sociocultural) que possibilita o

contato entre as referidas concretudes. Todavia, a valoração é experiência anterior às nossas operações racionais – inclusive considerada, quanto à sua gênese, de um ponto de vista coletivo. Eis por que os valores são realidades humanas de grande complexidade que, se quisermos simplificar para um uso mais imediato, conceituaremos como sendo criações humanas que têm por objetivo satisfazer reais necessidades individuais e coletivas. Os valores não são *coisas* (e há quem os confunda com *bens*), não são essências ideais e nem puros estados psicológicos, podendo ser – isto sim! – uma síntese de todas essas dimensões que não pode ser reduzida a nenhuma em particular, por ser um outro nível pouco explicável da vida humana.

Poderíamos, dada a riqueza da temática axiológica, perder-nos aqui pelos muitos labirintos filosóficos da teoria dos valores, coisa que não teria a utilidade objetiva exigida por este ensaio. Focalizemos, portanto, de forma mais específica peculiaridades das relações entre valores socioculturais e processo civil. Afinal, os melhores processualistas dizem, atualmente, que o Código de Processo Civil, antes visto como um instrumento técnico, é hoje claramente tido como um recurso sociocultural – o que, aliás, fundamenta o intento de *revisitação* dos institutos fundamentais do dito Código. Assim, auxiliados por sociólogos e juristas, passaremos a campos mais especializados de focalização.

O professor F.A. de Miranda Rosa oferece-nos, em sua obra *Direito, justiça e ideologia* (1980), uma rica reflexão a respeito do ideal de justiça como um dos valores socioculturais mais expressivos, que estabelece expectativas bem definidas em relação ao direito processual em sua globalidade, e especialmente em relação ao direito processual civil. Beneficiemo-nos de algumas de suas abordagens, lembrando-nos, de pronto, que muitos são os juristas que, conquanto reconheçam que a idéia de justiça está factualmente associada ao conceito de direito, consideram ambos os conceitos como autônomos e, logo, dotado cada qual de vida própria e separada. Até aí trata-se de ponto de vista aceitável. Mas certamente os que negam qualquer aproximação significativa entre justiça e direito, para além de não enxergarem os fatos sociais que os circundam, lançam mão de uma postura esquizóide para escarnecer do próprio direito.

Segundo Miranda Rosa, - cujo equilíbrio muito preferimos a algumas figuras que se esforçam desmedidamente para assumir, ao menos aos olhos dos incautos, o “papado” da sociologia jurídica – mesmo

entre povos classificados pelos antropólogos sociais como *primitivos*, a idéia de justiça corre muito junta a um direito incipiente. Diz o sociólogo em consideração:

“A idéia de justiça está presente lá onde não há que falar em direito positivo, nas sociedades pré-letradas, consideradas por esse motivo como pré-jurídicas, pelos que identificam o direito como direito positivo” (1980: p. 27).

Evidentemente, Miranda Rosa lembra o clássico ensinamento Aristotélico segundo o qual sempre aparece uma injustiça ao tratarmos desigualmente os iguais e igualmente os desiguais, lição esta que tem atravessado bem mais de vinte séculos porque continua sendo sério parâmetro de pensamento. O sociólogo e jurista em tela anota:

“Esse verdadeiro postulado manifesta-se, assim, como um valor social, elaborado e mantido pela acumulação histórica da cultura e que está presente, sob enunciados ou entendimentos diversos, nas sociedades historicamente estudadas” (ibid., 1980: p. 28).

Ora, não há como negar-se a polaridade dos valores (Frondizi, 1968: pp. 17-19), no sentido de que o justo só pode ser conhecido em contraposição ao injusto, a fealdade em contraposição à beleza, o leal em contraposição ao desleal; o que aponta para uma significativa direção, segundo a qual os valores só têm existência na vida de relação, isto é, na vida social. O universo complexo das relações sociais é o pressuposto e a condição dos valores. Adverte Miranda Rosa que:

“A mediação do social é, pois, indispensável condição ao sentimento do justo e à idéia de justiça” (1980: p. 29).

Os valores justiça e *segurança* interpenetram-se e mutuamente se justificam. Cada cidadão busca segurança; a sociedade o busca da mesma forma. Tanto o indivíduo quanto a sociedade temem os perigos que os ameaçam, acontecendo de modo semelhante mesmo no reino irracional. Claramente, o princípio do direito ao devido processo legal que ofereça garantias de equidade e procedimentos que respeitem às necessidades humanas das partes, são as coisas que fazem um ser humano, em hora tumultuada de sua existência, sentir-se cidadão. Se bem o entendemos, o professor Miguel Reale disse, em conferência à qual assistimos, que o Código Civil é a constituição do cidadão e que o Código de Processo Civil precisa ser o “modus operandi” de tal constituição, nas circunstâncias litigiosas pelas quais todos podemos passar. Pondera Miranda Rosa:

De que maneira o Direito Processual se prende a, ou se dirige para a realização da segurança individual ou social? (...) Desde logo há que considerar todo o sistema de normas processuais, previamente conhecidas de todos aqueles que tenham de aplica-las. Nesse particular, cuida-se, na verdade, da segurança de indivíduos e da coletividade quanto a quais sejam as normas segundo as quais devam proceder em juízo, ou seja, perante o Estado-juiz. (...) O Direito Processual visa, entre outras coisas, a realizar o valor da segurança nas relações processuais, vale dizer, num dos aspectos das relações jurídicas” (1984, 8ª ed.: pp. 158-159).

Toda cidadania exige certa previsibilidade no trato dado ao cidadão. Mas a cidadania exige mais: que os membros do judiciário se importem com isto, importando-se também com o auscultamento das dinâmicas do direito vivo, o qual necessariamente cultiva valores socioculturais como os de segurança e justiça.

Tal como se pode perceber, é passado o tempo em que o judiciário podia – de forma um tanto olímpica, pôr-se a cavaleiro de toda opinião pública; essa estranha atitude só permanece, hoje em dia, em alguns setores da vida acadêmica. Figuras verdadeiramente integradas no social e dotadas de equilíbrio humano que estejam participando hoje do judiciário, importam-se, do modo mais são, com o que se pensa do judiciário, em suas tramitações e decisões.

