BRUNO BATISTA DA COSTA DE OLIVEIRA

**JURISDIÇÃO E PODER: OS USOS DISCIPLINARES DOS DISCURSOS DO PROCESSO
CIVIL.**

Tese apresentada à Banca Examinadora da
Faculdade de Direito da Universidade de São
Paulo como requisito para a obtenção do
título de Doutor em Direito.

Área de Concentração: Teoria Geral do
Estado

Orientadora: Professora Doutora Eunice
Aparecida de Jesus Prudente

SÃO PAULO

2014

FOLHA DE APROVAÇÃO.

OLIVEIRA, Bruno Batista da Costa de. **Jurisdição e poder: os usos disciplinares dos discursos do Processo Civil.**

APROVADO EM:

BANCA EXAMINADORA

Dedico esta tese, e tudo mais que exija o meu suor, à minha Linda.

“Enquanto durar meu corpo

Enquanto me correr nas veias

O rio vermelho que se inflama

Ao ver teu rosto feito tocha

Serei teu rei teu pão tua coisa tua rocha

Sim, eu estarei aqui.”

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar à Professora Eunice Prudente, minha orientadora desde as aulas no primeiro ano de graduação em direito.

À minha esposa Fabiana, a quem dediquei este trabalho como reconhecimento pelo seu amor, companheirismo, compreensão, dedicação e estímulo.

Aos meus pais pela vida e por todos os seus esforços. Ao meu avô pela mais atenta revisão que já se viu, e por, junto com a minha avó, estar sempre por perto. Ao meu irmão Pedro pelo “não necessariamente” e minha irmã Beatriz pelo “não entendi uma palavra.” vocês não imaginam como isso ajudou.

Ao Marco Antonio Barbosa e sua família por me lembrarem de evitar o óbvio.

Aos professores Dalmo de Abreu Dallari e José Reinaldo de Lima Lopes pelas preciosas observações e críticas, na banca de qualificação e fora dela.

Aos meus alunos que me ensinaram tanto.

Por fim, a todos os amigos que de um modo ou de outro ajudaram a melhorar esta tese, especialmente Uirá Perruci Toledo Machado.

RESUMO

A tese objetiva realizar a análise de discursos do processo civil, por meio da qual se pretende evidenciar as suas funções disciplinares. Tomando por base o pensamento filosófico de Michel Foucault a respeito das formas de exercício de poder na contemporaneidade, demonstramos que, ao contrário do que propõe a teoria clássica da soberania, a autoridade política não é um fenômeno centralizado: ela circula, transita entre os seus sujeitos. Trabalhamos com a hipótese de que os quatro discursos processuais que escolhemos – *superioridade do saber científico processual*, *pacificação dos conflitos pelo processo*, *ampliação do acesso à Justiça* e *estímulo à conciliação* – desempenham o papel disciplinar de atribuir ao desgastado Judiciário a feição de Poder socialmente legitimado. Apontamos como os variados mecanismos retóricos implementados pelos emissores dos enunciados atuam no sentido de modelar e forçar o assujeitamento dos cidadãos a um padrão de comportamento desejado pelas ideologias dominantes. Concluimos destacando as práticas disciplinares comuns aos enunciados que propusemos estudar, deixando claro que o processo civil é um dentre outros campos de produção de saberes dotados de função de controle social, havendo ainda uma multiplicidade de discursos a serem postos em evidência.

PALAVRAS CHAVE: análise de discursos – usos disciplinares da linguagem – processo civil – jurisdição.

RÉSUMÉ

La thèse va réaliser l'analyse de discours du procès civil, par laquelle nous prétendons mettre en évidence ses fonctions disciplinaires. Ayant pour base la pensée philosophique de Michel Foucault à propos des formes d'exercice du pouvoir dans l'actualité, nous avons démontré que, contrairement à ce que propose la théorie classique de la souveraineté, l'autorité politique n'est pas un phénomène centralisé: elle circule, transite entre ses sujets. Nous avons travaillé l'hypothèse de que les quatre discours processuels que nous avons choisi – supériorité du savoir scientifique processuel, pacification des conflits par la procédure, ampliation de l'accès à la Justice et stimulation de la conciliation – on eut le rôle disciplinaire d'attribuer au reproché Judiciaire le semblant de Pouvoir socialement légitimé. Nous avons pointé comment les différents mécanismes rhétoriques employés par les émissaires des énoncés ont agi dans le sens de modeler et forcer l'assujetement des citoyens à des standards de conduite désirés par les idéologies dominantes. Nous avons conclu dégagent les pratiques disciplinaires communes aux énoncés que nous avons proposé d'étudier, tout en laissant net que le procès civil est un entre autres champs de production de savoirs dotés de fonctions de contrôle social, ayant encore des multiples discours à être mis en évidence.

MOTS CLÉS: analyse de discours – emploi disciplinaires du langage – procédure civile – juridiction.

ABSTRACT

This thesis intends to realize a discourse analysis of civil procedure, by means of make clear its disciplinary functions. Taking Michel Foucault's philosophical thought about power exercise on the contemporaneity as a basis, we demonstrate that, differently from the sovereignty classic theory, political authority is not a centralized phenomenon: it circulates, transit among it subjects. We worked with the hypothesis that the four discourses we chose – *superiority of procedure scientific knowledge*, *conflicts pacification through process*, *access to Justice enlargement* and *transaction stimulation* – fulfilled the disciplinary role of conferring to the criticized Judiciary the feature of a socially legitimated institution. We pointed how the multiple rhetoric mechanisms putted into practice by the statement emitters act on the sense of modeling and force the "subjectment" of citizens according to a behavior standard desired by the dominant ideologies. We concluded putting in relief the disciplinary practices common to the statement we purposed to study, making clear that civil procedure is one of many knowledge production fields, still having a great number of discourses to be put in evidence.

KEYWORDS: discourses analysis – disciplinary uses of language – civil procedure - jurisdiction.

ABREVIATURAS.

2º TACSP – Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo.

Agresp – Agravo de Instrumento em Recurso Especial.

CC – Código Civil.

CDC – Código de Defesa do Consumidor.

CF – Constituição Federal.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça.

CP – Código Penal.

CPC – Código de Processo Civil.

CPP – Código de Processo Penal

Des. – Desembargador.

FADUSP – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual.

Min. – Ministro.

Mina. – Ministra.

M.V. – Maioria de votos.

Q.O. – Questão de Ordem.

Rel. – Relator.

Resp – Recurso Especial.

STF – Supremo Tribunal Federal.

STJ – Superior Tribunal de Justiça.

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo.

V.U. – Votação unânime.

Todos os *itálicos* e destaques constantes das citações terão sido reproduzidos do original.

Os trechos que estiverem entre uma aspa corresponderão a citações feitas pelos autores reproduzidos originalmente entre duas aspas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO I – JURISDIÇÃO E ESTADO: PERSPECTIVAS SOBRE OS ASPECTOS POLÍTICOS DO PROCESSO CIVIL.....	21
1. O papel político desempenhado pelo Judiciário no Brasil.....	23
2. A jurisdição no discurso processual.....	34
3. Questionamentos sobre o caráter centralizado do exercício do poder na contemporaneidade. ...	50
4. Conclusão do capítulo: a Jurisdição como objeto e sujeito dos discursos do processo civil.	59
CAPÍTULO II – O CARÁTER CIENTÍFICO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL.....	65
1. A relação entre direito e ciência, ou o mito de Pigmaleão e Galatéia revisitado.....	66
2. As “conquistas” do Processo Civil: transformando o saber prático em saber científico.	77
3. Fundação da Escola Processual de São Paulo.	87
4. Usos disciplinares do saber “científico” processual.....	94
5. Ascendência da doutrina sobre a legislação processual: a bem sucedida institucionalização do campo acadêmico.	106
6. Conclusão do capítulo.	120
CAPÍTULO III – PROMOVER A “PACIFICAÇÃO DO CONFLITO” PELO PROCESSO.....	128
1. A pacificação pela “realização da vontade concreta da lei.”	129
2. Fenomenologia da pacificação I: os métodos.....	134
3. Fenomenologia da pacificação II: os personagens.....	150
4. A preservação do monopólio do poder estatal.	157
5. A pacificação é tardia e desgastante, mas não falha.	161
6. O discurso e a prática: origens dos conflitos.	164
7. Conclusão do capítulo: pacificação pelo processo ou em favor do processo?.....	178
CAPÍTULO IV – A “AMPLIAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA.”.....	186
1. Os diagnósticos da doutrina processual a respeito da “crise” do acesso à Justiça.....	188
2. As soluções propostas no âmbito processual: mitigação das formalidades, processos coletivos, direito sumular e, no limite, “dessacralizar” o acesso à Justiça.	198
3. A perda de capilaridade do Estado de Direito.	219
4. Previsibilidade jurídica e austeridade orçamentária: as exigências da ordem econômica e a sua relação com os mecanismos de universalização do acesso à Justiça.	231
5. A sociedade de consumo de massa necessita da crença no Judiciário para se consolidar.....	243
6. Conclusão do capítulo: ampliar para controlar, e não para praticar Justiça.....	252
CAPÍTULO V – “CONCILIAR É LEGAL.”	259

1. Conciliação processual: de forma de encerramento de disputas à solução para a “crise” do Judiciário.	261
2. Fenomenologia atual da conciliação.	270
3. O mito da “litigiosidade excessiva.”	279
4. A justiça co-existencial: entre Salomão e João Grilo.	285
5. A espoliação judicializada.	294
6. Conclusão do capítulo.	302
CONCLUSÃO – PROPOSTA DE EXPANSÃO DA ANÁLISE PARA ALÉM DOS DISCURSOS DO PROCESSO CIVIL.	308
BIBLIOGRAFIA.	317
Obras de referência.	317
Fontes de discursos.	322
Sítios da internet.	328

INTRODUÇÃO.

Reintegração de área ocorre em meio a imbróglio jurídico, diz a manchete no jornal. As fotografias que ilustram a reportagem são marcantes: grupos de moradores, armados de paus e escudos improvisados com galões de plástico, para enfrentar um batalhão de dois mil policiais, treinados e equipados. O resultado são alguns feridos, muitos presos, e seis mil pessoas desalojadas de seus lares, onde estavam instalados clandestinamente há pelo menos oito anos. Tudo dentro da legalidade, afirmam os operadores do direito envolvidos, com exceção do advogado dos moradores. “A ação da PM estava sendo realizada com profissionalismo e eficácia,”¹ insistia o magistrado designado pelo Tribunal de Justiça para acompanhar a reintegração de posse.

Violações aos direitos constitucionais à moradia, à inviolabilidade do lar, ou mesmo à integridade física e moral dos assentados poderiam estar sendo discutidas, mas o “imbróglio jurídico” a que se referiu o jornal é outro: trata-se de uma disputa entre a Justiça Estadual (que decretou a reintegração de posse do terreno) e a Federal (que a havia suspenso), no âmbito da definição da competência dos juízes para tratar do assunto.

Poder-se-ia sugerir que conflito de competência *dificultou* o cumprimento do mandado de reintegração de posse, impedindo que ela fosse cumprida sem delongas, sem chicanas, sem soluços. Talvez não. Talvez a disputa pela alçada, travada no âmbito da interpretação da norma processual, tenha esvaziado o debate a respeito do verdadeiro

¹ Cfr. Folha de São Paulo. *Reintegração de área ocorre em meio a imbróglio jurídico*. Caderno Cotidiano. edição do dia 23 de janeiro de 2012. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidiano/21612-reintegracao-de-area-ocorre-em-meio-a-imbroglho-juridico.shtml> - acessado em 26/12/13.

problema social em curso. Permitiu a redução do problema social a uma questão puramente processual, a saber: definir a quem “pertenceria” a competência jurisdicional para “julgar a causa.”

“Não houve nenhuma falha na decisão da Justiça Estadual em ignorar a liminar da Justiça Federal sobre a reintegração de posse,” afirmam “especialistas em Direito” ouvidos pela imprensa.² Ainda bem. A aparente calma que sucedeu ao fato sugere que, embora triste, a situação fora convenientemente solucionada, e não haveria porque se lançar em crises de consciência. Se as autoridades afirmam que a ordem foi cumprida com eficácia e a decisão proferida no bojo de um processo cuja regularidade foi atestada pelos juristas, o drama das seis mil pessoas há de ser reconhecido como *dano colateral* diante da necessidade de se respeitarem as determinações judiciais. E tudo se passa como *se assim tivesse de ser*.

Os eventos relatados acima compartilham de um elemento em comum: o uso da violência, aferível em múltiplas facetas, *física, psicológica e simbólica*. Esta tese vai se interessar pela última, aquela que se exerce por meio da atribuição de cargas simbólico-valorativas aos fatos, agindo no sentido de convencer a coletividade de que todos os envolvidos – com exceção dos moradores que resistiram ao cumprimento da ordem de reintegração – agiram *civilizadamente*, comportaram-se da maneira que se esperaria do *homo medius*. Ou seja, vamos nos dedicar ao estudo dos mecanismos disciplinares implementados no nível dos discursos, especificamente aqueles relacionados ao processo civil, com a finalidade de controlar (*assujeitar*) o comportamento dos indivíduos que a eles se sujeitam.

Justifica-se o interesse pelo campo do processo civil pelo fato de ele ser a disciplina regedora da relação jurídica, peculiar aos Estados de Direito, criada para solucionar os conflitos legais. O processo judicial constitui o *instrumento* pelo qual o Estado transforma normas jurídicas abstratas em ações concretas na vida das pessoas, organizando a disputa, e categorizando o objeto litigioso para que ele adquira algum sentido,³ inserindo-o no contexto simbólico desejado. Não por outra razão, há quem se

² Cfr. Folha de São Paulo. *Decisão do TJ é correta, dizem especialistas*, Caderno Cotidiano, edição do dia 24 de janeiro de 2012, disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidiano/21770-decisao-do-tj-e-correta-dizem-especialistas.shtml> - acessado em 26/12/2013.

³ “O direito” dirá Antoine Garapon, “redobra a realidade por meio de uma categorização. Ele nomeia as coisas e os seres, com vistas a agir sobre eles. No que tange à vida, ele substitui a coerência de sua linguagem performante que purifica a realidade de suas contradições e de sua opacidade para trazê-la a categorias simples e operacionais. Os bens são móveis ou imóveis; as ações na justiça são patrimoniais ou extra-patrimoniais; os julgamentos são declaratórios ou constitutivos, etc. À imagem do ritual judiciário, o direito

refira a ele como o “enraizamento primeiro do direito na vida,” o local onde o “direito está ainda mais perto da poesia do que da compilação jurídica.”⁴ Destarte, temos para nós que a fenomenologia normativa do processo atua sobre os sujeitos não somente no sentido de lhes indicar qual o comportamento seria lícito, mas também no plano da sua *imaginação* fornecendo padrões de comportamento.

Ao ensejo, consideramos que o *imaginário* e o *simbólico*, fundamentais para as relações sociais coletivas, notadamente pela sua capacidade de explicar o mundo em que se vive, contribuem para a formação de um “saber” da coletividade, uma realidade *imaginada*, mas que nem por isso deixa de ser *concreta*.⁵ O *imaginário do processo*, composto de imagens (símbolos) que chamaríamos de “positivos” e “negativos” (a ideia de justiça, de ordem, de bem comum, mas também, de outro lado, de temor perante a autoridade, das sanções, e da desaprovação social de certas condutas), elabora o regime de suas *realidades*. A aceitação de que a *prova* representaria *o fato*, de que a *fala do advogado* substituiria a *vontade da parte*, de que o *juiz* encarnaria *autoridade*, e de que a *sentença* refletiria a *verdade jurídica*, não seriam possíveis sem a ação cogente das alegorias produzidas pela fenomenologia processual.⁶ Assim é que o seu *modo de proceder* permite que um trágico despejo de pessoas se transforme em *reintegração de posse*, que as famílias se transformem em *litisconsortes passivos* ou, nem isso, meros *terceiros interessados*, e a

separa o interior do exterior, um ‘antes’ de um ‘depois’, a intenção do ato, o desejo da vontade manifestada.” Cfr. *idem, ibidem*, página 68, traduzimos.

⁴ Cfr. GARAPON. 2001, página 19, traduzimos.

⁵ Das lições da antropologia colhemos o seguinte raciocínio: “O imaginário é o pensamento. É o conjunto de representações que os humanos fizeram e fazem da natureza e da origem do universo que os circunda, dos seres que o povoam ou supostamente o povoam, e dos humanos eles próprios pensados em suas diferenças e/ou suas representações. O imaginário, é antes de mais nada um mundo *ideal*, feito de idéias, de imagens e de representações de todas as espécies que têm o pensamento como sua fonte. Acontece que, como toda representação é ao mesmo tempo o produto de uma interpretação do que ela representa, o Imaginário é o conjunto das interpretações (religiosas, científicas, literárias) que a Humanidade inventou para explicar a ordem ou a desordem que reina no universo ou na sociedade, e para tirar lições quanto à maneira como os humanos devem se comportar entre eles e levando em conta o mundo que os circunda. O domínio do Imaginário é portanto um mundo *real* mas composto de realidades *mentais* (imagens, idéias, julgamentos, raciocínios, intenções) que chamaremos globalmente de realidade *ideais* que, enquanto são confinadas no espírito dos indivíduos, permanecem desconhecidas daqueles que os circundam e não podem ser divididas por eles e *agir* sobre a sua existência.” Cfr. GODELIER. 2010. página 43, traduzimos.

⁶ Para alguns, seria “preciso reconhecer que a proximidade existente entre processo e magia se deve à noção de *representabilidade* na magia e no processo judicial. Da mesma forma que o fio de cabelo representa a pessoa mediante o ritual de feitiçaria, sob o comando do xamã, e a hóstia representa o corpo de Cristo no ritual da missa, sob o comando do padre, a prova representa o fato por meio do rito processual, sob o comando do juiz. Há uma incrível semelhança de situações, inclusive no que tange às vestes: o feiteceiro e a túnica, o padre e a batina e o juiz e a toga.” Cfr. BECKER. L.A. 2002, página 84.

luta pela moradia seja transportada e *desidratada* para o labirinto de *agravos*, *liminares* e *embargos* que tratarão da *competência jurisdicional*.⁷

Para realizar essa operação de transmutação – do imaginário para o concreto – o uso de símbolos é uma ferramenta indispensável, notadamente pela necessidade de absorção das representações que eles sugerem, sendo que a produção desses símbolos compete a uma específica disciplina do direito, *o processo civil*. Por outras palavras, é para “organizar” esse imaginário que surgem os signos gerados pelo processo civil, que vão desde figuras mitológicas (Themis vendada com a espada na mão), passando por fórmulas enunciativas que podem ou não estar redigidas (corporificadas) em textos escritos (sentenças judiciais, códigos, lições doutrinárias, ditos populares), até elementos mais concretos como uma sala de julgamento, as indumentárias dos juristas (togas), os selos das repartições públicas, ou as instituições carcerárias. Aí reside o domínio do *simbólico* ao qual nos dedicaremos neste trabalho, entendido como “conjunto dos meios e processos pelos quais as realidades ideais se encarnam ao mesmo tempo nas realidades materiais e práticas,” conferindo-lhes “um modo de existência concreto, visível, social.”⁸

A esse conjunto concatenado de simbolismos denominaremos *discursos*, ou seja, um “conjunto de estratégias que fazem parte das práticas sociais”⁹ tendo em vista *objetivos identificáveis*, isto é, o uso dos signos lingüísticos não para *designar coisas*, mas para, correlacionando-se com outros elementos simbólicos, *exercer uma função disciplinadora* sobre os sujeitos.¹⁰ Por outras palavras, estaremos diante de um discurso toda vez que nos depararmos com uma série de proposições (não necessariamente concordantes entre si), que incutem a um determinado fenômeno social uma certa feição, uma imagem subconsciente capaz de incutir no *imaginário social* uma ideia generalizada sobre o seu objeto. Exemplificando: em torno da fenomenologia do trabalho transitam discursos que impõem o (pré)conceito pejorativo de que o desempregado seria um “vagabundo,” um “pária social.” Os seus *usos disciplinares*, por sua vez, se manifestam pela modulação da conduta dos *receptores* dos enunciados. Retomando o nosso exemplo, é a conscientização de que se deve evitar a todo custo a situação de desemprego (para

⁷ “A eficiência do direito, como a do ritual,” dirá Garapon, “resume-se nos mecanismos de exteriorização, de representação e de classificação dos objetos e dos seres, portanto na produção de uma forma de vida social que será manipulável, porquanto foi inteiramente recriada.” Cfr. GARAPON. 2001, página 69, traduzimos.

⁸ Cfr. GODELIER. 2010. páginas 43/44, traduzimos.

⁹ Cfr. FOUCAULT. 2003. página 11.

¹⁰ Cfr. FOUCAULT. 2008. páginas 70 e 71.

escapar da pecha negativa), inclusive, se for o caso, acatando condições de trabalho desvantajosas ou por vezes humilhantes.

Aqui, no entanto, vamos nos debruçar sobre os *discursos do processo civil*, e a hipótese que propomos discutir é a seguinte: *o processo civil brasileiro é permeado por discursos que, sob o pretexto de regulamentar a forma de exercício da jurisdição, exercem uma função de controle social*. Nosso objetivo é, portanto, analisar esses discursos e trazer à tona os seus usos disciplinares.

Como fazer para manter o diálogo entre essas duas disciplinas do direito, a Teoria Geral do Estado e o Direito Processual Civil, isto é, como conciliar as inquietações abstratas, os questionamentos generalizados pela amplitude dos conceitos de que cuida a Teoria do Estado, com a precisão reducionista do tecnicismo da (auto)denominada “ciência” processual? Bem, este seria um problema se o nosso objetivo fosse de fato *dialogar*, ou seja, aproximar esses diferentes ramos para constituir um regime de cooperação entre eles. Sem duvidar da possibilidade de se criar tal ponte, bem como, eventualmente, colher bons frutos de um intercâmbio nesses moldes, estabeleceremos aqui uma relação totalmente diferente, na medida em que os discursos do *processo civil* serão para nós o próprio *objeto de estudo*, a nossa *matéria-prima*.

O caminho sugerido é o de realizar uma *arqueologia dos saberes do processo civil*, com maior ênfase para os enunciados doutrinários, para deles extrair aspectos que possam interessar à Teoria do Estado, notadamente em razão de seus aspectos disciplinares.¹¹ Detalhando um pouco essa trilha, presumimos que os discursos são compostos de saberes, *proposições* assumidas socialmente como *verdadeiras*, e que por isso influenciam (disciplinam) os juízos pessoais. Uma *arqueologia* desses saberes será uma maneira de vasculhar o que originou essas *verdades*, de onde elas surgiram e, o que é mais relevante, a que finalidades elas atendem e quais as suas conseqüências para os destinatários a quem o discurso se dirige.¹² Ou seja, a linha metodológica está inserida no

¹¹ Segundo Michel Foucault, isto corresponderia a uma “tarefa que consiste a não – não mais – tratar os discursos como um conjunto de signos (de elementos significantes remetendo a conteúdos ou representações) mas como práticas que formam sistematicamente os objetos dos quais eles estão falando. É certo, os discursos são feitos de signos; mas o que eles fazem, é mais que utilizar os signos para designar as coisas. É o *mais*, que os rende irreduzíveis à língua e à palavra. É o ‘mais’ que é preciso fazer aparecer e descrever.” Cfr. *idem, ibidem*, página 71, traduzimos.

¹² O paralelo com a arqueologia explica melhor as nossas pretensões: veremos os textos não como *documentos*, mas como *monumentos*, reinterpretando a simbologia sugerida por seus signos. Com as devidas diferenças, à exemplo do significado conferido pelos egiptólogos às esculturas das *divindades do Nilo* no Templo de Ramsés II, em Abu-Simbel, as quais representariam a unificação do Alto e Baixo Egito, termos

bojo da *semiologia do poder* proposta por Luis Alberto Warat, como forma de refletir “sobre o poder dos discursos e dos seus saberes,” ou seja,

...analisar a significação como instrumento de controle social, como estratégia normalizadora e disciplinar dos indivíduos, como fórmula produtora do consenso, como estágio ilusório dos valores de representação, como fetiche regulador da interação social, como poder persuasivo provocador de efeitos de verossimilhança sobre as condições materiais da vida social, como fator legitimador do monopólio da coerção e como fator de unificação do contraditório exercício do poder social.¹³

A escolha das lições doutrinárias dos professores de processo civil como fonte primordial, dentre outros tantos campos de produção discursiva, nada teve de aleatória: os seus cânones, especialmente aqueles emanados da *Escola Processual de São Paulo*, atuam na produção e divulgação de proposições que concorrem para a concepção simbólica em vigor no processo civil brasileiro e, por via de consequência, para os mecanismos de controle social que ela põe em prática.

Destarte, são quatro os discursos do processo civil que optamos por analisar: o da *superioridade do saber científico processual* em primeiro lugar, servindo de base semântica a todos os demais; o da *pacificação do conflito pelo processo* expondo a forma como o sistema processual e seus atos de comando se legitimam perante a sociedade; o da *ampliação do acesso à Justiça*, possibilitando a *relegalização* de litígios, ao mesmo tempo em que reduz os gastos com jurisdição e prepara o terreno para o desenvolvimento da sociedade de consumo; por fim, o da *conciliação*, desonerando os assoberbados tribunais do volume de processos pelo estímulo a transações nem sempre vantajosas aos jurisdicionados.

Na trilha da semiologia desses enunciados discursivos, mergulhamos na vastidão de livros, cursos, manuais, artigos, pareceres, palestras, notas, comentários a leis, em busca de nosso material de pesquisa. A riqueza de elementos simbólicos com a qual nos deparamos nos impôs um desafio: selecionar aqueles que melhor representavam a cadeia de eventos, a concatenação de signos constituidora de jogos discursivos, enfim, a vastidão de elementos que pudessem se caracterizar como ferramentas disciplinadoras.

como *legitimidade*, *pacificação*, *acesso à Justiça* ou ainda *satisfação de pretensões* serão apreciados à luz da simbologia que eles invocam.

¹³ Cfr. WARAT. 1995. página 18. Ainda de acordo com o autor citado, “a atitude contradiscursiva que a semiologia do poder pretende não tem como alvo a discussão sobre o poder social dos discursos e suas funções como fator co-determinante das condições materiais da vida social. Por outro lado, preocupa-se com os condicionamentos políticos das significações, assim como com a ação de retorno das significações politicamente elaboradas à sociedade.” Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

Ferramentas estas que não se encontram apenas nos respeitadíssimos tomos de consagrados juristas, mas também nos trabalhos adjetivos de seus discípulos, daqueles que reproduzem as fórmulas dos seus preceptores, contribuindo para a sua difusão pela sociedade.

As leituras que fizemos focam na descrição dos efeitos de controle que os símbolos sugerem; não se trata de repetir, com outras palavras, as lições, mas tentar entender o que se pretende (ou o que se obtém) com a significação dos símbolos, vale dizer, que *imaginário* é construído a partir dos jogos discursivos. Realmente, se estiver correta a premissa colocada por Antoine Garapon, segundo o qual “julgar é um evento,”¹⁴ então por que não descortinar os elementos fenomenológicos enrustidos em seus simbolismos? Por que não assumirmos, como cientistas sociais, a postura de analisar os fenômenos sociais do processo, não pelo o que eles dizem ser, ou pelos efeitos sugeridos por seus doutrinadores, mas pelas relações que eles estabelecem e as consequências no imaginário da sociedade? A isso chamamos realizar a *arqueologia de um saber*.¹⁵

Nossas inquietações derivam do fato de que, por ser um espaço de recriação contínua do direito (e aqui estamos falando não apenas das inovações da jurisprudência), o processo se consubstancia em um microcosmos de casos concretos criadores de uma massa intocável e invisível de valores, regras e condutas, o qual, afirmado e reafirmado no dia a dia, constitui a *cultura jurídica* da sociedade.¹⁶ Não a *cultura jurídica* residente nos modelos estereotipados da dogmática processual, “standardizados” e “higienizados de impurezas,” mas nas multifacetadas e polimórficas manifestações expressas em variados espaços dos intercâmbios sociais. Se a sua dispersão de fato dificulta a sua apreensão pelos cientistas sociais, nem por isso elas deveriam passar despercebidas. Neste exercício analítico, as palavras têm de ser contextualizadas e despidas das apriorizações realizadas pelos emissores dos enunciados, pois não encerram um significado em si mesmas. Assim, termos como “paz,” “conflito,” “justiça,” “legitimidade,” têm de ser compreendidas não a partir do que o locutor pretende com a sua fala, mas dos próprios significados que essa

¹⁴ Cfr. GARAPON. 2001, página 18, traduzimos.

¹⁵ Semelhante proposta foi formulada por Antoine Garapon, embora sob outra perspectiva: “Quando nossos antropólogos estudam uma cerimônia de iniciação ou uma dança votiva, eles se concentram nos costumes nos cantos mais do que sobre seus efeitos nas colheitas ou fecundidade das mulheres. Por que não aplicar o mesmo método? Os ritos do processo contemporâneo são vestígios de uma forma arcaica e religiosa ou são consubstanciais ao processo?” Cfr. *idem, ibidem*, página 17, traduzimos.

¹⁶ Segundo Walther Habscheid, embora o direito material se modifique “continuamente,” sendo por isso “indefinível,” o direito processual civil “cria o direito material para cada caso concreto e, assim, o fixa para um certo período.” Cfr. HABSCEHID. 1978, página 124.

proposta pode ostentar perante o grupo a quem ele se dirige, especificamente no que nos interessa, os seus consecratórios controladores socialmente perceptíveis.¹⁷

Nesse sentido, os sacrifícios incas, as previsões dos oráculos, ou mesmo a divindade dos faraós egípcios, nos parecem relevantes pela explicação da realidade que eles ofereciam àquelas sociedades, e consequentemente ao controle social que eles facultavam, mesmo que não concedamos qualquer credibilidade aos elementos mitológicos neles encerrados. Ao observar a relevância do ritual da construção da *Tsimia* (a Casa Grande Cerimonial onde os jovens são iniciados) entre os *Baruya*, Maurice Godelier explicou essa prática baseada em uma realidade essencialmente *imaginária* (relacionada à disputa territorial com o clã dos *Yoyué*, a qual está na origem da *formação* da sociedade *Baruya*), à luz dos seus efeitos para as instituições e intercâmbios políticos e comerciais entre aquelas comunidades.¹⁸ Porque não usar de metodologia semelhante para examinar os efeitos sociais dos fenômenos processuais? Que resultados colheríamos se mirássemos para os rituais do processo civil sem acatar acriticamente as propriedades conferidas pelos doutrinadores?

O valor simbólico que os *Baruya* de Nova Guiné atribuem à construção da *Tsimia* não deveria surpreender mais do que a presunção de que a certidão de trânsito em julgado torna aquela sentença uma *realidade imutável*; aceitar que a colheita terá sido melhor porque animais foram oferecidos em sacrifício é tão real quanto a presunção de a publicação no diário oficial torna as partes *cientes* das decisões processuais; os presságios de Pítia seriam menos certos do que conclusões tomadas com fulcro na premissa de que *fatos não impugnados são verdadeiros*?

As solenidades, as fórmulas, os movimentos muitas vezes incomprensíveis que ocorrem ao longo do formalista *iter* procedimental podem nos levar a esquecer de seu caráter essencialmente prático, voltado que está à produção de efeitos concretos, sobretudo o de *plebiscitar* o poder, nos dizeres de Antoine Garapon.¹⁹ Esses rituais nada têm de

¹⁷ A propósito: “Os significados socialmente padronizados possuem sentidos incompletos; são expressões em aberto, que apenas se tornam relativamente plenas em um contexto determinado. Assim, é impossível analisar o significado de um termo sem considerar o contexto no qual se insere, ou seja, seu significado contextual. (...) Necessita-se, assim, para a interpretação do sentido de uma mensagem, de um processo de articulação entre os sentidos manifestos e os latentes. Um uso ou função da linguagem pode ser visto como *um nível de análise que nos elucida as relações entre os sentidos manifestos e os encobertos de um termo, expressão ou discurso*.” Cfr. WARAT. 1995. página 65.

¹⁸ Cfr. GODELIER. 2010, páginas 209 e seguintes.

¹⁹ “O poder” dirá ele, “é tanto teatral quanto institucional: o fastio, o aparato, as cerimônias, os ritos, a solenidade, são também instrumentos do prestígio – e portanto da permanência – do poder. O respeito dessas formas, a observância desses ritos plebiscitam silenciosamente o Estado do Direito. Pelo cerimonial do

aleatórios, quanto menos inúteis: eles cumprem um papel simbólico, em tudo relacionado ao acatamento das decisões tomadas, tal qual ocorreu na reintegração de posse a que fizemos referência.²⁰ Ainda que naquele caso tenha sido necessário o uso de força policial, a maioria saiu sem resistência.

Assim, quando os doutos invocam o *caráter científico do processo civil*, aí identificamos um instrumento de *institucionalização do saber acadêmico*; quando o processualista defende o *escopo de pacificação social da jurisdição*, aí vemos arroubos de *autoritarismo centralizador*; na proposta de *ampliação do acesso à justiça pelo fornecimento de meios alternativos*, aí vislumbramos a tentativa de *reformatizar o direito da rua*; ou ainda, onde se escreve que *o acordo judicial é a melhor maneira de por fim aos conflitos*, aí lemos nas entrelinhas o esforço em legitimar um sistema judiciário formatado para espoliar os menos favorecidos dentro de uma desigual sociedade de consumo. Destarte, a nossa análise vai apontar como os discursos agem no sentido de manter a coesão social por meio de um dialeto que facilita a submissão do indivíduo não somente à lei, mas a violência inscrita em suas prescrições.²¹

Ou seja, muitos são os meios de persuasão, e todos ostentam uma faceta comum: a violência.²² Violência policial, violência simbólica. Violência do cassetete,

processo, o Estado assegura sua autoridade de modo emocional e simbólica ao oferecer, em contrapartida da desigualdade natural e das injustiças sociais, o quadro apaziguante da igualdade perante a lei.” Cfr. GARAPON. 2001, página 223, traduzimos.

²⁰ Por outras palavras, tomamos a linguagem não como “uma reunião aleatória de símbolos,” mas como “um sistema de símbolos que têm sentido.” Ou seja, assumimos que “o código lingüístico é uma estrutura normativa paralela à composta por normas e valores societários,” “um instrumento não só para a compreensão mas, igualmente, para a modificação e transformação das pautas ideológicas que as mudanças socioeconômicas fazem aflorar,” o qual “não permite apenas o intercâmbio de informações e de conhecimentos humanos, funcionando também como meio de controle desses conhecimentos.” Cfr. FARIA. 1989, página 27.

²¹ Nesse sentido, temos que: “a instituição da sociedade como totalidade coesa, que amarra os corpos e os desejos ao poder, se produz através de um ‘dialeto social’ formado por enunciados de lei e um complexo de representações imaginárias (imaginário social). Estas últimas produzem a maioria de seus efeitos atacando as emoções e os sentimentos, disciplinando as formas do desejo. A função do imaginário social é a de adequar o desejo ao poder, de inscrever os sentimentos no meio do poder, facilitando o acesso passivo do homem à lei. O imaginário social opera como organizador de significação dos atos sociais, impondo os limites alienados entre o permitido e o proibido, o justo e o injusto, o bem e o mal. Estou falando da configuração de um plano homogêneo de significações que instituem a realidade do social por uma relação de medo – superstição, que determina a subjetividade seriada. A linha de montagem do homem para o poder. A instituição imaginária da sociedade que se apresenta como barbarismo e servidão ao poder. A instituição da inconsistência política da sociedade. Um trabalho sobre os sentimentos, sobre o que os recalca e captura num plano homogêneo de compreensão das condições da existência. O plano que torna invisíveis as diferenças de sentido, a mobilidade do desejo e a diversidade dos atores sociais. A instituição social do homogêneo, que violenta o diverso.” Cfr. *idem, ibidem*, página 111.

²² “O poder” ensina Luis Alberto Warat, “é o produto das forças em jogo numa sociedade. O poder produzido consolida suas condições reprodutivas através de ‘dispositivos de significação,’ que organizam a sociedade e suas instituições, e asseguram a presença do poder quando a força falta. É através de seus ‘dispositivos de

violência das palavras. Qual deles terá sido o mais determinante para o acatamento da decisão de despejo dos seis mil despejados? Difícil responder, principalmente porque um age ostensivamente, e o outro se escamoteia em uma amálgama de declarações, lições doutrinárias, prescrições normativas, decisões judiciais, comentários reproduzidos pela imprensa. O que talvez não seja tão árduo é reconhecer que os simbolismos do processo civil, ao organizar os seus signos, compuseram o *imaginário* daquele procedimento de reintegração,²³ fornecendo uma *explicação* para as realidades vivenciadas pelos indivíduos e noticiadas à comunidade, e *justificando* (*legitimando*) os resultados alcançados pelo viés da supremacia do interesse da coletividade, *representado* pelo cumprimento de ordem judicial proferida por magistrado *competente*.²⁴

significação' que o poder disciplina os corpos fazendo com que os membros de uma sociedade vinculem seus desejos ao poder." Cfr. WARAT. 1995. página 110.

²³ Dirá Maurice Godelier: "O Imaginário *não é o* Simbólico, mas ele só pode adquirir a existência manifesta e a eficiência social se ele se encarnar nos signos e nas práticas simbólicas de toda espécie que dão nascimento às instituições e as organizam, mas também aos espaços, aos edifícios onde elas se exercem." Cfr. GODELIER. 2010. páginas 43 e 44, traduzimos.

²⁴ O simbólico não diz respeito a questões puramente abstratas, mas a problemas concretos a serem resolvidos pela sociedade. Nesse sentido, "os símbolos só sobrevivem e continuam a ser socialmente pertinentes se eles continuam a fazer sentido para toda ou parte dos membros de uma ou várias sociedades. (...) Mas, tomado em seu conjunto, o Imaginário e o Simbólico *não esgotam* o conteúdo das realidades sociais que os humanos produzem e reproduzem ao longo de suas existências. Pois as relações sociais, quaisquer que sejam os seus conteúdos de idealismos imaginários e suas dimensões simbólicas, se constroem para responder a questões que, elas, não são apenas imaginárias nem puramente simbólicas." Cfr. *idem*, *ibidem*, páginas 48 e 49, traduzimos.

CAPÍTULO I – JURISDIÇÃO E ESTADO: PERSPECTIVAS SOBRE OS ASPECTOS POLÍTICOS DO PROCESSO CIVIL.

1. O papel político desempenhado pelo Judiciário no Brasil. 2. A jurisdição no discurso processual. 3. Questionamentos sobre o caráter centralizado do exercício do poder na contemporaneidade. 4. Conclusão do capítulo: a Jurisdição como objeto e sujeito dos discursos do processo civil.

Mesmo sem constituir o seu assunto principal, uma personagem em particular permeará o presente estudo a todo momento: o Judiciário. *Poder Judiciário, Justiça, Órgão Julgador, Ofício Judicante, Magistrado, Juiz*: as denominações não são sinônimas e possuem significados distintos, tanto para o vernáculo quanto para as detalhistas definições da “ciência” processual. Não obstante, têm em comum a circunstância de remeterem à instituição dos Estados de Direito a quem se atribuiu a responsabilidade de ser o *árbitro* dos conflitos jurídicos nos quais os cidadãos estiverem porventura envolvidos, o solucionador de litígios sociais e, ainda, a *última ratio* na interpretação dos textos jurídicos sobre os quais se constituiu a ordem institucional.

Apesar das suas responsabilidades, esse mesmo Judiciário mantém uma curiosa relação com a teoria política contemporânea: ao mesmo tempo em que representa o menos estudado dos três Poderes no bojo das ciências sociais,²⁵ é perante ele que ocorrem as mais

²⁵ Antoine Garapon aduz que as “ciências humanas desertaram do direito reduzindo-o a uma simples tecnologia de dominação política ou de regulação social.” Cfr. GARAPON. 2001, página 18, traduzimos. A respeito da sociologia do direito, afirma Boaventura de Sousa Santos que ela “só se constitui em ciência social, na acepção contemporânea do termo, isto é, em ramo especializado da sociologia geral, depois da

próximas e diretas interações entre os cidadãos e o Estado.²⁶ Com efeito, a jurisdição é por certo a maneira mais evidente e certa de o *poder soberano* estatal se manifestar,²⁷ pois é no ensejo das querelas jurídicas derivadas da convivência social cotidiana que o magistrado, imbuído da autoridade de que foi constituído pela ordem constitucional, *declara* aos jurisdicionados qual o direito aplicável ao caso concreto, dando razão a quem ele entender ser merecedor.²⁸

Apesar de ter despertado apenas recentemente o interesse das ciências sociais, o magistrado – tomado aqui muito mais como *instituição* do que como *pessoa* – tem sido há muito a figura central e o pano de fundo sobre o qual toda a teoria processual desenhou o seu edifício teórico-normativo. Claro que os demais atores (partes, procuradores, promotores, serventuários) são relevantes, mas a dogmática brasileira de forma consistente teve no magistrado e no ofício jurisdicional o epicentro da fenomenologia processual, e é a partir do seu atuar que todo o arcabouço dogmático-normativo procedimental foi pensado e articulado.

Assim, diante da nossa proposta de estudar os *discursos do processo civil*, o Judiciário será permanentemente lembrado não apenas como *emissor*, mas precipuamente como *sujeito destinatário* e também *objeto* dos discursos. Bem por isso, conquanto não seja ele o nosso foco principal, sentimos a necessidade de tecermos algumas observações a respeito da relação entretida entre a função jurisdicional atribuída ao Estado e os aspectos político-disciplinares nela insertos. Para tanto, não vamos nos valer de imagens idealizadas, como as que a descrevem como a atividade exercida pelo Estado de *distribuir Justiça* ou, nas palavras de Owen Fiss, como a função de “conferir significado concreto e

Segunda Guerra Mundial. Foi então que, mediante o uso de técnicas e métodos de investigação empírica e mediante a teorização própria feita sobre os resultados dessa investigação, a sociologia do direito verdadeiramente construiu sobre o direito um objeto teórico específico, autônomo, quer em relação à dogmática jurídica, quer em relação à filosofia do direito.” Cfr. SANTOS. 1989, página 39. Conferir também SADEK. 2002 página 259.

²⁶ Citando uma pesquisa realizada por Herkenhoff, José Reinaldo de Lima Lopes comenta que “os juízes são associados pela própria comunidade, em seu imaginário social, ao poder político e são percebidos como autoridade estatal,” bem como “desempenham um papel de mediação entre as comunidades em que servem e o Estado. Desempenham um papel de socialização ao proferir decisões com autoridade, moldam expectativas, trazem novidades aprendidas na capital, impõem um direito cheio de opções valorativas, quer pessoais, quer classistas.” Cfr. LOPES. 1989, página 132.

²⁷ De acordo com Antoine Garapon, a justiça é uma das formas mais claras de o cidadão ser ouvido pelo Estado; para o autor e juiz francês, “sendo a justiça um dos últimos espaços de visibilidade da democracia, sua função como tribunal é cada vez mais solicitada. Intentar uma ação na justiça representa pelo menos o mérito de fazer com que o problema seja comentado e assim dar-lhe uma existência pública.” Cfr. GARAPON. 1999, página 160.

²⁸ Ainda segundo Antoine Garapon, “o juiz aparece como a forma de poder mais próxima e sobretudo mais incorporada. (...) Sua presença aproxima o poder, dá uma cara à autoridade do coletivo, à sua preeminência sobre o particular.” Cfr. *idem, ibidem*, página 50.

aplicação aos valores constitucionais;”²⁹ ao invés disso, trataremos da jurisdição sob o prisma de seus usos políticos no Brasil, confrontando-a ao modo como ela é apresentada pela doutrina processual, ocasião em que aproveitaremos para introduzir o nosso entendimento a respeito do poder político e dos modos que ele é exercido na contemporaneidade, um conceito que será desenvolvido ao longo da tese.

1. O papel político desempenhado pelo Judiciário no Brasil.

Justiça: nenhuma denominação poderia ser menos apropriada para ser associada ao Poder Judiciário brasileiro, se tomarmos por base a sua atuação ao longo da história. A poucas instituições se poderia atribuir com tamanho acerto qualificativos como *elitismo*, *patrimonialismo* e *autoritarismo* do que aos tribunais constituídos no Brasil, especialmente se mirarmos para o seu comportamento em relação à população, desde quando aportaram por aqui, trazidos pelas naus portuguesas junto com as suas seculares instituições burocráticas.

Sem que tenhamos a pretensão de fazermos um detalhado histórico do Judiciário brasileiro, um rápido *passeio* pelas formas de constituição e pelas análises de historiadores e sociólogos nos pareceu suficiente para traçar um diagnóstico da sua atuação. O denominador comum encontrado ao longo dos quase duzentos anos de independência é o do perene estado de insatisfação e descrédito da sociedade em relação aos juízes.³⁰

²⁹ Cfr. FISS. 2004. página 36.

³⁰ Vejamos o depoimento de Maria Tereza Sadek: “Críticas ao desempenho das instituições encarregadas de distribuir justiça praticamente acompanharam a instalação e o desenvolvimento dessas organizações no país. Desde as primeiras Cortes, criadas ainda no período colonial, vozes se levantaram mostrando sua inoperância e o quanto distavam de um modelo de justiça minimamente satisfatório. Nos últimos tempos, entretanto, tornou-se dominante a idéia de que essas instituições, além de incapazes de responder à crescente demanda por justiça, tornaram-se anacrônicas e, pior ainda, refratárias a qualquer modificação. Nas análises mais impressionistas sustenta-se, inclusive, que as instituições judiciais ficaram perdidas no século XVIII ou, na melhor das hipóteses, no XIX, enquanto o resto do país teria adentrado nos anos 2000. A constância nas críticas à justiça estatal é um denominador absolutamente comum quando se examinam textos especializados, crônicas e mesmo debates parlamentares, ao longo dos últimos quatro séculos.” Cfr. SADEK. 2004. página 4. No mesmo sentido, mencionamos o *Relatório ICJ Brasil 2º e 3º Trimestre de 2012*, elaborado pela *Direito GV da Fundação Getúlio Vargas – FGV*: “No caso brasileiro, a crise no sistema de Justiça não é um fenômeno recente. As pesquisas mostram que, ao menos quanto à eficiência do Judiciário, no que diz respeito ao tempo e à burocratização de seus serviços, a sua legitimidade vem sendo questionada desde o início da década de 1980. De lá para cá, e com maior intensidade a partir de 2000, alguns trabalhos levantaram dados sobre as atividades do Judiciário, como o número de processos novos e em andamento a cada ano.” Cfr. *Relatório ICJ Brasil 2º e 3º Trimestre de 2012*, disponível em <http://direitogv.fgv.br/publicacoes/icj-brasil> - acessado em 01/1/2014. página 3.

Um descontentamento que tem origem nos abusos por eles perpetrados, desde antes da declaração de independência, mas também na sua ineficiência e demora em solucionar os processos, sem falar numa sensação generalizada de tratamento diferenciado em relação a certas classes ou categorias sociais.

No que tange à atuação marcadamente arbitrária, cuida-se de feição ligada à maneira de atuar dos juízes a começar de seu estabelecimento em terras brasileiras, notadamente do acúmulo das tarefas de julgar e aplicar as penas. Realmente, no Brasil-colônia as funções de polícia e de julgador se confundiam na figura do juiz,³¹ a quem a metrópole – distante e desinteressada – permitiu que cometesse toda sorte de abusos e arbitrariedades, desde que a ordem na colônia fosse mantida e o recolhimento de impostos assegurado.³² Apesar das críticas, essa sinergia de cargos – totalmente avessa aos desígnios iluministas – perdurou por muito no Império, só vindo a ocorrer a sua cisão nos estertores da fase monárquica do Estado brasileiro.³³

Ademais, a própria maneira de designação de boa parte dos julgadores era propícia ao seu aliciamento político: os *juízes de paz*, responsáveis pela instrução criminal e análise de casos menores, eram eleitos pelas câmaras municipais, dominadas pelos *capitães de terra*. Os esforços da Coroa em restabelecer o domínio sobre a atividade jurisdicional por meio da substituição desses juízes eleitos por juízes nomeados (os *juízes de fora*), tiveram um êxito no mínimo duvidoso, principalmente na colônia brasileira.³⁴ Diante desse acúmulo de funções e da forma de recrutamento, não é difícil imaginar o

³¹ Nesse sentido, a clássica lição de Victor Nunes Leal: “A legislação portuguesa, no período colonial do Brasil, conforme já foi acentuado, demarcava imperfeitamente as atribuições dos diversos funcionários, sem a preocupação – desusada na época – de separar as funções por sua natureza. Daí a acumulação de poderes administrativos, judiciais e de polícia nas mãos das mesmas autoridades, dispostas em ordem hierárquica, nem sempre rigorosa. A confusão entre funções judiciárias e policiais perdurará ainda por muito tempo.” Cfr. LEAL. 2012. página 181.

³² Segundo José Reinaldo de Lima Lopes, pautando-se em pesquisa realizada por Stuart Schwarz, “o sertão tornava-se sinônimo de esconderijo e terra sem lei (...). As testemunhas viviam aterrorizadas. Os juízes da terra temiam os capitães, e não julgavam. As devassas eram muito caras: como pagar? A população, mediante requisição, dava comida e casa aos desembargadores, na falta de recursos.” Cfr. LOPES. 2008, página 245.

³³ Novamente, citamos o escólio de Victor Nunes Leal: “Durante o Império, subsiste em larga medida a acumulação de atribuições judiciárias e policiais nas mãos das mesmas autoridades (...)” Cfr. LEAL. 2012. página 184.

³⁴ “A justiça eletiva,” aduziu Victor Nunes Leal, “constituía importante instrumento de dominação do senhorio rural, cuja influência elegia juízes e vereadores e demais funcionários subordinados às câmaras. Por isso mesmo, segundo já notamos, na medida em que os juízes ordinários, eletivos, iam sendo substituídos pelos juízes de fora, de nomeação régia, foi a Coroa se assenhoreando de parte considerável do governo local. Podia prevalecer, eventualmente, a opinião dos oficiais eletivos da câmara nas deliberações conjuntas, mas restavam ainda os atos individuais daqueles juízes do rei, que tinham ainda a seu favor a circunstância de serem ‘letrados.’” Cfr. *idem, ibidem*. página 183.

papel disciplinar assumido pelo juiz, e também os reflexos desse *despotismo da* (e pela) *toga* no imaginário popular.³⁵

Foi também em razão da sua relevância na administração política que os juízes e a sua competência – fixada pelas normas processuais – foram objeto de intensas disputas políticas no Parlamento Imperial desde os primórdios da independência, de vez que a definição das funções jurisdicionais e sobretudo a forma de escolha dos magistrados, eram matérias determinantes para delimitação da influência política dos senhores de terra, então exercida de modo quase feudal.³⁶ Nesta senda, ao conferir competência jurisdicional aos *Juízes Municipais* (eleitos pelas câmaras dominadas pelos políticos locais) em detrimento dos *Juízes de Direito* (necessariamente bacharéis e vitalícios, nomeados pelo Imperador), o Código de Processo Penal, promulgado em 1832, foi apontado como vitória das pretensões descentralizadoras dos liberais.³⁷ Vitória sem dúvida, mas de curta duração, pois a Lei de 3 de dezembro de 1841, de iniciativa dos conservadores, reafirmou o poder central imperial por meio da mitigação das competências dos juízes eleitos.³⁸ Desse modo, mais do que o estabelecimento de uma organização judiciária desejada pelo Imperador, o status conferido aos diferentes tipos de juízes pelo Código Processual Criminal era “acima de tudo, um instrumento político, um poderoso aparelho de dominação, capaz, de dar ao governo vitórias eleitorais esmagadoras, estivesse no poder o partido conservador ou o liberal.”³⁹ Ressaltemos, no entanto, que nem mesmo a mudança na forma de nomear os juízes foi suficiente para aliviar a pressão exercida pelas lideranças políticas locais sobre os quadros

³⁵ Quando pensamos na maioria da população brasileira é nítido que ela nunca viu no juiz um defensor de seus interesses, muito pelo contrário. Uma boa mostra dessa desconfiança nos é fornecida de forma lúdica na peça *O Juiz de Paz na Roça*, de Martins Pena. Em um dos diálogos percebemos como o Juiz de Paz – autoridade eleita pelos munícipes para judicar em processos mais mezinhos, raramente versado nas letras, quanto menos jurídicas – atuava na solução dos conflitos sem qualquer respeito pelas leis: “A constituição!... Está bem!... Eu, o Juiz de Paz, hei por bem derogar a Constituição! Sr. Escrivão, tome termo que a Constituição está derogada, e mande-me prender este homem.” Cfr. PENA. 2010. página 24.

³⁶ José Reinaldo de Lima Lopes, reportando-se às reformas processuais que se pretenderam promover por meio do Regulamento 737 de 1850, obtempera: “O processo tem um objetivo político reconhecido pelos legisladores. Ele não se desliga da própria organização da magistratura que é ao mesmo tempo um poder de Estado e um estamento social. Os liberais desejavam ampliar a participação dos poderes locais no procedimento, por isso defenderam juízes leigos (juízes de paz e jurados), os conservadores desejavam disciplinar tais poderes submetendo-os ao centro. A reforma do processo visa sistematizar o mar de preceitos, mas não quer ainda democratizar o acesso à justiça.” Cfr. LOPES. 2008, página 269

³⁷ A propósito, cfr. LOPES. *idem*, *loc. cit.*

³⁸ Novamente, remetemos a LOPES. *idem*, página 270.

³⁹ Cfr. LEAL. 2012. páginas 188 e 189. O autor é bem claro a respeito da vinculação da classe dos magistrados aos interesses partidários no período imperial; para ele, “a corrupção da magistratura, por suas vinculações políticas, era fato notório, acrememente condenado por muitos contemporâneos. Como o problema não é puramente legal, ainda hoje é contradição a figura do juiz politiquero, solícito com o poder, ambicioso de honrarias ou vantagens, embora muito mais extensas as garantias que desfrutava. E é justamente no interior que mais se fazem sentir os efeitos da polícia e da justiça partidárias.” Cfr. *idem*, *ibidem*, *loc. cit.*

da magistratura:⁴⁰ o Judiciário foi, por todo o período imperial, um *locus* cujo acesso era privativo das “classes possuidoras.”⁴¹

Essa situação de subserviência do Judiciário aos interesses dos mais abastados não acabou com a proclamação da República, reforçada inclusive pelo advento do fenômeno político-social próprio daquele período histórico, conhecido como *coronelismo*.⁴² Apesar das reformas em tese liberais promovidas pelos republicanos, a participação dos juízes nas atividades partidárias nunca esteve totalmente afastada, sendo certo que a sua submissão aos interesses dos *coronéis* era devida, dentre outras razões, ao “mecanismo das promoções e remoções e o emprego de diversos meios de sedução e compressão, difíceis de serem evitados ou reprimidos,” contribuindo assim para que se encontrassem “juízes e promotores partidários, sem falar nos serventuários da justiça, quase sempre militantes apaixonados.”⁴³

O conturbado ocaso do republicanismo oligárquico não implicou no esgotamento dos usos *politiqueiros* da magistratura, mas apontou para uma importante mudança de perspectiva em relação ao comportamento do Judiciário. Sem que ele tenha abandonado a sua faceta de ferramenta a favor de interesses governamentais,⁴⁴ o Estado-Novo e a mentalidade *corporativista* de seus mentores foram determinantes para a definição de novas funções para as Cortes. Com efeito, para os *autoritários* quadros jurídicos varguistas, o êxito da implementação das *reformas sociais* que eles propunham dependeria da atuação dos juízes, a quem caberia garantir não somente o cumprimento dos programas governamentais de viés intervencionista, mas também *arbitrar* as lides e servir

⁴⁰ Cfr. *idem, ibidem*, páginas 189 e 190.

⁴¹ O termo é de José Reinaldo de Lima Lopes; sobre a cultura jurídica no período monárquico, afirma o prestigiado historiador do direito: “A matéria que domina a jurisprudência, como não poderia deixar de ser, é o assunto das classes possuidoras: heranças, compras e vendas de terra, formas de tratamento de escravos, negócios societários e circulação de mercadorias e títulos.” Cfr. LOPES. 2008, página 311. Em outro trecho, o mesmo autor anota que “a presença do Estado e do direito no país era muito desigual, geográfica e socialmente. O Estado e a lei chegavam apenas lentamente a certos pontos e a certos grupos.” Cfr. *idem, ibidem*, página 314.

⁴² Relata-se que o Judiciário foi uma instituição que contribuiu amplamente nos “planos de dominação do situacionismo estadual, refletindo-se, diretamente, no mecanismo ‘coronelistas.’” Cfr. LEAL. 2012, página 193.

⁴³ Cfr. *idem, ibidem*, página 195.

⁴⁴ A respeito da influência política no Judiciário neste período, Victor Nunes Leal se expressava assim, em obra originalmente publicada em 1948: “Em relação à justiça, essa ligação já foi muito mais estreita do que é hoje, e diminui na proporção em que aumentam as garantias do Poder Judiciário. Ainda assim, ela é evidente no que respeita aos juízes de paz e continua a manifestar-se, em grau apreciável, quanto aos juízes temporários, que não dispõem dos mesmos direitos dos magistrados de carreira. Mesmo entre os juízes vitalícios aparecem por vezes expressões chocantes de partidarismo. As garantias legais nem sempre podem suplantar as fraquezas humanas: transferência para lugares mais confortáveis, acesso aos graus superiores, colocação de parentes, gosto do prestígio, eis os principais fatores da predisposição política de muitos juízes.” Cfr. *idem, ibidem*, página 204.

de *mediadores* dos interesses em conflito (patrão-empregado na Justiça do Trabalho, partidos políticos na Justiça Eleitoral, cidadão-governo na Justiça Federal, etc.) que teriam, em juízo, a oportunidade de obter uma *composição amigável*.⁴⁵ A preocupação em tornar o processo civil um “instrumento de investigação da verdade e de distribuição da justiça,” descrita na *Exposição de Motivos* do Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-Lei 1.608/39) elaborada por Francisco Campos, dá o testemunho do espírito *socializador* que se queria impingir às Cortes brasileiras.⁴⁶

Porém a despeito dos mencionados esforços governistas, com exceção da Justiça do Trabalho, na qual se constatou um comprometimento mais agudo com a implementação dos direitos sociais, a jurisdição civil continuou sendo um *foro privilegiado* da elite econômica, notadamente porque o respeito ao princípio da *autonomia da vontade* não foi em nada abalado com o advento dos arquétipos do Estado-Social. Como ilustração, basta ver que o Código de Processo Civil de 1939, apesar de se dizer “mais popular e mais eficiente para distribuição da justiça,” preservou diversos aspectos do processo de cunho individualista, destacando-se a limitação do juiz aos pedidos das partes,⁴⁷ dentro do espírito

⁴⁵ De fato, para Vargas, a efetivação dos direitos políticos estava relacionada aos direitos civis, daí a importância de se criar um arcabouço que facultasse a defesa desses direitos; nesse sentido: “A formalização da igualdade política sem a concretização dos direitos civis significaria apenas uma igualdade de fachada. Os direitos civis formavam a base de toda e qualquer igualdade. E caberia ao Judiciário a garantia destes direitos. Nesta interpretação, o Judiciário não se constituía propriamente em um poder de Estado. Tratava-se, muito mais, de uma instituição estatal encarregada de assegurar direitos civis e, consequentemente, de minar as bases das diferenças expressas no domínio oligárquico.” Cfr. SADEK. 2002. página 240.

⁴⁶ Leiamos o seguinte trecho da referida *Exposição de Motivos*, que bem demonstra a intenção de romper com o modelo anterior, reputado “formalista” e “bizantino.” “Pode-se dizer, porém, que não foi de caráter meramente técnico a crise do nosso Direito Judiciário. As profundas transformações operadas em todos os campos da atividade humana, particularmente as transformações sociais e políticas, concorreram para manifestar a extensão dessa crise, pois levaram os benefícios da ordem jurídica a terrenos que a velha aparelhagem judiciária não estava capacitada para alcançar. O processo em vigor, formalista e bizantino, era apenas um instrumento das classes privilegiadas, que tinham lazer e recursos suficientes para acompanhar os jogos e as cerimônias da justiça, complicados nas suas regras, artificiosos na sua composição e, sobretudo, demorados nos seus desenlaces. As transformações políticas que entre nós se cumpriram abrem entretanto o gozo dos instrumentos de governo a uma imensa massa humana, que antes não participava deles senão indireta e escassamente, e assim impõem um novo regime à administração da justiça. Antes, esta podia ser assimilada a certos serviços públicos, destinados ao uso de alguns, e em relação aos quais pode o Estado revelar menos vigilância, deixando aos interessados o cuidado de melhorá-los. Em tal atmosfera o processo poderia continuar a ser um conjunto de regras destinadas a orientar a luta judiciária entre particulares, que delas se serviriam à mercê do seu interesse ou dos seus caprichos. É ainda a concepção dualística do processo judiciário, em que o Estado faz apenas ato de presença, desinteressando-se do resultado e dos processos pelos quais foi obtido. A transformação social elevou, porém, a Justiça à categoria de um bem geral, e isso não apenas no sentido de que ela se acha à disposição de todos, mas no de que a comunidade inteira está interessada na sua boa distribuição, a ponto de tomar sobre si mesma, através dos seus órgãos de governo, o encargo de torná-la segura, pronta e acessível a cada um. Responsável pelos bens públicos, o Estado não poderá deixar de responder pelo maior deles, que é precisamente a Justiça. Na sua organização e no seu processo, não poderia deixar de imprimir os traços da sua autoridade.” Cfr. CAMPOS. 1939.

⁴⁷ Assim dispunha o seu artigo 4º “O juiz não poderá pronunciar-se sobre o que não constitua objeto do pedido, nem considerar exceções não propostas para as quais seja por lei reclamada a iniciativa da parte.”

dispositivo característico do pensamento liberal. Nem mesmo a promulgação de uma Lei voltada a assegurar o acesso à Justiça aos menos favorecidos (Lei 1.060/50), desonerando-os do pagamento de custas, foi suficiente para popularizar o Judiciário. A questão é que a ideia de *socializar* a mentalidade da magistratura, almejada desde meados do Século XX, encontrou, à época, resistência não apenas no tradicionalismo de seus quadros, mas também no próprio direito material.

Com efeito, tendo por enfoque apenas o direito civil, temos que o novecentista Código em vigor (Lei 3.071/16) era adequado a uma sociedade agrária, individualista e paternalista, e portanto refratário a ponderações de jaez econômico-social sobre os contratos e as obrigações assumidas (*pacta sunt servanda*). Nem mesmo as iniciativas governamentais de *modernizar* a economia brasileira, realizadas especialmente no pós-segunda guerra, lograram melhorar a distribuição de renda (e de Justiça): elas desembocaram em um arcabouço jurídico próprio de sociedades capitalistas, enquanto a maioria da população continuou convivendo em outra realidade bem distante dos mercados de consumo e trabalho “oficiais.” As leis promulgadas para regular o sistema financeiro (Leis 4.595/64, Decreto-Lei 70/66), o mercado de capitais (Lei 4.728/64) e sociedades anônimas (Lei 6.404/76), além de um Código de Processo Civil considerado “dos mais modernos e de melhor qualidade do mundo”⁴⁸ (Lei 5.869/73), destinado a disciplinar a maneira como essas novas normas seriam aplicadas pelo Judiciário, eram inócuas e incompreensíveis à massa de pessoas privadas de condições mínimas de sobrevivência. A bem dizer, só lhes era aplicável no momento de privar-lhes de algum direito, como por exemplo, no despejo de imóveis ilegalmente ocupados.

O Brasil dispunha assim de um ordenamento jurídico processual “moderno,” seguro e apto a forçar o cumprimento de obrigações inadimplidas de modo expedito (as ações executivas), liquidar garantias (as alienações extrajudiciais previstas para as alienações fiduciárias ou os imóveis financiados pelo Sistema Financeira da Habitação) ou prevenir ou remediar os esbulhos à posse (as ações possessórias). Ao mesmo tempo em que a revisão de avenças, os pedidos de indenização com base em responsabilidade extracontratual, ou ainda os questionamentos aos direitos beneficiados por presunções (posse, propriedade, garantias reais) deveriam seguir o moroso *rito ordinário*, onde os princípios do contraditório e da ampla defesa se traduziram em uma infundável sequência de atos e recursos que fazem com que o processo dure anos sem qualquer solução prática.

⁴⁸ Cfr. GRECO FILHO. 2000. página 69.

Assim, para aqueles que tinham pouco ou quase nada, a busca de proteção perante os tribunais seria inócua. Este quadro desigual intensificou-se com o colapso das políticas sociais governamentais existentes, especialmente a partir da década de oitenta, o qual contribuiu para o surgimento (ou agravamento) de conflitos para os quais os tribunais se mostravam incapazes de trazer uma solução jurídica.

Nem mesmo o advento da Constituição de 1988, promulgada com denotado espírito socializante, e na qual constaram variados instrumentos para as Cortes serem mais ativas quanto aos direitos ditos *de segunda geração*, alterou significativamente esse dramático estado de coisas. A despeito do entusiasmo com o qual foi recebida e da expectativa que ela gerou em diversos juristas,⁴⁹ diversos fatores fizeram com que a maioria dos juízes mantivessem a omissa atitude *não-intervencionista* em relação a questões sociais.⁵⁰ De fato, por mais que as normas positivas (inclusive processuais) tenham sido mudadas nos últimos vinte anos para facultar (ao menos formalmente) a concessão de tutelas jurisdicionais voltadas à proteção de direitos como educação, saúde ou moradia, essas iniciativas ainda teimam em não se concretizar. Das múltiplas razões para isso, destacaremos o descompromisso de muitos governos em dar efetividade a esses direitos, o que se refletiu no engessamento do Judiciário que, por mais que se queira intervencionista, não tem o condão de, na estrutura tripartite, controlar orçamentos ou a

⁴⁹ Verdade que outros, como José Eduardo Faria, se mostraram bem céticos quanto à capacidade do Judiciário dar conta desses “novos conflitos;” em texto datado de 1992, o prestigiado sociólogo do direito indagava: “Até que ponto estarão os tribunais e seus magistrados aptos, funcional e tecnicamente, para lidar com conflitos classistas e transgressões de massa envolvendo grupos, classes e coletividade? Dada a explosão de litigiosidade em sociedades estigmatizadas pelas contradições sócio-econômicas e por formas inéditas de luta, confronto e resistência, como é o caso da sociedade brasileira, as diferentes instâncias judiciais terão condições de continuar desempenhando com um mínimo de eficácia suas funções tradicionais de absorver as tensões, ‘generalizar’ o dissenso e reduzir as incertezas do sistema político, limitando e ‘desarmando’ os conflitos, bem como impedindo sua generalização?” Cfr. FARIA. 1992, página 41.

⁵⁰ No mesmo sentido, fazendo uma análise da postura dos Tribunais nos “países periféricos,” aduzem Boaventura de Sousa Santos *et alii*: “A distância entre a Constituição e o direito ordinário é, nesses países, enorme, e os tribunais têm sido, em geral, tíbios em tentar encurtá-la. Os fatores dessa tibieza são muitos e variam de país para país. Entre eles podemos contar, sem qualquer ordem de precedência: o conservadorismo dos magistrados, incubado em faculdades de Direito intelectualmente anquilosadas, dominadas por concepções retrógradas da relação entre direito e sociedade; o desempenho rotinizado assente na justiça retributiva, politicamente hostil à justiça distributiva e tecnicamente despreparado para ela; uma cultura jurídica “cínica” que não leva a sério a garantia dos direitos, caldeada em largos períodos de convivência ou cumplicidade com maciças violações dos direitos constitucionalmente consagrados, inclinada a ver neles simples declarações programáticas, mais ou menos utópicas; uma organização judiciária deficiente com carências enormes tanto em recursos humanos como em recursos técnicos e materiais; um Poder Judicial tutelado por um Poder Executivo, hostil à garantia dos direitos ou sem meios orçamentais para a levar a cabo; a ausência de opinião pública forte e de movimentos sociais organizados para a defesa dos direitos; um direito processual hostil e antiquado.” Cfr. SANTOS. MARQUES. e PEDROSO. 1995. página 33.

dotação dos recursos públicos.⁵¹ Mas não é só. Muito desse descolamento entre as reivindicações dos setores marginalizados e julgadores pode ser tributado à própria cultura jurídica do processo civil brasileiro, ainda preso à sua tradição liberal-individualista restritiva da atuação do magistrado.⁵²

Essa arraigada visão *neutralizante* do processo deu ensejo a uma concepção do exercício da jurisdição e da maneira como o juiz deveria se comportar: para preservar uma imagem idealizada de pessoa isenta, ponderada, um verdadeiro “reduto de proteção da moralidade pública, familiar e individual.”⁵³ A retrocitada *neutralidade* muitas vezes é confundida com *frieza*, e a manutenção de uma distância “segura” entre o juiz e os cidadãos⁵⁴ contribuiu para que os juízes fossem cobertos por uma aura de “seres superiores,” dotados de uma sabedoria diferenciada, muitas vezes utilizada para encobrir decisões mal ou não fundamentadas. O uso da linguagem rebuscada, prolixa; a adoção de procedimentos bizantinos; o apreço pelas cerimônias e rituais rocambolescos; o uso de vestimenta peculiar, todos esses elementos contribuem para uma *elitização* da pessoa do juiz, complementada pelo luxo dos edifícios forenses, construídos para oprimir as partes que adentram os seus pomposos salões.⁵⁵

⁵¹ Como observam Boaventura de Sousa Santos *et alii*, “as condições para essa politização da função judicial foram criadas, sobretudo no período do Estado-providência, pelo dramático incremento dos direitos de cidadania que nele ocorreu. A partir de então, a garantia efetiva desses direitos foi politicamente distribuída pelos poderes Executivo e Legislativo, por um lado, encarregados da criação dos serviços e das dotações orçamentais e, por outro lado, pelo poder judicial, enquanto instância de recurso perante as violações do pacto garantista. (...) Nos países periféricos e semiperiféricos o garantismo esteve, por assim dizer, em crise desde o início. Nesse sentido, as responsabilidades políticas do Judiciário são menores apenas porque é menor a legitimidade do sistema político no seu conjunto. A relativa irrelevância social dos tribunais é assim o outro lado da distância do sistema político em relação aos cidadãos.” Cfr. *idem, ibidem*, páginas 60 e 61.

⁵² A propósito, confirmamos o seguinte excerto: “O protagonismo do Poder Judiciário reflete um perfil de Estado que ainda se mantém com feições liberais, mas que, constitucionalmente, promete proteção própria do Estado Social. Anunciamo-nos, no contexto brasileiro, como um Estado Democrático de Direito, comportamo-nos como um Estado liberal e sofremos as crises de um Estado social que nunca foi perfectibilizado. O resultado não poderia ser outro. A constitucionalização dos direitos sociais e difusos engendrou um novo grupo de demandas levado à Justiça, que, todavia, não encontrou instrumentos processuais adequados ao seu trâmite eficaz e eficiente. Desse modo, o que se pode constatar é um Judiciário funcionalizado que agoniza em meio a reformas processuais estruturais, no afã de reduzir o alto índice de demandas em ações e em recursos.” Cfr. SALDANHA. ESPÍNDOLA. e MACHADO. 2009, página 338.

⁵³ Cfr. DALLARI. 2010. página 48.

⁵⁴ “Para muitos juízes,” escreveu Dalmo de Abreu Dallari, “a convivência com as partes deve ser evitada, porque pode criar uma intimidade incompatível com a dignidade do cargo de juiz, mas além disso o relacionamento amistoso com as partes é visto sempre como coisa perigosa, que precisa ser cuidadosamente recusada. Por esses e outros motivos são muitos os juízes que, sistematicamente e como regra, jamais atendem as partes num processo, só admitindo atender os advogados. Muitas vezes, até estes são mantidos a distância. E desse modo os juízes perdem a percepção da dimensão humana dos litigantes, deixando de receber elementos que poderiam ser preciosos para um julgamento justo.” Cfr. *idem, ibidem*, página 149.

⁵⁵ Dalmo de Abreu Dallari anota que, apesar de as Constituições modernas terem aumentado as “competências do Poder Judiciário,” seria necessário, para cumprimento desses novo “papel constitucional” o abandono do “legalismo formalista.” Com efeito, “por um vício que se liga a anacronismos do ensino jurídico

O resultado é a perda da percepção humana dos juízes, como se eles, no exercício da judicatura – especialmente os que atuam em instâncias superiores⁵⁶ – se esquecessem de que eles estão apreciando temas caros à vida das pessoas, decidindo o destino de pessoas, alterando o curso de muitas histórias. O fardo decorrente da responsabilidade do cargo é muito facilmente aliviado quando, distanciando-se dos aspectos concretos dos litígios, recorre-se a representações e abstrações que removem qualquer resquício de humanidade nos empoeirados autos dos processos: as partes não têm nome, são o *autor* e o *réu*; quando sentencia, o juiz *encerra o ofício judicante*, como que se livrando de um problema que não é mais seu (passa a ser da instância superior, se houver recurso); na fundamentação das decisões, recomenda-se que se atenham o quanto possível à *letra fria da lei*, seguros de que, ao agir assim, estarão a salvo de críticas ou mesmo problemas correcionais,⁵⁷ transformando desse modo, os *Tribunais de Justiça* em

e que se agrava pela mentalidade dos juízes, é comum que os julgadores se preocupem quase que exclusivamente com o aspectos formais de suas decisões. São frequentes as sentenças e os acórdãos recheados de citações eruditas, escritos em linguagem rebuscada e centrados na discussão de formalidades processuais, dando pouca ou nenhuma importância à questão de justiça das decisões.” Cfr. *idem, ibidem*, página 99. Diz ainda que “a magistratura foi envolvida numa aura de sacralidade; os juízes adquiriram a imagem de seres perfeitos, livres de necessidades e limitações, superiores a todos os mortais e especialmente iluminados, merecedores de um respeito vizinho da veneração religiosa.” Cfr. *idem, ibidem*, página 57. E, ainda, neste sentido, consta que “no mundo todo os órgãos judiciários ocupam edifícios que são facilmente identificáveis pelas características da arquitetura, que lembra quase sempre um templo religioso. No Brasil são encontradas situações extremadas: as instalações dos tribunais são geralmente muito aparatosas e o edifício é chamado de ‘palácio da justiça’, numa reminiscência do *Palais de Justice*, de Paris.” Cfr. *idem, ibidem*, página 152.

⁵⁶ Segundo Dalmo de Abreu Dallari, “quando os juízes passam a integrar um tribunal de apelação, seu relacionamento com o povo é praticamente rompido. Na realidade, os juízes, nesse nível, só se relacionam, e assim mesmo procurando preservar certa distância, com os representantes do Ministério Público e com os advogados. As sessões dos tribunais são públicas mas o ambiente aparatoso, o modo de trajar dos participantes do cerimonial, a impossibilidade de compreender a linguagem, que freqüentemente oscila entre o tecnicismo e o pedantismo, isso tudo contribui para que não haja povo nos auditórios dos tribunais. O distanciamento torna-se tão grande que os juízes, em sua quase totalidade, esquecem que decidem em nome do povo e para o povo.” Cfr. *idem, ibidem*, páginas 149 e 150.

⁵⁷ Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari tece duras críticas aos juízes que se comportam dessa maneira: “Há magistrados que invocam fundamentos teóricos para o acobertamento que dão às injustiças, alegando que o magistrado deve ser um aplicador estrito da lei, politicamente neutro e sem responsabilidade moral elas iniquidades que possam estar contidas, com maior ou menor evidência, em suas decisões. Dizem que o magistrado não é legislador, e que se não obedeceram rigorosamente a letra da lei, desaparece a uniformidade das decisões e se abre caminho para o excesso de subjetividade dos magistrados. E ainda acrescentam que se não procederem assim, será destruída a certeza do direito e haverá injustiças, pelo fato de que o mesmo dispositivo legal terá aplicações diferentes, dependendo das preferências e convicções de cada magistrado. Com argumentos dessa ordem, afirmando-se ‘escravos da lei’ procuram ocultar o temor, o comodismo, as conveniências pessoais ou a falta de consciência da extraordinária relevância de sua função social. Adotando postura de vestais e apregoando como virtude sua falsa neutralidade, escondem-se atrás de uma solene, e quase sempre hipócrita, máscara de ‘técnicos do direito.’ Quando se cobra deles o compromisso com a justiça, respondem que esse é um problema para filósofos, não para juristas. E quando se chama a atenção para o fato que suas decisões agravam conflitos sociais, alegam que essa é uma questão para a sociologia, não para o direito.” Cfr. *idem, ibidem*, página 54.

Tribunais de Legalidade.⁵⁸ Em síntese, como nos lembra Owen Fiss, remetendo aos ensinamentos de Hannah Arendt, a estrutura burocrático-institucional colabora para esse quadro de isolamento do agente público e o deixa “mais a vontade” para decretar atos a tal ponto *violentos* que beiram a *irracionalidade*.⁵⁹

Considerando todo esse cenário, não é de se espantar que o magistrado seja uma figura temida pelos cidadãos comuns, e bem por isso totalmente distanciada da população e dos problemas por ela vividos.⁶⁰ Como apontamos acima, esse autoritarismo se instalou para atender a determinados interesses, preocupados em concentrar a distribuição da justiça em tribunais supostamente *neutros* e *apolíticos*, mas que, na realidade, constituíam *feudos* comandados pelas oligarquias locais ou pelas elites econômicas, que delas faziam uso para manter o controle sobre os jurisdicionados. Uma forma de dominação tão marcante e evidente que mesmo atualmente os seus reflexos podem ser vistos, e não apenas em comarcas distantes dos grandes centros urbanos.

Não por outra razão, o Judiciário ainda é visto socialmente como instituição *formalista*, *elitista* e voltada à proteção dos interesses das elites econômica e política,⁶¹ o que se reflete de forma nítida nas inúmeras pesquisas de campo realizadas nos últimos anos

⁵⁸ A expressão é do citado Dalmo de Abreu Dallari: “E por esse caminho os Tribunais de Justiça se reduzem a tribunais de mera legalidade formal, os magistrados passam a aplicadores de regras que sancionam privilégios, discriminações e violências de várias espécies.” Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

⁵⁹ Por suas palavras, “a burocracia emerge como uma estrutura social que torna possível, facilita e talvez até cause o uso irracional do Poder Público. Isso poder ocorrer de duas maneiras. Primeiramente, por meio da fragmentação e compartimentalização das tarefas, a burocracia isola aqueles que agem dentro dela de experiências educacionais críticas. Dar as ordens que resultam no transporte de um judeu até o campo no qual ele pode ser morto é muito diferente de prender o indivíduo, tirando-o do seu lar, conduzi-lo ao campo e espancá-lo até a morte. O burocrata não precisa considerar ou conhecer, de qualquer forma direta, a abrangência total das atividades da organização. Em segundo lugar, a burocracia tende a tornar a responsabilidade difusa. Nenhum indivíduo sozinho ou grupo de indivíduos identificáveis assume responsabilidade integral pela ação da organização. A ação da organização é o produto sintético da ação dos indivíduos dentro dela (muitos dos quais não são identificáveis) e da complicada rede de relações entre eles, a ‘estrutura de organização’, que combina e refrata as ações individuais.” Cfr. FISS. 2004. página 181.

⁶⁰ Sobre o processo de distanciamento do juiz em relação ao povo, confirmamos o seguinte trecho: “Em relação aos juízes esse processo de distanciamento do comum do povo é bem evidente. Ele está presente na linguagem rebuscada e no tratamento cerimonioso, falsamente respeitoso, previsto na própria legislação e que tem o efeito real de criar mais temor do que respeito. Quem presenciar o interrogatório de uma pessoa simples numa audiência judicial vai verificar que o juiz e o depoente usam o mesmo idioma mas não falam a mesma língua. O depoente, muitas vezes, tem dificuldade para responder as perguntas do juiz, em grande parte porque não consegue entender o que lhe está sendo perguntado e, por vergonha ou temor, não revela essa dificuldade.” Cfr. DALLARI. 2010. página 148.

⁶¹ Boaventura de Sousa Santos *et alii* fazem uma interessante observação, que bem demonstra o produto dessa relação promíscua entre políticos e Judiciário, qual seja, a impunidade: “Curiosamente, sobretudo na América Latina (Argentina, Colômbia, Brasil sobretudo no Nordeste etc.), sempre que se tem falado de corrupção a respeito dos tribunais não é para falar do combate à corrupção por parte dos tribunais, mas sim para falar da corrupção dos tribunais (a venalidade dos magistrados e dos funcionários).” Cfr. SANTOS. MARQUES. e PEDROSO. 1995. página 34.

para tratar da sua percepção pela sociedade.⁶² Dentre tantas pesquisas e estudos que apontam o grau de descontentamento e desconfiança da população em relação ao Judiciário, destacamos um recente levantamento realizado pela *Fundação Getúlio Vargas* denominado *Relatório ICJ Brasil 2º e 3º Trimestre de 2012* que apontou que o Judiciário é uma das menos confiáveis instâncias sociais (públicas e privadas) do cotidiano dos entrevistados:

Quadro 1 – Confiança nas Instituições.⁶³

Outro dado interessante dessa mesma pesquisa é o que aponta as razões pelas quais o entrevistado *não procurou* a Justiça para solução de algum conflito. Expressiva quantidade de pessoas (59%) respondeu que não o fez por questões ligadas à “administração de justiça”:

⁶² Segundo Maria Tereza Sadek, seriam “inúmeras as pesquisas de opinião retratando a expressiva insatisfação da população com a justiça estatal. Levantamentos de institutos especializados mostram que, em média, 70% dos entrevistados não confiam na justiça.” Cfr. SADEK. 2004. página 4.

⁶³ Cfr. *Gráfico 7 – Relatório ICJ Brasil 2º e 3º Trimestre de 2012*, ob. cit. página 21. Como se denota do quadro suprarretratado, a credibilidade do Judiciário é inferior a de entidades com funções sócio-políticas teoricamente menos relevantes, como a imprensa escrita ou a igreja católica.

Quadro 2 - Motivação dos que não procuraram o judiciário em conflitos envolvendo direito do trabalho, consumidor e acidente de trânsito.⁶⁴

Tudo isso a demonstrar, de modo bastante claro, o quanto a população desconfia do Judiciário e, mais do que isso, atribui a “questões burocráticas” as razões de seu descontentamento ou descrença.⁶⁵

Contudo, esse histórico de manipulações políticas e favorecimentos de classe a que se tem submetido o exercício da jurisdição civil no Brasil não costuma aparecer na maior parte dos textos doutrinários. Veremos a seguir a maneira como a atividade jurisdicional é descrita e avaliada pela doutrina processual e, especialmente, a forma como a perspectiva da história e do *status* ocupado pelo Judiciário na sociedade brasileira são substituídos numa abordagem *esvaziada*, descolada de relatos mais aderentes ao cotidiano do qual falamos. Voltam-se os olhos a remotas e idealizadas origens, invocando-se modelos categorizados de jurisdição estrangeira (romana-inquisitória-revolucionária).

2. A jurisdição no discurso processual.

A despeito do nada abonador histórico sucintamente retratado, raramente encontramos posicionamentos críticos por parte da doutrina processual em relação ao Judiciário e à sua postura na qualidade de Poder do Estado. A dogmática processual, se não

⁶⁴ Cfr. Gráfico 14 – Relatório ICJ Brasil 2º e 3º Trimestre de 2012, ob. cit. página 24.

⁶⁵ Ainda de acordo com o Relatório em comento, temos que os entrevistados responderam que não acionaram o judiciário porque a resolução do problema “demoraria muito, que seria caro ou porque não confiavam no Judiciário para a solução dos conflitos.” Cfr. *idem, ibidem*, página 15.

ignora por completo o comportamento elitista e autoritário do qual acabamos de falar, trata do servilismo do Judiciário a determinados interesses como questões residuais, ou ainda como temas sobre os quais a “ciência” processual não teria qualquer alçada. Os aspectos políticos do processo não são, todavia, negados pela dogmática processual, aliás, bem ao contrário:⁶⁶ ecoando os paradigmas filosóficos do Estado de Direito, o Judiciário e suas funções políticas são bastante explorados, mas com base em *apriorizações teóricas*, destinadas a apresentá-lo como instituição *neutra* e *desinteressada* das disputas político-partidárias. É como se, fiando-se na validade meramente legal dos sistemas jurídicos, a “ciência” processual encontrasse na organicidade dos arcabouços jurídicos um subterfúgio para, ao mesmo tempo em que fala da importância do Judiciário no bojo da teoria política, não se ver obrigada a discutir os tempestuosos aspectos que levantamos acima.⁶⁷

Neste ínterim, a relação existente entre o processo civil e as atividades políticas do Estado é reconhecida pela processualística essencialmente sob o enfoque de o Judiciário ser a instituição responsável pelo cumprimento da vontade do soberano manifestada por meio das leis. A título ilustrativo, lemos na lição de Cândido Rangel Dinamarco ser “imprescindível encarar o processo, que é instrumento estatal, como algo de que o Estado se serve para a consecução dos objetivos políticos que se situam por detrás da própria lei.”⁶⁸ Outro ilustre mestre define a jurisdição como sendo a atividade estatal “através da qual o Estado cumpre o dever de, mediante um devido *processo legal*, administrar justiça aos que a solicitaram,” tratando-se, por isso, de “forma de exercício da *soberania* estatal.”⁶⁹ Essas observações – pinçadas entre tantas que caminham em sentido

⁶⁶ A esse propósito, vejamos o comentário de Walther J. Habscehid, para quem o processo civil seria onde as bases do sistema político melhor se refletem: “O Estado encarna a organização social, o direito processual reflete as ideias éticas, ideológicas e políticas que caracterizam uma dada sociedade. Consequentemente, o direito processual civil não pode e não deve ser considerado de forma isolada, mas, na verdade, englobado em tais ideais e concepções, que se expressam na ordem constitucional. Aproximarmo-nos do direito processual, sem levarmos em consideração tais fundamentos, significaria fechar os olhos diante do fato de que ele (o direito processual) é um dos domínios do direito, onde as bases do ‘sistema’ se refletem mais claramente.” Cfr. HABSCEHID. 1978, página 118.