Está certo que a opinião pública não deve estar assim no singular; inexistente uma opinião monolítica no meio social. Circunstâncias várias multiplicam as opiniões; no entanto, podemos comparar o conjunto da opinião social com um sistema de vetores que partem de um mesmo ponto (mesma inquietação) e tomam direções muito diferentes, sendo que, pelos devidos processos geométricos utilizados pela Física, será sempre possível obter-se o *vetor resultante* (VR) – o qual é uma força que sintetiza as diferentes forças do sistema vetorial.

Tal vetor resultante (VR) das opiniões sociais, mostra-se descontente com as dificuldades de acesso à justiça, com a morosidade dos procedimentos processuais – os quais sabemos ser vítimas de uma mais que ultrapassada “máquina judiciária” (no sentido de suas precárias técnicas burocráticas). Mas, por simples observação, qualquer pessoa hoje pode ver que as insatisfações da sociedade são muitas, relativamente aos andamentos e às decisões judiciárias. Não será que as

coisas estão assim em razão da demora ou da negligência de muitos levarem em conta o que advertem os processualistas italianos, de que o Código de Processo Civil não é apenas um instrumento técnico, devendo ser visto mais correta e abrangentemente como um conjunto de recursos socioculturais?

Eis o que dá motivação e fortalece o conceito, desenvolvido principalmente por juristas italianos, de *revisitação* aos institutos fundamentais do CPC – senão a todos, ao menos a alguns que pedem maior urgência de repensamento. Será sempre fecundo que, diferentes correntes doutrinárias, estabeleçam discussões a partir do reavaliar desses institutos, como troca intersubjetiva de angulações reflexivas. Na exata medida em que tal interfecundação resulte de reais preocupações com o equacionamento das necessidades socioculturais os fundamentais valores jurídicos, quaisquer sociedades só se enriquecerão em suas dinâmicas.

Adiante veremos tecnicamente estudada a tendência brasileira à *constitucionalização do processo*; então, nesta seção falta visualizarmos adequadamente a Constituição Federal (1988). Para tanto, busquemos entender a Constituição de 1988 em seu exato contexto. Há pouco saíra, o nosso país, de vinte e um anos de arbítrio em que as excepcionalidades foram também jurídicas. Mais retrospectivamente, os conceitos processuais, em especial – ao menos aqui para este estudo – os processuais civis, vinham de um projeto cultural autoritário e, por isso, pouco afeito às considerações de estabilidade constitucional que caracterizasse um esboço que fosse de “Estado de direito”. Em suma, a Constituição de 1988, na medida possível e vencendo os arroubos reacionários da direita política, significou um “não” às idiossincrasias que historicamente levaram daqui para ali as seguranças processuais.

Por isto, é uma Constituição que introduz orientações quanto ao processo, junto com outras importantes inovações. Ora, os próprios constituintes se deram conta da força das ênfase e entusiasmos que lhes traduziram os intentos daquele momento, estabelecendo, assim, o prazo de cinco anos para que ocorressem, se necessárias, revisões constitucionais. É compreensível, portanto, que tal como se verá adiante, verifique-se atualmente uma tendência (ou mesmo movimento) de constitucionalização do processo, como acima aludimos. Vale questionar-se: não será, tal tendência, um esforço mais ou menos percebido e consciente de se afirmar o direito processual (aqui focalizado o civil) com reais valores socioculturais?

Pelo intrínseco de suas características e pelos peculiares caminhos de suas análises e conceituações, esta seção inicial do ensaio que ora apresentamos tem o fito de abertura social e culturalmente contextualizante para exames mais especializados de institutos do Código de Processo Civil. Os que se seguirão, serão exames técnicos e jusfilosóficos que querem significar esforços de revisitação a importantes aspectos do CPC.

Não será simples formalidade o advertirmos, desde já, que nossa pesquisa – dados os seus limites – não alimentou qualquer pretensão (que seria sempre indevida) de percorrer inúmeros institutos ou de esgotar as possibilidades de revisitação que se abrem aos investigadores. A atividade de pesquisa circunscrita a um determinado tempo obriga que se busque entender que, no máximo, será possível o oferecer-se alguns contributos que possam ser acrescentados a quantíssimos outros esforços de reavaliação reflexiva dos institutos constitutivos de um Código de Processo Civil amplo e complexo como acontece ser o nosso. Estabelecidos nossos objetivos e definidos os limites da pesquisa, fizemos o percurso que está traduzido no presente ensaio. Especializemos, portanto, daqui para diante os exames jurídicos que o tema focalizado por esta investigação exige.

O que, portanto, não podemos perder de vista é a fundamentação axiológica que se estabelece como substrato de todas as construções do Direito e que permite ampla e profunda compreensão, de modo especial, do processo civil. O ser humano, ao expandir-se sobre o meio natural, cria cultura; e, o que se mostra algo de grande sutileza, é que tal ser acaba por ser pai e filho de sua própria criação, de vez que desenham-se claros movimentos dialéticos entre a capacidade humana de expansão criadora e a inevitabilidade das introjeções resultantes de que nascemos já, no seio de uma cultura constituída (Berger, 1985: pp. 16-18).

Ora, o vocábulo grego *áksios* principia significando *eixo* e se desdobra semanticamente ao ponto de vir a significar valioso, conveniente, digno. Então, podemos ver que tudo o que convém ao bem sociocultural ou que é para este valioso, é o que não rompe com os eixos valorativos da cultura e da sociedade. Eis porque, as revisitações aqui propostas e realizadas investigam principalmente em que medida os institutos processuais (aqui, os civis) não cometem – ainda que com muito boas intenções – violências à estrutura axiológica erigida e acariciada pela sociocultura brasileira.

A sofisticação dos processos caracteriza as sociedades complexas. Compete, obviamente, a cada formação cultural não poupar empenhos e esforços, mediante os especialistas de cada área, para avaliar constantemente as consonâncias e eventuais dissonâncias que possam evidenciar-se entre os ideais de vida social e os códigos que os normatizam. Toda formação social é um constante movimento dialético entre processos de organização e desorganização sociais; se tal movimento cessasse estaria concretizada a cessação da própria vida sociocultural.