⁶⁷ Corroborando o que acabamos de afirmar, a lição de Dalmo de Abreu Dallari: “No direito brasileiro, tanto na produção teórica quanto na jurisprudência, verifica-se que foi estabelecido e se tornou predominante, apesar de brilhantes manifestações em contrário de alguns teóricos e magistrados, o que se poderia denominar ‘culto da legislação,’ reduzindo-se o direito à lei escrita e resistindo-se a todas as tentativas de atualização. É uma atitude de acomodação, conservadora, ou mesmo reacionária, motivo de conflitos entre o direito inscrito na lei e a realidade social. De um lado, essa atitude dispensa o esforço de atualização dos conhecimentos teóricos, permitindo o uso de teorias e autores há longo tempo consagrados, habitualmente muito citados e transcritos para dar a impressão de que as afirmações e conclusões e têm sólido embasamento ‘científico.’” Cfr. DALLARI. 2010. páginas 100/101.

⁶⁸ Cfr. DINAMARCO. 2009, página 199/200.

⁶⁹ Cfr. CARNEIRO. 1980, página 9.

semelhante⁷⁰ –, evidenciam o alinhamento da doutrina processual aos dogmas fundadores dos Estados de Direito contemporâneos.

A concepção do direito nos Estados ditos modernos – *secularizados, racionalizados e democráticos* – está intimamente relacionada à feição assumida pela idéia de *poder* e as formas de exercê-lo perante as sociedades ocidentais, especificamente sob os auspícios daquilo que se convencionou chamar de *autoridade legítima*. A própria concepção de *legitimidade* é fruto de longo processo histórico que desembocou no atual estabelecimento da premissa teórica segundo a qual o Estado, na qualidade de representante da coletividade e agindo em linha com regramentos préestabelecidos, deteria o *monopólio do uso legítimo da força*. O direito teve importante papel nessa construção político-ideológica, não apenas porque cuidou de fornecer as *regras do jogo* (o arcabouço legal, geralmente encabeçado por uma regra maior, a Constituição), mas também, talvez principalmente, por ter assumido o encargo de suprir a carência de *símbolos de poder* dos quais os cidadãos foram privados pela iconoclastia ateia liberal-burguesa.⁷¹

Com efeito, tendo em vista a proposta racionalista de que a autoridade não deveria prevalecer em razão da coação (física ou moral), mas da aceitação (legitimação) das ordens emitidas por critérios racionais, a *simbologia* do poder estabelecida sob esses moldes peculiares. Nesta senda, como nos lembra Antoine Garapon, a representação social do poder (e também do direito) na Europa foi perdendo os elos que a ligavam a fundamentos teocráticos, para fincar firmes raízes em elementos fenomenológicos variantes conforme o contexto ou país, mas que podem ser agrupados na ideia geral de

⁷⁰ Ainda em reforço, o escólio de José Carlos Barbosa Moreira: “O processo é o canal por que se exerce a jurisdição; esta, por sua vez, inclui-se entre as manifestações essenciais do poder estatal. Não pode o processo, por conseguinte, deixar de constituir fenômeno politicamente relevante. As decisões dos juízes são decisões de órgãos do Estado, como as dos legisladores e as dos administradores: concorrem com umas e outras para a definição dos rumos da sociedade politicamente organizada. A diferenciação entre essas categorias nasceu, firmou-se e desenvolveu-se menos como sinal de diversidade ontológica do que como opção de conveniência - inspirada provavelmente, de início, em considerações de ordem prática relacionadas com a necessidade da divisão do trabalho, que a crescente complexidade social gerava, e depois, também, nas sociedades que se afastaram do absolutismo, em certa prevenção contra a excessiva concentração do poder, aliada à crença na eficácia de mecanismos de controle recíproco dos órgãos (impropriamente ditos "poderes") do Estado.” Cfr. BARBOSA MOREIRA. 1988, página 7.

⁷¹ A propósito, assinala Antoine Garapon: “A justiça democrática nasce na intersecção de duas histórias separadas: a da passagem de uma heteronomia a uma autonomia simbólica, e a dissociação progressiva da justiça do poder político. Vimos o ritual judiciário conquistar a sua autonomia contra o simbólico religioso para se colocar como a fonte independente do simbolismo da justiça. Ao mesmo tempo, assistimos a uma substituição progressiva do direito de justiça divina como foro de legitimidade do poder político, a uma inversão progressiva das relações entre Estado e direito e, enfim, a um processo de desincorporação do poder.” Cfr. GARAPON. 2001, página 224, traduzimos.

legitimidade, mais especificamente a *legitimidade jurídica*.⁷² Esse efeito *justificador* do direito, fez uso também de *rituais consagradores*,⁷³ cujo simbolismo remete à liturgia dos cerimoniais religiosos.⁷⁴ O direito, já o dissemos alhures,⁷⁵ teve o seu papel nessa mudança de paradigmas, principalmente porque foi usado para revestir o *Poder Soberano republicano* desses símbolos legitimadores, substituindo em certa medida a *mística da coroa* pela *mística da legitimidade procedimental*.⁷⁶

Então, o embrião do que hoje se conhece por *processo judicial* foi gestado sob a perspectiva do anseio das monarquias europeias absolutistas de, em linha com o seu ímpeto centralizador, formatar um meio pelo qual o cumprimento escorreito de suas deliberações e éditos seria assegurado.⁷⁷ O processo se revelaria, pois como uma regra

⁷² Diz o autor francês que “a história do poder político no Ocidente é a da lenta substituição de uma referência religiosa por uma legitimidade jurídica. O foro simbólico do Estado desliza da unção divina à habilitação pelo direito.” Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

⁷³ Para uma visão crítica do processo e dos mecanismos semânticos de que faz uso, Cfr. BECKER. 2002, páginas 82 e seguintes. O autor faz uma interessante comparação entre os rituais do processo e os rituais de magia.

⁷⁴ Ver, nesta senda, os ensinamentos de Pierre Bourdieu: “Instituir, neste caso, é consagrar, quer dizer sancionar e santificar um estado de coisas, uma ordem estabelecida, como fato, precisamente uma *constituição* no sentido jurídico-político do termo. A *investidura* (do cavaleiro, do deputado, do presidente da República, etc.) consiste em sancionar e santificar, fazendo ser conhecida e reconhecida, uma diferença (preexistente ou não), fazendo-a existir como diferença social, conhecida e reconhecida pelo agente investido e pelos outros. Em suma, sob pena de se proibir de compreender os problemas sociais mais fundamentais, isso tanto nas sociedades pré-capitalistas como em nosso próprio mundo (o diploma pertence tanto à mágica quanto os amuletos), a ciência social deve levar em conta o fato da eficácia simbólica dos ritos de instituição: quer dizer o poder que lhes pertence de agir no real agindo sobre a representação do real.” Cfr. BOURDIEU. 2001. página 177/178, traduzimos.

⁷⁵ Cfr. o Capítulo I “A lei positiva e a legitimação da autoridade do Estado Brasileiro” de nossa Dissertação de Mestrado, *A Participação Popular no Processo Legislativo: o exercício da cidadania ativa e o discurso do Estado Democrático de Direito no Brasil* (OLIVEIRA, 2010).

⁷⁶ Georges Burdeau observa que o *conceito de Estado* é, no fundo, “apenas a racionalização de uma crença que não poderia ser confessada num meio intelectualmente evoluído. Não mais podendo dar crédito às fábulas, aos prodígios nem à unção sagrada, pede-se a uma construção intelectualmente racional o que, no séculos antigos, os homens esperavam da lenda ou da mitologia.” Em complemento, obtempera: “Digamos mais cruamente que a ideia do Estado veio substituir as forças misteriosas que, no pensamento mágico, subordinam o espírito os chefes. Em vez de ver neles os agentes de um poder sobrenatural, de admitir que devem seu título a uma prova de iniciação vitoriosamente superada ou de torná-los os depositários da vontade dos deuses, vincularão a autoridade deles a um Poder racionalmente concebido para receber neles a figura humana, sem deixar, porém, de ser superior aos homens. O conceito de Estado torna aceitável o Poder, resolvendo a contradição que contém e que provém do fato de ele ser individualmente intolerável e socialmente inevitável. Com isso, a ideia do Estado se aproxima muito da razão de ser de um pensamento mágico que, pelo sentido que atribui aos fenômenos que ele explica, subordina os comportamentos individuais às crenças coletivas.” Cfr. BURDEAU. 2005. páginas 61 e 62. Ainda, no mesmo sentido, a lição de Antoine Garapon, para quem “a história do poder político no ocidente é a de uma lenta substituição de uma referência religiosa para uma legitimidade jurídica. O foro simbólico do Estado desliza da unção divina à habilitação pelo direito. Ao termo desta evolução, o Príncipe não é mais a imagem viva da graça, mas a personificação de uma idéia: a Justiça.” Cfr. GARAPON. 2001, páginas 224 e 225, traduzimos.

⁷⁷ “No ambiente de lutas que caracterizou grande parte da Europa do século dezessete,” leciona Dalmo de Abreu Dallari, “governantes absolutos utilizaram os serviços dos juizes para objetivos que, muitas vezes, nada tinham a ver com a solução de conflitos jurídicos e que colocavam o juiz na situação de agente político arbitrário e implacável. Em tal circunstância, a escolha dos juizes era feita diretamente por quem detinha o

imposta aos agentes aplicadores da norma para evitar desvios, leituras equivocadas – voluntárias ou não – da vontade do rei,⁷⁸ tratando-se, nas palavras de José Reinaldo de Lima Lopes, de “parte integrante dos negócios da realeza.”⁷⁹

Nunca abandonada – afinal de contas, ainda hoje cumpre ao juiz solucionar os conflitos por meio da aplicação da norma jurídica, a qual não é mais do que uma *expressão* da vontade soberana (parlamento eleito democraticamente, via de regra) – essa função dos tribunais passou por mudanças com o desenvolvimento e implementação dos ideais políticos de matiz liberal-individualista. Com efeito, a aplicação prática desses valores nas estruturas administrativas estatais foi determinante para a *formatação* dita *moderna* da jurisdição, e bem assim da entidade responsável por seu exercício, qual seja, o corpo de juízes que adquiriram a partir de então o *status* de membros de um dos Poderes do Estado.⁸⁰

Assim é que o Poder Judiciário foi concebido e constituído a partir da conhecida idéia de que a autoridade política, para não ser utilizada despoticamente, deveria ser *partilhada* entre diversas instituições independentes e autônomas. Mirava-se na necessidade de esvaziar a soberania do monarca absoluto, buscando-se soluções que reduzissem as possibilidades de decisões absurdas, casuísticas ou abusivas. O apelo de Montesquieu, para quem não “existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo”⁸¹ ecoou e foi atendido, tanto que os Revolucionários franceses fizeram constar da Constituição de 1791 que “o Poder Judiciário não pode, em nenhum caso, ser exercido pelo Corpo legislativo nem pelo rei” (*Capítulo V - Do Poder Judiciário*, artigo 1º), e os Federalistas estadunidenses observaram que “a acumulação dos Poderes (...) nas mãos de um só indivíduo, ou de uma só corporação, seja por efeito de conquista ou de eleição, constitui necessariamente a tirania.”⁸²

comando político, o que deixava evidente que eles decidiam e praticavam outros atos, não decisórios, em nome e com o respaldo dos chefes supremos. Mas, evidentemente, os juízes estavam obrigados a manter fidelidade, antes de tudo, aos interesses de quem os tinha escolhido.” Cfr. DALLARI, 2010. página 12.

⁷⁸ Por exemplo, a *apelação*, prevista desde as primeiras codificações portuguesas (consta do Livro III das *Ordenações Afonsinas* de 1446) é menos uma expressão do *devido processo legal* do que um mecanismo que possibilita ao agente mais próximo do monarca *revisar* a decisão do juiz local e, em sendo o caso, *reformular* o entendimento que estiver em contrariedade ao desejo do soberano, sendo que a possibilidade de cassação remontaria até a última instância, qual seja, *El Rey*.

⁷⁹ Cfr. LOPES. 1989, página 135.

⁸⁰ De acordo com Fernando Ruivo, “a verdadeira questão do ‘poder judicial’ só surge realmente no Século XVIII, inserida na ofensiva político-ideológica da burguesia revolucionária e tomando grande parte do seu peso da teoria da separação de poderes.” Cfr. RUIVO. 1989, página 74.

⁸¹ Cfr. MONTESQUIEU. 1996. página 168.

⁸² Cfr. HAMILTON. 2003. página 298.

Diante dessas características, o Judiciário constante nas constituições ocidentais por muitos anos ficou à margem das grandes questões políticas, reconhecendo-se nele um mero agente de cumprimento das deliberações advindas dos demais Poderes (especialmente o legislativo).⁸³ O jaez marcante dos tribunais nesse modelo era a *passividade* do seu atuar, em tudo *dependente* da lei ou da provocação dos interessados.⁸⁴ Esperava-se do magistrado de *berço* liberal um comportamento *neutro*, *retroativo* e *reativo*⁸⁵ em relação aos diversos conflitos jurídico-sociais que eventualmente chegavam ao seu conhecimento para julgamento. A tal *neutralidade* permitiu (e ainda permite) que se aceitassem as decisões judiciais pelo fato de elas supostamente representarem a concretização prática da “vontade do legislador,” ainda que isso implicasse em abusos ou iniquidades decorrentes da maneira como as riquezas são distribuídas ou conquistadas: a justificativa moral arvorava-se no argumento da deliberação estar calcada na legalidade.⁸⁶ Por não estar, ao menos em tese, vinculada aos governantes ou a quem com eles estivesse

⁸³ “Essa caracterização dos tribunais no período liberal” escreveram Boaventura de Souza Santos *et alii*, “é reveladora do diminuto peso político destes, enquanto poder soberano, perante o Poder Legislativo e o Poder Executivo. Eis as manifestações principais dessa subalternização política. Esse período testemunhou o desenvolvimento vertiginoso da economia capitalista no seguimento da Revolução Industrial e, com ele, a ocorrência de maciços deslocamentos de pessoas, o agravamento sem precedentes das desigualdades sociais, a emergência da chamada questão social (criminalidade, prostituição, insalubridade, habitação degradada etc.). Tudo isso deu origem a uma explosão dos conflitos sociais de tão vastas proporções que foi em relação a ela que se definiram as grandes clivagens políticas e sociais da época. Ora, os tribunais ficaram quase totalmente à margem desse processo, dado que o seu âmbito funcional se limitava à microlitigiosidade interindividual, extravasando dele a macrolitigiosidade social.” Cfr. SANTOS. MARQUES. e PEDROSO. 1995. página 9.

⁸⁴ Sobre o caráter *dependente* do Judiciário nos Estados de matiz liberal, confirmamos o seguinte excerto: “Para além disso, a independência dos tribunais se assentava em três dependências férreas. Em primeiro lugar, a dependência estrita da lei, segundo o princípio da legalidade; em segundo lugar, a dependência da iniciativa, vontade ou capacidade dos cidadãos para utilizarem os tribunais, dado o caráter reativo da intervenção destes; em terceiro lugar, a dependência orçamentária em relação ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo na determinação dos recursos humanos e materiais julgados adequados para o desempenho cabal da função judicial.” Cfr. *idem, ibidem*, página 10.

⁸⁵ É o que afirmam Boaventura de Souza Santos *et alii*, para quem: “a teoria da separação dos poderes conforma a organização do poder político e de tal maneira que, por via dela, o Poder Legislativo assume uma clara predominância sobre os demais, enquanto o poder judicial é, na prática, politicamente neutralizado.” Outrossim, considerando que “a aplicação do direito é uma subsunção lógica de fatos a normas e, como tal, desprovida de referências sociais, éticas ou políticas,” os tribunais acabam se movendo “quadro jurídico-político pré-constituído, apenas lhes competindo garantir concretamente a sua vigência” e, bem por isso, o seu poder é “retroativo, ou é acionado retroativamente, isto é, com o objetivo de reconstituir uma realidade normativa plenamente constituída.” E em razão dessas duas últimas características, a “disponibilidade dos tribunais para resolver litígios é, assim, abstrata e só se converte numa oferta concreta de resolução de litígios na medida em que houver uma procura social efetiva.” Cfr. *idem, ibidem*, páginas 7 e 8.

⁸⁶ A respeito da importância legitimadora dos tribunais no período liberal, vejamos: “Podemos, pois, concluir que, nesse período, a posição institucional dos tribunais os predispôs uma prática judiciária tecnicamente exigente, mas eticamente frouxa, inclinada a traduzir-se em rotinas e, por conseqüência, a desembocar numa Justiça trivializada. Nessas condições, a independência dos tribunais foi o outro lado do seu desarme político. Uma vez neutralizados politicamente, os tribunais independentes passaram a ser um ingrediente essencial da legitimidade política dos outros poderes, por garantirem que a produção legislativa destes chegava aos cidadãos ‘sem distorções.’” Cfr. SANTOS. MARQUES. e PEDROSO. 1995, página 10.

litigando, a autoridade da sentença, pautada exclusivamente na lei previamente estabelecida, mostrar-se-ia reforçada e, mais do que isso, funcionaria como elemento *legitimador* dos atos do juiz.⁸⁷ Logo, exatamente por se mostrar uma ferramenta disciplinar eficiente, justificadora de toda sorte de disparates, o *não-intervencionismo* dos juízes permanece como postura valorizada até os dias de hoje.⁸⁸

O intercâmbio entre as perspectivas da ciência política e da “ciência” processual sobre a fenomenologia do poder não ocorre em termos de comparação, como se fossem duas visões divergentes sobre o mesmo tema: trata-se de uma verdadeira *relação de cooperação*. Sem o apoio dos teoremas justificadores do poder dos Estados de Direito, princípios como o da *ubiquidade da jurisdição* (somente o Judiciário pode exercer a jurisdição) sequer fariam sentido. Do mesmo modo, a *beleza* do edifício retórico erguido pela dogmática processual para legitimar a autoridade dos atos de comando (sentença), emitidos no curso das demandas judiciais, é servil àqueles a quem interessa ver cumpridos os desígnios políticos contidos na legislação em vigor.

Ao tratar da gênese do processo, por exemplo, alguns autores recorrem à sua perspectiva *garantista*, destacando a sua faceta de mecanismo voltado ao fornecimento de *segurança jurídica* aos cidadãos no momento de aplicação da lei.⁸⁹ Construindo uma ponte entre o antigo processo romano e os atuais institutos oriundos do constitucionalismo revolucionário, passando pelo *due process of law* constante da *Magna Carta* inglesa de

⁸⁷ Segundo José Reinaldo de Lima Lopes, “a primeira função política de qualquer sistema judicial” é a de “mecanismo de legitimação,” cujos julgamentos “estão sujeitos apenas à lei. Ora, este princípio de fato quer significar que os juízes não estão sujeitos à vontade do príncipe, do Parlamento, do gabinete, dos presidentes de governo. A isto se liga também a inamovibilidade dos juízes: eles não podem ser removidos pelos outros órgãos do Estado. Este afastamento do Judiciário, afastamento institucional com relação aos outros órgãos do Estado, é fundamento de sua legitimidade. As garantias da magistratura não são privilégio estamental: são mecanismo político de defesa da sua independência com relação aos poderosos, não com relação aos cidadãos.” Cfr. LOPES. 1989, página 136.

⁸⁸ Sobre os usos práticos desse caráter de neutralidade, ver a opinião de Luis Alberto Warat: “Assim, os encarregados de aplicar as leis, os produtores das teorias jurídicas, os professores das escolas de Direito (os construtores das significações jurídicas) forjam uma realidade imaginária (colocada na perspectiva do senso comum) que fazem prevalecer como naturalismo. Um verdadeiro mundo de faz-de-conta instituído como realidade natural do Direito. Uma realidade imaginária que poderá ser considerada mítica, mágica (no sentido freudiano) capturadora, extravagante, mas que resulta imprescindível para a própria configuração do Direito na sociedade. A interpretação da lei seria impossível se os juristas decidissem sair da realidade mágica por eles mesmos instaurada. Como poderia interpretar-se a lei deixando de acreditar no efeito mágico de juízes imbuídos do atributo de neutralidade?” Cfr. WARAT. 1995. página 120.

⁸⁹ Ver nesse sentido e dentre tantos, Vicente Greco Filho, segundo o qual: “é forçoso concluir que, verdadeiramente, o processo autêntico surgiu quando o Estado, proibindo a justiça privada, avocou para si a aplicação do direito como algo de interesse público em si mesmo e, além disso, estruturando o sistema de direitos e garantias individuais, interpôs os órgãos jurisdicionais entre a administração e os direitos dos cidadãos, tomando-se, então, o Poder Judiciário um poder político, indispensável ao equilíbrio social e democrático, e o processo um instrumento dotado de garantias para assegurá-lo (...)” Cfr. GRECO FILHO. 2000. página 6.

1215,⁹⁰ no caleidoscópio de eventos históricos pontuais e esparsos (geográfica e temporalmente), eles são reunidos numa *linha evolutiva* da tutela da cidadania, cujo *estágio atual* representaria o ápice de sua progressão. O processo em sua faceta política é apresentado como uma *reação* ao poder ilimitado dos monarcas, uma *defesa* do cidadão contra a aleatoriedade da autotutela ou ainda os abusos do soberano despótico. Inclusive, é curioso perceber como, para alguns autores, a ritualização procedimental existente e posta em prática nas ordens jurídicas antecedentes às revoluções burguesas não é reconhecida como *processo* pela dogmática: tratar-se-ia de mero *procedimento*, despido dos elementos necessários à sua caracterização morfológica, que somente surgiriam com o advento dos Estados de Direito liberais.⁹¹ Outra vertente doutrinária prefere tratar da questão sob um enfoque mais estatista, narrando um hipotético momento (não se diz *quando* nem *como*) em que os cidadãos teriam aquiescido que a melhor forma de solucionar os conflitos não seria por suas próprias forças (autotutela), mas delegar essa atividade ao Estado.⁹²

Não bastassem o jaez evolucionista e simplificador dessa abordagem, pelo fato de ela impor uma linearidade artificial, ela omite relevantes aspectos ligados ao papel histórico-político desempenhado pelas Cortes brasileiras. Com efeito, qualquer história do judiciário que debute pela descrição dos louváveis direitos fundamentais do cidadão (isonomia, contraditório, legalidade) é carecedora de todo um contexto que antecede essas declarações de direitos, e por isso, também, deixa de capturar a *lógica social* das cortes, muito bem sintetizada por Owen Fiss: “o soberano envia seus oficiais por todo o território para dizer o direito e verificar se ele está sendo observado.”⁹³

Outro ponto a demandar atenção nas lições desses doutos, é a valorização da norma jurídica positivada como ponto fulcral de todo o sistema: a vinculação dos sujeitos

⁹⁰ Especialmente pelas limitações impostas ao soberano por aquele documento, embora ele fosse muito mais o resultado de uma queda de braço entre barões e um monarca enfraquecido do que uma genuína manifestação de apreço pelos direitos individuais dos súditos.

⁹¹ Nesta seara, Cândido Rangel Dinamarco obtempera o quanto segue: “As transformações políticas e sociais havidas na Europa desde o século anterior tinham sido capazes de alterar a fórmula das relações entre o Estado e o indivíduo, com a ruptura de velhas estruturas – e isso foi responsável pelas primeiras preocupações em definir os fenômenos do processo, onde assoma a figura do juiz, como agente estatal, a partir de premissas e conceitos antes não revelados à ciência dos estudiosos que se debruçavam sobre o *direito judiciário civil* (mera *procedure*).” Cfr. DINAMARCO. 2009. página 18.

⁹² Confirmamos a lição de Antonio Carlos Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco na qual, referindo-se a *ciclos evolutivos*, dizem os autores que : “o Estado, já suficientemente fortalecido, impõe-se sobre os particulares e, prescindido da voluntária submissão destes, impõe-lhes autoritativamente a sua solução para os conflitos de interesses. À atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos, dá-se o nome de *jurisdição*. Pela jurisdição, como se vê, os juízes agem em substituição às partes, que não podem fazer justiça com as próprias mãos (vedada a autodefesa).” Cfr. CINTRA. GRINOVER. e DINAMARCO. 2000. página 23.

⁹³ Cfr. FISS. 2004. página 66.

envolvidos no processo (juiz e partes) às leis processuais é uma premissa metodológica presente de forma mais ou menos evidente em todo e qualquer instituto processual.⁹⁴ Tal característica fica particularmente clara quando lemos que o escopo do processo é definido como sendo “a confirmação da ordem jurídica objetiva (ou a proteção das instituições do direito).”⁹⁵ Apresenta-se (de forma simplista) o ato de decidir como sendo o fruto da reflexão pessoal do juiz, mas em nada subjetivo ou arbitrário: dir-se-á que lhe cabe “apenas, com sua sensibilidade, buscar no sistema de direito positivo e nas razões que lhe estão à base, a justiça do caso.”⁹⁶

A insistência em colocar o direito legislado na base desse sistema social decisional se deve à *artificialidade* do processo civil, responsável por fazer emergir a necessidade de um intenso labor justificativo no plano retórico-argumentativo quanto aos meios adotados pelo julgador para resolver as questões que lhe são submetidas. De fato, muito embora os litígios sejam fenômenos inerentes à vida em sociedade, o mesmo não se pode dizer da forma como eles serão solucionados, a qual pode variar entre as diferentes *culturas jurídicas*.⁹⁷ Como o *processo* de tipo *jurisdicional* é uma elaboração essencialmente *racional-positivista*, a sua aceitação pela coletividade dependerá de intensa *doutrinação ideológica*, daí a importância da formulação de enunciados por todos os envolvidos, notadamente os *doutos* do processo e suas rocambolescas fórmulas eruditas, travestidas de *enunciados científicos*.⁹⁸ Assim, salta à vista o papel disciplinador desempenhado pela doutrina processual que, não se limitando à interpretação e criação de instrumentos legais (as normas do processo), volta-se a auxiliar o Judiciário na missão de exercer a sua função política. A nosso ver – e é com essa premissa que vamos trabalhar – a processualística se prestou a, implementando mecanismos de persuasão retóricos ou

⁹⁴ Sobre o apego à lei dos juristas, notadamente os processualistas, ver Cfr. SANTOS. 1989, página 40 e seguintes.

⁹⁵ Cfr. HABSCEHID. 1978. página 126.

⁹⁶ Cfr. DINAMARCO. 2009. página 235.

⁹⁷ É o que afirmam Boaventura de Sousa Santos *et alii*: “Os litígios são construções sociais, na medida em que o mesmo padrão de comportamento pode ser considerado litigioso ou não litigioso consoante a sociedade, o grupo social ou o contexto de interações em que ocorre. Como todas as demais construções sociais, os litígios são relações sociais que emergem e se transformam segundo dinâmicas sociologicamente identificáveis. A transformação delas em litígios judiciais é apenas uma alternativa entre outras e não é, de modo nenhum, a mais provável, ainda que essa possibilidade varie de país para país, segundo o grupo social e a área de interação.” Cfr. SANTOS. MARQUES. e PEDROSO. 1995. página 44.

⁹⁸ Com efeito, a ritualização contenciosa das decisões judiciais é uma forma de racionalização da resolução de um conflito, o resultado de processos histórico-sociais singulares, sendo certo que, diferentemente de outras relações mais “espontâneas” por assim dizer – como o casamento, o escambo (comércio) ou a guerra –, constatadas em diferentes civilizações (embora com feições particulares), a *relação jurídica processual* é fruto de uma construção jurídico-filosófica calcada em elementos próprios do positivismo legalista europeu.

linguísticos, confeccionar a *roupagem simbólica* necessária à aceitação dos atos coativos (a tutela jurisdicional) proferidos pelo Estado-juiz, aos quais os cidadãos devem obediência.

Outro importante elemento de que se serve a dogmática processual para explicar as funções políticas da jurisdição é o seu caráter de *complementaridade* em relação à produção das leis: para a processualística o *governo das leis* não seria possível pelo mero estabelecimento das normas jurídicas por parte do ente legislador, daí emergindo uma notável atribuição de tarefas ao julgador no âmbito da legitimação da autoridade estatal. A título ilustrativo, vejamos como um influente processualista italiano se expressava a esse respeito:

Na vida do Estado, o momento legislativo ou normativo não pode ser compreendido separadamente do momento jurisdicional: legislação e jurisdição constituem dois aspectos de uma mesma atividade de caráter contínuo, que se pode denominar, em sentido lato, (em contraposição à atividade *social*) *atividade jurídica*: primeiro ditar o direito e depois fazê-lo observar; primeiro o estabelecimento e depois o cumprimento do direito. A jurisdição aparece, pois, como o necessário prosseguimento da legislação, como o indispensável complemento prático do sistema da legalidade.⁹⁹

Essa *complementaridade* entre jurisdição e legislação constitui uma premissa importante no processo civil, pois é determinante para a sua valorização nas estruturas fenomenológicas de imposição de decisões nos Estados de Direito. Por força dessas peculiares arquiteturas retóricas, o ato de julgamento passa a ser incluído no rol de elementos legitimadores fulcrais da ordem política estatal, o que poderia parecer pouco significativo se as tomássemos sob a ótica da sinergia entre os dois sistemas (um que faz a lei e outro que se ocupa de aplicá-lo). Contudo, esse modo de pensar não se limitou a estabelecer uma relação de parceria entre os Poderes, pois o papel do Judiciário nesta atividade acabou sendo notavelmente sobrelevado.¹⁰⁰ Com efeito, segundo certo ramo doutrinário, seria somente pela via da jurisdição, compreendida como “poder-dever concedido aos agentes do Poder Judiciário,” que se permitiria “realizar o Direito.”¹⁰¹ Logo, ainda de acordo com influentes doutrinadores, ao magistrado não caberia apenas aplicar o

⁹⁹ Cfr. CALAMANDREI. 1943, página 48, traduzimos.

¹⁰⁰ A propósito, ensina José Reinaldo de Lima Lopes: “A afirmação de que o Judiciário só está subordinado à lei pode ser mais enganadora do que parece e não o coloca em uma posição acima ou fora do Estado. Isto porque a lei é a expressão do Estado *par excellence*. Se há uma linguagem pela qual se entende e se corporifica o Estado esta é a da lei: desde as normas constitucionais até a decisão do primeiro funcionário que se tem pela frente em qualquer repartição pública. Ao subordinar-se à lei, o Judiciário insere-se no próprio Estado e dele participa: daí retira sua existência e sua legitimidade, e para aí leva sua contribuição e seu reforço institucional legitimador.” Cfr. LOPES. 1989, página 124.

¹⁰¹ Cfr. TUCCI. 1988, s/p.

direito: ele lhe dá vida, concretude e, muitas vezes, colabora para a sua formação e desenvolvimento,¹⁰² de modo que a lei escrita teria se tornado “um *produto semi-acabado que deve ser terminado pelo juiz*.”¹⁰³

A condução dessa via de pensamento por exageradas interpretações resultou na conclusão de que a atividade jurisdicional seria, do ponto de vista do discurso da legitimação dos atos do Estado, *tão* ou, como veremos, por vezes *mais* importante do que a própria função de editar as normas. Essa supervalorização do processo trouxe diversas conseqüências práticas sobre as quais falaremos ao longo do estudo; por ora ficaremos apenas com a observação de que ela representa uma interessante mudança de modelo, principalmente se pensarmos nela sob a perspectiva da retórica utilizada pelos precursores do Estado de Direito quando tratam da *legitimação do poder pela lei*.¹⁰⁴ Assim é que, de acordo com certos enunciados, a mera promulgação da norma jurídica pelo Legislativo não seria mais suficiente para trazer a prometida harmonia social, sendo necessária também a intervenção de uma outra instituição, também estatal (o Judiciário), para *dar efetividade* àquela prescrição.

Este raciocínio nos remete diretamente à tese da *burocratização da vida em sociedade*, caracterizada por uma tendência de *organizar* as sociedades intensificando os mecanismos de *controle* e *registro* dos cidadãos, *vinculando-os*, tanto quanto possível, ao aparelhos administrativos do Estado (ou algum equivalente institucional como a *empresa*).¹⁰⁵ Neste ensejo, a previsão constitucional dos direitos sociais é uma evidência dessa burocratização: a saúde, a educação, as relações de trabalho, enfim, tudo que pudesse ser incluído na gama de relações intersociais foi *internalizado* pela autoridade estatal,

¹⁰² Nesta senda, leiamos o seguinte excerto: “Ademais disso, se tem presente que no processo civil, não se trata somente de uma cognição de fatos reais e jurídicos, preexistentes e evidentes, mas, que na aplicação do direito material, que incumbe aos tribunais, podemos encontrar também elementos de formação e de desenvolvimento do direito, torna-se, então claro que o processo civil é, não somente um processo de cognição, *porém, mais ainda um processo de concretização do direito*. Em outros termos, o juiz deve frequentemente encontrar ou descobrir o direito. *O processo civil é, consequentemente, um processo no qual o direito material preexistente se concretiza em cada caso determinado, ou, talvez, se ‘fixe’.*” Cfr. HABSCEHID. 1978. página 124.

¹⁰³ Cfr. GARAPON. 1999. página 41.

¹⁰⁴ Lembramos sempre, quanto a esta máxima liberal, do pensamento de Jean Jacques Rousseau, que dizia que “o Povo submetido às leis deve ser o seu autor: cabe apenas àqueles que se associam regular a vida em sociedade.” Cfr. ROUSSEAU. 1991. página 51, traduzimos.

¹⁰⁵ Referindo-se aos Estados Unidos da América, observa Owen Fiss que “a história do século XX é, de maneira geral, a história do crescimento da burocratização. Quase todas as fases da vida norte-americana foram dominadas por organizações complexas de grande porte – a empresa, o sindicato de trabalhadores, a universidade, o hospital público e até os órgãos responsáveis pela política nacional norte-americanos. O Executivo nacional não consiste simplesmente no Presidente e em um pequeno grupo de conselheiros de confiança, mas é, ao contrário, composto por um vasto e crescente conglomerado de órgãos administrativos que contam com mais de três milhões de funcionários.” Cfr. FISS. 2004. página 163.

notadamente a partir do advento do modelo de *Estado-providência*, pelo qual os governantes assumiram a missão de franquear aos cidadãos o acesso a esses bens, equiparando-os a outras prerrogativas como a propriedade ou a liberdade.¹⁰⁶ Além de prever normativamente esses direitos, o Estado criou aparatos administrativos gigantescos de modo a *organizar, racionalizar e funcionalizar* a concessão desses benefícios.

Diante do contexto em que o Estado criou diversas *repartições públicas* a quem atribuiu a prerrogativa de administrar o modo de provimento dos direitos sociais, o papel conferido ao Judiciário, nesse momento de inserção dos valores inerentes ao Estado-Social, foi o de implementar *judicialmente* as medidas necessárias à consecução dos objetivos *intervencionistas*.¹⁰⁷ Era perante as Cortes, portanto, que os conflitos sócio-políticos de matiz *socialista* deveriam ser dirimidos, dentro de regras procedimentais previamente definidas, como que *retirando das ruas* os litígios com potencialidade de redundarem em indesejada instabilidade política.

Assim sendo, temos para nós que, muito mais do que *aumentar a influência* dos tribunais, o surgimento de instituições próprias do modelo de Estado Social resultou na *burocratização* de diversas questões que não eram até então encaradas como sendo de competência unicamente dos agentes políticos (parlamento e governo), fazendo com que as reivindicações fossem a eles dirigidas.¹⁰⁸ A escolha do Judiciário como *fiel da balança*, com a consequente valorização de sua importância “política,” pode ser atribuída ao caráter marcadamente conservador dos seus quadros, à razoável previsibilidade das decisões por sua vinculação às normas jurídicas, bem como à morosidade geralmente ostentada por um

¹⁰⁶ A exemplo da posse de um terreno a quem o ente estatal asseguraria a proteção jurisdicional contra esbulhos ou ameaças, o cidadão deteria o direito subjetivo de pleitear medidas protetivas ao seu direito à um leito de hospital, a matrícula de seu filho na escola, ou mesmo à uma aposentadoria digna.

¹⁰⁷ A burocratização não se verifica somente em relação aos direitos sociais. Questões *morais* também acabam sendo submetidas ao crivo do Estado-juiz, o qual, substituindo outras instâncias que deixaram de exercer esse papel – precipuamente a igreja – dita a norma de comportamento a ser adotada no caso a caso. É o que observa Antoine Garapon: “A justiça se coloca de maneira mais cotidiana como instância *moral à revelia*, e o direito como a última moral comum. A longa história da justiça é aquela de sua interferência nas relações cada vez mais íntimas, das quais quase nenhuma foge à sua jurisdição, como as relações familiares, ou amorosas, políticas ou comerciais, ou ainda a relação médico/paciente. Não se trata tanto de controlá-las socialmente – o que seria francamente impossível ao juiz – mas de moralizá-las, ditando a norma. O direito é a última moral num mundo desprovido de preceitos elementares.” Cfr. GARAPON. 1999, página 183.

¹⁰⁸ A respeito do crescente controle da justiça sobre a vida coletiva, colacionamos a lição de Antoine Garapon: “O controle crescente da justiça sobre a vida coletiva é ‘um dos maiores fatos políticos deste final do século XX.’ Nada mais pode escapar ao controle do juiz. As últimas décadas viram o contencioso explodir e as jurisdições crescerem e se multiplicarem, diversificando e afirmando, cada dia um pouco mais, sua autoridade. Os juízes são chamados a se manifestar em um número de setores da vida social cada dia mais extenso. Primeiramente, na *vida política*, quando se viu desenvolver por todo mundo aquilo que os americanos chamam de ‘ativismo judicial’ (*judicial activism*). O juiz é normalmente designado como árbitro de costumes, até mesmo da moralidade política: a atualidade cotidiana nos oferece múltiplos exemplos que já não dizem respeito apenas a uma única família política.” Cfr. *idem, ibidem*, página 24.

procedimento judicial, tudo isso contribuindo para sua designação de *árbitro* das feridas disputas entre as diferentes classes sociais. Ou seja, a *judicialização* dos direitos sociais serviu ao propósito de mitigar o afã reformista de certos setores da sociedade, arrefecer os ânimos, além de definir a forma como eles seriam postos em prática (principalmente delimitando o seu alcance).

Assim é que, ao menos na visão de certa vertente da processualística, o salutar convívio social não dependeria somente de claras normas de comportamento, mas também de uma *standartização ritualizada* de seu cumprimento, a qual seria realizada pelo processo jurisdicional. A “jurisdição,” afirmou certa feita um influente professor de processo civil, “é manifestação do poder,” e o “serviço que o Estado presta à parte mediante o seu exercício é, antes de mais nada, ato do seu próprio interesse.”¹⁰⁹ Tendo essa premissa em mente, diz-se que o interesse em disputa num processo judicial será sempre o interesse do Estado de ver cumprida e realizada a ordem jurídica positivada, em detrimento da vontade dos litigantes, de quem se espera apenas que provoquem o julgador, por meio do exercício do direito de ação. Vê-se assim como a doutrina, mesmo sem abandonar certos paradigmas que lhe são caros (como o princípio dispositivo, derivado da autonomia de vontade), conciliou os institutos processuais clássicos com a *burocratização* social provocada pelo advento das constituições sociais.¹¹⁰

Quer nos parecer que o que mudou não foi propriamente o fato de pleitos relacionados a direitos sociais serem dirigidos aos tribunais, mas a circunstância de eles

¹⁰⁹ Cfr. DINAMARCO. 2009. nota 74, páginas 289/290. Em outro trecho da mesma obra, ele leciona que: “mediante a utilização do sistema processual, propõe-se o Estado, antes de tudo, a realizar objetivos que são *seus*. Quer se pense na pacificação social, educação para o exercício e respeito a direitos, ou na manutenção da autoridade do ordenamento jurídico-substancial e da sua própria, nas garantias à liberdade, na oferta de meios de participação democrática, ou mesmo no objetivo jurídico-instrumental de atuar a vontade da lei (e tais são os escopos da ordem processual) – sempre é algo ligado ao interesse público que prepondera na justificação da própria existência da ordem processual e dos institutos, princípios e normas que a integram.” Cfr. *idem, ibidem*, páginas 90/91.

¹¹⁰ Sobre a relação entre o Estado-providência e a mudança de postura esperada dos juízes, ver Paulo de Tarso Ramos Ribeiro: “A emergência do *welfare state* promove uma alteração significativa no próprio exercício da função jurisdicional. Anteriormente marcado, pelo menos formalmente, por alguns caracteres que acentuam a neutralidade política, de um lado, e a conseqüente tarefa de garantia de direitos individuais, de outro (espaço público *versus* espaço privado), o Judiciário vê emergir diante de si um cenário normativo desestabilizador do equilíbrio sistêmico anterior. A enxurrada legislativa de que se faz acompanhar o Estado-providência, com a proliferação normativa dos direitos sociais, alcança o sistema judicial enredado nas próprias vestes conceituais do liberalismo individual em que opera a dogmática jurídica e sobre o qual se erigiram alguns dos principais e mais fundamentais direitos humanos. Nele, todo o processo de compreensão judicial dos conflitos e sua funcionalidade é assumido. E de tal forma que, a garantia desses direitos individuais, no plano processual das ações judiciais, os torna verdadeiros direitos subjetivos no sentido clássico do conceito.” Cfr. RIBEIRO. 2002, página 41.

começarem a ser atendidos,¹¹¹ e o discurso processual teve um papel importante nesse contexto: apresentado como *suprapoder*, o Judiciário foi estimulado – principalmente pela doutrina – a, *renovando a sua mentalidade*,¹¹² assumir um papel de protagonista no *jogo político*, determinando medidas aos membros dos demais Poderes, normalmente com base em genéricos *princípios constitucionais* (dignidade da pessoa humana, supremacia do interesse público, moralidade, etc.).¹¹³ Seja por falta de interesse dos governantes, ou ainda de capacidade de gerar respostas legislativas tempestivas e apropriadas, os tribunais passaram a ser convocadas para assegurar o cumprimento dos direitos de caráter assistencialista constantes das Cartas Constitucionais,¹¹⁴ e a dogmática processual

¹¹¹ Nesta senda, em interessante estudo a respeito do comportamento do Supremo Tribunal Federal ao longo da história, Siddharta Legale Ferreira e Eric B. Dore Fernandes opõem a forma tímida como ele se portou em relação às questões políticas no pós-constituente de 1988 (o que se chamou de “Corte Moreira Alves”) ao ativismo assumido a partir dos anos 2000 (“Corte Gilmar Mendes”): “Nesse sentido, a ‘Corte Moreira Alves’ foi responsável por consagrar a lógica de um processo objetivo no controle concentrado de constitucionalidade, bem como diversas técnicas de interpretação adequadas ao exercício da função de guardião da Constituição. Tais inovações, contudo, foram acompanhadas de considerável parcimônia e cautela em seu manejo, em apreço a uma visão conservadora da separação de poderes na época, que pode ser denominada de ‘jurisdição defensiva’. Por fim, a ‘Corte Gilmar Mendes’ evidenciou um terceiro momento histórico, a partir do qual o Judiciário definitivamente foi alçado à condição de protagonista no cenário político brasileiro, proferindo decisões que ousaram ir um pouco além das tendências autocontidas da ‘Corte Moreira Alves’ e consolidando-se como importante instância contra majoritária, na qual acabam sendo discutidos os maiores dilemas institucionais da nação.” Cfr. FERREIRA. e FERNANDES. 2013. páginas 42 e 43.

¹¹² Segundo Cândido Rangel Dinamarco, seria “preciso adequar o processo ao cumprimento de toda essa sua complexa missão, para que ele não seja fonte perene de decepções somada a decepções (‘toda decepção é muito triste’), nem permite que com isso se desgaste a legitimidade do sistema. Desse labor, não de participar o *processualista e o juiz* e de ambos se espera, para que possam chegar a bom termo, uma racional mas decidida *mudança de mentalidade*. É preciso implantar um novo ‘método de pensamento,’ rompendo definitivamente com as velhas posturas introspectivas do sistema e abrindo os olhos para a realidade da vida que passa fora do processo. É indispensável colher do mundo político e do social a essência dos valores ali vigorantes, seja para a interpretação das leis que temos postas, seja para com suficiente sensibilidade e espírito crítico chegar a novas soluções a propor; o juiz e o cientista do direito são cidadãos qualificados, de quem a sociedade espera um grau elevado de participação política, relevando as mazelas do direito positivo e levando aos centros de decisão política os frutos de sua experiência profissional, com propostas inovadoras.” Cfr. DINAMARCO. 2009. página 321.

¹¹³ A esse respeito, a seguinte análise realizada por Rodolfo de Camargo Mancuso: “O autogoverno da magistratura liga-se, inevitavelmente, à tripartição dos Poderes, especialmente a independência entre eles, aspecto que singulariza, em se tratando do Judiciário, por seu cuidar de *instância de superposição ou de suprapoder*, seja porque avalia em *ultima ratio* os atos e as condutas comissivas e omissivas dos outros Poderes, seja por conta da *imanência* das autoridades judiciárias nos respectivos cargos singulares e nos colegiados (inamovibilidade e vitaliciedade), em contraste com o caráter predominantemente *transitório* dos cargos de governo e do Legislativo. Em *compensação*, os *mandatários* – governantes e parlamentares – se beneficiam de uma legitimidade da *base popular*, o que lhes permite fazer escolhas primárias e opções políticas em nome do povo (v.g., positivar certa conduta identificada como socialmente relevante; fomentar certo segmento produtivo, arrefecendo outros etc.), o que já não assiste aos juízes, cuja legitimidade é de base técnica – aprovação em concurso público ou ingresso pelo *quinto constitucional* – por isso sua função se diz *substitutiva*, jungida ao objeto litigioso do processo (CPC, arts. 2º, 128, 460), devendo buscar na lei (CF, art. 5º, *caput*) ou nos meios de integração do Direito (CPC, art. 126) a solução para o caso concreto.” Cfr. MANCUSO. 2009, página 34’.

¹¹⁴ Dalmo de Abreu Dallari explica da maneira seguinte a escalada de demandas em busca de direitos sociais: “A falta de coragem ou ânimo para inovar, da maioria dos homens públicos ou, possivelmente, a falta de

municiou-os de ferramentas discursivas e procedimentais que lhe permitiram acolher e tratar (bem ou mal, isso é outra discussão) das novas demandas.

A valorização do poder de controle social exercido pelo Judiciário em relação aos demais Poderes afigura-se evidente em certas passagens doutrinárias, que destacam uma forma diferenciada da legitimação de seus atos decisórios, os quais seriam melhor acatados pela sociedade devido ao seu caráter de *terceiro desinteressado*, capaz de resolver as lides com fulcro em premissas de julgamento jurídicas e racionalizadas. Diferente de uma lei genérica, a sentença judicial determina aos envolvidos a prática (ou não prática) de alguma ação: a ordem do Estado veiculada pela tutela jurisdicional é direta, clara e objetiva, não permitindo ao seu sujeito a recusa em acatá-la. Uma vez transitada em julgado, não pode ser questionada por mais ninguém no plano constitucional pátrio e, bem por isso, ela é interpretada como portadora de uma carga de autoridade peculiar.¹¹⁵ Ainda a esse respeito, a circunstância de representar a *ultima ratio* é reforçada nos enunciados dogmáticos pelo fato que a ninguém caberia, na organização estatal, revisar os atos do Judiciário ou ainda, como se afirmou em certa oportunidade, “ao contrário dos outros dois Poderes, cujos atos e condutas podem vir a ser sindicados na Justiça (...), os atos jurisdicionais somente podem ser contrastados pelo próprio Judiciário, (...), na assim chamada *reserva de sentença*.”¹¹⁶ Seria como se o a Justiça *pairasse*, com ares de superioridade, *sobre* as deliberações do Legislativo ou Executivo, permitindo-se-lhe revisar, validar, revogar ou mesmo modificar qualquer política ou norma proposta.¹¹⁷

condições políticas, alguma coisa tem impedido que se rediscuta em profundidade a organização do governo, criando formas novas a partir das novas realidades que emergiram durante os últimos duzentos anos. Por esse motivo buscam-se novas soluções dentro dos esquemas tradicionais de organização e foi por esse caminho que se chegou ao Judiciário ativo e militante, com papel político reconhecido, admitindo-se que ele seja o complementador das normas constitucionais, o que, em princípio, cria menos riscos do que a complementação feita pelo Executivo.” Cfr. DALLARI. 2010. páginas 165/166.

¹¹⁵ Nesta seara, confirmamos: “O que realmente singulariza e distingue o Poder Judiciário não é o *decidir* controvérsias (já que muitos outros órgãos paraestatais, singulares e colegiados o fazem), mas sim: (i) o fato de a *ultima ratio* caber ao juiz estatal, em face da garantia (que para nós é uma *cláusula de reserva*) do acesso à justiça – CF, art. 5º, XXXV; (ii) o fato de a coisa julgada material revestir e imunizar a *decisão de mérito*, protegendo-a sob dupla dimensão: uma, *positiva*, que estabiliza o valor, o bem da vida ou a situação jurídica reconhecidos à parte vencedora; outra *negativa*, que agasta possíveis investidas contra a higidez e eficácia do julgado por ela imunizado – *non bis in idem* – mediante o manejo da exceção peremptória de coisa julgada, dita *pressuposto processual negativo*: CPC, art. 301, VI e § 3º; (iii) o fato de um ato judicial só poder ser alterado (revisado/cassado/integralizado) *por outro ato judicial*, na chamada *reserva de sentença*, a que não se forra nem mesmo a decisão infringente de súmula vinculante ou que a tenha aplicado indevidamente, já que o STF, acolhendo reclamação a respeito, poderá cassá-la: CF, §3º do art. 103-A, inserido pela EC 45/2004.” Cfr. MANCUSO. 2009, página 400.

¹¹⁶ Cfr. *idem, ibidem*, página 336.

¹¹⁷ É o que afirma, por exemplo, Rodolfo de Camargo Mancuso: “Entre nós, o Judiciário, além de estruturado como *Poder*, ainda *sobrepara* aos outros dois – mormente por meio dos Tribunais Superiores, ditos *órgãos de superposição* – na medida em que lhes julga os atos e conduta.” Cfr. *idem, ibidem*, página 296.

Diante desse cenário, o papel do juiz teria deixado de ser o de mero árbitro de conflitos, vindo ele a exercer um papel de conciliador dos interesses nas comunidades democráticas, agindo como organizador de complexas sociedades pós-modernas acometidas de uma crise *moral, social e econômica*.¹¹⁸ Desse modo, o processo judicial não seria mais uma disputa ritualizada entre dois particulares, mas uma oportunidade de manifestação da *autoridade soberana*. O magistrado teria se tornado, nas palavras de Antoine Garapon, o *guardião das promessas* feitas pelo Estado de Direito, notadamente aquelas de assegurar condições de vida *igualitárias, democráticas e progressistas*.¹¹⁹

O *protagonismo* do Judiciário (também qualificado por alguns de *ativismo*) é também a expressão prática da valorização do magistrado como centro de toda a relação de poder em curso no complexo sistema decisional do processo. Diante da figura onipresente e onipotente do juiz, de quem tudo se espera e a quem praticamente tudo se permite, os demais partícipes do processo não passam de meros coadjuvantes. E essa situação se deve em grande parte à concepção filosófica que os juristas do processo adotam em relação ao fenômeno social do poder e a forma como ele seria exercida em nossas sociedades. Uma conceituação tributada a uma tradição política que remonta ao absolutismo europeu, e que traz consequências concretas para o entendimento sobre *o que é e como se expressa* a autoridade política nos Estados de Direito.

¹¹⁸ Diante de princípios gerais e conflitantes, as modernas constituições (como a brasileira de 1988) atribuem ao magistrado a prerrogativa de dizer até o que seria o *bem comum*. Os riscos dessa situação, inclusive para o sistema democrático, foram apontados por Pier Paolo Portinaro, *in verbis*: “É, por exemplo, incontestável o retorno da temática do bem comum na teoria política contemporânea, favorecido propriamente pela consideração de que as Constituições tocam, em medida eminente, questões que concernem valores humanos e compromissos de solidariedade, responsabilidade e respeito mútuo (aos quais os juízes se referem amplamente na motivação das suas decisões); à política caberia, assim, a composição dos interesses, mas aos guardiães do Estado jurisdicional caberia a superior definição do bem comum. Igualmente incontestável é que, para muitos, a nova fronteira do Estado de Direito parece consistir no exame judiciário da verdade, nas assim chamadas comissões-verdade.” Cfr. PORTINARO. 2006, página 483.

¹¹⁹ Pelas palavras do Juiz francês: “A justiça é guardiã do direito, quer dizer, dos pactos anteriores aos quais somos ligados. Ela garante a identidade da democracia, entendida como uma forma que não permanece a mesma através dos tempos, mas que ‘se mantém como uma promessa feita.’ Quer se trate de crime contra a humanidade, do sujeito de direito ou da Constituição, o juiz exerce sua autoridade ao proteger a memória dessa promessa inicial por tudo e contra tudo, inclusive contra a vontade do titular em exercício da soberania nacional. A vontade individual expressa nos direitos subjetivos é tão frágil quanto a vontade coletiva encarnada no soberano: as duas podem afundar na servidão voluntária. O juiz, seja constitucional ou judiciário, nada mais é do que o avalista dessa promessa de liberdade feita por cada um. A autoridade assegura a continuidade do sujeito de direito e, portanto, da democracia. Ela liga o presente ao passado.” Cfr. GARAPON. 1999, página 182.

3. Questionamentos sobre o caráter centralizado do exercício do poder na contemporaneidade.

Como afirmado anteriormente, a explicação fornecida pelos teóricos do processo a respeito do poder e sobre as formas como ele é exercido pelo Judiciário nasceram sob os auspícios dos paradigmas da filosofia política ocidental, mais especificamente da *teoria da soberania*. Em assim sendo, a fenomenologia processual da autoridade está vinculada aos ideais nela insertos, é dizer, aos mecanismos discursivos pelos quais se intenta legitimar o monopólio do uso da força pelo Estado-soberano. Consideramos portanto que o conceito de soberania, marco da interação entre as *fórmulas jurídicas* e o *simbolismo do político*, constitui o *elo epistemológico* que liga o *processo* ao *poder*, no bojo de um sistema fundamentado no (pressuposto) caráter racional-legitimador das regras de direito.

Definida desde os primórdios como poder *perpétuo* e *absoluto*, a soberania foi gestada como justificativa teórica pensada em favor dos monarcas para, minando a influência dos senhores feudais, monopolizar o exercício da autoridade, abrindo um espaço semântico àquilo que Antonio Manuel Hespanha descreveu, ao tratar da monarquia lusa, de *mito da centralização do poder*.¹²⁰ A faceta unificada da soberania, a despeito de ter passado por transformações, manteve-se incólume ao longo dos últimos anos no imaginário político ocidental,¹²¹ restando sedimentado subconscientemente o silogismo segundo o qual as relações de poder ocorrem necessariamente de modo dual e hierárquico, no esquema *soberano-súdito*. Dentro desse quadro epistemológico, a autoridade se exerceria entre um ente que comanda e os outros que acatam as ordens, uma vontade se sobrepondo – *impondo-se* – às demais: é sob esse prisma que são pensadas as relações entre *Estado* e *sociedade*, *poder público* e *cidadão*, *administração* e *administrado*, *erário* e *contribuinte*, *julgador* e *partes no processo*, etc. Como consectário, o *dominador* é

¹²⁰ De acordo com o historiador: “No plano político-ideológico, afirma-se, na historiografia portuguesa, a persistência do mito da ‘centralização do poder real,’ que no século passado serviu quer para enaltecer a acção da coroa na correcção dos abusos feudais e na protecção do terceiro estado (que, no contexto político do Século XIX, revelava os esforços de legitimação histórica do poder ‘moderador’ do rei previsto na Carta Constitucional de 1826), quer para explicar a decadência dum país enviezado da sua dinâmica local e da cidadania pelos desígnios de uma corte monopolizadora, distante e imobilista.” Cfr. HESPANHA. 1988. página 32.

¹²¹ Dentro da idéia de difundir o conceito de legitimidade do soberano para comandar, os enunciados elaborados pelos juristas foram de grande valia para aceitação desse modelo regulatório, tanto que para a maioria deles a associação entre o *soberano* e o *Estado* constitui um mero exercício tautológico, como se depreende da seguinte colocação de Miguel Reale: “soberania é o direito da pessoa do estado, Estado é a pessoa dotada de soberania.” Cfr. REALE. 2003. página 355.

identificado a partir da imagem daquele que emite ordens e é obedecido: pode ser um líder, um parlamento, ou até mesmo um julgador, mas a *autoridade*, apresentada nesses termos, será reconhecida naquele ente que centralizar a prerrogativa de emitir comandos à coletividade,¹²² consubstanciado no “portador de soberania” nas palavras de Herman Heller.¹²³

A dogmática processual, de sua parte, está inteiramente contaminada por essa visão unicêntrica da fenomenologia do poder. Com efeito, por estar imersa nas estruturas criadas para legitimar o Estado de Direito, a processualística reconhece expressões materiais de autoridade política apenas na atividade jurisdicional desempenhada pelo juiz: tomada como *manifestação* do ente político ou, nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, como “*uma das expressões do poder estatal*,”¹²⁴ a jurisdição seria nestes termos uma forma de *revelação* do soberano. Corporificando essa simbologia do poder, a sentença judicial é encarada como o “*ato jurisdicional magno*,”¹²⁵ a materialização (resultado) prática do poder.¹²⁶ Retomando a ideia de complementaridade entre lei e sentença, sustenta-se que a decisão judicial concretizaria a *positivação* da vontade soberana, por meio “de uma valoração feita em torno de fatos apreciados, com a subsequente decisão a respeito,”¹²⁷ tratando-se pois de uma *formal afirmação* (comando) que, uma vez transitada em julgado, estaria revestida de *imperatividade*.¹²⁸ Nesse contexto,

¹²² A título de exemplo e para comprovar a força simbólica desse centralismo político, trazemos dos clássicos doutrinadores do Direito Público brasileiro como Miguel Seabra Fagundes, lições como a que segue: “...o poder político, qualquer que seja a sua origem ou modalidade de exercício, tende sempre, ainda que com intensidade variável, para o fortalecimento da autoridade central. É da natureza mesma desse poder que o seu exercício se aprimore, sob certos aspectos, com a unidade de ação. E a esta é comum que suceda, desvirtuando-a na sua essência, a concentração da autoridade. Para isso contribui a vocação do homem, mais ou menos incoercível, para o mando, da qual resulta que o poder atrai o poder e que o poder pede sempre mais poder. Só episodicamente se caminha, nas organizações políticas, para atenuar a autoridade central em favor das autoridades periféricas. A tendência centrípeta se manifesta até mesmo nos organismos oriundos, historicamente, da necessidade de agregar, para a vida política em comum, pela conveniência de atuação conjunta, no quadro geopolítico de certas regiões, povos com diversidades de origem racial, de idiomas, de costumes, de religião.” Cfr. FAGUNDES. 2011, p. 151.

¹²³ Cfr. HELLER. 1968. página 292.

¹²⁴ Cfr. DINAMARCO. 2009, páginas 135/136.

¹²⁵ Cfr. *idem, ibidem*, página 106.

¹²⁶ “A sentença,” escreve William Lopes da Fonseca, “compreendida na função jurisdicional, é um ‘ato do Estado’, que se consubstancia, antes de tudo, num ato da mente do juiz, como afirma Carlos Silveira Noronha. Ela é a conjugação da inteligência com a prática, sendo, pois, um ato de vontade. Contém não só um juízo lógico, mas também um ato de vontade do juiz, que se manifesta por meio do poder de um ‘órgão do Estado’. Isto faz com que este ato seja um comando, diferente de um ato de um particular.” Cfr. FONSECA. William. 2005, página 87.

¹²⁷ Cfr. DINAMARCO. 2009, página 107.

¹²⁸ Nesta senda, tratando da *imperatividade* da sentença transitada em julgado, Humberto Theodoro Junior aduz que ela se manifesta “em relação às partes perante as quais a sentença foi pronunciada, como eficácia de comando (‘força de lei’). Os litigantes não podem mais discutir a lide solucionada. Essa eficácia, portanto,

o manejo do poder é descrito pela dogmática processual como sendo a “*capacidade de decidir imperativamente e impor decisões*”¹²⁹ ou seja, sob a perspectiva de veras pragmática de se transmutar em uma “*capacidade de produzir os efeitos pretendidos* (ou simplesmente de alterar a probabilidade de obter esses efeitos), seja sobre a matéria ou sobre as pessoas.”¹³⁰ Destarte, diz-se que a *proeminência da jurisdição* é uma característica do Século XXI devido também aos modelos de Estado que vêm sendo talhados com fulcro na visão centrípeta do exercício do poder.¹³¹

Essas poucas referências doutrinárias são suficientes para evidenciar os principais aspectos da concepção da processualística a respeito do poder político e do modo de seu exercício pelo Estado-juiz: *verticalizado*, *racionalizado* e (de resultados) *prático*.

O aspecto *verticalizado* manifesta-se pela apresentação *relacional* do poder, expresso sob a forma de uma *ligação hierarquicamente estabelecida* entre pessoas, no caso, entre o juiz (autoridade) e os jurisdicionados (sujeitos). Em linha com as proposições pertinentes à soberania, temos que, fora da relação entretida entre *comandante-comandado*, a autoridade não se teria por presente. Com efeito, a processualística, fundamentada na arquitetura retórica da soberania, só identifica o poder onde seja possível apontar a fonte (unificada) do comando e a sua correspondente obediência pelo subordinado. Seguindo esta linha de idéias, vemos que a jurisdição (expressão do poder soberano) é um *atributo que se detém*, uma prerrogativa *adquirida* pelo ente estatal, ao custo da estruturação de um ordenamento legitimado socialmente (Estado Democrático de Direito).

Para retirar qualquer conotação *autoritária* do poder exercido pelos juízes nas estruturas estatais constitucionalizadas, ele passa por uma *racionalização*, que faz com que o comando viabilizado na atividade jurisdicional se consubstanciaria em *poder-dever*,¹³²

opera fora do processo em que a sentença foi dada, afetando, no plano de direito material, a própria situação jurídica substancial das partes.” Cfr. THEODORO JUNIOR. 2009, página 9.

¹²⁹ Cfr. DINAMARCO. 2009, página 104.

¹³⁰ Cfr. *idem, ibidem*, página 99

¹³¹ Nesse sentido, anotamos a opinião de Jânia Saldanha, Ângela Espíndola e Sadi Machado, para quem “a proeminência da jurisdição voltou a ser uma expressão da segunda metade do século XX até o presente, uma vez que imbricada no modelo de Estado Democrático.” Isso seria a “expressão do nexo de causalidade entre o modelo de Estado que passou a prometer-se social e os direitos fundamentais que prometeu garantir” e, de outro, “o fim de uma vasta e intrincada teia que coloca em tensão os interesses da sociedade de consumo e os direitos dos consumidores, mas que a esses disponibiliza estruturas do Estado liberal.” Cfr. SALDANHA. ESPÍNDOLA. e MACHADO. 2009, página 338.

¹³² Assim, “se o juiz tem poderes, é justamente para cumprir seus deveres, e as faculdades que lhe são dadas não são teóricas, mas para o exercício prático e real. O juiz exerce jurisdição dentro do processo e seus *poderes* assumem o caráter de deveres quando tratam de prevenir ou reprimir condutas ilícitas dos figurantes

pelo qual o magistrado, na qualidade de representante do Estado, teria a *obrigação* (dever) de conceder a tutela jurisdicional (poder).¹³³ Por outras palavras, a legitimidade do exercício da soberania adviria do acatamento do silogismo segundo o qual o juiz, agindo na qualidade de representante do soberano, estaria impondo ordens que, a bem dizer, expressariam os *desejos* da coletividade¹³⁴ ou pondo em prática as *escolhas axiológicas* previstas no ordenamento positivado.¹³⁵ O *exercício* e a *obediência* à autoridade seriam atos de vontade lógico-rationais, ambos consequentes de *escolhas conscientes* realizadas pelos seus sujeitos dessa relação bifronte hierárquica, influenciadas por fatores vinculados à atividade jurisdicional: seguindo essa linha argumentativa, o magistrado comanda baseado na lei (poder-dever), e a parte obedece ou bem porque concorda com a ordem (decisão), teme uma punição (medidas cominatórias, *astreintes*), ou ainda não tem escolha (casos em que o juiz expropria forçadamente bens para cumprir uma obrigação pecuniária, emite declaração de vontade substitutiva do devedor, ou ainda usa a força policial).

Daí decorreria outra marcante fisionomia, qual seja, o jaez pragmático conferido pela processualística à autoridade política manifestada no bojo de um processo judicial: ela só seria aferível onde estivessem presentes *efeitos práticos* e *resultados* visíveis que se buscam alcançar com a prolação da ordem (sentença). De fato, o tipo de comando expresso no processo não seria um ato isolado ou auto-suficiente, isto é, apesar de o *interesse político* sobrepair às demais esferas (*econômica, psicossocial* e

no processo, a prejudicar o bom andamento deste, os interesses das partes e a dignidade da Justiça.” Cfr. FONSECA. William. 2005, página 87.

¹³³ O conceito de *poder-dever* é assim definido por Cândido Rangel Dinamarco: “A síntese dos poderes-deveres do Estado-juiz reside no binômio *dirigir* e *tutelar*. Eles são definidos e impostos em muitas disposições residentes na Constituição Federal e pela lei ordinária, mas a síntese está em dois importantes artigos do Código de Processo Civil, pelos quais o *juiz deve dirigir o processo conforme as disposições da lei* (art. 125) e *tem o dever de julgar ainda quando a lei seja obscura ou lacunosa* (art. 126).” Cfr. DINAMARCO. 2003. página 229.

¹³⁴ É o que obtempera Athos Gusmão Carneiro: “Nos Estados nacionais modernos, a Jurisdição é uma das expressões da soberania do Estado, e é exercida em nome do povo.” Cfr. CARNEIRO. 1980, página 9.

¹³⁵ “A idéia de *poder* que está no centro da visão moderna do direito processual,” afirma Cândido Rangel Dinamarco, “constitui assim fator de aproximação do processo à *política*, entendida esta como o *processo de escolhas axiológicas* e fixação dos *destinos do Estado*. Compete à política a ‘tomada de decisões através dos meios públicos;’ ou seja, decisões que se tomam mediante a linguagem adequada e escoam e se transmitem pelos canais oficiais predispostos na ordem estatal, destinando-se à organização social e determinação das condutas compatíveis com o estilo de vida superiormente escolhido (o conjunto dessas decisões compõe ‘o setor público de um país ou de uma sociedade’). E, como em toda sociedade há um perene confronto entre interesses conflitantes e tensão entre tendências convergentes à coesão social e outras egoístas que conspiram contra esta (as condutas divergentes), segue-se que a política é também pitorescamente definida como a *arte do possível*: toda decisão, quando tomada por quem não é precisamente o destinatário do preceito que ela cria ou revela, implica favorecimento do interesse de um e sacrifício do de outro, sendo que cada escolha há de pautar-se pela viabilidade do menor *custo* possível, para poder ser eficaz e não causar males mais expressivos que o bem que é apta a proporcionar.” Cfr. DINAMARCO. 2009, página 98.

*jurídica*¹³⁶), ele necessariamente viria atender às “funções assumidas,”¹³⁷ vale dizer, estaria vinculado a um *bem maior* exterior ao seu próprio interesse (o *bem comum*, expresso em tese nas normas de direito material). Qualquer rastro de despotismo seria extirpado da ordem emitida pelo Judiciário em razão dessa característica discursiva, já que ela não seria emitida por capricho, mas para alcançar objetivos práticos e concretos que não foram definidos pelo titular do *poder-dever* (magistrado), mas pelo soberano que ele representa (mais comumente o *demos*). Na mesma linha, a *efetividade* dos comandos judiciais, assunto hoje tão caro à doutrina, é também uma emanção desta preocupação com os efeitos práticos da jurisdição: a autoridade da sentença não está somente na ordem emitida, mas nos conseqüências concretos que ela produz para os litigantes, daí as múltiplas reformas pelas quais tem passado o Código de Processo Civil na tentativa de municiar os juízes de instrumentos que lhes permitissem dar *efetividade* às tutelas concedidas no bojo dos processos.

Vemos assim como a descrição da autoridade do Judiciário realizada pela processualística se insere na teoria constitucional da soberania democrática, sendo explicada em termos de uma relação dual (aspecto *vertical*), na qual uma das partes, dizendo-se legítima portadora do interesse de toda a sociedade (aspecto *racional*), impõe à outra a adoção de alguma ação (comissiva ou omissiva – aspecto *prático*). A partir dessa lógica argumentativa, a fenomenologia do poder da doutrina processual é simplificada ao nível de um sistema de emissão de ordens advindas de um único polo socialmente reconhecido como legítimo (o Judiciário) as quais, uma vez cumpridos os requisitos procedimentais (regularidade processual), serão acatadas pelos cidadãos, sob pena de, não o fazendo, serem aplicadas penalidades (expropriação forçada de bens, remoção forçada, prisão civil, etc.).¹³⁸

¹³⁶ Cfr. *idem, ibidem*, página 102.

¹³⁷ Cfr. *idem, ibidem*, páginas 135/136.

¹³⁸ Sobre o modo como o Judiciário se encaixa nos discursos da legalidade democrática, vejamos os ensinamentos de Paulo de Tarso Ramos Ribeiro: “De algum modo, a simples existência de um organismo burocrático, apto a proferir decisões orientadas no sentido da resolução dos conflitos sociais pela aplicação do direito, no âmbito do Estado, parece antever uma preocupação axiológica recorrente: a de que as decisões assim obtidas expressem, simultaneamente, a ambição de realização social da justiça, com a permeabilidade ética ou processual das decisões judiciais ao ideal democrático. Ou, em outra perspectiva, que as normas do jogo democrático, consideradas finalisticamente, permitam ao sistema judicial realizar a justiça na sociedade. A democracia assim imaginada é início e fim do processo decisório de realização do justo na sociedade. A primeira perspectiva contempla o Judiciário a partir do *telos* original que lhe fundamenta a existência, exigindo, no entanto, como condição de sua efetivação, que o jogo democrático seja uma espécie de fermento presente em toda a atividade judicial. A segunda perspectiva, de outro lado, acentua o ideal democrático como horizonte de sentido na realização da justiça, elemento essencial sem o qual ela nada mais seria do que uma concessão do déspota benevolente.” Cfr. RIBEIRO. 2002, página 18.

Contudo, essa concepção da autoridade política se mostra, a nosso ver e com o devido respeito, superada pelo modo como as relações de poder se expressam e se realizam no bojo das sociedades ocidentais ditas modernas. De fato, o modelo teórico baseado na relação bifronte *comandante-comandado* serviria, quando muito, para abordar a situação na qual o domínio do soberano era exercido *sobre bens* (terras), sendo-lhe indiferente o comportamento do súdito em relação a diversas outras questões. Cabe considerar que, atualmente, o controle é aplicado e exercido *sobre pessoas*, por meio de *modelagens* de seu agir em categorias e tipologias reputadas convenientes a interesses ideológicos dominantes. Não estamos com isso dizendo que a influência das ideologias seja sonogada nas análises dos processualistas; ao contrário, ela é reconhecida, mas apenas sob a forma de reflexos dos “valores do Estado,” ou seja, seria influente no sentido de moldar a estrutura procedimental seguindo os interesses que ele visa preservar.¹³⁹ Conquanto concordemos que essa também seja uma relevante manifestação do poder político em âmbito processual, entendemos que se trata de um *efeito colateral* do jaez disciplinar dos enunciados relacionados à soberania.

Para elaboração desse raciocínio nos apoiamos no pensamento de Michel Foucault, para quem o poder deveria ser analisado como “algo que circula” ou “algo que só funciona em cadeia.”¹⁴⁰ Essa faceta *circular* do poder servirá como base da nossa conceituação da autoridade política adotada ao longo deste trabalho, do modo como ela se manifesta e é exercida hodiernamente. Ao afirmarmos que o *poder circula*, estamos aduzindo que a autoridade não se exerce hierarquicamente, ou “de cima para baixo,” mas na intimidade dos juízos de cada um, alimentados por sua vez pelos estímulos recebidos sob o formato de discursos. Em síntese, a hipótese que propomos é que a obediência à autoridade na modernidade não se deve ao respeito, carisma ou medo de sanção: ela decorre de uma conscientização individual, realizada a partir da absorção de mensagens e símbolos carregados de conteúdos ideológicos, que moldam o agir do indivíduo de acordo com objetivos (pré-)determinados.

Estas peculiares formas de domínio são perceptíveis especialmente a partir da implementação da modelagem (e dos valores) industrial-capitalista ocorrida no ocidente a

¹³⁹ Nesse sentido, confirmamos: “O significado político do processo como *sistema aberto*, voltado à preservação dos valores postos pela sociedade e afirmados pelo Estado, exige que ele seja examinado também a partir de uma perspectiva externa; exige uma tomada de consciência desse universo axiológico a tutelar e da maneira como o próprio Estado define a sua função e atitude perante tais valores.” Cfr. DINAMARCO. 2009, página 97.

¹⁴⁰ Cfr. FOUCAULT. 1997, página 26, traduzimos.

partir do século XIX; não há, aliás, qualquer coincidência com o fato de se tratar do mesmo período em que se consolidou a *burocratização* da sociedade de que falamos anteriormente. As ideologias por trás desses eventos históricos têm por princípio – com alguma nuances – o condicionamento do “progresso da nação” (entendendo-se por aí o *desenvolvimento econômico*) à obtenção de uma ordem social coesa e mecanicista que permita fomentar de forma continuada (se possível ininterrupta) as relações comerciais entre os membros que a compõem. Desse modo, a regulação dos indivíduos torna-se importante, porque imprescindível para a continuidade dessas trocas e produções econômicas, fazendo com que os mecanismos disciplinares se façam presentes diuturnamente, ao invés de somente nos atos isolados de comando emanados do soberano.

Isto posto, apesar de a história da soberania apontar para a tentativa de fixar a legitimidade do manejo do poder em uma instituição central (o Estado),¹⁴¹ temos que as formas de domínio na contemporaneidade são expressas difusamente, diluídas entre os membros da comunidade. A questão chave para compreendermos como se manifesta a autoridade é atentar para o seu caráter essencialmente *corretivo*, vale dizer, perceber as maneiras como o indivíduo é *enquadrado* por meio de certas instituições e práticas. A família, a igreja, a escola, a universidade, a mídia, a empresa onde se trabalha, são todas instituições fomentadoras de discursos servís ao propósito disciplinar, justamente porque proporcionam, por meio de símbolos e modelos por eles reproduzidos, a compreensão e internalização de valores, normas de conduta e posturas que se esperam das pessoas no seu agir. Todas as instâncias sociais supracitadas, devidamente imbuídas de ideologias e propósitos mais ou menos relacionados, contribuem para a formatação de um *estilo de vida* que se espera dos cidadãos, exercendo sobre eles um poder de controle que é muito mais eficaz que qualquer comando normativo ou sentença judicial, exatamente porque exercido no nível inconsciente: deve-se agir de determinado modo, *porque é isso que se espera e é assim que as coisas devem ser*.¹⁴²

Assim é que o poder não deveria ser compreendido como a *capacidade de uma pessoa* (governo, tirano ou demos) *ser obedecido*, pelo simples fato de ele *não ser exercido*

¹⁴¹ Foucault dirá que “o problema maior, central, em volta do qual se organiza toda a teoria do direito é o problema da soberania.” Cfr. *idem, ibidem*, página 24, traduzimos.

¹⁴² Um bom exemplo, inclusive pela dramaticidade que ele carrega é o do maquinista do campo de concentração: apesar de saber que estava conduzindo os passageiros à morte, ele exerce o seu ofício, e isso não apenas pelo temor de uma sanção ou por ódio racista. Ele precisa do emprego para sustentar a família, para manter um determinado padrão de vida, continuar ocupando o *status social* que ele galgou. Diante dessas pressões – também elas relações de poder – vemos que o seu agir não é condicionado somente pela ordem emanada pela autoridade, mas por todo um contexto social-discursivo.

por uma única pessoa.¹⁴³ Ninguém *detém* o poder; ele não pode ser conquistado, tomado, controlado ou perdido, como se fosse um *cetno*; na perspectiva *microfísica* do poder, nem mesmo os governantes escapam do assujeitamento; a bem dizer, eles são um de seus principais objetos.¹⁴⁴

Nesta senda, também os tribunais, as figuras que circulam em seu entorno (advogados, juízes, serventuários), e aqueles que se dedicam a analisar a sua atividade (doutrinadores, sociólogos, cientistas políticos), assumem um papel disciplinar, o qual já se denominou *controle social*, exercido no âmbito das suas *funções instrumentais*.¹⁴⁵ Isso fica ainda mais claro quando lembramos que o advento dos arquétipos da sociedade industrial (burocratização) alterou a *perspectiva punitiva* da jurisdição em prol de uma *perspectiva corretiva*, no sentido de ser mais caro ao sistema judicial *readequar* o infrator às condições de *vida em sociedade* do que isolá-lo ou mesmo eliminá-lo.¹⁴⁶ O processo civil, de sua parte, não deve ser interpretado apenas como um conjunto de regras destinadas a

¹⁴³ Citando novamente Foucault, afirma o filósofo francês que o poder “nunca está localizado aqui ou ali, ele nunca está entre as mãos de alguns, ele nunca é apropriado como uma riqueza ou um bem. O poder funciona. O poder é exercido em rede e, nessa rede, não apenas os indivíduos circulam, mas eles estão sempre em posição de se submeter e também de exercer esse poder. Eles nunca são o alvo inerte ou consentido do poder, eles são sempre as suas escalas. Em outras palavras, o poder transita pelos indivíduos, não se aplica a eles.” Cfr. *idem, ibidem*, página 26, traduzimos.

¹⁴⁴ O Brasil teve uma experiência recente que bem ilustra o que queremos dizer: o Presidente Luis Inácio Lula da Silva cujo partido que ajudou a fundar – o Partido dos Trabalhadores – seguia uma pauta em tese *esquerdista*, logrou ser eleito presidente da república após diversas tentativas, somente depois que se comprometeu a renunciar formalmente às propostas reputadas mais “radicais” na famosa “Carta aos Brasileiros.” Ao longo do seu mandato foram levadas a efeito diversas reformas legislativas que nitidamente contrariavam itens historicamente defendidos por seu partido. Mais do que à “governabilidade,” atribuímos esses acontecimentos à adequação do presidente aos discursos ideológicos dominantes.

¹⁴⁵ Ver a opinião exposta por Boaventura de Sousa Santos *et alii*: “As funções instrumentais dos tribunais são as seguintes: resolução dos litígios, controle social, administração e criação de direito. (...). O controle social é o conjunto de medidas – quer influências interiorizadas, quer coerções – adotadas numa dada sociedade para que as ações individuais não se desviem significativamente do padrão dominante de sociabilidade, por esta razão designado ordem social. A função de controle social dos tribunais diz respeito à sua contribuição específica para a manutenção da ordem social e para a sua restauração sempre que ela é violada. Desde meados do século XIX, coincidindo com o início do período liberal, o triunfo ideológico do individualismo liberal e a exacerbação dos conflitos sociais em resultado da revolução industrial e urbana vieram pôr a questão central de como manter a ordem social numa sociedade que perdia ou destruíra rapidamente os fundamentos em que tal ordem tinha se assentado até então. A resposta foi encontrada no direito, na existência de uma normatividade única, universal, coerente, consentânea com os objetivos de desenvolvimento da sociedade burguesa e suscetível de poder ser imposta pela força. Os tribunais foram a instituição a que foi confiada tal imposição. Pode se dizer que a resolução dos litígios levada a cabo pelos tribunais configura, em si mesma, uma função de controle social.” Cfr. SANTOS. MARQUES. e PEDROSO. 1995. páginas 55 e 56.

¹⁴⁶ “É assim que,” dirá Michel Foucault, “no Século XIX, desenvolve-se, em torno da instituição judiciária e para lhe permitir assumir a função de controle dos indivíduos ao nível de sua periculosidade, uma gigantesca série de instituições que vão enquadrar o indivíduo ao longo de sua existência; instituições pedagógicas como a escola, psicológicas ou psiquiátricas como o hospital, o asilo, a política, etc. Toda essa rede de um poder que não é judiciário deve desempenhar uma das funções que a justiça se atribui neste momento: função não mais de punir as infrações dos indivíduos, mas de corrigir suas virtualidades.” Cfr. FOUCAULT. 2003. página 86.

regulamentar a concessão da tutela jurisdicional pelos juízes: trata-se de uma complexa estrutura social, um ambiente onde as pessoas se relacionam com múltiplos objetivos, e no qual as interações disciplinares são uma constante. O regime do poder, neste contexto, não se limita, como querem as abordagens simplificadoras da doutrina processual, à obediência pelas partes das ordens emanadas do juiz.¹⁴⁷

A autoridade da jurisdição, entendida nesta faceta de *assujeitamento* dos sujeitos,¹⁴⁸ manifesta-se em diferentes momentos, de modo *molecularizado* e não necessariamente ligada sob a forma de *causa* e *efeito* com a decisão judicial: exerce-se por meio de discursos, que atuam no sentido de moldar o agir dos indivíduos com fulcro em formatos sociais (ideologicamente) predeterminados. Veiculados por meio das leis processuais, precedentes jurisprudenciais, textos doutrinários que se dedicam a explicar o “funcionamento” (o *modo de ser*) do processo civil, adágios populares,¹⁴⁹ todos esses enunciados formam uma amálgama discursiva que coopta o atuar dos sujeitos, fornecendo substratos simbólicos que lhes impõem regras de comportamento.¹⁵⁰ O caráter *aleatório* do poder discursivo não significa que ele não tenha *objetivos*, mas que o seu interesse nunca é casuístico, momentâneo, individualizado. É somente por meio de uma apreciação abstrata, aberta, que abarque múltiplos eventos é que um discurso e os seus aspectos políticos podem ser identificados.

A partir dessa análise torna-se perceptível que o uso disciplinar dos discursos do processo civil pode ser mais eficaz do que uma ordem emitida no bojo de uma sentença, aplicável somente aos litigantes envolvidos: os enunciados fornecerão padrões que regularão o comportamento de toda a sociedade, não para que os seus membros ajam de certo modo em determinada situação, mas para que eles acatem *subconscientemente* um específico *modo de ser*, ideologicamente emoldurado. A ação coercitiva dos discursos processuais – molecularizada e dispersa – não aparece somente no curso de uma ação judicial, agindo sobre todos os membros da sociedade (os sujeitos dos discursos),

¹⁴⁷ Corroborando a nossa opinião, Fernando Ruivo obtempera que, considerando a “teia de símbolos e ideais abstratos em que o direito consiste e a que os tribunais (e as escolas de direito) vêm dar corpo, a atividade decisória que constitui o cerne e a razão de ser do aparelho judicial é apenas um dos elementos constitutivos de um modo de produção jurídico.” Cfr. RUIVO. 1989, páginas 72 e 73.

¹⁴⁸ Sobre a noção de *assujeitamento*, ver ALTHUSSER. 1985.

¹⁴⁹ São exemplos de ditados populares a propósito do Judiciário: “sentença não se discute, se cumpre,” “mais vale um bom acordo do que uma má sentença,” e o já desgastado “a justiça tarda, mas não falha.”

¹⁵⁰ Para bem compreender a forma difusa como é exercido o poder, devemos ter em mente que esse *assujeitamento* alcança a todos indiscriminadamente, inclusive o próprio juiz, em tese o representante do poder soberano. O comportamento do magistrado é moldado pelo cargo que ele exerce e pelo papel social que lhe é atribuído; as decisões judiciais que profere são menos o resultado de escolhas pessoais, do que do contexto ideológico em que está inserido.

independentemente de serem partes de uma lide: a mística de um processo judicial ocupa um lugar no subconsciente coletivo, porque alimentada pelos enunciados diuturnamente verbalizados.

A própria vinculação da legitimidade do poder a uma autoridade centralizada constante dos discursos a respeito da jurisdição é um bom exemplo de uso *disciplinar* do processo civil: ao elaborar e repetir esta premissa, cria-se um *clima social subconsciente* de aceitação da fórmula política da soberania, seja porque proferida por pessoas dotadas de *autoridade discursiva* (um douto professor de processo, um político influente, um respeitado desembargador, a *sabedoria popular*), ou ainda, porque eivada de um conteúdo simbólico (*enunciado performativo*) que lhe confere uma racionalidade legitimadora (o juiz poderia comandar porque ele agiria em nome do soberano que representa o *bem comum* ou a *vontade coletiva*).

Ao longo do nosso trabalho traremos as evidências dessa faceta circular do poder, usando como exemplo os enunciados oriundos do processo civil. Veremos que, dentro dos enfoques de análise que estamos propondo, os usos políticos do processo civil passam bem ao largo das facetas *hierárquicas*, *práticas* e *racionalizadas* sugeridas pela doutrina processual: a autoridade *circula*, não se prende a resultados *práticos* e *imediatos*, e age no plano *subconsciente*.

4. Conclusão do capítulo: a Jurisdição como *objeto* e *sujeito* dos discursos do processo civil.

O objetivo deste capítulo foi apresentar sucintamente a maneira como a processualística visualiza e explica as formas de exercício do poder em âmbito jurisdicional – *hierárquico*, *prático* e *racionalizado* – bem como contrapô-las às nossas concepções a respeito dos meios de dominação ideológico-disciplinar – *circular*, *aleatória* e *subconsciente*.

Neste ensejo, consideramos que o verdadeiro *poder dos juízes* não é o de proferir uma decisão e vê-la cumprida. Ao fazê-lo, se estiver agindo dentro do que lhe determinam as estruturas discursivas, está também se *assujeitando*, cumprindo uma função simbólica, *funcionando* como *uma peça na engrenagem*. A jurisdição é ela própria um objeto dos discursos, um elemento de que se servem as ideologias dominantes para, moldando a atitude dos sujeitos, alcançar os seus objetivos. Diante desse contexto, vemos como o papel do discurso jurídico (também processual) deixa de ser simplesmente o de

prescrever a norma procedimental, mas fornecer todo o aparato simbólico necessário à parametrização dos comportamentos esperados dos cidadãos.¹⁵¹ Portanto, a nosso ver, a relação entre *disciplina* e *jurisdição* reside justamente no intercâmbio discursivo entre eles mantido, que permite fazer do ofício de julgar um *objeto* e, dos julgadores, *sujeitos discursivos*.

O que almejamos com as análises dos discursos do processo civil ao longo deste trabalho é precisamente trazer à tona essas metas imiscuídas na simbologia processual, jogar luz sobre as *funcionalidades* disfarçadas embaixo de bem intencionadas construções semânticas. Neste ínterim, os usos disciplinares dos discursos tornam-se ainda mais evidentes quando cotejamos a realidade da jurisdição brasileira sob a perspectiva histórico-social com o que se lê nos enunciados oriundos da dogmática processual que se dedicam a descrevê-la.¹⁵²

Muito além de um *objeto*, o Judiciário se torna *sujeito* dos discursos do processo civil: a separação da normatividade entre o plano que dita a lei (legislador) e o plano que lhe dá efetividade (julgador), no bojo da *teoria da separação dos poderes*, foi determinante para que os julgadores assumissem o posto de *guardiões das promessas* dos Estados de Direito. Aceitaram de bom grado a missão, e passaram a protagonizar toda sorte de intervenção na vida política nacional, *assujeitando-se* aos desígnios das ideologias dominantes. Tomado isoladamente, o magistrado será uma *presa fácil* dos enunciados discursivos e das demais fontes sociais simbólicas que sobre ele exercem toda sorte de pressão.¹⁵³ A tese de que os juízes seriam *assujeitados* por discursos permite compreender porque, a despeito de haver claras disposições constitucionais prevendo a tutela de

¹⁵¹ “São os mecanismos de exclusão, é o aparelho de vigilância, é a medicalização da sexualidade, da loucura, da delinquência, é tudo isso,” obtemperou Foucault, “quer dizer a micromecânica do poder, que representou, constituiu para a burguesia, a partir de um certo momento, um interesse, e foi a isso que se interessou a burguesia. (...) Por outras palavras: a burguesia não liga para os loucos, mas para os procedimentos de exclusão que os loucos desencadearam, liberado, a partir do Século XIX e ainda uma vez seguindo certas transformações, um proveito político, eventualmente até mesmo uma certa utilidade econômica, que solidificou o sistema e que a fizeram funcionar em seu conjunto.” Cfr. FOUCAULT. 1997, páginas 29 e 30, traduzimos.

¹⁵² Em linha com a lições de Paulo de Tarso Ramos Ribeiro, “na pior das hipóteses, ao reafirmar o código de valores socialmente hegemônicos, o discurso jurídico confere ao processo decisório o sentido teleológico indispensável para a sua funcionalidade.” Cfr. RIBEIRO. 2002, página 74.

¹⁵³ Para evitar que sejamos taxados de *deterministas* (acusação também dirigida a Foucault), vale salientar que não estamos dizendo que o juiz não dispõe de liberdade para tomar as suas decisões (judiciais ou não) conforme a sua consciência ou suas convicções sobre os casos concretos. Ele pode, com efeito, ostentar um certo grau de autonomia, mas a sua conclusão não terá *brotado* espontaneamente: será o *produto* de suas experiências e conhecimentos, moldados pelos padrões discursivos a que ele esteve *sujeito*.

determinados direitos, os juízes continuariam omitindo-se ou até lhes negando vigência, gerando indignadas reações de certos juristas.¹⁵⁴

Nem mesmo os julgamentos ditos *progressistas* ocorridos na Suprema Corte logram contradizer a nossa premissa; a bem dizer, encaixam-se na lógica discursiva e a validam, apesar de soarem contraditórios com certos valores ideológicos tidos por dominantes.¹⁵⁵ É nas pequenas causas que as *ações* ou, o que é mais freqüente, as *omissões* dos magistrados de quem *tudo se espera*, se mostram eficazes mecanismos disciplinares. Para as midiáticas questões polêmicas da contemporaneidade (aborto, marcha da maconha, clonagem, pesquisas com células tronco e, ainda, corrupção política), decisões “vanguardistas” e “humanistas,” ao passo que no cotidiano forense dos “insignificantes” jurisdicionados, continuamos assistindo à aplicação impiedosa das iníquas regras constantes do ordenamento positivo, justificando-se os despautérios num legalismo quase irritante.

A doutrina processual e os artifícios retóricos por ela implementados, sobre os quais falaremos no próximo capítulo, exercem papel fundamental nesse contexto, sobretudo conferindo credibilidade a promessas que não serão cumpridas: apegando-se ao caráter “científico” do processo, os juristas preferem ignorar os *fatores externos* à mecânica processual, construindo seus raciocínios lógico-formais sobre a base da *validade* jurídica, e não sobre questões sociais como *justo* ou *injusto*, *certo* ou *errado*, etc.¹⁵⁶ Somos

¹⁵⁴ Neste sentido, a manifestação de Juraci Mourão Lopes Filho: “A inadequação da postura processual do juiz à Constituição é, a nosso ver, a mais danosa ofensa e a mais degradante incongruência que pode se dar dentro de um sistema jurídico, pois representa um velado e constante flagelo à norma constitucional. É preciso haver uma consciência institucional e de cada membro isoladamente quanto a seu papel na sociedade e no Estado.” Cfr. LOPES FILHO. 2006, página 367.

¹⁵⁵ Sobre a importância das contradições entre enunciados na formação dos discursos, Michel Foucault dizia o seguinte: “Sob todas essas formas, a coerência assim descoberta desempenha sempre o mesmo papel: mostrar que as contradições imediatamente visíveis não são nada além do que um reflexo de superfície; e que é preciso trazer a um único foro esse jogo de resplandecências dispersas. (...) Tudo isso [as contradições nos enunciados], ao invés de aparecer como elementos superficiais a serem suprimidos, se revela finalmente como o princípio organizador, como lei fundadora e secreta que dá conta de todas as contradições menores e lhes dá um fundamento sólido: modelo, em suma, de todas as outras oposições. (...) Analisar o discurso é fazer desaparecer e reaparecer as contradições; é mostrar o jogo que elas jogam nele; é manifestar como ele pode exprimi-las, lhes dar corpo, ou lhes emprestar uma fugitiva aparência.” Cfr. FOUCAULT. 2008. páginas 204 a 206.

¹⁵⁶ Nesse sentido, ao falar do formalismo no processo, obtemperam José Mario Wanderley Gomes Neto e Felipe Santana Mariz Nogueira que “ao se considerar o conjunto das normas processuais um sistema lógico fechado em si,” a sua fundamentação “não passava fatores externos a ele, e sim pela sua coerência lógica.” Vale dizer, “não se analisa o processo em termos de certo ou errado, bom ou ruim, justo ou injusto. Analisa-se em termos de válido ou inválido em relação à totalidade do sistema.” Assim é que “esta visão lógico-formal sistemática do processo fez com que o formalismo se preocupasse com a técnica de promoção da resolução do conflito e não realizando juízo de valor a respeito desta técnica considerada este juízo fenômeno pré-jurídico, levando, assim, o processo à neutralidade. Esta neutralidade do processo fez com que a

remetidos a *estruturas idealizadas* que em tese legitimariam a atuação do Judiciário brasileiro, desprezando-se por completo todo o quadro de que falamos anteriormente que, por mais cruel, desagradável e, eventualmente, vergonhoso que possa ter sido, foi muito mais determinante para a sua formatação do que qualquer pretor romano ou tribunal revolucionário.¹⁵⁷ As desigualdades do sistema, recorrentes ainda hoje, são justificadas com fulcro em explanações que se apegam a aspectos lastreados em um legalismo abstrato, deslocando as discussões sobre os valores (e interesses) dominantes no ordenamento para abordagens voltadas apenas aos seus aspectos formais.¹⁵⁸ Essas descrições semi-alucinógenas assumem elas próprias uma função disciplinadora, na medida em que tornam *suportáveis* – e em certa medida *desejáveis* – situações notoriamente iníquas, ou condutas evidentemente contraditórias com as *promessas* de igualdade e justiça contidas nas Cartas Constitucionais.¹⁵⁹

Como veremos no capítulo seguinte, a proeminência desta doutrina abstratizante, reforçada pelo seu hipotético caráter “científico,” se oferece como uma *linguagem adormecedora*, no sentido que lhe foi dado por Luis Alberto Warat, porque, a despeito de os seus postulados serem meramente pressupostos, cria um efeito de

resolução do conflito passasse a ser vista em termos objetivos, forma válida levando a certeza objetiva da verdade.” Cfr. GOMES NETO. e NOGUEIRA. 2008, página 325.

¹⁵⁷ Interessante o paralelo que se pode fazer com os discursos dos juristas ditos “eruditos” a respeito da organização judiciária portuguesa vigente a partir do século XVII: como anotado por Antonio Manuel Hespanha, embora não constituíssem mais do que dez por cento do efetivo da magistratura, os discursos sobre os modelos de organização jurídica e judicial formulados pelos “juizes de fora” eram em tudo incompatíveis (“fantasmagóricos”) em relação às “situações vividas” (notadamente pela presença maciça dos juizes de paz – leigos – que dominavam a cena judiciária), o que se devia, ainda segundo o autor retro, a “ficção ou até numa deliberada recusa da realidade” por parte dessas fontes consultadas. Cfr. HESPANHA. 1988. página 31.

¹⁵⁸ É o que aduz Dalmo de Abreu Dallari: “Em muitos países, inclusive no Brasil, tem-se usado muito esse artifício, mediante o predomínio do chamado positivismo jurídico, que reduz o direito à lei e admite que esta seja uma criação arbitrária, desde que respeitadas as formalidades estritas. O formalismo jurídico tem papel fundamental para o estabelecimento e a manutenção de sistemas dessa espécie. Todas as imposições governamentais e as decisões dos conflitos são rigorosamente baseadas na lei, mas precisamente através da lei é que se fazem as amputações da independência, tanto de indivíduos e grupos sociais como da própria magistratura. Essa doutrina jurídica facilita a utilização de argumentos sofisticados, incluindo fundamentos filosóficos e raciocínio aparentemente lógico, que no entanto não passam de sofismas, para mascarar as arbitrariedades.” Cfr. DALLARI. 2010. página 50.

¹⁵⁹ Em sentido semelhante, vejamos o seguinte excerto: “É possível aventar que a aparente ilogicidade do processo civil se deve à obediência a outros tipos de ‘lógica’, p. ex.: lógica do mercado, lógica da dominação e lógica dos resultados. P.ex.: a lógica do mercado estaria presente nas execuções de títulos extrajudiciais, na ação monitória, no protesto de títulos, etc.; a lógica da dominação guiaria todo o processo civil na justa medida em que fosse considerado um instrumento de efetivação de um direito positivo voltado à cristalização da dominação de classes; a lógica dos resultados (ou lógica do instrumento) batizaria um processo feito sob medida para dar certo onde deve dar certo (bastando recordar como o Judiciário brasileiro tem sido eficientíssimo na cassação de liminares que suspendem leilões de estatais) e para dar errado onde deve (ex.: nas ações de revisão de benefício previdenciário), i.e., sempre atendendo ao *resultado* que se espera.” Cfr. BECKER. 2002, página 69.

“inquestionabilidade e realidade sobre o saber,”¹⁶⁰ *autorizando* assim a assunção de certas situações como *normais* ou *necessárias*.

FONTES DE DISCURSOS DESTE CAPÍTULO.

BARBOSA MOREIRA. José Carlos. *Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo*. in Revista de Processo vol. 49, Janeiro de 1988.

CALAMANDREI. Piero. *Instituciones de Derecho Processal Civil*. Buenos Aires: Depalma. 1943.

CAMPOS. Francisco. *Exposição de Motivos do Decreto-Lei 1.608/39*. in Brasil. Senado Federal. Decreto-Lei 1.608/39.

CARNEIRO. Athos Gusmão. *Jurisdição - Noções Fundamentais* in Revista de Processo nº 19, Julho de 1980.

CINTRA. Antonio Carlos Araújo de. GRINOVER. Ada Pellegrini e DINAMARCO. Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 16ª edição. São Paulo: Malheiros. 2000.

DINAMARCO. Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 3ª edição. São Paulo: Malheiros. 2003.

_____ *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 3ª edição. São Paulo: Malheiros. 2003.

_____ *A instrumentalidade do processo*. 14ª edição. São Paulo: Malheiros. 2009.

FAGUNDES. Miguel Seabra. Novas perspectivas do federalismo brasileiro: a expansão dos poderes federais. in *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, vol. 3, Maio de 2011.

FONSECA. William Lopes da. *O controle social do Poder Judiciário, a independência da Magistratura e o caráter político da função jurisdicional*. in Revista dos Tribunais nº 841, Novembro de 2005.

GRECO FILHO. Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Vol. I. 15ª edição. São Paulo: Saraiva. 2000.

HABSCEHID. Walther J. *As bases do direito processual civil*. in Revista de Processo nºs 11/12, Julho-Dezembro de 1978.

¹⁶⁰ Cfr. WARAT. 1995. página 48.

MANCUSO. Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: RT. 2009.

PEREZ. Carlos Alberto Navarro. *Relação entre o ativismo judicial e a atuação deficiente do Poder Legislativo – Altruísmo a desserviço da democracia*. in Revista de Direito Constitucional e Internacional nº 78, Janeiro de 2012.

REALE. Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva. 2003.

THEODORO JUNIOR. Humberto. *Notas sobre sentença, coisa julgada e interpretação*. in Revista de Processo nº 167, Janeiro de 2009.

TUCCI. Rogério Lauria. *Jurisdição, ação e processo civil (subsídios para a teoria geral do processo civil)*. in Revista de Processo s/n. Outubro de 1988.

CAPÍTULO II – O CARÁTER CIENTÍFICO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL.

1. A relação entre direito e ciência, ou o mito de Pigmaleão e Galatéia revisitado. 2. As “conquistas” do Processo Civil: transformando o saber prático em saber científico. 3. Fundação da Escola Processual de São Paulo. 4. Usos disciplinares do saber “científico” processual. 5. Ascendência da doutrina sobre a legislação processual: a bem sucedida institucionalização do campo acadêmico. 6. Conclusão do capítulo.

O discurso que estudaremos a seguir é o que propõe que o processo civil seria uma *ciência*, dotada de institutos e técnicas que lhe seriam próprios, forjados graças ao intenso labor de qualificados doutrinadores. A hipótese que sugerimos analisar é a de que essa (auto)qualificação teve consequências na formatação da função jurisdicional exercida pelo Estado brasileiro, inclusive porque permitiu a apropriação e o domínio da comunidade acadêmica sobre a produção legislativa pertinente à disciplina.¹⁶¹

¹⁶¹ Neste ínterim, apoiamo-nos também na premissa proposta por José Reinaldo de Lima Lopes, para quem “a história do processo pode ser traçada também em termos de quem o domina, ou seja, de quem são os atores relevantes do seu desenvolvimento.” Cfr. LOPES. 2008a, página 410.

1. A relação entre direito e ciência, ou o mito de Pigmaleão e Galatéia revisitado.

Conta-nos Ovídio em suas *Metamorfoses* que Pigmaleão, rei e escultor de Chipre, desprezava as mulheres. A deusa Vênus o pune condenando-o a se apaixonar por uma estátua – Galatéia – a quem adora como se viva fosse, cultuando um amor fadado a nunca se concretizar. A relação do direito, especialmente o *direito processual civil*, com a ciência espelha de certo modo o mito: o processualista, iludido pela aparente perfeição lógica e sistêmica proporcionada por seu (pres)uposto *caráter científico*, idolatra a sua disciplina. O processo civil pode até assemelhar-se a uma ciência – como Galatéia a uma pessoa – ocorre que *parecer* não é o mesmo que *ser*, como bem o sabia o castigado Pigmaleão, e a remição ao mito foi feita com esta tragédia por paradigma.

Acontece que os efeitos dessa ilusão não atingem somente aos seus cultuadores: a premissa de que o direito processual civil seria uma ciência, bem como o reconhecimento de tal *status* em âmbito jurisdicional, desdobra-se em usos e efeitos disciplinares na sociedade brasileira. Neste ensejo, retomando a ideia de *circularidade da autoridade* abordada no capítulo anterior, temos que um importante aspecto das *relações de poder* da modernidade passa pelo controle do *saber*, mais precisamente pela crescente valorização dos meios de manipular e supervisionar a produção das *verdades* no seio das sociedades. Essa tendência, tão bem apontada na obra de Michel Foucault,¹⁶² tem importantes consequências para o nosso objeto de estudo – os discursos da doutrina processual civil – porque é justamente a partir desses métodos e práticas de produção e administração de *saberes*, levados a efeito pela doutrina processual, que é possível perceber como os comandos sociais se *molecularizam* e *dissipam* pelo corpo social.

Pois bem; a proposta aqui não é exatamente fazer um relato histórico da história das ciências humanas, mas apontar de forma genérica o que levou à valorização do raciocínio retórico-argumentativo próprio das universidades europeias a monopolizar a produção do conhecimento tido por *legítimo* (os *saberes científicos*), e bem assim os usos disciplinares dessas práticas. Neste ensejo, a inflexão que diversos ramos do saber

¹⁶² “Eu suponho” dizia Foucault, “que em toda sociedade a produção do discurso é controlada, selecionada, organizada e redistribuída por um certo número de procedimentos que têm como papel conjurar os seus poderes e perigos, dominar o evento aleatório, esquivando a sua pesada e temível materialidade.” Cfr. FOUCAULT. 1971. páginas 10 e 11, traduzimos. Em outra obra, o mesmo autor observou não haver “exercício de poder sem uma certa economia dos discursos de verdade funcionando na, a partir e por meio desse poder. Somos submetidos pelo poder à produção da verdade e não podemos exercer o poder a não ser pela produção da verdade.” Cfr. FOUCAULT. 1997, página 22, traduzimos.

tomaram em direção a uma sistematização racionalizante dos conhecimentos, reforçada pelo advento dos ideais iluministas, representou um novo modo de interpretar a realidade, e consequentemente de estabelecer as diferentes *verdades*.¹⁶³ Com efeito, é no século XIX,¹⁶⁴ na esteira inclusive dos movimentos colonialistas/imperialistas europeus, que as ciências tidas por *sociais* ou *humanas* se organizam em *disciplinas autônomas*, como a *geografia, sociologia, antropologia, psicologia, economia* etc.¹⁶⁵ Se boa parte desses temas já era alvo de investigações pelos pensadores e filósofos, é neste momento histórico que eles são enciclopedicamente sistematizados, organizados e segregados, apropriando-se de conceitos e definições peculiares aos seus objetos de estudo. Influenciadas pelos valores positivistas que estavam em franca expansão na Europa, as ciências humanas (ou sociais) passam a se preocupar em formular as suas teorias de modo a fundar os conceitos elementares de suas disciplinas com *leis* que deveriam, na medida do possível, ostentar as características próprias das ciências exatas e biológicas, quais sejam, a *regularidade, previsibilidade e sistematicidade*.

Este foi um artifício muito eficaz para o *controle da produção de discursos*: ao estabelecer os limites da *veracidade* ou *confiabilidade* de certo enunciado aos estreitos liames do conhecimento científico, permitiu-se manter um domínio sobre o que *é ou não aceitável, o que é ou não admissível, como correto*. Dentro dessa lógica, toda formulação que não se encaixar nos padrões da *cientificidade* não estará no campo da *verdade*, mas do *misticismo, da superstição*, ou ainda do *equivoco, do não-saber*. E essa é, nos parece, uma importante contribuição que o positivismo científico prestou aos mecanismos de disciplina social: a *academia* torna-se um local de *dominação*¹⁶⁶ e de *policimento*¹⁶⁷ da produção do real e, por via de consequência, de intensa disputa política.

¹⁶³ Esta forma de racionalismo seria “o modelo de busca de saber científico que elegeu a razão como única forma de conhecer a realidade, rechaçando qualquer outro modo de conhecer como fonte de produção do conhecimento científico. Tendo a matemática como ciência perfeita e pura em que apenas a razão era utilizada para a formação do seu conhecimento, o racionalismo elegeu como princípios norteadores de qualquer tentativa de conhecer a natureza aqueles que guiavam a matemática (Japiassu, 1985, p. 10-11). Neste contexto formulou-se um sistema epistemológico em que todas as ciências deviam seguir para que as conclusões obtidas no processo fossem consideradas como saber científico.” Cfr. GOMES NETO. e NOGUEIRA. 2008, página 325.

¹⁶⁴ Cfr. SANTOS. 2000. página 193.

¹⁶⁵ Ver, a propósito, BARBOSA. 2001. especialmente a partir da página 90.

¹⁶⁶ Michel Foucault observava, com muita acuidade, que “todo sistema de educação é uma maneira política de manter ou de modificar a apropriação dos discursos, com os saberes e os poderes que eles trazem consigo.” Cfr. FOUCAULT. 1971, página 46, traduzimos.

¹⁶⁷ Novamente citando Michel Foucault: “Sempre será possível dizermos a verdade no espaço de uma exterioridade selvagem; mas estaremos apenas no verdadeiro se obedecermos às regras de uma ‘polícia’ discursiva que devemos re-ativar em cada um dos discursos.” Cfr. *idem, ibidem*, página 37, traduzimos.

Com o direito, não foi diferente; aliás, em poucas áreas acadêmicas a influência cientificista/positivista foi tão marcante como na doutrina jurídica. Verdade que o já incipiente formalismo dos juristas, aliado à sua capacidade de elaborar conceitos e regras amplamente rebuscadas, foram atributos muito bem aproveitados na tarefa de autodescrever os juristas como “cientistas.” Se sobre eles já pairava a aura de *sábios exegetas, intérpretes diferenciados e argutos retóricos*,¹⁶⁸ faltava-lhes apenas algumas adaptações, mormente quanto à metodologia e delimitação dos respectivos objetos de estudo, para que a toga se convertesse em indumentária também de cientista.

Há quem sustente que a formalização do direito, decorrente da adaptação ao pensamento sistemático foi tamanha que se buscou transformá-lo “em uma ciência exata nos moldes da geometria,” moldando-se o raciocínio jurídico ao formato de uma *equação matemática*.¹⁶⁹ Entretanto, um problema se impunha aos juristas: como encontrar essa lógica objetiva e metodologicamente hígida numa disciplina prática em sua essência e, mais do que isso, aplicada a seres humanos inconstantes, impulsivos e não necessariamente adequados à racionalidade dos sistemas positivos? A nascente ciência do direito resolveu o problema que se colocava elegendo um elemento para concentrar seus estudos e sobre ele se debruçar: a norma jurídica. *Norma* entendida em seu sentido *lato*, ou seja, toda e qualquer determinação, ordem, regra, regulamento, lei, decisão etc., emanada da autoridade política que se queira e declare soberana. Desprezaram-se outros importantes fenômenos das relações jurídicas (como o conceito de *justiça*), que foram relegados a distantes campos da *filosofia do direito*.¹⁷⁰ A escolha, que nada teve de aleatória, encaixa-se perfeitamente na *ideologia dos Estados de Direito* liberal-burgueses que se consolidavam na Europa novecentista, e que viram, na *segurança das relações jurídicas*,

¹⁶⁸ Sobre as relações de dominação estabelecidas a partir da erudição dos juristas no Judiciário português, mas que pode ser aplicada, *mutatis mutandis*, ao Brasil, Cfr. HESPANHA. 1988.

¹⁶⁹ De acordo com José Mário Gomes Neto e Felipe Nogueira, no contexto da ascendência do racionalismo, “assim como não necessitamos de eloquência argumentativa para convencer aos demais da correção com que elaboramos uma equação matemática, assim também a verdade haveria de surgir, nas controvérsias forenses, com a evidência própria dos silogismos.” Cfr. GOMES NETO. e NOGUEIRA. 2008, página 325.

¹⁷⁰ Diz-se, inclusive, que os positivistas “expulsaram” a justiça do direito. Referindo-se aos tipos mais radicais, Dalmo de Abreu Dallari afirma que, ao menos para eles, “o direito se restringe ao conjunto de regras formalmente postas pelo Estado, seja qual for o seu conteúdo, resumindo-se nisso o chamado positivismo jurídico que tem sido praticado em vários países europeus e em toda a América Latina. Desse modo a procura do justo foi eliminada e o que sobrou foi um apanhado de normas técnico-formais, que, sob a aparência de rigor científico, reduzem o direito a uma superficialidade mesquinha. Essa concepção do direito é conveniente para quem prefere ter a consciência anestesiada e não se angustiar com a questão da justiça, ou então para o profissional do direito que não quer assumir responsabilidades e riscos e procura ocultar-se sob a capa de uma aparente neutralidade política. Os normativistas não precisam ser justos, embora muitos deles sejam juízes.” Cfr. DALLARI. 2010. página 87.

um arquétipo de ordenamento ideal, encontrando na *norma jurídica* um de seus principais elementos de legitimação, também pelo seu caráter *neutralizante* e em tese *objetivo*.

A proliferação das diferentes concepções “científicas” do direito, essencialmente centradas na lei imposta (ou *positivada*) pelo Estado, teve na obra de Hans Kelsen, um dos juristas mais influentes do Século XX, o seu momento de ápice, com a formulação de sua *Teoria Pura do Direito*. Há em sua proposta um esforço de estudar a *norma jurídica* de forma totalmente asséptica, apresentando-a de forma sistemática, dentro de um ordenamento ideologicamente neutro, procurando desprezar eventuais influências político-ideológicas.¹⁷¹ Consolida-se, por meio do “positivismo científico” *kelseniano*, a ideia de que o ordenamento jurídico é uma estrutura construída a partir de uma *norma fundamental* que serve de alicerce a todas as demais leis de determinado ordenamento jurídico. Ao seguir tais premissas, os estudiosos do direito lograram traçar um paralelo – sobretudo no que respeita aos seus aspectos morfológicos – com as demais ciências ditas *exatas ou naturais*, pois essa estrutura do ordenamento é apresentada no nível da sua simbologia como algo universalmente aceito e encontrado. Desta feita, em relação à *episteme* do direito nos países ocidentais (ou *civilizados* nas palavras de Kelsen), a norma jurídica pouco se distinguiria de uma *lei da natureza*,¹⁷² ante o seu caráter *generalizado* e *supranacional*. O conhecimento jurídico repousaria, pois, na norma objetiva, e ela passaria a ser o epicentro do *saber científico* do direito: neste sentido, *apreender o direito é apreender a norma*.¹⁷³

Tal concepção da *ciência jurídica* teve notável alcance na doutrina ocidental, o que levou as diferentes disciplinas do direito a centralizarem seus estudos na exegese dos

¹⁷¹ As intenções de Kelsen são apresentadas desde as primeiras linhas do prefácio à Primeira Edição da *Teoria Pura do Direito*: “Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto.” Cfr. KELSEN. 1998, página XI.

¹⁷² Francesco Carnelutti pontificava o seguinte: “O segredo das coisas é a *lei*. Esse é o objeto do saber, que é distinto do ver. A verdade científica não é mais do que o conhecimento das leis da natureza. E assim como a mais alta lei é aquela que se impõe à vontade dos homens, assim a mais alta verdade é a verdade moral.” Cfr. CARNELUTTI. 2000, página 76.

¹⁷³ Kelsen o dizia com todas as letras: “Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação – menos evidente – de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou – por outras palavras – na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas. Pelo que respeita à questão de saber se as relações inter-humanas são objeto da ciência jurídica, importa dizer que elas também só são objeto de um conhecimento jurídico enquanto relações jurídicas, isto é, como relações que são constituídas através de normas jurídicas. A ciência jurídica procura apreender o seu objeto ‘juridicamente’, isto é, do ponto de vista do Direito. Apreender algo juridicamente não pode, porém, significar senão apreender algo como o direito, o que quer dizer: como norma jurídica ou conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma norma jurídica.” Cfr. KELSEN. 1998. página 79.

diplomas legais que lhes eram pertinentes. Assim é que, por exemplo, Francesco Carnelutti, consagrado jurista do processo civil e da teoria geral do direito, escrevia, em obra dedicada à defesa do caráter científico das disciplinas jurídicas, que “devemos por a norma jurídica como objetivo de nosso estudo, porque esta, e não outra, é a matéria do Direito;”¹⁷⁴ outrossim, mais recentemente, lemos na obra de Cândido Rangel Dinamarco que o “*objeto material* da ciência do processo (...) é o conjunto de todas as normas processuais,” ou ainda as “categorias jurídicas em que essas normas se conglomeram.”¹⁷⁵

Fazer ciência jurídica, nestes termos, configura-se uma atividade de *interpretar* a norma jurídica que já está dada – por fatores sociais, históricos, políticos ou culturais – *vis a vis* um fato concreto, de modo que o foco da atividade do jurista passa a ser uma digressão *exegética* em sua essência, na busca da melhor interpretação do direito para cada caso. E esse exercício de interpretação acaba trazendo modificações no próprio direito, a partir dos entendimentos que se dão à prescrição primária dada pela norma positiva – expandindo-se em espiral, a *ciência do direito* vislumbra significados nas mensagens do legislador que muitas vezes sequer foram por ele imaginados ou tencionados.¹⁷⁶ Cria-se, a partir dessa dupla atividade – *interpretação/criação* – um sistema dogmático pautado essencialmente nas iniciativas, descritas como científicas, de descrever o que *quer dizer* o direito legislado, que poderia ser comparado, em certa medida, à atividade de *evangelização* religiosa.¹⁷⁷

Aqui faremos uma pequena digressão apenas para questionar a efetiva *cientificidade* dessa visão focada na *exegese da norma jurídica*. Dentro desses limites, o exercício do jurista é, essencialmente, um exercício de intuição, aplicação de preceitos dogmáticos anteriormente formulados na interpretação do *dizer da lei*¹⁷⁸ ou, nas palavras

¹⁷⁴ Cfr. CARNELUTTI. 2000, página 31.

¹⁷⁵ Cfr. DINAMARCO. 2003. página 50.

¹⁷⁶ Segundo Gustav Radbruch, “a interpretação jurídica soma-se a uma série de outros tipos de interpretação, as quais, tanto quanto ela, não buscam um fato histórico, um pensamento por trás da produção intelectual, mas o sentido existente na própria produção intelectual, não importando se ali colocado conscientemente por alguém.” Cfr. RADBRUCH. 1999, página 217.

¹⁷⁷ Ainda segundo Gustav Radbruch, dizia ele que “na dupla tarefa da ciência do direito: de um lado interpretação, de outro lado construção e sistema, revelou-se-nos a mistura não totalmente equilibrada de tarefas teórico-empíricas e prático-teleológicas, que constitui a peculiaridade dessa ciência, comparável apenas à estrutura bem similar da teologia evangélica,” Cfr. *idem, ibidem*, página 221. Não à toa, ainda hoje vemos o termo *exegese*, aplicável originariamente à atividade de interpretar os evangelhos, ser também utilizado para se referir ao estudo da legislação.

¹⁷⁸ Nesse sentido, José Reinaldo de Lima Lopes observa: “De fato, os juristas valem-se de teorias das normas de maneira intuitiva, na medida em que a especificidade das normas jurídicas lhes é indispensável e lhes aparece como algo já dado. Eles usam mesmo uma doutrina das fontes do direito existente em disposições expressas a respeito da lei como fonte e fundamento de decisões jurídicas (como por exemplo o art. 5º, II da Constituição Federal, o art. 126 e 127 do Código de Processo Civil, e outros diversos diplomas do

de José Reinaldo de Lima Lopes, “decidir conforme à lei vigente em seu meio e no seu tempo.”¹⁷⁹ Isso o reconhecia de certa maneira o citado Francesco Carnelutti, quando afirmava que embora fosse um *objeto inteligível*, não seria o direito um *objeto sensível*, daí decorrendo a “dificuldade contra a qual tem de lutar a Ciência do Direito,” na medida em que os fenômenos estudados não seriam alcançáveis pelos sentidos, senão pela *razão e intuição*.¹⁸⁰ Em assim sendo, temos para nós que o jurista, ao formular os preceitos da disciplina jurídica à qual ele se dedica, está de fato fazendo um *juízo*, mas um juízo que não tem nada de *científico*.¹⁸¹ trata-se, isso sim, de um *juízo de valor*. *Juízo de valor* que considerará a *norma jurídica*, interpretada segundo princípios, regras e cânones, e que não se realizará com base somente nas definições jurídicas, porque estarão sempre relacionados a fatos.¹⁸²

A adequada qualificação jurídica desses fatos nas diferentes tipologias que o direito estabeleceu – se o ato jurídico preencheu os *requisitos de validade*, se há *nexo de causalidade* entre o evento danoso e a ação do agente, se houve *intenção* de cometer crime, etc. –, também chamada de *subsunção*,¹⁸³ é vista como parte dessa atividade científica,

ordenamento jurídico). Eles também se valem de uma doutrina feita por outros juristas que explicam essas disposições legais. Já foram também incorporadas pela lei e pela ‘ciência’ jurídicas as técnicas de solução de antinomias (os problemas de anterioridade de lei, de revogação parcial, e outros como os do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil). Dessa forma há já elementos suficientes para dar aos juristas indicações de qual é a ‘teoria’ das normas adotadas. Embora em momentos importantes possam surgir dúvidas sobre qual a lei a aplicar, os juristas sabem que devem aplicar o direito positivo, incluindo também os critérios que o próprio direito positivo lhes dá para integrarem o corpus de normas que devem aplicar.” Cfr. LOPES. 2009, página 45.

¹⁷⁹ Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

¹⁸⁰ Cfr. CARNELUTTI. 2000, página 31. Diz o autor ainda que “Outras ciências encontram-se aparentemente ante uma dificuldade semelhante, mas a verdade é que seu dado é sempre um fenômeno, ainda que infinitamente pequeno, infinitamente remoto e impenetravelmente escondido; quando se construíram aparelhos que ajudam os sentidos, como o microscópio, o telescópio ou o radioscópio, chega-se a ver. Nós, não. Nossas lentes, para alcançar o dado, não são mais que a razão e intuição.” Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

¹⁸¹ Luis Alberto Warat reputa “impossível superar os impasses do pensamento jurídico da modernidade, reiterando os mitos e os rituais do paradigma cientificista, e continuando com um ponto de vista excessivamente jurídico sobre seus próprios saberes, que não admitem pensar o Direito fora de seus próprios simulacros de sentido.” Cfr. WARAT. 1995. página 108.

¹⁸² Neste interim, José Reinaldo de Lima Lopes sustenta que os *fatos jurídicos* são meras *interpretações de fatos*: “Há, claro, uma diferença importante no direito: o fato concreto (individual) já é em si, não poucas vezes, um fato de natureza normativa. Saber da validade de um testamento não é saber da existência de uma mula: a mula tem uma existência factual diferente da existência factual do testamento. O fato jurídico é sempre um fato instituído. Uma convivência entre homem e mulher não é necessariamente uma forma de matrimônio: fatos instituídos requerem a existência de normas e de intenções cristalizadas em normas. O matrimônio tem existência conexa aos fatos, mas também distinta dos fatos da pura convivência. Uma outra diferença é que a criação de fatos jurídicos (institucionais e normativos) dá-se por meio de ação humana ou pelo menos de interpretação humana das ações alheias ou dos fatos.” Cfr. LOPES. 2003. páginas 55 e 56.

¹⁸³ A nomenclatura é de José Reinaldo de Lima Lopes; Para ele, “o juízo de subsunção, tão típico do direito, é tão problemático quanto qualquer juízo. Trata-se sempre de considerar ou subpor um caso individual a um tipo geral. Subsunção “é o enquadramento da situação concreta na classe dos casos” (ENGLISH, 1979, p. 78).

ainda que essa qualificação seja no mínimo *duvidosa*, ao menos a nosso ver. Com efeito, o *deliberar* de um jurista difere do de um cientista fundamentalmente porque não *explica fenômenos*; ao contrário, a *doutrina jurídica cria os fenômenos da ciência jurídica*, mormente em razão de seu escopo essencialmente dogmático, voltado para a formação de um ordenamento que tem finalidades (intenções) mais ou menos bem definidas (organizar a sociedade, promover a paz, dominar a coletividade, etc.).¹⁸⁴ Daí decorre também o erro, muito bem assinalado por José Reinaldo de Lima Lopes, das escolas que insistem em ensinar o direito a partir de teorias calcadas na *norma jurídica*, ao invés de outros elementos importantíssimos da fenomenologia jurídica como permitiriam, por exemplo, teorias da *decisão judicial* ou da *ação de decidir*.¹⁸⁵ Gasta-se tempo e papel para discutir sobre a essência do direito, numa perspectiva de encontrar, na ordem das coisas (ou da natureza) algo que provêm, a rigor, de uma questão social, de formas de estabelecimento de poder, no plano da linguagem, segundo Luis Alberto Warat.¹⁸⁶

A subsunção “fundamenta-se na equiparação do novo caso àqueles casos cuja pertinência à classe já se encontra assente” (ENGISH, 1979, p. 79).” Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

¹⁸⁴ Já o disse Tércio Sampaio Ferraz Júnior: “A mera técnica jurídica que, é verdade, alguns costumam confundir com Ciência do Direito, e que corresponde à atividade jurisdicional no sentido amplo – o trabalho dos advogados, juízes, promotores, legisladores, pareceristas e outros –, é um *dado* importante, mas não é a própria ciência. Esta se constitui como uma *arquitetônica* de modelos, no sentido aristotélico do termo, ou seja, como uma atividade que os subordina entre si tendo em vista o problema da decidibilidade (e não de uma decisão concreta). Como, porém, a decidibilidade é um problema e não uma solução, uma questão aberta e não um critério fechado, dominada que está por aporias como a da justiça, da utilidade, da certeza, da legitimidade, da eficiência, da legalidade, etc., a arquitetônica jurídica (combinatória de modelos) depende do modo como colocamos os problemas. Como os problemas se caracterizam como ausência de uma solução, abertura para diversas alternativas possíveis, a ciência jurídica se nos depara como um espectro de teorias, até mesmo incompatíveis, que guardam sua unidade no ponto problemático de sua partida. Como essas teorias tem uma função social e uma natureza tecnológica, elas não constituem meras explicações dos fenômenos, mas se tornam, na prática, *doutrina*, isto é, elas ensinam e dizem como deve ser feito. O agrupamento de *doutrinas* em corpos mais ou menos homogêneos é que transforma, por fim, a Ciência do Direito em Dogmática Jurídica.” Cfr. FERRAZ JÚNIOR. 2006, páginas 107/108.

¹⁸⁵ Nesta senda, obtempera o autor: “o ensino do direito pode ser assemelhado ao ensino de uma língua, na qual o domínio da gramática, da morfologia e da sintaxe, está a serviço da produção de discursos. É pelos discursos que sabemos se o falante domina ou não o sistema da língua. Como discursos são produzidos em situações particulares, é também a capacidade dos falantes de se referirem ao mundo de forma sensata e inteligível que precisa ser desenvolvida. Dessa forma, nossa compreensão teórica do direito determina nossa maneira de ensiná-lo. Ora, apresentar a teoria analítica das normas como uma descrição adequada do direito é um grande equívoco, quando o que entendemos por direito é a atividade de tomar decisões segundo regras jurídicas. Não digo que os teóricos das normas – alguns deles pelo menos – tenham incorrido nesse equívoco, mas há uma ideia generalizada de que isso é assim, de que as regras jurídicas são o que se deve aprender.” Cfr. LOPES. 2009, páginas 76 a 77.

¹⁸⁶ Por suas palavras: “São Tomaz de Aquino perguntou-se pela essência da lei. Esta pergunta foi respondida em termos jurídicos para todas as questões do direito. Milhões de folhas foram inutilmente utilizadas para a procura da essência do direito, da ilicitude, da natureza jurídica de tudo o que era analisado, do Estado e do poder. Na verdade, tal fato não constitui mais do que uma tentativa de apresentar, como pertencente à própria ordem da natureza, as representações simbólicas que reasguraram no plano da linguagem as relações de poder.” Cfr. WARAT. 1995. página 59.

Resumindo, a tal *ciência jurídica* pode ser, quando muito, entendida como um *saber prático*,¹⁸⁷ orientado para os mais variados *objetivos*. *Objetivos* resumidos por Pierre Bourdieu como sendo o de constituir uma *palavra criadora*, “que faz existir o que ela anuncia,” ou seja: enunciar, sob os auspícios da legalidade e sob o signo da *generalidade*, o que poderiam ser os desejos de uma determinada sociedade ou ao menos de parte dela.¹⁸⁸ Por isso a pretensão de apresentá-lo como *ciência* atende, a bem dizer, aos seus anseios de *universalidade*, tão própria às descrições científicas, resultando na produção de *saberes* pretensamente *válidos genericamente*.¹⁸⁹ Em outros termos e fazendo uso novamente das lições de Pierre Bourdieu, o direito não passa de um “produto de um prolongado trabalho de sistematização acumulativo,” realizado segundo certas regras e racionalidades que fazem com que ele seja aceito socialmente como a “regra do jogo a ser jogado.” Por suas próprias e esclarecedoras palavras:

A noção de campo (...) está aí para lembrar que esse sistema de normas autônomas, que exerce um efeito por sua coerência, por sua lógica, etc., não nos caiu do céu nem surgiu inteiramente elaborada por uma razão universal, nem tampouco é, sem embargo, o produto direto de uma demanda social, um instrumento dócil na mão de quem domina. Temos aí uma falsa alternativa que impede de perceber que o direito, em sua coerência de sistema de leis, é o produto de um prolongado trabalho de sistematização acumulativa, mas de uma acumulatividade que não é a da ciência; de um prolongado trabalho de produção de coerência, de ‘racionalidade’, que se realiza em um espaço particular, que eu chamo de campo, quer dizer, um universo em que se joga um jogo determinado segundo certas regras, e em que não se entra sem que se tenha pago algum direito de entrada, como o fato de possuir uma competência específica, uma cultura jurídica, indispensável para jogar o jogo, e uma disposição a propósito do

¹⁸⁷ A expressão foi colhida da lição de José Reinaldo de Lima Lopes, para quem, “enquanto saber pode ser transmitido e verbalizado, e enquanto prático diz respeito à tomada de decisões justificáveis pelo próprio agente.” Cfr. LOPES. 2009, página 77.

¹⁸⁸ Nas palavras do sociólogo francês: “O discurso jurídico é uma palavra criadora, que faz existir o que ela anuncia. Ela é o limite pretendido por todos os enunciados performativos, bênçãos, maldições, ordens, desejos ou insultos: quer dizer a palavra divina, de direito divino que, como o *intuitus originarius* que Kant atribuía a Deus, faz surgir à existência do que ela anuncia, em oposição a todos os enunciados derivados, constativos, simples registro de um dado preexistente. Não devíamos nunca nos esquecer que a língua, em razão de sua infinita capacidade generativa, mas também, *originária*, no sentido de Kant, que lhe confere seu poder de produzir à existência produzindo a representação coletivamente concebida, e assim realizada, da existência, é sem dúvida o suporte por excelência do sonho de poder absoluto.” Cfr. BOURDIEU. 2001, página 66, traduzimos.

¹⁸⁹ Para Pierre Bourdieu, referindo-se às lições de Hans Kelsen, “Pode-se afirmar, como faz Kelsen, que o direito é um sistema normativo sem estar obrigado a lhe dar um fundamento transhistórico ou transsocial. Dito de outro modo, a oposição que sempre se estabeleceu entre relativismo (ou historicismo) e absolutismo, ou também entre verdade e história, é fictícia. Pode-se rechaçar o fundamento de tipo kelseniano, essa espécie de proeza da absolutização, sem cair-se no vazio relativista. A pretensão de universalidade dos juristas está fundamentada, mas de um modo distinto a como eles a concebem; não está fundamentada em uma norma fundamental. Temos que abandonar a questão do fundamento e aceitar que o direito, à exemplo da ciência e da arte (os problemas são os mesmos em matéria de direito e de estética), pode estar fundamentado unicamente na história, na sociedade, sem que por isso estejam aniquiladas as suas pretensões de universalidade.” BOURDIEU. 1991, páginas 1 e 2, traduzimos.

jogo, um interesse pelo jogo, que eu denomino *illusio* (...).O que um campo exige, fundamentalmente, é que se acredite no jogo e que se lhe conceda se tratar do jogo que merece ser jogado, que vale a pena.¹⁹⁰

Fizemos essas observações porquanto, muito embora gritantes, essas fragilidades e contradições dos discursos que sustentam a *cientificidade* do direito não costumam integrar os debates dos juristas; ao contrário, como sequer cogitam abandonar o *hábito* de cientistas, os professores das disciplinas do direito geralmente se empenham em asseverar a natureza científica de suas investigações. Encontramos farta literatura destacando, justificando e suscitando o tal *caráter científico*,¹⁹¹ sendo certo que quase todos os manuais de direito debutam com o destaque da condição científica da disciplina, expondo o seu foco de estudo, sua principiologia, sua natureza e sua ligação com os demais ramos do direito. Tomemos o exemplo de Cândido Rangel Dinamarco, para nos limitarmos ao campo do direito processual civil: em suas festejadas *Instituições de Direito Processual Civil*, dedica todo um capítulo a enquadrar cientificamente o processo civil, primeiro definindo o que seria para ele uma ciência,¹⁹² e depois relacionando os elementos da disciplina que ostentariam tal patamar.¹⁹³

Outro artifício comumente verificado para sustentar a *cientificidade* do direito é o recurso à *sistematicidade* das disciplinas jurídicas, entendida como *ordenação da matéria segundo princípios e regras próprias*.¹⁹⁴ Neste sentido, basta vermos no trecho

¹⁹⁰ Cfr. *idem, ibidem*, página 2, traduzimos.

¹⁹¹ Essa característica chamou a atenção do filósofo do Direito Tércio Sampaio Ferraz Júnior, que em obra dedicada a explorar a *cientificidade* do Direito, observou que “sem se preocupar muito com as justificações requeridas pelo ponto de vista proposto ou suposto,” a maioria dos juristas sustenta que “suas investigações, nos diversos ramos jurídicos, têm um caráter científico.” E continua: “Assim, se percorremos os nossos manuais ou tratados de Direito Civil, Direito Comercial, Direito Penal e outros, podemos assinalar neles, via de regra, duas preocupações constantes:” a) Definir cada um desses ‘ramos’ como partes de uma ‘Ciência (unitária) do Direito’. b) Distinguir a ‘Ciência do Direito’, propriamente dita, de outras, com as quais mantêm relações, em geral, de subsidiariedade. Por exemplo, Ciência do Direito Penal e Criminologia, Psicologia Forense, Sociologia Criminal e outras.” Cfr. FERRAZ JUNIOR. 2006, página 13.

¹⁹² “Tem-se por *ciência*” prescreve o autor em referência, “o conjunto de conhecimentos ordenados segundo método próprio, com adequação à realidade observada, certeza quanto aos resultados das investigações e coerência unitária dos juízos alcançados (Miguel Reale); além disso, toda ciência tem seu próprio objeto material, que a distingue das demais.” Cfr. DINAMARCO. 2003, página 50.

¹⁹³ Destacamos ainda o seguinte trecho do mesmo livro: “O processo civil só se alçou à condição científica, assim delineada, a partir de quando absorveu como seus certos institutos e, construindo seu próprio método, pôde ganhar a coerência unitária dos conceitos firmados.” Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

¹⁹⁴ Observa Tércio Sampaio Ferraz Júnior: “Quanto ao caráter científico da Ciência do Direito, encontramos, comumente, a afirmação de que se trata de conhecimentos ‘sistemáticos,’ isto é, metodicamente obtidos e comprovados. A ‘sistematicidade’ é, portanto, argumento para a *cientificidade*. Entende-se, com isto, uma atividade ordenada segundo princípios próprios e regras peculiares, uma vez ou outra procurando o seu modelo nas chamadas ciências da natureza. Quanto a esta transposição de modelos, que foi efetivamente buscada sobretudo no século XIX, a experiência histórica demonstrou a grande dificuldade dessa pretensão.” Cfr. FERRAZ JUNIOR. 2006, página 13.

abaixo reproduzido os esforços do já citado Cândido Rangel Dinamarco em segregar e descrever a “ciência processual” situando-a *enciclopedicamente* pela apropriação de *métodos* que lhe seriam característicos:

Também de um *método próprio* dispõe a ciência processual, o que é essencial ao reconhecimento da existência desse específico ramo científico (é o seu objeto formal). *Método* é o modo pelo qual determinada ciência encara e examina seu objeto material; o método próprio ao direito processual constitui-se dos *princípios* que lhe sobrepõem, do reconhecimento de sua inserção no *direito público* e, modernamente, da constante preocupação pela oferta de meios para o efetivo *acesso à justiça* mediante resultados efetivos e justos. Tal é o método do *processo civil de resultados*.

O caráter instrumental do direito processual ao direito substancial e ao superior objetivo de pacificar pessoas constitui hoje um polo metodológico de primeira grandeza na ciência do processo. Outra colocação metodológica a que o processualista moderno atribui enorme importância é a inserção do sistema processual na ordem constitucional, ao lado da perspectiva isonômica revelada no repúdio ao *processo civil do autor*.¹⁹⁵

Foi essa insistência em reiterar a característica científica do direito que, para além de um certo *complexo de inferioridade* dos juristas,¹⁹⁶ nos remeteu ao mito de Pigmaleão, que cultivava um amor desmedido e inatingível por uma estátua.¹⁹⁷ O fato de se tratar de um amor impossível com uma pedra de mármore não diminuía em nada os sentimentos do personagem; de igual modo, não é porque o estudo do direito se sustenta em premissas puramente *dogmáticas* que ele deixará de ser uma ciência: dir-se-á que se trata, simplesmente, de uma *ciência dogmática*.¹⁹⁸

Seja como for, essas práticas afiguram-se bastante significativas, e denotam uma crise não apenas de *identidade*, mas principalmente *epistemológica*, que afeta os juristas dessas disciplinas denominadas *dogmáticas*. Se tanto se insiste em dizer que determinado ramo do conhecimento é *científico*, se a inclusão dos pressupostos da disciplina nesta categoria é uma preocupação central a encabeçar os manuais destinados a

¹⁹⁵ Cfr. DINAMARCO, 2003, página 51.

¹⁹⁶ A expressão é de Willis Santiago Guerra Filho que entende que “parece haver um certo ‘complexo de inferioridade’ na prática das ciências sociais, em relação àquelas naturais, pois as primeiras sempre se ressentem de uma justificativa para legitimar e merecer o estatuto de ‘ciência,’ por serem aversas ao padrão de exatidão e universalidade generalista estabelecido pelas demais. Entretanto, a evolução das ciências contemporâneas, especialmente da física e biologia, evidenciaram o quanto de mítico e irreal havia em idéias-motriz da ciência clássica, tais como ‘causalidade,’ ‘precisão’ ou ‘validade absoluta.’” Cfr. GUERRA FILHO. 1988, página 197.

¹⁹⁷ Também lembra em certa medida a postura recomendada em livros de *auto ajuda* de repetir diariamente certo objetivo, sob o argumento de que procedendo desta maneira ele se concretizará, ou ainda o conhecido aforismo do ministro da propaganda nazista Paul Goebbels, segundo o qual *uma mentira mil vezes repetida se torna verdade*.

¹⁹⁸ Segundo Tércio Sampaio Ferraz Junior, “fala-se, frequentemente, de ciência *dogmática* do Direito, para distingui-la da Psicologia, da Sociologia, da História e outras.” Cfr. FERRAZ JUNIOR. 2004, página 13.

ensinar a sua teoria, então é porque a assertiva é duvidosa, ou no mínimo carece de sustentação.¹⁹⁹ Mais do que isso: esse comportamento diz muito a respeito dos usos do *caráter pretensamente científico* das disciplinas jurídicas.

Neste ensejo, lembramos que a prática de apresentar o que se convencionou chamar *teoria geral do processo* ou mesmo *processo civil* como uma ciência – prática, aliás, que vitima os próprios juristas²⁰⁰ – foi essencialmente decorrente de um momento de *ruptura conceitual* a partir do qual se fundaram específicas maneiras de lidar e atuar na atividade social de *julgar os litígios*. A clássica divisão do direito em dois planos – o *substancial* (ou *material*), correspondente ao conjunto de regras a serem observadas pelos cidadãos e o *processual*, que são as normas voltadas à efetivação, pelo Estado-Juiz, desses direitos – foi radicalmente sublimada por esta guinada conceitual.

O advento da *cientificidade do processo* veio junto com a transmutação da função jurisdicional, dotando-a de novas metodologias que não serviram necessariamente para tornar o processo mais *compreensível*, *palpável* ou menos *formalista* (até pelo contrário), mas que adaptou o rito processual aos simbolismos e linguagem e métodos de controle social do Estado de Direito, no ensejo do processo de *burocratização da vida em sociedade* de que falávamos anteriormente. Aliás, não é coincidência o fato de a *ciência processual civil* ter encontrado na Alemanha novecentista o seu berço: o positivismo germânico, aliado à consolidação do *Rechtsstaat*, foi terreno fértil para que tal disciplina jurídica desenvolvesse seus teoremas.²⁰¹ E é dessa ruptura entabulada pela doutrina, *fundadora* de uma nova maneira de ver e tratar o processo civil, de que vamos falar a seguir.

¹⁹⁹ Nesta senda, é pertinente a observação de Gustav Radbruch que, após salientar que “ainda existem dúvidas quanto às características científicas do direito,” afirma que “assim como são quase sempre doentes os homens que se atormentam com a auto-observação, as ciências que se ocupam com sua própria doutrina metodológica costumam ser doentias,” pois “o homem saudável e a ciência saudável não cuidam saber muito sobre si próprios.” Cfr. RADBRUCH. 1999, página 216.

²⁰⁰ Pierre Bourdieu entende que, “para conseguir esse efeito de legitimação tem que ser pago um preço, e os juristas são de algum modo as primeiras vítimas de sua própria criação jurídica. Tal é o sentido da *illusio*: só conseguem fazer crer porque eles mesmos creem. Se contribuem para a influencia do direito é porque eles mesmos caíram em sua armadilha, em particular ao final de todo o trabalho de aquisição da crença específica no valor da cultura jurídica, trabalho que é extraordinariamente importante para compreender o efeito que vai exercer o direito não somente sobre os jurisdicionados, senão também sobre aqueles que exercem esse efeito.” BOURDIEU. 1991, páginas 3 e 4, traduzimos.

²⁰¹ Ensina José Carlos Barbosa Moreira que a sua maturação “coincidiu historicamente, em grande parte, com o período de florescimento e dominação do positivismo jurídico, e seria de surpreender que os processualistas, ainda os mais distantes, no plano filosófico, dos postulados positivistas, permanecessem imunes à pressão de uma voga que lhes solicitava a atenção, antes e acima de tudo, para a análise da rede normativa e para a extração de conclusões sistemáticas, operações a serem efetuadas, naturalmente, com o instrumental clássico do conceptualismo.” Cfr. BARBOSA MOREIRA. 1988, página 7.

2. As “conquistas” do Processo Civil: transformando o saber prático em saber científico.

Nossa proposta aqui não é recontar a história, tantas vezes repetida, de como a doutrina do processo civil logrou soltar-se das amarras conceituais que a prendiam ao direito material, desenvolvendo institutos e conceitos que lhes eram próprios. Tencionamos num primeiro momento descortinar as dispersas simbologias e bases conceituais da chamada “conquista da autonomia” do processo, pois entendemos que esses elementos são importantes na compreensão dos discursos atuais do processo civil, que são o principal objeto de nossa tese.²⁰² A hipótese ora sugerida é a de que o paradigma “científico” do processo civil, desde a sua ruptura epistemológica do direito privado, passando pelas contribuições *conceitualistas* dos processualistas do final do Século XIX, e culminando com a atual fase *instrumentalista*,²⁰³ desembocou numa forma de ver, ensinar e atuar no processo, que tem relevantes consequências disciplinares (sobretudo no plano epistemológico da legitimação da jurisdição) e, por essa razão, interessam à nossa tese.

O que os autores de *teoria geral do processo* ensinam é que até meados do Século XIX, o processo civil era visto como mero apêndice do direito civil,²⁰⁴ denominando-se *direito adjetivo*.²⁰⁵ Existia basicamente para dar cumprimento aos direitos

²⁰² Fazemos isso atentos à advertência de Michel Foucault sobre os modos de se proceder à *arqueologia de um saber*: “É preciso questionar essas sínteses todas prontas, esses agrupamentos que ordinariamente admitimos antes de qualquer exame, essas ligações cuja validade é reconhecida desde o início do jogo; é preciso revelar essas formas e essas formas obscuras pelas quais temos o hábito de ligar os discursos dos homens entre eles; é preciso expulsá-las das sombras onde elas reinam. E antes de fazê-las valer espontaneamente, aceitar que estamos lidando, em atenção ao método e em primeira instância, a uma população de eventos dispersos.” Cfr. FOUCAULT. 2008, página 34, traduzimos.

²⁰³ As chamadas fases da “evolução científica” do processo civil são costumeiramente apresentadas como “resultado de paciente evolução desenvolvida a partir de um longo e estagnário período no qual o sistema processual era encarado como mero capítulo do direito privado, sem autonomia. Ele passou por uma riquíssima fase de descoberta de conceitos e construção de estruturas bem ordenadas, mas ainda sem a consciência de um comprometimento com a necessidade de direcionar o processo a resultados substancialmente justos. Só em tempos muito recentes, a partir de meados do Século XX, começou a despontar a perspectiva teleológica do processo, superado o tecnicismo reinante por um século. Falamos então no período de *sincretismo*, no período *autonomista ou conceitual* e, finalmente, no período *teleológico* ou *instrumentalista*.” Cfr. DINAMARCO, 2003 página 254.

²⁰⁴ Ver, neste sentido, a respeito da visão do influente civilista alemão Rudolf Von Ihering sobre o papel do processo, TUCCI. 1992, página 285.

²⁰⁵ Essa alcunha ainda hoje é tida como ofensiva pelos mestres da disciplina. Um deles é Cândido Rangel Dinamarco: “O direito processual despertou como ciência na segunda metade do século XIX, a partir de quando pôde ser definido seu *objeto* específico e estabelecido seu *método* próprio. Até então era havido e tratado como mero apêndice do direito privado e chamado *direito adjetivo* porque não lhe atribuíam os juristas o predicado da *autonomia*: o adjetivo não tem vida própria e não passa de uma qualidade do substantivo, sempre dependente da existência deste para que possa existir. O processo, naquela visão

previstos no ordenamento dito material, na linha do que previa o artigo 75 do Código Civil de 1916, segundo o qual “a todo direito corresponde uma ação, que o assegura.”²⁰⁶ Um movimento de *tomada de consciência* teria levado os estudiosos do processo a se darem conta que a disciplina teria outros escopos mais importantes, ligados à própria atividade política do Estado de Direito, cujos dogmas começavam a tomar corpo na esteira dos valores e conceitos liberal-burgueses.²⁰⁷

Conquanto não tenha sido propriamente o iniciador desse novo modo de estudar e apresentar os fenômenos processuais,²⁰⁸ os louros da fundação da *ciência do processo* são quase unanimemente atribuídos ao jurista alemão Oskar von Bulow (1837-1907),²⁰⁹ cujo passo tido por mais relevante foi justamente o de decretar a separação absoluta entre os fenômenos do processo daqueles relacionados ao direito material.²¹⁰

sincrética, não passaria de mero modo de exercício de direitos.” Cfr. DINAMARCO, 2003 página 50. Os termos usados para descrever a chamada fase “pré-científica” do processo dão bem o tom do desprezo que a doutrina processual tem por esta época: fala-se nos manuais de processo civil em *fase sincrética*, o que remete a *amalgama*, *fusão* de elementos antagônicos que, em nossa opinião, demonstra bem o quanto soa inapropriada aos processualistas essa mistura de disciplinas.

²⁰⁶ A doutrina tradicional costuma definir o direito “substancial” como sendo “constituído por um conjunto de normas destinadas a regular os conflitos de interesses, de natureza individual ou coletiva, determinando qual deve prevalecer,” enquanto que o direito “processual” seria “formado por regras cuja finalidade é garantir a atuação da norma substancial, mesmo quando o destinatário não o faça espontaneamente.” Cfr. BEDAQUE. 2011, página 14. Ainda segundo o autor retro, “direito processual é, em outras palavras, a regulamentação do método de trabalho adotado pelo legislador, cuja observância é necessária à eliminação, pelo juiz, das controvérsias surgidas no plano do direito material.” Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

²⁰⁷ Não se pode esquecer – por mais que os processualistas insistam em se distanciar desses matizes – que o modelo processual “científico” nasceu dos pilares do Estado de Direito individualista, e até hoje essas raízes estão ainda muito presentes. Para alguns, “quando se afirma que o surgimento do processo como “ciência” no século XIX decorreu da influência de todo um conjunto cultural que grassava naquele tempo, desce-se às suas raízes, vai-se ao encontro do que lhe prendeu e amarrou ao sistema e por onde seus tentáculos expandiram-se. A sociedade liberal, afinada com o primeiro modelo de Estado, também de cariz liberal, reivindicava um modelo de processo que legitimasse a ordem econômica vigente e as liberdades individuais.” Cfr. SALDANHA. ESPÍNDOLA. e MACHADO. 2009, página 338.

²⁰⁸ José Rogério Cruz e Tucci obtempera que “os alicerces da ciência processual, como recentemente se afirmou, foram erigidos, mesmo antes da importante contribuição de Oskar von Bülow, pelo “tesoro della scienza tedesca dell'Ottocento”, nas obras de Grolman, Gonner e Almendingen, ao ser elaborada uma “teoria geral do procedimento” com a enunciação de *Prozessmaximen*. Todavia, nessa época, ninguém, na Alemanha, como em nenhuma outra parte do mundo, pensava em estudar o processo como instituição separada da ação, da citação e da defesa (consideradas integrantes do direito civil).” Cfr. TUCCI. 1992, página 285.

²⁰⁹ Nesse sentido, entre tantas, as opiniões de José Rogério Cruz e Tucci (“Na verdade, foi somente com Planck e, mais tarde, com Windscheid, é que a *actio* e outros institutos a ela jungidos passam a ser examinados sob um prisma processual, culminando com a obra de Bülow - reconhecidamente o mais importante processualista do século passado – na qual, após sobrelevar as fronteiras que separam o direito material do direito processual, vem concebido o processo como relação jurídica, de natureza pública, Autônoma e triangular. É a partir desse momento, aliás, que se abrem os caminhos para o estudo do processo como ciência.” Cfr. *idem, ibidem*, página 285) e Miguel Teixeira de Sousa (“A investigação histórica sobre os pressupostos processuais conduz à análise da construção pioneira de Bülow, o qual, numa obra que marca o nascimento da ciência processual, definiu, na seqüência da concepção do processo como uma relação jurídica de direito público entre as partes e o Tribunal, esses designados pressupostos processuais

Não apenas não pertence o processo ao direito civil, como sequer poderia ser considerada como relação jurídica de *direito privado*: o direito processual civil, dentro da clássica dicotomia *direito público/direito privado*, existente desde a antiguidade romana e renovada pela ideologia burguesa novecentista,²¹¹ é inserido no patamar dos direitos *públicos*, cujo descumprimento seria nocivo a toda a coletividade. De fato, a tal *autonomia disciplinar do processo* deve-se em boa parte ao acolhimento em nível acadêmico da tese de que a *relação jurídica processual* não se restringiria às partes em litígio: Bulow,²¹² assim como os processualistas que seguiram os seus postulados, firmaram posição no sentido de que o processo encerra uma relação de direito público *com* o Estado, e não simplesmente um enfrentamento ritualizado entre dois particulares *perante* o Estado.²¹³ A distinção, que realça ainda mais o rompimento com as fenomenologias do direito civil – direito *privado* por excelência –, inaugura uma nova visão do processo, porque permite a inserção da figura do ente estatal no âmbito de um ambiente que até então era visto como eminentemente privatista. Para sermos mais precisos, no esquema *publicista* do processo, o Estado, representado na figura do juiz, é o principal protagonista, pois assume as rédeas da disputa, e é chamado não apenas dirimir as dúvidas jurídicas mas, *substituindo* a vontade das partes, *impor* um *idealizado querer* do soberano. Uma conceituação da relação jurídica processual que traz como consequência a *transferência* do epicentro da disputa, de forma que, quando os particulares ingressam no judiciário para buscar uma solução ao seu litígio, perdem o domínio sobre os seus aspectos fático-jurídicos, que são transferido ao Estado-

(*Processvoraussetzungen*) como os elementos constitutivos daquela relação processual.” Cfr. SOUSA. 1991, página 64.)

²¹⁰ Cândido Rangel Dinamarco ensina o seguinte: “*Chegou-se à idéia do direito processual como ciência, mediante um iter de desligamento das matrizes conceituais e funcionais antes situadas no direito material e cuja inadequação somente principiou a ser sentida conscientemente a partir da metade do século passado.*” Cfr. DINAMARCO. 2009, página 17.

²¹¹ Cfr. BOBBIO. 2001, página 22.

²¹² A descrição do caráter público do processo é provavelmente a marca mais lembrada de Bulow quanto ao fundamento da ciência processual. De acordo com Marcelo Batlouni Mendroni, “pode-se concluir que o mérito da teoria de Bülow consiste em haver explicado a natureza pública do processo, ter distinguido com clareza procedimento e processo, destacado o caráter tridimensional do mesmo, especialmente o princípio de contradição. Muitos atribuem à teoria de Bülow marca o início da era do *processualismo científico*.” Cfr. MENDRONI. 2005, página 291.

²¹³ “Podem ser de direito público ou privado as normas que regem a situação concreta em julgamento, ou seja, as que regem o conflito,” escreve Cândido Rangel Dinamarco, “mas as *processuais*, que comandam a realização dos atos do juiz, dos litigantes e dos auxiliares daquele no processo, essas são invariavelmente de direito público.” E continua o processualista: “Ser de direito público significa que as normas processuais não disciplinam negócios ou *interesses conflitantes* entre o Estado e as partes, mas o modo como o *poder* é exercido. O Estado-juiz não persegue concretos interesses seus em confronto com o dos litigantes, nem se põe no mesmo plano que eles no processo. Exerce imperativamente o poder, tendo por contraposição o estado de *sujeição* dos litigantes (sujeição é a impossibilidade de impedir o exercício do poder por outrem). Falando de *poder* e de *sujeição ao seu exercício*, estamos falando de direito público.” Cfr. DINAMARCO, 2003. página 49.

juiz. A ele caberá dar-lhes as qualificações que entender cabíveis, dentro de seu escopo de fazer valer (*tornar efetivo*) os direitos por ele mesmo positivados.²¹⁴

Essa *transformação* dos paradigmas do processo civil não é unicamente tributada aos doutrinadores alemães: conta-se que a nova forma de descrever e ensinar os fenômenos processuais floresceu também na Itália, até hoje tida como um dos polos dominantes de desenvolvimento da “ciência” processual. Quando se fala no rompimento da doutrina processual italiana com as tradições exegéticas, invoca-se usualmente o nome de Giuseppe Chiovenda (1872-1937), que teria sido o responsável por introduzir as tais premissas *científicas* desenvolvidas na Alemanha na *Península do Lacio*. Seguidor dos ideais da doutrina germânica,²¹⁵ Chiovenda descrevia a relação jurídica processual em termos de *autonomia, complexidade e publicidade*.²¹⁶

Por sua vez, atribui-se a Francesco Carnelutti (1879-1965), discípulo de Chiovenda, o mérito de ter organizado, tipificado e estabelecido uma série de conceitos, distribuídos em termos de um *sistema de direito processual*, cujo centro era a *lide*, elemento que adquiriu novas feições no âmbito processual a partir de sua obra.²¹⁷ Sustentava, ainda, que o processo é um *complexo de relações jurídicas* que engloba tanto os sujeitos da tutela quanto aqueles que devem prestá-la, encerrando uma amálgama de direitos e obrigações que não se limitam ao conflito que originalmente lhe deu origem. De acordo com a concepção *carneluttiana*, *processo* e *litígio* seriam elementos distintos, que poderiam ou não se interligar. Carnelutti, que também escreveu obras no campo da filosofia do direito, foi um dos grandes impulsionadores da *virada conceitualista* do processo civil, porque era extremamente preocupado com questões classificatórias.²¹⁸ Ao

²¹⁴ Lembremos o brocardo *dá-me o fato que eu lhe darei o direito*, bem como o criticado princípio da *livre apreciação das provas* previsto no art. 131 do CPC: por mais que dependa da iniciativa das partes, temos que o ato de sentenciar é unipessoal e do magistrado. Voltaremos a este tema adiante.

²¹⁵ Consta que Chiovenda se defrontava com o dilema de “seguir a então clássica escola italiana, de Mattiolo e Mortara, na tendência exegética ou desviar sua atenção para a até então fechada escola científica Alemã,” tendo ele se decidido “pela escola alemã, o que acarretou no fato de que muitos compatriotas o chamassem de traidor e/ou copiadador do trabalho alemão.” Cfr. MENDRONI. 2005, página 291.

²¹⁶ Ainda segundo Marcelo Baltouni Mendroni, para Chiovenda a relação jurídica processual seria “uma relação jurídica autônoma e complexa que pertence ao direito público: 1 – Autônoma, enquanto tem vida e condições próprias, independente da ação que se faz valer no processo; 2 – Complexa, enquanto não compreende um só direito, como sucede com muitas relações de direito civil, mas todos estes direitos coordenados a uma finalidade comum que abrange em unidade todos os atos processuais; e 3 – Pública, porque deriva-se de normas que regulam uma atividade de tal caráter – público.” Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

²¹⁷ Como ensina Cândido Rangel Dinamarco, Francesco Carnelutti teria sido o “criador da teoria da *lide como centro do sistema processual*,” uma “proposta metodológica” que deixou “em planos inferiores o estudo da ação e de suas condições, que ocupam lugar de astros de primeira grandeza na constelação de institutos processuais descrita pelos estudiosos de seu tempo.” Cfr. DINAMARCO, 2003, página 262.

²¹⁸ De um trecho de sua extensa bibliografia extraímos o excerto abaixo, onde as nossas impressões são confirmadas: “Em qualquer setor de minha obra, o valor da classificação é manifesto ao menos no sentido de

assim proceder, criou um arcabouço enorme de conceitos que serviram de base para a tão aclamada *sistematização* do direito processual civil,²¹⁹ lastreados em definições colhidas de suas digressões que, a rigor, eram puramente dogmáticas.²²⁰

No que nos interessa do relato dessa *epopéia doutrinária*, temos que a autonomia do processo em relação ao direito civil possibilitou o desenvolvimento de uma disciplina fundada em alicerces conceituais que lhes eram próprios, e que não guardavam dependência alguma com os institutos constantes do ordenamento material. Por meio desse movimento de *ruptura*, passou-se a conceituar a *ação* como um direito dotado de vida própria e independente dos direitos aos quais ela, uma vez ajuizada, deveria dar suporte ou possibilitar o cumprimento, expandindo significativamente a sua *fenomenologia*.²²¹ Assim, para exercer a *actio*, seria sem dúvida necessário deter algum direito a defender, mas os desenlaces desse exercício são totalmente independentes dos bens jurídicos que se pretende tutelar judicialmente. Inclusive, para se ter uma boa ideia do grau de autonomia da disciplina, refletida na conceituação da jurisdição, diz-se que o processo não tutela *direitos*, mas *pessoas*²²² e, nesse contexto, o leque de desdobramentos possíveis no campo do

que dei alguns passos adiante, construídos por uma classificação mais completa e precisa ou, no mínimo, menos incompleta e imprecisa, do objeto de nossa ciência.” Cfr. CARNELUTTI. 2000, página 58.

²¹⁹ Narra Marcelo Mendroni que “Carnelutti que a princípio, a exemplo de Calamandrei e Liebman foi discípulo de Chiovenda, posteriormente revolucionou por completo a dogmática, o sistema e a terminologia processual, arrebanhando um número incrível de conceitos para explicar os fenômenos da disciplina processual, perfeccionadas mais tarde na obra *Sistema de Diritto processuale civile*, condensadas e acomodadas ao novo Código e nos *Istituzioni*, conjugadas com a obra *Lezioni*, concernentes ao processo penal.” Cfr. MENDRONI. 2005, página 291.

²²⁰ A abstração de seus conceitos era tamanha que ele se viu forçado a se defender da crítica dos *pragmáticos*, que não viam em seus enunciados qualquer aplicabilidade num ambiente que, por sua natureza, demandava soluções práticas. O *enciclopédico* Carnelutti, em resposta, escreveu que mesmo os conceitos que “por serem frutos de um labor mais intenso de abstração, parecem mais distantes da prática,” eram de fundamental importância, formulando ainda a seguinte provocação: “Quanto serão os práticos aos quais não lhes pareça que, por exemplo, a distinção entre o *direito subjetivo* e a *potestade*, ou o *negócio jurídico simulado* e o *negócio indireto*, ou a *proposição* e a *notificação da demanda judicial* são sutilezas conceituais pelas quais os teóricos são mais ou menos abertamente desprezados? E, sem embargo, nem o legislador nem o juiz se atrevem a resolver problemas práticos de suma importância (por exemplo, o da possibilidade de delegar um ato constitutivo de pátrio poder, ou o do tratamento da associação de comodato ou o das consequências da nulidade da citação) se a ciência não lhes proveu desses instrumentos para trabalhar.” Cfr. CARNELUTTI. 2000, página 75.

²²¹ Ainda segundo Cândido Rangel Dinamarco, o período sincrético começou a ruir quando “questionou-se o tradicional conceito civilista de ação e afirmou-se a sua grande diferença, seja no plano conceitual ou funcional, em face da *actio* romana: ela não é (como esta) instituto de direito material, mas processual; não se dirige ao adversário, mas ao juiz; não tem por objeto o bem litigioso, mas a prestação jurisdicional.” Cfr. DINAMARCO, 2003, página 18.

²²² Novamente citamos Cândido Rangel Dinamarco, que obtempera que, “a tutela jurisdicional a dada às pessoas, não aos direitos, e somente àquele sujeito que tiver razão: a tutela dos direitos não é o escopo da jurisdição nem do sistema processual; constitui grave erro de perspectiva a crença de que o sistema grave em torno da ação ou dos direitos subjetivos materiais.” Cfr. *idem, ibidem*, página 180.

desenvolvimento de relações jurídicas é tão ou mais amplo do que permitiria supor o próprio direito material que se viu violado, ou que se intentou proteger.

No plano epistemológico, foi essa liberdade em relação aos direitos materiais que permitiu ao processualista formular e descrever os componentes próprios da ciência processual desvinculados de quaisquer outros institutos, principalmente os civis. Assim ocorreu, por exemplo, com o regime das *nulidades dos atos*, com a *disciplina da prova* e, principalmente, com os *pressupostos de constituição válida do processo*. O rompimento epistemológico correspondeu a um verdadeiro *big bang* para a teoria processual, dando azo ao desenvolvimento de tratados que se autodescreveram como científicos, na medida em que permitiam analisar os fenômenos do processo sob o prisma de acontecimentos singularizados, ao invés de relacionados – dependentes – à concretização de direitos previstos em outras disciplinas jurídicas.²²³ Essa imagem encontra-se em consonância também com o modo de pensar racionalista, pois permitia ao processo ser visto como um sistema fechado, estanque, que se justificava por seus próprios fundamentos (pretensamente *científicos*).²²⁴ Assim é que o *saber* do processo, que até então se restringia à metodologia adotada para *por em prática* os direitos civis violados, tornar-se-ia um *saber científico* autônomo, fazendo brotar institutos, vocabulário e procedimentos peculiares.²²⁵

Para dar o testemunho da importância desse momento de cisão para a doutrina processual, observemos como ela se manifesta a seu respeito: ainda hoje se ensina que, até esta cisão, os “conhecimentos eram puramente empíricos, sem qualquer consciência de

²²³ Nesta senda, diz-se que existem “vocábulos e locuções que só têm sentido e cujo surgimento só foi possível a partir do momento em que surgiram os institutos ou fenômenos que eles designam – ou em que se conscientizaram os juristas de sua existência. Falar em *condições da ação*, em *competência funcional*, em *competência absoluta*, em *relação jurídica processual*, em *acesso à justiça* só foi necessário quando o processualista tomou consciência dos objetos assim designados.” Cfr. DINAMARCO. 2002, página 137. Ainda do mesmo autor, mas em outra obra, temos que “com a descoberta da autonomia da ação e do processo, institutos que tradicionalmente ocupavam com exclusividade a primeira linha das investigações dos processualistas, pôde ser proposta desde logo a renovação dos estudos de direito processual, surgindo ele como ciência em si mesma, dotada de objeto próprio e então esboçada a definição de seu próprio método.” Cfr. *A Instrumentalidade do Processo*. 2009. página 19.

²²⁴ Nesse sentido, a respeito do direito em geral e, depois, especificamente da *ciência* processual, lê-se que “o processo passou a ser a expressão do sistema racionalista na medida em que passou a ser visto como um sistema lógico fechado a ser estudado pela dogmática jurídica.” Cfr. GOMES NETO. E NOGUEIRA. 2008, página 325.

²²⁵ A doutrina costuma definir o caráter científico do processualismo nas seguintes bases: “a) A independência do direito processual frente ao direito material; b) Os conceitos primordiais da disciplina: ação, jurisdição, processo, atuação das partes etc.; c) A superação do método expositivo, pela substituição da exegese pelo sistema; d) O estudo da matéria processual se faz de forma distinta: Enquanto os procedimentalistas estudam o maior ou menor valor da Justiça e a função judicial do processo, ou simplesmente da descrição das instituições processuais; os processualistas a “teoria do direito processual”, inclusive sobre o procedimento, e rompem as suas amarras em relação à prática forense, passando do estudo empírico ao científico.” Cfr. MENDRONI. 2005, página 291.

princípios, sem conceitos próprios e sem a definição de um *método*,” e o processo era confundido com o *reles procedimento*, pois “era visto apenas em sua realidade física exterior e perceptível aos sentidos,” desprezando-se o seu jaez de “*relação jurídica* que existe entre seus sujeitos (relação jurídica processual).”²²⁶ Sem a *fratura* autonomista, a doutrina processual não teria nada, portanto, de *científica*, sendo ainda hoje comum encontramos doutrinadores defendendo essa independência, em prol da preservação da *pureza* dos institutos processuais.²²⁷ Mesmo entre aqueles que sustentam a mitigação do distanciamento entre direito e processo, há uma barreira intransponível consubstanciada no paradigma da *autonomia da ciência processual*.²²⁸

Ou seja, o *objeto* da ciência processual não é mais, não depois da guinada denominada *conceitualista* que pôs fim à fase *sincrética*, a realização do direito material que as partes buscam e que lhe seriam *inerentes*,²²⁹ mas os fenômenos próprios ao processo, concentrados nas categorias de *ação, jurisdição, defesa e processo*.²³⁰ São esses os institutos que a partir de então compõem a *epísteme* do processo, e é sobre eles que se concentram os estudos dos processualistas.²³¹

Quanto às consequências para a atividade judicial, essa expressão da fenomenologia processualística, ao se julgar depreendida por completo do direito material,

²²⁶ Cfr. DINAMARCO, 2003., página 255.

²²⁷ Nesse sentido, vejamos a lição de Taline Dias Maciel, para quem “tanto mais autônoma será uma ciência quanto mais dispuser de princípios, conceitos e terminologia próprios, adequados à sua inteira compreensão.” Vale dizer, “é de todo conveniente, para o estudioso da ciência do processo, desatrelar-se do uso de conceitos e terminologias mais adequados à ciência do Direito Civil, até porque esta renitência é incoerente e contraditória, pois se com acerto proclama-se a autonomia e independência do Direito Processual em relação ao Direito Civil, para a definição de institutos próprios do processo vale-se de conceitos cuja compreensão já está arraigada na consciência dos juristas como pertencentes ao Direito Material.” Cfr. MACIEL. 1987, página 17.

²²⁸ É o caso de José Roberto dos Santos Bedaque, que em sua celebrada tese na qual defende a aproximação do direito substancial do processual, apesar de afirmar que “o reconhecimento da necessidade de os institutos processuais serem concebidos a partir do direito material resulta da inafastável coordenação entre tais ramos da ciência jurídica,” sustenta que se preservará a “autonomia do processo com a aceitação de se tratar de realidades que se referem a patamares dogmáticos diferentes.” Cfr. BEDAQUE. 2011, página 19.

²²⁹ Segundo Cândido Rangel Dinamarco, “essas novas ideias, a partir de então cultivadas, puseram fim ao período *sincrético* do direito processual, no qual se colocava a conceituação privatística da ação como algo *inerente* ao direito subjetivo material (daí, teoria *imanentista*) – *actio aliud non est quam jus quod sibi debeat in iudicio persequendi*.” Cfr. DINAMARCO. 2003, páginas 256/257.

²³⁰ Com efeito, afirma-se: “O objeto das normas de direito processual não são os bens da vida (cuja pertinência, uso, disponibilidade, etc. o direito privado rege) mas os próprios fenômenos que na vida do processo tem ocorrência, a saber: a *jurisdição*, a *ação*, a *defesa* e o *processo* (institutos fundamentais, ou categorias amplíssimas em que se contêm todos os demais institutos do direito processual).” Cfr. *idem*, *ibidem*, páginas 256/257.

²³¹ Dir-se-á que “uma visão moderna aponta como categorias centrais do sistema processual a *jurisdição* (poder estatal endereçado à pacificação de pessoas e grupos em casos de conflito jurídico), a *ação* (poder de provocar o exercício da jurisdição e influir em seu direcionamento), a *defesa* (contraposto negativo da ação, como poder de influir em sentido oposto) e o *processo* (modo de exercício da jurisdição pelo juiz, da ação pelo autor e da defesa pelo réu).” Cfr. *idem*, *ibidem*, página 50.

preludia que o importante no campo da jurisdição não será mais os direitos materiais em tese violados e postos em debate pelas partes: estes serão apenas o *pano de fundo*, o *palco* sobre o qual o agente do Estado encenará a sua atividade de tutelá-los nos limites definidos pela processualística. Como consequência desse desprendimento, os jurisdicionados levam ao conhecimento do Estado-juiz aquilo que creem ser os seus direitos, mas não têm quaisquer meios de controle sobre a forma como a relação jurídica será entendida pelo julgador. Ao ingressar na seara do processo, o objeto litigioso sob análise do Judiciário deixa de ser um *fato estático* e se torna um *de vir*, uma questão a ser futuramente solucionada, uma incógnita que somente poderá ser resolvida pelo ente estatal, a quem caberá dar a última palavra.²³²

De outra sorte, o viés tecnicista, a predileção pelas caprichosas definições, enfim, a exacerbação do conceitualismo, recheou a *praxis* processual de formalismos fetichistas; não o formalismo dos carimbos, requerimentos e repartições, mas aquele que impõe aos sujeitos atuantes no litígio o respeito a métodos e fórmulas de um preciosismo surreal,²³³ insistindo na prevalência de rituais pré-concebidos, mesmo que inúteis, inaplicáveis, ou simplesmente contrários ao bom senso.²³⁴ De fato, a própria doutrina atual reconhece que o custo da construção de “projetos arquitetônicos de impressionante majestade” foi o de “deixar-se aprisionar na teia das abstrações e perder o contato com a realidade cotidiana.”²³⁵ Os ensinamentos desses mestres europeus deram impulso ao desenvolvimento de um elaborado trabalho dogmático, do qual resultaram verdadeiros monumentos erguidos sob as bases de conceitos, institutos e teorias que nada deixavam a

²³² Sandra Regina Mancuso expõe bem este aspecto da obra de Bulow, aduzindo que o “o jurista alemão considera que se os direitos e obrigações processuais se dão entre funcionários do Estado e as partes, se as partes se vinculam e cooperam com a atividade judicial, essa relação pertence, com toda a evidência, ao direito público, e o processo é, portanto, uma relação jurídica pública. (...) Em 1899, na sua obra *Gestandnisrecht*, entendeu que os atos processuais não são autônomos, mas, ao contrário, estão ligados por um fim comum: a sentença.” Cfr. MANCUSO. 1992, página 56.