2. NOVAS POSIÇÕES DA DOCTRINA SOBRE A JURISDIÇÃO E A AÇÃO

Sob influência dos processualistas italianos que, com certa frequência, utilizam o termo *revisitazione* para designar a revisão, reformulação ou nova configuração de um instituto jurídico, a doutrina brasileira se vale do vocábulo *revisitação* com igual finalidade.

Sem desprezar os estudos de autores clássicos como Chiovenda, Carnelutti e Calamandrei, o que se pretende é demonstrar que a realidade sócio-econômica atual, variada e complexa, exige nova postura dos processualistas no trato dos temas dessa disciplina.

Fala-se, com frequência, na *constitucionalização do processo*, no *processo civil de resultados*, na *ordem jurídica justa*, na *efetividade do processo*, na *instrumentalidade substancial*, na *socialização do processo* para deixar claro que as concepções clássicas não são suficientes para atender ao quadro atual dos conflitos individuais e coletivos.

Em verdade, porém, a novidade dessa orientação é apenas aparente, porquanto autores como Cappelletti, há cinco décadas, já se preocupavam com o chamado *processo de massas* e com a necessidade de fortalecimento dos poderes do juiz.

Entretanto, a preocupação com a função social do processo é fenômeno relativamente recente no Brasil e a revisitação dos institutos fundamentais do Direito Processual Civil só ganhou maior expressão, entre nós, a partir da Constituição de 1988.

Com efeito, tendo a Constituição de 1988 incorporado em seu texto alguns princípios processuais como o *devido processo legal*, o *contraditório*, a *ampla defesa*, o *juiz natural*, a *publicidade das decisões judiciais*, estava aberto o campo para a chamada *constitucionalização do processo* a exigir dos

processualistas a revisão de antigos conceitos para adaptá-los à nova realidade constitucional. Daí para a revisitação dos institutos processuais foi um pequeno passo.

Não é necessário ressaltar que essa tendência decorreu não só da nova ordem constitucional, mas também das exigências da comunidade jurídica que, insatisfeita com o modelo processual comum, passou a reclamar novas formas de tutela jurisdicional que a doutrina agrupou na chamada *tutela jurisdicional diferenciada*, denominação que se deve a Andrea Proto Pisani.

É inquestionável, portanto, que essa postura dos processualistas deita raízes na nova realidade sócio-econômica e, portanto, só poderá ser compreendida em função dela e de seus desdobramentos.

A. Revisitação da jurisdição

A concepção clássica de jurisdição estava atrelada à sua origem etimológica (*ius*: direito; *dicere*: dizer).

A insuficiência desse conceito era evidente, razão por que os autores completavam o conceito esclarecendo que não se tratava apenas de dizer o direito, mas também de fazê-lo atuar concretamente.

A doutrina refere-se, com frequência, à jurisdição como o *poder* de dizer o direito e de fazê-lo atuar, mas, em rigor técnico, não se trata de poder, mas de manifestação do poder.

Com efeito, a jurisdição em si mesma não é um poder. O poder é conferido ao Judiciário e, portanto, a jurisdição é decorrência ou manifestação daquele. Em rigor técnico, porém, o poder é uno, razão por que seria impróprio até falar de separação de poderes.

Como manifestação do poder ou como atividade estatal destinada a resolver conflitos de interesses ou integrar relações o certo é que a jurisdição vem sendo revisitada, isto é, seu conceito e função vêm sendo revistos ou reformulados. Em primeiro lugar, como assinalam os processualistas atuais, a atividade jurisdicional não se exaure na solução de conflitos de interesses ou no reconhecimento de direitos subjetivos. Cândido Dinamarco, por exemplo, refere-se aos escopos da jurisdição para mostrar que ela não consiste somente em resolução de conflitos: além disso, há preocupação com a paz social, com a segurança e certeza jurídicas, com a educação dos cidadãos etc.

Com efeito, o elastério da jurisdição é muito mais amplo do que supunham os autores antigos.

Tomemos um exemplo. Numa ação de indenização por dano moral, o acolhimento do pedido implica evidentemente reconhecimento do direito subjetivo da vítima em obter não propriamente a reparação do dano, mas uma compensação ou satisfação em razão da lesão sofrida. Mas não é só. Ao condenar o réu, o juiz deve fazê-lo de modo a desestimular a repetição da ofensa. Presente, aí, claramente, o caráter educativo da condenação.

Põe-se a questão de saber se a jurisdição é monopólio do Estado. A doutrina clássica não tinha dúvidas em afirmá-lo, mas autores recentes procuram visitar a questão para sustentar o caráter jurisdicional da *arbitragem* por entenderem que a jurisdição não é monopólio do Estado. E, em verdade, o art. 18 da Lei de Arbitragem reza que "o árbitro é juiz de fato e de direito". Poder-se-ia objetar ressaltando que "a arbitragem não é jurisdição, mas um equivalente da jurisdição" e que a atividade do particular não pode ser emanção do poder do Estado. A questão é, como se vê, complexa e demandaria maior exposição incompatível com os objetivos desta pesquisa.

Outro aspecto que revela a preocupação da doutrina em visitar a jurisdição é o que concerne à chamada jurisdição voluntária.

No passado, era dominante o entendimento no sentido de que a jurisdição voluntária, apesar do nome, não era nem jurisdição, nem voluntária. Hoje, a revisão da jurisdição voluntária mostra tratar-se de verdadeira atividade jurisdicional, já que esta não se exaure na resolução de conflitos de interesses.

Por outras palavras, existe jurisdição sem conflito de interesses. E o próprio Código de Processo Civil confere à jurisdição voluntária o caráter jurisdicional tanto que a considera espécie de jurisdição civil (art.1º).

Outro aspecto que vem sendo suscitado pelos processualistas, à guisa de revisão, é o que respeita à coisa julgada. Durante muito tempo, sustentou-se que o fim da jurisdição era a constituição da coisa julgada. Dizia-se que a coisa julgada era a nota distintiva entre a atividade jurisdicional e a administrativa, uma vez que apenas a primeira ostentava o atributo da definitividade. Essa tese vem sendo, porém, contestada já que na jurisdição voluntária e na tutela cautelar não há coisa julgada material.