²³³ Nas palavras de José Roberto dos Santos Bedaque, “toda a construção científica desse ramo do direito deu-se na denominada fase autonomista, em que, devido à necessidade de afirmação da independência do direito processual, valorizou-se demasiadamente a técnica. Passou-se a conceber o instrumento pelo próprio instrumento, sem a necessária preocupação com seus objetivos, cuja identificação é feita à luz de elementos externos ao processo.” Cfr. BEDAQUE. 2011, página 18

²³⁴ Dalmo de Abreu Dallari, neste ensejo, não titubeia em relacionar as sobrecargas dos sistemas judiciais que até hoje emperram a máquina do judiciário à “discussões laterais sobre minúcias processuais;” segundo ele, “os Tribunais, de modo geral, dão excessiva atenção às questões processuais, alongando-se freqüentemente no debate de teses acadêmicas sobre processo, mesmo quando isso é evidentemente desnecessário para a solução das dúvidas e divergências sobre direitos que levaram as partes a pedir a intervenção do Judiciário.” Cfr. DALLARI. 2010. página 105.

²³⁵ Cfr. BARBOSA MOREIRA. 1983, página 199. Complementa ainda o autor vertente que a “fascinante sutileza de certas elaborações parecia ter contrapartida menos admirável no ocasional esquecimento de que nem tudo devia resumir-se num exercício intelectual realizado sob o signo da “arte pela arte” - ou, se se preferir, da “ciência pela ciência.”” Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

desejar (por vezes superaram) ao grau de tecnicismo em relação a outras disciplinas jurídicas que já eram, muitos séculos antes, objeto de dedicado labor semântico.²³⁶ A hierarquização dos seus enunciados, *elitizando o saber* dos juristas sob os auspícios da *estilística científica*, a despeito de um certo pedantismo meio extravagante, ainda hoje serve para medir o “grau de desenvolvimento” da *ciência processual*.²³⁷

Retomando um pouco as impressões apresentadas no item anterior, temos que essa *visão dita científica* do direito processual, erguida a base de conceitos e formulações extraídas de complexas abstrações dogmáticas, exerceu sobre determinados processualistas um irresistível poder de sedução: para que seja reputado legítimo, qualquer enunciado no campo da doutrina processual deve necessariamente aderir a esses pressupostos metodológicos, sob pena de soar inadequado, ultrapassado, ou simplesmente equivocado.²³⁸ Outrossim, a recorrência com a qual nos deparamos com tal forma de *hierarquização estilística de conceitos* é suficiente para que identifiquemos aqui um *discurso*,²³⁹ que chamaremos de *discurso da supremacia do saber científico processual*.

Anote-se, por outro lado, que a despeito de sua aparente afinidade com o *bacharelismo*,²⁴⁰ entendido como “predominância de bacharéis na vida política e cultural do país,”²⁴¹ o *cientificismo* do processo não prevaleceu nos cursos jurídicos brasileiros sem alguma dificuldade. Com efeito, a academia brasileira, embora não desconhecêsse esta

²³⁶ Novamente segundo José Carlos Barbosa Moreira, a “fervorosa aplicação com que a doutrina processual, a partir da segunda metade do século passado, se lançou à tarefa de elaboração dogmática (...) produziu resultados de manifesta imponência. Esse ramo da ciência jurídica viu-se dotado de uma estrutura conceptual e sistemática de modo nenhum inferior, em coesão lógica e refinamento, a outras que contavam, por trás de si, com o trabalho acumulado e ininterrupto de séculos.” Cfr. BARBOSA MOREIRA. 1988, página 7.

²³⁷ Assim é que Cândido Rangel Dinamarco obtempera: “Mede-se o grau de desenvolvimento de uma ciência pelo refinamento maior ou menor de seu vocabulário específico. Onde os conceitos estão mal definidos, os fenômenos ainda confusos e insatisfatoriamente isolados sem inclusão em uma estrutura, onde o método não chegou ainda a tornar-se claro ao estudioso de determinada ciência, é natural que ali também seja pobre a linguagem e as palavras se usem sem grande precisão técnica.” Cfr. DINAMARCO. 2002. páginas 136 e 137.

²³⁸ Ainda citando Cândido Rangel Dinamarco, para quem: “a linguagem é, pois, expressão de uma cultura, servindo não só para medir o grau de civilização que através dela se expressa, mas também para chegar-se a o conhecimento de peculiaridades de determinada civilização.” Cfr. *idem, ibidem*, página 138.

²³⁹ Segundo Foucault, “Uma formação discursiva será individualizada se pudermos definir o sistema de formação das diferentes estratégias que se desenvolvem; em outros termos, se podemos mostrar como elas derivam todas (apesar de sua diversidade por vezes extrema, apesar de sua dispersão no tempo) de um mesmo jogo de relações.” Cfr. FOUCAULT. 2008, página 94, traduzimos.

²⁴⁰ *Bacharelismo* é diferente de *cientificismo*: o primeiro é autoridade baseada no *status* do diploma (capital simbólico de posição na sociedade), o segundo no fato de ter supostamente alcançado um grau superior de saber, o saber científico (capital simbólico discursivo).

²⁴¹ Cfr. KOZIMA. 2008. páginas 378 e 379. Ainda segundo este autor, “diversamente do que se poderia depreender sem mais aquelas, não se trata de invenção tupiniquim. Historicamente, é uma espécie de fenômeno político social que, entre nós, deita raízes em Portugal, tendo sido significativa a participação de juristas nos Conselhos da Coroa desde os primeiros passos da estruturação do Estado português.” Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

“evolução científica” entabulada no processo civil europeu, não lhe prestou devoção de imediato. O processo civil – a exemplo das demais disciplinas jurídicas – ensinado e praticado no Brasil até quase metade do Século XX era profundamente ligado às origens lusas,²⁴² e indiferente a essa *virada conceitualista*. Exerciam também importante influência os jus-pensadores romanistas e os civilistas franceses, que viam o processo civil como fenômeno intrinsecamente ligado e dependente do direito material (perspectiva *sincrética*).²⁴³ Diferentemente do que pregavam os discípulos de Bulow e Carnelutti, o direito de ação era então visto sob um prisma essencialmente privatista, na linha do pensamento liberal-individualista clássico, segundo o qual a cada um caberia adotar as medidas cabíveis para defesa de seus direitos, vedando-se ao Estado qualquer intervenção.²⁴⁴

Porém, ainda que a visão individualista da jurisdição não tenha sido totalmente afastada,²⁴⁵ fato é que o processo civil brasileiro deixou de ser ensinado e pensado sob essa perspectiva *privatista*, em prol de uma concepção cada vez mais *publicística* da relação jurídica processual, em linha com as proposições *autonomistas*. O que se ensina é que essa mudança se deveu ao surgimento e prevalência de uma vertente acadêmica na doutrina processual brasileira, identificada e batizada de *Escola Processual de São Paulo*, responsável pela *tropicalização* da dogmática *cientificista*. Outrossim, o enraizamento do *discurso da supremacia do saber científico processual* está intrinsecamente relacionado ao

²⁴² Nesse sentido, aponta José Carlos Barbosa Moreira que a “comunidade” entre a história do direito português e brasileiro “prolongou-se para além da separação: tornando-se independente em 1822, conservaria o Brasil, por tempo mais ou menos considerável, o ordenamento lusitano. (...) A ciência do Direito Processual, em Portugal e no Brasil, demorou a abrir-se a influxos externos - feita abstração daquele que constantemente exerceram, sobre a doutrina brasileira, os autores portugueses antigos.” Cfr. BARBOSA MOREIRA. 1989, página 100. Na mesma linha, Cândido Rangel Dinamarco, segundo o qual seria “inegável a preponderância da influência dos antigos processualistas portugueses nas pesquisas dos nossos autores. Sob a influência desses autores, como também sob a dos estudiosos italianos pré-chiovendianos, se entende que os processualistas brasileiros tenham caminhado da praxis até a dogmática, sem passar através do método verdadeiramente científico, que já se tinha imposto na doutrina européia.” Cfr. DINAMARCO. 1982, página 27.

²⁴³ A esse respeito, e com indisfarçável tom de desprezo, Cândido Rangel Dinamarco observa que: “tardou muito até que os estudiosos do direito processual no Brasil captassem as lições e inovações lançadas com tanta força nas obras dos processualistas germânicos e italianos que a partir da metade do Século XIX construíram os pilares dessa nova ciência.” Cfr. DINAMARCO, 2003. página 267.

²⁴⁴ Assim narra Cândido Rangel Dinamarco: “A íntima ligação do direito brasileiro ao lusitano e ao pensamento dos autores portugueses de então e do passado mais remoto levava o processualista brasileiro a encarar o sistema processual pelo prisma da ação, vendo nesta uma emanção do direito subjetivo lesado e tratando-a, segundo os padrões do direito romano clássico, como um meio de exercício dos direitos. (...) E essa era a visão do mais conceituado dos monografistas portugueses do passado, Corrêa Telles, que no século XIX escrevera seu famoso Tratado das ações a partir dessa óptica privatística que passava pelo falso dogma da tipicidade das ações e desaguava na dependência desta ao direito material.” Cfr. DINAMARCO. 2005, página 259.

²⁴⁵ Lembremos do princípio dispositivo, que veda ao juiz apreciar questões não suscitadas pelas partes (CPC, arts. 2º, 293 e 459)

êxito deste ramo doutrinário em se impor como dominante na processualística brasileira, e isto não apenas nos centros de produção acadêmica, como veremos.

3. Fundação da *Escola Processual de São Paulo*.

Os processualistas adeptos da corrente *cientificista* aduzem que, ainda que bem desenvolvidas nas Faculdades de Direito do Brasil, faltava às Cátedras dedicadas ao ensino do *Processo Civil*, “atualização metodológica,”²⁴⁶ porquanto não ostentariam os doutrinadores “uma unidade de pensamento e de rumos, mercê principalmente da escassa inserção da doutrina brasileira nas conquistas que em terras europeias já caminhavam em ritmo acelerado.”²⁴⁷ Ademais, atribuem a inserção da *visão científica* sobre os fenômenos processuais no Brasil à chegada do Professor Enrico Tullio Liebman (1903-1986), refugiado no Brasil por força das perseguições sofridas na Itália fascista.

Essa assertiva soa-nos, entretanto, incorreta: por mais que se festejem as lições de Liebman como a via pela qual a *ciência processual* desembarcou na academia processual brasileira, nossas pesquisas apontaram para outros matizes, anteriores à chegada do mestre ao Brasil. De fato, o *cientificismo* e *publicismo* do processo puderam ser percebidos antes da chegada do *messias italiano*, já sendo sentidas nas bases ideológicas que produziram o Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-lei 1608/39), promulgado para substituir a legislação esparsa pertinente ao tema, além do próprio Regulamento 737, promulgado em 1850 e voltado “a ordem no Processo Comercial.” A *Exposição de Motivos*, da lavra do Ministro Francisco Campos dá bem o tom da forma *cientificista* de interpretar o exercício da jurisdição, voltada doravante para uma postura mais ativa do Estado-Juiz em relação aos processos, ainda que eles discutissem direitos em princípio privados.

Tal perspectiva mais publicística, inspirada largamente na ideologia autoritária difundida no *Estado-novo* getulista, pode ser lida nas entrelinhas de afirmações constantes da citada *Exposição de Motivos*, como a de que à “concepção duelística do processo

²⁴⁶ Cfr. DINAMARCO. 1982, página 27. E prossegue o autor: “Nossos velhos processualistas não chegaram a sofrer influência da nova ciência do processo, nascida com a obra de Bülow, e levada adiante pelos trabalhos de Wach, Hellwig e Chiovenda. Já em 1940, quando um dos mais importantes dos novos processualistas, compareceu diante de uma comissão de concurso à Livre-docência, um dos examinadores fez a irônica observação de que o jovem examinando tinha embarcado no carrossel carneluttiano... e em 1946, a um outro candidato de valor, que havia citado doutrina estrangeira, se disse que sua tese se apoiava em autores ainda não liberados pela alfândega.” Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

²⁴⁷ Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

haveria de substituir-se a concepção autoritária do processo,” de que o processo deveria ser visto como “instrumento de investigação da verdade e de distribuição da justiça,” ou ainda que o Estatuto que se promulgava gozava dos “benefícios que trouxe ao moderno direito processual a chamada concepção publicística do processo.”²⁴⁸ As fontes para tal orientação, além da própria *ideologia autoritária* que vigorava então, são comumente relacionadas às legislações processuais que se promulgavam em meio à ascensão político-ideológica nazifascista.²⁴⁹ A dita “evolução da ciência processual europeia” também serviu como meio de repudiar a proliferação de Estatutos Processuais Estaduais, ocorrida na Primeira República, contrariando o espírito centralizador do *Estado-novo*. Neste ensejo, Francisco Campos alertava que “a própria ciência do processo (...), exigia que se atualizasse o confuso e obsoleto corpo de normas que, variando de Estado para Estado, regia a aplicação da lei entre nós.”²⁵⁰

Nada obstante, a despeito de se vislumbrarem alguns traços de influência da doutrina de Chiovenda – especialmente no que respeita à concepção publicística do processo (que lhe valeu uma tácita citação na *Exposição de Motivos*²⁵¹) e pela adoção do princípio da *oralidade processual*²⁵² –, bem como da legislação alemã,²⁵³ o Código de

²⁴⁸ Cfr. CAMPOS. 1939. páginas 1 e 3.

²⁴⁹ A propósito do CPC/39, escreveu José Carlos Barbosa Moreira que as ideais da lei processual alemã estariam “umbilicalmente ligadas à ideologia nacional-socialista: basta ver que, ainda quando levadas a cabo sob o Terceiro *Reich* as reformas que as puseram em prática, na verdade se tratava, não raro, de propostas oriundas de épocas anteriores - inclusive no tocante a tópicos aparentemente relacionados com um reforço do princípio da autoridade, como é o caso da atribuição de papel mais ativo ao juiz, ou do correlato abrandamento de algumas das diretrizes tradicionalmente vinculadas ao “princípio dispositivo” (*Verhandlungsmaxime*).” Cfr. BARBOSA MOREIRA. 1989, página 100.

²⁵⁰ Cfr. CAMPOS. 1939, página 1. No mesmo excerto da *Exposição de Motivos*, o Ministro varguista alardeava que “o atraso em que se achavam as nossas leis judiciárias refletia-se sobre o trabalho dos estudiosos,” bem como que “enquanto por toda parte as construções teóricas mais sagazes, e por vezes mais ousadas, faziam da ciência do processo um campo de intensa renovação, a doutrina nacional retardava-se no repisar de praxes, fórmulas e máximas de que fugira o sentido e de que já não podíamos recolher a lição.” Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

²⁵¹ “Foi o mérito dessa doutrina,” assentou Francisco Campos, “a propósito da qual deve ser lembrado o nome de Giuseppe Chiovenda, o ter destacado com nitidez a finalidade do processo, que é a atuação da vontade da lei num caso determinado. Tal concepção nos dá, a um tempo, não só o caráter público do direito processual, como a verdadeira perspectiva sob que devemos considerar a cena judiciária em que avulta a figura do julgador.” Cfr. *idem, ibidem*, página 3.

²⁵² Cfr. DINAMARCO. 1982, página 27.

²⁵³ De acordo com José Carlos Barbosa Moreira: “No Brasil, o projeto do primeiro Código nacional deveu-se principalmente a Batista Martins, que não era versado no direito dos países germânicos, embora citasse disposições da ZPO alemã e da austríaca. (...) Não obstante, é possível discernir, em certos casos, influência tão decisiva, que faz suspeitar de algo semelhante a cópia pura e simples (...). A importação talvez se haja dado com base na tradução espanhola dessa codificação, citada com alguma freqüência por Batista Martins em sua obra de comentários ao diploma nacional - à semelhança, aliás, da tradução italiana da ZPO austríaca.” Cfr. BARBOSA MOREIRA. 1989, página 100. No mesmo sentido, Alfredo Buzaid, em relação à disciplina o processo de conhecimento daquela norma, elaborada “segundo os princípios modernos da ciência

1939 é retratado pela doutrina processual contemporânea como um diploma retrógrado e alheio aos “avanços” da “ciência” processual. Apontaram-se, a guisa de exemplo, “deficiências no plano da técnica legislativa – especialmente no trato de certos institutos,”²⁵⁴ e também acusaram-no de ter vergado ao “peso da tradição,” ao conservar “as linhas básicas dos recursos que herdamos de Portugal, com as distinções sutis que os tornam de trato difícil,” ou ainda manter “injustificavelmente uma série exaustiva de ações especiais, minuciosamente reguladas em cerca de quinhentos artigos, que compreendem quase a metade do Código.”²⁵⁵

Sem que queiramos participar dessas polêmicas, temos para nós que afirmações como a de que o Diploma em comento era “indiferente às grandes conquistas mundiais do processo civil,”²⁵⁶ devem ser interpretadas como uma espécie de ressentimento pelo fato de ele não ter realizado um total alinhamento com a doutrina dos mestres ítalo-germânicos. Francisco Campos não era professor de processo civil e, muito embora tenha afirmado ter se escorado nos pensadores responsáveis pela supramencionada *guinada conceitual*, confessou inspiração também em pensadores de outros matizes, especialmente norte-americanos,²⁵⁷ o que ainda hoje atrai críticas depreciativas.²⁵⁸ Ou seja, as críticas dirigidas àquele Estatuto se devem em boa parte ao fato de sua elaboração ter sido confiada a juristas devotados apenas em parte à doutrina processual cientificista, especialmente aquela encabeçada por Liebman e seus discípulos. Vale dizer, as críticas se devem menos ao conteúdo normativo daquele regramento do que ao fato de a doutrina dominante atribuir aos professores da *Escola Processual de São Paulo* a responsabilidade pela modernização do processo civil brasileiro; ou seja, independentemente da pertinência das observações negativas, é como se o reconhecimento de qualidades nos trabalhos liderados por pessoas desvinculadas do ramo acadêmico *Liebmaniano* esvaziasse os méritos da *atualização metodológica* que lhe é atribuída.

do processo. Serviram-lhe de paradigma os Códigos da Austria, da Alemanha e de Portugal (...).” Cfr. BUZAID. 1974, páginas 9 e 11.

²⁵⁴ Cfr. DINAMARCO, 2003, página 278.

²⁵⁵ Cfr. BUZAID. 1974, páginas 9 e 11.

²⁵⁶ Cfr. DINAMARCO. 1995, página 21.

²⁵⁷ A *Exposição de Motivos* traz a crítica de autores estadunidenses aos sistemas vigentes em seus países para justificar as instituições que o inédito Código propunha, tais como “Taft, Elihu Root e Roscoe Pound.” Cfr. CAMPOS. 1939, página 2.

²⁵⁸ “Curiosamente,” obtempera Candido Rangel Dinamarco, “o Código de 1939 procurava adotar técnicas sugeridas pela doutrina europeia e ao mesmo tempo sua *Exposição de Motivos* fundamentava no direito e na obra de autores norte-americanos a modernização proposta, especialmente no que diz respeito à valorização da figura do juiz e seus poderes inquisitivos.” Cfr. DINAMARCO, 2003, página 279.

Com efeito, Liebman nunca escondeu suas restrições – quase repulsa – ao direito processual em vigor no Brasil quando chegou, coincidentemente, também em 1939. Segundo relatos, teria dito ter tido “a impressão de estar-se encostado a uma janela e assistir, surpreso e interessado, ao desenrolar em plena vida de institutos e relações das quais tínhamos tido até então um conhecimento indireto a partir dos empoeirados volumes de Durante e de Bártolo.”²⁵⁹ Em vista desse cenário, a sua atividade acadêmica estendeu-se no sentido de tentar *adaptar* o processo civil brasileiro aos paradigmas cientifistas (esse o sentido de *modernizar*), por meio da difusão de seus teoremas no curso de direito da Universidade de São Paulo. O professor foi um verdadeiro *emissário* das doutrinas processuais italianas e também, por vias transversas, alemãs, ante as limitações dos estudantes brasileiros em relação à língua teutônica.²⁶⁰ Assim é que sua influência é louvada efusivamente, atribuindo-se-lhe patronímicos como o de *Pai* do sistema jurídico-processual brasileiro, ou ainda *Fundador* de uma *Escola*.²⁶¹

Aluno de Chiovenda, ele encontrou em seus discípulos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo ávidos aprendizes que se encantaram pelas novidades trazidas do continente europeu. Foi por meio de suas lições nos cursos de processo civil, aliadas às íntimas relações que entreteve com os professores que se tornariam catedráticos daquela escola,²⁶² que Liebman logrou transmitir, com notável eficácia, o legado de sua

²⁵⁹ O relato é de Cândido Rangel Dinamarco, que diz ainda que o professor italiano “teve a impressão de estar de volta ao direito comum da Itália medieval, ao seu formalismo mais acentuado e a certos institutos ou técnicas que ali foram superados pelos séculos ou que em terras italianas jamais chegaram a impor-se.” Cfr. DINAMARCO. 2005, página 259.

²⁶⁰ Como anota José Carlos Barbosa Moreira, é por meio das traduções e citações dos italianos que o pensamento dos germânicos desembarcou no Brasil: “Muitas construções teóricas feitas na Alemanha se divulgaram em Portugal e no Brasil, mas transmitidas a ambos por autores de outros países, sobretudo italianos. Ainda hoje, são relativamente pouco abundantes, na literatura portuguesa e na brasileira, as citações diretas de livros alemães, bem como o exame de teses nele diretamente colhidas. A maior parte das referências é de segunda mão.” Cfr. BARBOSA MOREIRA. 1989, página 100.

²⁶¹ “A intensa e tão fecunda participação do mestre Liebman na vida do processo civil brasileiro,” leciona Cândido Rangel Dinamarco, “associada ao estímulo a estudar o processo a partir de suas grandes balizas principiológicas, sistemáticas e conceituais, coloca-o na posição, amplamente reconhecida entre nós, de *Pai* do nosso pensamento jurídico-processual e fonte obrigatória de pesquisa para todos os que militam na Justiça e se interessam por essa área do saber jurídico. Foi ele o principal fundador de uma verdadeira Escola, tomado esse vocábulo no sentido de uma linha orgânica e metódica de pensamento e responsável pela fixação de idéias coerentes com certas premissas solidamente plantadas.” Cfr. DINAMARCO. 2005, página 259.

²⁶² Segundo Ada Pellegrini Grinover, “reunindo os jovens discípulos nas tardes de sábado na modesta residência da Alameda Rocha Azevedo, discutia os seus estudos, aprofundava as discussões e se prodigalizava em inigualáveis lições utilizando o método científico até naquele momento desconhecido do processualista brasileiro. Talvez nem o próprio Liebman soubesse com precisão quais seriam os resultados daqueles encontros. Talvez não o soubessem nem os discípulos dos sábados à tarde - Vidigal, o primeiro a conquistar a cátedra; Buzaid, com os seus escritos rigorosamente científicos e caracterizados por profundas considerações históricas e de direito comparado; José Frederico Marques, que se preparava para a cátedra na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Bruno Afonso de André e Benvindo Aires, com sua inteligência penetrante e profundo preparo humanístico. Mas tais resultados estão vivos até hoje.” Cfr.

doutrina processual. Tamanho era o grau de afinidade e fidelidade dos discípulos de Liebman que a homogeneidade dos estudos produzidos a partir de seu escólio resultou no reconhecimento de que se tratava de uma *escola* dotada de uma linha de pesquisas que lhe era peculiar: a *Escola Processual de São Paulo*.²⁶³ Outra importante instituição que ajudou na divulgação da ideologia processual desta escola, foi o *Instituto Brasileiro de Direito Processual* (IBDP), fundado em 1958 por Alfredo Buzaid, Galeno Lacerda, Luis Eulálio de Bueno Vidigal e José Frederico Marques, todos eles intimamente relacionados pessoal e academicamente com Liebman.

A mudança de paradigmas no ensinamento do processo civil a partir do doutrinamento de Liebman, de fato, não teve nada de tímida. O rompimento com a supramencionada concepção *privatista* do processo civil, já manifestada no ordenamento positivado (CPC/39), partia de premissas diferentes no magistério do professor italiano. Conquanto possamos encontrar semelhanças no plano das suas *simbologias*, se o Código de 1939 lastreava-se em boa parte nos ideais *autoritários varguistas*, Liebman sustentava-se no conceito *autonomista* da ação,²⁶⁴ e também na valorização da ideia de *jurisdição* como *centro metodológico do sistema processual*.²⁶⁵ Tanto é assim que ainda hoje os seus membros se vangloriam de colocar como eixo axiológico de estudo do processo civil os

GRINOVER. 1987, página 294. Na mesma senda, observou Cândido Rangel Dinamarco que Liebman se “empenhou de corpo e alma” na tarefa de “modernizar” o sistema processual brasileiro, “ao lecionar aos estudantes do Largo de São Francisco, ao discutir com os jovens docentes que foram seus discípulos e ao escrever seus ensaios e pareceres sobre o nosso direito.” Cfr. DINAMARCO. 2005, página 259.

²⁶³ Relata-se que “os pensamentos e escritos Liebman, notadamente aqueles voltados ao direito brasileiro, vieram a projetar-se intensamente na cultura processualística de nosso país, com intensa repercussão, desde logo, na doutrina dos que com ele conviveram e, ao longo de todas essas décadas, no pensamento formado entre os discípulos de seus discípulos. Daí a idéia orgânica de uma verdadeira *Escola*, responsável pelas conquistas de então e de agora, tanto em sede doutrinária quanto no direito positivo brasileiro. Já passadas mais de seis décadas de sua chegada, ainda hoje se sente sempre o peso das propostas que trouxe e sobretudo das grandes premissas que plantou entre nós, como verdadeiras raízes da formação do pensamento científico brasileiro do processo civil.” Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

²⁶⁴ Ao comentar este aspecto da obra de Chiovenda, Liebman escreveu: “pode-se sempre discutir sobre as várias definições da ação, propostas pela doutrina, mas a sua autonomia é que não pode ser contestada.” Cfr. *apud* DINAMARCO. 2005, página 259.

²⁶⁵ Segundo Cândido Rangel Dinamarco, “Muito mais importante que a afirmação da autonomia da ação foi a proposta de um deslocamento do foco metodológico, propondo Liebman a visão do sistema processual não mais “como instrumento posto a serviço dos indivíduos para a defesa de seus direitos, mas como *função pública* exercida para a satisfação de um interesse coletivo.” Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.* No fundo ambas as vertentes se baseiam numa mesma visão centralizadora e monopolista do Estado, que sufoca qualquer tentativa de acerto jurídico fora dos limites do ordenamento positivado. Nesse plano, como demonstramos no capítulo anterior, o cidadão é sufocado por esse monismo exarcebado que atribui ao Estado um direcionismo ilimitado sobre a vida do indivíduo.

três institutos tidos por fundamentais do processo civil – ação, processo e jurisdição – exatamente nos moldes propostos por seus mestres ítalo-germânicos.²⁶⁶

A influência e relevância dos discípulos de Liebman no meio jurídico (não apenas acadêmico) vem se perpetuando ao longo dos anos, em razão da contínua e bem sucedida *transmissão de capitais simbólicos*.²⁶⁷ Com efeito, a *Escola Processual de São Paulo* (e também o seu congênere IBDP) constitui um núcleo de produção acadêmica hermético e praticamente homogêneo, no qual a identidade do grupo se reproduz por meio da eficiente *transmissão simbólica* da tradição da “ciência processual”. Isto se dá não apenas por força das relações entre *mestre e discípulo* (ou *orientador-orientando*), mas também pelos constantes tributos reciprocamente prestados nas publicações acadêmicas, sejam elas de forma *descendente*, quando um respeitado autor prefacia a obra de seu aprendiz, ou de forma *ascendente*, quando um grupo resolve homenagear seu preceptor publicando alguma biografia ou coletânea de textos com o título *Estudos em homenagem a...*, num movimento de *transmissão vertical de capital simbólico*.²⁶⁸

O resultado dessa bem sucedida *transmissão* nos enunciados processuais é uma reiteração circular dos teoremas, pela qual autores diferentes, interligados pelos laços acadêmicos, retomam as mesmas premissas e definições conceituais. Por via de consequência, a doutrina processual é ensinada a partir de conceitos estanques e inutáveis, muitas vezes privando os discentes do desenvolvimento de criticidade ou questionamentos mais profundos aos mantras do processo.²⁶⁹ Assim é que as fórmulas dogmáticas ganham ares de *ampla aceitação*, ou até mesmo *aclamação por unanimidade*, como se fossem *verdades científicas universais*. Aliás, o peso do capital simbólico dos membros da *Escola*

²⁶⁶ A propósito, tratando das premissas metodológicas Liebmanianas, diz-se que se criou “o hábito de se estudar o direito processual com base nos seus três institutos fundamentais: jurisdição, ação, processo. Acredita-se, de forma mais ou menos generalizada, que o direito processual não tome parte na formação da vontade concreta do direito, porque o processo tem a função, tão e somente, de a revelar e de cuidar de sua atuação. Parte-se da distinção nítida entre relação processual e relação substancial. Afirma-se a natureza abstrata da ação. Consideram-se as suas condições, ou seja, a possibilidade jurídica, o interesse de agir e a legitimação processual. Não se duvida da independência do processo executivo em relação ao de cognição. Não se pensa mais que a coisa julgada seja um efeito da sentença.” Cfr. DINAMARCO. 1982, página 27.

²⁶⁷ Cfr. ALMEIDA. 2010, página 150.

²⁶⁸ Cfr. *idem, ibidem*, página 151.

²⁶⁹ “Esse quadro,” dirão Jânia Saldanha, Ângela Espíndola e Sadi Machado, “denuncia o dogmatismo que ainda domina o campo dos “saberes jurídicos”, o qual mitiga a busca pelas causas e fundamentos do sistema processual, contentando-se em descrever como as coisas funcionam “na prática” (!), a partir de premissas abstratas e cristalizadas, apresentadas como absolutas.” E mais, “tal postura metodológica, em vez de preparar os juristas para uma intervenção humanamente qualificada no seio da sociedade na qual são lançados, não raro acaba por conformar profissionais que se limitam à ruminação de desgastadas matrizes teóricas, incapazes de lidar com os insuperáveis conflitos sociais que se lhes apresentam.” Cfr. SALDANHA. ESPÍNDOLA. e MACHADO. 2009, página 338.

Processual de São Paulo, tendo sempre à frente as premissas propostas por Liebman, permite expandir a sua influência para além da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco e dos limites bandeirantes.²⁷⁰ O apreço pelos ditos *apuro técnico* e *rigor científico* da *Escola* referida ultrapassou as fronteiras brasileiras, o que não raro é lembrado como motivo de orgulho por seus professores.²⁷¹

A importância da elevação dos saberes produzidos pela e em linha com a vertente ideológica propalada pela *Escola Processual de São Paulo* não se deve apenas a questões de vaidade intelectual ou divulgação de uma forma de ensinar o processo civil e suas funções. Com efeito, a valorização deste ramo doutrinário tem também o efeito de lhes conferir a prerrogativa de emitir e determinar quais as funções da jurisdição e, mais do que isso, a maneira como o Estado deveria se aparatar para dar cabo desse papel que a doutrina lhe atribuiu. Esse é um relevante uso disciplinar do *discurso da supremacia do saber científico processual*, qual seja, atribuir o monopólio da produção das *verdades* processuais a determinado ramo dogmático, o qual é por sua vez amplamente utilizado para estabelecer premissas e conceitos adequados aos interesses da ideologia dominante. A seguir, veremos os métodos utilizados pelos expositores da *Escola Processual de São Paulo* para garantir a manutenção desse domínio, bem como para assegurar a valorização do capital simbólico dos juristas do processo, a despeito das severas críticas que a realidade do processo em vigor possam suscitar.

²⁷⁰ Segundo Cândido Rangel Dinamarco, “o mundo trazido por Liebman à nossa Ciência e mais idéias fundamentais se encontram hoje por toda a parte. Temos, por exemplo, como prova disso, os escritos de autores como Calmon de Passos (Bahia) Moniz Aragão (Paraná) Galeno Lacerda e Mendonça Lima (Rio Grande do Sul) Celso Barbi (Minas Gerais) Eliézer Rosa, Moraes e Barros e Barbosa Moreira (Rio de Janeiro). Em São Paulo jamais enfraqueceu o fervor e a seriedade no que concerne ao Estudo do direito processual civil, como se vê nos trabalhos de Celso Neves, Botelho de Mesquita, Lauria Tucci, Araújo Cintra, Mariz de Oliveira, Arruda Alvim e tantos outros. Merece menção especial o endereço dos estudos de Ada Pellegrini Grinover pelas premissas constitucionais do direito processual manifestado em livros e artigos verdadeiramente privilegiados e que revelam uma impostação científica e metodológica que orgulha nossa escola. E as diferenças nos pensamentos de cada um de nós é sinal, tão e somente, do vigor de uma doutrina que é fruto de análise consciente dos ensinamentos seguros de um mestre comum. Porque a doutrina de todos parte indubitavelmente a orientação de Liebman, ousaria dizer que hoje não mais existe a escola paulista, mas uma escola brasileira.” Cfr. DINAMARCO. 1982, página 27.

²⁷¹ “A “Escola processual de São Paulo”” escreveu Cândido Rangel Dinamarco, “é, hoje em dia, reconhecida internacionalmente (e esse nome surgiu pela primeira vez num trabalho de Alcalá-Zamora) seja pela unidade metodológica a partir de certas premissas metodológicas, seja pela coerente aceitação de certos princípios e pela maneira comum de ver certos institutos que está na base de toda processualística.” Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

4. Usos disciplinares do saber “científico” processual.

No início do capítulo falamos um pouco sobre o papel do raciocínio dito *científico* no estabelecimento das *verdades* nas sociedades ocidentais, bem como da valorização das universidades e seus professores como centros de produção e delimitação dos saberes (o regime de *acerto* e *erro* das colocações). Afirmamos também que os juristas, encantados com a perspectiva de (finalmente) verem o seu objeto de estudo valorizado, principalmente pela sua importância no plano sócio-político dos Estados de Direito, dedicaram-se à elaboração de teoremas e conceitos *travestidos* de científicos. Inspirados nos métodos de outras ciências humanas (inclusive as ditas *exatas* e *naturais*), procuraram dar às suas Galatéias a feição de disciplinas científicas, seguindo um método especulativo encontrado até os dias atuais, cuja acuidade é, no mínimo, duvidosa. No caso da “ciência” processual não foi diferente, aliás, em poucas disciplinas a preocupação com o rótulo de “científica” se mostrou tão presente.

O que percebemos ao longo de nossa análise discursiva é que as razões para essa preocupação semântico-metodológica – a *insistência* em qualificar o direito, e mui especialmente o direito processual civil de “científico” – vão muito além de *vaidade intelectual* ou *complexos de inferioridade* dos juristas, que não quiseram se ver excluídos desse *festim dos sábios*. A nossa hipótese é que a rotulação do processo sob a forma de *saber científico* constituiu um *discurso* dotado de aspectos disciplinares, que conferiu aos agentes emissores de seus enunciados a possibilidade de exercer um controle praticamente incontestado sobre o conteúdo da disciplina, bem como legitimar socialmente a imposição de sistemas jurisdicionais de duvidosa eficiência ou mesmo utilidade para a maioria da população.²⁷²

Antes de prosseguirmos em nossas análises, é importante salientar que nós não ignoramos que a *tradição* bacharelista brasileira, herdada do colonizador lusitano, já dispunha, por si só, de suficientes elementos para o estabelecimento de um domínio

²⁷² Para José Eduardo Faria, a metodologia dos cursos jurídicos brasileiros seria apta a produzir saberes cristalizados e avessos a críticas ou questionamentos: “Ao mesmo tempo, esses cursos também cristalizam e reproduzem um contraditório conjunto de crenças, juízos éticos, proposições científicas, justificações e saberes acumulados, expresso por meio de disciplinas específicas legitimadas por discursos produzidos pelos tribunais e institucionalizados pelas práticas jurídicas travadas em seu interior. Um ensino jurídico desse tipo termina por atribuir significações arbitrárias da realidade social, projetando-as imaginariamente como possíveis e desejáveis, ainda que nem sempre factíveis, plasmando-as em discursos reificantes, a-históricos e com pretensões de generalidade.” Cfr. FARIA. 1989a, página 104.

baseado na *violência doce* da erudição.²⁷³ A historiografia acumula estudos que apontam a importância dos quadros formados pelos cursos superiores (sobretudo direito) na consolidação do Estado brasileiro,²⁷⁴ não apenas como mão de obra qualificada servindo à administração pública, mas também como instrumentos controladores da população desfavorecida e *inculta*, oprimida pelo jugo dos incompreensíveis cerimoniais e pela beleza misteriosa das fórmulas eruditas dos doutos.²⁷⁵ A conseqüências do ritualismo que decorre desse bacharelismo são sentidos até hoje, e se refletem no uso de artifícios procedimentais pelos tribunais que proferem sentenças e decisões incompreensíveis ao cidadão comum, muitas vezes sem que o objeto principal do litígio tenha sido sequer analisado. Outrossim, o *elitismo* do *acadêmico* é característica que não poderia ser impingida com exclusividade aos professores do ramo jurídico-processual, porquanto se trata de jaez diagnosticado – quiçá inerente – ao domínio universitário como um todo. Decorre em boa parte da forma como foram idealizados esses *centros de saber* na era moderna,²⁷⁶ e sobrevive a despeito das reformas entoadas visando diminuir o isolamento – inclusive de classe – dos universitários em relação ao restante da sociedade.²⁷⁷

²⁷³ A respeito da disputa entre juristas eruditos e rústicos na história do direito português, Cfr. HESPANHA. 1988

²⁷⁴ Nesse sentido, remeteremos o leitor aos trabalhos de José Murilo de Carvalho, especialmente na obra *A Construção da Ordem: a elite política imperial*. CARVALHO. 2003. Raymundo Faoro, de sua parte, aduz que “O sistema prepara escolas para gerar letrados e bacharéis, necessários à burocracia, regulando a educação de acordo com suas exigências sociais. Eles não são flores de estufa de uma vontade extravagante, mas as plantas que a paisagem requer, atestando, pelo prestígio que lhes prodigaliza, sua adequação ao tempo.” Cfr. FAORO. 2001, página 446. E para encerrar, o já citado José Wanderley Kozima ensina também que, “a exemplo de outros países, também no Brasil os bacharéis de direito tiveram papel fundamental na estruturação do Estado, ocupando importantes cargos públicos e espraçando-se por todos os poderes, seja no Império, seja na República.” Cfr. KOZIMA. 2008, página 379.

²⁷⁵ Pierre Bourdieu argumenta que uma das bases do poder dos burocratas é a ignorância dos dominados: “O conjunto de prescrições que podemos chamar de *litúrgicas*, quer dizer o conjunto de prescrições que regem a *forma* da manifestação pública da autoridade, a etiqueta das cerimônias, o código dos gestos e a ordenação oficial dos ritos não passam, aos nossos olhos, de um *elemento*, o mais visível, de um sistema de condições das quais as mais importantes, as mais insubstituíveis são aquelas que produzem a disposição ao reconhecimento como desconhecimento e crença, quer dizer a delegação de autoridade que confere sua autoridade ao discurso autorizado. (...) A linguagem de autoridade só governa com a colaboração daqueles que ele governa, quer dizer graças aos mecanismos sociais capazes de produzir essa cumplicidade, fundada no desconhecimento, que está no princípio de toda autoridade.” Cfr. BOURDIEU. 1991, página 167, traduzimos.

²⁷⁶ Boaventura de Souza Santos assevera que “a universidade moderna propunha-se produzir um conhecimento superior, elitista, para o ministrar a uma pequena minoria, igualmente superior e elitista, de jovens, num contexto institucional classista (a universidade é uma sociedade de classes) pontificando do alto do seu isolamento sobre a sociedade.” Cfr. SANTOS. 2000, página 211.

²⁷⁷ “A massificação da universidade,” anota Boaventura de Souza Santos, “não atenuou a dicotomia, apenas a deslocou para dentro da universidade pelo dualismo que introduziu entre universidade de elite e universidade de massas,” sendo certo que “a produção da alta cultura permaneceu em grande medida controlada pelas universidades mais prestigiadas, enquanto as universidades de massas se limitaram à distribuição da alta-cultura ou, quando a produziram, baixaram o nível de exigência e degradaram a qualidade.” Cfr. *idem*, *ibidem*, página 194.

Tendo essas premissas em mente, seria mesmo incorreto relacionar o domínio do campo dos saberes processuais exclusivamente ao *discurso cientificista*; porém, a incorreção se apresentaria na mesma medida se deixássemos de apontar os nexos de *causa e efeito* entre um fenômeno e outro, porque soa-nos evidente que eles se relacionam, principalmente em razão da ampla aderência do *cientificismo* ao mencionado *bacharelismo* que ainda hoje domina as nossas instituições públicas, inclusive os tribunais.²⁷⁸ De fato, o tal caráter científico é vital para a manutenção do prestígio e, muito mais do que isso, funciona como protetor, verdadeiro *guardião* da autonomia do processo civil como disciplina independente, robusta e respeitável. A *cientificidade* do processo e a valoração do seu *apuro técnico* são pressupostos de sua sistemática, postulados que precedem e se colocam acima de toda e qualquer discussão, quaisquer que sejam as consequências (sobretudo as sociais).²⁷⁹

Com efeito, no caso do direito processual civil brasileiro, os *usos sociais* da linguagem científica, naquele sentido conferido por Pierre Bourdieu,²⁸⁰ mostraram-se especialmente importantes na exata medida em que permitiram a *descrição de realidades* adequadas ao *senso comum teórico* de um determinado ramo doutrinário,²⁸¹ representado no Brasil pela *Escola Processual de São Paulo*. Ao prenunciar a sua *cientificidade*, os

²⁷⁸ De fato, a retórica do *tecnicismo* caiu como uma luva no já *exclusivista* ambiente dos juristas do processo, e seus usos práticos podem ser testemunhados sob as mais diversas facetas, das quais apontaremos algumas a seguir.

²⁷⁹ Vejamos por exemplo o seguinte trecho da lavra de José Carlos Barbosa Moreira, no qual ele exalta as qualidades de se preservar uma “técnica esmerada.” “Na verdade, o processo é e será sempre, de certo ponto de vista, um mecanismo técnico, que só em termos técnicos pode ser explicado. Não há meios, senão os técnicos, de identificar e distinguir com precisão as inúmeras peças que o compõem e de descrever o modo pelo qual se movimentam. Determinado grau de apuro técnico é imprescindível à criação de uma linguagem comum, cujo emprego permita aos estudiosos o entendimento recíproco e a transmissão de experiências, sem a qual não se concebe progresso em setor algum do conhecimento humano. Uma técnica esmerada constitui, em regra, penhor de segurança na condução de qualquer pesquisa científica, e não há supor que o Direito Processual faça aqui exceção. A necessidade de dominá-la geralmente desencoraja, com mais vigor que alhures, aventureiros despreparados e diletantes frívolos, de cujas incursões têm sido vítimas freqüentes, com lamentáveis resultados, outras áreas do universo jurídico.” Cfr. BARBOSA MOREIRA. 1988, página 7.

²⁸⁰ Ao tratar dos “usos sociais da língua”, Pierre Bourdieu assevera que eles “devem *seu valor propriamente social* ao fato que eles tendem a se organizar em sistemas de diferenças (entre as variantes prosódicas e articulatórias ou lexicológicas e sintáticas) reproduzindo na ordem simbólica dos *distanciamentos diferenciais* o sistema das diferenças sociais. Falar é se apropriar de um ou de outro *estilo expressivo* já constituído no e pelo uso e objetivamente marcados por sua posição numa hierarquia dos estilos que exprime em sua ordem a hierarquia dos grupos correspondentes. Esses estilos, sistemas de diferenças classificadas e classificantes, hierarquizados e hierarquizantes, marcam aqueles que deles se apropriam e a estilística espontânea, armada de um senso prático das equivalências entre as duas ordens de diferenças, toma as classes sociais por meio das classes de índices estilísticos.” Cfr. BOURDIEU. 1991 páginas 83 e 84, traduzimos.

²⁸¹ “Graças a esse ‘senso comum teórico’ (re)produzido por ensino jurídico,” escreveu José Eduardo Faria, “o que se tem é apenas um conjunto de discursos aparentemente unitários e de *cientificidade* duvidosa, embora dotados de grande efetividade simbólica.” Cfr. FARIA. 1992, páginas 94 e 95.

expositores dessa vertente acadêmica delimitaram o campo do saber processual e se permitiram controlar a produção das suas *verdades* no nível da sua formulação.²⁸²

Com efeito, o prestígio dos mestres dotados de respeitada formação acadêmica,²⁸³ aliado ao uso de complexa terminologia jurídica e de definições tão técnicas quanto rigorosas, agem exatamente no sentido de uma *violência simbólica*, termo consagrado por Pierre Bourdieu para definir a importância do uso da palavra nas relações sociais, tratando-se de “instrumentos de imposição ou de legitimação da dominação, que contribuem a assegurar a dominação de uma classe sobre a outra.”²⁸⁴ Esse *poder simbólico* foi descrito pelo mesmo Bourdieu como sendo o “poder de constituir o dado pela enunciação, de fazer ver e de fazer crer, de confirmar ou de transformar a visão do mundo e, por aí, a ação sobre o mundo,” um poder “quase mágico,” que só pode ser exercido quando ele é *reconhecido* ou “desconhecido como arbitrário.” Isso porque a sua base não está em atos de imposição – daí a sua diferenciação em relação à força física e, ao mesmo tempo, a sua volatilidade – mas na “crença na legitimidade das palavras e daquele que as pronuncia.”²⁸⁵

Uma das expressões mais evidentes dessa *violência simbólica* é o excessivo *tecnicismo* empregado pelos expoentes da *Escola Processual de São Paulo*, a quem o apego à precisão das definições é um elemento extremamente caro: *processo*, *ação*, *lide*, *autos* podem ser tidos por sinônimos para os *rústicos*, mas é inescusável ao processualista confundi-los.²⁸⁶ Dessa fixação pelas detalhistas definições decorre a completa incompreensão das pessoas não versadas no linguajar, modos e trejeitos do processo,

²⁸² Cfr. WARAT. 1995. página 37. Segundo ele, “fazer ciência, assim, é produzir um discurso consistente e controlar tal consistência à margem de suas condições de produção. O resultado é um gueto científico e epistemológico, que visualiza a subjetividade como inimiga e que se recusa a sair de seu campo fechado abrindo-se para as lutas do saber produtivo e desejante.” Cfr. *idem, ibidem*, página 87.

²⁸³ “Sendo as leis da transmissão do capital linguístico um caso particular das leis da transmissão legítima do capital cultural entre as gerações, podemos colocar que a competência linguística medida segundo os critérios escolares depende, como as outras dimensões do capital cultural, do nível de instrução medido pelos títulos escolares e pela trajetória social.” Cfr. BOURDIEU. 1991, página 94, traduzimos.

²⁸⁴ Cfr. *idem, ibidem*. páginas 206/207, traduzimos.

²⁸⁵ Cfr. *idem, ibidem*, página 210, traduzimos. A *violência* é exercida, por exemplo, quando se pontifica que o processo é um fenômeno autônomo em relação aos direitos civis. E se não guarda relação com o direito material, se não se presta a *tutelar direitos*, então se permite ao processo trilhar caminhos totalmente distantes dos interesses dos jurisdicionados, não raro reduzindo as disputas a minuciosas discussões doutrinárias. A consagração *científica* da disciplina processual explica por que muitas vezes, além de demorar, os processos terminam sem que as partes saibam porque não tiveram êxito em sua pretensão; a sentença “sem julgamento do mérito” não deixa de por fim ao processo, mas passa bem ao largo do singelo desejo do cidadão de ver o seu dano reparado, ou o seu bem esbulhado restituído, ou ainda a guarda de seu filho retomada.

²⁸⁶ Tanto é assim que em sua obra *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, Cândido Rangel Dinamarco escreve um *glossário* de definições processuais. Cfr. DINAMARCO. 2002.

especialmente por ocasião da prestação da tutela jurisdicional.²⁸⁷ Não é raro encontrar pessoas, inclusive do meio jurídico que, ao assistirem a uma sessão de julgamento ou audiência creem estar ouvindo algum dialeto ou língua completamente exóticos, ainda que o uso do vernáculo seja obrigatório. José Carlos Barbosa Moreira, inclusive, chega ao ponto de reconhecer que o *iter processual* é uma “atividade realizada, por assim dizer, *intra muros*, em grande parte a cargo de pessoas nas quais se presumem conhecimentos especializados, e sob a aparência de um ritual capaz de atingir níveis extremos de requinte,” sendo certo que participar de um processo, ao homem comum, “aparece quase sempre aos seus olhos como empreendimento a que só os ‘iniciados’ podem atrever-se de coração leve.”²⁸⁸ No mesmo sentido, essa *reserva de mercado discursivo* permite o implemento de convencimento com fulcro em mecanismos de *estereotipação*, que permitem o controle dos fenômenos processuais enclausurando-nos em significados que não podem ser questionados (porque produzidos pelos *detentores do saber*),²⁸⁹ tornando *generalizado e consolidado* o entendimento sobre certa questão, sem que o sujeito necessite *compreendê-lo*.²⁹⁰

Neste ensejo, Cândido Rangel Dinamarco dirá que a *ciência processual* é “responsável pela correta compreensão das normas técnicas do processo, especialmente mediante a definição de conceitos, traçado das estruturas didáticas do sistema e fixação dos escopos a realizar e métodos a prevalecer” e oferece “aos princípios o lugar que lhes cabe no sistema.”²⁹¹ Pouco importa que, a bem dizer, elas constituam apenas premissas dogmaticamente estabelecidas, definições totalmente subjetivas que, além de não guardarem necessariamente relação com os fenômenos sociais (a maioria delas são

²⁸⁷ O próprio Candido Rangel Dinamarco o reconhece: “Por imposição do seu próprio modo de ser, o direito processual sofre da natural propensão ao formalismo e ao isolamento. Ele não vai diretamente à realidade da vida, nem fala a linguagem do homem comum. O homem comum o ignora, o próprio jurista o desdenha e os profissionais do foro lamentam as suas imperfeições, sem atinar com meios para melhorá-lo.” Cfr. DINAMARCO. 2009. página 11.

²⁸⁸ Cfr. BARBOSA MOREIRA. 1988, página 7.

²⁸⁹ Segundo Luis Alberto Warat, “A estereotipação de um conceito é um produto de um longo processo de persuasão, de uma somatória de discursos e definições persuasivas que provocam a total dependência do termo estereotipado a uma relação evocativa ideologicamente determinada. Ou seja, o estereótipo sempre transmite uma mensagem de dominação (aceitação de uma ideologia). (...) O estereótipo funciona nas sociedades modernas como uma espécie de *prêt-à-porter* significativo, que permite o controle social ao fornecer modelos de estruturas estáveis do mundo, operando como forma significativa independente das relações sociais.” Cfr. WARAT. 1995. página 72.

²⁹⁰ Ainda de acordo com Luis Alberto Warat: “Os homens atuam e reagem comandados por essas crenças culturalmente institucionalizadas. O mecanismo lingüístico mais apto para se obter esta institucionalização são os estereótipos, que, na maioria dos casos, forçam os receptores das mensagens a evocarem e aceitarem opiniões generalizadas.” Cfr. *idem, ibidem*, página 73.

²⁹¹ Cfr. DINAMARCO, 2003, página 59.

importadas de ordenamentos estrangeiros), muitas vezes sucumbem perante a menor mudança na legislação. Esse conhecimento depende muito mais de um exercício subjetivo de *credibilidade* – no sentido de se *acreditar nas premissas e postulados colocados*²⁹² – do que propriamente de critérios mais objetivos e, consequentemente, *contestáveis cientificamente*.²⁹³ Age sob a forma de um *enunciado performativo*,²⁹⁴ no sentido que lhe atribuiu Pierre Bourdieu, que depende da pronúncia de pessoas autorizadas e qualificadas – os renomados doutrinadores de ontem e de hoje – para se ter por legitimado.²⁹⁵

Assim é que as propaladas tecnicidade e sofisticação da nomenclatura processual, impostas por meio do cientificismo, atuam justamente no sentido de uma *interpelação-identificação* dos sujeitos que com ele se envolvem, tal qual preconizado por Michel Pêcheux²⁹⁶: não cabe ao indivíduo comum, aquele não versado na *ciência*

²⁹² Pierre Bourdieu descreve essa relação em termos de uma *economia de discursos*: “Relação de comunicação entre um emissor e um receptor, fundada na codificação e decodificação, portanto na construção de um código, ou de uma competência generativa, o intercâmbio linguístico é também um intercâmbio econômico, que se estabelece numa certa relação de forças simbólicas entre um produtor, eivado de um certo capital linguístico, e um consumidor (ou um mercado), e que é próprio a prover um certo lucro material ou simbólico. Por outras palavras, os discursos não são apenas (ou somente por exceção) sinais destinados a serem compreendidos, decodificados; são também *sinais de riqueza*, destinados a serem avaliados, apreciados e *sinais de autoridade*, destinados a serem acreditados e obedecidos.” Cfr. BOURDIEU. 1991, página 99, traduzimos.

²⁹³ A propósito, aduz José Eduardo Faria: “Ao consolidar um conhecimento tendo em vista objetivos práticos e imediatos, esse tipo de ensino conduz a uma saturação ideológica na reflexão sobre o direito, a um fechamento na possibilidade de discussões epistemológicas e a impedimentos para a mudança da própria problemática jurídica. Mediante o senso comum teórico produzido por esse ensino, o que se tem é apenas um conjunto de discursos aparentemente unitários, mas de cientificidade duvidosa.” Cfr. FARIA. 1989a, página 104.

²⁹⁴ Para Pierre Bourdieu, “o enunciado performativo encerra ‘uma pretensão classificada para possuir tal ou tal poder,’ pretensão mais ou menos reconhecida, logo mais ou menos sancionada socialmente. Essa pretensão de agir no mundo social pelas palavras, quer dizer *magicamente*, é mais ou menos maluca ou razoável conforme ela for mais ou menos fundada na objetividade de um mundo social: podemos assim opor esses dois atos de nomeação mágica iniquamente garantidos socialmente, o insulto (‘você não passa de um professor’) que, por não ser autorizado, corre o risco de se virar contra seu autor, e a nomeação oficial (‘eu te nomeio professor’), com força de toda a autoridade do grupo e capaz de instituir uma identidade legítima, ou seja universalmente reconhecida.” Cfr. BOURDIEU. 1991, página 111, traduzimos.

²⁹⁵ De fato, escreverá Pierre Bourdieu que “um enunciado performativo está condenado toda vez que ele não é pronunciado pela pessoa com o ‘poder’ de pronunciá-la, ou, mais geralmente, todas as vezes que as ‘pessoas ou circunstâncias particulares’ não são ‘aquelas que convêm para que possamos invocar o procedimento em questão,’ em síntese, todas as vezes que o locutor não tem autoridade para emitir as palavras que ele anuncia.” Cfr. *idem, ibidem*, página 165, traduzimos.

²⁹⁶ Michel Pêcheux descreve esse processo da seguinte maneira: “sob a *evidência* de que ‘eu sou realmente eu’ (com meu nome, minha família, meus amigos, minhas lembranças, minhas ‘ideias,’ minhas intenções e meus compromissos), há o processo da interpelação-identificação que *produz* o sujeito no lugar deixado vazio: ‘aquele que...’ isto é, X, o *quidam* que *se achará aí*; e isso sob diversas formas, impostas pelas ‘relações sociais jurídico-ideológicas.’ O futuro do subjuntivo da lei jurídica ‘aquele que causar um dano...’ (e a lei *sempre* encontra ‘um jeito de agarrar alguém,’ uma ‘singularidade’ à qual aplicar sua ‘universalidade’) produz o sujeito sob a forma do *sujeito de direito*. Quanto ao sujeito ideológico que o reduplica, ele é interpelado – constituído sob a evidência da constatação que veicula e mascara a ‘norma identificadora’: ‘um soldado francês não recua’, significa, portanto, ‘se você é um *verdadeiro* soldado francês, o que, de fato, você é, então você não *pode/deve* recuar.’” Cfr. PÊCHEUX. 2009, páginas 145 e 146.

processual, apreender os termos *técnicos* do processualismo; quando inserido no processo, ele é *autor* ou *réu*, *exequente* ou *executado*, *recorrente* ou *recorrido* (não é mais ou João, a Maria, nem sequer o credor ou devedor, o locador ou locatário) e o seu papel nesta cena é apenas o de obedecer à ordem do juiz, ou atender à orientação de seu advogado. Não há motivos, dentro da lógica desse discurso, para se encontrar a lógica ou a significação dos enunciados, porque é assim que o *jogo é jogado*, é assim que um processo deve se desenvolver, numa racionalidade cognoscível apenas a uma pequena elite do saber. Vale dizer, se bem levada a efeito a *interpelação-identificação* do sujeito, crer-se-á que não há nada de errado na total alienação dos *leigos* em processo, pois o que importa não é *compreender* ou *ser compreendido*, mas *reconhecer* a autoridade simbólica de quem está falando e agir de acordo com o personagem para o qual se foi *interpelado-identificado*;²⁹⁷ é a sensação do jurisdicionado de que, ao ser atirado nessa encenação surreal de brocardos, citações e fórmulas, estar ele agindo como *manda o figurino*.²⁹⁸

A perplexidade do indivíduo não versado no *saber científico do processo* decorre também de uma *crise de identidade dos atos jurisdicionais*, de certo modo relacionada a uma *crise do ensino do direito*,²⁹⁹ concentrados mais na *justificação retórica da aplicação de certo instituto*, do que propriamente na solução do caso concreto. Nesse sentido, vale reproduzir a crítica de José Reinaldo de Lima Lopes a essa *prática discursiva*,

²⁹⁷ Pierre Bourdieu ensina que “a especificidade do discurso de uma autoridade (aula professoral, sermão, etc.) reside no fato que não basta que ele seja *compreendido* (ele pode mesmo em certos casos nem sê-lo, sem perder o seu poder), que ele só exerce o seu efeito próprio à condição de ser *reconhecido* como tal.” Cfr. BOURDIEU. 1991, página 165, traduzimos.

²⁹⁸ A visão marxista de Pêcheux o leva a responsabilizar a *ideologia* por essa interpelação: “Desse modo, é a ideologia que, através do ‘hábito’ e do ‘uso’, está designando, ao mesmo tempo, o *que é* e o *que deve ser*, e isso, às vezes, por meio de ‘desvios’ linguisticamente marcados entre a constatação e a norma e que funcionam como um dispositivo de ‘retomada do jogo.’ É a ideologia que fornece as evidências pelas quais ‘todo mundo sabe’ o que é um soldado, um operário, um patrão, uma fábrica, uma greve, etc., evidências que fazem com que uma palavra ou um enunciado ‘queiram dizer o que realmente dizem’ e que mascaram, assim, sob a ‘transparência da linguagem,’ aquilo que chamaremos o *caráter material do sentido* das palavras e dos enunciados.” Cfr. PÊCHEUX. 2009, páginas 145 e 146. Concordamos em parte com essa análise, porque ela deixa de lado uma série de fatores que não dizem propriamente respeito a disputas político-ideológicas; enfim, ainda que não neguemos a sua relevância, não aquiescemos com a premissa marxista de que *todas* as questões sócio-políticas possam ser abonadas à ideologia, mas isso é assunto para outra discussão.

²⁹⁹ José Reinaldo de Lima Lopes observa, a respeito da crise pedagógica do direito, que “é preciso saber se o que fazemos quando ensinamos direito é ensinar morfologia (os conceitos jurídicos), sintaxe (teorias da norma), ou realização de discursos (decisão segundo o direito).” Isso porque, em sua opinião, “muitos dos desconfortos sentidos por alguns professores e provavelmente a maior parte dos alunos reside nessa incompletude de nossa maneira de ensinar. Esse desconforto também se encontra, menos explícito e verbalizado, nas pessoas comuns. Para estas, os juristas falam um linguajar incompreensível, sendo que os resultados efetivos desse jargão incompreensível são frequentemente non senses. Ou seja, do ponto de vista de uma justificação das decisões (e de seus resultados), parece difícil aceitar que os conceitos jurídicos levem a situação paradoxal, incompreensível ou injusta, como seja a de tratar desigualmente casos semelhantes, ou de, em nome da ordem dos conceitos, terminar por ferir estados de coisa conforme ao direito.” Cfr. LOPES. 2009, páginas 69 e 70.

utilizando como exemplo um voto do ministro Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal, e na qual se observou que as justificativas de adoção de certa tese jurídica se sobrepunham à solução do litígio. Conquanto esteja na seara do direito constitucional, é na concepção *cientifista-normativista* do direito que encontramos uma das razões pelas quais a decisão judicial estava contaminada por esse vício formalístico, que fazia com que o voto estivesse “tão preso às generalidades das definições, que não é fácil extrair dele a *ratio decidendi*,” o que impedia que se gastasse “tempo suficiente com as qualidades do caso concreto que justificariam, ou motivariam, seu enquadramento nos termos e conceitos longa e didaticamente explicados.”³⁰⁰

O uso abundante de *violência simbólica* evidencia-se também no fato de que muitas vezes os argumentos se sustentam unicamente no *prestígio* de quem os formula. Recorre-se com frequência à citação dos mestres para justificar determinada conclusão, ou também no seu *capital simbólico*, adquirido a custa dos títulos, cargos e condecorações, obtidos ao longo da vida acadêmico-profissional. Uma evidência desses usos disciplinares do cientificismo processualista é a recorrência com a qual se definem diversas questões unicamente com fulcro em *argumentos de autoridade*: na legitimação das *relações de poder* estabelecidas pelos doutrinadores perante o restante da sociedade, a opinião daqueles que se dizem portadores da *verdade científica processual* são artifícios muito apreciados e eficazes, e asseguram a prevalência da sua opinião.

No mesmo sentido, várias vezes encontramos premissas de raciocínio precedidas de fórmulas do tipo “sabe-se que,” “cediço é que,” “é de conhecimento geral que,” o que denota não apenas a fragilidade da argumentação que dispensa comprovações fáticas para se apegar exclusivamente no prestígio de quem está formulando o silogismo, mas também para a importância do seu *capital simbólico* nesse ambiente. Esta forma de argumentar, também chamada de *definição persuasiva*, a pretexto de ser clara e objetiva, esconde a alta carga de *juízos de valor* que ela contém.³⁰¹ A conquista dessa *credibilidade* se dá exatamente por obra e graça do *cientificismo*: é ele o fiador da *superioridade* dos

³⁰⁰ Cfr. *idem, ibidem*, página 77.

³⁰¹ Sobre as *definições persuasivas*, obtempera Luis Alberto Warat: “Estas definições encontram-se integradas por propriedades designativas selecionadas para os fins persuasivos. Assim, o produtor da definição assegura, para si, o monopólio da constituição do campo denotativo, pois os receptores encontram-se adormecidos para a discussão dos critérios designativos persuasivamente propostos, o que encerra a possibilidade de discutir a inserção de um objeto em uma classe. Em suma, *sob a aparência de definições empíricas, as definições persuasivas encobrem juízos de valor.*” Cfr. WARAT. 1995, página 70.

juristas,³⁰² o elemento que garante o processo de *interpelação-identificação* mormente por meio da separação entre o *saber comum* e o *saber acadêmico*.³⁰³

Assim, quem desejar debater, discutir ou criticar algum aspecto do ordenamento processual necessariamente deverá se municiar de argumentos e linguagem apropriada, sob pena de ser afastado *incontinenti*, por absoluta inaptidão técnica.³⁰⁴ Sempre será possível alterar algum instituto processual, mas contanto que respeitados os cânones seculares da *ciência processual*: desde a autonomia do processo em relação ao direito material, o caráter público do direito de ação, passando pelo conceito *carneluttiano* de *lide* e pela importância dos pressupostos processuais. A legitimação social do discurso acadêmico passa pelo preciosismo da linguagem, pela valorização das fórmulas ensinadas dentro das salas de aula e gravadas nas incontáveis monografias, teses e artigos que recheiam as bibliotecas e livrarias.³⁰⁵

Como exemplo destes fenômenos, temos que a *história* do processo é apresentada de modo *evolucionista*, no sentido de uma linha sequencial de acontecimentos e modos de exercício da jurisdição que teriam se aprimorado com o passar dos anos e das experiências jurídicas, como o “o crescimento de uma planta, em que a *causalidade* dos fatos é substituída por necessidades de ordem moral,”³⁰⁶ culminando no atual estágio, que seria o ideal, ou *mais desenvolvido*.³⁰⁷ Disso decorre que os formatos aplicados no passado

³⁰² Ainda de acordo com Pierre Bourdieu, “os discursos só recebem seu valor (se seu sentido) na relação com um *mercado*, caracterizado por uma lei de formação de preços particular: o valor do discurso depende da relação de forças que se estabelece concretamente entre as competências linguísticas dos locutores entendidas ao mesmo tempo como capacidade de produção e capacidade de apropriação e apreciação ou, em outros termos, da capacidade que os diferentes agentes engajados na troca de impor os critérios de apreciação mais favoráveis aos seus produtos.” Cfr. BOURDIEU. 2001, página 100, traduzimos.

³⁰³ Este tipo de prática é referida por Luis Alberto Warat como a *redefinição indireta*: “A redefinição indireta ocorre na interpretação da lei a partir de um conjunto de argumentos retóricos, por intermédio do qual são propostas, de forma velada, mudanças das propriedades designativas dos termos-chaves da lei. Entre os argumentos redefinitórios mais utilizados pelos juízes, podemos citar: o recurso a teorias, as adjetivações desqualificadoras, a apreciação axiológica dos fatos, a alteração sintática das normas e o emprego de variáveis axiológicas.” Cfr. WARAT. 1995. página 80.

³⁰⁴ “*As palavras, expressões, proposições, etc.,*” dirá Pêcheux, “*mudam de sentido segundo as posições sustentadas por aqueles que as empregam*, o que quer dizer que elas adquirem seu sentido em referência a essas posições, isto é, em referência às *formações ideológicas* (no sentido definido mais acima) nas quais essas posições se inscrevem.” Vale dizer, “recebem seu sentido da formação discursiva na qual são produzidas: retomando os termos que introduzimos acima e aplicando-os ao ponto específico da materialidade do discurso e do sentido, diremos que os indivíduos são ‘interpelados’ em sujeitos-falantes (em sujeitos de *seu* discurso) pelas formações discursivas que representam ‘na linguagem’ as formações ideológicas que lhes são correspondentes.” Cfr. PÊCHEUX. 2009, página 147.

³⁰⁵ A propósito, observava Pierre Bourdieu, dentro de sua lógica *econômica* dos discursos, “quanto mais o mercado é oficial, quer dizer praticamente conforme as normas da língua legítima, mais ele é dominado pelos dominadores.” Cfr. BOURDIEU. 1991, página 103, traduzimos.

³⁰⁶ Cfr. BECKER. 2002, páginas 63 e 64.

³⁰⁷ A título ilustrativo, confirmamos o seguinte excerto: “A história do direito revela que a sociedade passou por vários estágios até chegarmos à jurisdição. Inicialmente houve a vingança social - tribos e grupos sociais

ou em outras sociedades seriam necessariamente piores, seja porque não inseridos nessa linha desenvolvimentista, ou porque não afixados ao fluxo genealógico reputado adequado.³⁰⁸ A mesma *evolução linear* é encontrada também nos ensinamentos a respeito do “desenvolvimento” da ciência processual, como que num *continuum* ininterrupto, o qual se iniciou na fase *sincrética* (submissa, primitiva), seguida da *autonomia* (fértil, mas excessivamente tecnicista), culminando na atual fase *teleológica* (instrumental e efetiva). Nesta senda, proposições que destoem essa *sequência evolutiva* ou simplesmente a reneguem, são avaliadas como *retrógradas e inadequadas*.³⁰⁹

A circunstância de as *realidades* imaginadas na dogmática processual não se adequarem ao cotidiano forense, gerando conflitos entre a norma (idealizada) e a prática (concreta), não invalidam em nada os seus postulados.³¹⁰ A estereotipação de que falávamos anteriormente é um recurso que serve para persuadir os sujeitos-interpelados de que as disparidades do sistema não decorrem de *erros de diagnósticos*, mas de circunstâncias externas à teoria processual. Isso fica particularmente claro na defesa da jurisdição como única forma legítima de resolução de conflitos (o discurso da *pacificação social pelo processo*, que trataremos no próximo capítulo). Apesar de as pesquisas de opinião apontarem para uma insatisfação da população em relação ao Judiciário e ao processo civil, qualificados como *elitistas, ineficientes e burocráticos*, o discurso acadêmico produz uma série de enunciados voltados a louvar os benefícios da entrega do

reunidos para a defesa mútua; posteriormente na fase da vingança privada - Juízo das Ordálias, por exemplo - a vingança não era efetivada pelo grupo social, mas pelo Estado incipiente. Por fim, surgiu a fase atual em que verificamos que o Estado proíbe a vingança chamando para si a função de fazer justiça. Cria-se o Estado, a obrigação e a necessidade de prestar assistência jurídica para aqueles que não podem pagar por ela.” PASTORE. 2004, página 154.

³⁰⁸ O tema chega a ser apresentado pelos processualistas sob os auspícios da *evolução da humanidade*: “Na evolução milenária da humanidade, o direito, na sua gênese, foi concebido como necessidade ética vital para manter-se a paz social. Com a aplicabilidade espontânea (como é o normal) de suas regras e de seus preceitos, os homens se respeitam mutuamente e mantêm natural intercâmbio, conciliando, por atos próprios, os interesses recíprocos. Quando, ainda por uma fatalidade histórica, os conflitos surgem, ao processo cumpre desempenhar seu destino: fazer cumprir o direito objetivo e zelar pelo direito subjetivo de quem tenha razão dentro do ordenamento jurídico. O alvo dos litigantes e do próprio juiz (como representante imparcial do Estado) é a justiça para o caso dentro da lei ou, de outro modo, de ser a lei aplicada com justiça. Em último término, é o direito a solver o conflito por via do processo.” Cfr. LIMA. 1984, página 17.

³⁰⁹ Nesta senda, José Eduardo Faria afirma que os discursos jurídicos, “expressando-se sob a forma de um saber acumulado difusamente, sempre presente nos sistemas institucionais e provocando efeitos de realidade e coerência que ocultem as implicações políticas, sociais e econômicas dos dogmas jurídicos, têm por objetivo configurar a história de um modo apenas idealizado, com a finalidade de tentar reproduzir formas sociais hegemônicas.” Cfr. FARIA. 1992, páginas 94/95.

³¹⁰ A propósito, diz-se que “esses discursos muitas vezes acabam sendo, na prática, formas disfarçadas de investimento político, internalizando modelos de ação, classificação, argumentação e julgamento – modelos esses destinados a maximizar o poder dos grupos que os enunciam sob a forma do senso comum teórico tanto em relação a concorrentes não-juristas quanto perante sub-grupos rivais no âmbito do próprio universo jurídico.” Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

monopólio da jurisdição ao Estado-juiz. Vejamos o trecho abaixo, extraído de obra de referência para o processo civil, que é bastante representativo:

Nela [na Justiça] deposita a população a última das esperanças que lhe oferecem as instituições humanas e são inerentes ao regime democrático consubstanciado no Estado de direito; seus membros sabem, de modo mais ou menos consciente, que renunciar a essa esperança seria condenar-se ao perpétuo estado de insatisfação pessoal e profunda insegurança. Todos sabem que necessitam da Justiça e isso contribui muito eficazmente para a manutenção de seu prestígio e permanência da crença na obrigatoriedade de suas decisões. Sem duvidar da validade das decisões imperativas emanadas do Estado-juiz ao cabo do procedimento previamente instituído, a população racionalmente mantém a generalizada crença na legitimidade do sistema processual-estatal e com isso está confiante no resguardo da segurança de cada um. Mesmo as frustrações individuais em face de decisões desfavoráveis e ainda eventuais manifestações incivis de rebeldia individual (como no grave incidente havido no Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, em setembro de 1985) não infirmam a legitimidade da jurisdição, nem a generalizada aceitação dos resultados de seu exercício.³¹¹

Primeiramente, soa-nos claro que esse tipo de construção retórica só se sustenta ao custo de uma crença no prestígio de quem a enuncia, ou na sua autoridade, que é essencialmente acadêmica neste caso.³¹² O fato de se tratar de ilustre doutrinador é que lhe permite fazer afirmações que pareçam auto-evidentes,³¹³ mesmo quando os dados empírico-estatísticos apontem para o sentido contrário ao que se está afirmando.³¹⁴ Na ausência de elementos concretos que atestem a imaginada legitimidade do Judiciário, *cria-se o fato*, essencialmente no plano *discursivo*, para se contrapor à fria realidade, qual seja, o enunciado proferido por autoridade reputada competente e dotada de capital simbólico

³¹¹ Cfr. DINAMARCO. 2009, páginas 170/171.

³¹² Quando lemos que “a população racionalmente mantém a generalizada crença na legitimidade do sistema processual-estatal,” percebemos que quem a formula não se preocupa nem um pouco em demonstrar a sua verificabilidade concreta, na certeza de que o seu capital simbólico, e dos mestres que o antecederam na difusão desse tipo de enunciado, serão suficientes para a sua aceitação.

³¹³ Poderíamos facilmente substituir as afirmações retratadas por fórmulas tautológicas como as que seguem: *o Judiciário pacifica porque num Estado de Direito é o Judiciário quem pacifica*, ou *a população crê no judiciário porque é nele que ela deve crer como último bastião da legalidade*, ou ainda *o juiz é o legítimo pacificador porque a população o vê como legítimo pacificador*. Embora escandalosamente infundadas, no fundo as redundantes afirmações trazidas como exemplo estão estruturadas exatamente como a que segue: “mesmo sem crer na eficiência da Justiça, a população confia na sua idoneidade; mesmo preferindo não recorrer a ela, sabe que em nada mais poderá confiar, quando não contar com ela. Por isso, acata-a. E nisso reside a legitimidade do poder exercido *sub specie jurisdictionis*, que opera como fator de manutenção das regras sociais de convivência e de garantia contra as inevitáveis tendências à desagregação social e desvio das metas coletivas.” Cfr. *idem, ibidem*, página 171.

³¹⁴ Embora os dados estatísticos realmente atrapalhem a difusão da ideia de aceitação da tal “legitimidade” do Judiciário, eles nunca são esquecidos; mesmo que lembrados, eles em nada abalam a convicção dos autores: dirá Candido Rangel Dinamarco, por exemplo, que “esses dados empíricos e essas atitudes passivas, contudo, significam somente que o grau de legitimidade da Justiça, em dado momento histórico e no lugar considerado, é menor do que se desejaria que fosse, sem porém que deixe de existir a legitimidade e sem que passe a ser ilegítimo o poder em si mesmo.” Cfr. *idem, ibidem*, página 167.

suficiente para formulá-lo (os *topoi* de que falava Luis Alberto Warat³¹⁵). Somente assim para ter por corretas orações como a de que, embora a população “prefere evitar o recurso” ao Judiciário, “sente que precisa dele e, apesar de tudo, respeita-o e, em alguma medida, ainda crê na sua idoneidade.”³¹⁶

Aliás, tais raciocínios se ressentem até mesmo de falhas lógicas: no afã de afirmar que, a despeito de haver insatisfações e descrença generalizada no sistema processual justiça, a população ainda o respeitaria como *último bastião da justiça*, utilizam-se *petições de princípio*, ou *argumentos circulares*, nitidamente identificáveis no trecho retratado. Basta ver que o autor assevera implicitamente (sem demonstrar) que “todos sabem que necessitam da Justiça”, para depois retomar essa afirmação, antes implícita, de que “as frustrações individuais” não “infirmam a legitimidade da jurisdição,” na forma de conclusão.³¹⁷

Esta dinâmica argumentativa remete a uma postura de *evangelização* dos costumes, uma certa *canonização* daqueles que insistem em ver no processo um *saber* meramente *prático*, quando se trataria na verdade de um sofisticado *sistema* erigido sobre institutos e conceitos altamente complexos e técnicos. Para tanto, aspectos relacionados à posição social dos acadêmicos, vistos como detentores de um saber diferenciado e até as instituições de ensino às quais eles estão vinculados³¹⁸ são evidentemente relevantes,³¹⁹ pois permitem que se realize uma *reserva de mercado argumentativo* em seu favor,

³¹⁵ Sobre o conceito de *topoi*, vejamos: “Os ‘topoi’ são lugares em nome dos quais se fala, como elementos calibradores dos processos argumentativos, de forma tal que se força a aceitação de determinadas teses conclusivas dos discursos, a partir de fórmulas integradoras e estereotipadas. Assim, tais fórmulas, vinculando conclusões às representações sociais culturalmente impostas, forçam, em um processo de identificação ideológica, o consenso sobre as mensagens comunicadas.” Cfr. WARAT. 1995, página 17.

³¹⁶ Cfr. DINAMARCO. 2009, página 167. “Sente”? “Respeita-o”? “Crê”? Qual a base – sobretudo fática – para se chegar a tais conclusões, a não ser atribuir a quem as formula uma autoridade performativa que o dispensa de justificativas? Se a população ainda vai ao judiciário, é primeiro em razão da forma como a sociedade se estruturou – incluindo aí os discursos – e depois porque não tem outra opção, já que a autotutela é vedada. São argumentos do tipo *peneira para tapar o sol* como esse que impedem uma visão verdadeiramente crítica do sistema judiciário como um todo.

³¹⁷ Basicamente, o silogismo é o seguinte: 1) *Num Estado de Direito, o judiciário é o último bastião da legalidade*; 2) *As pessoas estão num Estado de Direito*; 3) *Logo, as pessoas reconhecem o Judiciário como último bastião da legalidade*. Ora, a premissa (1) e a conclusão (3) formam um círculo. A afirmação de que o Judiciário é o “último bastião da legalidade” só faz sentido se o enunciado for reconhecido como válido. Logo, a explicação que acompanha a premissa é exatamente a conclusão do argumento, o que o caracteriza como circular. Vale dizer, o Judiciário é o último bastião da legalidade *porque* as pessoas o *reconhecem* como tal. Agradeço a Uirá Machado pelo auxílio na *desmontagem lógica* dessa argumentação.

³¹⁸ Segundo Luis Alberto WARAT, “em nossa sociedade, na maioria das vezes, o convencimento não é gerado apenas pelo emissor de um discurso, mas entre outros fatores, também pela instituição que, ao voltar a enunciar-lo, o redefine, o adapta e permite a possibilidade de convencimento.” Cfr. WARAT. 1995, página 93.

³¹⁹ “Na verdade,” dirá Pierre Bourdieu, “o uso da linguagem, quer dizer tanto a maneira quanto a matéria do discurso, depende da posição social do locutor que comanda o acesso que ele pode ter à língua da instituição, à palavra oficial, ortodoxa, legítima.”³¹⁹ Cfr. BOURDIEU. 1991, página 163, traduzimos.

possibilitando o convencimento dos sujeitos, sobretudo com fulcro em *falácias não formais*.³²⁰

Colocadas as premissas acima, fica bem mais palpável e crível a circunstância, tantas vezes confirmada, de que, muito embora a forma como o Estado resolva os litígios que lhe são confiados seja assunto pertinente a toda a sociedade, apenas a determinado ramo da processualística se tem permitido estabelecer as regras pelas quais o ordenamento positivo do processo civil será regido.³²¹ As práticas de *interpelação-identificação* e o uso da *violência simbólica* são levadas a efeito de forma eficiente já que a estratégia de certificar a superioridade do *saber científico* do processo sobre os demais é muito bem sucedida: o processualista tem sido a *tábua de salvação* de nosso sistema jurisdicional – pelo menos é assim que se comportam os agentes do Estado, que os convocam insistentemente para reformar um sistema em ruínas, por eles mesmos arquitetado. Adiante trataremos dessa ascendência da doutrina sobre a produção legislativa pertinente ao processo civil.

5. Ascendência da doutrina sobre a legislação processual: a bem sucedida institucionalização do campo acadêmico.

Como consequência da implementação dos mecanismos acima citados, temos que atualmente o direito atinente ao processo civil brasileiro é um ramo completamente dominado pela doutrina. Com esta afirmação, queremos dizer que o direito processual civil – entendido como manifestação das regras jurídicas processuais escritas ou não – é regido e manipulado, em praticamente todas as suas dimensões formais – sobretudo a legislação – pelas criações da doutrina processualística. Não apenas os códigos, como veremos, mas também as leis adjetivas, são criados a partir de propostas elaboradas por juristas do

³²⁰ O conceito de *falácia não formal* foi assim explicado por Luis Alberto Warat: “Nesse sentido, pode afirmar-se que as falácias não formais são formas de persuasão que recorrem, para aceitação de suas conclusões, a crenças ou intuições ideologicamente respaldadas (mediante estereótipos). O mecanismo geral para o funcionamento das falácias não formais encontra-se fundamentado na produção de uma linha de argumentação que permite introduzir afirmações não demonstradas, sob a aparência de pertencerem ao universo das opiniões aceitas ou a um domínio conotativo comunitário.” Cfr. WARAT. 1995, página 76.

³²¹ Essa é a impressão também de Frederico Almeida, para quem “os especialistas em legislação processual, teóricos e práticos, são atores com acesso privilegiado às comissões de especialistas organizadas pelo Ministério da Justiça e pelo Congresso Nacional, para reforma e revisão dos Códigos e da legislação processual esparsa.” Cfr. ALMEIDA. 2010, página 127.

processo civil, seguindo em geral demandas por mudanças formuladas por membros egressos ou de alguma maneira vinculados à *Escola Processual de São Paulo*.³²²

O apego ao legalismo manifestado pelo processualista, do qual tratamos no capítulo anterior, é também uma consequência dessas circunstâncias: se o jurista é o autor das normas, então é natural que ele queira vê-las respeitadas. Essa constatação ajuda a compreender o afincamento com o qual os doutos procuraram participar de todas as reformas processuais ocorridas no plano legislativo. Devido à afinidade da produção acadêmica com a produção legislativa, as faculdades de direito não funcionam apenas como escolas de legalidade, mas “centros ‘censores’ do próprio saber jurídico.”³²³

Em interessante levantamento realizado no âmbito de sua tese de doutorado, Frederico Almeida demonstra a ampla participação que os representantes da *Escola Processual de São Paulo* (e também do IBDP) tiveram em recentes produções legislativas, com maior ou menor êxito, destacando-se “a recorrência com que seus membros são recrutados pelo Estado para a elaboração de projetos de revisão ou inovação legislativa.”³²⁴ É dos resultados das suas pesquisas que extraímos o Quadro 3, o qual destaca o *monopólio* exercido pelos doutrinadores da *Escola* em referência na legiferação do processo civil:

³²² José Carlos Barbosa Moreira confirma esta nossa impressão, observado que: “Tão intenso movimento legislativo reflete obviamente a pressão de transformações políticas, sociais, econômicas, que buscam exprimir-se nos vários setores do ordenamento jurídico. Nem sempre é secundário, na dinâmica desse processo, o papel mediador da doutrina mais sensível às renovadas necessidades e aspirações, das quais ela se faz intérprete junto às instâncias políticas: ninguém desconhecera a relevância que vem assumindo, entre nós, a ação de juristas empenhados em sugerir ao legislador iniciativas reformistas e em oferecer-lhe subsídios concretos para a realização da tarefa. A ciência jurídica decerto não é o motor da história, nem poderia arrogar-se tal condição sem justificar pronta suspeita de paranóia; mas pode colaborar, e tem colaborado, para dar régua e compasso a mais de um movimento de repercussão profunda nos destinos da humanidade.” Cfr. BARBOSA MOREIRA. 1995a, página 142.