Por último, enquanto a concepção clássica considerava a jurisdição a atividade estatal destinada a resolver conflitos individuais, a concepção contemporânea revela preocupação com os chamados processos de massas, com as ações coletivas que envolvem extensos segmentos da sociedade. E, em razão disso, institutos como a legitimação processual e a coisa julgada sofrem importantes alterações para se adaptarem aos novos tempos.

De tudo se conclui que o conceito de jurisdição é muito mais amplo e complexo do que supunham os antigos como resulta da revisão desse instituto fundamental do processo civil.

B. Revisitação da ação

Do mesmo modo que a *jurisdição*, a *ação* também sofreu o impacto do fenômeno conhecido como constitucionalização do Direito Processual Civil.

Os processualistas contemporâneos, ao revés do que ocorria com os tradicionais, deixaram de lado a preocupação com as inúmeras teorias sobre o direito de ação para buscar, na própria Constituição, a essência desse instituto.

De simples direito subjetivo a ação passa a ser estudada como garantia constitucional o que implica completa revisão de seu conceito e finalidade.

Considerar a ação garantia constitucional significa dizer que o legislador infraconstitucional não pode impedir ou embaraçar seu exercício.

Enquanto os processualistas tradicionais se envolviam em intermináveis discussões a respeito do conceito de ação (direito?, poder? faculdade? mera expectativa jurídica?); enquanto as preocupações dos clássicos se centravam em saber se a ação era proposta contra o Estado, contra o réu ou em face deste, os olhos dos processualistas contemporâneos voltam-se para a Constituição e dela extraem a própria razão de ser da ação.

Como garantia constitucional, a ação que, antes, era vista sob a perspectiva exclusiva do autor, passa a ter caráter bilateral, isto é, refere-se tanto ao autor como ao réu. E a tutela jurisdicional, no sentido de proteção aos jurisdicionados, deve ser deferida a quem tem razão, o autor ou o réu. Desse modo, a procedência do pedido significará concessão da tutela jurisdicional ao autor; a improcedência, concessão ao réu.

Outra consequência prática da revisitação da ação é conferir caráter constitucional à tutela jurisdicional de urgência de modo a impedir que o legislador infraconstitucional proíba medidas liminares.

Como será exposto em outra pesquisa, o legislador infraconstitucional só tem competência para disciplinar o exercício do direito de ação e, em consequência, das medidas liminares, não assim para proibi-las indiscriminadamente ou para embarçar sua atuação. Assim, na tutela de urgência, as liminares passam a ser co-naturais à garantia da ação, uma vez que as situações urgentes exigem tutela jurisdicional urgente.

Temos privilegiado os institutos da ação e da jurisdição, para a presente análise. Cumpre-nos, porém, oferecer exemplificações que ao menos mostrem outras revisitações dentre tantas que têm sido feitas ao Código de Processo Civil. Por força da constitucionalização do Processo Civil, outros institutos dessa disciplina vêm sendo submetidos à chamada revisitação doutrinária.

Exemplo recente é o da coisa julgada, cuja relativização vem sendo proposta pela doutrina. É cediço que a coisa julgada, como garantia constitucional, constitui fator de segurança e certeza nas relações jurídicas. Por mais complexos que sejam os litígios, por mais intrincadas que se apresentem as questões jurídicas, por mais tortuosos que se mostrem os trâmites processuais, é necessário que, em algum momento do *iter processualis*, se alcance a solução definitiva da contenda. Diante disso, a coisa julgada constitui, inquestionavelmente, um valor a ser preservado até mesmo para o prestígio da atividade jurisdicional.

Entretanto, o próprio sistema admite a desconstituição da coisa julgada, em hipóteses especiais em que vícios graves contaminem a tutela jurisdicional: é a ação rescisória, que não constitui novo recurso, mas verdadeira ação desconstitutiva a ser proposta no prazo de dois anos.

Assim, em princípio, decorrido tal prazo sem a propositura da ação rescisória, não mais se poderá recusar o cumprimento da decisão judicial coberta pela coisa julgada. Entretanto, mais recentemente, vem a doutrina questionando o caráter absoluto da eficácia da coisa julgada em certas hipóteses particulares, como nas ações de investigação de paternidade e nas ações de desapropriação.

Nas ações de investigação de paternidade tem-se pretendido, com base no resultado do DNA, desconsiderar o resultado de processos que tramitaram

quando não existia essa prova técnica. Nas ações de desapropriação, procura-se impugnar valores exorbitantes apurados por peritos parciais.

Não é este o lugar para exame mais aprofundado deste específico tema, mas fica o registro da tendência que bem ilustra a chamada revisitação da coisa julgada.

Outro exemplo de revisitação encontramos na nova configuração que se deu ao princípio dispositivo. Como se sabe, o princípio dispositivo, em sua concepção clássica, significava que a iniciativa das alegações e das provas competia, exclusivamente, às partes, devendo o juiz limitar-se a julgar *secundum um allegata et probata*.

Por influência de autores como Cappelletti, cuja doutrina é impregnada de preocupação com o social, o princípio dispositivo foi abrandado de modo a permitir que o juiz também tomasse iniciativas probatórias. Neste sentido, o artigo 130 do CPC contempla expressamente essa possibilidade e parte ponderável da doutrina não vê, nessa regra, quebra do princípio da imparcialidade porque, ao determinar a produção de provas de ofício, o juiz ainda não sabe se elas beneficiarão o autor ou o réu. O tema, porém, tem várias nuances que exigiriam exposição mais ampla que extrapolaria os lindes desta pesquisa.

Ainda poder-se-ia mencionar, como exemplo de revisitação, a concepção mais recente do princípio do contraditório. Doutrina clássica assentou que o princípio do contraditório se caracterizava pelo binômio informação-reação. Autores mais recentes, como Tarzia, vêm defendendo maior elastério ao contraditório de modo a compreender, também, o diálogo entre as partes e o juiz. Teríamos, então, o trinômio: informação (necessária), reação (eventual) e diálogo (pertinente). Por outras palavras, além da informação necessária (citação, intimações, etc.) e da reação eventual (exceções, contestação) o contraditório deve compreender o diálogo entre o juiz e as partes. Fala-se com frequência, no princípio da colaboração entre as partes e o juiz, especialmente no que respeita à produção de provas.