³²³ Cfr. FARIA. 1992, página 90.

³²⁴ Cfr. ALMEIDA. 2010, página 155.

Nome	Trajetória Acadêmica	Trajetória Profissional	Participação em reformas legislativas.
Alfredo Buzaid	Professor e diretor da FADUSP	Advogado e Ministro da Justiça	Presidente da Comissão autora do CPC/73
José Frederico Marques	Professor da FADUSP e da PUC/SP	Advogado, Juiz de Direito e Desembargador do TJSP	Membro da comissão do CPC/73, relator do anteprojeto de CPP (1970); membro da comissão relatora do projeto da Parte Especial do CP (1970)
Cândido Rangel Dinamarco	Professor da FADUSP	Advogado; Desembargador do TJSP	Membro da Comissão do MP/SP para análise e emendas ao anteprojeto do CPP (1977); membro da Comissão de elaboração do anteprojeto da Lei de Ação Civil Pública (1985); redator do anteprojeto da Lei de Implantação dos Juizados de Pequenas Causas do Estado de São Paulo (1985).
Ada Pellegrini Grinover	Professora da FADUSP	Advogada; assessora jurídica de diversos órgãos públicos	Membro da Comissão de elaboração do anteprojeto da Lei de Ação Civil Pública (1985); presidente da Comissão de elaboração do Anteprojeto do CDC (1990); presidente da Comissão de reforma do CPP (2000); membro da Comissão de revisão da Lei de Ação Civil Pública (2008); autora do Projeto de Lei do Poder Executivo sobre quebra de sigilo telefônico (2008).
Kazuo Watanabe	Professor da FADUSP, FMU e UNG.	Advogado; Desembargador do TJSP	Membro da Comissão elaboradora do anteprojeto da Lei Federal de Pequenas Causas (1984); membro da Comissão de elaboração do anteprojeto da Lei de Ação Civil Pública (1985); membro da Comissão elaboradora do Projeto de Lei Estadual de Criação do Sistema de Juizados Especiais das Pequenas Causas (1986); membro da Comissão de elaboração do Anteprojeto do CDC (1990); membro da Comissão elaborador e revisor dos projetos de Reforma do CPC (1994-1995).

Quadro 3 – *Trajetórias acadêmicas e profissionais e participação em reformas dos membros do IBDP.*³²⁵

Uma boa pista para compreender este fenômeno seria o histórico predomínio de congressistas ligados ao meio jurídico nos parlamentos brasileiros.³²⁶ Ainda que não sejam atuantes ou ligados ao ambiente acadêmico do direito, é evidente que tais legisladores passaram por cursos de graduação e pós-graduação, ocasião na qual tiveram contato com os valorizados mestres do processo civil e sua eloquente doutrina – quando

³²⁵ Cfr. *idem, ibidem*, página 154.

³²⁶ Apenas à guisa de exemplo e considerando os dados disponibilizados no sítio da Câmara dos Deputados na *internet* referentes à atual legislatura (2011-2015), além daqueles que se declararam “bacharéis em direito,” 105 deputados, ou uma porcentagem de 20,46%, afirmaram exercer profissão que exige tal diploma (advogados, juízes, promotores de justiça, delegados). Fonte: sítio da Câmara dos Deputados na *internet* – www.camara.gov.br.

não diretamente como alunos, certamente na bibliografia recomendada. Esta é uma boa maneira de difundir e consolidar a mística imagem da *superioridade do saber técnico-processual* sobre os demais ramos de conhecimento, especialmente aqueles que poderiam eventualmente influir na elaboração de leis ligadas ao ordenamento processual, como a sociologia, estatística, gestão/administração pública, dentre outras. Desse modo, mesmo que a quota de parlamentares que já passaram por um curso jurídico não seja suficiente para compor uma maioria, é evidente que o *lobby* dos juristas é bastante influente, o que se tem traduzido no amplo prestígio manifestado aos consagrados doutrinadores do processo no bojo das Casas legislativas brasileiras.

Feitas essas constatações, a significativa presença de bacharéis em direito no Congresso não seria o bastante para decretar a dominação dos membros da *Escola Processual de São Paulo* na elaboração dos diplomas legais processuais. No mencionado estudo de Frederico Almeida essa ascendência do acadêmico sobre o político é relacionada a três fatores principais: a diversificação e a ampliação do ensino superior; a expansão e a institucionalização da pós-graduação; e a profissionalização da docência.³²⁷ Ainda que não neguemos a influência destes elementos, nem a sua relevância para o fenômeno por ele (mui propriamente) nomeado de *institucionalização do campo acadêmico*, apresentaremos nosso dissenso parcial, baseados na constatação de que a influência da teoria acadêmica na positivação do direito processual é bem anterior às circunstâncias fáticas acima sugeridas. Parece-nos que o fator determinante para esta subordinação da legislação processual às premissas científicas, permitindo a *institucionalização do campo acadêmico*, foi a consolidação do discurso da *supremacia do saber acadêmico* sobre o *saber comum*, implementado graças aos estratagemas retóricos delineados anteriormente.

Isso fica especialmente claro já na primeira grande manifestação de domínio da doutrina processual da *Escola Processual de São Paulo* sobre o ordenamento processual positivo, qual seja, o Código de Processo Civil de 1973 (Lei 5.925/73). O projeto de lei é da lavra de Alfredo Buzaid (1914-1991), professor de processo civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que afirmou ter buscado, na sua elaboração, inspiração nos “monumentos legislativos mais notáveis do nosso tempo,” esforçando-se em “aplicar os princípios da técnica legislativa, um dos quais é o rigor da terminologia na linguagem jurídica;”³²⁸ noticia-se também a marcante presença da doutrina de Liebman na

³²⁷ Cfr. ALMEIDA. 2010, página 129.

³²⁸ Cfr. BUZAID. 1974, página 10.

formatação desse ordenamento processual, na qual se buscou “amparo para a reformulação de institutos mal modelados na velha lei ou para a implantação de institutos ou soluções até então alheios ao nosso sistema.”³²⁹

O êxito de seus esforços pode ser medido pela ampla receptividade do Diploma pelos doutrinadores brasileiros: Vicente Greco Filho refere-se a ele como sendo um estatuto “dos mais modernos e de melhor qualidade do mundo, inclusive segundo depoimento de eminentes processualistas estrangeiros, tendo causado, já, benéficas influências na ciência do processo e na prática forense,”³³⁰ enquanto que Cândido Rangel Dinamarco, por sua vez, aduz ser “muito grande a superioridade técnica do segundo Código de Processo Civil [de 1973] sobre o primeiro[de 1939],” bem como que ele “representou um extraordinário avanço técnico, em relação ao seu antecessor.”³³¹

As motivações para tamanhas loas estão ligadas aos aspectos extremamente técnicos e à afinidade com as nomenclaturas e definições consagradas na doutrina processual pelo Estatuto de 1973; consta que ele teria utilizado uma linguagem “muito mais apurada e científica,”³³² e buscado “o emprego adequado e metodologicamente correto do vocabulário, de modo a designar em linguagem processual própria os institutos e fenômenos de que trata.”³³³ O preciosismo acadêmico daquele Diploma chega a tal ponto que encontramos na *Exposição de Motivos* digressões sobre o conceito de *lide*, para sustentar que no Código de 1939 ele “ora significa processo (artigo 96), ora o mérito da causa,” ao passo que o novo Estatuto “só usa a palavra ‘lide’ para designar o mérito da causa,” nos moldes preconizados na obra o conceito *carneluttiana*, prosseguindo com um

³²⁹ Cfr. DINAMARCO. 2005, página 259.

³³⁰ Cfr. GRECO FILHO. 2000, página 69.

³³¹ Cfr. DINAMARCO, 2003, páginas 279/280.

³³² Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

³³³ Cfr. DINAMARCO. 1995, página 46. E o autor retratado dá exemplos concretos: “evitou dizer ação *contra* o réu, conflito de *jurisdição*, *confissão do pedido*, recurso de ofício, etc., em demonstração da mais plena consciência da necessidade do emprego de uma linguagem cientificamente correta. Ao falar em *alienação judicial* e abandonar o vocábulo *venda* ou o verbo *vender* para designar fenômenos expropriatórios que se dão no processo executivo, fugiu legitimamente da influencia da linguagem privatista em sede processual.”

verdadeiro sermão doutrinário,³³⁴ muito próprio a uma sala de aula, mas um tanto deslocado num projeto de lei.³³⁵

Ademais, são vários os pontos em que a influência dos ensinamentos de Liebman pode ser testemunhada neste Estatuto:³³⁶ a inclusão das *condições da ação* no texto legal de 1973 – *interesse em agir*, *legitimidade de parte* e *possibilidade jurídica do pedido*,³³⁷ a descrição da *coisa julgada* como efeito da sentença, o sistema de execução de títulos extrajudiciais, dentre tantos outros. Mesmo em pontos nos quais a sua doutrina era francamente contrariada pela jurisprudência então dominante, as lições de Liebman se impuseram. Exemplo disso é o *julgamento antecipado de mérito*, quando se permitia ao juiz apreciar o mérito dos pedidos já no momento do seu saneamento, ou ainda o regime jurídico do *recurso adesivo*, temas esses que não eram de aceitação unânime na *praxis* forense.³³⁸ Num caso como no outro, cuidou-se de incluir tais institutos no Código de Processo Civil (arts. 330 e 500 do CPC/73), como que impondo aos operadores do direito tais medidas, à revelia dos modos da *cultura jurídico-processual* vigente.

³³⁴ Diz ele: “Lide é, consoante a lição de CARNELUTTI, o conflito de interesses qualificados pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro. O julgamento desse conflito de pretensões, mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a à outra, constitui uma sentença definitiva de mérito. A lide é, portanto, o objeto principal do processo, e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes.” BUZAID. 1974, página 11.

³³⁵ O ar *professoral* da *Exposição de Motivos* realmente é de chamar a atenção: como numa palestra para alunos, o Professor Buzaid parece estar *lecionando* a toda comunidade brasileira a *adequada* estrutura que o processo civil deve ostentar, *motivando* a sua *superioridade* na *sabedoria dos cientistas processuais*.

³³⁶ Afirma-se que o CPC/73 atendia à necessidade de “aperfeiçoar os institutos à luz dos maiores conhecimentos do direito processual, já incorporados à cultura brasileira na década dos anos setenta – graças, particularmente, ao fecundo labor do Mestre Enrico Tullio Liebman e da brilhante plêiade por ele modelada na chamada *Escola Processual de São Paulo*.” Cfr. DINAMARCO. 1995, páginas 21/22.

³³⁷ “O Prof. Alfredo Buzaid,” obtempera Cândido Rangel Dinamarco, “quando encarregado de elaborar o anteprojeto do atual Código de Processo Civil, ali adotou por completo as três condições da ação propostas pelo mestre (interesse de agir, legitimidade *ad causam* e possibilidade jurídica), dispondo ainda que, à falta de qualquer delas, o demandante carecerá da ação e, conseqüentemente, o processo se extinguirá (art. 267, VI, do CPC).” Cfr. DINAMARCO. 2005, página 259.

³³⁸ “É bastante significativa a repulsa da jurisprudência da época, profundamente comprometida com a cultura das formas e do formalismo, à sua proposta de admissibilidade do julgamento do mérito da causa no despacho saneador, hoje consagrada mediante o instituto do julgamento antecipado do mérito (art. 330 do CPC). Também não foi aceita no Brasil a tese de que entre nós prevaleceria o *beneficium commune* da apelação, sustentada por Liebman a partir da inexistência, no direito brasileiro, de um instituto equivalente ao *appello incidentale* do sistema processual italiano (arts. 333, 334 e 343 do CPC). Segundo ele, em caso de apelação interposta por um litigante vencedor em uma parte da demanda e vencido em outra, o adversário (também parcialmente vencido e parcialmente vencedor) não teria como postular para si uma decisão mais favorável que a de primeira instância, sendo inevitável a abertura do sistema para a *reformatio in pejus*, criação do direito justinianeu que as Ordenações do Reino haviam incorporado de modo explícito. Embora os doutrinadores e tribunais do país não hajam acolhido tal opinião, o advento do Código de Processo Civil de 1973, com expressa disciplina do recurso adesivo (art. 500 do CPC, veio a pôr uma pá de cal no problema, ficando a partir de então muito claro que no Brasil não se admite a *reformatio in pejus* nem se consagra o *beneficium commune*.” Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

Neste ensejo, vale lembrar que, conforme aduziu Frederico de Almeida, o domínio do *saber doutrinário* sobre a elaboração legislativa não se constituiu de forma pacífica, tendo enfrentado resistências por parte de operadores do direito *do nível da rua*, ou seja, principalmente advogados e julgadores, com franca vantagem do *argumento de autoridade* lastreado na cientificidade dos doutos.³³⁹ Realmente, ainda na linha da defesa da elaborada técnica empregada, vemos na *Exposição de Motivos* do Código de Processo Civil de 1973 o indisfarçável espírito de *domínio do saber científico* sobre as *instituições políticas*, notadamente o Poder Legislativo e os costumes forenses: Buzaid defende a sistemática processual por ele proposta alegando que “um Código de Processo é uma instituição eminentemente técnica,” sendo certo que “a técnica não é apanágio de um povo, senão conquista de valor universal.”³⁴⁰

Todavia, a acurada técnica e apego ao *cientificismo* não foram qualidades suficientes para isentar de críticas o *Código Buzaid*, inclusive de juristas egressos da *Escola Processual de São Paulo*: sustenta-se que ele ostentaria acentuado caráter patrimonialista, em razão do momento histórico do Brasil e dos valores então dominantes.³⁴¹ Instituiu um procedimento ordinário destinado a averiguar minuciosamente os litígios, de modo a evitar decisões precipitadas que pudessem implicar situações de *insegurança jurídica*, ao passo que, para aqueles que buscassem o judiciário com o objetivo de ver cumpridas obrigações contratuais – cumprimento de contratos, pagamentos de títulos de crédito – ou o restabelecimento da posse ilegalmente esbulhada – procedimento especial de *reintegração de posse* ou *imissão na posse* – foram previstos

³³⁹ Em seus próprios termos: “Além disso, especialmente por meio da socialização no âmbito do IBDP, da realização de cursos e eventos temáticos (muitos deles voltados para o aperfeiçoamento profissional) e da influência de obras acadêmicas da Escola no trabalho cotidiano dos juristas ‘práticos’ – é sempre importante lembrar o peso do argumento de autoridade na redação técnica e científica do direito, voltada para a defesa de teses aplicáveis a casos concretos (Oliveira, 2004; Nobre, 2005) –, a aliança entre agentes com trajetórias predominantemente acadêmicas e outros com trajetórias eminentemente prático-profissionais pode ser considerada o principal mecanismo de legitimação desse grupo contra o discurso, corrente no campo jurídico e contrário a discursos puramente teóricos, de que ‘quem entende do funcionamento da justiça é quem trabalha com ela’, empregado especialmente por juízes e advogados de ‘nível de rua.’” Cfr. ALMEIDA. 2010, páginas 151/152.

³⁴⁰ Cfr. BUZAID. 1974, página 10. A supremacia da *dogmática* sobre a *prática* também pode ser verificada em declarações como a que segue: “Diversamente de outros ramos da ciência jurídica, que traduzem a índole do povo através de longa tradição, o processo civil deve ser dotado exclusivamente de meios racionais, tendentes a obter a atuação do direito.” Cfr. *idem, ibidem*, página 11.

³⁴¹ Segundo Elaine Harzheim Macedo, “A modernização do país, principalmente a partir do processo de industrialização que se concentrou nas grandes cidades e no litoral (que transformou o Brasil, de um país eminentemente agrícola em um país de produção industrial), fez com que aos interesses patrimoniais, especialmente os de crédito, somados à influência do direito italiano, que aqui aportou pela doutrina de Enrique Tullio Liebman, sobreviesse o Código de 1973, principalmente assentado no processo de conhecimento e no seu procedimento ordinário.” Cfr. MACEDO. 2012, página 351.

dispositivos diferenciados, mais expeditos e eficientes. Por via de consequência, percebeu-se no Estatuto de 1973 um rito processual em regra lento, recheado de incidentes e recursos, acintosamente burocrático, e inadaptado à realidade forense brasileira.³⁴²

Mas nem os “equivocos” daquele Diploma desfizeram ou mitigaram a *supremacia* da doutrina ligada à *Escola Processual de São Paulo* no campo da elaboração legislativa; as críticas ao formalismo excessivo e ao apego exagerado a conceitos dogmáticos, em nada abalaram o prestígio dos membros deste ramo da academia junto aos legisladores. Ao contrário, foram eles também os protagonistas das principais reformas do Código de Processo Civil (contamos 68 normas reformadoras desde 1973), quase sempre sob os auspícios do princípio da *efetividade processual*,³⁴³ devidamente pensada, formulada e *prescrita* pela doutrina, característica da *terceira fase da evolução do processo civil*, qual seja, a fase *teleológica* ou *instrumentalista*.³⁴⁴

De fato, também as sucessivas alterações do Código de 1973 foram capitaneadas por juristas reconhecidos no meio processual, que alimentaram próximas ligações com os professores da *Escola Processual de São Paulo*. Destacam-se aquelas que ocorreram em duas grandes etapas, lideradas pelos ministros do Superior Tribunal de Justiça Athos Gusmão Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira, que almejaram, dentre outros objetivos, aumentar a eficácia de decisões mandamentais do Juiz (Lei 8.952/94 que introduziu a execução imediata de obrigação de fazer – arts. 461 e 461-A) e do relator dos recursos (Lei 10.352/01, que previu a possibilidade de se negar seguimento sem ouvir o restante da turma julgadora – art. 527).³⁴⁵ Foi também sob o argumento de que o Código de

³⁴² Nesse sentido, dentre tantos críticos, citamos o seguinte excerto de José Roberto dos Santos Bedaque: “A principal crítica dirigida ao Código de Processo Civil de 1973 consiste exatamente no ‘divórcio entre o modelo e a realidade’ verificado em determinados aspectos desse importante corpo de regras processuais, resultado de indiscutível avanço técnico.” Cfr. BEDAQUE. 2011, página 84.

³⁴³ Isso é confessado por Cândido Rangel Dinamarco: “Nossos olhos não estavam ainda propriamente abertos, nem nossos sentidos atentos à verdadeira revolução cultural em prol da bandeira da *efetividade do processo*, então brotando em plagas europeias. Isso quer dizer que o legislador brasileiro de 1973 não foi inspirado por aquelas premissas metodológicas de que hoje estão imbuídos os setores progressistas da doutrina brasileira – como a visão crítica do sistema processual pelo *ângulo externo*, a preponderância dada à figura do *consumidor* dos serviços judiciários, a fortíssima guinada para a *tutela coletiva* e, sobretudo, o sublime empenho pela *universalização da tutela jurisdicional* e efetivo acesso à ordem jurídica justa.” Cfr. DINAMARCO. 1995, página 222.

³⁴⁴ Nesta linha, vejamos: “Considerados os períodos em que se divide a história do pensamento processualístico, os dois Códigos Brasileiros de Processo Civil situam-se no período *autonomista* ou *conceitual*. As conquistas caracterizadoras da *fase instrumentalista* ou *teleológica*, principiam a ingressar no direito positivo brasileiro com diplomas supervenientes ao Código de 1973.” Cfr. DINAMARCO, 2003, página 280.

³⁴⁵ José Carlos Barbosa Moreira, referindo-se às reformas de 1994, afirmou: “É oportuno ver de que modo se vem relacionando com semelhante evolução do ordenamento a atividade da doutrina pátria. O exame da literatura dos últimos anos coloca em evidência acentuado paralelismo entre uma e outra. Aliás, boa parte das

1973 “reproduz em substância o mesmo sistema processual vigente no de 1939,” e que a propalada “superioridade técnica” não foi acompanhada de uma “evolução ideológica,” nem serviu para implantar um “novo *modelo processual*,” porque ambas as normas trazem “o desenho de um sistema individualista de tutela jurisdicional,” que foram feitas diversas alterações, tendo por norte o *discurso da ampliação do acesso à justiça e da efetividade da tutela jurisdicional*.³⁴⁶

Este longo histórico de reformas no ordenamento processual positivo teve como desfecho a conclusão de que era hora de substituir o *Código Buzaid*, sobrevivendo o Projeto de Lei nº 8.046/10, atualmente na *ordem do dia* da comunidade jurídica. A esta altura não causaremos nenhuma surpresa no leitor ao afirmar que também este projeto de lei foi encomendado e conduzido por um grupo de ilustres doutrinadores. O Quadro 4 *infra* relaciona os membros dessa *Comissão de Notáveis*: em sua maioria são também professores universitários, destacando-se os nomes de José Roberto dos Santos Bedaque e Teresa Arruda Alvim Wambier, vinculados à *Escola Processual de São Paulo*.³⁴⁷

Nome	Função na Comissão	Profissão	Docente
Luiz Fux	Presidente	Ministro do STJ	Sim
Teresa Arruda Alvim Wambier	Relatora-Geral	Advogada	Sim
Adroaldo Furtado Fabrício	Membro	Advogado	Sim
Benedito Cerezo Pereira Filho	Membro	Advogado	Sim
Bruno Dantas	Membro	Consultor Geral do Senado	Não
Elpídio Donizetti Nunes	Membro	Desembargador	Sim
Humberto Theodoro Junior	Membro	Advogado	Sim
Jansen Fialho de Almeida	Membro	Juiz de Direito	Não
José Miguel Garcia Medina	Membro	Advogado	Sim
José Roberto dos Santos Bedaque	Membro	Advogado	Sim
Marcus Vinicius Furtado Coelho	Membro	Advogado	Não
Paulo Cezar Pinheiro Carneiro	Membro	Advogado	Sim

Quadro 4 – Relação de membros da Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil (2010).³⁴⁸

A principal justificativa lançada para defender a promulgação de um novo Diploma processual é a de que, a despeito de suas qualidades, o Código de 1973 teria

modificações legislativas de que estamos tratando buscou inspiração em teses doutrinárias, quando não se beneficiou diretamente da colaboração de processualistas.” Cfr. BARBOSA MOREIRA. 1995, página 133.

³⁴⁶ Cfr. DINAMARCO, 2003 página 280.

³⁴⁷ José Roberto dos Santos Bedaque, conterrâneo, discípulo e sócio de Cândido Rangel Dinamarco em seu escritório de advocacia, é atualmente Titular da cadeira de Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Tereza Arruda Alvim Wambier, por sua vez, embora exerça o magistério em outra instituição – a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – é muito ligada aos mestres da *Escola Processual de São Paulo*.

³⁴⁸ Cfr. os sítios do Senado Federal (www.senado.gov.br) e a *Plataforma Lattes* do CNPQ (www.cnpq.br) na internet.

perdido a organicidade em razão de suas sucessivas alterações, o que estaria colocando em xeque a *funcionalidade* do sistema processual.³⁴⁹ A fórmula do projeto praticamente repete aquela dos dois Estatutos anteriores: respeito aos cânones do processo civil *científico*, e harmonização com as novidades desenvolvidas na seara da doutrina processual tida por *moderna* – especialmente aquelas mimetizadas do direito alienígena.

Quanto ao primeiro elemento, lemos na *Exposição de Motivos* que a Comissão elaboradora cuidou de manter “saúdável equilíbrio entre conservação e inovação, sem que tenha havido drástica ruptura com o presente ou com o passado,” identificando-se os “avanços incorporados ao sistema processual preexistente, que deveriam ser conservados.”³⁵⁰ De se consignar que renomados autores defendem a tese de que se trata de mera reprodução dos modelos processuais consagrados nos estatutos anteriores, como Ada Pellegrini Grinover que, quando indagada a respeito do projeto, afirmou que não se trataria de um novo Código de Processo Civil, mas de um “aperfeiçoamento do Código de 1973 com algumas modificações.”³⁵¹ No que tange à introdução de novos institutos, obtemperou a *Comissão de Juristas* que “foram criados institutos inspirados no direito estrangeiro,” vez que “a época em que vivemos é de interpenetração das civilizações,”³⁵² o que nos lembra a retórica adotada por Alfredo Buzaid no Código precedente, quando dizia que a técnica processual não é “apanágio de um povo, senão conquista de valor universal.”³⁵³

Uma inovação em relação aos outros Códigos de Processo Civil que merece ser mencionada é a adoção do *discurso da legitimação democrática* do Projeto de Lei, que

³⁴⁹ Consta da *Exposição de Motivos* do Projeto de Lei em comento: “O Código vigente, de 1973, operou satisfatoriamente durante duas décadas. A partir dos anos noventa, entretanto, sucessivas reformas, a grande maioria delas lideradas pelos Ministros Athos Gusmão Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira, introduziram no Código revogado significativas alterações, com o objetivo de adaptar as normas processuais a mudanças na sociedade e ao funcionamento das instituições. (...) O enfraquecimento da coesão entre as normas processuais foi uma consequência natural do método consistente em se incluírem, aos poucos, alterações no CPC, comprometendo a sua forma sistemática. A complexidade resultante desse processo confunde-se, até certo ponto, com essa desorganização, comprometendo a celeridade e gerando questões evitáveis (= pontos que geram polêmica e atraem atenção dos magistrados) que subtraem indevidamente a atenção do operador do direito. Nessa dimensão, a preocupação em se preservar a forma sistemática das normas processuais, longe de ser meramente acadêmica, atende, sobretudo, a uma necessidade de caráter pragmático: obter-se um grau mais intenso de funcionalidade.” Cfr. Brasil. 2010, página 12.

³⁵⁰ Cfr. *idem, ibidem*, página 33.

³⁵¹ Cfr. entrevista concedida por Ada Pellegrini Grinover ao sítio *Conjur*, em 21/10/12 – disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-out-21/entrevista-ada-pellegrini-grinover-processualista> – acesso em 26/10/12. Disse ainda o seguinte: “É claro que um Código novo é mais homogêneo, tem mais harmonia interna, mas eu costumo dizer que nós ainda estamos reformando o Código de 1973, que, por sua vez, tinha reformado o Código de 1939. Então, nada de novo ao sol do Brasil. Se esse Código sair do jeito que está no substitutivo da Câmara dos Deputados, é melhor que não saia.” Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

³⁵² Cfr. Brasil. 2010, página 33.

³⁵³ BUZAID. 1974, página 10.

teria sido submetido a consultas populares (inclusive pela *internet*) e recebido proposições de diversas entidades de classe ligados a operadores do direito.³⁵⁴ Esse tipo de discurso, que vem se aliar ao da *supremacia do saber acadêmico* na missão de legitimar socialmente as medidas legais, nos remete diretamente ao tema de nossa Dissertação de Mestrado, onde sustentamos que as formas de participação popular no processo legislativo foram inseridas no ordenamento jurídico apenas em seu aspecto *formal*, e seriam “*verdades construídas* apenas com o intuito de formar uma amálgama formalística, um ritual de passagem, dando roupagem de legitimidade à normas que são fruto da escolha das classes políticas, e que muitas vezes não possuem qualquer afinidade ou mesmo aplicabilidade no cotidiano da comunidade.”³⁵⁵ Neste ensejo, são várias as críticas denunciando a realização de audiências públicas *pro forma* – consta que teriam sido realizadas audiências sem que o texto do Projeto sequer tivesse sido disponibilizado,³⁵⁶ ou ainda que as propostas formuladas por terceiros alheios à Comissão não teriam sido levadas em consideração –, o que nos permite concluir que nossas observações aplicam-se também ao procedimento legislativo pertinente ao novo Estatuto Processual.

O que esse histórico de reformas legislativas nos permite concluir, observando-o não sob a ótica de uma *evolutiva linha do tempo*, mas dos *discursos* que o permeiam, é que, ainda que não se possa dizer que os defeitos do cotidiano processual sejam ignorados, fato é que muitas vezes as soluções apresentadas pelas mudanças nas leis processuais mostram-se paliativas, quando não totalmente inócuas. Os equívocos estruturais apontados pelos *cientistas* se repetem continuamente, mesmo que sejam eles mesmos os autores das

³⁵⁴ Esse aspecto também é mencionado na *Exposição de Motivos*: “A legitimação democrática adveio do desprendimento com que ouvimos o povo, a comunidade jurídica e a comunidade científica. O volume das comunicações fala por si só: foram 13 mil acessos a página da Comissão, audiências públicas por todo o Brasil nas quais recebemos duzentas e sessenta sugestões e a manifestação da Academia, aí compreendidos todos os segmentos judiciais; da Associação Nacional dos Magistrados à Ordem dos Advogados do Brasil, perpassando por institutos científicos e faculdades de direito, as quais formularam duzentas proposições, a maior parte encartada no anteprojeto.” Cfr. Brasil. 2010, página 9.

³⁵⁵ Cfr. OLIVEIRA. 2010 páginas 197/198.

³⁵⁶ Assim se manifestou um grupo de doutrinadores de processo civil, encabeçados por José Ignácio Botelho de Mesquita, em texto divulgado na *internet*: “A nosso ver, parece pouco frutífera a realização de uma audiência pública para discussão de um anteprojeto se não se tem em mãos, para prévio estudo, o esboço do texto. Causa-nos, assim, estranheza quando a Comissão afirma que pretende enviar ao Congresso o anteprojeto concluído ainda no início de maio. Por sua vez, na página do Senado supostamente destinada a divulgar os trabalhos da Comissão, não há nenhuma notícia concreta a respeito do anteprojeto – salvo um texto datado de janeiro de 2010 que apenas traz algumas ideias gerais, cuja cópia foi disponibilizada na referida audiência pública de São Paulo. O fato é que não obtivemos o texto base e a audiência foi realizada apenas para “apresentar as linhas mestras” e “colher sugestões”. E vale destacar que o desconforto gerado pela ausência de um texto base não foi apenas nosso, visto que mais de um dos que se valeram da palavra na referida reunião manifestaram-se exatamente nesse sentido.” Cfr. *Estudiosos se queixam do andamento da reforma do CPC*, disponível em <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI106678,101048-Estudiosos+se+queixam+do+andamento+da+reforma+do+CPC>.

chamadas *reformas*. Por exemplo, sobre os inconvenientes do Código de 1939, dizia-se que resultavam de “sua adaptação às nossas condições geográficas, a cujo respeito falharam as previsões do legislador,”³⁵⁷ crítica curiosamente formulada por Alfredo Buzaid, no ensejo da proposta de nova legislação que também se mostrou inadequada em diversos aspectos à realidade brasileira.

De fato, a estrutura legal do processo civil brasileiro vem sendo alvo, desde a nossa independência, de sucessivas modificações, sobretudo do ponto de vista legislativo, cujas justificativas apontam quase sempre para os mesmos motes: diminuir o formalismo e aumentar a celeridade e efetividade dos provimentos jurisdicionais.³⁵⁸ Aliás, se o Brasil levou mais de cento e vinte anos para promulgar o seu primeiro Código de Processo Civil, nos últimos cinquenta anos foi riquíssima a atividade legislativa neste setor,³⁵⁹ o que demonstra que, ao menos no plano parlamentar, a desburocratização do *iter* processual é uma preocupação presente, afigurando-se fértil terreno para produção normativa. A despeito disso, é generalizada a concepção de que o processo *ainda* seria essencialmente formalista, demorado e desnecessariamente complexo.

O que nenhum dos redatores dos diplomas processuais (o CPC/39, o CPC/73 e o que se avizinha) parecem ter atinado é que a própria ideia de *ciência processual* como um conhecimento sem fronteiras, aplicável a qualquer ordenamento independentemente das suas características sociais – fala-se em *multinacional do processo*³⁶⁰ – tem evidentes

³⁵⁷ Cfr. BUZAID. 1974, páginas 9/11.

³⁵⁸ Francisco Campos dizia que o CPC/39 insurgia-se contra um modelo de processo “formalista e bizantino.” Cfr. CAMPOS. 1939, página 1. Tratando das reformas de 1994/1995 e 2001/2002 ao CPC/73, aduz Cândido Rangel Dinamarco que “tiveram por objetivo declarado a agilização do sistema processual civil, com vista à oferta da tutela jurisdicional em menor tempo e procurando, para isso, afastar os óbices responsáveis pelas longas demoras do processo.” Cfr. DINAMARCO. 2005, página 259.

³⁵⁹ O CPC/39 foi objeto de 26 alterações; até hoje foram aprovadas 68 normas reformando o CPC/73, sem falar no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, atualmente em discussão perante o Congresso Nacional.

³⁶⁰ “A ciência” dirá Cândido Rangel Dinamarco, “não tem fronteiras e já foi definida como verdadeira *multinacional do processo*, ‘que em cada país tem suas características próprias, mas tem também, no conjunto, uma profunda unidade de inspiração sobre o que devem ser o processo e os princípios fundamentais que o governam.’” Cfr. DINAMARCO, 2003, página 59. No mesmo sentido, o seguinte excerto de José Roberto dos Santos Bedaque: “Existem, ainda, fatores culturais, econômicos e políticos que extravasam as fronteiras de um país. Ao determinar a renovação das relações jurídicas, fazem com que a doutrina processual se adapte à nova realidade, na busca de instrumentos adequados para a eficaz solução desses conflitos modernos supranacionais. Tais preocupações determinaram a elaboração dos Códigos Modelos de Direito Processual Civil e Penal para a Ibero-américa.” Cfr. BEDAQUE. 2011, página 71.

consequências no ordenamento jurídico como um todo,³⁶¹ especialmente o de prever no sistema procedimentos impraticáveis ou inadequados ao dia a dia nacional.³⁶²

A questão que estamos propondo para reflexão é que a dogmática processual procura em suas próprias lições ou, o que é ainda mais grave, na de autores alienígenas, as soluções para problemas que, não raro, acabam sendo criados por sua fecunda criatividade fenomenológica.³⁶³ Como nos lembra Dalmo de Abreu Dallari, referindo-se às reformas entabuladas no Código de Processo Civil em 1995, “quem selecionou os pontos para reforma e preparou os projetos de lei foi uma comissão constituída por juízes de tribunais superiores, naturalmente com a visão proporcionada por sua prática,” de modo que as inovações propostas “não atingiram grande parte do sistema processual, cujas características básicas foram mantidas.” Em respeito aos cânones processuais, “muitos pontos de estrangulamento permaneceram intocados, restando ainda muito por fazer para que se chegue ao ponto ideal, equilibrando a garantia do direito de defesa, a redução do custo para as partes e a celeridade dos processos, sem prejuízo da obtenção de decisões justas.”³⁶⁴ Com efeito, é do texto de um renomado processualista que colhemos o depoimento de que o “técnico do direito, ao descrever o processo, vale-se essencialmente de normas, legais (*lato sensu*) ou costumeiras que sejam; (...) e confronta seus raciocínios e conclusões com os de outros técnicos do direito que se hajam dedicado a igual empresa.”³⁶⁵

Neste ensejo, afigura-nos notável o quanto se ignora, nas discussões envolvendo a construção do ordenamento processual – antigas e atuais – uma personagem

³⁶¹ Ver, a propósito, o item 2 “O charco e as estrelas” do Capítulo I “A lei positiva e a legitimação da autoridade do Estado Brasileiro” de nossa Dissertação de Mestrado, OLIVEIRA. 2010, páginas 34 e seguintes.

³⁶² Pensamos aqui na presunção de validade de citação realizada por edital (CPC, arts. 231 e seguintes), o procedimento sumário (CPC, arts. 275 e seguintes) atualmente em desuso porque acaba demorando mais que o ordinário, levando diversos juízes a promover a conversão do rito *sponte propria*, e a ação monitória (CPC, arts. 1.102.a e seguintes) que está em vias de extinção se aprovado o projeto de lei atual.

³⁶³ No sentido de defender a existência de certos problemas que somente poderiam ser resolvidos com o uso de *acurada técnica científica*, confira-se o seguinte excerto de artigo de José Carlos Barbosa Moreira que, ao discorrer sobre os *novos rumos* do processo civil brasileiro, obtempera: “Há problemas ao menos predominantemente técnicos que conservam, e com toda a probabilidade conservarão no futuro, permanente importância não só teórica, mas também e sobretudo prática - tanto quanto se pode, sem temeridade, falar de permanência num mundo de estabilidade tão precária. No Brasil, forçoso é admiti-lo, as noções técnicas, mesmo as mais elementares, nem sempre parecem haver-se enraizado com a firmeza necessária no patrimônio cultural de todos os operadores do direito, seja qual for a categoria a que pertençam. Ora, com má técnica não se conduz a bom termo processo algum. É indispensável, portanto, que os processualistas se ocupem da técnica. Se não o fizerem, ninguém mais o fará: decididamente não havemos de esperar (nem, aliás, de desejar...) que se disponham a suprir nossa omissão economistas, sociólogos ou especialistas em ciência política.” Cfr. BARBOSA MOREIRA. 1995, página 133.

³⁶⁴ Cfr. DALLARI. 2010. página 110.

³⁶⁵ Cfr. BARBOSA MOREIRA. 1988, página 7.

importantíssima na condução de qualquer processo: a serventia. O cartorário é muitas vezes o maior responsável pelo expedito – ou, o que é mais comum, *lentíssimo* – andamento do processo, já que é dele que dependerá a autuação das petições, a expedição de documentos, a remessa dos autos ao Juiz, a publicação dos atos, dentre outros atos necessários ao prosseguimento do *iter* processual.³⁶⁶ A relevância prática do cartorário – o “grande personagem semi-oculto do processo,” segundo José Reinaldo de Lima Lopes³⁶⁷ – é uma marca de nossas estruturas judiciárias há muito tempo, a despeito de sua discrição: o *tempo de balcão*, uma das características que “não se descobriam na letra do Código, mas no estilo de funcionamento do aparelho judicial,”³⁶⁸ tantas vezes negligenciado pelos estudiosos, é peça chave da complexa engrenagem do processo.

Não obstante a importância da serventia no bom andamento de um processo, o Código de Processo Civil dedica-lhe pouco mais do que cinco artigos, no Capítulo V, intitulado “Dos Auxiliares da Justiça;” de igual modo, se não é de todo ignorado pelos processualistas,³⁶⁹ o cartório certamente não é o foco de acurada dedicação. Atribuímos esse desprezo ao fato de a dinâmica cartorária ser vista pelos processualistas como assunto

³⁶⁶ Esse é o chamado “tempo de balcão.” Parecem-nos totalmente vazias de sentido as críticas ao aumento de prazo para as partes se manifestarem nos autos, ao argumento de que elas alargariam o tempo de duração do processo: poder-se-ia reduzir o prazo de defesa, de quinze para cinco dias, mas do que valeria se o cartório demora por vezes meses para juntar aos autos a peça e remetê-los ao juiz?

³⁶⁷ Cfr. LOPES. 2008a, página 437. E continua o autor: “Como a audiência não desempenhava de fato o papel central, e como tudo foi reduzido a escrito (inclusive as audiências), de forma a se tornar imediatamente um processo (dossiê), que seria oportunamente consultado para uma posterior decisão, o andamento do caso deslocava-se das relações entre partes e julgador para as relações partes e julgador mediada pelo cartório: nada chegava ao juiz, para decisão, sem passar pelo cartório, e nada chegava às partes sem que o cumprimento dependesse de um ato cartorário.” Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

³⁶⁸ Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

³⁶⁹ Sobre o *fosso* que separa *técnica processual* da *realidade forense*, José Carlos Barbosa Moreira escreveu: “Na prática dos juízos, porém, viceja toda uma congêrie de praxes, de rotinas burocráticas, de modos de agir, que, sem chegarem a caracterizar-se como manifestações de direito consuetudinário, se insinuam nos interstícios do ordenamento “oficial”, complementando-o - ou, às vezes, deformando-o. Muitos deles expressam inclinações pessoais dos sujeitos do processo, notadamente dos juízes, a quem incumbe a respectiva direção, mas, também, de outros agentes, como certos auxiliares do juízo, cujo papel, mais modesto na aparência, não exclui, olhadas as coisas de perto, o exercício de uma influência nada desprezível. Essas orientações “informais”, porque as mais das vezes aceitas sem objeção, não costumam tornar-se objeto de controle específico por parte dos tribunais superiores, e debalde se folhearão os repertórios de jurisprudência no afã de encontrar pronunciamentos que lhes digam respeito. Nem por isso é menor a sua importância: elas imprimem, em alguns casos, marcas muito fortes na fisionomia do pleito. Não há dois órgãos judiciais que processem de modo rigorosamente idêntico, em todos os pormenores, ainda as causas cujas características guardem entre si a mais perfeita analogia, e por maior que seja o empenho dos juízes em observar estrita fidelidade à disciplina legal aplicável. Semelhantes fenômenos escapam, geralmente, à cogitação dos juristas técnicos, que deles nem sempre se adverte, ou preferem despezá-los, talvez pela resistência que eles opõem aos métodos usuais de sistematização. Há, em seguida, as disfunções do mecanismo processual. No quotidiano forense, nem sempre as coisas se passam como quer o ordenamento; ou, melhor dizendo, quase nunca se passam com aderência absoluta ao modelo por ele traçado. (...) A técnica, sozinha, não informa o jurista de tais desvios; e, ainda quando, por notórios, eles se imponham à sua percepção, não lhe é dado, com os métodos próprios da hermenêutica e da dogmática, descobrir-lhes as causas nem atinar com os remédios hábeis para corrigi-los.” Cfr. BARBOSA MOREIRA. 1988, página 7.

de “segunda categoria,” sendo certo que não caberia misturar o mundo dos carimbos, capas de autos, certidões, gavetas e estantes aos grandes institutos do processo civil. Do ponto de vista acadêmico, o assunto é em geral remetido ao *direito administrativo*, a quem caberia regulamentar as atividades dos servidores, sustentando-se que ao cientista do processo não caberia lidar com tais questões:³⁷⁰ definir claramente o *conceito de lide* no Código é muito mais importante do que disciplinar o trabalho de um escrivão; as *condições da ação* despertam mais interesse do que procurar formas de otimizar o atendimento dos jurisdicionados no balcão dos cartórios...³⁷¹

O que nos leva a concluir que, a tomarmos por exemplo as reformas processuais anteriores e aquela que se avizinha, os anunciados defeitos da tutela jurisdicional (que atingiriam a sua *celeridade* e *efetividade*), rotulados segundo as fórmulas pré-existentes na doutrina processual, raramente são enfrentados convenientemente, porque não são problemas de *técnica* jurídica. Por essa razão nunca foram, não são, e não serão solucionados com remédios inspirados puramente nas fórmulas dogmáticas. Inclusive, essa *febre legislativa* pode ser atribuída a uma “falsa crença de que produzindo-se uma alteração nas palavras da lei, transforma-se mecanicamente as práticas sociais e os sentidos normativos.”³⁷² Como bem nos lembra Luis Alberto Warat, o que essa crença oculta é o fato de que sem modificar-se a ideologia dos intérpretes da lei, os novos “significantes” obtidos a partir da alteração do texto normativo “voltarão a adquirir as velhas significações.”³⁷³

6. Conclusão do capítulo.

Demonstramos como o caráter “científico” do processo civil foi relevante não apenas na demarcação epistemológica deste campo do conhecimento, como da própria produção normativa a ela relativa, entregue quase que exclusivamente aos *acadêmicos*

³⁷⁰ Esse elitismo tem reflexos no comportamento do juiz que – com raras e louváveis exceções –, embora tenha o dever de se envolver na administração de seu cartório, muitas vezes se omite, deixando o assunto a cargo de servidores com menor capacidade e/ou preparo.

³⁷¹ Pensamos que qualquer reforma do processo civil deveria necessariamente ser precedida de um estudo sobre os gargalos dos serventuários, cujos problemas não decorrem apenas de uma formação deficiente e de condições precárias de trabalho. Melhorar a disciplina – inclusive jurídica – do cartório é passo imprescindível para a melhoria dos serviços judiciais.

³⁷² Cfr. WARAT. 1995, página 68.

³⁷³ Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.* Por isso, exemplificando, a Lei dos Juizados Especiais Cíveis (Lei 9.099/95) criada para *desformalizar o processo*, sem o apoio da ideologia dominante do processo (*formalista* em sua essência), acabou sucumbindo à cultura jurídica ritualística das Cortes brasileiras, impondo aos jurisdicionados diversos procedimentos fetichistas em sua essência.

ligados ou egressos da *Escola Processual de São Paulo*, que se utilizam dessa ascendência sobre o legislativo para promover os experimentos e ensaios em âmbito jurisdicional que lhes pareçam pertinentes.

Conquanto soe natural que “especialistas” colaborem na elaboração de projetos de lei, sobretudo em matéria técnica como é aquela relacionada à condução de um processo judicial, constatamos que *somente* às propostas de doutrinadores integrantes de certa vertente ideológica do processo se franqueou o acesso às Casas Legislativas, seja por meio de convites formalizados pelos congressistas, ou ainda graças a proposições levadas a cabo em razão do seu prestígio no meio acadêmico-profissional. Se nem todas as propostas efetivaram-se como leis, fato é que boa parte das iniciativas do grupo doutrinário cientificista tiveram êxito, conduzindo à modulação do sistema processual de acordo com seus enunciados teórico-acadêmicos. Dentro desta dinâmica, são negligenciadas as contribuições de uma significativa gama de pessoas afeitas à realidade forense – aqueles dotados do conhecimento “do nível da rua” (serventuários, oficiais de justiça, “operadores do direito” alheios ao universo acadêmico, etc.) – e que poderiam efetivamente propor melhorias ou colaborar na formatação legal do ordenamento processual.

O que nos chama a atenção é que, a despeito de as repetidas reformas processuais terem sido promovidas sob o signo da *instrumentalidade* e da *desformalização* (tida como fase mais atual da *evolução científica* do processo), o tipo de procedimento praticado ainda é apontado como burocrático e ineficiente, em todo caso inadequado à realidade brasileira. Acontece que essas celeumas do sistema processual são justamente reflexos dos discursos que descrevam a *técnica processual* como sendo *regra científica*. As chamadas leis (da física, da biologia, da astronomia) são em princípio imutáveis, até que se apresente uma interpretação mais adequada dos fenômenos que elas interpretam. A imutabilidade das *regras processuais*, por outro lado, são constantemente confrontadas a dilemas práticos, porque não são, a despeito da insistência dos doutrinadores do processo, *regras científicas*.

Até se poderia, numa abordagem histórica, ou mesmo sociológica, atribuir a tais institutos um caráter de ciência social, no sentido de serem um importante *dado sociocultural* de determinada comunidade (a *cultura jurídica* de que falam os antropólogos), mas nada além disso;³⁷⁴ vale dizer, perquirir como uma sociedade define

³⁷⁴ Propondo uma forma de ciência do direito em tudo contrária àquela da qual acabamos de falar, José Eduardo Faria coloca como preocupação central os seguintes pontos: “(1) explicar como as formas jurídicas

esses elementos do processo pode ser um bom caminho para compreender o seu papel nas suas relações juspolíticas, porém, daí a dizer que a definição de jurisdição, ação ou processo conteriam caráter científico nos parece não apenas exagero, mas um engano conceitual. O equívoco pode ser verificado desde as premissas da dita *ciência jurídica processual*, que tem nas normas positivadas o seu principal objeto de estudo, as quais são elas próprias o fruto do êxito da *Escola Processual de São Paulo* em institucionalizar o seus *enunciados acadêmicos*.

Não há, pois, que se confundir a análise jurídica com a análise de um cientista; as tais “instituições elementares” do processo, os elementos fundadores da “ciência processual,” não refletem hipóteses científicas, no sentido de uma apreensão consciente e racionalizante da realidade que a disciplina pretende descrever. A “realidade” da ação, do processo, ou mesmo da jurisdição, são prescrições ligadas à(s) ideologia(s) dos seus formadores e dos interesses que eles procuram atender.

Nossa tese não se propõe especificamente a debater o caráter científico do processo: nosso objetivo foi apenas o de ilustrar como se formataram os *discursos da cientificidade* e alguns dos usos políticos que deles se fizeram. De outra sorte, o que também pretendemos por meio do levantamento legislativo foi demonstrar a existência de uma *institucionalização do saber acadêmico*, sobretudo no que tange aos diferentes diplomas processuais promulgados desde a segunda metade do século XX, prática que, ao que tudo indica, permanece em uso, como nos comprova o Projeto de Lei nº 8.046/10. Esperamos ter sido convincentes na tarefa de demonstrar que a atribuição de cientificidade aos enunciados do processo civil responde a determinados apelos, que não são apenas os de um vaidoso bacharelismo ou de um elitismo intelectual; há razões políticas para tanto, no ensejo de relações que descrevemos sobre os auspícios da *violência simbólica* enunciada por Pierre Bourdieu, e que tiveram concretas consequências como, por exemplo, a exitosa *institucionalização do saber acadêmico*, por ocasião da promulgação das leis positivas que regem o ordenamento processual.

O domínio da produção legislativa no campo processo por uma minoria acadêmica assegura a manutenção de uma forma de exercer a jurisdição que é muito cara às ideologias dominantes: apesar de hodiernamente refutar o *formalismo*, o *cientificismo* é

influenciam e ao mesmo tempo são influenciadas na organização de um determinado tipo de relações de produção econômicas e políticas; (2) identificar o direito positivo como um sistema aberto, integrado por conceitos, fórmulas e categorias tópicos suscetíveis de uma progressiva determinação por meio da prática criadora do interprete; (3) demonstrar como, a partir da pretensão de objetividade e neutralidade da dogmática, são ocultados os conflitos socioeconômicos-políticos.” Cfr. FARIA. 1989a, página 103.

assegura a manutenção do ritualismo que vigora em nosso sistema processual, embora sob outras facetas. Preocupando-se mais com a manutenção da lógica social do sistema imaginada em suas atividades especulativas (a *tecnificação* da aplicação do direito³⁷⁵), do que com a sua aderência à *cultura jurídica*,³⁷⁶ os processualistas preparam estruturas normativas (Código e leis esparsas) orgânicas e racionalizadas, mas cuja aplicação no dia a dia forense é bastante difícil, quando não impraticável. Ora, mas se como ensina José Reinaldo de Lima Lopes, “a teoria das normas concebe a ciência como um discurso sobre alguma coisa, e desse ponto de vista, a ciência do direito só pode ser um discurso sobre as normas,”³⁷⁷ e o discurso *sobre* as normas sendo ele próprio derivado de uma elaboração dogmática acadêmica, concluímos que o *saber do processo civil* brasileiro está de certo modo preso a um *círculo vicioso* que tem como centro o *saber* de alguns docentes, notadamente aqueles vinculados à *Escola Processual de São Paulo*.

Ainda que se discursse em termos de *instrumentalidade* e *efetividade processual*, o capricho terminológico do acadêmico tem contaminado a atividade jurisdicional, não raro restringindo a solução do conflito a intermináveis discussões pretensamente científicas, mas que raramente têm qualquer relevância para os direitos que os jurisdicionados procuram defender em juízo. A manutenção do *formalismo*, e de seus usos disciplinares, é assim assegurada pela adoção de uma *instrumentalidade* apenas de fachada, pressuposta, incapaz (ou desinteressada) de destituir o sistema judiciário de suas amarras ritualísticas.³⁷⁸

³⁷⁵ “Tecnificação” no sentido que lhe foi dado por José Eduardo Faria, ou seja, a valorização de noções como completude, equilíbrio e coerência como forma de conferir “ ‘cientificidade’ ao sistema jurídico.” Cfr. FARIA. 1992, página 27.

³⁷⁶ José Eduardo Faria fala de um dilema “hamletiano” do direito, martirizado entre “ser arte ou ciência.” Vale dizer, “entre ser ‘*tecnologia de controle, organização e direção social*’, o que implica uma formação unidisciplinar, meramente informativa, despolitizada e adestradora, estruturada em torno de um sistema jurídico tido como auto-suficiente, completo, lógico e formalmente coerente; ou ser uma ‘*atividade verdadeiramente científica*,’ de natureza problematizante, eminentemente especulativa e acima de tudo crítica – o que exige uma formação reflexiva, não-dogmática e multidisciplinar, organizada a partir de uma interrogação sobre a dimensão política, sobre as implicações sócio-econômicas e sobre a natureza ideológica de toda ordem jurídica.” Cfr. *idem, ibidem*, página 50.

³⁷⁷ Cfr. LOPES. 2009, página 53.

³⁷⁸ A propósito, obtempera José Eduardo Faria: “Graças à lógica normativo-constitucional e a esse formalismo processual, propiciando uma ideologia específica (o legalismo) cuja reprodução é assegurada por uma complexa tecnologia linguística e conceitual (a dogmática jurídica), o exercício da função judicial configura assim um intrincado aparelho burocrático no qual somente para efeitos analíticos é possível diferenciar-se o aparelho institucional (a dimensão funcional) e o aparelho ideológico (a dimensão lógico-sistemática). Graças a essa lógica e a esse formalismo, em outras palavras, o Judiciário organiza sob a forma de uma estrita hierarquia não apenas as instâncias judiciais, os seus poderes, mas, também, as próprias normas e fontes que conferem autoridade a todas suas decisões.” Cfr. FARIA. 1992, páginas 26/27.

Neste momento é que se vê como a *fabulação* sobre a racionalidade do direito,³⁷⁹ outra prática discursiva comum a este ramo doutrinário, revela-se útil aos propósitos da processualística: o mesmo matiz dogmático cria as normas, para depois criticá-las; reclama do formalismo reinante no processo,³⁸⁰ ao mesmo tempo em que ignora as estéreis discussões travadas exclusivamente pela necessidade de se preservar a *pureza científica* de certos conceitos e fenômenos processuais.³⁸¹ Todas essas práticas são facilitadas pelo *discurso da cientificidade* porque desfaz os contra-sensos percebidos em nível coletivo e permite aos doutos do processo continuarem estruturando o regime jurídico processual de acordo com premissas conceituais adequadas a um cotidiano jurisdicional que só existe no plano de suas utopias.³⁸²

A análise do discurso da cientificidade do processo e de seus efeitos disciplinares será útil ao restante de nossa tese, porque é a partir deles que a doutrina logra impor outros discursos à coletividade, notadamente o da *pacificação pelo processo*, o do *acesso à justiça* e, finalmente, o da *conciliação*, que serão a seguir explorados.

³⁷⁹ Sobre os seus *usos fabuladores*, ver Luis Alberto Warat: “A fabulação sobre a racionalidade do direito encontra-se apoiada por uma ampla gama de recursos lingüísticos: falácias, tópicos, estereótipos, processos redefinitórios, etc. (...) Um dos efeitos mais interessantes do uso fabulador é o que permite proclamar a defesa abstrata de certos valores, para logo violá-los ou empregá-los na consolidação de outros valores ou interesses topicamente identificados com os que se defende. Assim, por vezes, através da condição fabuladora de sentido, pretende-se fazer acreditar que há uma proteção ao homem em abstrato, esquecendo-se suas condições reais de existência. Estamos, desta maneira, diante da lei como garantia formal, o que, por sua vez, não deixa de ser uma engenhosa fórmula de fabulação. Em suma, mediante os atos fabulatórios, é obtida a coisificação dos sujeitos sociais e a consolidação do poder do Estado, sob a ficção de que seus atos e discursos são realizados em nome de uma vontade geral – em nome de todos os homens.” Cfr. WARAT. 1995, página 69.

³⁸⁰ Dirá, por exemplo, Cândido Rangel Dinamarco: “A excessiva preocupação com os temas processuais constitui condição favorável a essas posturas inadequadas [de valorizar a forma em excesso], com o esquecimento da condição instrumental do processo. Favorece, inclusive, o *formalismo* no modo de empregar a técnica processual, o que tem também o significado de menosprezar a advertência de que as formas são apenas meios preordenados aos objetivos específicos em cada momento processual.” Cfr. DINAMARCO. 2009, página 316.

³⁸¹ Nesse sentido, por exemplo, a teoria das *condições da ação*, marco inicial da “ciência do processo,” vem sendo vasto terreno para discussões dogmáticas, que de ordinário refogem ao objeto principal do litígio, não raro resumindo a sua solução a intermináveis disputas conceituais. Outro tema que atormentou os operadores de direito foi a *kafkiana* discussão a respeito das diferenças entre liminares concedidas a título de *tutela antecipada* ou *cautelar*, com nefastas consequências para os jurisdicionados. Lembramos também das celeumas decorrentes da modificação do *conceito legal de sentença* (com efeitos sobre a disciplina dos recursos), entabulada pela reforma legislativa ocorrida em 2005 (Lei 11.232/05), que visava dirimir as críticas à definição então vigente da sentença, que não poderia, segundo os doutrinadores, ser simplesmente descrita como o ato que punha “termo ao processo.” Isso sem falar em outros teoremas como a *distribuição dinâmica do ônus da prova*, a *mitigação dos efeitos da coisa julgada*, o *efeito translativo dos recursos*...

³⁸² Neste sentido, José Eduardo Faria acentua que “para a consecução desse processo de intermediação formalizadora das relações sociais, sempre na perspectiva de forçar a atomização, a dispersão e a banalização dos conflitos de interesses, são necessárias categorias abstratas capazes de permitir à dogmática situar-se de maneira distanciada – e ‘despolitizada’ – dos antagonismos reais. Graças a esse engenhoso processo de abstração generalizante, torna-se possível reduzir-se à unidade do sistema jurídico toda a multiplicidade e heterogeneidade de experiências, objetos e sujeitos (com sua própria individualidade específica), mediante a seleção de suas qualidades e seus traços comuns.” Cfr. FARIA. 1989a, página 100.

FONTES DE DISCURSOS DESTE CAPÍTULO.

BARBOSA MOREIRA. José Carlos. *Tendências contemporâneas do Direito Processual Civil*. in Revista de Processo 31, Julho de 1983.

_____ *Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo*. in Revista de Processo vol. 49, Janeiro de 1988.

_____ *A influência do direito processual civil alemão em Portugal e no Brasil*. in Revista de Processo 56, Out/1989.

_____ *Os novos rumos do Processo Civil Brasileiro*. in Revista de Processo 78, Abril de 1995.

_____ *Miradas sobre o processo civil contemporâneo*. in Revista de Processo 79, Jul/1995.

BEDAQUE. José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros. 2011.

Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal. *Exposição de motivos do Anteprojeto de Código de Processo Civil*. 2010.

BUZAID. Alfredo. *Exposição de motivos do Código de Processo Civil*. in Brasil. Senado Federal. *Código de Processo Civil – Histórico da Lei*. 1974.

CAMPOS. Francisco. *Exposição de Motivos do Decreto-Lei 1.608/39*. in Brasil. Senado Federal. Decreto-Lei 1.608/39.

CARNELUTTI. Francesco. *Metodologia do Direito*. Campinas: Bookseller. 2000.

CRUZ E TUCCI. José Rogério. *Espírito do processo civil moderno na obra de Rudolf Von Ihering*. in Revista de Processo 66, Abril de 1992.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Sobre o desenvolvimento da doutrina brasileira no processo civil*. in Revista de Processo 27, Jul de 1982.

_____ *A Reforma do Código de Processo Civil*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros. 1995.

_____ *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. Vol. I. 5ª Edição. São Paulo: Malheiros. 2002.

_____ *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 3ª edição. São Paulo: Malheiros. 2003.

_____ *Liebman e a Cultura Processual Brasileira*. in Revista de Processo 119, Jan de 2005.

_____. *A Instrumentalidade do Processo*. 14ª edição. São Paulo: Malheiros. 2009.

GOMES NETO. José Mário Wanderley e NOGUEIRA. Felipe Santana Mariz. *O paradigma racionalista e a rigidez das formas no processo civil*. in Revista de Processo nº 160, junho de 2008.

GRECO FILHO. Vicente. *Direito Processual Civil*. Vol. I. 15ª edição. São Paulo: Saraiva. 2000.

GRINOVER. Ada Pellegrini. *O magistério de Enrico Tullio Liebman no Brasil*. in Revista de Processo 46, Abril de 1987.

GUERRA FILHO. Willis Santiago. *Para uma epistemologia do processo*. in Revista de Processo 49, janeiro de 1988.

KELSEN. Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes. 1998.

LIMA. Alcides de Mendonça. *Os princípios informativos no Código de Processo Civil*. in Revista de Processo nº 34, abril-junho de 1984.

LISBOA. Celso Anicet. *A aproximação recíproca dos diversos ordenamentos jurídicos por meio dos códigos-modelo. Algumas tendências do processo civil brasileiro moderno*. in Revista de Processo 116, julho de 2004.

MACEDO. Elaine Harzheim. *O Direito Processual Civil e a Pós-modernidade*. in Revista de Processo 204, fevereiro de 2012.

MACIEL. Taline Dias. *Resquícios do Civilismo no Moderno Direito Processual Civil*. in Revista de Processo nº 47, julho de 1987.

MANCUSO. Sandra Regina. *O processo como relação jurídica*. in Revista dos Tribunais 682, agosto de 1992

MENDRONI. Marcelo Batlouni. *Síntese da Evolução Histórico-Científica do Processo*. in Revista de Processo 124, junho de 2005.

PASTORE. Suzana Vereta Nahoum. *O direito de acesso à justiça - os rumos da efetividade*. Revista de Direito Constitucional e Internacional nº 49, outubro de 2004.

SALDANHA. Jânia Maria Lopes. ESPÍNDOLA. Ângela Araújo da Silveira e MACHADO. Sadi Flores. *Combater vícios e aprimorar virtudes: o processo brasileiro frente à intensificação do chamado à jurisdição*. in Revista de Processo nº 172, junho de 2009.

SOUSA. Miguel Teixeira de. *Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais (algumas reflexões sobre o dogma da apreciação prévia dos pressupostos processuais na ação declarativa)*. in Revista de Processo 63, julho de 1991.

TALAMINI. Eduardo. *Medidas Urgentes ('Cautelares' e 'Antecipadas'):* a Lei 10.444/2002 e o Início de Correção de Rota para um Regime Jurídico Único. in Revista Dialética de Direito Processual nº 2 – maio de 2003.

CAPÍTULO III – PROMOVER A “PACIFICAÇÃO DO CONFLITO” PELO PROCESSO.

1. A pacificação pela “realização da vontade concreta da lei.” 2. Fenomenologia da pacificação I: os métodos. 3. Fenomenologia da pacificação II: os personagens. 4. A preservação do monopólio do poder estatal. 5. A pacificação é tardia e desgastante, mas não falha. 6. O discurso e a prática: origens dos conflitos 7. Conclusão do capítulo: pacificação pelo processo ou em favor do processo?

O discurso que abordaremos neste capítulo é o que propõe a existência de um escopo *pacificador* no processo judicial, é dizer, que o Estado, ao conceder a tutela jurisdicional estaria encerrando os conflitos civis e promovendo a paz entre os litigantes.

A hipótese com a qual trabalharemos neste capítulo é a de que o *discurso da pacificação* constitui um *meio disciplinar de proteção e justificação* do sistema processual e da forma como se exerce a jurisdição no Brasil. Procuraremos demonstrar, desta feita, que o *discurso* em comento não é voltado *para*, mas *contra* o cidadão. O tal *escopo social de pacificar* os conflitos, por meio da aplicação do que a doutrina processual denomina a “vontade concreta da lei,” seria sustentado e defendido como forma de conferir ao criticado Judiciário o *status* de única legítima instituição solucionadora das disputas jurídicas, o mesmo efeito *legitimador* ocorrendo em relação ao complexo e burocrático *iter*

procedimental constante da legislação processual (alinhado à ideologia da *Escola Processual de São Paulo*, como vimos).³⁸³

1. A pacificação pela “realização da vontade concreta da lei.”

“O escopo de pacificar pessoas mediante a eliminação de conflitos com justiça é, em última análise, a razão mais profunda pela qual o processo existe e se legitima na sociedade.” Cândido Rangel Dinamarco.

Numa primeira e mais açodada vista de olhos, seria possível dizer que o discurso da *pacificação pelo processo* se sustenta na ideia de que um procedimento bem conduzido levaria inexoravelmente ao encerramento do litígio e apaziguamento do estado de insatisfação dos jurisdicionados, principalmente porque se estaria franqueando a *atuação da vontade concreta da lei*, ou, nas palavras de José Roberto dos Santos Bedaque, “a satisfação efetiva dos fins do direito, com a realização da paz social mediante a atuação das normas jurídicas.”³⁸⁴

Os enunciados que encontramos explicariam o fenômeno da pacificação partindo do pressuposto de que haveria um hipotético *estado de ordem*, que corresponderia à estrita observância das normas jurídicas, o qual, uma vez perturbado pela desobediência a alguma regra de direito, ensejaria a provocação de uma intervenção estatal, visando ao restabelecimento da *harmonia social*.³⁸⁵ Em assim sendo, o processo seria o *local* onde ocorreria a *higienização* dos fatos sociais e, a atividade jurisdicional, o *meio* de devolver à sociedade a *correta ordem das coisas*.³⁸⁶ A *paz*, descrita nestes termos, é apontada como a

³⁸³ Ou seja, não trataremos da questão sob o enfoque da efetividade da *função pacificadora* estatal, à maneira de uma abordagem mais sociológica da questão (e mais comum também) – isto é, medir o grau credibilidade junto aos jurisdicionados da eficácia do Estado-juiz neste mister. Escolhemos, até para nos mantermos coerentes com a metodologia adotada no restante de nossa tese, analisá-lo sob a ótica dos discursos processuais e das simbologias que eles procuram incutir no subconsciente social.

³⁸⁴ Cfr. BEDAQUE. 2011, página 51.

³⁸⁵ Nesse sentido se dirá, por exemplo, que “se matemática fosse, a equação seria facilmente exposta e resolvida de maneira elementar, podendo-se concluir que todo ‘conflito’ exige solução, porquanto inimaginável perenizar qualquer espécie de embate, até porque a paz não só é estado sublime de espírito, assim como é valor e bem maior universalmente aceito e perseguido por toda a humanidade desde os primórdios dos tempos, mesmo que, não raramente, através de caminhos tortuosos e com resultados duvidosos.” Cfr. FIGUEIRA JÚNIOR. 2010, página 265.

³⁸⁶ A seguir reproduziremos um longo excerto extraído de clássico texto de autoria de professor de processo civil, que bem retrata o *ideário* que alimenta esse discurso: “Ainda que a quase totalidade das relações jurídicas entre os indivíduos (pessoalmente ou por meio de entidades coletivas de qualquer natureza – pública ou privada) se realize normalmente na vida cotidiana, sem necessidade de outra coação, que não a da própria consciência de cada um, é impossível, lamentavelmente, que deixem de ocorrer conflitos de interesses, dos

situação na qual a norma jurídica, antes violada, é *restabelecida* pelo Estado-Juiz, por meio da *tutela jurisdicional*,³⁸⁷ esta última entendida por sua vez como sendo a “efetiva proteção” que se confere “àquele cuja situação da vida encontra-se amparada pelo direito substancial.”³⁸⁸

Mas essa visão da atividade pacificadora é aquela que se encontra na *superfície* do discurso processual. Esmiuçando um pouco os enunciados que tratam da importância do *iter* procedimental na realização do escopo *pacificador* do processo, descortinamos uma série de efeitos que não guardam conexão com a mera atividade de *restituir* a ordem jurídica desacatada.³⁸⁹ Trata-se de uma forma de apresentar a sua “fenomenologia” que, creditando ao processo judicial, e não simplesmente ao restabelecimento da norma de direito material à qual ele tencionaria dar efetividade, uma variada gama de desdobramentos e fenômenos, explicariam a maneira de se chegar à almejada pacificação dos litígios civis.

Vale dizer, será um *modo de fazer o processo* que levará à composição da disputa ou, como preceituado por Galeno Lacerda, “através de um *modo facciendi*, de um método de ação de partes, terceiros e juiz, a terminar na sentença, que é norma de conduta

mais graves aos mais simples. Nesta hipótese – que continua imensa, embora mínima comparada com a ‘realização espontânea do direito’, em todos seus ramos – que congestionam os pretórios, de modo alarmante, criando o que se denomina de ‘crise do poder judiciário,’ torna-se inevitável a utilização do processo pelas vias competentes. Exatamente no momento crucial para a sociedade – a violação da paz e o esforço para o reequilíbrio da ordem jurídica, culminando com a sentença – é que o processo assume transcendental posição, oferecendo os meios regulares, com todas as garantias, para que se concretize a atuação da lei e se protejam os direitos subjetivos das partes. As normas do direito material, por sua finalidade, apresentam-se vivas quando são respeitadas voluntariamente por cada interessado; mas se tornariam mortas, se o processo não existisse, quando ameaçadas ou violadas em sua integridade, ou quando se torna imprescindível a declaração de um preceito, evitando, assim, eventual lesão futura. O processo, portanto, por seu objetivo, tem o dom, sobretudo, de fazer ressurgir o império da norma infringida.” Cfr. LIMA. 1984, páginas 13 e 14.

³⁸⁷ As linhas gerais desse raciocínio ficam muito claras no seguinte excerto, colhido duma imensidão de exemplos que traduzem conteúdo similar: “Sucedem, porém, que, em havendo resistência de uma das partes à pretensão da outra, vedada que está a autotutela, surge a necessidade de que o Estado, através do processo, resolva este conflito de interesses opostos, trazido à sua apreciação, dando a cada um o que é seu e reintegrando a ordem e a paz no grupo. De tal importante tarefa se desincumbe o Estado através da jurisdição, poder-dever, reflexo da sua soberania, através da qual, substituindo-se à atividade das partes, coativamente age em prol da ordem ou segurança jurídica. Trata-se de uma função pública de capital importância para o bom convívio dos homens na sociedade complexa e tensa em que vivemos.” Cfr. JARDIM. 1987, s/p.

³⁸⁸ Cfr. BEDAQUE. 2011, página 108. Seguindo a mesma linha de raciocínio, outro renomado processualista sustentará que a “eliminação (ou composição) do conflito de interesses existente (ou virtual) entre as partes” acontecerá por meio da “*declaração e aplicação do direito* incidente ao caso concreto (processo de conhecimento), ou mediante a *realização prática do direito* (processo de execução).” Cfr. CARNEIRO. 1980, página 9.

³⁸⁹ De fato, se a mera aplicação do direito fosse suficiente para obtenção da almejada pacificação, toda a sucessão de atos processuais seria dispensável, bastando ao juiz, identificando a anomalia legal, anunciar qual seria o reparo a ser feito, não passando de mero exercício de arbitramento, quase como um cálculo aritmético.

às partes desavindas.”³⁹⁰ De fato, o processualista credita ao *iter procedimental* e à observância de seus ritos pré-estabelecidos, a capacidade de influenciar decisivamente o comportamento de seus partícipes e cessar a disputa. O apaziguamento do litígio social seria alcançado no bojo de um sistema de acontecimentos e declarações ritualizados, comandados pelo magistrado de acordo com as regras pré-definidas pelo ordenamento legalizado, sendo certo que do correto atendimento das fórmulas e mecanismos, *necessariamente* emergiria a almejada *pacificação*. À exemplo de uma experiência química, se observadas as dosagens e metodologias presentes no *manual de instruções* (as leis processuais), a pacificação do conflito *forçadamente* acontecerá no bojo de um processo judicial.

O destacado positivismo contido na ideia de que o rito procedimental e os eventos nele previstos teriam o condão de alterar a conduta dos participantes não é casual: a descrição formalista da aceitação da tutela pela população que encontramos na doutrina processual é influência direta da perspectiva de *legitimação pelo procedimento*, difundida na obra do sociólogo alemão Niklas Luhmann (1927-1998). Autor de diversos escritos sobre a *teoria dos sistemas* e da *comunicação*, Luhmann goza de notável prestígio perante os membros da *Escola Processual de São Paulo*, sendo que seus escritos são elogiados pela “louvável abrangência do fenômeno *procedimento*,”³⁹¹ e classificados também como sendo “a mais séria e empenhada tentativa de enquadramento do sistema processual no plano da legitimidade, com a afirmada ideia da ‘legitimação pelo procedimento e pela igualdade das probabilidades de obter decisões satisfatórias.’”³⁹²

Ao estudar os procedimentos de tomadas de decisão em diferentes ambientes (processos judiciais, administrativos e eleitorais), Luhmann descreveu a *legitimidade* como sendo “uma *disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância*,”³⁹³ sendo certo que essa *tolerância* era entendida como aceitação *formalizada* da decisão.³⁹⁴ E, com fundamento nessa visão sistematizada, Luhmann atribuía ao procedimento – desde que atendidas certas premissas das quais falaremos a seguir – a capacidade de *influenciar as atitudes* de todos aqueles que com ele se relacionam, criando assim um *ambiente*, uma *predisposição* em obedecer ao ato

³⁹⁰ Cfr. LACERDA. 1961, página 75.

³⁹¹ Cfr. DINAMARCO. 2009, nota 49, página 107.

³⁹² Cfr. *idem, ibidem*, página 166.

³⁹³ Cfr. LUHMANN. 1980, página 30.

³⁹⁴ Por suas próprias palavras: “O conceito de aceitação tem de ser correspondentemente formalizado. O que quer dizer é que os indivíduos, por quaisquer motivos, assumam sempre as decisões como premissas do seu próprio comportamento e estructurem as suas expectativas de acordo com isso.” Cfr. *idem, ibidem*, página 33.

da autoridade judicante. Desse modo, ainda de acordo com o autor alemão, o procedimento *legitimaria* os atos de autoridade de forma *racionalizada*, substituindo, por exemplo, fundamentos jurídicos calcados na moral, como aqueles que seriam encontrados na argumentação jus-naturalista.³⁹⁵

A influência de Luhmann na processualística brasileira evidencia-se, por exemplo, na ideia de *acatamento* de decisões como decorrência de um procedimento formal corretamente conduzido,³⁹⁶ a qual foi praticamente replicada em boa parte da doutrina processual,³⁹⁷ que se valeu e se vale deste argumento para justificar *formalmente* a *ritualização* da jurisdição e, *axiologicamente*, a sua *função pacificadora*. Esta retórica pode ser averiguada no excerto abaixo, extraído de uma obra de referência de um dos mestres egressos da *Escola Processual de São Paulo*:

A sujeição é contraposto negativo do poder e sem ela sequer haveria espaço lógico para conceber-se o exercício deste. Ora, constitui máxima democrática a limitação do poder e da sujeição, como culto ao valor *liberdade*, inerente ao Estado-de-direito. E assim, não sendo legítimo o exercício indiscriminado do poder (porque não é absoluto), têm-se garantias da *participação* daquele que está em estado de sujeição e da observância dos modelos das atividades a serem desenvolvidas pelos agentes estatais. O contraditório e o procedimento, portanto, que até se poderiam conceber fora dos limites das atividades inerentes ao exercício do poder, no contexto desse exercício é que assumem significado relevante: é para assegurar a participação e conter a tendência ao abuso do poder, que os procedimentos são definidos em lei e exigidos nos casos concretos.³⁹⁸

O conceito de *poder legítimo* do processualista, do qual tratamos anteriormente, vem se juntar ao discurso da pacificação, na medida em que é descrito como a faculdade concedida à alguém que, por meio de um procedimento formalizado, logra influenciar o comportamento de quem a ele se sujeita.³⁹⁹ O positivismo dessas proposições

³⁹⁵ É o que ele explica no seguinte trecho: “A legitimação pelo procedimento e pela igualdade das probabilidades de obter decisões satisfatórias substitui os antigos fundamentos jusnaturalistas ou os métodos variáveis de estabelecimento do consenso.” Cfr. *idem, ibidem*, página 31.

³⁹⁶ Diz a doutrina processual que “o *procedimento*, como integrante do conceito de processo, tem sua legitimidade fundeada na aptidão a proporcionar às partes a efetividade da participação em contraditório.” Afirma-se, ainda, que “os provimentos estatais, como atos imperativos de exercício do poder, são legitimados pela realização do procedimento – mas essa legitimação só advém realmente, se e na medida em que o procedimento mesmo seja legitimado pelo contraditório efetivamente oferecido e observada a regra da *paridade em armas*.” Cfr. DINAMARCO. 2009 página 373.

³⁹⁷ O pensamento de Luhmann pode ser encontrado em sentenças como a que segue, da lavra de Cândido Rangel Dinamarco: “existe a predisposição a aceitar decisões desfavoráveis na medida em que cada um, tendo oportunidade de participar na preparação da decisão e influir no seu teor mediante observância do procedimento adequado (princípio do contraditório, legitimação pelo procedimento), confia na idoneidade do sistema em si mesmo.” Cfr. *idem, ibidem*. páginas 190/191.

³⁹⁸ Cfr. *idem, ibidem*, página 89.

³⁹⁹ Isso fica evidente quando lemos excertos que, remetendo diretamente à doutrina jurídica de Luhmann, defendem que “quem tem o poder pode motivar outros a adotar suas decisões como premissas de

emerge da pressuposição de que as regras sociais do sistema processual conduzem (condicionam) o jurisdicionado à *pacificação*.

Outrossim, a fenomenologia da pacificação na relação jurídica processual aponta para uma estrutura decisional complexa e multifacetada, não se limitando à simples imposição de uma norma a algum caso concreto: num processo apuram-se fatos, estabelecem-se premissas e critérios de julgamento (presunções), faculta-se às partes a prática de determinados atos (ônus processuais), suscitam-se e afastam-se questões (decisões interlocutórias), superam-se etapas, impede-se o retrocesso de temas reputados resolvidos (preclusos) para, ao seu cabo, chegar-se a uma conclusão que *valerá como lei* entre as partes (sentença transitada em julgado). No longo caminho entre a hipotética *transgressão da lei* e a sua *restituição* (i.e. *pacificação*) ocorrem vários eventos que seriam, seguindo a lógica do discurso sob análise, muito mais relevantes para a finalidade pacificadora do que o próprio *restabelecimento da regra jurídica violada*.⁴⁰⁰ Essa constatação traz à tona (mais) um importante uso retórico da teoria de *autonomia* da ação em relação ao direito material, porquanto elementos subjetivos como a opinião do sujeito da tutela (o jurisdicionado) são colocados em segundo plano e não importam à teoria da *legitimação pelo procedimento*: o acatamento da tutela *necessariamente ocorrerá* não porque a solução dada terá sido *justa*, mas porque tal consectário está inserido no bojo da sistemática processual. A rigor, e é isso que tentaremos demonstrar ao longo de nossa análise, a *legitimação pelo procedimento* passa bem ao largo de um senso social contido na *justiça da decisão*, ou em termos menos subjetivos, da sensação de que teria ocorrido uma *correta aplicação do direito ao caso concreto*. Há casos, inclusive, em que um se opõe ao outro, sem que a imagem de entidade pacificadora do judiciário fique arranhada, não ao menos na retórica processualista.

A seguir faremos uma síntese dos principais aspectos fenomenológicos do discurso da pacificação, focando primeiro nos métodos implementados em busca da

procedimento,” ou “aceitar como compulsiva uma seleção dentro do âmbito de possíveis alternativas de comportamento.” Cfr. *idem, ibidem*, página 116.

⁴⁰⁰ Com efeito, o sistema processual disponibiliza mecanismos destinados a fazer com que as múltiplas decisões proferidas pelo juiz (com ou sem o consentimento das partes) sejam respeitadas pelos jurisdicionados de forma efetiva; não somente pelos meios coercitivos físicos (atos de expropriação de bens, remoção forçada de pessoas, multas cominatórias, etc.), mas também pela forma como é estruturado (a intermediação de patronos qualificados com direito de falar em juízo, a divulgação de decisões de forma pública e espalhada no tempo). A esses mecanismos é dada grande importância pelos estudiosos do processo, mormente pela sua capacidade de agir socialmente no sentido de conferir *legitimidade social* ao ato decisional estatal.

composição dos conflitos civis, para depois tratarmos dos personagens mais relevantes de acordo com os enunciados discursivos em cotejo.

2. Fenomenologia da pacificação I: os métodos.

A análise discursiva a seguir se propõe mostrar como são apresentados os *métodos* de que disporia o Estado-Juiz para, quando instado a resolver uma disputa de duas ou mais pessoas por um determinado bem, *trazer paz* aos litigantes.

Por razões metodológicas, os separaremos em duas ordens: existem os aspectos que dizem respeito à legitimação do sistema pacificador processual *perante a coletividade*, isto é, aqueles que tornariam aceitável esse meio de solução dos litígios civis e que chamaremos de *objetivos* (porque dizem respeito ao processo como *objeto idealizado*), e os que agem sobre os indivíduos que participam do processo como litigantes, que denominaremos *subjetivos* (porquanto atuam no íntimo de cada *sujeito* do processo).

Começando pelos fenômenos que atuam no âmbito *objetivo*, consideramos que a ideia de *ritualizar* as disputas num ambiente supostamente neutro e imparcial encaixa-se à perfeição nas estruturas de legitimação dos Estados de Direito, onde o respeito a ritos e procedimentos pré-estabelecidos funcionariam como mecanismos idealizados de contenção de arbitrariedades. Considerando-se a sentença como um *ato do soberano*, o princípio *nulla poena sine iudicio* está no âmago ideológico dessa construção retórica, ao preceituar que a autoridade não pode ser exercida, ao menos nas sociedades que professam o culto do *devido processo legal*, sem a obediência a certos modos de agir e de decidir previamente combinados.

Trata-se de um mecanismo perspicaz de validação das decisões judiciais, pois ao lastrear a *legitimidade social do procedimento* nesses critérios pré-definidos, e que devem ser acatados por todos, isola-se a verificação da validade e eficácia da tutela jurisdicional de avaliações personalistas. Dir-se-á que a capacidade de influenciar o comportamento dos litigantes – finalidade precípua do procedimento – dependerá não da autoridade carismática do magistrado,⁴⁰¹ ou do “acerto” axiológico da decisão, mas do escorreito atendimento a normas procedimentais pré-estabelecidas e claramente expostas

⁴⁰¹ Falamos em *carisma*, mas esse não é por certo o único fator: a idoneidade do juiz, o seu *status* perante a sociedade, a capacidade de persuasão de suas palavras, a coerência lógica de seus argumentos, todos esses são fatores que podem levar ao convencimento das partes a respeito do acerto da decisão. O discurso ora analisado, como veremos mais à frente, relega tais fatores a um plano secundário, quando não dispensável.

às partes (ou, nas palavras de Luhmann, “na apresentação de um método de alcançar a decisão, baseado em normas.”⁴⁰²). Neste ensejo, o fato de conhecer as *regras do jogo* desde antes do início do processo conferiria previsibilidade mínima aos acontecimentos processuais, o que seria um fator de apaziguamento de ansiedades e expectativas dos litigantes, e daqueles que um dia poderão vir a serem chamados a participar de um processo (o restante da sociedade). A ideia de *pacificação pelo processo* encontra-se inscrita nessa lógica.⁴⁰³

Ainda que não correspondam ao procedimento propriamente dito, porque ele precisa de fatos, pessoas e decisões para existir e se desenvolver, o que se pretende com esta valorização das normas procedimentais é, a nosso ver, desvincular o respeito à sentença (o seu acatamento), e a sua capacidade de efetivamente pôr fim (pacificar) aos conflitos, de suas qualidades morais ou da capacidade carismática de convencimento de quem a proferiu. Logo, a sentença proferida em processo regular “valerá” (i.e. deverá ser acatada e será portadora da característica *pacificadora*) não pelo seu conteúdo ou acerto, mas porque a sociedade estaria disposta a *aceitar* o ato da autoridade elaborado em condições específicas e previamente combinadas (ainda que *idealizadamente*). Trata-se de afastar do árido campo da aferição de *legitimidade* da decisão judicial todo e qualquer conteúdo axiológico (ou seja, uma valoração moralmente qualitativa do ato decisório⁴⁰⁴) que seria um potencial gerador de questionamentos, para limitá-lo à verificação de certo “clima social” que *institucionaliza* a obrigatoriedade de atos jurisdicionais encarando-os, “não como consequências duma decisão pessoal, mas sim como resultados do crédito da decisão oficial.”⁴⁰⁵

⁴⁰² Cfr. LUHMANN. 1980, pagina 91. E continua o autor: “Aí é importante em todos os procedimentos determinados para a utilização do poder de decisão do governo, uma separação clara e inconfundível entre os decisores e os que recebem a decisão: os primeiros tomam a decisão, os segundos têm de considerá-la como premissa do seu comportamento.” Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

⁴⁰³ Sustentar-se-á, nesta senda, que esses regramentos “reduzem a tal ponto o número ilimitado de formas possíveis de comportamento,” que possibilitam “definir a sua temática e os seus limites e tornar os participantes conscientes disso.” Cfr. *idem, ibidem*, pagina 40.

⁴⁰⁴ “O dispositivo [da sentença] obtempera Cândido Rangel Dinamarco, “destaca-se dos seus motivos e, muito mais, do estado anímico do prolator” o que constitui “desdobramento muito relevante do caráter impessoal das decisões estatais, tomadas por seus agentes, mas legitimadas no poder institucionalizado, que obviamente é do Estado, e não na pessoa que atua em nome dele.” Logo, continua o processualista vertente, “a imperatividade das decisões é invariavelmente a mesma, nada influndo o grau mais ou menos elevado de convicção com que emitidas.” Cfr. DINAMARCO. 2009 página 285.