Em todos esses exemplos, como se vê, a doutrina tradicional passou por importante revisão ou revisitação (*revisitazione*).

3. A JURISDIÇÃO E A AÇÃO NO PLANO DA PRÁXIS

No início deste artigo, afirmamos que as primeiras compilações de normas reguladoras da vida social surgiram durante a Revolução Neolítica. Grande parte das descobertas difundidas por essa revolução,

assim como as formas de plantio e de adubação neolíticas e as técnicas de transporte baseadas na roda, foram de cunho produtivo, diferentemente das regras de comportamento social surgidas no mesmo período, as quais traduziam preocupações mais gerais com a interação entre os homens.

Aristóteles utilizava a palavra *poiésis* para designar a atividade pela qual o homem transforma a natureza, engendrando produtos aptos à satisfação das suas necessidades. Nos escritos aristotélicos, *poiésis* se diferencia de práxis, que era a atividade ética e política. Pode-se afirmar, com base nessa diferenciação, que o aparecimento das primeiras codificações neolíticas constituiu uma espécie de aprimoramento da vida social no nível da práxis, destinado a complementar invenções ocorridas no campo da produção.

A consideração das condições em que se deu o surgimento das primeiras codificações, nas comunidades neolíticas, permite compreender que, mesmo guardando estreita relação com a *poiésis*, o direito não teve, nos seus primórdios, por único ou principal escopo a regulação da produção e da circulação da riqueza. O mesmo pode ser dito do direito das épocas subsequentes. Sempre foi objetivo da legislação e das outras formas de manifestação do direito dos povos tornar o comportamento humano previsível, à luz das concepções materiais de justiça em vigor no meio social. Como essas concepções nunca se restringiram ao âmbito da produção e da circulação da riqueza, a dimensão em que o direito cumpriu e ainda cumpre a sua vocação nunca foi simplesmente *poiética*, mas prática.

Karel Kosik dizia que a práxis compreende um momento laborativo ou produtivo e um momento existencial¹. Por aí se percebe que a práxis não exclui a *poiésis*. Pelo contrário: esta última é parte integrante da primeira, que inclui, entretanto, um elemento não produtivo, identificado com a formação da subjetividade humana (momento existencial da práxis).

Segundo Kosik, a formação da subjetividade é um processo de constante direcionamento de experiências existenciais, assim como a angústia, o tédio, o medo, a alegria, a esperança etc., à realização da liberdade humana. Por mais aprimorada que seja, a atividade produtiva não é suficiente para realizar essa liberdade. Parte fundamental do trabalho de libertação dos seres humanos das necessidades de subsistência

deve ser executada no plano da subjetividade. Se não inclui ou garante a realização da alegria, da felicidade, da esperança ou da paz, a práxis certamente abrange a realização da liberdade, entendida como conjunto de condições necessárias para que cada ser humano se torne capaz de agir criativamente e de realizar os demais valores da sua existência. Como se vê, do ponto de vista da práxis, a liberdade deve vir primeiro, para que a paz, a felicidade, a esperança se realizem num segundo momento.

Outro elemento importante da práxis é a *theoria*. Também esta última palavra aparece em Aristóteles, no sentido de atividade orientada à busca da verdade. Para Aristóteles, a *theoria* complementava a *poiésis* e a *práxis*. Enquanto as duas últimas constituem disposições ativas, a atitude teórica é eminentemente contemplativa. Os seus objetivos são a formação e a transformação da consciência humana.

Não há práxis sem teoria. Os atos de um animal são isentos de teoria. Não, porém, os atos humanos. A teoria é profundamente constitutiva da práxis. É claro que há atos humanos meramente mecânicos. Porém, esses atos não se situam no nível da práxis. Como Adolfo Sánchez Vásquez ensinou, “toda práxis é atividade, mas nem toda atividade é práxis”².

Em síntese, no sentido assumido pelo termo na tradição iniciada por Marx, práxis significa “a atividade concreta pela qual os sujeitos humanos se afirmam no mundo, modificando a realidade objetiva e, para poderem alterá-la, transformando-se a si mesmos. É a ação que, para se aprofundar de maneira mais conseqüente, precisa da reflexão, do autoquestionamento, da teoria; e é a teoria que remete à ação, que enfrenta o desafio de verificar seus acertos e desacertos, cotejando-os com a prática”³.

O direito sempre se situou no plano da práxis. Não se pode negar, entretanto, que, nos últimos dois séculos, o direito vem sendo tratado cada vez mais freqüentemente como *poiésis*. Tércio Sampaio Ferraz Júnior descreve o processo a que nos referimos nos seguintes termos:

“O direito, com a Revolução Francesa, torna-se uma criação ab ovo. Com isso, ele instrumentaliza-se, marcando-se mais uma vez a passagem de uma prudência prática para uma técnica poética. Ou seja, para usar uma

⁽¹⁾ Karel KOSIK, *Dialética do concreto*, p. 224.

⁽²⁾ Adolfo Sánchez VÁSQUEZ, *Filosofia da práxis*, p. 185.

⁽³⁾ Leandro KONDER, *O futuro da filosofia da práxis*, p. 115.

distinção aristotélica (Ética a Nicômaco, 1094 a 21), o direito passa a ser concebido como poiesis, uma atividade que se exterioriza nas coisas externas ao agente (por exemplo, com madeira fabricar uma mesa) e que por isso exige técnica, isto é, uma espécie de know how, um saber-fazer, para que um resultado seja obtido. Deixa, pois, de ser concebido, como o fora desde a Antigüidade, como uma praxis, uma atividade que não tinha um adimplemento exterior a ela mesma e ao agente”⁴.

O mesmo autor continua:

“Destarte, quando dizemos que, desde o século passado, houve uma progressiva assimilação da ciência do direito pelo pensamento dogmático, estamos afirmando a ocorrência de uma assimilação de enfoque científico do direito pelo enfoque tecnológico. A ciência jurídica, desde a Antigüidade, sempre foi considerada, como vimos, uma ciência prática. A ciência dogmática, na atualidade, não deixa de ser um saber prático. Mas com uma diferença importante. Enquanto para os antigos o saber prático, por exemplo a jurisprudência romana, não estava apartado do verdadeiro, visto que era um saber que produzia o verdadeiro no campo do útil, do justo, do belo, a tecnologia moderna deixa de nascer de uma verdade contemplada pela ciência, surgindo antes, como diz Heidegger, de uma exigência posta pelo homem à natureza para esta entregar-lhe sua energia acumulada.”⁵

Ocorre que a energia, que o saber jurídico atual pretende extrair sem se preocupar com as exigências de qualquer verdade independente do processo tecnológico, não é apenas da natureza, mas de seres humanos. É verdade que o caráter humano da energia, cuja extração o saber tecnológico maximiza, é freqüentemente encoberto pelas engrenagens do poder social, a fim de que o processo não seja percebido como aviltante e injusta exploração. A ocultação costuma ocorrer pela propagação de concepções, segundo as quais as relações sociais, que produzem a energia a que nos referimos, são transmutadas em forças da natureza ou em propriedades misteriosas da interação social. Assim é possível, às falsas concepções em questão, explicar, sem escândalos, a imensa exploração de energia humana levada a efeito no seio das sociedades contemporâneas.

Quando se deixa assimilar pela *poiésis*, portanto, o direito torna-se cúmplice da exploração referida no parágrafo acima. Não se pode negar que a tendência a se conceber o direito em termos tecnológicos constitua um fato dos nossos tempos. Porém, isso não justifica a conformação pura e simples do pensamento jurídico à tendência ditada pelos interesses econômicos prevalentes. Até porque a transformação do direito em saber tecnológico não tem ocorrido por igual em todos os campos jurídicos. Os movimentos internacionais pela afirmação e proteção dos direitos humanos, o inteiro capítulo dos direitos fundamentais no Direito Constitucional, muito do que se tem construído no âmbito da teoria da justiça constituem exemplos de domínios, nos quais o saber jurídico continua alinhado à práxis, no sentido amplo do termo, sem se deixar controlar pelas exigências produtivas do meio social.

Posto o caráter exploratório de parte considerável da atividade produtiva em andamento nas sociedades capitalistas hodiernas, quer-nos parecer que o saber jurídico deve ser elaborado mais a partir do núcleo constituído pelos pontos de resistência ao pensamento tecnológico do que por conformação aos interesses produtivos. Esse tipo de construção é possível, desde que os juristas mantenham a perspectiva crítica e o senso de responsabilidade pelos resultados do conhecimento por eles produzido e difundido.

Não se pode negar, porém, que a tendência a se conceber o direito como *poiésis* constitua um fato de grande importância nos nossos tempos. Tampouco se pode negar que essa tendência tenha produzido uma outra, qual seja a de se traduzir as relações eminentemente fluidas e diversificadas da vida real em termos de relações cada vez mais rígidas e inflexíveis, consagradas nos institutos jurídicos. Esta tem sido uma outra importante consequência da escalada do pensamento tecnológico no campo jurídico. A necessidade de traduzir as transformações vertiginosas, ocorridas no plano da produção, em forma de institutos jurídicos, tem conduzido à desnaturação das relações sociais forçadas a se amoldarem aos institutos destinados a regê-las da forma exigida pela produção.

Ora, a desnaturação das relações sociais pelos institutos jurídicos, além de deformar a interação em sociedade, produz resultado nefasto também sobre a consciência das pessoas, cujo comportamento é condicionado por eles. É natural que as pessoas expostas

⁽⁴⁾ Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao Estudo do Direito – técnica, decisão, dominação*, p. 75.

⁽⁵⁾ *Ibidem*, pp. 85-86.

ao tipo de pensamento jurídico predominante nos nossos tempos passem a considerar como padrão mais adequado de comportamento o indicado pelos institutos jurídicos, não o produzido pela criatividade ínsita às relações sociais. Algumas vezes, por força da pressão conformadora exercida pelos institutos do direito material e processual, os comportamentos estabilizados pelo direito chegam a ser considerados a única alternativa de conduta viável para as pessoas nas suas condições reais de vida.

É claro que a compactação forçada de comportamentos infinitamente variáveis, em moldes jurídicos tão fixos e preconcebidos, deforma a práxis social. No campo das relações processuais, a deformação é ainda mais perceptível. Quando as relações sociais não se conformam aos modelos do direito material, o direito processual é convocado para contê-las e reconduzi-las à conformidade com o modelo jurídico-material violado. Por si só, isso já significa que o direito processual desnatura mais as relações humanas do que o direito material o faz. Porém, o forcejo das relações sociais ainda é aumentado pelo modo específico como o direito processual costuma reconduzir a relação social ao modelo jurídico-material. Sabe-se que, para atuar, o direito processual lança mão de institutos amplamente incompreensíveis para o homem comum, assim como a preclusão de faculdades processuais por motivos irrelevantes, a deserção de recursos por causas que beiram a futilidade, a presunção de veracidade de fatos não ocorridos, a adoção de ficções sem um mínimo de conformidade com o real, a multiplicação de requisitos formais para que discussões de fundo possam ter lugar no processo, assim como o prequestionamento das matérias recursais etc. Tudo isso faz com que o direito processual não apenas se afaste da realidade das relações sociais, mas até do próprio direito material que ele deveria proteger.

As reformas do direito processual brasileiro, levadas a efeito nos últimos dez anos, têm exacerbado as mazelas apontadas acima, uma vez que a sua orientação evidente tem sido a de conferir maior efetividade ao modelo processual em crescente conflito com o direito material e em crescente distanciamento da realidade social, que vimos de descrever. Pode ser que a falta de recursos orçamentários e o relativo abandono do Poder Judiciário pelos outros ramos do Estado não permitam solução diferente dessa. Porém, não é isso que os fatos parecem indicar. Pelo contrário: os fatos

indicam que as reformas têm aumentado o distanciamento entre o processo e a práxis social por falta, não de recursos, mas principalmente de consciência sobre a natureza dos problemas sociológicos, que envolvem o direito atual. Talvez ainda mais do que isso, as reformas têm contribuído para aumentar o abismo entre o direito processual e a sociedade civil, porque as contradições do direito como *poiésis* permitiram o desenvolvimento de um amplo sistema de manipulação de vidas humanas, que atende perfeitamente as finalidades dos grupos favorecidos pelo ordenamento sócio-econômico. Não se pode negar que esses grupos exercem cerrada resistência a reformas tendentes a tornar o processo um estuário adequado para as concepções de justiça produzidas pela sociedade civil.