⁴⁰⁵ Cfr. LUHMANN. 1980, pagina 34. Vale dizer, ainda nas palavras de Luhmann, “Só quando se renuncia a vincular o conceito de legitimidade à autenticidade das decisões, na qual se acredita pessoalmente, se podem investigar convenientemente as condições sociais de institucionalização da legitimidade e capacidade de aprendizado nos sistemas sociais.” Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

Por isso também que a dogmática processual insiste que a pacificação deve parecer como consequência de um exercício de aplicação de normas a fatos, e não estar vinculada à figura *personalizada* do juiz, ou aos valores éticos/morais que serviram de fundamento ao provimento concedido. Recomenda-se, a bem da *legitimação do procedimento*, mitigar as *fontes de tensão* pela segregação da pessoa que decide da decisão tomada.⁴⁰⁶ Nestes termos, a almejada *imparcialidade* ou *independência* do julgador não dependerá de características pessoais do magistrado, mas dos instrumentos (regramentos) criados pelo sistema processual destinados a conferir tais qualidades ao procedimento.

É por esses exercícios eivados de denotada abstração que se chega à formatação de um discurso que pretende, pela via de um formalismo de jaez normativista, num primeiro momento negligenciar questões morais, mas também prender o procedimento judicial a tantas amarras e mecanismos, que tornariam a burla de suas regras praticamente impossível. *Devido processo legal*, *isonomia* e *contraditório* são valores constitucionais lembrados geralmente pela proteção que oferecem ao cidadão contra abusos de autoridade, mas em certos contextos da processualística, todavia, eles fazem mais do que isso: servem como *argumento de acatamento* das decisões.⁴⁰⁷ Seguindo a lógica difundida pela linha doutrinária por nós analisada, mesmo que dê lugar a uma decisão inadequada (inclusive juridicamente) aos fatos a que ela se destina, a tutela jurisdicional conferida no bojo de um processo que tenha respeitado os princípios e normas regulamentares, deverá ser tida por legítima, e *necessariamente* terá o efeito de pôr fim ao conflito, mesmo que na prática esse efeito não se verifique.⁴⁰⁸ A importância desses valores constitucionalmente previstos para o processo se dá no bojo de uma linha argumentativa que pretende *trazer* os jurisdicionados para as estruturas do processo (*legitimação objetiva*), onde eles terão de agir adequadamente e em linha com os seus

⁴⁰⁶ A esse propósito, escreveu Luhman: “Uma das fontes de tensão reside no grau diferenciado de personalização da declaração de ambos os lados. A pessoa do decisor tem de ser desligada da declaração, pois a decisão deve aparecer como uma consequência de normas e fatos. Por outro lado, a pessoa que recebe a decisão tem de se inserir na exposição do procedimento, pois a decisão deve constituir para ele uma premissa de comportamento e deve alcançar o seu objetivo pela aceitação como premissa de decisão.” Cfr. *idem, ibidem*, página 92.

⁴⁰⁷ Cândido Rangel Dinamarco o diz tacitamente quando sustenta que “mais legítimo será o sistema processual na medida em que conquiste maiores graus de aceitação social a partir da observância” dos “princípios mais importantes que remontam ao plano constitucional, quais sejam, o *due process of law*, o da isonomia e o do contraditório.” Cfr. DINAMARCO. 2009, página 166.

⁴⁰⁸ A *autonomia* do processo em relação ao direito substancial permite tal digressão, porquanto, como vimos no capítulo anterior, a teoria científica do processo civil facultou-lhe desvencilhar o objeto da ação judicial das circunstâncias fáticas e contexto social postas em julgamento e, por extensão, a *legitimidade* da sentença do seu conteúdo valorativo (i.e., a sua adequação ao caso concreto).

modos de ser, para que o *efeito de pacificação* funcione a contento, aquilo que foi descrito por Luhmann como a *adoção dos papéis* pelos participantes.⁴⁰⁹

Por meio da *adoção de papéis*, descrita como um “processo da auto-identificação e da criação dum mundo objetivo como uma síntese de perspectivas subjetivas, acessível a todos,”⁴¹⁰ o procedimento “molda” a atitude dos indivíduos – não apenas os litigantes, mas toda a sociedade – que, quando colocados defronte às regras sociais do procedimento, a ele se submetem e mimetizam suas atitudes de acordo com as necessidades do *iter* procedimental,⁴¹¹ sendo desse modo forçada uma mutação no comportamento das pessoas (internas e externas à relação jurídica processual).⁴¹² Seria preciso que as partes desempenhassem os papéis que delas se esperam ao longo do procedimento – estando falando de um fenômeno, que não é em si muito distinto dos processos de *interpelação* de que falava Louis Althusser⁴¹³ ou ainda a *interpelação-identificação* de Michel Pêcheux⁴¹⁴ – cuidando-se, segundo Luhmann, de uma “condição prévia de caráter geral para uma interação contínua.”⁴¹⁵

Sem a contribuição dos partícipes considera-se que ele jamais alcançará plenamente os seus objetivos, quanto menos o de *pacificação*. Ou seja, o processualista, verificando a necessidade de *colaboração* (adequação) dos participantes para que a *pacificação pelo procedimento* ocorra em sua plenitude, recheou o seu discurso de construções argumentativas tendentes a *propagandear* as qualidades desse processo. De

⁴⁰⁹ Isso o percebeu LUHMANN, tanto que afirmava que a *legitimação pelo procedimento* se dava por meio de vários mecanismos, destacando-se a *diferenciação*, entendida como “consolidação dos limites frente ao meio ambiente,” a *autonomia* do julgador em relação aos litigantes, os *sistemas de contato* que permitem a interação qualificada entre os litigantes e, finalmente, a *adoção de papéis* pelos participantes. Cfr. LUHMANN. 1980. páginas 53, 61 e 63, respectivamente.

⁴¹⁰ Cfr. *idem, ibidem*, página 72.

⁴¹¹ Dirá Luhmann que a “atitude dos não-participantes seja pura e simplesmente irrelevante para a legitimação pelo procedimento,” porquanto a “legitimação é a institucionalização do reconhecimento de decisões como obrigatórias.” Cfr. *idem, ibidem*, página 104.

⁴¹² Novamente recorreremos a Luhmann para ilustrar o que afirmamos: “O homem aprende a sua própria identidade dentro de, e com a ajuda dos papéis sociais pré-constituídos e, quando está seguro da sua própria identidade e transmissibilidade de perspectivas do alter ego, pode então estudar os papéis com tais, e finalmente, com a ajuda dum jogo de combinação de papéis, pode ‘desdobrar,’ qualificar, apreciar e variar a sua própria personalidade. Aquele que ele adota, as condições que deve satisfazer para manter as relações sociais correspondentes ao seu comportamento no papel a para poder prosseguir com eficácia nesse comportamento, os aspectos da conduta no papel que podem ser-lhes imputados pessoalmente, de acordo com as normas, ocasiões ou circunstâncias, tudo isso estrutura as suas possibilidades de adquirir um caráter definido, uma personalidade individualmente estruturada.” Cfr. *idem, ibidem*, página 73.

⁴¹³ Cfr. ALTHUSSER. 1985, especialmente a partir da página 93.

⁴¹⁴ Cfr. PÊCHEUX. 2009, páginas 145/146.

⁴¹⁵ Cfr. LUHMANN. 1980, página 74. E prossegue o autor citado: “No processo jurídico, todos os participantes têm de propor aos outros papéis, permanentemente em alternância, confirmar-lhes os seus papéis e apoiá-los na interpretação, apoio que lhes permitirá que cada um se compenetre do seu papel e nele se mantenha mesmo quando se verifique um agravamento.” Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

modo que os ideais que deram lugar aos valores constitucionais processuais (v.g. a *publicidade*, a *ampla defesa*, o *contraditório*, o *juiz natural*, etc.) assumem caráter secundário quando comparados com a sua capacidade de criar um *clima de aceitação das decisões judiciais*. A partir daí, entende-se porque o discurso processual tanto se preocupa com a valorização dos instrumentos de proteção dos jurisdicionados contidos na estrutura procedimental: nada melhor do que se dobrar a métodos de um procedimento que permite – ao menos em tese – a sua ampla participação, a possibilidade de influenciar decisivamente na formação do julgamento, que será público e se dará por meio de uma decisão fundamentada, proferida por ente qualificado e passível de ser revisada em diversas instâncias. Além deste argumento utilitarista, existiria também uma *coação social* no plano ideológico, que agiria no sentido de *interpelar* o sujeito a tomar certas atitudes, adotar os papéis que lhe competem e, se o caso, conformar-se com contrariedade, porque as estruturas do processo “impõem” tais condutas e é “assim que devem ser as coisas.”⁴¹⁶

Em outros termos, *pacificar* é, essencialmente, um *ato de força* do Estado,⁴¹⁷ que passa bem ao largo de outros possíveis meios de acatamento/cumprimento de uma decisão jurídica proferida por um terceiro conhecedor do direito aplicável. Cândido Rangel Dinamarco, a propósito, deixa claro que “a efetividade do poder não depende inefavelmente da atitude de obediência, de modo que, obediência não havendo, poder efetivo não teria sido exercido.” Esta afirmação que relaciona *efetividade do poder* à *obediência*, deve ser compreendida no contexto de uma visão de legitimidade que repousa em “clima generalizado de aceitação” que, caso ausente, “significaria negação da própria ordem instituída.” O mesmo processualista destaca ainda que existem situações “em que da própria *auctoritas* de que são investidos os agentes estatais decorre a possibilidade de criar situações novas e entregá-las já consumadas às pessoas, sem que sequer haja oportunidade

⁴¹⁶ Sobre a *interpelação*, Althusser dizia o seguinte: “Como todas as evidências, inclusive as que fazem com que uma palavra ‘designa uma coisa’ ou ‘possua um significado’ (portanto inclusive as evidências da ‘transparência’ da linguagem), a evidência de que vocês e eu somos sujeitos – e até aí que não há problema – é um efeito ideológico, o efeito ideológico elementar. Este é aliás o efeito característico da ideologia – impor (sem parecer fazê-lo, uma vez que se tratam de ‘evidências’) as evidências como evidências, que não podemos deixar de *reconhecer* e diante das quais, inevitável e naturalmente, exclamamos (em voz alta, ou no ‘silêncio da consciência’) : é evidente! é exatamente isso! é verdade!” E nesta reação que se exerce a função de *reconhecimento* ideológico, que é uma das duas funções da ideologia enquanto tal (sendo o *desconhecimento* a sua função inversa).” Cfr. ALTHUSSER. 1985, páginas 94 e 95.

⁴¹⁷ Neste sentido, diz-se que “o Estado dispõe de suficiente grau de poder para impor as transformações desejadas pelo sistema, seja mediante atos com eficácia jurídica suficiente (como nas sentenças constitutivas), seja mediante alteração na ordem física – inclusive no tocante às obrigações específicas (cumprimento de sentença), quando o juiz, não havendo obtido o cumprimento pelo próprio obrigado, é autorizado a impor medidas de efeitos equivalentes ao do cumprimento.” Cfr. DINAMARCO. 2009, página 121.

para que desobedeçam ou mesmo deliberem obedecer.”⁴¹⁸ O conceito de legitimação do procedimento pelo envolvimento dos litigantes é válido apenas na medida em que permite aos participantes se dobrarem à decisão que será proferida, na crença de que a solução dada contou com a sua colaboração, ainda que essa atuação não tenha influenciado, ou influenciado pouco, na formatação da tutela jurisdicional (seja ela favorável ou não). Logo, percebemos que a terminologia da *aceitação social* das decisões é paulatinamente alterada para a da *sujeição* a um ato imperativo de poder.

Até agora, apresentamos elementos que permitem uma *legitimação objetiva* do procedimento, no sentido de algo que ocorreria num nível social mais global. Trataremos a seguir de mecanismos que agem no íntimo de cada um dos litigantes, por meio de diversificados acontecimentos processuais que dariam lugar, segundo o discurso da pacificação, ao almejado efeito de encerramento do conflito (argumentos de caráter *subjetivo*).

O mais evidente, que salta aos olhos de qualquer um que assista à cena de um processo (estando ou não envolvido nele), seria a capacidade do processo de promover um *apaziguamento de ânimos* por meio da ritualística procedimental. A parte não se dirige diretamente ao juiz ou ao seu adversário, mas por meio de seu advogado; somente lhe é oportunizado falar por ocasião do *depoimento pessoal* (CPC, arts. 342 e seguintes⁴¹⁹), mas essa oitiva é feita pelo juiz ou a pedido da parte contrária, que objetiva desestabilizar sua estratégia processual colhendo alguma confissão ou contradição (CPC, art. 348⁴²⁰); a fala da parte por seu advogado, quando permitida (sustentações orais em sessões de julgamento), é cronometrada, medida, condensada; o juiz zela para seja mantida a urbanidade e evitadas expressões injuriosas; salvo raras exceções, as decisões não são proferidas em audiência, mas lançadas nos autos e depois publicadas em Diário Oficial. Os atos do processo ocorrem pausada e escalonadamente, evitando enfrentamentos do tipo *olhos nos olhos*. Mesmo o descontentamento de quem sai perdedor na demanda seria controlado neste ambiente: as decisões raramente são proferidas perante o jurisdicionado e, uma vez divulgadas, não se permite a revisão do julgado por quem a prolatou. Isto é, considerando que em princípio o ordenamento proíbe ao magistrado reconsiderar

⁴¹⁸ Cfr. *idem, ibidem*, páginas 121/122.

⁴¹⁹ “Art. 342. O juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa.” e “Art. 343. Quando o juiz não o determinar de ofício, compete a cada parte requerer o depoimento pessoal da outra, a fim de interrogá-la na audiência de instrução e julgamento.”

⁴²⁰ “Art. 348. Há confissão, quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário. A confissão é judicial ou extrajudicial.”

espontaneamente a sua decisão,⁴²¹ a parte já sabe que insistir na discussão com o magistrado é inútil, quando não prejudicial ao seu interesse.⁴²² E mais, a perspectiva – mesmo que muitas vezes ilusória – de reforma da decisão por meio de recurso confere ao indivíduo a percepção de que a questão não está encerrada, sempre havendo a *esperança* de melhorar a sua situação.⁴²³

Por outras palavras, o procedimento é todo ele concebido para, pouco importando o grau do gravame em discussão, as partes se comportarem comedidamente, sem reações efusivas ou precipitadas, mantendo as emoções sob estrito controle. Assim, as manifestações de litigiosidade são toleradas até certo ponto, nos limites de um *conflito permitido*; quando adentra o Judiciário, a disputa é *pasteurizada* para um nível de animosidade que se terá por aceitável.⁴²⁴

Essas *medidas disciplinares casuísticas*, aplicáveis pontualmente e conforme a necessidade, são importantes aspectos da fenomenologia da pacificação sob o escopo subjetivo, mas somente até certo ponto. Representam, como vimos, as formas mais evidentes de *mitigação das emoções mais efusivas* do jurisdicionado, só que não constituem, ao menos para o processualista, o principal fator de *apaziguamento* dos litígios. A atividade desempenhada pelo processo, na verdade *por meio* do processo, que constitui o *elemento fulcral* de *pacificação subjetiva dos litígios* na fenomenologia do discurso processual, seria a sua capacidade de produzir decisões (principalmente sentenças) que, quando dotadas de um *efeito* específico, encerrariam de uma vez por todas

⁴²¹ O artigo 471 do Código de Processo Civil estabelece essa premissa, que vem sendo religiosamente respeitada: “Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II - nos demais casos prescritos em lei.” Esses *demais casos previstos em lei* são os de reconsideração de decisão interlocutória no ensejo da interposição de um recurso (agravo de instrumento), o que é raríssimo.

⁴²² Caso deseje obter esclarecimentos por meio de embargos de declaração, está sujeito à condenação ao pagamento de multa se o juiz entender que a medida é “protelatória.” (CPC, art. 538, § único). Pior ainda, os tribunais entendem que os “pedidos de reconsideração” não suspendem os demais prazos processuais, de modo que a parte que lançar mão desse expediente poderá ver o seu recurso inviabilizado por conta de preclusão.

⁴²³ Essa é a linha adotada por Cândido Rangel Dinamarco, quando afirma que “a irresignação do destinatário do ato não infirma a legitimidade do poder, mesmo quando desborde para o campo da rebeldia; e, muito menos, quando manifestada pelos canais predispostos para ser formulada perante os agentes estatais (recursos).” Cfr. DINAMARCO. 2009, página 165.

⁴²⁴ É o que diz Cândido Rangel Dinamarco, remetendo o seu leitor à obra de Luhmann: “Além disso, o procedimento tem também o valor social de ‘enfraquecer o confronto,’ ou ‘reduzir o conflito.’ Vedada a autotutela, inclusive ao próprio Estado, as pessoas em conflito são obrigadas a canalizar pelas vias do processo as suas pretensões antagônicas e comportar-se, no processo, segundo as normas do procedimento. As regras do combate que então se veem obrigadas a obedecer permitem-lhes combater e em certa medida desafogar-se, fazendo-o porém pelos modos civilizados que o Estado lhes impõe. A presença do defensor técnico funciona também como anteparo aos ímpetus dos contendores e modo de manter o conflito em limites toleráveis.” Cfr. *idem, ibidem*, páginas 154 e 155.

as disputas: estamos falando da *definitividade* que o fenômeno do *trânsito em julgado* confere aos atos jurisdicionais.⁴²⁵

Vimos que na *simbologia da pacificação* uma alegoria bem presente é a da situação de caos caracterizada pela violação à lei, que seria suplantada pela concessão de uma tutela que viria *restituir* a ordem antes violada. Neste sentido, dirão os processualistas, enquanto não for proferida a decisão e, muito mais importante, tornada *definitiva* pelo seu trânsito em julgado, os litigantes se encontrarão em situação “extremamente aflitiva” e tomados de “inusitada e obsessiva angústia pela espera do resultado final do processo.”⁴²⁶ Assim é que se ensina que “a certeza proporcionada pelo exercício consumado da jurisdição coincide com a *segurança jurídica*, que é fator de paz social e constitui importante escopo processual.”⁴²⁷ Sustenta-se também que, sob o prisma dos *efeitos psicológicos*, o encerramento definitivo do conflito seria fator de apaziguamento: uma vez eliminado “desaparecem as angústias inerentes ao estado de insatisfação e esta, se perdurar, estará desativada de boa parte de sua potencialidade anti-social,” de acordo com Cândido Rangel Dinamarco.⁴²⁸

Na prática, a lei processual confere à *coisa julgada* tal efeito ao determinar que, uma vez tornado definitivo, o *dispositivo* da decisão⁴²⁹ não poderá mais ser questionado ou discutido pelas partes.⁴³⁰ Desse modo, lemos que a *coisa julgada* “visa impedir conflitos práticos de julgados,” fazendo com que “a regra concreta revelada na sentença fique imune a novos julgados e novas normas,” e assim o sistema processual evitaria “novos litígios a respeito da mesma situação da vida.”⁴³¹ Cuidar-se-ia do elemento

⁴²⁵ Segundo Cândido Rangel Dinamarco, “o grau mais elevado dessa estabilidade reside na *coisa julgada material*, autoridade que torna imutáveis os efeitos das decisões tomadas, em sede jurisdicional, sobre pretensões sujeitas a exame (*Streitgegenstand*, o objeto do processo).” Cfr. *idem, ibidem*, página 108.

⁴²⁶ Cfr. *idem, ibidem*, página 197.

⁴²⁷ Cfr. *idem, ibidem*, página 280.

⁴²⁸ Cfr. *idem, ibidem*, página 191.

⁴²⁹ O trecho da decisão onde o julgador dirá qual o conteúdo do provimento concedido: *condeno Paulo a pagar tanto a Maria*, ou *declaro João pai de Juliana*, *decreto o despejo por falta de pagamento de Caio*, etc. O *relatório* (resumo das alegações e atos processuais) e a *fundamentação* (por que *Paulo deve à Maria*, como se chegou à conclusão de que *João é pai de Juliana* ou ainda de onde se inferiu o *inadimplemento dos alugueres de Caio*), não transitam em julgado. Isso pode parecer contraditório (como separar num silogismo a *conclusão* da *fundamentação* sem deturpar a sua lógica?), mas existem razões práticas para esse isolamento, dos quais falaremos adiante.

⁴³⁰ Diz o artigo 467 do Estatuto Processual: “Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.”

⁴³¹ Cfr. BEDAQUE. 2011, página 140.

que diferencia, no plano dos *atos de poder do soberano*, o *julgamento da norma objetiva*, porquanto só a sentença transitada em julgado é imutável, enquanto que a lei, não.⁴³²

Dir-se-á então que a *segurança jurídica* alcançada pela sentença transitada em julgado será um fator de pacificação, porque os litigantes serão levados a conhecer a “existência, inexistência ou modo-de-ser das relações jurídicas.” Ainda segundo o autor citado, que sintomaticamente lança mão de argumentos de autoridade (*enunciado performativo*), “a experiência” *mostraria* que “as pessoas mais sofrem as angústias da insatisfação antes de tomarem qualquer iniciativa processual ou mesmo durante a litispendência, experimentando uma sensação de alívio quando o processo termina, ainda que com solução desfavorável.”⁴³³

Acontece que a *coisa julgada* não chega a esses resultados sem que certos valores sejam deixados de lado, quando não expressamente refutados, caso se tornem obstáculos à consecução desse escopo da *pacificação*. Ainda que a análise dos elementos fáticos realizada pelo juiz esteja manifestamente equivocada, a menos que as circunstâncias da disputa (não a sua interpretação) sofram significativa mutação (ou seja, não serão os *mesmos* fatos),⁴³⁴ aos litigantes não é dado rediscutir a questão. Essa premissa metodológica do processo – a necessidade de sua *estabilização* – nos remete à conclusão de que, para o discurso da pacificação, a análise acurada dos fatos sob disputa não é confessadamente uma *prioridade* do processo. Em certos casos, inclusive, a *verdade* é apresentada como um *obstáculo* à pacificação, de modo que, no delicado equilíbrio entre *pacificar logo* (i.e. proferir a sentença) ou estender o tempo do litígio em busca de uma maior averiguação dos fatos controvertidos, é preferível ao julgador optar pela primeira opção.⁴³⁵

⁴³² É o que ressalta Eduardo Oliveira: “A sentença que transitou em julgado não pode ser revogada, nem pelo juiz que a proferiu, nem por outros juízes. Não é possível dar, aos fatos já apreciados, valoração diferente da que ficou fixada. Apenas a jurisdição tem esta característica. Só o ato jurisdicional tem tal qualidade. Podemos afirmar que há jurisdição onde houver coisa julgada.” Cfr. OLIVEIRA. Eduardo. 1979, página 135.

⁴³³ Cfr. DINAMARCO. 2009, página 191. Em outro trecho da mesma obra, se sustentará que “a eficiência do serviço jurisdicional de pacificação depende da firmeza das decisões, de modo a projetarem para o futuro a sua permanência e imunidade a possíveis abalos.” Assim, dir-se-á que “a imutabilidade dos efeitos da sentença constitui,” um “poderoso fator em prol da eliminação definitiva do conflito e da insatisfação que angustia os sujeitos.” Cfr. *idem, ibidem*, página 278.

⁴³⁴ Para José Roberto dos Santos Bedaque, “enquanto permanecerem as mesmas circunstâncias, a imutabilidade perdura, visto configurar qualidade dos efeitos materiais da sentença. Representa garantia para a parte beneficiada pela decisão.” Cfr. BEDAQUE. 2011, página 141.

⁴³⁵ Vejamos, nesse sentido, o seguinte excerto da lavra de Cândido Rangel Dinamarco: “Com razão, foi dito que o tempo é inimigo do processo e que contra ele, para evitar os males que pode causar, o juiz deve estar em estado permanente de guerra entrincheirada. Por isso é que em certas situações o angustiante desafio da *tensão entre conhecimento e ignorância* há de ser contornado e o sistema exige que o juiz se conforme e pacifique sem haver chegado ao ponto ideal de assimilação da verdade. A boa técnica processual incumbe o

Pouco importará, neste ensejo, “que a fidelidade ao direito objetivo substancial saia às vezes arranhada,” contanto que “a justiça se faça com menos delongas.”⁴³⁶ Nesse sentido, ainda, se leciona que, além de não ser um escopo processual, a descoberta da verdade “é somente um passo (importante passo) para o pronunciamento jurisdicional acerca da vontade concreta do direito, ou seja, sobre a existência, inexistência ou modo de ser das relações jurídicas.”⁴³⁷ Ou seja, não é que a *busca da verdade* não seja relevante, mas muito mais importante será *imunizar* o resultado (qualquer que seja esse resultado) graças ao *selo da coisa julgada*.⁴³⁸

Por outros termos, a pacificação, alcançada por meio da concessão da tutela jurisdicional, não seria propriamente algo decorrente da *solução dada*, da *revelação de uma verdade jurídica*, mas apenas um *efeito* da declaração contida na tutela jurisdicional. É como dizer que o direito *já estava lá*, mas a diferença é que, uma vez obtida a sentença transitada em julgado, aos litigantes é *dado o conhecimento* desse direito, e eles não podem mais discuti-lo porque ele se tornou lei entre eles.⁴³⁹ Nesta senda, “o que efetivamente se acrescenta à situação jurídico-material existente entre as partes” escreveu Cândido Rangel Dinamarco, “é a *segurança jurídica*, como efeito do exercício do imperativo do poder estatal no processo.”⁴⁴⁰ Vale dizer, o fator determinante para que a sentença adquira esse efeito não é a sua capacidade de convencimento, mas a circunstância de ter sido proferida pela *autoridade estatal*. *Pacificar*, nos termos propostos pelo discurso sob análise, não é

estabelecimento do desejado racional e justo equilíbrio entre as duas exigências opostas, para que não se comprometa a qualidade do resultado da jurisdição por falta de conhecimento suficiente, nem se neutralize a eficácia social dos resultados bem concebidos, por inoportunidade decorrente da demora.” Cfr. DINAMARCO. 2009, página 274.

⁴³⁶ Cfr. *idem, ibidem*, página 287.

⁴³⁷ Cfr. *idem, ibidem*, página 272.

⁴³⁸ Ainda segundo o autor citado, “seria mesmo uma frustração toda essa busca encarada como objetivo e, depois, a descoberta dos fatos e sua revelação na sentença não ficar imune a censuras posteriores, porque não recebe a autoridade da coisa julgada: o processo civil brasileiro, fiel aos seus modelos romano-germânicos, dispensa um tratamento *atômico* à realidade jurídica sobre a qual atua, negando-se a permitir que os julgados propaguem seu efeito direto além do caso julgado e das pessoas envolvidas.” Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

⁴³⁹ Dir-se-á que a coisa julgada “constitui fator social de eliminação de insatisfações, jamais fator jurídico de acréscimo patrimonial. Elimina as incertezas que angustiam e sufocam conflitos entre as pessoas. Tem-se essa situação de certeza ou segurança jurídica, tanto no caso de reconhecimento judicial da existência de direitos e obrigações, como quando a existência é negada: e, através dela, nem é criado o direito que o juiz declara ao julgar procedente a demanda condenatória ou declaratória positiva, nem se cria também algum suposto ‘não direito’ quando a sentença as julga improcedentes ou acolhe demanda de declaração negativa.” Cfr. *idem, ibidem*, página 228.

⁴⁴⁰ Cfr. *idem, ibidem*, página 228. E continua o autor: “O juiz que no processo de conhecimento declara a existência ou inexistência de direitos e obrigações exerce com isso uma função do Estado e, como costuma ser dito e repetido em doutrina, não emite um juízo como qualquer pessoa comum: trata-se de juízo autoritativo, que se impõe às partes com eficácia, propendendo esta a imunizar-se contra possíveis futuros questionamentos, pela autoridade da coisa julgada material que a ordem constitucional oferece para o seu resguardo.” Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

uma atividade de *conscientização* (para os participantes do litígio ou quem está assistindo *de fora*) do padrão de comportamento jurídico que se espera de determinada situação; trata-se de *fazer cessar* o conflito por meio da *imposição de uma vontade soberana*, sendo pouco relevante o seu conteúdo (axiológico ou prático).

Aliás, para afastar as críticas a esse sistema baseado na legitimidade da sentença transitada em julgado, a despeito de suas eventuais incongruências, recorre-se a uma interessante construção retórica: os professores da *Escola Processual de São Paulo*, alinhados ao pensamento de Liebman, sustentam a tese de que a coisa julgada é *efeito* da sentença e não *atributo* dela. Pode parecer um detalhe, mas é justamente esse *detalhe* que confere um *salvo-conduto* da tutela jurisdicional em relação aos seus fundamentos. É dizer, por pior ou injusta que seja a sentença, se estiver revestida da *autoridade da coisa julgada*, então ela deverá ser acatada; deveras, como aduz José Roberto dos Santos Bedaque, a coisa julgada “não se define como ficção ou presunção de verdade, mas somente cria a ‘irrevocabilidade jurídica do comando, sem se preocupar em estabelecer se as premissas psicológicas das quais esse comando nasceu são premissas de verdade ou de mera verossimilhança.’”⁴⁴¹ Por isso é que somente o *dispositivo* transita em julgado: por mais incoerente que possa parecer do ponto de vista da lógica (como extirpar de um silogismo as suas premissas, sem que ele perca sentido?), o objetivo é defender a higidez do sistema processual, embora essa argumentação não impeça que certas situações manifestamente incongruentes ocorram, forçando o processualista a buscar *válvulas de escape* no sistema.⁴⁴²

Ou seja, permite-se, graças a essa distinção entre sentença (objeto) e coisa julgada (efeito), separar a autoridade do Estado-Juiz do conteúdo da decisão que ele profere; a sentença pode ser injusta, mas nunca será injusto respeitar a autoridade da coisa julgada, pois este é um *imperativo da vida em sociedade* em um Estado de Direito.⁴⁴³ Insistimos neste ponto: a questão da *segurança jurídica* para o processo, se aceitos os termos propostos pelos discursos que estudamos, não reside em convencer as partes do

⁴⁴¹ Cfr. BEDAQUE. 2011, página 272.

⁴⁴² O exemplo mais interessante que nos vem à mente é a teoria da *relativização da coisa julgada*: com o advento do *teste de DNA*, muitas sentenças transitadas em julgado lastreadas em outras provas bem menos precisas (depoimentos, documentos, etc.), mostraram-se totalmente equivocadas em suas premissas/fundamentos fáticas. Para lidar com esta incongruência manifesta do sistema desenvolveu-se, principalmente na *Escola de Direito Processual de São Paulo*, esta teoria, segundo a qual, em casos de manifesta incongruência (comprovada por exame de DNA), seria possível, excepcionalmente, *mitigar os efeitos da coisa julgada* e revogar o conteúdo das sentenças.

⁴⁴³ Eventuais equívocos deverão ser vistos como pontuais *danos colaterais*, ou *males necessários* que devem ser suportados, a bem da manutenção da ordem jurídica processual que se teria por desejável.

acerto da sentença, ou de sua análise mais ou menos fiel à realidade dos fatos, mas em *fazer com que a autoridade do Estado-juíz seja respeitada*.⁴⁴⁴ Bem por isso, pouco importa ao processualista que a premissa de conduta contida na sentença não seja espontaneamente obedecida, porque, ao menos no que respeita às demais instituições componentes da ordem jurídica (o ambiente do *direito oficial*), ela surtirá efeitos independentemente da vontade do sucumbente.⁴⁴⁵

Dentro desse escopo, destacamos outro fenômeno pertinente à pacificação dos conflitos pelo processo, qual seja, a atividade *substitutiva* do juiz: lembrando que a tutela jurisdicional é também um momento de *restabelecimento da ordem antes violada*, o magistrado vem às partes dizer *qual o direito* correto a ser seguido e observado: com ou sem a cooperação dos envolvidos, é ele que deverá prevalecer.⁴⁴⁶ Fundamentalmente, o que a doutrina processual diz é que o Estado-juíz virá *substituir* a vontade das partes, entrar no seu lugar para, num primeiro momento, *solucionar* o conflito que entre elas não foi espontaneamente acertado e, depois, *satisfazer* a vontade reputada adequada pelos ditames legais, gerando os efeitos jurídicos necessários a tais finalidades.⁴⁴⁷ se um pai não reconhece o filho como sendo seu, o juiz *declarará*, a relação de paternidade; o agente causador de dano será *condenado* pelo magistrado a ressarcir os prejudicados caso não faça espontaneamente; na decretação de uma separação conjugal, a sentença judicial *constitui*

⁴⁴⁴ Além de reforçar os estreitos vínculos entre jurisdição e poder, forte na tradição iniciada pelos *cientistas do processo* encabeçados por Bulow, as construções discursivas dessa natureza levam o rito processual a ser arquitetado no sentido de municiar o Estado-juíz de ferramentas que confirmam *efetividade* às tutelas jurisdicionais que vierem a ser concedidas.

⁴⁴⁵ Caso alguma das partes não acatar voluntariamente a decisão, o juiz poderá *substituí-la* e adotar medidas que terão *o mesmo efeito prático* do cumprimento voluntário. Isso, Cândido Rangel Dinamarco o sustenta incisivamente quando afirma que “a implementação do próprio ato e sua eficácia jurídica imediata independem de qualquer ato ou atitude mental ou física de aceitação (decretada a separação judicial, a sociedade entre cônjuges está desfeita e inúmeras consequências decorrem daí, independentemente da vontade deles: v.g. a não-comunicação de bens).” Isso porque a “não-adequação da conduta,” em princípio, “não interfere na eficácia do ato em si mesmo.” Cfr. *idem, ibidem*, páginas 119/120.

⁴⁴⁶ É o que preconiza Cândido Rangel Dinamarco: “Na mecânica do exercício do poder *sub specie jurisdictionis*, sem dúvida teorizada com muito maior penetração que os demais setores do exercício do poder, já se percebeu com clareza a existência dessas situações e o *modus operandi* dos agentes estatais ali: sabe-se que por mais de uma forma as atividades judiciais vão ao resultado programado, produzindo o efeito conveniente à ordem jurídica sem contar com a mínima cooperação do obrigado.” Cfr. *idem, ibidem*, página 117.

⁴⁴⁷ Diz-se que, “exercendo a jurisdição, o Estado substitui, com uma atividade sua, as atividades daqueles que estão envolvidos no conflito trazido à apreciação.” Desse modo, “não cumpre a nenhuma das partes interessadas dizer definitivamente se a razão está com ela própria ou com a outra; nem pode, senão excepcionalmente, quem tem uma pretensão, invadir a esfera jurídica alheia para satisfazer-se. A única atividade admitida pela lei quando surge o conflito é, como vimos, a do Estado que substitui a das partes.” Cfr. CINTRA. GRINOVER. e DINAMARCO. 2000, página 130.

juridicamente tal rompimento sendo que, a partir dessa decretação, tal fato gerará os seus efeitos jurídicos.⁴⁴⁸

O discurso processual reconhece assim que as decisões poderão não ser acatadas voluntariamente somente porque proferidas por autoridade reputada *legítima*,⁴⁴⁹ nem que a mera *declaração* do direito seria o bastante para *realização prática* da atitude tida por desejável (isso é, aliás, via de regra, o que acontece na prática). Por isso é que o caráter *substitutivo* não se manifesta somente no momento de julgar o litígio (aplicar a norma ao caso concreto), mas também nos atos de cumprimento da tutela que vier a ser concedida (atos de *execução*).⁴⁵⁰ E para alcançar tais objetivos, o Código de Processo Civil disponibiliza diversos meios para que, *sub-rogando-se* na pessoa do inadimplente, possa o juiz promover determinadas medidas pragmáticas, visando à efetivação da tutela jurisdicional.⁴⁵¹ Na mesma linha, atentas às orientações da doutrina,⁴⁵² as últimas reformas processuais se focaram principalmente em dotar o sistema de maior *efetividade*, no afã de municiar o juiz de mecanismos que lhe possibilitem alcançar o resultado prático de suas decisões.⁴⁵³ Ao mirarmos para os aspectos disciplinares dessa *substituição* veremos uma

⁴⁴⁸ Se nos detivermos no exemplo da declaração de paternidade, temos que a aquiescência do genitor com a solução dada é inócua, pois querendo ele ou não o cartório de registro de pessoas naturais lavrará a certidão de nascimento na qual ele figurará como ascendente, ele poderá ser compelido a pagar alimentos, o filho será reconhecido como sucessor em caso de morte do seu pai.

⁴⁴⁹ Ainda de acordo com o mencionado Cândido Rangel Dinamarco, “a malha de compulsão à observância da lei e de todos os ditames decorrentes do exercício do poder constitui motivo para considerações em torno da legitimidade deste: se a generalizada aceitação constitui fator legitimante do poder, nem por isso a eficácia de cada ato singular de exercício do poder dependerá da subsequente atitude particularizada do destinatário do ato (...)” Cfr. DINAMARCO. 2009, páginas 119/120.

⁴⁵⁰ “Todo o sistema de execução civil, ou de cumprimento de sentença,” obtempera Cândido Rangel Dinamarco, “efetiva-se, em última *ratio*, mediante a substituição da vontade do obrigado, que não cumpriu a obrigação, pela do juiz e seus auxiliares; na qualidade de agentes do poder estatal, dispõem estes da legítima capacidade de implantar uma situação social ou economicamente equivalente àquela que teria sido alcançada mediante o cumprimento voluntário.” Cfr. *idem, ibidem*, página 121.

⁴⁵¹ O parágrafo 5º do artigo 461 do Estatuto Processual permite ao juiz que pretender dar cumprimento a alguma obrigação de fazer determinar, de ofício, medidas como a “imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva,” podendo, inclusive, requerer o uso de “força policial.” Ainda, o devedor que não pagar voluntariamente o débito a que for condenado terá os seus bens expropriados pelo juiz (CPC, art. 646).

⁴⁵² Vejamos o seguinte excerto, da lavra de José Mário Gomes Neto e Felipe Nogueira, onde defendem a necessidade de mitigar os formalismos em busca da melhoria da atividade pacificadora do Estado-juiz: “Para se manter a paz social, o formalismo que rege a resolução do conflito tem de ser célere e seus institutos e formalidades não podem ser obstáculos para que o conflito seja resolvido com rapidez. O formalismo, além de promover a justiça e garantir segurança, tem de ser rápido na resolução do conflito, sob pena de não conseguir promover a paz social.” Ainda, destacando a importância da efetividade das decisões, sustentam os autores que “para que realmente ocorra paz social é necessário que o formalismo seja dotado de formas que façam com que a prestação jurisdicional seja efetivada, ou seja, que a forma realize efetivas alterações no mundo empírico.” Cfr. GOMES NETO. e NOGUEIRA. 2008, página 325.

⁴⁵³ Outro exemplo do jaez substitutivo vem dos artigos 466-A e 466-B do Código de Processo Civil, com a redação que lhes foi dada pela Lei 11.232/05, segundo os quais o juiz pode *falar em nome do devedor*, caso

situação na qual o Estado-juiz neutraliza o *querer* e o *agir* do vencido⁴⁵⁴ para, *sub-rogando-se* de sua personalidade,⁴⁵⁵ dar concretude à *vontade da lei*, ou seja, ao menos em tese, à *vontade do soberano*.⁴⁵⁶

Seguindo a mesma linha de idéias, o ordenamento processual está formatado para evitar que as apurações se alonguem por muito tempo. Nesta senda, lembrarmos as diversas *presunções* de que pode o juiz se valer para proferir a decisão sem que a declarada recusa em apurar fatos soe autoritária: à clássica presunção de veracidade dos fatos não impugnados (CPC, art. 302⁴⁵⁷), juntam-se outras como a que pressupõe “verdadeiras” as declarações constantes de “documento particular escrito e assinado” (CPC, art. 368⁴⁵⁸), ou ainda aquele não impugnado pela parte por ele prejudicada (CPC, art. 372⁴⁵⁹). Esses são mecanismos procedimentais que, a pretexto de regulamentar a forma de apreciação das alegações das partes, retiram do magistrado o peso de eventuais erros na aferição dos fatos e lhe permitem dar rápida solução ao litígio, ainda que *transformando o redondo em quadrado*, como dizem jocosamente os advogados.

Da mesma forma, foi dentro desse escopo de *instrumentalizar* o processo com ferramentas voltadas à *efetividade* que foram entabuladas as mais recentes reformas processuais (notadamente no que respeita à execução/cumprimento das decisões), sendo

este se recuse a emitir declaração de vontade a que estaria obrigado, ou ainda *produzir os efeitos da conclusão de um contrato* se a contraparte inadimplir compromisso firmado anteriormente.

⁴⁵⁴ É o que sustenta, por exemplo, Athos Gusmão Carneiro: “Assim, se os que deveriam afirmar ou realizar determinada “vontade concreta da lei”, negam-se a fazê-lo ou permanecem omissos, a atividade jurisdicional (desde que, é evidente, seja ajuizada a correspondente demanda) fará realizar, em caráter substitutivo, o mandamento legal. O devedor deveria pagar sua dívida, e não o fez; o juiz, em execução, determinará a penhora de seus bens, a alienação de tais bens em hasta pública, e com o preço será satisfeita a dívida. O contratante deveria cumprir determinada prestação em favor do outro contratante, mas permaneceu inadimplente; o juiz, substitutivamente, condenará o faltoso e assegurará ao demandante o recebimento da prestação devida.” Cfr. CARNEIRO. 1980, página 9.

⁴⁵⁵ “Tem-se com isso” escreveu Cândido Rangel Dinamarco, “uma sub-rogação, que é, em si mesma e por definição, suficiente para dispensar completa e integralmente o concurso da vontade do obrigado: as alterações de fato que segundo o direito seriam introduzidas no mundo pelo ato voluntário omitido sê-lo-ão independentemente dessa vontade, sem ela ou mesmo contra ela.” Cfr. DINAMARCO. 2009, página 121.

⁴⁵⁶ A paz obtida nesses moldes é, pois, marcadamente formal, porque ao processualista não importa o juízo interior do jurisdicionado, mas a prevalência e eficácia da ordem emanada do agente pacificador: o Estado-juiz.

⁴⁵⁷ “Art. 302. Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo: I - se não for admissível, a seu respeito, a confissão; II - se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato; III - se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.”

⁴⁵⁸ “Art. 368. As declarações constantes do documento particular, escrito e assinado, ou somente assinado, presumem-se verdadeiras em relação ao signatário.”

⁴⁵⁹ “Art. 372. Compete à parte, contra quem foi produzido documento particular, alegar no prazo estabelecido no art. 390, se lhe admite ou não a autenticidade da assinatura e a veracidade do contexto; presumindo-se, com o silêncio, que o tem por verdadeiro.”

que o projeto de novo Código de Processo Civil segue a mesma trilha.⁴⁶⁰ Distintamente do que vem sendo propagado pela doutrina processual, que justifica tais medidas em recentes reclamos sociais por maior *celeridade processual*, entendemos que essas alterações legislativas estão alinhadas aos enunciados que provêm dos primórdios da *guinada científica processual*.⁴⁶¹

Conquanto apresentadas pela processualística como fruto da *evolução* do direito processual, de nossa parte, consideramos que a defesa da celeridade na concessão da sentença como forma de alcançar a almejada pacificação, mesmo que ao custo de uma tutela defeituosa, é um preço nada desprezível a ser pago pela tal “estabilização” dos conflitos jurídicos. Por certo, não objetivamos debater a respeito da *verdade* no processo e nosso foco não está propriamente em discutir a possibilidade de ela ser ou não encontrada no bojo de qualquer procedimento especulativo (seja ele jurisdicional, científico, ou xamânico). O que nos interessa neste propalado dilema entre *certeza ou celeridade* não é nem a *certeza*, nem a *celeridade*, mas a conjunção “ou,” a denotar que estaríamos a tratar de uma questão com solução *binária*. De fato, falar em um *ou* em outro, como se fossem antagônicos já é um enunciado bastante questionável, já que é plenamente possível tanto chegar-se rapidamente ao pleno conhecimento dos fatos como também passar anos sem qualquer pista deles.⁴⁶²

Ao estabelecer aprioristicamente essa dicotomia, o processualista logra reduzir o debate a termos mais manipuláveis, trazendo-o para uma seara totalmente dominada, sendo este mais um caso em que o discurso da *superioridade do saber acadêmico* lhe permite pautar e manter o debate nos limites dessas duas opções (ou bem “se aumenta a certeza” ou então “se diminui o tempo do processo”). Assim é que, mirando para os diferentes “escopos do processo” (político, jurídico e social), os enunciados que

⁴⁶⁰ Assim começa a *exposição de motivos* do Anteprojeto de novo Código de Processo Civil: “Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade.” Cfr. Brasil. 2010, página 6.

⁴⁶¹ De fato, a ideia de que a atividade do juiz cada vez mais deve primar por sua capacidade de dar cumprimento às decisões que proferir, e não por sua qualidade ou acuidade na apuração dos fatos, não se mostra, a nosso ver, uma novidade das gerações mais recentes de processualistas (autodenominados *instrumentalistas*); é, a rigor, apenas a versão atualizada de uma doutrina que vincula o escopo processual de pacificação à capacidade de o Estado impor a sua vontade soberana, ainda que em situações iníquas, seguindo avaliações incorretas ou aplicando indevidamente o direito aos casos por ele julgados.

⁴⁶² Em nosso labor de cientistas sociais nos interessamos por essa dicotomia, porque ela ilustra bem que a doutrina processual fez uma escolha – afastar a busca da verdade dos escopos do processo civil – em detrimento de outras possibilidades, escolha essa que foi plenamente acolhida pelo legislador que formatou o ordenamento jurídico-processual (mais um exemplo de eficaz *institucionalização do saber acadêmico*). E é essa escolha e os argumentos que foram implementados é que constituem interessantes objetos de estudo.

analisamos nitidamente privilegiam a pacificação (escopo social), sustentando que ele deve sobrepor-se até mesmo à correta aplicação da lei (escopo jurídico), pois seria preferível *imunizar o conflito*, ainda que com fulcro em premissas fáticas equivocadas, do que perpetuar a tal situação de aflição provocada pela litispendência.⁴⁶³ Com fulcro nessas premissas às quais a problemática foi discursivamente reduzida, conclui-se que, entre *pacificar logo* e *pacificar bem* (presumindo-se que uma tutela lastreada em fatos mais concretos será melhor), o sistema prefere a solução mais expedita.

As eventuais consequências negativas dessa escolha – lastreada, vale lembrar, em opções (celeridade *ou* certeza) reduzidas pela própria retórica discursiva da processualística – deverão ser suportadas pelos infortunados, mas o importante será alcançar, o quanto antes, a *solução imunizada*. Se ela for de qualidade, tanto melhor, senão, será de se lamentar, mas “é assim que deve ser.”⁴⁶⁴ O que a sociedade buscaria – se correta a leitura feita, *rectius*, *imposta* pela processualística – não seria um juízo de *acquiescência* das partes, mas apenas a *imunização* do conflito.⁴⁶⁵ Novamente utilizando-se de *argumentos circulares*, *enunciados performativos* e da *força simbólica* de quem os profere, defende-se que “a sociedade” *aceitaria* os limites do *humanamente possível*, *conformando-se* com os resultados obtidos, ainda que em algumas ocasiões eles sejam totalmente disparatados.⁴⁶⁶

⁴⁶³ Isso Cândido Rangel Dinamarco o escreve com todas as letras: “Não se desconsidera que essa autoridade da *res judicata*, *imunizando* a decisão de mérito, mantém relação funcional com mais de um escopo do processo, ou seja, não somente com o de pacificação mas ainda (pelo menos) com o jurídico de atuação da vontade concreta da lei. Mas lá é que ela se sente com mais peso e relevância. Além disso, quando se pensa nas chamadas *sentenças injustas*, que são aquelas que por algum motivo conduzem a resultados não indicados no ordenamento jurídico substancial, tem-se a eliminação definitiva do conflito, com total ‘imunização’ do decidido contra novas investidas, apesar de em nada terem contribuído para a atuação das leis.” Cfr. DINAMARCO. 2009, página 197.

⁴⁶⁴ Cândido Rangel Dinamarco, quanto a esta opção, não deixa quaisquer dúvidas: “Troca-se a virtude interna da fidelidade pela virtude funcional da pacificação social, porque o valor daquela reside justamente na capacidade que tenha a ordem jurídica, de promover a pacificação com justiça; e, quando a justa pacificação puder ser alcançada independentemente da prevalência da vontade concreta do direito, que seja ela então obtida e esta esquecida.” Cfr. *idem, ibidem*, página 279.

⁴⁶⁵ Diz-se que “não se busca o consenso em torno das decisões estatais, mas a *imunização* delas contra os ataques dos contrariados; indispensável, para cumprimento da função pacificadora exercida pelo Estado legislando ou *sub specie jurisdictionis*, é a eliminação do conflito como tal, por meios que sejam reconhecidamente idôneos.” Cfr. *idem, ibidem*, página 190.

⁴⁶⁶ O seguinte trecho ilustra bem esta forma de argumentar, que afirma que, no que tange à *obtenção da verdade*, as “partes sabem” que o processo “faz o que pode,” dentro de seus limites: “O que importa, afinal, é ‘tornar inevitáveis e prováveis decepções em decepções difusas: apesar de descontentes, as partes aceitam a decisão.’ Elas sabem que, exauridos os escalões de julgamento, esperança alguma de solução melhor seria humanamente realizável; além disso, ainda que inconscientemente, sabem também que necessitam da proteção do Estado e não convém à tranquilidade de ninguém a destruição dos mecanismos estatais de proteção mediante a sistemática desobediência.” Cfr. *idem, ibidem*, página 190.

O que procuramos fazer neste item foi trazer à tona os aspectos metodológicos mais relevantes incutidos nos discursos de que se valem os processualistas para explicar como o procedimento alcançaria a *legitimidade* (ou *clima social*) necessária à pacificação dos conflitos. Ao analisarmos detidamente alguns desses mecanismos, concluímos que tais resultados não se alcançam graças a um julgamento *acertado* ou reputado *justo*.⁴⁶⁷ é o acatamento escorreito das normas procedimentais, aliado à prolação de sentença dotada formalmente de definitividade (transitada em julgado), quem teria o condão de tornar *aceitáveis* as decisões tomadas.⁴⁶⁸ Se, uma vez encerrado o *iter* procedimental, chegar-se a um resultado considerado adequado pelos litigantes, tanto melhor, mas a rigor, essa não é, definitivamente, uma *meta* do processo; mesmo porque, se não for acatada, dispõe a autoridade judiciária de meios para fazer valer a sua vontade, inclusive *substituindo* o condenado inadimplente no cumprimento de suas obrigações.

3. Fenomenologia da pacificação II: os personagens.

Para que esta análise da fenomenologia do discurso pacificação dos litígios pelo processo fique completa, é necessário tecermos algumas observações a respeito dos papéis atribuídos aos seus principais partícipes (partes e juiz), vale dizer, os seus *personagens* dessa fenomenologia.

A doutrina processual segue uma lógica peculiar pela qual ela delimita com muita clareza as funções que cada parte do processo desempenha, e a partir dessa segregação procura justificar o monopólio da *função pacificadora* do juiz: de um lado teríamos as partes, as figuras *naturalmente* propensas a litigar⁴⁶⁹ e, de outro, o juiz, a quem

⁴⁶⁷ Para não se dizer que o valor “justiça” seja de todo desprezado, encontramos alguns trechos que lhe fazem referência, mas de forma absolutamente superficial: “Isso não significa que a missão social pacificadora se dê por cumprida mediante o alcance de decisões, quaisquer que sejam e desconsiderado o teor das decisões tomadas. Entra aqui a relevância do valor *justiça*. *Eliminar conflitos mediante critérios justos* – eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado.” Cfr. *idem, ibidem*. página 191. Pode até ser o “mais elevado escopo social”, mas o respeitado professor não lhe dedica mais do que poucas linhas, relegando-a claramente para o plano das *utopias, desejadas* sem dúvida, mas quase sempre *irrealizáveis*.

⁴⁶⁸ Nesse sentido, por exemplo, Cândido Rangel Dinamarco sustenta que “o procedimento, mais estratificado na legalidade ou menos, sempre constitui o plano para o exercício da jurisdição e também para o da ação e da defesa pelas partes,” de modo que a “sua observância racional legitima o resultado do exercício do poder.” Cfr. *idem, ibidem*, página 154.

⁴⁶⁹ Assim é que José Roberto dos Santos Bedaque sustenta não haver “uniformidade de escopos entre as partes e o juiz, no tocante ao processo” porquanto “aquelas não buscam a atuação da vontade concreta da lei a pacificação social; pleiteiam a proteção a seus interesses, que será consubstanciada na tutela jurisdicional. Já, o juiz não atua com o objetivo de prestar essa tutela a qualquer deles, mas com o escopo de atuar a lei.” Cfr. BEDAQUE. 2011, página 37.

cumpriria o encerramento (*pacificação*) da disputa. De fato se, como defende Athos Gusmão Carneiro, a jurisdição é a atividade política de “eliminar a lide,”⁴⁷⁰ então ela só pode ser desempenhada pela pessoa a quem o Estado delegou esta competência; dir-se-á, a propósito, que a pacificação é “consequência necessária”⁴⁷¹ da atuação dos postulados da lei pelo juiz.

A consequência mais notável dessa perspectiva é a sublimação da figura (e dos poderes) do juiz em relação aos demais partícipes do processo. No ensejo do implemento de medidas pacificadoras de viés subjetivo (pertinente às partes no processo) das quais falamos anteriormente, a atuação do juiz é fundamental: é a ele que cabe *conter os ânimos*, punindo as atitudes desleais, determinando que se “risquem dos autos” as “expressões injuriosas” ou “cassando a palavra” do patrono que fizer uso delas (CPC, art. 15 e § único⁴⁷²), e impondo às partes que tratem as testemunhas com “urbanidade” (CPC, art. 416, § único⁴⁷³). O magistrado não pode estimular a disputa, deve zelar pela manutenção de um estado de sobriedade (*urbanidade*) absoluto; a sala de audiência é um ambiente silencioso, sisudo, como que refletindo a impressão de neutralidade que dela se espera. Quando reduz o depoimento a termo,⁴⁷⁴ o magistrado evita as palavras chulas, interpreta a declaração, traduz para o seu jargão ou que ele acha que a parte *quis dizer*.⁴⁷⁵ Além dessas medidas de denotado efeito prático, lembramos os poderes conferidos ao magistrado para que exerça a contento a *atividade substitutiva* da jurisdição, justamente por ser ele quem, dentro da lógica do sistema processual, deverá tomar o lugar dos beligerantes e instaurar o

⁴⁷⁰ Por suas palavras a jurisdição é a “*atividade pela, qual o Estado, com eficácia vinculativa plena, elimina a lide, declarando e/ou realizando o direito em concreto.*” Cfr. CARNEIRO. 1980, página 9.

⁴⁷¹ Cfr. BEDAQUE. 2011, página 37.

⁴⁷² “Art. 15. É defeso às partes e seus advogados empregar expressões injuriosas nos escritos apresentados no processo, cabendo ao juiz, de ofício ou a requerimento do ofendido, mandar riscá-las. Parágrafo único. Quando as expressões injuriosas forem proferidas em defesa oral, o juiz advertirá o advogado que não as use, sob pena de lhe ser cassada a palavra.”

⁴⁷³ “§ 1º As partes devem tratar as testemunhas com urbanidade, não lhes fazendo perguntas ou considerações impertinentes, capciosas ou vexatórias.”

⁴⁷⁴ Via de regra- a declaração da parte ou testemunha é ditada pelo juiz ao escrevente responsável pela transcrição; audiências gravadas ou com uso de estenotipia ainda são raras, por questões de estrutura ou mesmo culturais.

⁴⁷⁵ Dirá Luhmann: “Ao juiz corresponde, sobretudo, procurar que, mesmo no caso duma comunicação penosa e pungente, todos os participantes possuam um espaço garantido de ação, que não os desvie ou irrite, mas antes lhes proporcione com tranquilidade uma boa execução (boa de acordo com as proporções do papel). Mesmo quando o testemunho leva o próprio, ou os outros, a uma situação de catástrofe, a catástrofe não deve sobrevir nem no momento, nem para o processo jurídico como sistema. Em vez disso, uma parte das forças disponíveis deve ser separada para manutenção do contato e a capacidade de ação dos papéis. Isto constitui condição prévia para um andamento do processo jurídico, relativamente isento de perturbações, e é válido para o relacionamento mútuo dos participantes.” Cfr. LUHMANN. 1980., página 74.

estado de paz com medidas práticas e concretas, independentemente da aquiescência das partes.

A consecução de tais objetivos não seria possível sem que se elevasse a figura do magistrado a um status superior ao das demais partes no *tabuleiro* do processo, de modo que o papel dos litigantes, dentro desse cenário, é totalmente secundário e inferiorizado.

Todas essas são características e atribuições que fazem com que ao juiz, a nosso ver, seja conferida a responsabilidade de ser a única e verdadeira *mola propulsora* do processo e da *indefectível* pacificação que dele advirá. Afirmamos isso sem ignorar que o processo civil esteja arquitetado sob as bases do princípio da *vedação ao impulso oficial*, segundo o qual às partes cabe promover os atos processuais que *movimentarão* o processo (propor a demanda, deduzir os pedidos, dar andamento ao processo quando lhe couber, etc.).

Sem diminuir em nada a importância desses atos para o andamento do processo, são iniciativas que chamaríamos de *meramente provocatórias* do ato decisional, no sentido que elas não fazem mais do que *instigar a atividade judicante* a deliberar sobre certa questão.⁴⁷⁶ E mais: até mesmo essa ideia de *juiz inerte* tem sido alvo de críticas por certa corrente da processualística, que defende uma maior intervenção do magistrado na condução do processo, especialmente no que respeita à produção de provas,⁴⁷⁷ caracterizando-o como *agente do contraditório*,⁴⁷⁸ arguindo se tratar de uma necessária de “quebra do paradigma individualista.”⁴⁷⁹

A vedação ao impulso oficial, quando muito, age como meio de assegurar a *ilusão de imparcialidade*, no sentido *privatista* de que o juiz não pode agir ativamente em favor dessa ou daquela parte. O uso do termo *ilusão* – um tanto forte, o admitimos – é proposital: claro que será a parte quem limitará o objeto do litígio, sendo vedado ao juiz “conhecer de questões não suscitadas,” estando ele obrigado a “decidir a lide nos limites em que foi proposta” (CPC, art. 128). Mas essas limitações não são suficientes, a nosso

⁴⁷⁶ A parte pede, mas é ao magistrado que caberá decidir *o que* prover, *como* prover, *quando* e *quanto* prover.

⁴⁷⁷ Nesse sentido, destacamos as lições de José Roberto dos Santos Bedaque em *Os poderes instrutórios do juiz*. BEDAQUE, 1991, e de José Carlos Barbosa Moreira, *A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo*, BARBOSA MOREIRA. 1985, página 140.

⁴⁷⁸ É o que defende José Roberto dos Santos Bedaque: “A necessidade de juiz assumir a efetiva posição de condutor do processo, com ampla participação no contraditório desenvolvido pelas partes, corresponde à tendência quase unânime da moderna ciência processual. Amplia-se, dessa forma, a noção de contraditório, para nela incluir também a participação ativa do juiz no desenvolvimento da relação processual.” Cfr. BEDAQUE. 2011, página 65.

⁴⁷⁹ A esse respeito, novamente citamos José Roberto dos Santos Bedaque: “A tendência de maior participação do juiz no processo é consequência de profundas alterações verificadas na fisionomia individualista do modelo processual clássico.” Cfr. *idem, ibidem*, página 66.

ver, para mitigar o alto grau de discricionariedade⁴⁸⁰ de que dispõe o magistrado no sistema brasileiro para deliberar sobre os fatos que lhe são submetidos. Uma vez que a causa é *entregue* ao juiz, as partes perdem por completo o *controle* das medidas judiciais.

Com efeito, a ideia de processo como sistema de decisões dotadas de uma certa natureza *comutativa* na sua formação, como se o ato jurisdicional adviesse de uma *atividade colaborativa*⁴⁸¹ do autor e do réu que, junto com o juiz, formariam *a seis mãos* a sentença,⁴⁸² é mais um exemplo de *enunciado performativo*.⁴⁸³ Embora as garantias do contraditório constituam um importante passo para evitar a formação de visões *parciais* dos fatos pelo julgador, considerando a prática forense e o *modo de ser* do processo, sustentamos que a tal força persuasiva das partes sobre o magistrado é bem relativa, quando não inexistente.

De fato, ao jurisdicionado, no momento em que deduz suas pretensões, não cumpre mais do que expor os fatos, qualificar o direito, tudo dentro de uma lógica argumentativa visando ao *convencimento* do magistrado, não havendo, pois, ao contrário do que propõem certos processualistas, participação, no sentido democrático do termo.⁴⁸⁴ O contraditório processual é totalmente subjugado diante de uma praxe que estipula a plena independência do juiz na análise dos fatos: a estrutura processual, pautada pelo consagrado “princípio da livre apreciação das provas,” alimentado por sua vez por *frases de efeito* como “o destinatário da prova é o juiz,” “o juiz não está preso aos argumentos

⁴⁸⁰ Discricionariedade não no sentido que o *direito administrativo* lhe empresta, como oposição aos atos vinculados, mas no sentido de *liberdade para decidir*.

⁴⁸¹ Invoca-se até mesmo um jaez de certo modo *negocial* do processo: “Aceita essa premissa, seria lícito ver *processo* não só quando se tem na extremidade do procedimento o *provimento* (ou seja, ato imperativo: estatal ou não), mas ainda no caso do *negócio jurídico*: em ambas as hipóteses, o ato vinculativo das partes é precedido de procedimento que inclui sua participação.” Cfr. DINAMARCO. 2009, páginas 77/78.

⁴⁸² Chega-se ao ponto de relacionar o exercício do contraditório no processo a práticas de sufrágios democráticos, pelas quais um dos fatores de legitimação das decisões tomadas é “a participação dos seus futuros destinatários, a quem se assegura a observância do procedimento adequado e capaz de oferecer-lhes reais oportunidades de influir efetivamente e de modo equilibrado no teor do ato imperativo que virá.” Cfr. *idem, ibidem*, página 107.

⁴⁸³ Para demonstrar a eloquência com a qual essas premissas são colocadas, vejamos o seguinte trecho do já citado Cândido Rangel Dinamarco: “Nem todo procedimento é processo, mesmo tratando-se de procedimento estatal e ainda que de algum modo possa envolver interesses de pessoas. O critério para a conceituação é a presença do contraditório. Por outro lado, a exigência de contraditório constitui consequência de tratar-se de procedimentos celebrados em preparação a algum *provimento*, qualquer que seja a natureza deste; provimento é ato de poder, imperativo por natureza e destinação, donde a necessária legitimação mediante o procedimento participativo. Não se compatibiliza com o espírito do Estado-de-direito democrático a imposição de provimentos sem prévia preparação mediante um procedimento e sem que o procedimento preparador se desenvolva em contraditório; ou seja, não se compatibiliza com ele a emissão de provimentos sem a realização do *processo* adequado.” Cfr. *idem, ibidem*, páginas 157/158.

⁴⁸⁴ Na dinâmica do processo civil o jurisdicionado não toma parte na decisão, apenas tenta influenciá-la. A invocação do contraditório como legitimador da tutela jurisdicional, se apresenta alguma razoabilidade, é limitada ao direito de se defender (responder) e expor a sua versão (fática e jurídica) do objeto em litígio.

jurídicos das partes,” ou mesmo “o juiz não é obrigado a abordar todos os temas suscitados quando apenas um deles for suficiente para decidir a lide,” está arquitetada de maneira que o julgador goza de amplíssima autonomia para estabelecer as “verdades” do processo, sem que as partes possam fazer nada de concreto a respeito.⁴⁸⁵ Frui também o magistrado, ao menos em relação às partes, de liberdade na aplicação do direito que entender cabível (*da mihi factum et dabo tibi jus*⁴⁸⁶), podendo até mesmo se recusar em julgar o litígio (extinção do processo *sem julgamento do mérito*, pela falta de condições da ação ou pressuposto processual).

Em vista dessas características, consideramos que, muito longe de ser fruto de *atividade colaborativa dos interessados*, a decisão judicial, e por via de consequência a pacificação que deveria dela advir, é um ato pessoal do julgador, para o qual as partes pouco contribuem, quanto menos são informadas sobre os parâmetros que foram utilizados. Forte no argumento da *livre apreciação* dos elementos de prova dos autos, as alegações das partes podem ser decisivas ou completamente ignoradas na formação do entendimento do julgador, mas isso quem vai decidir é ele próprio, e a ninguém será dado conhecer o modo como se formou o seu convencimento, nem questionar os seus critérios.⁴⁸⁷ O *dever de fundamentar* as decisões, previsto na Constituição (art. 93, inc. IX⁴⁸⁸) e no Código de Processo Civil (art. 458, inc. II⁴⁸⁹), é deveras vago e não tem nada de vinculativo.⁴⁹⁰ Por vezes os julgadores nem se dão ao trabalho de expor a sua razão de

⁴⁸⁵ Esta tendência se reforça se considerarmos o Anteprojeto de novo Código de Processo Civil, que limita a interposição de recursos contra decisões intermediárias, principalmente aquelas que disserem respeito a provas que serão produzidas.

⁴⁸⁶ Brocardo jurídico que significa “dá-me o fato que eu te darei o direito.”

⁴⁸⁷ Lembramos aqui a fórmula encontrada pelos tribunais brasileiros para não analisar as alegações da parte, quando deduzidas em embargos de declaração (recurso previsto no art. 535 do CPC, que permite a complementação de decisão omissa, contraditória ou obscura): “O julgador, no exame das lides que lhe são submetidas, não está obrigado a responder questionários jurídicos elaborados pelas partes e nem a discorrer sobre todos os dispositivos legais por elas invocados.” Esta frase, extraída dentre tantos julgados (no caso, trata-se do AgRg no AREsp 180224/RJ, julgado no STJ), é repetida desde os tribunais superiores até o juiz de primeira instância, e mostra bem o desprezo que as Cortes mantêm pelos questionamentos das partes às decisões proferidas, equiparando-as ao choro caprichoso de uma criança mimada.

⁴⁸⁸ “IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;”

⁴⁸⁹ “Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: (...) II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;”

⁴⁹⁰ Hoje, se a questão for unicamente de direito e o juízo já tiver opinião formada sobre o assunto, sequer é necessária a presença do réu: o juiz pode extinguir o processo com julgamento do mérito; é o que dispõe o artigo 285-A do Código de Processo Civil: “Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.” Do mesmo modo, ao tratar do recurso que objetiva impugnar decisões interlocutórias (agravo de instrumento), o CPC

decidir, como ocorre nos julgamentos nos tribunais de segunda instância: os fundamentos da decisão recorrida são transcritos *ipsis litteris* se o revisor entender que eles são suficientes.⁴⁹¹

Assim é que a doutrina processual, e por via de consequência o próprio ordenamento legal, sempre seguindo praticamente à risca as suas recomendações, depositam no magistrado praticamente toda a responsabilidade pela obtenção do almejado efeito de *pacificação dos conflitos* do processo. Magistrado tomado aqui não como *pessoa* (vimos que uma das importantes contribuições do discurso da *legitimação pelo procedimento* é justamente a *desvinculação* da tutela jurisdicional da pessoa de quem a proferiu), mas como *instituição*, como *representante do soberano*. Pertenceria ao juiz, e a mais ninguém, a obrigação de atuar no processo no sentido de promover a tal pacificação, construindo esta *ponte* entre o direito e a sociedade.⁴⁹²

Apesar de humano, *demasiadamente humano*, o sistema processual, alimentado pelos ideais da *doutrina instrumentalista*, credita a esse julgador atributos diferenciados, uma espécie de “consciência coletiva” que lhe permitiria emitir julgamentos sobre todo e qualquer assunto, permitindo o restabelecimento da *ordem social*. Por essa razão e para que alcance tais objetivos é que se torna necessário dotá-lo dos instrumentos dos quais falamos, bem como postá-lo em plano superior ao dos demais partícipes do processo, exercendo o *protagonismo judicial* em toda a sua plenitude.⁴⁹³ Da maneira como está

confere ao relator poderes para, antes mesmo de ouvir a parte contrária, negar-lhe seguimento ou convertê-lo em retido, em decisão irrecorrível, postergando a sua análise para quando for interposta eventual apelação, nos termos dos incisos I e II do artigo 527: “Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator: I - negar-lhe-á seguimento, liminarmente, nos casos do art. 557; II - converterá o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa;”

⁴⁹¹ Esta prática é plenamente aceita pelo Superior Tribunal de Justiça. Lemos em acórdão relatado pelo Ministro João Otávio de Noronha: “É predominante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em reconhecer a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-o no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no decisor.” (Resp nº 662.272 – RS, Segunda Turma, julgado em 4/9/07, v.u.). Ou seja, na prática, os julgadores do Tribunal de revisão não precisam sequer se dar ao trabalho de refletir sobre os argumentos do recurso das partes, o que é um contrassenso: em tese, no momento em que decide, o juiz não sabe quais as alegações as partes utilizarão para impugnar a decisão que ainda vai ser proferida, de modo que os seus fundamentos não se prestarão a qualquer conclusão sobre questões futuras ainda não deduzidas.

⁴⁹² É precisamente nesse sentido que José Roberto dos Santos Bedaque afirmará que o magistrado deve “servir como canal de comunicação entre a regra e a sociedade, a fim de adequá-la à realidade e às necessidades de seu tempo,” sendo que este escopo resultaria “da interpretação a ser dada pelo juiz” à norma jurídica. Cfr. BEDAQUE. 2011, página 74.

⁴⁹³ A expressão é de Lênio Luiz Streck. Segundo o provocador jurista, o projeto de novo Código de Processo Civil estaria contaminado por esse *protagonismo judicial*, sendo que as suas bases teóricas “partem do serôdio e desgastado modelo social protagonista, que impõe o evidente receio de manutenção da matriz autoritária de processo social, capitaneado pelas correntes instrumentalistas, que acreditam, de modo

organizado o processo, e distribuídas as funções de cada participante na relação processual, o juiz seria hoje equiparado, sem nenhum exagero, a um *presidente do processo*, cujos atos decisoriais estariam sujeitos a ínfimas, quando não inócuas formas de controle pelas partes.⁴⁹⁴

Ressaltamos que não estamos deitando sobre tais fatos qualquer juízo de valor (ou seja, se esse *protagonismo* é ou não desejável), mas apenas descrevendo as funções atribuídas pelo processo, sob influência do discurso sob análise, aos diferentes partícipes do processo, bem como o potencial valor que o desempenho de cada um pode ter para o alcance do decantado efeito de pacificação da tutela jurisdicional. Fazemos isso com o objetivo de, a partir do quadro traçado, aportar conclusões sobre os elementos que formatam o discurso da pacificação, que é o nosso objeto de estudo.

E o que concluímos ao observarmos esses fenômenos é que a centralização do papel pacificador no magistrado não encontra suporte no fato de que ele seria dotado de um *saber jurídico superior*, de instrumentos diferenciados para apurar a “verdade dos fatos,” ou mesmo por ser um terceiro na relação contenciosa: a escolha do juiz como protagonista do processo de pacificação da lide se dá em razão de sua condição de *representante do soberano*, o que denota a ampla aderência do *discurso da pacificação* à visão de Estado como detentor monopolista do poder considerado *legítimo*. Dito de outro modo, essa forma de ver e apresentar o juiz como centro da jurisdição se deve à propensão da processualística a reduzir a atividade jurisdicional a uma mera *imposição de vontade soberana* por parte de um *agente do Estado*, relegando os demais partícipes a papéis secundários, quando não qualificando-os como elementos de *obstrução* ao bom andamento do *iter procedimental*.

De fato, ao dizer que somente o juiz tem condições de promover a *paz social*, excluindo-se às partes qualquer papel nesse domínio, confirmamos nossa hipótese de que

romântico, nas virtudes soberanas do decisor e em sua capacidade de antever o impacto decisório (político, econômico e social).” E continua o autor: “Esse é o maior equívoco do projeto. Assume uma postura participativa, só que aposta no protagonismo (solipsista). Aliás, é um equívoco que corrói a raiz do projeto. Incrível como os fantasmas de Oskar Von Bülow, Menger, Klein e outros continuam a atazanar os processualistas brasileiros. Os instrumentalistas — mormente eles — continuam a acreditar que a solução do processo está no “protagonismo judicial.” Cfr. STRECK. *A juristocracia do novo Código de Processo Civil*, artigo publicado no sítio www.conjur.com.br — disponível em http://www.conjur.com.br/2012-set-18/lenio-streck-juristocracia-projeto-codigo-processo-civil#_ftn2. acessado em 23/4/13.

⁴⁹⁴ A previsão contida no artigo 6º da Lei 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), segundo a qual “não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público,” se não é *letra-morta*, no mínimo deve ser questionada do ponto de vista da sua concretude prática: o advogado pode não ser subordinado hierarquicamente ao juiz, mas considerando que só este último decidirá a sorte do patrocinado, qual o real significado prático dessa previsão legal?

os atributos *pacificadores* deitam raízes sobre *fenômenos de poder*, e não de *persuasão* ou *concordância* dos sujeitos do processo. É a manifestação de uma visão de poder unitário, centralizado, avesso a outras formas de composição que lhe escapem (especialmente a autocomposição); então fala-se, melhor, pressupõe-se uma *disposição generalizada em obedecer* a esta autoridade,⁴⁹⁵ tratando-se no fundo de discurso, mais um discurso, que vem se juntar a outros tantos, que servem para formar um *senso coletivo* que aponte para a *necessidade* de se obedecer a esse Estado.

Feita esta apresentação dos principais elementos que compõem a fenomenologia do discurso da pacificação, nos deteremos a seguir a destrinchar alguns dos aspectos que mais nos chamaram a atenção, principalmente aqueles que apresentam desdobramentos disciplinares.

4. A preservação do monopólio do poder estatal.

Um primeiro ponto que nos chama a atenção no discurso da *pacificação pelo processo* é a circunstância de ele por em evidência a premissa *monopolista* de que se valem os processualistas para descrever a atividade jurisdicional do Estado.

Se, como vimos, a tradição jus-política europeia vem, desde o Século XVI, centralizando a produção e aplicação do direito na figura do Estado, que avoca para si o *monopólio do uso legítimo da força*, para retomarmos a fórmula *weberiana*, não haveria razão para a faceta jurisdicional escapar dessa esquematização. Na esteira das construções teóricas calcadas no clássico conceito de *soberania*, caberia ao Estado, e a mais ninguém, aplicar o direito em caso de litígio entre os seus súditos. Conforme destacamos, essa premissa centrípeta só se fez reforçar desde então, consolidando a estrutura genericamente denominada *Estado de Direito*.

A insistência e veemência com as quais se impõe o monopólio do Estado no exercício da jurisdição denotam uma acentuada preocupação em incutir esse postulado como se *verdade absoluta* fosse, impossível de ser questionada ou mitigada. Dir-se-á que aceitação da ubiquidade da jurisdição seria tão “elementar” quanto “inexorável.”⁴⁹⁶

⁴⁹⁵ Vejamos o que afirma Cândido Rangel Dinamarco: “A generalizada *disposição a obedecer*, disseminada entre os membros do grupo social, corresponde, de modo mais consciente ou menos, ao reconhecimento dessa compatibilidade axiológica e à necessidade do poder, como instrumento estatal para a consecução dos objetivos comuns.” Cfr. DINAMARCO. 2009, página 164.

⁴⁹⁶ As enfáticas expressões foram colhidas do excerto a seguir: “É assente que há muito banuiu-se a possibilidade de autotutela (ressalvadas as hipóteses de desforço e legítima defesa), surgindo, então, o

Sustenta-se, ainda, que “só há processo diante do Poder Jurisdicional” e que somente a este último caberia “exercer a atividade ou a função de fazer valer um dado ordenamento jurídico.”⁴⁹⁷

Os reflexos da tese da *centralização do poder* são evidentes no discurso dos doutrinadores do processo: nada lhes é mais repugnante do que a *autotutela*, ou seja, a resolução jurídica de determinada disputa entre particulares sem a intermediação do Estado-juiz, sendo ela descrita como ato de barbárie ou incivilidade. *Fazer justiça com as próprias mãos*, dentro desse raciocínio, é tão ou mais execrável do que a própria *injustiça*, tanto que o *exercício arbitrário das próprias razões* constitui *crime* tipificado no Código Penal.⁴⁹⁸ As catastróficas previsões sobre o caos que se instalaria na sociedade se o Estado legasse aos próprios cidadãos a aplicação do direito – fala-se em “renúncia à própria subsistência da organização política da sociedade,” e “caos” da autotutela⁴⁹⁹ –, constroem um cenário que supera o mais apocalíptico *estado de guerra hobbesiano* (e veremos como a lógica do pensamento político deste filósofo inglês é importante para o sucesso do *discurso da pacificação*).

Nem mesmo os meios alternativos à solução de conflitos – transação, conciliação, arbitragem, decisões administrativas – mitigam o *absolutismo do Estado-Juiz*, pois constituem, a bem dizer, *concessões* que o Estado fez por razões múltiplas (desafogamento da máquina judiciária, preservação do interesse público), e sem nunca excluí-lo totalmente da apreciação do litígio (eventual vício no acordo, decisão administrativa e o laudo arbitral sempre poderão ser revisados em juízo). Discute-se,

fortalecimento paulatino e sempre crescente da jurisdição (pública ou privada) que é, em síntese, o poder conferido à terceiro imparcial, de dizer o direito e, se necessário, fazer exercê-lo (*ius imperi*), de maneira à resolução da lide pendente - desta feita jurisdicionalizada - satisfazendo o titular do direito reconhecido, no plano jurídico e factual. Assim, afigura-se elementar que a busca da satisfação de pretensões, quando violado ou ameaçado um direito, passa, inexoravelmente, pelo crivo da jurisdição (caso não haja composição amigável), que, por sua vez, para realizar seus fins constitucionalmente delineados, haverá de utilizar-se de um instrumento imaginário denominado ‘processo.’” Cfr. FIGUEIRA JÚNIOR. 2010, página 265.

⁴⁹⁷ Cfr. WAMBIER. 2007, página 11.

⁴⁹⁸ Dispõe o artigo 345 do Código Penal: “Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.”

⁴⁹⁹ Os termos escolhidos são de Cândido Rangel Dinamarco, que afirma: “Se o Estado deixasse cada um à sua própria sorte, talvez no caos da autotutela e sem o amparo da jurisdição pacificadora, por certo que de nada valeria o melhor dos sistemas jurídico-substanciais; seria a renúncia à própria subsistência da organização política da sociedade, sendo inconcebível a sociedade política sem o processo e a jurisdição. A confiança no Estado pacificador e respeitoso do valor liberdade é indispensável fator legitimante do poder, do ordenamento e do Estado mesmo.” Cfr. DINAMARCO. 2009, páginas 200 e 201.

inclusive, se as decisões emitidas nos meios diferenciados de solução de disputas – arbitragem notadamente – ostentariam natureza jurisdicional.⁵⁰⁰

O discurso do processualista se vale desses fundamentos basicamente porque sem eles, ou seja, sem a premissa do *monopólio da função jurisdicional*, não apenas o processo, mas o próprio Estado de Direito, perderia, dentro da racionalidade estatalista, a sua razão de ser. Trata-se a nosso ver de uma questão de *sobrevivência* da estrutura retórica montada pelos Estados modernos para justificar o exercício do poder estatal: se, por um lado, *Estado é poder*, e este poder se exerce pela edição do *direito vigente*, então a *busca pela justiça somente* pode se dar por meio da *jurisdição* (i.e. o Estado).

Logo, ainda que, quando confrontados à realidade (sobretudo a brasileira), possamos questionar a efetiva realização na prática dessa centralização de funções⁵⁰¹ – como também se questiona, com muito mais afincado, a efetiva capacidade do Estado concentrar toda a produção de normas da sociedade – sem essa característica monopolística faltaria à estrutura teórica do Estado de Direito, da jurisdição e do processo, um dos seus principais alicerces: a premissa segundo a qual o Estado seria o único representante do poder político soberano, legitimado no bojo do constitucionalismo.

Ainda tratando dos aspectos políticos de que se valem os processualistas para explicar o exercício da jurisdição, já escrevemos que eles se pautam na ideia de que, ao resolver um conflito o Estado não está apenas encerrando uma discussão e dizendo aos jurisdicionados qual o direito aplicável, mas também se impondo como autoridade.⁵⁰² A corroboração da autoridade estatal pelo processo se mostra como uma via *de mão dupla*, pois além de asseverar a vigência do ordenamento positivado, é na “continuidade do exercício do poder” que o Estado-Juiz reafirma “sua condição de entidade responsável pela

⁵⁰⁰ Carlos Alberto Carmona, ao tratar da natureza jurisdicional da sentença arbitral antes da edição da Lei de Arbitragem (lei 9.307/96), cita doutrina dissonante e dominante: “Assim, se a jurisdição é a função, a atividade e o poder do Estado de aplicar as normas do ordenamento jurídico em relação ao caso concreto (seja expressando autoritativamente o preceito, seja realizando efetivamente o que o preceito estabelece), a arbitragem não pode ser considerada atividade jurisdicional. Diz-se, de fato, que o árbitro não atua a lei e nem a torna efetiva pela coerção, de tal sorte que sua decisão nenhum efeito gera se não for homologada pelo órgão jurisdicional estatal.” Cfr. CARMONA. 1990, página 33.

⁵⁰¹ Conferir, a propósito, SADEK. 2010, SANTOS. 1989 e DIAS. 2009.

⁵⁰² A propósito, Cândido Rangel Dinamarco dirá o seguinte: “Decidindo e impondo decisões (não necessariamente em sede jurisdicional), o Estado afirma o seu próprio poder e a autoridade de que instrumentalmente investidos os seus agentes, na busca de fins predeterminados. Além de decidir, ele impõe imperativamente o que decidiu e a *imunização* das decisões, no sentido de que, soberanamente, não admite revisões do decidido. Havendo decidido, produz efeitos imediatos sobre a situação das pessoas e em certa medida espera que cada um paute seu comportamento segundo os ditames da decisão imperativa. Quando necessário, impõe por si mesmo a disposição das coisas segundo os parâmetros fixados na decisão. Essa é a síntese da atividade jurisdicional, exercida diuturnamente em número indefinido de casos, com afirmação da autoridade e exercício de poder.” Cfr. DINAMARCO. 2009, páginas 200/201.

organização da vida social.”⁵⁰³ Fiel à concepção *publicista* proposta por Bulow, o processo civil não é somente um meio de solucionar conflitos entre particulares, mas como verdadeiro *instrumento de poder*.⁵⁰⁴ Mas se fosse meramente impositiva e mandatária, essa ideia de jurisdição evidentemente não coadunaria com os valores de um Estado *liberal* nem com o de *bem-estar social*, e é exatamente neste ponto que o *discurso da pacificação* intervém. A justificação ideológica do monopólio da jurisdição se vale exatamente da função *pacificadora* do Estado, que viria pôr fim, substancialmente, às *insatisfações* sofridas pelos jurisdicionados.⁵⁰⁵

A mensagem simbólica emitida em meio aos enunciados discursivos sob análise é a de que o Estado-juiz avoca a autoridade de dizer qual o direito aplicável aos conflitos que chegarem ao seu conhecimento porque ele é o único *capaz de pacificá-los definitivamente*. Inclusive, para a doutrina processual que repudia a ideia de complementaridade do processo em relação ao direito substancial, trata-se de escopo tão importante quanto o de *fazer* as leis: considerando as três funções primordiais do Estado (legislar, executar e julgar), há quem diga que a *jurisdição* se distingue de todas as demais justamente por ser a única capaz de efetivamente *pacificar os conflitos concretos*, o que não seria possível às outras duas.⁵⁰⁶ Assim é que a função de pacificar estaria relacionada às promessas de bem estar que o Estado teria feito aos seus cidadãos.⁵⁰⁷

⁵⁰³ Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

⁵⁰⁴ Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, temos que o processo é “o instrumento de que se vale o Estado, não só para exercer a jurisdição, mas, numa colocação mais ampla, para o exercício do *poder*.” Cfr. DINAMARCO. 2002, página 101.

⁵⁰⁵ Vejamos o seguinte trecho de abalizada doutrina do processo: “A partir desse conceito provisório de jurisdição e do próprio sistema processual já se pode compreender que aquela é uma função inserida entre as diversas funções estatais. Mesmo na ultrapassada filosofia política do Estado liberal, extremamente restritiva quanto às funções do Estado, a jurisdição esteve sempre incluída como uma responsabilidade estatal. E hoje, prevalecendo as ideias do *Estado social*, em que ao Estado se reconhece a função fundamental de promover a plena realização dos valores humanos, isso deve servir, de um lado, para pôr em destaque a função jurisdicional pacificadora como fator de eliminação de angústia; de outro, para advertir os encarregados do sistema, quanto à necessidade de fazer do processo um meio efetivo para a *realização da justiça*. Afirmar-se que o objetivo-síntese do Estado contemporâneo é o bem-comum e, quando se passa ao estudo da jurisdição, é lícito dizer que a projeção particularizada do bem comum nessa área é a *pacificação com justiça*.” Cfr. CINTRA. GRINOVER. e DINAMARCO. 2000, páginas 24/25.