Karel Kosik escreveu que a doutrina política de Maquiavel não pressupõe que o homem seja bom ou mau, mas que ele seja moldável, manipulável com base num conhecimento suficientemente preciso a respeito das tendências do seu comportamento⁶. Essa espécie de manipulação baseada em conhecimento específico tem acompanhado o desenvolvimento doutrinário e a aplicação prática do direito processual, ao longo de toda a sua história. Não é diferente no nosso meio. Kosik afirmou que, quando a práxis se alija do seu elemento subjetivo, ou seja, quando ela se deixa moldar excessivamente pelas finalidades da produção social, o resultado é a manipulação a que nos referimos⁷. Quer-nos parecer que a redução do direito à *poiésis* tem conduzido exatamente a esse resultado.

Por motivos como os que acabamos de salientar, a revisão dos institutos processuais civis é extremamente necessária. Revisitar os institutos processuais, de maneira a estabelecer alternativas hermenêuticas novas, é mais importante do que conferir crescente efetividade ao modelo de processo civil em vigor, como tanto se pretende e propala. Um princípio cardinal para todo esse repensar deve ser a categoria da práxis, entendida de maneira a incluir um momento produtivo e um momento existencial. Por trás da rejeição dos estreitamentos do acesso à justiça por parte da opinião pública, é possível lobrigar a insatisfação popular com o direito reduzido à *poiésis*, com o direito desumanizado. É possível lobrigar a insatisfação com um direito processual que se tornou, ele próprio, a principal causa de obstrução do acesso à justiça.

Ao propormos o desenvolvimento de uma reflexão sobre o direito processual baseada na categoria

⁽⁶⁾ Karel KOSIK, Ob. cit. p. 221.

⁽⁷⁾ Ibidem. p. 225.

da práxis, não estamos, evidentemente, a sugerir a retomada da tradição marxista como um todo. Estamos denunciando a insuficiência, até mesmo a desumanidade, das abordagens predominantemente tecnológicas do direito como *poiésis*. É claro que os tempos em que vivemos têm os seus imperativos. Nas sociedades fortemente voltadas à produção e ao consumo, características do capitalismo avançado, não é possível ao direito deixar de reproduzir e de se preocupar, em medida considerável, com as exigências da produção. Daí, entretanto, a se incentivar atitudes jurídicas submissas às exigências do sistema econômico vai uma distância, para nós, rigorosamente intransponível. Vislumbramos na práxis um potencial inexplorado para substituir, com vantagem, a *poiésis* como categoria orientadora da construção de um pensamento jurídico que pretenda algo mais do que descrever e reproduzir os mecanismos de dominação e aniquilação humana característicos dos nossos tempos.

A. A jurisdição no plano da práxis

Feitas as observações acima, a respeito da aplicabilidade da categoria da práxis ao pensamento jurídico, passemos à consideração das consequências da adoção dessa categoria para a revisitação dos institutos da jurisdição e da ação.

Vimos que a jurisdição tem sido entendida, não apenas como atividade voltada à declaração do direito aplicável a casos concretos, mas também à pacificação social, à ampliação da segurança jurídica e à educação dos cidadãos. Tem-se afirmado, outrossim e de modo crescente, que a jurisdição já não é mais exercida com exclusividade pelo Poder Judiciário, mas também por árbitros e outras pessoas, cuja atuação no processo judicial representa colaboração significativa para a consecução dos escopos jurisdicionais.

Essa ampliação de vistas permite que a jurisdição seja cada vez mais entendida como atividade que transcende o domínio processual tão reduzido à técnica nos nossos dias. Mais do que isso, a ampliação da abrangência da jurisdição atua reflexamente sobre o próprio processo judicial, levando os profissionais que nele exercem seus respectivos papéis a reconhecerem antecedência à questão da justiça, em relação à técnica e à dogmática. Sobre a adoção desse tipo de postura pelos juízes, Kazuo Watanabe tece as seguintes considerações:

*"Na verdade, o que ocorre na maioria das vezes é o juiz sentir primeiro a justiça do caso, pelo exame das alegações e valoração das provas, e depois procurar os expedientes dialéticos, que o caso comporta e de que ele é capaz, para justificar a conclusão."*⁸

Estas afirmações demonstram como o problema da justiça antecede as considerações técnicas e dogmáticas. Como o que foi dito em relação aos juízes pode ser generalizado para todos os aplicadores do direito, a antecedência das questões de justiça em relação aos aspectos técnicos dos conflitos intersubjetivos permite que coloquemos em xeque a inteira concepção, segundo a qual o pensamento jurídico tem sido assimilado pelo pensamento tecnológico. Aliás, a assimilação nunca foi tão geral. Talvez ela tenha avançado mais no campo das técnicas de determinação das normas materiais que regulam as relações conflituosas. Embora convicções sobre a justiça social influenciem a interpretação dessas normas, não é costumeiro advogados e magistrados abandonarem as regras de utilização das fontes do direito material por razões de justiça. Em outras palavras, não é costumeiro se antepor considerações de justiça aos resultados do processo hermenêutico levado a efeito com base naquelas regras. Já no que tange à avaliação da prova dos fatos discutidos no processo, considerações de justiça concreta (da justiça do caso, para nos utilizarmos das palavras de Watanabe) costumam anteceder todas as considerações técnicas. Kazuo Watanabe discorre:

*"[No processo de tomada e justificação das decisões dos juízes], entram inúmeros fatores, como o psicológico, volitivo, sensitivo, vivencial, intuitivo, cultural, e outros mais, como ficou bem claro na observação de Liebman, acima mencionada, e é ressaltado também por Couture. Assim é que, não raro, são diferentes, por exemplo, no julgamento de uma ação de indenização por acidente automobilístico, a conclusão de um magistrado que sabe dirigir e o pratica diariamente, e a solução de um outro magistrado que jamais dirigiu um veículo, pois a avaliação dos fatos depende de inúmeros conhecimentos prévios a respeito das circunstâncias que ordinariamente cercam um acidente."*⁹

Como raciocinam em termos normativos, o juiz e os aplicadores do direito em geral costumam colocar cada qual o conhecimento prévio que tem sobre as diferentes situações da vida em forma de regras de

⁽⁸⁾ Kazuo WATANABE, *Da cognição no processo civil*, p. 60.