⁵⁰⁶ Confirmamos o seguinte trecho da consagrada *Teoria Geral do Processo*: “O que distingue a jurisdição das demais funções do Estado (legislação, administração) é precisamente, em primeiro plano, a finalidade pacificadora com que o Estado a exerce.” Cfr. *idem, ibidem*, página 24.

⁵⁰⁷ Vejamos a lição de Cândido Rangel Dinamarco em que relaciona a jurisdição com os escopos de pacificação, dentro da lógica de uma *função do Estado*: “Na busca do bem comum, o Estado sente a necessidade de remover obstáculos e implantar condições favoráveis à desejada realização integral do homem. Daí os *serviços* que presta à população e que tradicionalmente costumam ser agrupados nas três clássicas funções consideradas. Essa é, conforme prometido, uma visão marcadamente teleológica, que propõe identificar a jurisdição segundo os objetivos que através dela o Estado busca atingir. Existe realmente um feixe de objetivos a serem alcançados mediante a atividade que se convencionou chamar jurisdicional e que se situam no campo propriamente jurídico (atuação da vontade do direito substancial), no campo social

O que o discurso propõe é que os cidadãos renunciem à resolução autônoma dos conflitos, para receberem em troca uma tutela que seja *efetivamente* apaziguadora. Novamente, qualquer semelhança com o *pacto social* imaginado por Hobbes não é mera coincidência.⁵⁰⁸ Dito de outra forma, identificamos que a ideia de *pacificar pelo processo* compartilha da lógica *hobbesiana*, devidamente atualizada, para justificar a atuação da faceta jurisdicional do Estado, pois a autoridade política não pode mais, não depois das revoluções burguesas e suas lutas contra o arbítrio dos monarcas, e da inserção de conceitos de bem-estar social pelas quais o agente estatal é visto como provedor, ser vista *exclusivamente* como meio de impor uma vontade de poder. Em sumas palavras: o *poder pelo poder* não seria mais tolerado, ele precisa dar *algo em troca*, e esse *algo* é, no plano jurisdicional, a promessa de *pacificação do conflito*.

Logo, a retórica discursiva sob análise tem também por funcionalidade atender à necessidade de tornar tolerável a estrutura jurisdicional tal qual disponibilizada pelo Estado, que não se sustentaria somente nas bases de uma forma de exercício de poder: é preciso mais, é preciso dar a esse Judiciário a roupagem de entidade capaz de trazer “paz” e “felicidade” aos jurisdicionados, e é por isso que, se discursa em defesa dos hipotéticos *escopos pacificadores* do processo.

5. A pacificação é tardia e desgastante, mas não falha.

Ainda dentro do escopo de apresentar os *bônus* do modelo monopolista de jurisdição, a pacificação surge na retórica processualista como uma de suas principais vantagens, agindo como argumento justificador pelo qual a sociedade aceitaria a estrutura processual monopolizada na figura do Estado-Juiz, assim como, num plano menos abstrato, as decisões dele emanadas.⁵⁰⁹ Não por outra razão, a função pacificadora é descrita como *escopo magno do processo*⁵¹⁰ e, de tão relevante, integra a sua definição.⁵¹¹

(pacificação com justiça; educação para a consciência dos próprios direitos e respeito aos alheios) e no político (afirmação do poder estatal; participação democrática; preservação do valor liberdade; nos regimes socialistas, propaganda e educação para a vida e ação socialistas). A jurisdição caracteriza-se, pois, como uma das *funções* do Estado, voltada aos objetivos assim definidos.” Cfr. DINAMARCO. 2009, páginas 136/137.

⁵⁰⁸ Hobbes defendia a idéia de pacto social como meio de o cidadão se livrar de um estado permanente de guerra. Em troca de paz e segurança, o indivíduo entregaria ao Soberano a autoridade para decidir coercitivamente as condições de vida em sociedade (Direito), dispondo inclusive de sua própria vida.

⁵⁰⁹ Dir-se-á que “é para a consecução dos objetivos da jurisdição e particularmente daquele relacionado com a pacificação com justiça, que o Estado institui o sistema processual, ditando normas a respeito (direito

O *otimismo* com o escopo de pacificação é propalado com tamanha veemência pela doutrina que chegamos a encontrar manifestações até certo ponto desproporcionais, que apontam a jurisdição como sendo portadora de *felicidade* dos membros da comunidade jurídica,⁵¹² ou até mesmo um elemento de *aperfeiçoamento da humanidade*.⁵¹³ Os exageros desses enunciados não provêm, a nosso ver, de mero destempero; antes, resultam de um esforço discursivo no sentido de legitimar a estrutura jurisdicional e, em última análise, do sistema processual tal qual existente hoje.

O nível de abstração a que chegam os propaladores desses discursos, a nosso ver, dá bem o grau da importância do escopo pacificador, principalmente quando a impressão generalizada sobre a estrutura judiciária é bem menos efusiva e entusiasmada. De fato, o discurso da pacificação também está amplamente relacionado à contínua e marcante situação de insatisfação da sociedade com o Judiciário.

Conforme apontamos anteriormente, não é de hoje que o sistema processual como um todo, a “Justiça” em termos mais coloquiais, é vista com desconfiança e desaprovação pela população. Demonstramos inclusive que boa parte desse descontentamento se deve a “questões burocráticas,” o que pode ser entendido como uma crítica à organização judiciária e da maneira como está estruturado o processo civil.⁵¹⁴

processual), criando órgãos jurisdicionais, fazendo despesas comisso e exercendo através deles o seu poder.” Cfr. CINTRA. GRINOVER. e DINAMARCO. 2000, páginas 24 e 25.

⁵¹⁰ Consta que “a *pacificação é o escopo magno da jurisdição* e, por consequência, de todo o sistema processual (uma vez que todo ele pode ser definido como a disciplina jurídica da jurisdição e seu exercício).” Cfr. *idem, ibidem*, página 24.

⁵¹¹ Confirmamos a seguinte definição de Galeno Lacerda: “O processo é um fato social. Consiste, sumariamente, no comparecimento espontâneo ou forçado de determinados indivíduos perante um órgão do Estado, com o duplo fim de obter-se a solução de um conflito de interesses mediante a definição do direito e, em consequência, restabelecer-se a harmonia social.” Cfr. LACERDA. 1961, página 74.

⁵¹² Nesse sentido, há quem sustente que o processo possui “um escopo *social*, uma vez que se relaciona com o resultado do exercício da jurisdição perante a sociedade e sobre a vida gregária dos seus membros e felicidade pessoal de cada um.” Cfr. CINTRA. GRINOVER. DINAMARCO. 2000, página 24. Ainda, vale citar este trecho da lavra de Cândido Rangel Dinamarco: “Tutela jurisdicional é o amparo que, por obra dos juízes, o Estado ministra a quem tem razão num litígio deduzido em processo. Ela consiste na melhoria da situação de uma pessoa, pessoas ou grupo de pessoas, em relação ao bem pretendido ou à situação imaterial desejada ou indesejada. Receber tutela jurisdicional significa obter sensações felizes e favoráveis, propiciadas pelo Estado mediante o exercício da jurisdição.” Cfr. DINAMARCO. 2003, página 104.

⁵¹³ Vejamos o que diz José Roberto dos Santos Bedaque: “Como os conflitos de interesses regulados pelo Direito muitas vezes não são solucionados espontaneamente pelos destinatários da regra legal, devem existir meios para que tal ocorra, ainda contra a vontade de um ou alguns deles. Um desses meios – e, por determinadas circunstâncias, o mais utilizado – é o processo jurisdicional. Daí poder-se afirmar que a jurisdição acaba sendo importante fator de pacificação social, visto que o desenvolvimento de sua atividade tende a colocar fim às relações litigiosas, que, por sua vez, configuram situações de rebeldia às regras necessárias à própria sobrevivência da sociedade. Fala-se, até, que o processo constitui meio de aperfeiçoamento da Humanidade.” Cfr. BEDAQUE. 2011, página 84.

⁵¹⁴ Cfr. *Relatório ICJ Brasil 2º e 3º Trimestre de 2012*, disponível em <http://direitogv.fgv.br/publicacoes/icj-brasil> - acessado em 01/1/2014 página 15.

Conquanto este fenômeno não seja exclusivo do Judiciário, podendo ser também verificado em relação às demais esferas do Poder Público, notadamente em razão da conhecida burocracia estatal inchada, ineficiente e desigual, a desconfiança da população em relação ao sistema de judicatura é um dado concreto, e que não foi desprezado.

Com efeito, essa realidade não é ignorada pela doutrina processual, aliás, pelo contrário: é justamente diante dessa perene “crise” de credibilidade do Poder Judiciário que a necessidade de difusão dos enunciados que advogam pela *função pacificadora do Judiciário* se vê reforçada. É precisamente nesse contexto de adversidade e questionamentos que entram em cena artifícios como o *discurso da superioridade do saber científico processual* do qual falávamos no capítulo anterior, o uso ostensivo de *argumentos de autoridade, enunciados performativos*, etc.: são implementados os mais variados métodos de argumentação, para garantir a perpetuação da estrutura discursiva e institucional ora analisada, sobretudo quando a realidade aponta para a necessidade de revisão desses dogmas.⁵¹⁵

A tal função atribuída ao Judiciário pela processualística de trazer paz aos litigantes é reconhecida antes (ou sem que) se tenha verificado a sua ocorrência nos casos concretos, porque, devido ao caráter positivista da sua formatação, a suposta perfeição lógica do sistema é suficiente para o seu sucesso. Ou seja, quando as circunstâncias fáticas apontam para uma situação de veemente questionamento da *capacidade* de o processo resolver os conflitos, a doutrina se arvora em uma realidade *imaginada, pressuposta, aprioristicamente* constituída, para elaborar os seus teoremas a respeito do escopo pacificador. O uso *fabulador* dos enunciados doutrinários fica evidente quando percebemos que a aceitação dessa premissa se deve unicamente ao crédito discursivo dos seus emissores (argumento de autoridade), e não a dados concretos.

É o caso, por exemplo, dos significados de que se reveste a noção de *legitimidade* na fenomenologia processual. Quando lemos que “o repúdio individual ou mesmo social a algum ato do titular do poder é fator de *desgaste*” mas não chega a constituir uma “causa de *exclusão* da legitimidade,”⁵¹⁶ percebemos aí uma percepção

⁵¹⁵ Nesse sentido, por exemplo, Cândido Rangel Dinamarco em trecho que foi utilizado por nós como evidência do uso de *enunciados performativos* e *argumentos de autoridade* na defesa de suas proposições, aduz que “a população racionalmente mantém a generalizada crença na legitimidade do sistema processual-estatal e com isso está confiante no resguardo da segurança de cada um,” sendo certo que “mesmo as frustrações individuais em face de decisões desfavoráveis e ainda eventuais manifestações incivis de rebeldia individual (...) não infirmam a legitimidade da jurisdição, nem a generalizada aceitação dos resultados de seu exercício.” Cfr. DINAMARCO. 2009, páginas 170/171.

⁵¹⁶ Cfr. *idem, ibidem*, página 165.

meramente *formal* da *aceitação social* dos comandos proferidos no bojo da atividade jurisdicional. De fato, a *legitimidade* não é algo que se *inclui* ou *exclui*: por ser uma situação de fato – não *declarada*, mas *constatada* –, não se pode falar em *perda* de legitimidade, do mesmo modo que não se pode falar em *ganho* de legitimidade, ou ainda, retomando as palavras do autor citado, *inclusão* ou *exclusão* da legitimidade. Um julgamento será tido por legítimo ou ilegítimo conforme a sensação íntima de cada um que a ele se sujeitar, ou que dele tenha tomado conhecimento. Mas para essa visão calcada essencialmente em elementos formais do direito, bastaria a competência do magistrado, o desenvolvimento regular do processo, e mais alguns outros ingredientes, para que se *obtenha* um exercício de jurisdição tido por socialmente *legítimo*.

O mesmo se pode dizer em relação à pressuposição de que o trânsito em julgado seria um fator de apaziguamento dos litígios: evidente que, caso a solução dada seja reputada injusta pelo sucumbente, o que se esgotará serão os meios legais previstos no ordenamento para sua impugnação, mas não a sensação de insatisfação, até pelo contrário. Ao propor esse efeito de forma genérica e universal, fica evidente o jaez positivista (impositivo, voluntarista) da doutrina processual civil sob estudo, o qual *confabula* a existência de efeitos sociais pacificadores, sem se dar ao trabalho de verificar a sua realização na prática.

Encontramos ao longo do estudo elementos que nos permitem perceber enunciados que, vinculados à fenomenologia do poder nos Estados de Direito (notadamente o monopólio do uso da força), agem no sentido de proteger o sistema das insatisfações dos jurisdicionados com o aparelho judiciário. O uso disciplinar da doutrina processual, sobretudo em razão da *superioridade do saber acadêmico*, é exatamente o de justificar, com fulcro nessa visão formal da legitimidade, a existência de um sistema ineficiente, lento, alheio aos problemas jurídicos da população, ou, simplesmente, inadequado para os fins a que se propõe.

6. O discurso e a prática: origens dos conflitos.

Em linhas gerais, no discurso processualista, os conflitos (ou *lides*) são apresentados como questões intersubjetivas, disputas entre duas ou mais pessoas por um mesmo bem jurídico, e a sua origem estaria na inobservância, por uma delas (pode ser

tanto o autor, quanto o réu), da norma jurídica positivada.⁵¹⁷ Sustenta-se, desse modo, que a jurisdição

...é ligada aos *conflitos sociais*, ou seja, exerce-se sempre em virtude do confronto de duas ou mais pessoas, seja por serem portadores de aspirações conflitantes, seja por lamentar uma delas alguma lesão sofrida e pretender que se aplique a sanção que indica, seja por não andarem de acordo quanto aos rumos de interesses comuns ou de uma delas.⁵¹⁸

Logo, no âmago dos discursos a respeito da pacificação pelo processo, encontramos uma *promessa* do Estado que se comprometeria em resolver os conflitos de interesses que venham a surgir em decorrência da desobediência de alguma regra jurídica dele emanada.⁵¹⁹ Assim é que o processo judicial é descrito como uma das *respostas* do Estado às “insatisfações” da sociedade, cumprindo-lhe vir remediá-las por meio do exercício da função jurisdicional, compondo assim os litígios estabelecidos entre os indivíduos.⁵²⁰ O raciocínio segue uma lógica tão cartesiana quanto linear: a lei existe para ser cumprida, e não o sendo, dá ensejo ao estabelecimento de uma *lide*, que deverá ser sanada pelo atuar do Estado-juiz.⁵²¹ Chega-se ao ponto de afirmar que a função do

⁵¹⁷ Após criticar as clássicas definições doutrinárias desse *conflito*, mormente por estarem “exageradamente ligadas a relações de direito privado,” Cândido Rangel Dinamarco ensina que ele seria “a situação existente entre duas ou mais pessoas ou grupos, caracterizada pela pretensão a um bem ou situação da vida e impossibilidade de obtê-lo – seja por quem negada por quem poderia dá-lo, seja porque a lei impõe que só possa ser obtido por via judicial.” Cfr. DINAMARCO. 2003, página 117. A ideia subjacente é sempre a da disputa de duas ou mais pessoas por um mesmo objetivo inconciliável, tanto que o autor fala em “choque entre dois ou mais sujeitos, como causa da necessidade do uso do processo.” Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

⁵¹⁸ Cfr. DINAMARCO. 2009, páginas 137/138.

⁵¹⁹ *Promessa* que “reside fundamentalmente na garantia constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, perante a qual são ilegítimas as restrições à faculdade de lamentar situações desfavoráveis e ao poder de exigir solução; a garantia de celebração do processo como condição prévia a imposição de pena (*nulla pena sine iudicio*) e o direito de petição (ou de representação) também são partes integrantes desse compromisso.” Cfr. *idem, ibidem*, páginas 93/94.

⁵²⁰ A guisa de confirmação dos termos em que o discurso é anunciado, vejamos a seguinte lição: “É sabido e repetido que a vida em sociedade gera insatisfações, mercê de condutas contrárias aos interesses das pessoas e também por serem estes literalmente infinitos, enquanto finitos são os bens da vida sobre os quais incidem. Por *insatisfação* entenda-se ‘um sentimento, um fenômeno psíquico que costuma acompanhar a percepção ou a ameaça de uma carência.’ São as insatisfações que justificam toda a atividade jurídica do Estado e é a eliminação delas que lhe confere legitimidade. A vida em sociedade seria bem pior se os estados pessoais de insatisfação fossem todos fadados a se perpetuar em *decepções* permanentes e inafastáveis; e o Estado, legislando e exercendo a jurisdição, oferece com isso a *promessa* de pôr fim a esses estados. Eis então que ele define condutas como favoráveis ou desfavoráveis à vida em grupo (licitudes, ilicitudes), acenando com recompensas ou castigos (sanções), além de estabelecer critérios para o acesso aos bens da vida e às situações almejadas.” Cfr. *idem, ibidem*, página 189.

⁵²¹ Este raciocínio pode ser encontrado de forma bem clara no seguinte excerto: “A tutela jurisdicional, consistindo idealmente na outorga de resultados substanciais idênticos aos que se obteriam sem o aporte do serviço judiciário, considera-se em primeiro lugar *definida e dimensionada pelo direito material* - no sentido de que é sempre a este que compete atribuir bens, direitos, obrigações e situações jurídicas às pessoas, segundo as concretas *fattispecie* coincidentes com os modelos contidos nas normas. Conforme seja a realidade lamentada, terá o autor direito à manutenção de dada situação jurídica, ou à ripristinação de uma

processo é dar uma *resposta adequada e efetiva* a cada uma das situações regidas pelo direito material.⁵²²

O que sugerimos discutir doravante são os objetivos que se busca alcançar com essa apresentação das *origens* das disputas que dão ensejo aos processos judiciais a qual, resumindo-os a meros desacatamentos da lei pelos sujeitos da norma jurídica, são descritos pelo processualista como condutas *antissociais* ensejando a intervenção estatal e “em plano superior,” exigindo a “*pacificação* entre as pessoas (naturais ou jurídicas) envolvidas diretamente no embate.”⁵²³ Ao mesmo tempo em que os processualistas reconhecem que os conflitos sejam inevitáveis e constituam “fato universal na sociedade,” sobre eles recaem pechas extremamente pejorativas,⁵²⁴ razão pela qual se sustenta que seria uma das *finalidades* do Estado-juiz “removê-los, remediá-los, sancioná-los,” sendo essa uma “função de extrema relevância social.”⁵²⁵

Ao classificar os conflitos interindividuais como *patologias* – ao invés de um reflexo da pluralidade e dinamismo próprios das sociedades, especialmente aquelas que se propõem serem democráticas –, está o processualista lançando mão de uma imagem idealizadamente negativa dos litígios, inculcando-lhe significantes de fator de desagregação da comunidade, ou ainda de desestabilização do tecido social. Por isso, a pretensão de que o processo seria capaz de encerrar ou ainda equalizar os litígios a um ponto de *satisfação plena* não pode ser observada senão como manifestação de (mais) um *enunciado performativo*. Ora, que a função do Estado é a de *sanear* a desobediência à norma jurídica não duvidamos, e mostramos bem a preocupação em *equipar* o sistema processual de mecanismos diversos para dar conta desse escopo. Agora, se esse *saneamento*,

situação precedente ou ao estabelecimento ou extinção de uma relação jurídica, ou a uma reparação *etc.* Tudo isso corresponde, sempre, ao modo como a situação concreta se equaciona diante das categorias do direito material e às determinações que este dita em relação a ela. Fala-se, então, em tutela preventiva, inibitória, sancionatória, reparatória, ressarcitória *etc.*, numa adjetivação que ainda não galgou homogeneidade entre os autores mas relaciona-se com as soluções ditadas pelo direito material para as variadas *fattispecie* estabelecidas.” Cfr. DINAMARCO. 1996, página 54.

⁵²² Assim, por exemplo, dir-se-á que “às variadas espécies de situações regidas pelo direito material corresponde simétrica variedade de meios processuais adequados a dar-lhes solução efetiva em caso de insatisfação, sempre mediante imposição das regras jurídico-substanciais pertinentes,” bem como que, “como instrumento do direito material, o processo deve dar a quem tem razão precisamente aquilo que segundo este ele tem o direito de obter (*bens da vida*, materiais ou imateriais).” Por isso, “a variedade de meios processuais constitui, assim, espelho da variedade das soluções ditadas no direito substancial.” Cfr. DINAMARCO. 2003 página 147.

⁵²³ Cfr. FIGUEIRA JÚNIOR. 2010, página 265.

⁵²⁴ Basta ver que a situação de *conflito* opõe-se à situação de *paz social*. Acontece que, segundo o nosso sentir, um processo judicial não denota necessariamente uma situação de *crise jurídica*, ou *guerra* entre as partes. É perfeitamente plausível que se busque uma tutela jurisdicional sem que isso implique em *ódio* ou *impossibilidade de convivência* como o seu opositor.

⁵²⁵ Cfr. DINAMARCO. 2009, páginas 137/138.

consubstanciado na concessão da tutela jurisdicional, é capaz de *encerrar* ou *pacificar* o conflito em si, é precisamente o que propomos discutir a seguir.

Em poucas palavras, consideramos que a mera aplicação da lei (com ou sem justiça) não implica necessariamente na cessação da situação conflitiva, porque a declaração judicial de qual o direito a autoridade política (representada pelo juiz) entende ser o mais adequado, não ensejará forçosamente a remoção da causa (origem) da disputa: é justamente das escolhas políticas feitas por essa mesma autoridade política, consubstanciadas nas normas que servirão de base aos julgamentos, que nascem ou se estabelecem grande parte dos confrontos de interesses que desembocam no Judiciário.

Diferentemente do que pressupõe a doutrina processualista à qual fizemos referência, não atribuímos ao direito positivado, à lei promulgada pelo Estado a que todos os cidadãos devem obediência, esta faceta *anódina* ou axiologicamente *neutra*;⁵²⁶ o sistema processual *funciona à base* dessa premissa, impondo no plano ideológico-discursivo a ideia de que as normas jurídicas seriam unanimemente aceitas e razoáveis. Tomados por uma visão *mecanicista* dos fenômenos processuais, os enunciados constantes do discurso da pacificação pelo processo descreve as normas jurídicas como “‘ferramentas’ utilizadas para resolver o conflito,” e pressupõem “escolhas ético-sociais advindas da análise valorativa do fato que gerou o conflito,” sendo certo que estas escolhas já teriam se realizado quando da sua “produção,” “cabendo aos ‘técnicos’ que irão operá-las apenas usá-las de modo correto para ‘consertar’ a ‘máquina.’”⁵²⁷

Ou seja, ao dizer que a lide nasce com a “inobservância da lei,” a lógica processualista nos remete também para uma visão enviesada das relações sociais, sobretudo quando observadas no contexto das sociedades modernas, com seus múltiplos conflitos de interesses, porque não raro é o próprio direito quem estabelece ou ratifica a situação de disputa por determinado bem. Neste interim, recordamos que o ideário do processo foi em sua grande parte formatado justamente no ensejo da consolidação da ideologia capitalista, a qual, numa leitura mais crítica, equipararia os homens a máquinas

⁵²⁶ Provavelmente por uma diferença de método e objetivos, nós não partimos em nossos estudos dessa premissa, e isso nos leva a ver a função jurisdicional sob outros prismas, descortinando questões que, voluntariamente ou não, a doutrina processual passa ao largo.

⁵²⁷ Cfr. GOMES NETO. E NOGUEIRA. 2008, página 325. De igual modo, continuam os autores em referência, “a utilização correta da forma levará conseqüentemente à resolução do conflito; se a “ferramenta” não mais consegue realizar seu objetivo, deve-se modificá-la ou “trocar-la” por outra para que se possa adequar ao problema e voltar a resolvê-lo de forma eficiente.” Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

produtivas e os conflitos sociais a defeitos nessa engenhosa estrutura social, sendo que ao processo (Estado) caberia *consertar* esse defeito.⁵²⁸

Ora, mas ao normatizar alguma questão, o Estado está fazendo uma opção política, apontando qual bem pretende tutelar (ou deixar de tutelar) pela proteção legal. Já se disse que a política é a *arte de fazer escolhas*, e nesta medida, ao legislar, forçosamente o ente político favorecerá um grupo em detrimento de outro, dando a um e tirando de (ou deixando de dar a) outro. Não são necessários muitos exemplos para compreender o que queremos dizer: quando limitava as taxas de juros a 12% ao ano⁵²⁹ estava o constituinte favorecendo os mutuários e desfavorecendo as instituições responsáveis pela concessão de crédito⁵³⁰ e, ao revogar tal disposição (por meio da Emenda Constitucional 40/2003), pode-se dizer que o *benefício* se inverteu; ao instituir o “plano referência de assistência de saúde” (art. 12 da Lei 9.656/03⁵³¹), está o legislador tutelando o interesse da coletividade de contratantes de planos de saúde e limitando a liberdade contratual dos operadores desses mesmos planos;⁵³² que dizer então do embate amplamente divulgado na mídia, no ensejo da promulgação do novo Código Florestal (Lei 12.651/12), que opôs *ruralistas* a *ambientalistas*, ao fim do qual ambos se viram como *perdedores* e *ganhadores* em determinados aspectos; por fim, passando pelo ramo do direito que melhor simboliza a situação de disparidade no ordenamento jurídico brasileiro, como explicar que o *direito*

⁵²⁸ Nesse sentido, diz-se que “a expansão do sentido mecanicista, do racionalismo para as ciências do homem tem um conteúdo ideológico e uma função clara a saber: dominar o homem e suas inter-relações equiparando-os às máquinas. O processo civil moderno reflete bem esse pensamento, pois o conflito é visto como um defeito na engrenagem da máquina social que deve ser consertado. E o formalismo processual é, pois, a ferramenta que irá concertar este defeito e colocar a máquina social de novo em andamento.” Cfr. *idem, ibidem*, página 325.

⁵²⁹ Esta era a redação do §3º do art. 192 da CF: “§ 3º - As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.”

⁵³⁰ Alguns sustentarão que o prejuízo atingiria toda a sociedade, pois com tal limitação a concessão de crédito, e bem assim toda a estrutura econômica, restaria por demais limitada e não cumpriria a sua função de fomento econômico. Não temos condição técnica nem intenção de entabular este debate, mas achamos importante pontuar esse aspecto, porque mostra como é difícil definir qual grupo ou setor é favorecido com as decisões legislativas tomadas pelo Estado.

⁵³¹ “Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas: I - quando incluir atendimento ambulatorial: a) cobertura de consultas médicas, em número ilimitado, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina; b) cobertura de serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais, solicitados pelo médico assistente; (...).”

⁵³² Pode-se também dizer que, ao fazê-lo, o Estado está legitimando uma estrutura iníqua que gera estrondosos lucros às operadoras, que prestam um péssimo serviço à maioria dos segurados. Ao prever esse “plano mínimo,” estaria se tornando esse sistema *um pouco menos insuportável* e atenuando as flagrantes desigualdades entre as partes contratantes.

social à moradia, previsto no artigo 6º da Magna Carta⁵³³ não disponha dos mesmos instrumentos de tutela que o *direito à propriedade*, que conta com vastas medidas preventivas (*medidas cautelares*) e repressivas (*reintegração e imissão na posse*) para sua defesa.⁵³⁴

Todas essas são hipóteses, escolhidas num verdadeiro oceano de temas, nas quais o Estado, ao legislar, decretou com o seu poder de autoridade política qual interesse pretendia proteger, em detrimento de outros, não menos legítimos, mas que se viram perdedores no bojo da *lide legislativa*.⁵³⁵ Ou seja, é o próprio direito positivado quem, muito longe de compor ou apaziguar os interesses, demarca claramente de que lado está, qual o bem jurídico ele pretende proteger, de modo que àquele que se viu desfavorecido não cabe muito além de lamentar e se submeter, sob pena de se ver condenado a fazê-lo contra a sua vontade, no ensejo de um processo judicial. Agora, entre a *obediência lei*, sobretudo aquela forçada por uma sentença judicial, e a *aquiescência do cidadão*, ou, com muito mais exagero, *paz de espírito*, há um abismo de frustrações, desapontamentos e irresignações, que não nos permitem concordar com os enunciados que, a despeito de se dizerem *verdades científicas*, simplificam a fenomenologia da pacificação pelo processo ao ponto de permitir que se olvidem esses aspectos sócio-políticos próprios das sociedades democráticas, e que foram por nós apontados.

Como se não bastassem esses casos em que o Estado agiu (legislou) ou omitiu-se (deixou de normatizar certa situação desfavorável) em favor de determinado grupo, não podemos nos esquecer as situações em que a frustração se apresenta como consequência da condição sócio-econômica dos jurisdicionados. Ao ignorar a realidade brasileira, com marcante desigualdade de renda, expressiva pobreza material e precariedade das condições

⁵³³ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

⁵³⁴ Cfr. ABREU. 2011.

⁵³⁵ A propósito, remetemos o leitor a nossa dissertação de mestrado onde tratamos do conceito de *lide legislativa* de que falam os constitucionalistas: “Nesta mesma seara, para José Afonso da Silva, o procedimento da elaboração da lei constituiria uma ‘lide legislativa,’ acrescentando mais um ente nessa relação, qual seja, a *sociedade*. Assim, considerando que ‘o conteúdo dos atos legislativos reflete o conteúdo ideológico dominante, representado pelos detentores do poder político,’ estabelecer-se-ia, ‘uma *lide política* que se concebe como um *conflito ideológico qualificado por uma pretensão social, resistida pelos detentores do poder*.’ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, de sua parte, aduz que ‘a elaboração da lei nos Estados democráticos pluralistas tende a transformar-se numa luta, onde todas as armas são empregadas.’ O relacionamento se daria então de forma multipartida, inserido nos teoremas em cotejo: entre a sociedade que supostamente formularia um pleito por uma norma reguladora ao Estado e, nas instituições desse mesmo Estado, entre os que aquiescem ou contestam a existência e conteúdo dessa norma. Da *síntese* dessa relação, nos termos da opinião defendida pelos constitucionalistas mencionados, decorreria a positivação do direito.” Cfr. OLIVEIRA. 2010, página 73.

de vida, o discurso ao qual nos dedicamos olvida toda uma fenomenologia deveras relevante, senão determinante, dos conflitos civis pátrios, da qual o direito evidentemente se ressente; apresenta, desse modo, uma visão parcial e dirigida dos fenômenos sociais.

De fato: que fazer com o locatário que deixa de pagar o aluguel, sujeitando-se aos riscos de um *despejo em 30 dias* (art. 63 da Lei 8.245/91⁵³⁶), não porque deliberadamente pretende *descumprir a lei*, mas porque não dispõe do numerário para quitar o débito? O mesmo se aplica ao contratante de financiamento que, em mora, corre o risco de perder a posse do imóvel onde reside, ou do automóvel que utiliza para trabalhar, ou ainda do pequeno agricultor cuja safra, por razões meteorológicas, não atendeu às suas expectativas e que por isso não poderá honrar o débito bancário, estando sujeito à execução do título. São todos exemplos de conflitos de interesses gerados a partir de uma inobservância de obrigação legal, sendo dever do Judiciário, a tomar por correta a proposta processualística, *pacificá-los* por meio do restabelecimento da ordem jurídica violada. Nesta senda, é de se indagar se as ordens de despejo, de reintegração de posse ou de confisco (penhora) da colheita, efetivamente *pacificarão* esses conflitos.⁵³⁷

Diante desse cenário desigual e, destarte, amplamente propício ao estabelecimento de conflitos, que a sociologia – inclusive do direito – já explorou exaustivamente, é evidente que toda a pressuposição *formal* do exercício da pacificação pelo processo não se mostra mais do que um cândido anseio, um *wishful thinking* que não tem, por certo, o condão de alterar a realidade das iniquidades sociais vivenciadas no cotidiano socioeconômico brasileiro. A doutrina do processo, mormente quando fala da função pacificadora da tutela jurisdicional, não vê nem analisa a fenomenologia do direito e da jurisdição sob os auspícios desse (áspero) contexto. Prefere jogar com as suas *fabulações*, reduzindo a lei a uma “reprodução abstrata” do conflito, cumprindo ao legislador premeditar “qual dos interesses deve prevalecer,” reduzindo o “direito subjetivo” a um “poder, atribuído e tutelado pela norma jurídica, de exigir de alguém um comportamento.”⁵³⁸

⁵³⁶ “Art. 63. Julgada procedente a ação de despejo, o juiz determinará a expedição de mandado de despejo, que conterà o prazo de 30 (trinta) dias para a desocupação voluntária, ressalvado o disposto nos parágrafos seguintes.”

⁵³⁷ Especificamente no que se refere às questões de terras, especialmente agrárias, os múltiplos conflitos que vêm ocorrendo no campo brasileiro, hoje capitaneados por algumas organizações sociais contra grande corporações multinacionais, são evidências de que a mera aplicação dos princípios inerentes ao direito de propriedade (mesmo que mitigado pela sua *função social*) não tem sido uma solução apta a solucionar (pacificar) esses litígios.

⁵³⁸ Cfr. BEDAQUE. 2011, página 97.

Não se aprofunda na análise da atuação jurisdicional no nível do contexto social, provavelmente porque tal exercício colocaria em questão os próprios fundamentos – eivados de denotada abstração – da atividade *pacificadora* exercida pela jurisdição. Importa aos discursos do processo dotar o magistrado de instrumentos que lhe permitam dar efetividade no plano teórico-formal às suas decisões, e não os resultados concretos que daí advirão: com vistas a *pacificar* os conflitos, o juiz poderá *expropriar* o devedor para cumprimento de obrigação pecuniária, pouco importando se, na prática, ele dispõe de bens para atender aos anseios do credor; o juiz poderá determinar a cessação de certa conduta nociva ao meio-ambiente, ainda que a devastação ambiental seja irremediável; o magistrado poderá até mesmo condenar (obrigar) um pai a ter afeto por sua prole, sob pena de indenização, mesmo que esse sentimento não seja autêntico.⁵³⁹ Por outras palavras: o juiz, por sua atuação jurisdicional, evidentemente não consegue fazer aparecer dinheiro para saldar a dívida do executado, reconstituir o patrimônio ambiental deteriorado, nem faz brotar o sentimento de afeto no pai omissor ou que simplesmente não se apegou ao filho, de modo que em todas essas hipóteses – que se reproduzem cotidianamente – mostra-se impossível, pela mera atuação judicial, *efetivamente pôr fim ao conflito*.

Isso sem falar no despreparo do julgador para lidar com essas questões sociais, considerando a ampla predileção dos magistrados (e também da comunidade jurídica em geral, a bem dizer) por uma formação técnico-processual aguda, deixando de lado outros importantes ramos do conhecimento (jurídico e não jurídico). Neste sentido, como bem pontuou Dalmo de Abreu Dallari, “generalizou-se a ideia de que o mais necessário para o juiz é o bom conhecimento das regras processuais,” deixando-se em “plano bem inferior as preocupações com a formação filosófica-jurídica, a transmissão de conhecimentos básicos que o juiz possa avaliar o significado das ações humanas,” bem como “o estímulo à sensibilidade do juiz, para que ele não proceda com a fria racionalidade de um

⁵³⁹ O caso é real e chegou ao STJ, tendo a Corte decidido o seguinte: “Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.” Cfr. Resp nº 1.159.242 – SP, Rel. Mina. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/4/12, m.v.

autômato.”⁵⁴⁰ Diante desse cenário, é óbvio que, contrariamente ao que propõe a doutrina processual (especialmente a que se denomina *instrumentalista*), o juiz não dispõe das condições materiais e nem do preparo minimamente necessários para solucionar disputas que vão muito além de pontuais embates jurídicos entre particulares.

Em suma, o Estado-juiz não tem, via de regra, condições de pôr fim ao conflito, porque muitas vezes o conflito é inerente à própria realidade social, ou, para alguns, resultado das *lutas de classe* que se perpetuam em uma complexa, multicultural e diversificada comunidade. As soluções que ele pode propor, dentro da limitada visão *técnico-processual* que o processo e a sua formação acadêmica lhe oportunizam, não encerrarão o litígio *real*; não por acaso, muitas vezes chega-se ao ponto de uma tutela jurisdicional *jurídica e formalmente perfeita* não agradar nem ao vencedor nem ao vencido, por conta da impossibilidade de dar-lhe total cumprimento (inviabilidade material), ou mesmo porque a solução que o direito processual disponibiliza, por si só, não é satisfatória. Só que essas crises, diferentemente do que propõem os processualistas, não são somente de efetividade do processo: são crises do próprio direito e da sociedade como um todo.

Nesse sentido, impõe-se indagar como o discurso trata a função pacificadora do magistrado quando o conflito social *real* (não a *lide* dogmatizada pelos processualistas) é instaurado pelo direito em si (por seus atos ou omissões), sendo que ao processo caberia apenas cancelar as situações imaginadas pelo legislador, ainda que criem situações manifestamente iníquas ou desproporcionais.

A norma positivada é um dado relevante na análise do discurso processual, pois, como vimos, é bastante permeável e costuma absorver fidedignamente as propostas doutrinárias; nesse sentido, consideramos que o legislador fez uma escolha clara: quando afirma que o juiz conduzirá o processo “conforme as disposições do Código” (CPC, art. 125), não está o Estatuto Processual somente definindo os limites de atuação do magistrado, mas dando uma resposta objetiva aos problemas da incompatibilidade da lei com a realidade (dos quais demos apenas alguns exemplos), no bojo de um ordenamento jurídico complexo como o brasileiro.⁵⁴¹ Talvez não seja a melhor resposta, e sempre se

⁵⁴⁰ Cfr. DALLARI. 2010. página 32. Ainda segundo o autor, “até mesmo o conhecimento do direito foi posto abaixo do conhecimento do processo,” o que “reflete a mentalidade predominante, bem retratada no fato de que as editoras brasileiras de livros jurídicos editam muito mais livros de processo do que de direito.” Cfr. *idem*, *ibidem*, *loc. cit.*

⁵⁴¹ O juiz *boca da lei*, em alusão à metáfora adotada por Montesquieu quando tratava do papel do Poder Judiciário no âmbito da *separação de poderes* por ele proposta.

poderá criticá-la ou mesmo refutá-la, mas o fato é que se estabeleceu qual a metodologia a ser seguida pelo magistrado no momento de conceder a tutela jurisdicional.

Essa proposta contida no Código de Processo Civil está alinhada com os valores ideológicos de quem o promulgou (*Escola Processual de São Paulo*, capitaneada pelo Professor Buzaid), forte no conceito que *fazer justiça é aplicar a lei*.⁵⁴² A *lide legislativa* da qual falamos não se limita, pois, ao âmbito do Parlamento. Ela se estende e muitas vezes se concretiza efetivamente no campo do processo judicial, onde, confirmada por sentença transitada em julgado, a opção legislativa em favor deste ou daquele grupo, consolida-se em definitivo nas relações subjetivadas.⁵⁴³ Esta lógica supõe que se a confirmação da *vontade da lei* advier de um processo judicial no qual as partes interessadas tiveram oportunidade de se manifestar, em procedimento previamente estabelecido e comandado por terceiro desinteressado, dotado de diferenciada *consciência social* de seu papel político, então não haveriam mesmo razões para se duvidar de sua *legitimação* e da inexorável pacificação que advirá da consecução do *iter procedimental*.

Outra visão relevante de como o juiz deveria se comportar quando confrontado a descompassos entre a lei e a realidade social, e que em tese se oporia a esta mais *legalista*, é aquela difundida pela vertente que se diz *instrumentalista* ou *teleológica* do direito e do processo, propalada mais recentemente por esta mesma *Escola Processual*, e que professa a mitigação do rigor formalista em prol de um direito “mais efetivo.” Reconhece-se, de um lado, o dever de “realizar a vontade concreta da lei” ao mesmo tempo em que diz que o instrumentalista, mormente o juiz, deve “adaptar” essa mesma lei para que ela se torne justa.⁵⁴⁴ Pelas próprias palavras de José Roberto dos Santos Bedaque, “os adeptos do método instrumentalista do processo” propõem eliminar os impedimentos ao valor justiça por meio da “formulação correta da regra de direito material ao caso concreto e pela obtenção dos resultados práticos nela previstos em tempo razoável.” Assim, o juiz

⁵⁴² O artigo 126 do Estatuto Processual não deixa dúvidas quanto a isto: “No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais;”

⁵⁴³ A propósito, têm razão Jânia Saldanha, Ângela Espíndola e Sadi Machado quando afirmam que o direito, “em nome da segurança jurídica, faz escolhas, quando impõe deveres, quando decide, quando estabelece hierarquias” e também “estabelece o estatuto dos indivíduos, produz pessoas, produção essa que define padrões de inclusões e exclusões, tão marcantes na época atual.” Ao agir assim, prosseguem os autores ora referidos, nosso sistema jurídico “envereda para a generalidade, para o universal, por meio de suas categorizações e definições abstratas,” sendo certo que uma das funções precípuas do direito processual, a razão pela qual ele conquistou a sua autonomia, é justamente “para cancelar tais abstrações.” Cfr. SALDANHA. ESPÍNDOLA. e MACHADO. 2009, página 338.

⁵⁴⁴ Obtempera-se, a propósito, que “o direito processual, como ramo do Direito, não tem por objetivo apenas a paz social, mas o acesso efetivo a valores jurídicos: paz social legítima é aquela obtida segundo os valores jurídicos da sociedade.” Cfr. BEDAQUE. 2011, página 74.

não poderia, ainda segundo o autor vertente, “fechar os olhos, portanto, para óbices como as diferenças decorrentes da hipossuficiência econômica e cultural que atinge grande parte da população brasileira.”⁵⁴⁵ Seguindo a mesma linha, após pontificar sobre a jurisdição, descrevendo-a como função estatal “com o objetivo de impor a obediência à ordem jurídica,” e também “atuação do Direito Objetivo, mediante a aplicação da norma geral ao caso concreto e mediante a realização forçada da norma geral,” William Fonseca propõe “a definição de um paradigma para esse ‘novo julgador,’” que deve primar “pela consciência sobre a realidade social, em constante transformação, de que faz parte e que seja eficiente na tarefa de ‘administrá-la’ de conformidade com o Direito, encontrando soluções para os conflitos.”⁵⁴⁶ Insistindo na necessidade de o magistrado ostentar *virtudes sobre-humanas*, diz o autor vertente que ele deve, “acima de tudo, compreender o *caráter político* de sua função jurisdicional,” por ser o juiz detentor de “uma responsabilidade mais direta quanto às garantias dos direitos dos cidadãos.”⁵⁴⁷

Essas duas propostas aparentemente inconciliáveis nos permitem tirar algumas conclusões sobre o entendimento que se tem a respeito da aplicação da lei pelo juiz no bojo do processo civil moderno, especialmente à luz de seu escopo de pacificar os conflitos civis mais complexos, em todo o caso do ponto de vista social.

Primeiramente, revela que a doutrina processual não ignora por completo as problemáticas e contradições que podem surgir na aplicação da lei ao caso concreto: ao propor as diferentes soluções (*legalista* ou *teleológica*), dá mostras de que reconhece que a premissa da pacificação pela mera aplicação da lei pode não ser incólume a sopesamentos.

De outra sorte, ao reduzir as respostas ao problema da inadequação da norma jurídica unicamente a essas duas soluções aprioristicamente contraditórias, contribui-se também para a consolidação da supremacia do ordenamento jurídico positivado no bojo do discurso da pacificação. Isso porque o paradoxo que as duas propostas representam – aplicar uma lei injusta, ou ignorá-la invocando algum princípio geral – é ilusório pois, no fundo, elas não são tão diferentes. De fato, até na proposta dita *instrumentalista* encontramos, no âmago de sua racionalidade, o apego ao ordenamento jurídico positivado – com suas iniquidades, ações ou omissões em favor de determinado grupo – como fonte única de solução dos conflitos, o que não resolve as problemáticas que suscitamos neste item. Mesmo quando se afirma que o juiz moderno teria de “tomar consciência” de seu

⁵⁴⁵ Cfr. *idem, ibidem*, página 61.

⁵⁴⁶ Cfr., FONSECA. William. 2005, página 87.

⁵⁴⁷ Cfr., *idem, ibidem, loc. cit.*

papel para exercer a jurisdição de maneira mais adequada, a ideia de restabelecimento do direito violado como única forma de *pacificar com justiça* continua presente;⁵⁴⁸ num caso como no outro, estará o magistrado exercendo um *juízo de valor* sobre determinado fato. Se este juízo seguir a estrita letra da lei, ou algum princípio abstrato, no fundo, o *juízo de subsunção*, como muito bem apontou José Reinaldo de Lima Lopes, será o mesmo.⁵⁴⁹ Interpretando literalmente a lei, ou atribuindo-lhe significados que estariam *ocultos* (interpretação *teleológica*, de acordo com a *vontade do legislador*), a rigor, sempre se estará decidindo em linha com alguma regra de direito previamente estabelecida, por instituição estranha ao julgador (normalmente o Parlamento, mas podem ser outras as fontes, notadamente, hoje em dia, os precedentes judiciais), de modo que essas decisões hipoteticamente *conscientes socialmente* sempre estarão vinculadas a paradigmas jurídico-axiológicos (normas em sentido *lato*) garimpados de alguma fonte do ordenamento jurídico, o qual, como vimos, espelha as iniquidades sociais na forma como trata as diferentes classes.⁵⁵⁰

Além disso, até pela atenção que elas atraem, sendo por isso tachadas de *políticas*,⁵⁵¹ decisões *contra legem* ou *de lege ferenda* são *exceções à regra*, e não constituem, pelo menos para um estudo entabulado no campo das ciências sociais, objeto suficientemente recorrente para que se reconheça nelas um fenômeno consistente ou

⁵⁴⁸ Fala-se muito, em defesa da solução *instrumentalista*, nas situações em que os tribunais, quando confrontados a certas situações da vida, adotaram entendimentos contrários ao conteúdo da norma jurídica (são clássicos exemplos o reconhecimento dos direitos do filho havido fora do casamento e o direito à separação), que posteriormente acabou se dobrando à jurisprudência dominante (caso do Código Civil que previu expressamente esses direitos). Mas essas são questões que, a par os seus aspectos morais e os tabus sociais que elas envolviam, não tangenciavam questões propriamente sociais, ou opunham grupos (classes) com interesses opostos. O que pensamos aqui são as questões reputadas *decisivas* para a vida dos envolvidos, e na qual as respostas do ordenamento se mostrem totalmente inadequadas, independentemente do grau de repercussão na comunidade: o despejo de uma família, ou por vezes famílias (como no já mencionado caso da favela *Pinheirinho* em São José dos Campos) dos seus lares, a decretação de perda de guarda de uma criança por um dos cônjuges, etc.

⁵⁴⁹ Ver, neste sentido, o artigo *Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras*, onde o autor faz uma explanação esclarecedora: “Quando alguém se pergunta pela licitude ou pela legalidade de uma conduta ou de um estado de coisas, está deliberando o que fazer naquele caso e em todos os casos semelhantes (segundo regras), exercendo um juízo prático. Ora, na maioria das vezes a dificuldade não está em saber a regra, mas saber se o fato sujeita-se a uma regra e não a outra. Isso acontece da mesma forma quer se trate de aplicar uma regra ou um princípio. Dizer que um fato se submete a um princípio significa dizer que se submete a uma espécie de norma e para submeter-se a uma espécie de norma é preciso tipificá-lo.” Cfr. LOPES. 2003, página 51.

⁵⁵⁰ É dizer, o juiz não vai *inventar* a solução, ou aportar conceitos jurídicos totalmente estranhos ao ordenamento: a sua decisão não será fruto de uma *visão* ou *epifania*. Ele necessariamente extrairá – de sua formação acadêmica, de suas experiências, de outros precedentes jurisdicionais, de sugestões de colegas, etc. – os argumentos para fundamentar a decisão (qualquer que seja a decisão) de um *contexto normativo determinável*, moldado ideologicamente por seus valores.

⁵⁵¹ Como se essa fosse uma circunstância ou característica negativa; ora, mas em se tratando de ato de autoridade, é evidente que toda decisão será necessariamente política!

regular na processualística brasileira. Pelo contrário, a regularidade na maneira de interpretar a lei nas decisões judiciais encontra-se justamente na *literalidade*, exatamente como determina o Código de Processo Civil. Tanto é assim que o sistema dispõe de inúmeros meios de controle para que a decisão *diferenciada* seja rapidamente corrigida.⁵⁵² ao mesmo tempo em que se fala na *plena independência* dos magistrados para que, eivados de uma *consciência social*, interpretem *teleologicamente* a norma, desfazendo suas *contradições* (na verdade são incongruências que, propositadamente ou não, servem para dar sustento a determinada opção legal), são cada vez mais implementados instrumentos visando à homogeneização de decisões, objetivando manter esses julgados *fora do padrão* sob rígido controle.⁵⁵³

Por isso, sustentamos que essas propostas de enfrentar as contradições legais no julgar refletem tentativas de conciliar *modos de ver* a atividade jurisdicional, as quais são conflitantes apenas *a priori*. Vale dizer, propor que o juiz deve “abrir os olhos para a realidade,” “atentar para as peculiaridades do caso concreto”, “cuidar para proteger o hipossuficiente,” é ofertar soluções generalistas, que se aproximam muito mais de uma *pregação* do que propriamente de medidas visando à resolução (pacificação) de litígios, a rigor, insolúveis no plano processual; escondem, também, o fato que o processo não vai solucionar essas problemáticas porque, como dito anteriormente, elas não são atinentes ao *processo envolvendo duas ou mais pessoas*, mas à *própria realidade social*.⁵⁵⁴

Ao agir assim, parece-nos, a doutrina processual não faz mais do que perpetuar as iniquidades e descompassos, pois advoga pela manutenção de um sistema cuja atribuição primordial é sustentar o *status quo* jurídico-político. Já dissemos que, a despeito

⁵⁵² No fim dos anos 90 era muito comum a crítica à “farra das liminares,” quando certos juízes espalhados pelo Brasil concediam liminares cancelando leilões de bens públicos (privatizações) ou mesmo impondo certa medida coercitiva contra os interesses governamentais. O arrefecimento dessas medidas ultimamente mostra que o sistema cuidou de *enquadrar* eficazmente esses juízes *indisciplinados*.

⁵⁵³ A *Exposição de motivos* do Anteprojeto de Código de Processo Civil confirma nossas impressões, destacando-se o trecho a seguir, que segue à risca a receita de confirmar o princípio do “livre convencimento do magistrado” e, *pari passu*, tolher-lhe a liberdade de decidir ao vinculá-lo às decisões das instâncias superiores, sob os auspícios da segurança jurídica: “Se, por um lado, o princípio do livre convencimento motivado é garantia de julgamentos independentes e justos, e neste sentido mereceu ser prestigiado pelo novo Código, por outro, compreendido em seu mais estendido alcance, acaba por conduzir a distorções do princípio da legalidade e à própria idéia, antes mencionada, de Estado Democrático de Direito. A dispersão excessiva da jurisprudência produz intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário.” Cfr. Brasil. 2010.

⁵⁵⁴ Criticando também este posicionamento, mas com foco na *tecnocracia*, vejamos o que escreveu Antonio Gidi: “Para os tecnocratas, a solução para todos os conflitos jurídicos, é a obtenção de um instrumento, um aparelhamento, uma engrenagem bem planejada, segundo rigorosas normas técnicas. Conclusão: se o processo for bem pensado tecnicamente, a ponto de poder aplicar, com efetividade, celeridade e informalidade o direito material, terá cumprido a sua missão, trará a justiça social. Essa teoria descompromete o processo com a Justiça. O justo passa a ser o que for tecnicamente decidido.” Cfr. GIDI. 1990, página 196.

de abalizados entendimentos contrários,⁵⁵⁵ temos para nós que um processo judicial não é o local para promover *mutações* nas condições econômicas, ou corrigir iniquidades que secularmente tem se perpetuado em nossas estruturas sociais.

Sem que nos lancemos em repetir esses argumentos, voltando a falar dos discursos do processo, vemos que as soluções por eles propostas não enfrentam a problemática apontada e, bem por isso, não tem nada de conclusivas. Vale dizer: ao oferecer a *ilusão* de que, pelo atuar do juiz (seja o *boca da lei* ou *instrumentalista*), é possível resolver diversos problemas sociais, está-se postergando a sua resolução concreta, com o implemento de instrumentos efetivos, que passam bem longe da atividade jurisdicional.⁵⁵⁶ A abordagem fabuladora proposta pela doutrina – pacificar o litígio pela aplicação da *vontade concreta da lei*, usando eventualmente da propalada interpretação *teleológica* – ao invés de mitigar, muitas vezes agrava a disputa, quando não atomiza aquele conflito original, desdobrando uma lide originária em outras relações jurídicas contenciosas.⁵⁵⁷

O que pretendemos ao destacar que os conflitos jurídicos não são meras e idealizadas violações à norma jurídica, mas disputas sociais concretas, nas quais o Estado, longe de ser mero espectador, é partícipe ativo sempre que toma partido por um ou outro lado da *lide legislativa*, foi extrair, das origens do *discurso da pacificação*, mais uma de suas funções: legitimar o estabelecimento de um ordenamento jurídico iníquo e desigual, pela *ilusão* (*função fabuladora* dos discursos) de que essas desigualdades poderiam ser mitigadas ou encerradas pela atuação da tutela jurisdicional, seja ela *socialmente consciente* ou não. Os enunciados que tratam do escopo social de pacificação do processo originam-se também no intuito de criar este *clima social* de *institucionalização* das desigualdades de que se ressentia a nossa sociedade. As iniquidades do ordenamento

⁵⁵⁵ Notadamente de Dalmo de Abreu Dallari, em *O Poder dos Juízes*. (DALLARI. 2010) e Owen Fiss, em *Um novo processo civil*. (FISS. 2004).

⁵⁵⁶ Destacando a desatualização dessa perspectiva, diz-se que “quando hoje se critica a busca ilusória e vã da certeza e da segurança por meio do processo e de decisões sempre iguais, numa sociedade marcada pela massificação e pela diferença, é porque o processo agoniza em estruturas desafinadas com os reclamos sociais das democracias contemporâneas e dos princípios e valores que as Constituições carregam, tanto em escala individual, quanto coletiva, absolutamente desconhecidos nos noventa. As forças centrípetas da sociedade desestabilizam o sempre-já-dito, buscando novas respostas.” Cfr. SALDANHA. ESPÍNDOLA. e MACHADO. 2009, página 338.

⁵⁵⁷ Isso o reconhecem também Jânia Saldanha, Ângela Espíndola e Sadi Machado, quando obtemperam que “por vezes o processo não dá conta de atender às macro-demandas, caracterizadas pela presença de um grande número de atores e de um volume de questões jurídicas muito mais complexo do que a estrutura de raciocínio conformada no âmbito acadêmico é preparada a processar. Funcionalizado, o Poder Judiciário torna-se instrumento dos mais diversos interesses e aspirações, servindo, em alguns casos, como maximizador e potencializador destes, em detrimento de seu necessário compromisso com a dignidade da Justiça.” Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

jurídico brasileiro, cuja estrutura muitas vezes tem sido competentemente utilizada por diversos setores para que elas se perpetuem, de uma maneira mais ou menos acintosa se refletem no processo civil, que é uma peça dessa engrenagem, e não tem como fugir à essa realidade.

O papel do discurso da pacificação é, diante desse contexto, municiar ideologicamente o sistema para que esses descompassos sejam reconhecidos pelos jurisdicionados como *infortúnios* ou *realidades inexoráveis*; incutir no *inconsciente coletivo* a ideia de que apenas pela atuação do juiz se poderão resolver *injustiças sociais*. Deste modo, ao prenunciar que a pacificação *somente* poderia ocorrer eficazmente no âmbito processual, joga-se um véu que mascara as iniquidades sócio-econômicas contidas nos modos de resolução desses litígios existentes no ordenamento jurídico, cuja solução foge completamente ao campo singular e casuístico de um magistrado.⁵⁵⁸

7. Conclusão do capítulo: pacificação pelo processo ou em favor do processo?

Considerando tudo o que foi exposto até aqui, concluímos que o escopo pacificador do processo civil, diferentemente do que se poderia inferir de uma leitura ligeira dos enunciados discursivos por nós analisados, não depende da correta aplicação do direito ao litígio. Ademais, vimos que em muitos casos a mera concessão da tutela jurisdicional não se presta e nem sequer dispõe de condições práticas de resolver a boa parte dos conflitos civis, que se desenvolvem por razões socioeconômicas e sociopolíticas que fogem completamente do alcance das limitadas soluções que podem ser alcançadas no âmbito de uma relação jurídica processual. Todavia, as gritantes contradições entre as *propostas* do processo e as suas efetivas *entregas*, não impedem que se insista na feição *pacificadora* da atividade jurisdicional, e isso não se deve apenas a exercícios de *utopias*

⁵⁵⁸ Soa-nos evidente que, ao postergar a adoção de medidas concretas por parte da autoridade política, muitos continuam se beneficiando dessas situações. Falaremos um pouco mais dessas questões quando abordarmos o discurso da *ampliação do acesso à justiça*; nos adiantando um pouco, citamos marcante entrevista dada pelo presidente do STJ, Min. Luis Felipe Salomão, onde afirmou que as empresas estariam aproveitando da ineficácia do judiciário para postergar o solucionamento dos problemas com os seus clientes; segundo ele, “as empresas estão acomodadas. Os grandes litigantes do Judiciário estão acomodados porque transferiram o seu *call center* para a Justiça,” principalmente porque assim se reduziriam custos. Continua o Magistrado: “Deve ser mais barato deixar acionar o Judiciário do que manter um *call center* que efetivamente resolva os problemas. Virou uma indústria em que muitos ganham dinheiro. Em todas as demandas se acrescem pedidos de indenização por danos morais e os recursos se multiplicam.” Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-jan-06/entrevista-luis-felipe-salomao-ministro-superior-tribunal-justica>, acesso em 22/5/13.

ou *devaneios ilusórios*: há razões práticas para tanto, inclusive funções disciplinares que nos pareceram bem evidentes, e que procuramos trazer à tona.

Nossa hipótese é a de que o edifício discursivo da *pacificação dos litígios pelo processo* do qual tratamos acima não foi construído em favor do *jurisdicionado*, mas das instituições responsáveis pela jurisdição. A propalada finalidade de pacificação não seria, pois, um objetivo criado, fomentado e defendido para *proteção dos interesses* dos jurisdicionados, mas do ordenamento jurídico processual positivado.

Com efeito, ao estudarmos a dinâmica do processo, especialmente os mecanismos da *legitimação* das decisões judiciais *pelo procedimento*, vimos que a aquiescência dos indivíduos em litígio com a tutela concedida não é questão prioritária, quanto menos condição *sine qua non* de aferição de sua legitimidade:⁵⁵⁹ o objetivo maior é dar *efetividade* e garantir que as decisões prolatadas sejam cumpridas. A doutrina processual, já o vimos, não pressupõe que a tutela jurisdicional que vier a ser concedida reflita a mais correta (justa) aplicação do direito,⁵⁶⁰ nem que ela será espontaneamente cumprida; não por outra razão, o Estado-Juiz foi aparatado com ferramentas para forçar o cumprimento, ou *substituir*, se o caso, o jurisdicionado que deixa de agir como lhe foi determinado.

Quanto aos *argumentos circulares* utilizados pela doutrina processual na tentativa de justificar o recurso ao Judiciário como meio de obter a solução de seus conflitos jurídicos, vemos que ao sustentar, sem nenhuma comprovação a não ser a própria autoridade discursiva do seu formulador, a população, a despeito de todos os defeitos, ainda *creria* no Judiciário como *último bastião da Justiça*, não está mirando no convencimento do jurisdicionado (que evidentemente não tem por hábito a leitura de manuais de processo civil), mas na formação de *enunciados performativos* visando à

⁵⁵⁹ A “busca da verdade” muitas vezes é vista como um obstáculo à pacificação e, do mesmo modo, entre pacificar *logo*, e pacificar *bem*, melhor o primeiro; esses são apenas alguns exemplos, colhidos da doutrina que estudamos, que demonstram que a valoração de um bom processo não passa pela percepção de que se proferiram sentenças justas ou adequadas aos casos que ela julgava.

⁵⁶⁰ “A firmeza com que se sustenta a tese da atuação jurídica” obtempera Cândido Rangel Dinamarco, “está, portanto, apoiada sempre na ideia de que se trata de um *escopo* (que, por definição, é mesmo um *fim ideal*) e não uma observação fenomênica. Cada sentença que se afaste dessa missão e produza resultados não queridos pelo direito estará falhando ao escopo, não negando que o escopo seja esse. São as imperfeições do sistema, que ou se debitam à inevitabilidade de alguma parcela de subjetivismo nos julgamentos, ou à menor diligência das partes, ou às próprias dificuldades de cada caso. Aceite-se, embora sempre sem o pessimismo com que foi formulada, a ressalva de que a estrita fidelidade dos julgamentos à vontade concreta do direito é problemática e aleatória, porque dependente de muitos fatores quase imponderáveis.” Cfr. DINAMARCO. 2009, páginas 248/249.

consolidação discursiva da supremacia do Estado-Juiz perante o ordenamento jurídico.⁵⁶¹ Importa ao discurso que se perpetue e repita a concepção generalizada de que *somente* o juiz pode *pacificar com justiça*, porque ao adquirir o *status* de *verdade universal*, com auxílio de uma opinião acadêmica (usando a *supremacia discursiva do conhecimento científico*), as insatisfações manifestadas por alguns serão tidas por fenômenos localizados, episódicos e, em todo caso, *marginalizáveis*.

Por isso é que vemos nesses instrumentos meios de proteção do sistema *contra* possíveis insurreições ou não-sujeições espontâneas dos cidadãos, sejam eles participes ou não de uma relação jurídica processual. Dito de outra forma, o escopo social de pacificação não é alcançado pelo acatamento voluntário das sentenças, mas pela redução ao máximo nível das contestações ou questionamentos sociais dessas tutelas jurisdicionais (poder molecularizado), e não apenas as contestações dos envolvidos diretos que se sentirem injustiçados com uma decisão pontual, mas principalmente de toda a coletividade contra um sistema judiciário lento, distante, cujas deliberações não raro carecem de lógica ou deixam de atender às suas expectativas.

Vale dizer, exatamente porque a existência de desgastes e insurreições não é desconhecida do processualista, o *discurso da pacificação* é desenvolvido e atua para mitigar os riscos sociais de uma *deslegitimação* coletiva, com possibilidade de conduzir a uma desestruturação da autoridade estatal. E mais uma vez nos encontramos com o pensamento de Luhmann: aduzia ele que, muito mais do que *reprimir a crítica*,⁵⁶² *especificar o descontentamento*,⁵⁶³ ou mesmo “impedir desilusões,” o procedimento teria por função “trazer as desilusões inevitáveis para uma forma última de ressentimento particular difuso, que não pode converter-se em instituição.”⁵⁶⁴ Por outras palavras, ao evitar que a *desilusão com o Estado-juiz* ganhe relevância social ao ponto de se *institucionalizar*, mitigam-se os questionamentos antes que eles se tornem perenes e desestabilizadores da estrutura jurídico-processual tal qual instaurada no ordenamento.

⁵⁶¹ Auxiliar, por assim dizer, os procedimentos de *interpelação* dos sujeitos: o indivíduo submete-se à autoridade da sentença porque a coletividade espera isso dele, porque “decisão do juiz não se discute, se cumpre,” porque seu advogado o orienta a tanto, enfim, porque *é assim que as coisas são*.

⁵⁶² Por suas próprias palavras: “através da participação no cerimonial do procedimento e na ratificação das premissas e competências de decisão, são retiradas aos interessados, como vimos, cada vez mais possibilidades de crítica e outras possibilidades são orientadas para determinadas vias.” Cfr. LUHMANN. 1980, página 109.

⁵⁶³ “A função do procedimento é,” de acordo com Luhmann, “a especificação do descontentamento e o fracionamento e absorção dos protestos.” Cfr. *idem, ibidem*, página 98.

⁵⁶⁴ Cfr. *idem, ibidem*, página 95.

O *caos da autotutela*, divulgado pela doutrina processual em defesa da jurisdição reflete, a rigor, uma *fobia* do próprio processualista, alinhado que está com a sistemática jurídica de um Estado centralizador e monista. Aliás, como vimos, não se pode prescindir dos aparelhos – repressivos e ideológicos – da autoridade estatal, para que os institutos do *processo social-intervencionista* se mantenham: relativizar a autoridade do juiz no processo, dentro dessa lógica discursiva, seria o mesmo que diminuir a autoridade do Estado.

Assim é que o descontentamento com o processo não pode se tornar a regra; mais do que *excepcional*, o discurso da pacificação cuida para que o condenado insurgente seja transformado em figura *antissocial*. Nesse sentido, lembramos que um dos mecanismos mais evidentes de *proteção do sistema* é a *segregação social* daquele que é reconhecido como autor de alguma conduta inadequada. Diz-se que o processo, isolando o comportamento revoltoso, protege a atividade jurisdicional das insurreições e condutas reputadas inadequadas. Nesta senda, fazendo nova referência a Luhmann, temos que ele obtemperava que, de forma geral, depois que se define um *perdedor*, ele é *marginalizado*, por meio de processos sociais, que fazem com que ele se converta “no diferente, no litigante, naquele cujo assunto preferido é conhecido e evitado sempre que possível,” cabendo-lhe “escolher cuidadosa e limitadamente o seu público,” já que “não pode falar com qualquer um sobre o seu processo.”⁵⁶⁵ Quanto a isso, nenhuma surpresa: o *ostracismo*, em seus variados matizes, é provavelmente a forma mais comum de uma comunidade lidar com o ilícito⁵⁶⁶ – a ideia de *enjaular para reeducar* que nos soa tão comezinha é método relativamente recente, criado pelo europeu novecentista, como muito bem exposto por Michel Foucault⁵⁶⁷ –, cuidando a comunidade de rechaçar o indivíduo que *age diferentemente*, aquele cuja conduta é reputada *inadequada e contrária aos interesses do bando*. A reação da coletividade contra o *perdedor de um processo* não foge muito dessa lógica.⁵⁶⁸

⁵⁶⁵ Cfr. *idem, ibidem*, página 99.

⁵⁶⁶ A Antropologia Jurídica nos mostra que, apesar de extremamente dramática para as sociedades, o isolamento da pessoa, ou grupo de pessoas, que não se adequa aos padrões da comunidade é um meio de preservar o grupo. Nesse sentido, por todos, conferir o levantamento feito por Robert Shirley no capítulo VI “Regras, disputas, juízes e julgamentos: o desenvolvimento das instituições jurídicas.” de sua *Antropologia Jurídica*. Cfr. SHIRLEY. 1987, páginas 43 e seguintes.

⁵⁶⁷ Especialmente em *Vigiar e punir*, cfr. FOUCAULT. 1975.

⁵⁶⁸ Que dizer dos cadastros públicos de “maus pagadores” (SPC, Serasa, etc.)? A pretexto de *proteger o mercado* contra os devedores costumeiros ou aqueles que se encontram em situação patrimonial periclitante, impõe-se a tais pessoas uma pecha nitidamente segregacionista que os isola de um nicho social (o mercado

O *perdedor* até poderá não cumprir espontaneamente a prescrição jurisdicional, mas a comunidade cuidará para “isolá-lo como fonte de problemas e em apresentar a organização social como independente do seu acordo ou da sua rejeição.”⁵⁶⁹ Isso acontece em boa parte como consequência dos discursos da pacificação dos quais falamos, que asseguram, graças aos *argumentos objetivos* mencionados, esse *clima social* de sujeição à autoridade do juiz e consequentemente ao acatamento de suas decisões: sendo ou não justificada a irrisignação do vencido contra a sentença, sua condição de *perdedor* é suficiente para impingir-lhe a pecha de *elemento antissocial*.⁵⁷⁰

A ação do discurso de *pacificação pelo processo* é muito marcante neste ensejo: quem não se submete à tutela jurisdicional é apontado como alguém que atua *contra a paz* ou o *bem estar* de todos; a conduta de quem não se adequa à tutela jurisdicional iria contra a *higienização do ilícito* personificado no *restabelecimento da vontade concreta da lei* pelo Estado-juiz. Ao impor-lhes tais qualificações, os enunciados que estudamos têm por efeito a *blindagem* do sistema contras os insurgentes, ou mesmo aqueles que propuserem meios alternativos de solução de conflitos alheios ao controle do Estado.⁵⁷¹

A valorização desses processos sociais de mitigação de insurreições contra o sistema (pacificação) por meio dos formalismos constantes do *iter procedimental* fica ainda mais clara quando analisamos a teoria sociológica de Luhmann – referência marcante do discurso da pacificação – em seu âmago. No bojo da *Teoria dos Sistemas* constante do seu pensamento, as relações entre homem e sociedade são apresentadas como *um problema a resolver*. Como bem aponta Tércio Sampaio Ferraz Junior, em prefácio à obra por nós referenciada, o homem *concreto, real*, não pertence ao sistema estruturado que ele descreve como sendo *a sociedade*. Mesmo necessitando da sociedade para viver, isto não quer dizer “que ele faça *parte* dela,”⁵⁷² nem que eles não possam coexistir. Porém, não sendo a “juridicidade das relações inter-humanas” dedutível da “natureza humana,” e ainda

de consumo); na mesma linha, o CPC prevê a possibilidade de o exequente fazer averbar o ajuizamento de execução nos bens do devedor eventualmente “sujeitos à penhora ou arresto.” (art. 615-A).

⁵⁶⁹ Cfr. LUHMANN. 1980., página 103.

⁵⁷⁰ Diz Luhmann que isso ocorre porque a *validade de valores e normas* impõe uma certa postura de *indiferença* “perante as estruturas individuais de motivação e acordo ou rejeição através do indivíduo,” sendo certo que, ainda segundo a sua opinião, os procedimentos serviriam para “realizar este requisito de validade, sem perigos para a vida social.” Cfr. *idem, ibidem*, página 103.

⁵⁷¹ Fazendo nova referência a Luhmann, recordamos que ele sustentava que a função social dos mecanismos de solução de conflitos não seria a de “provocar determinados processos psíquicos da aceitação,” mas proceder à “imunização do sistema social contra estes processos.” Ou seja, “proteger o sistema social contra as consequências da escolha duma solução psíquica para o uso desse fato.” Cfr. *idem, ibidem*, página 100.

⁵⁷² Cfr. FERRAZ JUNIOR. 1980., página 1.

em defesa das estruturas (sistemas) positivadas, Luhmann sustentaria que ao direito (sobretudo o processual, responsável em nosso ordenamento pela definição das regras procedimentais), cumpre definir “os limites e as interações da sociedade,” possibilitando também a “estabilização de expectativas nas interações.”⁵⁷³ Dito de outra forma, para o autor mencionado, o direito tem papel central na tarefa de *enquadrar socialmente* o homem no seio da comunidade, ou seja, é o *direito que molda o homem*, e não o contrário.

A similitude entre esta ideologia marcadamente positivista de Luhmann e os dogmas pacificadores do processo civil, não é fortuita. Bem ao contrário, é notável perceber como a doutrina processual civil que, conforme demonstramos, inspirou-se largamente nos seus escritos, e reproduziu fidedignamente essa concepção do papel do direito processual em relação ao indivíduo (sobretudo o jurisdicionado), no ensejo de seus discursos. De fato, em linha com esta lógica argumentativa, temos que o cidadão (em contraposição ao juiz) é, na verdade, o objeto social a ser manipulado, a sua vontade é que se quer ver controlada, a sua opinião é a que tem de ser adequada, quando não se vê nele o *inimigo* a ser combatido.

O jurisdicionado põe em dúvida a existência de certo direito, buscando na certeza da coisa julgada a confirmação sobre qual a postura socialmente desejável. Ao fazê-lo, *provoca* o juiz, *desaloja-o* de sua postura inerte, *instigando-o* a se manifestar sobre certo assunto controvertido. E, uma vez provocado, o Judiciário *necessariamente* dará uma resposta que deverá ser – espontânea ou forçosamente – acatada, porque, não é demais repetir, dentro da lógica positivista, este seria o seu papel como *representante do direito: modular a atitude do indivíduo*. Nesta senda, cumpre ao processo civil dar o estofamento discursivo, além de desenhar a estrutura normativa, para que esses fenômenos ocorram sem que a autoridade do juiz seja questionada por este mesmo jurisdicionado. *O problema* que o discurso da pacificação ajuda a resolver é, portanto, *como tornar socialmente aceitável (desejável, aliás) a autoridade do Estado-juiz*, a despeito de todos os seus defeitos, que são conhecidos e constantemente vivenciados pela população.

Tudo isso a demonstrar que, se tomadas por corretas as nossas conclusões, o *discurso da pacificação* não visa ao estabelecimento de um sistema judiciário que atenda aos anseios do jurisdicionado, notadamente o de prolatar sentenças reputadas *justas* pela coletividade. Lembrando a máxima segundo a qual *entre pacificar logo e pacificar bem, melhor a opção mais expedita*, temos que o *escopo social* deve ser reconhecido não

⁵⁷³ Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

propriamente por sua capacidade de compor litígios, mas pela concretização, com efetividade (*rectius, celeridade*), da vontade do Estado.

Ou seja, se formos ao imo do *discurso da pacificação*, temos que, ao menos para os processualistas que estudamos, notadamente aqueles que participam da *Escola Processual de São Paulo*, ele na verdade, não se opera *para* o cidadão, mas *contra* ele, porque ele não passa de um *problema a resolver*. A verdadeira *pacificação pelo processo* não ocorre no nível da disputa *entre dois ou mais litigantes* (a tal *lide* enciclopedicamente definida por Carnelutti): *o conflito que esse discurso do processo civil quer pacificar é a constante tensão existente entre o jurisdicionado que se quer enquadrar e o Estado-Juiz que almeja tal objetivo*.

Em suma, o discurso serviria ao propósito de tornar *socialmente aceitável* (*almejada* até) a ideia de um Estado que, a pretexto de pacificar, impõe à coletividade ordens imperativas muitas vezes ineptas, demoradas, lastreadas em premissas equivocadas, ou ratificando situações de manifesta iniquidade, tudo isso na seara de um procedimento ritualizado.

FONTES DE DISCURSOS DESTE CAPÍTULO.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo*, in Revista de Processo nº 37, janeiro de 1985.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros. 2011.

_____. *Os poderes instrutórios do juiz*. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1991.

Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal. *Exposição de motivos do Anteprojeto de Código de Processo Civil*. 2010.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Jurisdição* in Revista de Processo nº 58, Abril de 1990.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição – Noções Fundamentais*. in Revista de Processo nº 19, Julho de 1980.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 16ª edição. São Paulo: Malheiros. 2000

DINAMARCO. Cândido Rangel. *Tutela Jurisdicional*. in Revista de Processo nº 81, Janeiro de 1996

_____ *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. Vol. I. 5ª edição. São Paulo: Malheiros. 2002.

_____ *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 3ª edição. São Paulo: Malheiros. 2003

_____ *A instrumentalidade do processo*. 14ª edição. São Paulo: Malheiros. 2009.

FIGUEIRA JÚNIOR. Joel Dias. *A Trama Recursal no Processo Civil Brasileiro e a Crise da Jurisdição Estatal*. in Revista de Processo nº 188, Outubro de 2010.

FONSECA. William Lopes da. *O controle social do poder judiciário, a independência da magistratura e o caráter político da função jurisdicional*. in Revista dos Tribunais nº 841, novembro de 2005.

GIDI. Antonio. *A dimensão política do direito de ação*. in Revista de Processo nº 60, Outubro de 1990.

GOMES NETO. José Mário Wanderley e NOGUEIRA. Felipe Santana Mariz. *O paradigma racionalista e a rigidez das formas no processo civil*. in Revista de Processo nº 160, junho de 2008

JARDIM. Afrânio Silva. *Notas sobre a teoria da jurisdição*. in Revista de Processo s/n, abril de 1987.

LACERDA. Galeno. *Processo e cultura*. in Revista de Direito Processual Civil, Volume 3, Janeiro a Junho de 1961.

LIMA. Alcides de Mendonça. *Os princípios informativos no Código de Processo Civil*. in Revista de Processo 34, abril-junho de 1984.

LUHMANN. Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1980.

OLIVEIRA. Eduardo Ribeiro de. *Sobre o Conceito de Jurisdição*. Revista de Processo nº 16, Outubro de 1979.

SALDANHA. Jânia Maria Lopes. ESPÍNDOLA. Ângela Araújo da Silveira e MACHADO. Sadi Flores. *Combater vícios e aprimorar virtudes: o processo brasileiro frente à intensificação do chamado à jurisdição*. in Revista de Processo nº 172, junho de 2009.

WAMBIER. Teresa Arruda Alvim. *Fundamentos do Processo* in Revista dos Tribunais nº 855, janeiro de 2007.

CAPÍTULO IV – A “AMPLIAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA.”

1. Os diagnósticos da doutrina processual a respeito da “crise” do acesso à Justiça. 2. As soluções propostas no âmbito processual: mitigação das formalidades, processos coletivos, direito sumular e, no limite, “dessacralizar” o acesso à Justiça. 3. A perda de capilaridade do Estado de Direito. 4. Previsibilidade jurídica e austeridade orçamentária: as exigências da ordem econômica e a sua relação com os mecanismos de universalização do acesso à Justiça. 5. A sociedade de consumo de massa necessita da crença no Judiciário para se consolidar. 6. Conclusão do capítulo: ampliar para controlar, e não para praticar Justiça.

O discurso do qual trataremos a seguir é, a bem dizer, um conjunto de discursos, mas que devido aos objetivos comuns entre eles almejados, nos permite reuni-los em uma única formulação, a qual denominamos *discurso da ampliação* (ou *universalização*) *do acesso à Justiça*. Nesta ordem de ideias, incluímos os enunciados que defendem a *desformalização dos procedimentos* nos litígios reputados *mais simples* (Juizados Especiais Cíveis), a solução dos conflitos envolvendo direitos difusos de forma *desindividualizada e homogênea* (ações coletivas), a *standartização do direito* (julgamentos por súmulas) e, até mesmo, a limitação (*dessacralização*) do acesso à Justiça.⁵⁷⁴

⁵⁷⁴ Embora plenamente inserto nesse tema, deixamos propositadamente a retórica discursiva a favor do *estímulo a soluções conciliatórias* de lado, porque a ele dedicaremos um capítulo próprio (Capítulo V).

Pois bem, o acesso à Justiça e os meios de assegurá-lo é um tema que tem instigado a processualística, o que se refletiu em profícua atividade legislativa neste campo, especialmente nos últimos cinquenta anos, embora não de forma contínua. Com efeito, as manifestações discursivas e as reformas legais entabuladas no sistema processual voltadas ao tema do acesso à Justiça podem ser datadas em dois períodos bem distintos e independentes: o primeiro na década de cinquenta, sob os auspícios do *populismo varguista*, e o segundo nas décadas de oitenta e noventa, em sua grande parte protagonizado pela doutrina do direito processual civil ligada à *Escola Processual de São Paulo*.⁵⁷⁵ Em razão dos limites dos assuntos pertinentes ao presente trabalho, nos deteremos na análise do segundo período.

Vale ressaltar, ainda, que nosso estudo não enfocará propriamente o *direito de acesso* em si, mas os mecanismos discursivos e institucionais pertinentes à garantia de tal prerrogativa. Nesse exercício, o leitor notará que a averiguação dos efeitos práticos dos mecanismos de ampliação do acesso à Justiça para defesa dos interesses em juízo dos “desfavorecidos” não será abordada, pois esta não é uma tese sobre institutos do processo civil ou a respeito do desempenho das entidades relacionadas à atividade jurisdicional. Trata-se de trabalho voltado à análise *dos discursos* do processo civil e, particularmente, a respeito dos *usos disciplinares* que se tem feito deles, e por conta disso interessado em esmiuçar as relações de controle facultadas pelas simbologias ocultas nas entrelinhas dos seus enunciados. Nesse sentido, o tema e as políticas públicas implementadas pelo Estado para garantir o acesso ao Judiciário acabaram mostrando-se reveladores da postura das instituições processuais em relação às questões sociais⁵⁷⁶ e, exatamente por isso, deram lugar a desdobramentos muito interessantes.

A hipótese que aqui propomos discutir é a de que os mecanismos de universalização do acesso à Justiça defendidos no discurso processual e levados a efeito pelo legislador, a pretexto de facilitar o acesso aos jurisdicionados excluídos – pelas mais

⁵⁷⁵ Assim, por exemplo, a respeito da viabilização da Defensoria Pública, temos que o seu modelo “foi basicamente estruturado no período entre os anos de 1946-50 e 1988-94,” o qual “se caracteriza, primeiramente, pela opção de se criar, na esfera federal e na esfera estadual, entidade pública especialmente destinada a prestar o serviço de representação judicial e de assistência jurídica extrajudicial, com profissionais remunerados pelos cofres públicos, investidos de certas prerrogativas e garantias legais.” Deste modo, “essa entidade, que inicialmente era denominada genericamente de “Assistência Judiciária”, de acordo com a Constituição de 1988 passa a ser necessariamente denominada Defensoria Pública, e seu âmbito de atuação é o mais amplo possível abrangendo tanto as causas criminais como as não criminais de um modo geral.” Cfr. ALVES. 2010, página 329.

⁵⁷⁶ Boaventura da Sousa Santos sustentava, a propósito, que “o tema do acesso à justiça é aquele que mais diretamente equaciona as relações entre o processo civil e a justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade socioeconômica.” Cfr. SANTOS. 1989, página 45.

variadas razões – do sistema de justiça, tencionam *legalizar* os conflitos que estariam escapando ao alcance do ente estatal (expansão do “direito oficial”). Desta forma, viabilizariam a aplicação de princípios caros a determinada racionalidade econômica, bem como, por meio desse trabalho de *conquista de território*, assegurariam as condições de realização plena de uma *sociedade de consumo massificada* e de regulamentação branda (para não dizer francamente favorável ao fornecedor de bens e serviços de consumo, os chamados *mass wrong doers*).

1. Os diagnósticos da doutrina processual a respeito da “crise” do acesso à Justiça.

Antes de tratarmos da “crise” destacaremos *o que é acessar a justiça* na visão da processualística. Definido como *o direito de receber justiça*, ou seja, “ser admitido em juízo, poder participar, contar com a participação adequada do juiz e, ao fim, receber um provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade,”⁵⁷⁷ tal conceito passou, por razões que abordaremos adiante, a ostentar no discurso do processo uma fenomenologia fortemente vinculada aos *direitos sociais*, sendo por isso tratado como um *dever* do Estado para com seus cidadãos.

Assim, a previsão constitucional de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (CF, art. 5º, inc. XXXV) é interpretada pela dogmática processual não apenas como uma *garantia de não exclusão de acesso* do cidadão, mas como um direito *a algo*,⁵⁷⁸ vale dizer, a uma prestação por parte da autoridade pública, que impõe “ações positivas de natureza fática (material) ou normativa (jurídica)”⁵⁷⁹ para se efetivar. Ou seja, o acesso à Justiça é interpretado pelos teóricos do processo como uma garantia voltada aos cidadãos de que o Estado disponibilizará um processo capaz de dar tratamento *efetivo* às crises jurídicas ocorridas na sociedade, pacificando esses conflitos por meio da concessão de uma tutela jurisdicional.⁵⁸⁰

⁵⁷⁷ Cfr. DINAMARCO. 2003, página 115.

⁵⁷⁸ Cfr. SCHEER. 2006, página 276. Ainda segundo a autora vertente, “numa dimensão subjetiva institui o direito individual de provocar o Estado para a prestação jurisdicional, enquanto sua dimensão objetiva revela a exigência da ação negativa do Estado, para que não adote medidas judiciais, legislativas ou executivas tendentes a obstaculizar (*estorvar*) o direito do jurisdicionado.” Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

⁵⁷⁹ Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

⁵⁸⁰ Nesta senda, Fredie Didier Junior obtempera que *acessar* a Justiça é obter do Estado os meios de alcançar uma tutela jurisdicional, que, “há de ser rápida, efetiva e adequada.” Cfr. DIDIER JUNIOR. 2002, página 23. Entenda-se bem: “adequada” não aos anseios de quem a ela vai se sujeitar, mas “à realidade da situação jurídico-substancial que lhe é trazida para solução,” especialmente no que tange ao “procedimento, a espécie

Nesta senda, em linha com a ideologia que marcou a implementação dos *direitos sociais* inerentes ao conceito de *welfare state* da primeira metade do Século XX (direitos à saúde, educação, seguridade social, trabalho digno), a ideia de *ir ao Judiciário* (seja como autor ou como réu) deixou de ser tomado como um ato que dependesse somente de uma opção/decisão privativa do cidadão: seria necessário ter condições (sobretudo materiais e culturais) para isso, e o Estado não poderia se omitir na ausência de alguma delas.⁵⁸¹ A concepção marcadamente liberal de *facultar ao sujeito de direito* os meios de postular em juízo a defesa de seus interesses foi suplantada, na dogmática processual, pela ideia de que, muito mais do que *disponibilizar* um sistema de resolução de conflitos que agiria mediante a provocação dos interessados, seria *dever* do Estado *atuar* no sentido de criar e manter um arcabouço institucional capaz de auxiliar o cidadão na tarefa de ingressar em juízo na defesa de seus direitos.⁵⁸²

Definido o que seria, dentro da fenomenologia processual, *acessar a Justiça*, permitimo-nos doravante explorar o que seria a “crise” pela qual teria passado essa garantia processual, apresentada sob diversas formas e características, conforme o enfoque que se quisesse dar ao tema (sociológico, político, econômico, jurídico). Como este estudo se dedica a analisar os discursos do processo civil, é neste campo do saber que vamos basear nossa análise.