⁽⁹⁾ *Ibidem*, p. 61.

experiência, que são por eles aplicadas aos casos com que trabalham. Importa ressaltar que essas regras de experiência, mencionadas no artigo 335 do Código de Processo Civil Brasileiro, não são impermeáveis às concepções gerais de justiça dos profissionais que as utilizam, nem deixam de traduzir tantas outras concepções particulares, também de justiça, das quais esses profissionais lançam mão, com maior ou menor rigor, ao avaliarem as provas.

As considerações de justiça que acabamos de mencionar indicam, a nosso ver fortemente, que nem tudo, no direito processual, se reduz à técnica. Muito da atividade jurisdicional refoge à *poiésis*, mesmo nos nossos dias. A tendência de parte considerável da doutrina processual hodierna, aliás, é de acentuação cada vez maior da importância dos elementos não *poiéticos* do processo, inclusive no que diz respeito à jurisdição.

B. A ação no plano da práxis

A revisitação do instituto da ação tem levado a doutrina a distinguir a ação como direito constitucional da ação como direito processual. No sentido constitucional, a ação não pode ser suprimida ou coarctada pelo legislador. Muito menos pelos aplicadores do direito. Em poucas palavras, nenhuma razão de ordem técnica pode ser invocada para se negar ao cidadão o provimento jurisdicional. Aliás, a menos que razões processuais muito fortes e típicas (expressamente previstas em lei) o impeçam, o próprio exame do mérito da ação não pode ser denegado pelo Judiciário, sob pena de violação da garantia constitucional da ação.

Infelizmente, porém, a enorme deficiência do Poder Judiciário, estruturado do modo como se encontra, para julgar o número extraordinário de feitos produzido por uma atividade econômica tão vertiginosa quanto a do capitalismo avançado, tem conduzido a uma perversa redefinição dos papéis tanto do legislador como dos profissionais que atuam no âmbito do processo judicial. Para criar mecanismos que permitam reduzir o número de processos em situações não previstas pela lei processual (recursos aguardando distribuição durante anos, petições pendentes de apreciação ao longo de meses), cada vez mais o legislador tem adotado soluções

cujas generalizações são evidentemente perniciosas, assim como a eliminação da necessidade de advogado nas causas cujo valor não excede quarenta salários mínimos (Justiça Estadual) ou sessenta salários mínimos (Justiça Federal). Premida pela mesma crise, também a jurisprudência tem criado requisitos cada vez mais draconianos para apreciar as questões de fundo trazidas à sua presença (prequestionamento, aplicação de deserções por motivos que absolutamente não impedem que os recursos atinjam seus fins etc.). Sem contar atitudes abertamente ilegais, como as adotadas por juízes locais que suprimem a necessidade de intimações, obrigando os advogados a procurarem informações processuais no Fórum¹⁰. Os próprios advogados utilizam a lentidão da Justiça para desfigurar as relações materiais objeto de discussão nos processos, propondo a celebração de acordos por valores muito inferiores àqueles a que as partes têm direito, em troca do encerramento mais célere da causa. Tudo isso tem sido feito crescentemente, em razão da insuficiência do Judiciário para resolver em prazo razoável os processos que por ele tramitam.

Não se pode ignorar que diversos dos expedientes mencionados acima violam o direito constitucional de ação. Na realidade, tudo o que reduz a ação a uma técnica especificada por regras (veneráveis ou execráveis, não importa) é inconstitucional. Constitucional é a ação que transcende a técnica, a ação enquanto direito fundamental. Pelos motivos expostos neste texto, entendemos que o instituto constitucional da ação se amolda mais facilmente às concepções da realidade social como práxis do que como *poiésis*.

É verdade que a categoria filosófica da práxis tem outros aspectos, não abordados no presente texto. Também é verdade que essa categoria tende a facilitar a construção de abordagens bastante amplas (macroabordagens) da realidade social. Tudo isso pode parecer distante das preocupações imediatistas, associadas às concepções técnicas do direito. Vimos, porém, no início deste artigo, que a construção de abordagens amplas é uma necessidade absoluta de todo conhecimento que almeje a uma validade maior do que aquela de que se revestem os passos, cuja adoção é considerada indispensável para a realização de tarefas determinadas ou para o atingimento de fins específicos. A universalidade é uma das mais sublimes características

⁽¹⁰⁾ A supressão da necessidade de intimação das partes pelos seus advogados foi instituída por norma administrativa nas Varas do Trabalho de uma Comarca do interior do Estado de São Paulo em 2002. Até hoje o problema não foi resolvido, em grande medida porque o Tribunal responsável pelo controle desse tipo de ocorrência não adotou as providências que se faziam necessárias para a normalização das intimações.

do conhecimento. Toda ciência, assim como toda atividade estética, deve ser universal para merecer esse nome. Não há razão para a Ciência do Direito ser diferente.

BIBLIOGRAFIA

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Efetividade do processo e técnica processual.” In Revista Forense, vol. 329.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. S.Paulo: Malheiros Editores, 1995.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologias, sociedad*. Buenos Aires: EJE, 1974.
- COMOGLIO, Luigi Paolo e oo. *Lezione sul processo civile*. Bolonha: Il Mulino, 1995.
- DESTEFENNI, Marcos. *Natureza constitucional da tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito – técnica, decisão, dominação*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2001.
- JABUR, Gilberto. *O conflito entre a liberdade de pensamento e o direito à vida privada*. S.Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- JUNOY, Joan Pico I. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 2002.
- KONDER, Leandro. *O futuro da filosofia da práxis*. 2ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 1992.
- KOSIK, Karel. *Dialética do concreto*. 7ª ed., São Paulo, Paz e Terra, 2002.
- LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*, 2ª.ed.. S. Paulo: va, 2003.
- PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*, 2ª ed., Nápoles: Jovene, 1996.
- SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela jurisdicional diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral*. S.Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- VÁSQUEZ, Adolfo Sánchez. *Filosofia da práxis*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968.
- WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2ª ed., Campinas: Bookseller, 2000.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. S. Paulo: Editora Atlas, 1999.