Primeiramente, é importante destacar que a incapacidade do Estado em assegurar o acesso dos cidadãos à Justiça não é exatamente um problema recente na história do processo, sendo perceptíveis discussões que permeavam a temática até mesmo na clássica doutrina europeia do processo civil.⁵⁸³ De outra sorte, como exposto

de cognição, a natureza do provimento e os meios executórios adequados às peculiaridades da situação de direito material.” Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

⁵⁸¹ Nesse sentido, aduzindo “não ser mais possível aceitar o formalismo legalista da função judicial, característico do Estado liberal,” Marco Antonio Marques da Silva sustenta que “o acesso à justiça somente poderia ser obtido por aqueles cidadãos que tinham condições materiais de fazê-lo” sendo certo que os “privados de recursos materiais eram deixados à sua própria sorte, já que, legalmente, tinham as mesmas possibilidades de recorrer à justiça. Nesse sentido, o acesso, assim como a igualdade, eram apenas formais e não efetivos.” Cfr. SILVA. 2006, página 125.

⁵⁸² “Não se trata” segundo Suzana Pastore, “de uma liberalidade concedida facultativamente pelo Estado;” o direito de acesso à Justiça é um “dever que se impõe hodiernamente na certeza de sua essencialidade para a dignidade do homem e reconhecimento dos direitos humanos.” Cfr. PASTORE. 2004, página 154.

⁵⁸³ A demora no encerramento dos processos judiciais era tida como fator de inibição da busca de uma solução adjudicada para os litígios: relata-se que Chiovenda, melindrado com o tema, vislumbrava na *oralidade* processual um contraponto às delongas que o sistema excessivamente escriturário impunha aos jurisdicionados. Conferir, a propósito, a lição de Celso Anicet Lisboa: “No final do século XIX já era grande a preocupação com a falta de eficiência do processo. Coube, então, a Chiovenda, como continuador de um movimento iniciado com o Código de Processo Civil de Hannover, de 1850, (...), empreender um desmedido esforço para impregnar a doutrina de seu país (Itália) e da Europa com o sentimento da oralidade. O processo civil da época adotava o princípio da escritura e essa, conforme se dizia, era a principal (não a única) razão

anteriormente, no Brasil o Judiciário tradicionalmente foi um Poder a serviço de poucos, sobretudo em se tratando da tutela de direitos civis, de vez que a maioria da população, por razões econômicas, sociais e culturais, acostumou-se a viver à margem das soluções jurídico-institucionais fornecidas pelo ordenamento positivo estatal (inclusive em âmbito jurisdicional). Para quem era marginalizado do direito constante das leis (o direito “oficial”), ou ainda não tinha nada ou muito pouco a defender, é até certo ponto intuitivo imaginar que não haveria razões para buscar uma tutela do Estado-juiz, quanto menos ver nele uma *espada* amiga. Assim, como lembrado por Maria Tereza Sadek, para quem “a constância nas críticas à justiça estatal é um denominador absolutamente comum quando se examinam textos especializados, crônicas e mesmo debates parlamentares, ao longo dos últimos quatro séculos,”⁵⁸⁴ a morosidade e elitismo do sistema de Justiça não são exatamente temas recentes.

Nada obstante, não se pode dizer que esse isolamento do Judiciário em relação à maioria da população fosse visto pela dogmática processualística como uma problemática *a ser resolvida* pela sua área do conhecimento; as limitações de acesso da população à Justiça, a despeito de serem conhecidas,⁵⁸⁵ eram tradicionalmente vistas pela doutrina do processo como sendo da alçada da organização administrativa do Estado, ou ainda ligadas às precárias condições materiais da maioria da população brasileira. A demora na solução de litígios até era conhecida e mencionada, mas a mentalidade marcadamente liberal que vicejava na academia brasileira não vinculava as vicissitudes dos institutos processuais às dificuldades das pessoas em postular e obter do Estado uma tutela jurisdicional. Não era, por assim dizer, um tema da seara teórica do processo civil e das normas que o regiam, mas de investimentos públicos, especialmente na contratação de juízes e no aumento do número de varas e cartórios.

para o seu fraco desempenho, deixando muito a desejar como meio capaz de realizar a função de instrumento da jurisdição.” Cfr. LISBOA. 2004, página 231.

⁵⁸⁴ Cfr. SADEK. 2004. página 4. Prossegue a autora aduzindo que “críticas ao desempenho das instituições encarregadas de distribuir justiça praticamente acompanharam a instalação e o desenvolvimento dessas organizações no país. Desde as primeiras Cortes, criadas ainda no período colonial, vozes se levantaram mostrando sua inoperância e o quanto distavam de um modelo de justiça minimamente satisfatório.” Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

⁵⁸⁵ É o que anota Cléber Francisco Alves, para quem “a questão relativa ao acesso dos pobres à Justiça, embora somente tenha recebido maior atenção nos tempos atuais, não era totalmente desconhecida na antiguidade clássica, no mundo medieval e no período antecedente às grandes revoluções burguesas do século XVIII. No caso específico do Brasil, desde o início da colonização portuguesa a defesa das pessoas pobres perante os tribunais era considerada uma obra de caridade, com fortes traços religiosos, seguindo o modelo que se achava presente por toda a Europa durante a Idade Média.” Cfr. ALVES. 2010, página 329.

No entanto, a partir da década de setenta do século passado a postura de indiferença dos processualistas começa a sofrer mudanças, sendo perceptível o incremento de debates que revelaram um certo grau de preocupação com as razões pelas quais os conflitos jurídicos, inclusive os dos mais pobres, não estariam chegando ao Judiciário. Nesse sentido, por exemplo, em texto datado de 1985, José Joaquim Calmon de Passos alertava para o “problema do acesso à justiça no Brasil,” descrevendo como “penumbroso” o “ambiente em que se desenvolve, no Brasil, a atividade jurisdicional.”⁵⁸⁶ O excerto retro, à exemplo de outros tantos, é representativo de uma mudança de postura em relação às limitações do acesso à Justiça, que passaram a ser tratadas *também* como um problema do ordenamento processual. Destarte, ao ensaiar uma problematização mais compromissada do tema até então inexplorado, a doutrina processual começou a levar em consideração elementos não originalmente ligados aos seus clássicos institutos, ou às normas que os governavam.

Contudo, não havia nessa mudança de paradigma por parte dos mestres brasileiros qualquer originalidade: a relação entre pobreza, incapacidade organizacional e deficiências do aparato judicial com a limitação do acesso à Justiça e, em particular, a necessidade de mudanças a partir do processo civil, já estava em pauta e repercutia fervorosamente na doutrina estrangeira. Com efeito, o grande responsável por introduzir os problemas relacionados à limitação do acesso à Justiça no campo da dogmática processual foi o Professor italiano Mauro Cappelletti (1927-2004), especialmente por conta de seus estudos realizados na década de sessenta e publicados na de setenta do século passado, em parceria com o Professor estadunidense Briant Garth, mais conhecido como *Projeto Florença do Acesso à Justiça*. A obra de Cappelletti,⁵⁸⁷ notadamente na versão traduzida de seu relatório que é a mais conhecida e citada pelos doutrinadores brasileiros, definiu praticamente todo o enfoque dado ao tema na literatura jurídica nacional, assim como as soluções postas em prática pelo Estado brasileiro para as questões por ele colocadas em pauta.

⁵⁸⁶ Cfr. PASSOS. 1985, página 78. Ainda de acordo com o autor vertente, tal situação seria ocasionada pela “deficiência de instrução, baixo índice de politização, estado de miséria absoluta ou hipossuficiência econômica grave, mínimo poder de mobilização e nenhuma organização” da maioria da população, além da própria “insuficiência e inoperância do aparelho judiciário.” Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

⁵⁸⁷ Muito embora o *Acesso à Justiça* tenha sido o resultado de um esforço conjunto de pesquisa, e publicada em co-autoria com o Briant Garth, a doutrina por nós consultada costuma referir-se apenas ao professor italiano. Por isso, ao longo deste trabalho, nos referiremos apenas a Cappelletti, não porque concordemos com a prática de não reconhecer a importante colaboração do outro pesquisador, mas porque é Cappelletti a *referência discursiva*, e é ele quem “ocupa” um *local simbólico* de argumento de autoridade da retórica processual.

Apresentando-se como adversário da tradição *liberal* do processo, a quem Cappelletti atribuía a concretização de uma “igualdade, apenas formal, mas não efetiva”⁵⁸⁸ na sociedade, os seus estudos tratam do acesso à Justiça como um direito social, um “requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.”⁵⁸⁹ Assim é que, após analisar os principais entraves ao acesso das populações aos sistemas estatais de jurisdição em diversos países e continentes, Cappelletti sintetizou e organizou esses obstáculos (e as respectivas soluções) em três dimensões – por ele metaforizadas na forma de *ondas* – agrupadas nos seus aspectos *econômico*, *organizacional* e *processual*.⁵⁹⁰

A recepção da sistematização proposta nas *ondas renovatórias cappellettianas* pela doutrina processual brasileira foi quase total; descrito como *apóstolo* do movimento reformador do acesso à Justiça,⁵⁹¹ Cappelletti viu a sua abordagem do tema ser recebida com muita simpatia. Certamente colaborou para essa aceitação praticamente irrestrita pelos processualistas brasileiros a sua ligação com os clássicos processualistas italianos (Calamandrei, Carnelutti, Chiovenda), de quem ele foi discípulo,⁵⁹² e que aqui também estabeleceram sólidas raízes;⁵⁹³ uma afinidade decorrente nem tanto da identidade doutrinária, segundo o nosso sentir, mas relacionada à concepção estatalizante da jurisdição. Efetivamente, foi o reconhecimento do papel central (e centralizador) do Estado na jurisdição que, vinculando as reformas no sistema processual à busca de meios de preservar o monopolismo estatal, e o intransigente respeito a esse limite conceitual, quem por certo contribuiu para a aquiescência dos autores brasileiros às suas ideias.

⁵⁸⁸ Cfr. CAPPELLETTI. e GARTH. 1988, página 9.

⁵⁸⁹ Cfr. *idem, ibidem*, página 12.

⁵⁹⁰ O *obstáculo econômico* corresponde simplesmente à “pobreza de muitas pessoas que, por motivos econômicos, nenhum ou pouco acesso têm à informação e à representação adequada;” o *organizacional* tem a ver com a incapacidade dos grupos menos favorecidos se organizarem na defesa conjunta de direitos semelhantes contra grandes corporações ou mesmo o Estado e, por fim; o *processual* está relacionado à inadequação dos “tipos ordinários de procedimento” para resolver os litígios. Cfr. CAPPELLETTI. 1994, página 82.

⁵⁹¹ Senão veja-se: “Apresenta-se o professor toscano não como um criador único das idéias que ele mesmo veio a demonstrar pertencentes a um *movimento* em escala global, mas como um apóstolo do pensamento reformador dos ordenamentos processuais: o responsável pela elaboração de uma vasta bibliografia, resultante dos trabalhos realizados pelo Projeto Florença, sob sua presidência, reunindo, ao longo de uma década, o conhecimento produzido por *experts* dos cinco continentes, acerca de um tema incipiente e desafiador – o *acesso à justiça*.” Cfr. GOMES NETO. 2005, página 21.

⁵⁹² Consta que Cappelletti jamais abandonou “sua formação jurídica, de professor das letras processuais, então fortemente sob a sombra de Francesco Carnelutti, Giuseppe Chiovenda e Piero Calamandrei.” Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

⁵⁹³ Sobretudo em razão da fundação da *Escola Processual de São Paulo* por Liebman, como exposto no Capítulo II.

Pois bem, as propostas *cappellettianas* ao trazerem essa nova problemática, sintetizada em seus três *enfoques* (econômico, estrutural e processual) para a dogmática processual brasileira, tiveram o efeito de renovar o seu fôlego e de lhe permitir dedicar-se a novos *cogitos* (pretensamente) *científicos*.⁵⁹⁴ O advento das questões de acesso à Justiça prenunciava a chegada da *terceira fase* da “ciência” processual brasileira – dita *teleológica* ou *instrumental* – mormente pela valorização da *efetividade processual* por ela propugnada. Aliás, a exemplo do ocorrido com o discurso da pacificação, para o qual entre pacificar logo e pacificar bem, optou-se pelo primeiro, a *efetividade* do processo, devido à sua anunciada capacidade de aprimorar o acesso à Justiça, teria se tornado tão importante que, para certos analistas da obra de Cappelletti, teria chegado ao ponto de *substituir o valor justiça*.⁵⁹⁵

Destarte, exatamente nos termos propostos por Cappelletti, o obstáculo *econômico* foi reconhecido e descrito pela doutrina processual brasileira tanto sob o aspecto material – ou seja, a falta de condições financeiras para arcar com os custos de um processo –, quanto cultural – relacionado a uma alegada falta de *consciência cívica* de boa parte da população, que não buscaria o auxílio do Judiciário por desconhecer os seus direitos.⁵⁹⁶ Ainda, a situação de isolamento e discriminação social se refletiria na própria incapacidade dos desfavorecidos se organizarem e exigirem do Estado a adoção de medidas em defesa do seu direito de acessar o Judiciário.⁵⁹⁷

Como já pontuamos, o diagnóstico e apontamento desses óbices econômicos pela academia brasileira não decorreu de uma *descoberta* espontânea: além de remeter a

⁵⁹⁴ Afirma-se que “a tutela jurisdicional dos direitos retoma o *cogito* científico do direito processual no momento em que este estudo é orientado pela *efetividade*, promovendo a reabilitação da temática do resultado jurídico-substancial do processo e conduzindo a uma relativização do binômio direito-processo, em reflexo da ruptura dos sistemas processuais.” Cfr. *idem, ibidem*, página 48.

⁵⁹⁵ Confira-se no seguinte excerto: “Mas é na dimensão do fenômeno processual que o valor *efetividade* demonstra a clareza de sua atuação, vindo a substituir a *justiça* (enquanto expressão de coerência lógico-formal e de aparente certeza cognitiva) em face de caracteres outrora ignorados pelo sistema processual racionalista, tais como morosidade, insuficiência de infra-estrutura, poder econômico e desigualdades estruturais.” Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

⁵⁹⁶ “Nosso problema,” dirá Marco Antonio Marques da Silva, “tem início pela falta de informação e conscientização da população de como se exercita o direito de buscar uma resposta judicial a um ponto envolvendo a conservação ou restauração de um direito. A maior parte da população não sabe como ingressar em juízo; essa questão envolve desde a falta de documentação para o ingresso em juízo, como a falta de um serviço de assistência jurídica eficiente. É fundamental a tomada de consciência da população de seus direitos e das garantias dos direitos. Aqui há mesmo uma questão histórica a dificultar essa conscientização.” Cfr. SILVA. 2006, página 125.

⁵⁹⁷ É o que sustenta Calmon de Passos, em texto sobre o qual já nos debruçamos: “Outra conclusão, é a de que os próprios interessados no acesso à Justiça jamais tiveram condições de se organizar e mobilizar para obtê-la. Sua grave marginalização social e econômica os inabilita para esse tipo de reivindicação, paradoxalmente.” Cfr. PASSOS. 1985, página 78.

uma remansosa – conquanto desprezada – realidade socioeconômica nacional (pobre, desigual e segregacionista), ela só passou a ser problematizada pela doutrina processual devido ao rompimento com a tradição processual liberal, a qual insistia em desonerar o Estado de qualquer responsabilidade pela tutela dos membros pauperizados da população. Essa mudança de paradigma, também já o afirmamos, foi em boa parte provocada pela perspectiva proposta por Cappelletti, que defendia a inserção do acesso à Justiça no rol de *direitos sociais*, ou seja, que demandariam uma atuação do Estado no sentido de implementá-los.

Além de trazer os dramas provocados pelas desigualdades de renda em âmbito processual para o centro dos debates acadêmicos, os estudos *cappellettianos* inovaram ao também propor a *jurisdicionalização de direitos sociais*, pondo em questão a forma como o Estado teria se estruturado para permitir a solução dos litígios relacionados a “novos direitos,” emergindo daí o aspecto *organizacional* da “crise” do acesso à Justiça. Tal enfoque propôs *delegar* ao Poder Judiciário a competência – tradicionalmente conferida aos demais Poderes – para “tornar efetivos” os *direitos sociais*.⁵⁹⁸

Efetivamente, percebemos na doutrina brasileira um esforço no sentido de diferenciar o acesso ao Judiciário entre *antes* e *depois* da Constituição Federal de 1988, que teria provocado um “aumento substancial das áreas de intervenção e atuação pública” do Poder Judiciário, sobretudo em razão da “extensão e a complexidade dos direitos sociais garantidos.”⁵⁹⁹ Assim, diz-se que o processo teria adquirido, especialmente a partir da promulgação do Diploma constitucional de 1988, a feição de um mecanismo ao dispor dos cidadãos para assegurar os direitos previstos naquela Carta (notoriamente os sociais), o que em tese não seria assegurado nos arcabouços constitucionais anteriores.⁶⁰⁰ Ainda seguindo

⁵⁹⁸ Vejamos o que disse Cappelletti: “O esforço de criar sociedades mais justas e igualitárias centrou as atenções sobre as pessoas comuns – aqueles que se encontravam tradicionalmente isolados e impotentes ao enfrentar organizações fortes e burocracias governamentais. Nossas sociedades modernas, como assinalamos, avançaram, nos últimos anos, no sentido de prover mais direitos substantivos aos relativamente fracos – em particular, aos consumidores contra os comerciantes, ao público contra os poluidores, aos locatários contra os locadores, aos empregados contra os empregadores (e os sindicatos) e aos cidadãos contra os governos. Embora reconheçêssemos que esses novos direitos precisam de maior desenvolvimento legislativo substancial, os reformadores processualistas aceitaram o desafio de tornar efetivos os novos direitos que foram conquistados.” Cfr. CAPPELLETTI. e GARTH. 1988, página 91.

⁵⁹⁹ SADEK. 2004, página 2. Prossegue a autora vertente aduzindo que “a Lei Maior conferiu capacidade aos magistrados e às cortes judiciais de produzirem impactos sobre o processo de decisão política. Em decorrência, a Constituição transforma-se em um texto programático, operando-se um estreitamento da margem de manobra dos políticos e, conseqüentemente, ampliando-se o papel político do Judiciário.” Cfr. *idem*, *ibidem*, *loc. cit.*

⁶⁰⁰ Sustenta-se, por exemplo, que “com a democratização do Estado o processo passa a ser tido como um instrumento posto ao cidadão com *status* de garantia constitucional, (...) um dos modos de atuação política,”

essa linha de raciocínio, afirma-se que haveria uma *demanda reprimida* por esses direitos (*litigiosidade contida*) que, uma vez assegurados na Carta Magna, teriam dado lugar a uma *explosão de litigiosidade*, aumentando substancialmente o número de demandas ajuizadas perante o Judiciário.

Acontece que, a despeito de todos esses “novos direitos” constarem da carta constitucional e da probabilidade de eles gerarem um aumento de demandas (judiciais ou não), a busca de tutela jurisdicional por parte da população teria gerado um afluxo incomum de processos, e a processualística responsabiliza o Estado e o Judiciário por não se ter preparado adequadamente para dar conta do que se convencionou chamar de *explosão de litigiosidade*.⁶⁰¹ À falta de pulso do legislador,⁶⁰² associa-se a “leniência” das autoridades governamentais que não conseguiriam resolver os “mega-conflitos,”⁶⁰³ tudo isso contribuindo para um inadequado tratamento pontual de problemas que ostentariam natureza *transindividual*. Tal realidade traria consequências para a questão do acesso à Justiça, especialmente em sua dimensão *estrutural*, pois exigiria do Estado-Juiz que desenvolvesse ferramentas aptas a captar esses conflitos *metaindividuais*; esse seria, então, o aspecto *organizacional* da “crise” do acesso à Justiça tal qual percebido pela dogmática processual pátria.

Percebemos que os problemas até aqui identificados pela doutrina não tratam propriamente do processo civil, mas de limitações financeiras e culturais (aspecto *econômico*) e da gestão defeituosa de políticas públicas no atendimento aos “novos direitos” (aspecto *organizacional*). No entanto, a originalidade da abordagem *cappellettiana* encontra-se justamente na proposta de, ao menos em tese, rever alguns dos

ou ainda “como um modo de provocar uma atuação do Estado ou de particulares para uma efetivação dos objetivos politicamente definidos pela comunidade.” Cfr. SILVA. 2006, página 125.

⁶⁰¹ Destacamos, nesta senda, a observação de Rodolfo de Camargo Mancuso: “A notória morosidade da prestação jurisdicional, decorrente do acúmulo de processos em primeiro e segundo graus, evidencia que a justiça não soube se antecipar aos fatos, nem ao menos traçar estratégias e programas de atuação para enfrentá-los, demorando a *internalizar* as sucessivas transformações por que foi passando a sociedade brasileira, massificada e globalizada, implicando profundas alterações nos costumes, interesses e necessidades, que recrudesçam os conflitos existentes e fizeram emergir outros novos.” Cfr. MANCUSO. 2009, página 251.

⁶⁰² Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso a *inflação legislativa* é causa de assoberbamento do Judiciário porque “a massiva emissão de normas repressivas – não é acompanhada de programas e estratégias de médio e longo prazo (a chamada *telocracia*); como resultado, a norma, isolada, mostra-se impotente, tanto para prevenir a formação do conflito como para resolvê-lo ou ainda para dissuadir os destinatários a não infringi-la, tudo fomentando a *explosão de litigiosidade*.” Cfr. *idem, ibidem*, página 48.

⁶⁰³ Diz-se, com efeito, que “não se pode minimizar a ineficiência ou leniência das instâncias administrativas para recepcionar, equacionar e resolver os mega-conflitos que hoje avultam em nossa sociedade, com isso permitindo que eles se potencializem e acabem jurisdicalizados, gerando uma perversa demanda generalizada por *justiça a qualquer preço*, a que, depois, o Estado não consegue atender, ou, tentando fazê-lo, responde a destempo e, não raro, de modo juridicamente inconsistente.” Cfr. *idem, ibidem*, página 38.

pilares da *ciência processual civil* como forma de resolver a “crise” do acesso à Justiça. Tal seria o enfoque *processual*, que toca no tema da capacidade dos instrumentos processuais tradicionais de franquear o acesso ao Judiciário que, sem ser por demais apegado a formalidades, mostre-se *efetivo e adequado*.⁶⁰⁴

Cappelletti defendia que esse novo enfoque da “ciência jurídica,” partiria de um “repúdio” ao formalismo “prevalecente por muito tempo em grande parte do mundo ocidental,” o qual, ao descrever o sistema jurídico “exclusivamente em seu aspecto normativo,” negligenciaria “seus componentes reais - sujeitos, instituições, processos e, mais genericamente, seu contexto social.”⁶⁰⁵ Embora se diga *processual*, a crítica *cappellettiana*, inspirada nas contribuições da corrente *realista* da filosofia do direito, voltava-se ao questionamento da própria concepção puramente positivista dos fenômenos jurídicos, declarando-se contrária às definições estritamente normativas da juridicidade.⁶⁰⁶ Destarte, advogava pelo abandono por parte da dogmática jurídica da abordagem *normativa* ou *formalista* na problematização da “ciência processual,” voltando-se para os *resultados práticos* a serem obtidos pelo processo.

Tal perspectiva, também chamada de *enfoque do acesso à Justiça*, levou os processualistas brasileiros a reconhecer que algumas formalidades representavam entraves inoportunos ao acesso à Justiça, devendo por isso serem removidas. No âmbito *processual*, pois, o problema se encontraria num apego – reputado excessivo – à pureza legal do sistema processual, sendo necessário “aprimorar internamente a ordem processual, habilitando-a a oferecer resultados úteis e satisfatórios aos que se valem do processo.”⁶⁰⁷

⁶⁰⁴ Cappelletti relacionava o *enfoque processual* ao combate ao formalismo processual sustentando que, “como movimento de pensamento, o acesso à justiça expressou uma potente reação contra uma impostação dogmático-formalística que pretendia identificar o fenômeno jurídico exclusivamente no complexo da norma, essencialmente de derivação estatal, de um determinado país.” Assim é que “o dogmatismo jurídico tem sido uma forma degenerativa do positivismo jurídico que levou não somente a uma simplificação irrealística do direito, no que se refere ao seu aspecto normativo - *jus positum* descuidando-se assim dos outros não menos essenciais elementos: sujeitos, instituições, procedimentos; mas tem levado também a uma não menos irrealística simplificação dos deveres e das responsabilidades dos juristas, juízes, advogados, estudiosos deveres que segundo aquela impostação, deveriam limitar-se a um mero, assético, passivo e mecânico conhecimento e aplicação da norma na vida prática, no ensino e nas análises científicas.” Cfr. CAPPELLETTI. 1991, página 144.

⁶⁰⁵ Cfr. CAPPELLETTI. 1994, página 82.

⁶⁰⁶ É o que ele afirma no excerto a seguir retratado: “O movimento por “acesso à justiça” tem representado, nos últimos decênios uma importante, talvez a mais importante, expressão de uma radical transformação do pensamento jurídico e das reformas normativas e institucionais em um número crescente de países. Isto será aqui examinado, seja em seus aspectos culturais, como movimento de pensamento e de procura, quer seja em seus principais aspectos práticos, como movimento de reforma normativa, institucional e processual: em outras palavras, como um importante tópico, segundo meu pensamento, a principal resposta à crise do direito e da justiça em nossa época.” Cfr. CAPPELLETTI. 1991, página 144.

⁶⁰⁷ Cfr. DINAMARCO. 2003, página 114.

Vale dizer, as observações *cappelletianas* resultaram em um redimensionamento da importância dos do *formalismos processuais*, e dos óbices que eles imporiam aos jurisdicionados, as quais se basearam na ideia de que a “plenitude do acesso à justiça” estaria vinculada ao aperfeiçoamento do sistema jurídico-processual, que haveria de ser “mais rápido e mais capaz de oferecer soluções justas e efetivas.”⁶⁰⁸ O termo recorrentemente encontrado para resumir esse aspecto é um só: *efetividade*, mas uma *efetividade do e no processo*, aquilo que Cappelletti definiu como a “completa ‘igualdade de armas,’ ou seja, uma imaginada “garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos.”⁶⁰⁹

Portanto, a postura de incluir as instituições do processo civil no rol de entraves ao acesso pleno à Justiça, se num primeiro momento poderia denotar uma atitude autocrítica por parte dos processualistas brasileiros, representou, a bem dizer, uma engenhosa forma de trazer para dentro do campo do saber jurídico-processual as suas problemáticas, talhando as soluções empregadas segundo os termos e meios com os quais os difusores de seus discursos já estavam familiarizados. O relevante aqui não é tanto o reconhecimento de que os obstáculos encontrados pelos cidadãos para obter uma tutela jurisdicional estaria *também* ligado à maneira como estaria estruturado o ordenamento processual, mas o modo como o tema foi apropriado pelos doutos do processo, os quais, de forma muito competente, cuidaram de impor perante a sociedade não apenas os seus diagnósticos, mas também as soluções para mitigar os entraves apontados por eles mesmos. Assim é que, a partir do momento em que se passou a considerar o acesso à Justiça como uma questão a ser resolvida no âmbito do processo civil (o *enfoque processual*), a percepção dos seus temas e de suas fenomenologias foi rapidamente enquadrada pela doutrina processual, que tomou a frente dos debates e cuidou de encaixá-los em seus códigos linguísticos, agregando-lhes termos técnicos (carregados de significados pré-concebidos) tais quais *hipossuficiência*, *celeridade*, *efetividade*, *interesses difusos*, *instrumentalidade das formas*, *jurisprudência dominante*, dentre outros. Nesse sentido, além da já analisada ascendência do saber acadêmico sobre as instituições públicas (notadamente as responsáveis pela formação do ordenamento legal), foi bastante útil no nível da autoridade simbólica nesta “disputa pelo saber” a existência de um renomado

⁶⁰⁸ Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.* .

⁶⁰⁹ Cfr. CAPPELLETTI. e GARTH. 1988, página 15.

estudo – o *Projeto Florença* – que não apenas denunciava, diagnosticava e nomeava os problemas do acesso à justiça, mas igualmente atribuía aos processualistas a responsabilidade pelas reformas que se fariam necessárias para solucioná-los.⁶¹⁰

Isto posto e de forma geral, são esses os principais aspectos apontados pela doutrina processual a respeito da “crise” brasileira do acesso à Justiça. As problemáticas sugeridas por Cappelletti a respeito da questão do acesso à Justiça, fielmente mimetizadas pelos processualistas brasileiros, que se detiveram às *três ondas renovatórias*, ditam, até hoje, passado quase meio século da apresentação dos primeiros resultados de suas pesquisas, os limites das reformas legislativas pertinentes ao tema.⁶¹¹

Essa constatação mostra-se relevante notadamente porque remete ao fato de que a problematização do acesso à Justiça, assim como a delimitação de sua fenomenologia no discurso processualista, não se baseou exatamente em estudos sobre os entraves encontrados na realidade social brasileira, mas foi totalmente absorvida de fonte estrangeira, o que evidentemente trouxe consequências tanto no plano teórico quanto prático.⁶¹²

2. As soluções propostas no âmbito processual: mitigação das formalidades, processos coletivos, direito sumular e, no limite, “dessacralizar” o acesso à Justiça.

“O movimento universal de acesso à Justiça foi, por várias décadas, manifestação importante de novo enfoque tanto da ciência jurídica quanto da reforma legislativa em muitos países do mundo.” Mauro Cappelletti.

⁶¹⁰ Mauro Cappelletti atribuía ao jurista o importante papel de promover reformas que promoveriam a melhoria do acesso à justiça: “Mais obviamente o movimento do acesso à Justiça, próprio por que não se contenta com uma mera descrição do ato jurídico positivo, propõe também uma grande responsabilidade do jurista no plano de elaboração, ou da projeção, das reformas, de modo a responderem, a contento, aos critérios da acessibilidade.” Cfr. CAPPELLETTI. 1991, página 144.

⁶¹¹ Vejamos, a guisa de exemplo, o seguinte trecho da obra de Cândido Rangel Dinamarco, que ao tratar da questão da *universalização do acesso à Justiça*, faz expressa remissão a Cappelletti: “Muito se tem feito em tempos recentes, no mundo e no Brasil, em prol da universalização da tutela jurisdicional. Fala a doutrina internacional em *três ondas renovatórias do direito processual*, voltadas (a) à assistência jurídica integral aos necessitados, (b) à abrangência de certos conflitos supra-individuais antes excluídos de qualquer tutela em juízo (direitos e interesses difusos e coletivos) e (c) ao aperfeiçoamento técnico dos mecanismos internos do processo (Mauro Cappelletti).” Cfr. DINAMARCO. 2003, páginas 113 e 114.

⁶¹² No que tange à teoria, as contradições entre os problemas concretos e a maneira como eles foram abstrata e dogmaticamente formulados, apesar das contribuições de outros ramos do conhecimento – notadamente a sociologia do direito –, deram lugar a diagnósticos repetitivamente rasos, redundantes e insuficientes. Do ponto de vista prático, as soluções propostas e implementadas com fulcro nessas premissas doutrinárias, além de não resolverem os problemas de acesso à Justiça, certamente contribuíram para agravar a já desgastada imagem do Judiciário.

Definidos os aspectos da “crise” do acesso à Justiça pela doutrina, tornou-se necessário modificar o processo civil, em linha com os diagnósticos de que falamos no item anterior, isto é, partindo-se dos seus aspectos *econômico*, *organizacional* e *processual*, todos sugeridos por Cappelletti. Destarte, a dogmática processual foi bem consciente dos caminhos que se abriam para sua produção (doutrinária e legislativa), no sentido de abordar e tratar as questões do acesso à Justiça: a partir das *três ondas* renovatórias, puseram-se os processualistas a trabalhar em propostas de alterações no ordenamento positivo as quais, ao menos em princípio, teriam o condão de *universalizar* o Judiciário, tudo seguindo critérios e dentro de limites por eles próprios estabelecidos, principalmente no que tange à preservação da autoridade da *solução adjudicada* (a sentença do Estado-juiz). Sim, porque, a *sanha reformatória* no âmbito processual, em busca de melhorias no acesso à Justiça, não poderia ser *agressiva* ao ponto de desmerecer ou mitigar a importância do processo e de seus institutos; alterar certas balizas sem dúvida seria necessário, mas desde que mantidos os “valores centrais do processo judiciário mais tradicional,” conforme preconizado por Cappelletti.⁶¹³

Pois bem. Um marcante denominador comum às reformas propostas – e em boa parte implementadas – é o abandono quase que total da perspectiva *administrativa* ou *orgânica* dos debates (a ideia de que para atender mais cidadãos seria necessário aumentar o tamanho do *aparelho judiciário* i.e., contratar mais juízes e aumentar o tamanho e número de serventias), em prol de sugestões de mudanças meramente procedimentais no ordenamento, operadas no nível da legislação. A ampliação do acesso à Justiça deveria se dar independentemente do aumento do aparato burocrático, reduzindo-se o seu tamanho se possível, de modo que as mudanças deveriam advir de rearranjos no plano das normas regedoras do *iter* procedimental.⁶¹⁴

⁶¹³ Confira-se o seguinte trecho: “O reconhecimento dessa necessidade urgente reflete uma mudança fundamental no conceito de ‘justiça.’ No contexto de nossas cortes e procedimentos formais, a ‘justiça’ tem significado essencialmente a aplicação das regras concretas de direito aos fatos verdadeiros do caso. Essa concepção de justiça era o padrão pelo qual os processos eram avaliados. (...) A preocupação fundamental é, cada vez mais, com a ‘justiça social,’ isto é, com a busca de procedimentos que sejam conducentes à proteção dos direitos das pessoas comuns. Embora as implicações dessa mudança sejam dramáticas – por exemplo, com relação ao papel de quem julga – é bom enfatizar, desde logo, que os valores centrais do processo judiciário mais tradicional devem ser mantidos.” Cfr. CAPPELLETTI. e GARTH. 1988, página 93.

⁶¹⁴ A propósito, confirmamos o excerto a seguir retratado, da lavra de Rodolfo de Camargo Mancuso, no qual ele argumenta que qualquer investimento em aumentar o número de funcionários ou as instalações do Judiciário seriam infrutíferas: “O crescimento geométrico da demanda por justiça evidencia que é inútil tentar responder a ela com o mero crescimento *físico* do Judiciário (oferta de mais prédios, computadores, servidores, juízes), escalada que compromete parcelas cada vez mais expressivas do orçamento público,

Outro ponto que chama a atenção (ao qual já fizemos referência ainda que *en passant*) foi o mencionado esforço de *encaixar* a realidade brasileira nas *três ondas renovatórias*: a despeito de ostentar características e dinamismos próprios de culturas jurídicas de países ditos “desenvolvidos,” os meios de resolver os problemas de acesso à Justiça foram inteira e acriticamente reproduzidos dos estudos de Cappelletti. Serviram as pesquisas *cappellettianas* de modelos aos processualistas pátrios, a despeito de terem sido realizadas em diversos países com realidades socioeconômicas totalmente dispares (EUA, Itália, França, Suécia), e por mais que se tenham mostrado inapropriadas, inócuas, ou mesmo anacrônicas⁶¹⁵ em relação ao contexto brasileiro.

Assim, apesar de já existir no Brasil uma lei que isentava de custas processuais os “desfavorecidos” (Lei 1.060/50), além de estar prevista a assistência judiciária gratuita a quem não pudesse pagar um advogado (isso desde a Constituição de 1934), como os custos financeiros do processo e dos advogados eram apenas alguns dentre vários obstáculos à plena realização do acesso à Justiça,⁶¹⁶ foram sugeridas reformas no ordenamento processual que atendessem à *primeira onda renovatória*: o longo trâmite processual, a complexidade dos procedimentos judiciais tradicionais, as dificuldades do ordenamento em tratar os “novos direitos” *difusos*, além do próprio formalismo do processo, seriam questões suscitadas mas não resolvidas pela mera isenção de taxas e emolumentos processuais, ou ainda pela concessão de assessoria jurídica gratuita que, de resto, ainda hoje é um serviço público precariamente instaurado no Brasil.⁶¹⁷ E mais, a se restringir a

chegando a gerar focos de tensão com o Poder Executivo, pressionado a igualmente atender solicitações de setores prioritários e socialmente impactantes, como saúde, segurança pública, educação.” Cfr. MANCUSO. 2009, página 305.

⁶¹⁵ O anacronismo já se verifica, por exemplo, quando abordamos o obstáculo *econômico* do acesso à Justiça: a preocupação com os mais pobres e as suas limitações em acessar o sistema oficial de justiça foram tratados pelo Estado Brasileiro muito antes de Cappelletti publicar sua renomada obra. A Constituição varguista de 1934 dispunha no inciso XXXII que a “União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.” Tal preceito, repetido no § 35 do artigo 141 da Constituição de 1946,⁶¹⁵ deu lugar à Lei 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, que determinava aos “poderes públicos federal e estadual, independente da colaboração que possam receber dos municípios e da Ordem dos Advogados do Brasil,” que concedessem “assistência judiciária aos necessitados” (art. 1º).

⁶¹⁶ Cappelletti observou que, “além dessa declarada desconfiança nos advogados, especialmente comuns nas classes menos favorecidas, existem outras razões óbvias por que os litígios formais são considerados tão pouco atraentes. Procedimentos complicados, formalismo, ambientes que intimidam, como o dos tribunais, juízes e advogados, figuras tidas como opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho.” Cfr. CAPPELLETTI. e GARTH. 1988, página 24.

⁶¹⁷ Maria Teresa Sadek verificou em suas pesquisas um certo clima de “desapontamento” dos usuários da defensoria pública, ligado ao fato de que muitas vezes a sua defesa “desinteressada” do caso seria uma desvantagem em relação à voracidade e comprometimento dos advogados bem remunerados dos grandes opositores. Confira-se no seguinte trecho: “O reduzido percentual daqueles que se utilizaram gratuitamente da prestação jurisdicional contribui para propagar a imagem popular que se tem da justiça – uma justiça cara,

discussão sobre as limitações do acesso à Justiça a esses escopos, pouco teria a doutrina do processo civil a contribuir para a solução de seus problemas, de modo que a intervenção dos processualistas tornar-se-ia inútil.

As novidades doutrinárias e legislativas foram pautados por uma finalidade comum, sintetizada por José Carlos Barbosa Moreira na ideia de “pôr o funcionamento do mecanismo jurisdicional em plano mais compatível” com as expectativas, inspirando-se “na vontade de simplificar,” ou “desburocratizar o processo.”⁶¹⁸ A dogmática processualista, partindo da pressuposta associação da “crise” do acesso à Justiça a um “excesso de formalismo” do processo civil brasileiro, ancorou as propostas de reformas na dispensa de certos ritos e mitigação de garantias processuais para determinados tipos de litígios.

A promulgação de leis prevendo a instauração de juizados especiais de pequenas causas (Lei 7.244/84, posteriormente substituída pela Lei 9.099/95), disciplinando o ajuizamento de ações coletivas (Lei 7.347/85 – dita “Lei da Ação Civil Pública”), resguardando a sentença arbitral da revisão jurisdicional⁶¹⁹ (Lei 9.307/96 – a “Lei da Arbitragem”), além de uma série de reformas no Código de Processo Civil, com o objetivo de torna-lo mais *efetivo* (v.g. a possibilidade de o juiz antecipar os efeitos da tutela – art. 273, incluído pela Lei 8.952/94 ou, mais recentemente, a inserção de institutos do *direito sumular*, notadamente a partir da EC nº 45/04),⁶²⁰ formaram uma amálgama de novidades legislativas em âmbito processual, com o anunciado objetivo de fomentar a universalização do acesso à Justiça. Essas reformas, elaboradas em sua grande maioria por juristas expoentes ou ligados à *Escola Processual de São Paulo* – a Lei do Juizado Especial Cível contou com a contribuição de Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe, a Lei da Ação Civil Pública foi redigida por Ada Pellegrini Grinover, e a Lei de

elitista, feita para os ricos, para os que têm posse. Esta representação de uma justiça desigual é ainda agravada pelo fato inquestionável de que é muito diferente o empenho dos advogados contratados daquele dos advogados dativos (nomeados pelo Estado) ou da defensoria pública na defesa dos interesses de seus representados.” Cfr. SADEK. 2010, página 11.

⁶¹⁸ Cfr. BARBOSA MOREIRA. 1995a, página 142.

⁶¹⁹ O § único do artigo 8º da Lei da Arbitragem previu o princípio da *kompetenz-kompetenz*, segundo o qual “caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.” Ou seja, o árbitro tem primazia sobre o magistrado para decidir sobre a higidez jurídica da convenção de arbitragem e, por consequência, a sua própria competência para julgar o litígio.

⁶²⁰ A propósito, anotou José Carlos Barbosa Moreira, “Na sucessão de leis que modificaram, de 1992 para cá, o CPC, é traço constante a supressão ou redução de formalidades, a adoção de procedimentos mais singelos e expeditos. Basta recordar a reforma da disciplina da perícia, da citação, da liquidação de sentença, da ação de usucapião.” Cfr. BARBOSA MOREIRA. 1995a, página 142.

Arbitragem é atribuída a, dentre outros, Carlos Alberto Carmona⁶²¹ –, tiveram por principal mote alterar a norma processual para municiá-la de instrumentos que possibilitassem a resolução dos conflitos civis por meio de processos mais ágeis e, na medida do *possível*, informais. Em nível constitucional, variados institutos do *movimento do acesso à Justiça* foram insertos no texto promulgado em 1988, destacando-se: a previsão de criação de “juizado de pequenas causas” (art. 24, inc. X), a atribuição da responsabilidade do Ministério Público para instaurar inquéritos civis “para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (art. 129, inc. II), além de, mais recentemente, o reconhecimento do direito à “razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5º, inc. LXXVIII) e a previsão das *súmulas vinculantes* (art. 103-A), incluídos pela Emenda Constitucional nº 45/04, para cuja redação também os membros da *Escola Processual de São Paulo* formularam diversas sugestões.⁶²²

Ou seja, se não seguiu exatamente a ordem cronológica das três ondas renovatórias, a aplicação do *novo enfoque do acesso à Justiça* pela processualística brasileira teria promovido uma “ruptura” com o que se chamou de “conformismo do processo civil tradicional,”⁶²³ uma *cisão* na visão generalizada do processo civil e seu papel na sociedade, consubstanciada em fidedignas reproduções das propostas *cappellettianas*, tanto que podem ser agrupadas sem dificuldades nos *enfoques* por ele categorizados.

Nesse sentido, os Juizados Especiais de Pequenas Causas seriam uma resposta ao aspecto *econômico* da crise do acesso à Justiça, porquanto os processos submetidos ao seu rito deveriam se guiar “pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade” nos dizeres do artigo 2º da Lei 9.099/95, o que seria realizado no bojo de um procedimento com limitado número de atos, instrução probatória simplificada, desestímulo ou vedação a recursos, além de uma execução abreviada. Os processos qualificados como “menos complexos” a que ele se destina foram definidos por

⁶²¹ O caso da arbitragem mereceria estudo à parte, pois, apesar de ser difundido como uma *alternativa* ao processo civil, é mais um ambiente que vem sendo totalmente cooptado pelos processualistas. Não por acaso a redação da Lei 9.307/96 contou com um professor egresso da *Escola Processual de São Paulo* – Carlos Alberto Carmona –, e a comissão de juristas responsável por sua reforma também está integrada por doutrinadores egressos desta mesma casta.

⁶²² O *Instituto Brasileiro de Direito Processual* criou uma comissão encarregada de formular propostas de Emendas ao Projeto, a qual foi liderada por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Sidnei Agostinho Beneti e Petrônio Calmon Filho e “veiculava os anseios da comunidade científica.” Cfr. GRINOVER. 2004. página 8.

⁶²³ Cfr. DINAMARCO. 2003, páginas 113/114.

um critério claramente censitário – e socialmente preconceituoso –, pautado no *valor pecuniário* envolvido nas causas.⁶²⁴ Apesar de duvidosa a correlação entre complexidade de uma causa ao seu valor pecuniário, o artigo 3º da Lei 9.099/95 dispôs que o Juizado Especial é competente para julgar causas de até quarenta salários mínimos, ou que normalmente envolvam valores menos relevantes, enumeradas no inciso II do artigo 275 do Código de Processo Civil.⁶²⁵

A despeito de a doutrina sustentar não se tratar de uma justiça de “segunda classe,”⁶²⁶ a associação entre “simplicidade” da causa e “valor envolvido” acabou justificando a mitigação de diversas garantias processuais – v.g. a limitação de recursos e a possibilidade de a causa ser julgada por “juiz leigo,” posteriormente homologada por “juiz togado.”⁶²⁷ Apesar disso, os Juizados Especiais Cíveis não são descritos (salvo raras exceções) como um *capitis diminutio* dos cidadãos dotados de menos recursos financeiros, aliás, bem ao contrário: o discurso processual considera a criação e proliferação de Juizados de Pequenas Causas uma iniciativa extremamente exitosa e salutar,⁶²⁸ também

⁶²⁴ Rodolfo de Camargo Mancuso admite que “embora, em princípio, a tutela de um direito não devesse ficar condicionada à expressão monetária do valor ou interesses envolvidos, fato é que o *metro da pecúnia* é um parâmetro levado em conta pelo Direito, desde a milenar parêmia de *minimis non curat praetor*, passando pela dirimente penal dos *crimes de bagatela* (princípio da insignificância), podendo chegar a que o próprio ordenamento dê tratamento diferenciado a certas situações, em função do baixo valor: nas execuções fiscais das sentenças proferidas em causas de valor igual ou inferior a 50 OTNs ‘só se admitirão embargos infringentes e de declaração’ (art. 34 da Lei 6.380/80); para causas de valor não excedente a 60 salários mínimos, especifica-se o rito sumário (CPC, art. 275, I) ou, a critério do autor, o procedimento no Juizado Especial (Lei 9.099/95, art. 3º, I).” Cfr. MANCUSO. 2009, página 206.

⁶²⁵ Todas elas previstas para o rito sumário: “Art. 275. Observar-se-á o procedimento sumário: (...) II - nas causas, qualquer que seja o valor: a) de arrendamento rural e de parceria agrícola; b) de cobrança ao condômino de quaisquer quantias devidas ao condomínio; c) de ressarcimento por danos em prédio urbano ou rústico; d) de ressarcimento por danos causados em acidente de veículo de via terrestre; e) de cobrança de seguro, relativamente aos danos causados em acidente de veículo, ressalvados os casos de processo de execução; f) de cobrança de honorários dos profissionais liberais, ressalvado o disposto em legislação especial; g) que versem sobre revogação de doação; h) nos demais casos previstos em lei.”

⁶²⁶ Nesta senda, obtemperou Maria da Glória Bonelli: “Os Juizados também eram vistos pelos formuladores da lei como um instrumento de racionalização da prestação jurisdicional, pois, para eles, reunir numa única vara causas complexas e causas simples significava tornar inviável o caminho judiciário para a causa simples, e prejudicar bastante o andamento das causas complexas. Não se tratava, pois, segundo os defensores da lei, de ter duas justiças: uma melhor para os ricos, outra pior para os pobres. Tratava-se, exclusivamente, de racionalizar a prestação jurisdicional distinguindo causas cíveis complexas e causas cíveis simples.” BONELLI. 2010, página 76.

⁶²⁷ É o que consta do artigo 40 da Lei 9.099/95: “Art. 40. O Juiz leigo que tiver dirigido a instrução proferirá sua decisão e imediatamente a submeterá ao Juiz togado, que poderá homologá-la, proferir outra em substituição ou, antes de se manifestar, determinar a realização de atos probatórios indispensáveis.” Na prática, trata-se da “legalização” da terceirização da atividade jurisdicional, passada a algum estagiário ou escrivão.

⁶²⁸ Nos dizeres do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior, eles teriam ocasionado a “conscientização das pessoas a respeito de sua cidadania e dos direitos que daí derivam,” já que “têm sido motivo de significativos êxitos nos lugares onde instalados, seja pela aceitação do povo, satisfeito com a possibilidade de acesso imediato, sem custos, seja pela celeridade que através dele se consegue imprimir ao processo, vencendo o formalismo que nos vem do Direito Romano.” Cfr. AGUIAR JÚNIOR. 1995, página 22.

alcunhado de *resumo* do movimento.⁶²⁹ O otimismo com esta solução é tamanho que se chega ao ponto de afirmar que “a ruptura de velhos hábitos,” proposta na “revolucionária” Lei dos Juizados Especiais, ilustraria a pretensão de “demolir somente a estrutura formal do processo tradicional, não para imolar princípios, mas justamente para oferecer melhores condições à sua plena realização,”⁶³⁰ prevendo-se ainda que a “implosão” do formalismo aproximaria o magistrado das partes e o levaria a participar mais ativamente da solução dos litígios.⁶³¹ Para Cândido Rangel Dinamarco, inclusive, é nos Juizados de Pequenas Causas que as *promessas de liberdade das formas*, formuladas nos dois Códigos de Processo Civil brasileiros (de 1939 e 1973), efetivamente se concretizariam,⁶³² ao prever um

⁶²⁹ Os termos são de Mauro Cappelletti; para ele, as *reformas nas Pequenas Causas* “correspondem a um esforço criativo, abrangente e multifacetado para reestruturar a máquina judiciária envolvida com essas causas.” E continua: “Elas estão atendendo ao desafio crucial de criar órgãos eficazes para a defesa dos direitos do cidadão comum, isto é, para assegurar que os novos e importantes direitos dos indivíduos – especialmente, até agora, consumidores e inquilinos – sejam transpostos dos códigos para o mundo real. Encontramos, aqui, órgãos informais, acessíveis e de baixo custo que oferecem a melhor fórmula para atrair indivíduos cujos direitos tenham sido feridos. Também encontramos procedimentos que oferecem a melhor oportunidade de fazer valer essas novas normas técnicas a favor dos indivíduos em confronto com adversários poderosos e experientes. Os êxitos dessas novas soluções, as quais, como já assinalamos, podem ser usadas em conjunto com reformas que objetivem a proteção dos direitos dos consumidores enquanto classe, podem ter o resultado de alertar as pessoas a respeito de seus direitos e de convencer seus oponentes de que esses direitos não poderão mais ser ignorados.” Cfr. CAPPELLETTI. e GARTH. 1988, página 113.

⁶³⁰ Cfr. DINAMARCO. 2009, páginas 152 e 153.

⁶³¹ Segundo o *messiânico* Cândido Rangel Dinamarco, “o juiz *criará* modos de tratar a prova, de colher a instrução ou de sentir as pretensões das partes: interrogá-las-livremente, dialogará com elas e permitirá o diálogo entre elas ou delas com as testemunhas; visitará o local dos fatos, ou examinará coisas trazidas com sinais ou vestígios de interesse para a instrução; permitirá que argumentem a qualquer tempo e lhes dirigirá perguntas ainda quando declarada finda a instrução – e tudo sem as formas sacramentais do processo tradicional.” Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

⁶³² Por suas palavras: “Temos no processo civil brasileiro, a promessa da liberdade das formas em normas programáticas dos dois sucessivos Códigos de Processo Civil nacionais, mas só mesmo a *promessa*; ambos foram tão minuciosos quanto à forma dos atos processuais (aliás, segundo os tradicionais modelos europeus) que com segurança se pode afirmar ser o princípio da legalidade formal o que realmente prepondera. Na Lei dos Juizados Especiais é que, anunciada a liberdade, não vêm depois os desmentidos e isso permite a esperança de um processo que favoreça de modo muito eficiente a percepção dos fatos e do próprio modo de ser do litígio pelo juiz, nesse contato mais espontâneo e informal com os litigantes e com as fontes de prova.” Cfr. *idem, ibidem*, página 152. A pretensão holística oriunda dessa *onda reformatória* chegou ao ponto de se imaginar ser possível (e até recomendável) adotar *um procedimento judicial* para cada *tipo de litígio*, como se, diante de um repertório ritualístico com infinitas opções, coubesse exclusivamente ao magistrado, travestido nessa espécie de juiz-presidente do qual falamos anteriormente, escolher a forma que lhe parecer mais conveniente. Afirmo Cappelletti que “esse enfoque reconhece a necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio. Existem muitas características que podem distinguir um litígio do outro. Conforme o caso, diferentes barreiras ao acesso podem ser mais evidentes, e diferentes soluções, eficientes.” Cfr. CAPPELLETTI. e GARTH. 1988, página 71. Às demais partes no processo pouco caberia fazer, a não ser se submeter à escolha do juiz, que seria presumidamente acertada de acordo com o pensamento doutrinário dominante.

procedimento em tese mais ágil, organizado com base na pressuposição de que o juiz *voluntaria e deliberadamente* se envolveria nos problemas postos a julgamento.⁶³³

Nesta senda, os discursos relacionados aos Juizados Especiais Cíveis, afiguram-se um bom exemplo da força do capital simbólico de seus difusores, a qual age no sentido de trazer fidedignidade e ares de *verdade absoluta* aos relatos otimistas (fabuladores) a respeito da situação dos jurisdicionados que se utilizam desses Juizados. Isso se verifica, por exemplo, na escassa ressonância alcançada pelos estudos que ousaram abordar essas instituições de forma mais crítica (ou menos acríticas).⁶³⁴ De fato, o entusiasmo quase unânime da doutrina processual com os arranjos legais e procedimentais dos Juizados de Pequenas Causas não é verificado em igual medida nas pesquisas de campo efetuadas com metodologias mais robustas, lastreadas em estudos de casos concretos ou análises objetivas e, principalmente, alheias às *fabulações* retóricas dos doutos discursivamente comprometidos.⁶³⁵ Abordagens mais realistas dos Juizados de grandes metrópoles dão conta que, muito longe de facilitar o acesso à Justiça, esses juizados são estruturas administrativas assoberbadas, mal aparelhadas, com poucos funcionários, onde o tempo de duração de processos às vezes ultrapassa o da justiça dita “comum” e que já dá sinais de sucateamento; a tal “cultura do informalismo” não prevaleceu, sendo que os juízes fazem recorrente uso de formalidades legais (e ilegais, também) com o objetivo de melhorar suas estatísticas de causas julgadas; ademais, ao invés de ser uma ferramenta em favor dos mais pobres, as pessoas com maior poder aquisitivo são apontadas estatisticamente como as que mais fazem uso desses Juizados,

⁶³³ Os Juizados Especiais constituiriam, assim, “um anseio de democratização da justiça, quando, pelo rompimento com a fórmula sacramental e no reencontro com a oralidade, faz convergir o processo para a decisão rápida dos conflitos.” Cfr. KATO. 1989, página 182.

⁶³⁴ José Ignácio Botelho de Mesquita professor Titular de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, mas avesso a linha doutrinária dominante, denunciou a “intenção dos mentores” dos Juizados de Pequenas Causas de “criar uma justiça paralela para substituir o procedimento sumaríssimo disciplinado pelo Código de Processo Civil.” Segundo ele, as críticas ao projeto de lei foram tolhidas em âmbito acadêmico em razão da participação de certos professores na sua redação: “Isto veio a ficar perfeitamente claro no curso das discussões que a esse respeito se travaram no âmbito do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que decidira acolher a solicitação de que críticas e sugestões ao anteprojeto fossem encaminhadas ao chamado Programa Nacional de Desburocratização. E houve uma circunstância que militou decisivamente a favor de uma análise extremamente rica do tema dos juizados de pequenas causas: foi a circunstância de que parte dos membros daquele Departamento apoiava francamente essa experiência, havendo mesmo colaborado com contribuições diretas ao anteprojeto, enquanto que, outra parte entevia nele riscos consideráveis que recomendavam, senão a sua rejeição integral, pelo menos a sua alteração em aspectos tidos como essenciais.” Cfr. BOTELHO DE MESQUITA. 2005.

⁶³⁵ Citamos, dentre tantos, a dissertação de mestrado de Ana Carolina da Matta Chasin, *Uma simples formalidade: estudo sobre a experiência dos Juizados Especiais Cíveis em São Paulo*. (CHASIN. 2007), e o artigo *O dilema da dupla institucionalização do Poder Judiciário: o caso do juizado especial de pequenas causas*. (FAISTING. 2010).

beneficiando-se principalmente da isenção de taxas que eles oferecem.⁶³⁶ Todas essas questões, no entanto, passam bem ao largo da doutrina processual que, assumindo uma postura autorreferente, prefere louvar os Juizados de Pequenas Causas como solução ótima para os problemas de acesso à Justiça.⁶³⁷

De outra sorte, apesar de não ser pioneira – a primeira norma jurídica brasileira a tratar dos processos “coletivos” é a Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65) –, a resposta mais significativa ao *enfoque organizacional* do acesso à Justiça foi a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), voltada à prevenção e indenização por danos causados no âmbito do que a própria norma denomina “interesses difusos ou coletivos.”⁶³⁸ Inspiradas nas *class action* estadunidenses, essas ações permitem a determinados entes previamente qualificados ajuizarem demandas judiciais em defesa de interesses que não são exclusivamente seus, ou seja, cujos deslindes e conclusões não se limitariam às partes diretamente envolvidas nos processos.

A diferença fundamental entre a Lei da Ação Popular (de 1965) e a de Ação Civil Pública, porém, é a gama de direitos tutelados em cada uma delas: se a primeira era voltada ao combate a atos lesivos ao patrimônio público,⁶³⁹ a segunda possibilitou a defesa de variados tipos de direitos como o dos consumidores, meio ambiente, ordem econômica ou mesmo do patrimônio artístico e urbanístico. Esses bens jurídicos encaixam-se na descrição dos “novos direitos” de que falávamos no item anterior, ou seja, aqueles cuja

⁶³⁶ A propósito, Maria Tereza Sadek sugere um interessante oxímoro para descrever essa situação: as *demandas de mais e de menos*. Por suas palavras: “Resumidamente, pode-se sustentar que o sistema judicial brasileiro nos moldes atuais estimula um paradoxo: *demandas de menos e demandas de mais*. Ou seja, de um lado, expressivos setores da população acham-se marginalizados dos serviços judiciais, utilizando-se, cada vez mais, da justiça paralela, governada pela lei do mais forte, certamente menos justa e com altíssima potencialidade de desfazer todo o tecido social. De outro, há os que usufruem em excesso da justiça oficial, gozando das vantagens de uma máquina lenta, atravancada e burocratizada.” Cfr. SADEK. 2004. página 5

⁶³⁷ Nesse sentido, Maria da Glória Bonelli anota que “a grande maioria das publicações sobre os Juizados no Brasil tem como autores profissionais da área do Direito, alguns inclusive com experiência prática na função de conciliadores. Estes trabalhos têm em comum, além da valorização do Juizado como elemento decisivo no processo de mudança de mentalidade e postura profissional, a visão de que ele foi criado apenas como mais um instrumento do Judiciário na busca da ampliação das vias de acesso por meio da informalização dos procedimentos.” BONELLI. 2010, página 72.

⁶³⁸ Dispõe o artigo 1º da lei vertente: Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I - ao meio-ambiente; II - ao consumidor; III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; V - por infração da ordem econômica; VI - à ordem urbanística.”

⁶³⁹ O artigo 1º da Lei 4.717/65 diz que “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.”

proteção *transcenderia* a esfera de interesses individuais dos cidadãos, e até das gerações a que eles pertencem (caso do meio-ambiente e do patrimônio histórico e artístico). E, para tutelar “novos direitos,” seria necessário um “novo processo.”⁶⁴⁰

Assim é que a ação civil pública, inserida no bojo do *enfoque organizacional* do acesso à Justiça, foi criada com o intuito de possibilitar a *aglutinação* de diversos “micro-conflitos” em um só, evitando decisões contraditórias em conflitos *soit disant* idênticos.⁶⁴¹ De acordo com os enunciados com os quais nos deparamos, as ações coletivas viriam mitigar a situação de desequilíbrio, geradora de *disparidade de armas*, criada pela circunstância (pós)moderna de haver *mass wrong doers* ou *clientes habituais* do Judiciário (grandes corporações, entes públicos, contumazes litigantes) que, por questões econômicas ou estruturais, seriam melhor aparelhados para se defender em juízo e suportar os custos de processos, e os *clientes eventuais* (cidadãos comuns), que seriam desestimulados a defender seus interesses em juízo frente a essa situação iníqua.⁶⁴² O próprio Cappelletti falava das vantagens da defesa dos interesses individuais em nível coletivo por associações, a qual poderia “superar os inconvenientes derivados da natural debilidade do litigante solitário, cujos recursos pode multiplicar” e, outrossim, tornaria o processo “economicamente acessível” já que permitiria “fazer valer em conjunto os direitos do grupo.”⁶⁴³

Os processualistas brasileiros, inspirados nessas ideias, tomaram emprestada da química molecular a imagem de que “a tutela judicial *molecularizada*” seria a mais adequada para as controvérsias (átomos) “em que os sujeitos aparecem indeterminados e o

⁶⁴⁰ Sustenta-se, com efeito que, “com a explosão do sistema capitalista, da sociedade de massa e os conseqüentes conflitos de interesse, encontram-se cada vez mais disparidades sociais, que infelizmente tendem a refletir negativamente com mais facilidade nos processos individuais,” de modo que “a tutela coletiva desponta como meio justo de solução destes conflitos, e o Poder Constituinte originário a consagrou também com a previsão dos institutos do mandado de segurança coletivo e do mandado de injunção coletivo.” Cfr. FILARDI. 2006, página 27.

⁶⁴¹ É o que sustenta *verba gratia*, Rodolfo de Camargo Mancuso: “As ações de tipo coletivo – ação civil pública, popular, coletivas consumeristas, mandado de segurança coletivo, ações no controle direto de constitucionalidade –, na medida em que permitem o trato processual *molecular*, na precisa expressão de Kazuo Watanabe, mostram-se adequadas à recepção dos mega-conflitos emergentes na contemporânea sociedade de massa, revelando ainda, como *externalidade positiva*, franca aptidão para coalizar a controvérsia num só processo, evitando sua deletéria pulverização em plúrimas e repetitivas ações individuais.” Cfr. MANCUSO. 2009, página 251.

⁶⁴² Cappelletti, invocando uma terminologia proposta por Galanter, apresentou esse problema da seguinte maneira: “O professor Galanter desenvolveu uma distinção entre o que ele chama de litigantes ‘eventuais’ e ‘habituais’, baseado na frequência de encontros com o sistema judicial. Ele sugeriu que esta distinção corresponde, em larga escala, à que se verifica entre os indivíduos que costumam ter contatos isolados e pouco frequentes com o sistema judicial e entidades envolvidas, com experiência mais extensa.” Cfr. CAPPELLETTI. e GARTH. 1988, página 25.

⁶⁴³ Cfr. CAPPELLETTI. 1991, página 205.

objeto se mostra indivisível;⁶⁴⁴ é como se cada litígio, tomado em conjunto com outros semelhantes, compusesse uma *molécula* homogênea e unitária. Essa *molecularização* dos conflitos teria o condão de neutralizar os efeitos da “fragmentação de interesses inerente ao processo liberal e individualista” e daria espaço a “um todo coeso relativo a uma pretensão pluripessoal, na qual os mecanismos de ‘pressão’ por reivindicações perante o Judiciário tendem na direção do equilíbrio entre as partes em litígio.”⁶⁴⁵

A ideia seria, alinhada à tendência de *burocratizar* a vida em sociedade, promover uma “revisão do individualismo,” permitindo-se aos interesses “que tenham uma origem comum”⁶⁴⁶ não-jurisdicionalizados por conta de sua baixa expressão monetária (caso de direitos de consumidores⁶⁴⁷), ou ainda por não ser possível apontar um único sujeito capaz de fazê-lo em nome próprio (caso da proteção ao meio ambiente, ou à ordem econômica), fossem levados ao Judiciário, pela via das ações coletivas.⁶⁴⁸

Para dar cabo dessa nova formatação, a dogmática processual viu-se obrigada a revisar dois importantes institutos do processo civil, a saber, a *legitimidade para agir* e o *alcance da coisa julgada*;⁶⁴⁹ falaremos um pouco a seguir da maneira como se mitigou a rigidez científica desses dois conceitos.

⁶⁴⁴ Cfr. MANCUSO. 2009, página 328.

⁶⁴⁵ Cfr. GOMES NETO. 2005, página 84.

⁶⁴⁶ Cfr. AGUIAR JÚNIOR. 1995, página 22.

⁶⁴⁷ É o que sustenta, por exemplo, Nicole L’Heureux, notadamente no que respeita a questões consumeristas: “O segundo esforço importante para facilitar o acesso à justiça aos consumidores relacionou-se à representação de grupos e de interesses coletivos a fim de fazer valer os direitos individuais dos consumidores no caso de danos causados a várias pessoas, que permanecem sem sanção. Neste caso, as ações individuais não constituem uma utilização eficaz do recurso. O valor monetário das ações individuais pode, o mais das vezes, ser muito pouco ou, em razão de circunstâncias particulares, certas vítimas não queriam ou não poderiam desencadear o processo judiciário. Atenção muito especial foi dedicada a respeito do potencial das ações coletivas constituírem meios eficazes para sobrepujar as dificuldades que impedem os consumidores de ter um acesso concreto aos tribunais, a fim de obter a reparação de seus danos.” Cfr. L’HEUREUX. 1993, página 5.

⁶⁴⁸ Nesse sentido, afirma Ruy Rosado de Aguiar Junior, a respeito da proteção coletiva dos direitos dos consumidores: “O legislador procurou dar uma solução que desgarrar da nossa tradição individualista no tratamento das questões processuais, para admitir o fenômeno das ações de massa, como as que decorrem da aquisição por inúmeras pessoas de um produto viciado, ou das que sofrem individualmente com os efeitos de uma publicidade enganosa.” Cfr. AGUIAR JÚNIOR. 1995, página 22.

⁶⁴⁹ Cappelletti propôs a transformação do “papel do juiz e de conceitos básicos.” Para ele, a proteção dos interesses coletivos “tornou necessária uma transformação do papel do juiz e de conceitos básicos como a ‘citação’ e o ‘direito de ser ouvido.’ Uma vez que nem todos os titulares de um direito difuso podem comparecer a juízo – por exemplo, todos os interessados na manutenção da qualidade do ar, numa determinada região – é preciso que haja um ‘representante adequado’ para agir em benefício da coletividade, mesmo que os membros dela não sejam ‘citados’ individualmente. Da mesma forma, para ser efetiva, a decisão deve obrigar a todos os membros do grupo, ainda que nem todos tenham tido a oportunidade de ser ouvidos. Dessa maneira, outra noção tradicional, a da *coisa julgada*, precisa ser modificada, de modo a permitir a proteção judicial efetiva dos interesses difusos. (...) A visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva.

Classicamente o sistema processual não admite que direitos civis sejam defendidos em juízo por quem não é o seu titular;⁶⁵⁰ a existência de vinculação econômica ou jurídica com o bem da vida a ser buscado em juízo é requisito de admissibilidade de uma demanda judicial. Mas esse tradicional conceito de legitimidade *ad causam* foi ampliado, de modo a viabilizar a discussão judicial de direitos ditos *difusos* ou *metaindividuais*, para facultar às entidades elencadas no artigo 5º da Lei 7.347/85⁶⁵¹ a possibilidade de *representar* os interessados *substituindo-os* em juízo.⁶⁵² A pulverização dos efeitos de determinado ilícito em diversas vítimas não seria mais razão para não levar a questão a juízo porque, sem que fosse necessário o consentimento dos prejudicados, certas entidades poderiam judicializar o litígio, exercendo o direito de agir em nome de todos eles. De igual modo, o indivíduo não se veria mais oprimido por sua insignificância – econômica ou social – frente ao *mass wrong doer*, já que os entes legitimados a promover a ação coletiva possuiriam diferenciado *poder de barganha*.⁶⁵³

E não é apenas no que respeita à tradicional concepção de *legitimidade de parte* que o *enfoque organizacional* do acesso à justiça promoveu mudanças: a *outra ponta do novelo*, ou seja, o alcance dos efeitos da sentença (coisa julgada), também sofreria mutação:⁶⁵⁴ o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública previu o efeito *erga omnes* para a sentença, exceto para o caso de improcedência “por insuficiência de provas.” Ou seja, contrariando a previsão do Código de Processo Civil segundo o qual a “sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros,” (art.

Apenas tal transformação pode assegurar a realização dos ‘direitos públicos’ relativos a interesses difusos.” Cfr. CAPPELLETTI. e GARTH. 1988, páginas 50 e 51.

⁶⁵⁰ Quanto a isso, o Código de Processo Civil, em seu artigo 6º, é explícito: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.”

⁶⁵¹ “Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação.

⁶⁵² Em trabalho dedicado à análise da obra de Cappelletti, esse aspecto foi apontado como “significante alteração de conteúdo sofrida pelo instituto da legitimidade *ad causam* em prol de permitir um livre e válido exercício do direito de ação, dirigido à proteção de interesses difusos e coletivos, pela qual ocorreria a expansão conceitual do instituto da *substituição processual*. Somente por meio dele o sistema jurídico recepciona a tutela conjunta de interesses coletivos e difusos, permitindo que sejam pretendidos e apreciados no curso dum único procedimento, sem a necessidade da formação de inviáveis e/ou imensos litisconsórcios (pluralidade de pessoas num pólo da relação processual), dado que, salvas autorizações legais, não é admitido pleitear-se em nome próprio direito alheio.” Cfr. GOMES NETO. 2005, páginas 83 e 84.

⁶⁵³ Segundo Nicole L’Heureux, “a ação coletiva proporciona um mecanismo que permite retinir pequenos processos em uma só ação, substancialmente bastante, e que torna economicamente factível, pelas economias de escala, a reunião de vítimas que, de outra forma, não poderiam permitir-se individualmente contratar um advogado para defender sua causa perante a justiça. O poder de barganha dos membros da classe é assim fortalecido.” Cfr. L’HEUREUX. 1993, página 5.

⁶⁵⁴ De fato, de nada adiantaria aumentar o leque de instituições aptas a representar os interesses “metaindividuais” em juízo contra determinado malfeitor, se a “coletividade” não pudesse se beneficiar de seus resultados positivos reconhecidos sob a forma de uma tutela jurisdicional.

472), acolhida a pretensão no âmbito da ação civil pública, a *obrigação de fazer* ou *não fazer* imposta ao condenado poderá ser executada por qualquer um, mesmo que não tenha participado do processo; se houver condenação pecuniária, o valor reverterá em favor de um “fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais” (art. 13 da Lei 7.347/85). Destarte, a concepção multissecular da *res judicata* cujos efeitos eram limitados aos partícipes da relação jurídica litigiosa foi modificada, convertendo o autor da ação coletiva em “auto-representante de todos os membros da classe” e trazendo uma “nova concepção de coisa julgada, na qual esta estende-se a toda a classe.”⁶⁵⁵

Assim como ocorreu com o Juizado Especial Cível, as novas formas de ações coletivas foram festejadas pelo discurso processual como fator de solução para os problemas de acesso à Justiça. Sustenta-se que graças a esses arranjos permitiu-se a discussão de diversos direitos sociais em âmbito jurisdicional, bem como que questões em princípio debatidas em outras searas – no plano parlamentar ou das políticas públicas de responsabilidade do Executivo –, como direitos à saúde (fornecimento de remédios, atendimento em hospitais), à educação (entrega de material escolar, vagas em escolas públicas), à moradia, do consumidor e do meio-ambiente, teriam passado a receber tratamento judicial viabilizado pelas ações civis públicas. A tutela dos interesses difusos, por meio de associações especializadas e do próprio Ministério Público, teria assegurado aos menos favorecidos a análise adjudicada e uma defesa processual melhor qualificada, dos problemas jurídicos por eles confrontados.⁶⁵⁶ Ademais, as ações coletivas também colaborariam no que tange à ampliação do acesso à Justiça na medida em que “expressiva quantidade de processos individuais são *poupados*, e assim deixam de inflacionar a sobrecarregada máquina judiciária” e, além disso, “o tempo dos operadores do Direito, assim poupado,” seria “realocado para o exame dos casos singulares e complexos.”⁶⁵⁷

⁶⁵⁵ Cfr. GOMES NETO. 2005, página 86.

⁶⁵⁶ A propósito, escreveu Rodolfo de Camargo Mancuso: “Por conta do crescente afluxo à justiça de tantos interesses objetiva e subjetivamente complexos, foi-se formando uma tendência à valorização do processo coletivo, entre outros motivos por sua reconhecida capacidade de absorver e resolver, com economia de custos e em modo isonômico, os megaconflitos, os quais não comportam redução aos quadros do processo civil clássico, de índole individualista e patrimonialista.” Cfr. MANCUSO. 2009, página 380. No mesmo sentido, Hugo Filardi obtemperou o seguinte: “Não há como negar a importância ímpar da Ação Civil Pública como fator preponderante na dinamização da tutela jurisdicional, cumprindo assim o preceito de efetividade trazido pelo direito processual constitucional. A eliminação de inúmeros processos individuais, através da Ação Civil Pública, nos traz a certeza da desobstrução da já castigada máquina judiciária, além de permitir que pretensões de viabilidade econômica debilitada fossem entregues à tutela judicial, sendo eliminada a litigiosidade reprimida por fatores ilegítimos.” Cfr. FILARDI. 2006, página 27.

⁶⁵⁷ Cfr. MANCUSO. 2009, página 328.

A proposta de *transindividualizar* os conflitos jurídicos contida nas ações coletivas contaminou o ordenamento processual como um todo, não se limitando à tutela dos “novos direitos.” A ideia de que questões jurídicas semelhantes, embora envolvendo casos concretos (e pessoas) diferentes, deveriam receber tratamento isonômico, acabou se expandindo para além dos limites das ações coletivas. Com efeito, em linha com a difundida necessidade de conferir *efetividade* ao ordenamento processual, a autonomia decisória dos juízes e até mesmo de determinados entes públicos foi suplantada por uma tendência de creditar aos julgados dos tribunais (especialmente superiores) uma força normativa que nem a própria lei ostenta. A *terceira onda reformatória* – aquela que, segundo Cappelletti, “centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas” e cujos método “não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso”⁶⁵⁸ – permitiu também a proliferação de um fenômeno que escolhemos chamar de *direito sumular*.

Esse *direito sumular* corporifica uma tendência que não se manifesta apenas pela inserção no ordenamento processual civil das *súmulas vinculantes* (art. 103-A da CF) e dos chamados *incidentes de recursos repetitivos* (art. 543-C do CPC, o qual obriga a observância das decisões exaradas pelos tribunais superiores⁶⁵⁹), mas também por uma série de dispositivos que permitem ao julgador (em qualquer instância), decidir mais expeditamente questões consideradas “pacificadas.”⁶⁶⁰ O intuito confessado seria o de homogeneizar as decisões, para que as respostas jurisdicionais sejam mais rápidas e coerentes com os entendimentos manifestados pelas instâncias julgadoras superiores, na crença de que tal método de julgar vai melhorar o acesso à Justiça dos menos capacitados,

⁶⁵⁸ Cfr. CAPPELLETTI. e GARTH. 1988, páginas 67 e 68.

⁶⁵⁹ O artigo 103-A da Constituição dispõe que a *súmula vinculante* “terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal;” por sua vez, no *incidente de recurso repetitivo*, instaurado perante o Superior Tribunal de Justiça, não apenas pode ocorrer a suspensão, “nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida” (art. 543-C, §2º do CPC), como eles somente serão admitidos se o acórdão recorrido contiver entendimento destoante e não for alterado pelo órgão julgador (art. 543-C, §8º do CPC).

⁶⁶⁰ Nesse sentido, o artigo 285-A do Estatuto Processual prevê a possibilidade de o juiz proferir sentença, sem ouvir o réu, “quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos;” outrossim, recebido o recurso, poderá o relator negar seguimento a “recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior” (CPC, art. 557).

e também a própria aplicação do direito positivo, o qual deixaria de ser, segundo o discurso processualista, contraditório ou anti-isonômico.⁶⁶¹

Absortos por vislumbrarem poder realizar o sonho dos juristas novecentistas de regulamentar toda e qualquer situação da vida coletiva, os processualistas veem na implantação dos institutos do *direito sumular* outra solução ótima para a “crise” do acesso à Justiça. Direito uniforme para todos, com a vantagem sobre a *lei parlamentar* de oferecer respostas mais rápidas (até por meio de liminar), flexíveis (a possibilidade de revisão do precedente está prevista) e, sobretudo, com meios de controle cada vez mais efetivos (a decisão que não observar a *orientação jurisprudencial dominante* será objeto de recurso que oportunizará à instância superior restabelecer *imediatamente* a correta interpretação legal). A “controlabilidade difusa,” para usarmos o tema proposto por José Eduardo Faria,⁶⁶² exercida pelos tribunais seria, na visão do discurso da ampliação do acesso à Justiça, uma ótima saída para os propalados obstáculos impostos aos cidadãos que estiverem em busca de uma tutela jurisdicional adequada e efetiva.⁶⁶³

Apesar de relativamente recente o estabelecimento do *direito sumular*, a sua inserção no modelo processual brasileiro observa-se com clareza cada vez maior,⁶⁶⁴ ainda que os seus sinais de esgotamento – os mesmos pelos quais passaram as *leis codificadas* –

⁶⁶¹ Na defesa dessa tendência, o já citado Rodolfo de Camargo Mancuso aduz que, a se admitir a possibilidade de decisões diferentes sobre o mesmo caso concreto, “ter-se-ia que admitir – sem apoio no Direito ou no senso comum – que uma *mesma* lei possa operar sob diversa eficácia ou com *dois pesos e duas medidas*: ser *igual para todos* enquanto singelo enunciado, postado abstratamente no ordenamento, mas consentindo interpretações as mais discrepantes, quando aplicada em casos *iguais*, submetidos ao Judiciário, acarretando tratamento antiisonômico aos jurisdicionados, sombrio panorama que vem ao final agravado com a agregação da coisa julgada, a perenizar iniquidades.” Cfr. MANCUSO. 2009, página 361.

⁶⁶² Cfr. FARIA. 1992, página 29.

⁶⁶³ O acolhimento desse discurso se dá ao custo do esquecimento das censuras – não raro encontradas entre expoentes do processo – feitas aos deletérios efeitos da *inflação legislativa* que acomete o ordenamento jurídico brasileiro que, no afã de editar leis para toda e qualquer situação social, encontra-se assoberbado de normas contraditórias, incompreensíveis e inapropriadas, e que por isso são muitas vezes inaplicáveis ou deliberadamente descumpridas pelas autoridades públicas (as leis que *não pegam*).

⁶⁶⁴ Essa tendência está presente na *Exposição de Motivos* do *Projeto de Novo Código de Processo Civil*. Lê-se, com efeito, que “haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos.” Assim é que, na elaboração do projeto, “prestigiou-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize.” Consta, ainda, que “essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado,” sendo certo que a “função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema.” Cfr. Brasil. 2010, página 17.

já possam ser sentidos, e na mesma intensidade.⁶⁶⁵ Com efeito, as críticas dirigidas à excessiva codificação do direito, à sua incapacidade de abarcar todas as situações da vida, quanto menos numa sociedade plural e diversificada como a brasileira, são completamente ignoradas pelos defensores do uso de *standards* (súmulas) de julgamento no exercício cotidiano da jurisdição; num contexto em que a lei não é suficiente para regular a sociedade, cabendo aos tribunais proferir leituras que deverão ser seguidas como se rígidas regras de comportamento ou julgamento fossem, a interpretação pessoal do magistrado a respeito do texto legal é completamente subjugada. As desaprovações a esse modelo de jurisdição não se limitam à possibilidade de *engessamento* do direito,⁶⁶⁶ mas também à própria legitimidade democrática de uma Corte jurisdicional para criar *normas jurídicas de comportamento*.⁶⁶⁷ A essas observações adicionaríamos o questionamento quanto à impropriedade de se criarem essas *regras gerais* no bojo de um processo judicial contencioso, que comporta via de regra uma discussão confrontada, de onde necessariamente um sairá vencedor e o outro perdedor⁶⁶⁸ e, também, a imposição da *visão de mundo* (*ethos*) dos magistrados das instâncias superiores, que há muito perderam o contato com o cotidiano sofrido e pobre das pessoas distantes da vida urbana e organizada das capitais.⁶⁶⁹

Caminhando para o encerramento deste item, falaremos de uma tendência que, se não pode ser considerada majoritária, evidencia aspectos não francamente revelados nos discursos relacionados à ampliação do acesso à Justiça, mas que nem por isso deixam de

⁶⁶⁵ Nesse sentido, basta ver que, sem entrar no mérito do acerto de suas proposições, as súmulas vinculantes nº 11 (uso de algemas somente “em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia”) e 13 (vedação ao nepotismo nas nomeações em cargos na administração pública), são rotineiramente descumpridas pelas autoridades a que elas são dirigidas.

⁶⁶⁶ Nesta senda, Cássio Scapinela Bueno aponta que “as súmulas são aplicadas como verdades imutáveis, mais duradouras e mais verdadeiras que a própria lei que tanto tem se alterado nestes últimos tempos.” Cfr. BUENO. 2000, página 79.

⁶⁶⁷ Ainda segundo Cássio Scapinela Bueno: “O que efetivamente nos preocupa e que motiva nossa reflexão momentânea é que estas *opções* são tomadas sem o necessário contraditório ou sem a necessária participação que se impõe ao exercício de um Estado Democrático de Direito. Sem legitimação, portanto.” Cfr. *idem*, *ibidem*, *loc. cit.*

⁶⁶⁸ Sobre a associação do procedimento de edição das Súmulas Vinculantes ao processo legislativo – que denominamos *processo legislativo extraordinário* –, ver a nossa Dissertação de Mestrado, OLIVEIRA, 2010, especialmente a partir da página 91.

⁶⁶⁹ Segundo o já citado José Eduardo Faria: “Nesse sentido, a uniformidade propiciada pelos tribunais superiores, ao desempenhar suas funções aglutinadoras, calibradoras e padronizadoras, constituindo um requisito necessário porém não suficiente para a imperatividade do direito positivo, é produto de uma situação de ‘controlabilidade difusa’ da atuação e das sentenças dos tribunais ordinários; embora submetidos a casos distintos e argumentos específicos em cada processo judicial, os magistrados de primeira instância seriam em maior ou menos grau cultural e ideologicamente ‘amalgamados’ por seu *ethos* predominantemente formalista e tecnicizante – o que lhes forneceria critérios relativamente seguros para a aplicação da lei (premissa maior) aos fatos (premissa menor), oferecendo-lhes assim a possibilidade de tomar decisões razoavelmente coerentes.” Cfr. FARIA. 1992, página 29.

ter relevância na difusão de seus enunciados: uma vertente doutrinária que vem ganhando destaque ao defender a *limitação* do direito de acesso à Justiça em determinadas hipóteses, que denominaremos *dessacralização do acesso à Justiça*.

Como abordado no capítulo anterior, os processualistas têm como inquestionável a premissa de que todo e qualquer conflito jurídico só pode ser decidido (*pacificado*) perante o Estado-juiz. Vimos que, excetuando-se as soluções previstas no ordenamento (arbitragem, autocomposição), a resolução de litígios em ambiente não jurisdicional é reputada desastrosa, pois resultaria em perda de autoridade do Estado de Direito, além de gerar decisões ilegítimas que implicariam insegurança jurídica (*o caos da autotutela*). Não obstante, por mais paradoxal que possa parecer, a ideia de *flexibilizar* o processo criando *ritos paralelos* para lides menos complexas, quando levada às suas últimas conseqüências, aos poucos vem trazendo à tona enunciados que sustentam que a garantia constitucional de acesso à Justiça haveria de ser interpretada de forma *menos rigorosa*.

Verificamos, com efeito, que a intransigente defesa da inafastabilidade do Poder Judiciário começa a ser ponderada por autores, encontrando-se quem afirme que “certos conflitos” não deveriam chegar ao Judiciário, principalmente os menos relevantes economicamente. Ainda que carente de comprovação fática e lastreada em enunciados performativos, fala-se na existência de uma suposta “cultura demandista” que “grassa entre nós,” que faria com que “o serviço judiciário estatal seja ainda muito procurado, num crescente e incessante aumento da demanda.”⁶⁷⁰ Neste ensejo, essa faceta do discurso acaba retomando a visão doutrinária antecedente à mudança de enfoque proposta por Cappelletti, no sentido que os obstáculos do acesso à Justiça não residiriam na ordem processual – *científica, orgânica, racionalizada* – e sim nas limitações da sociedade – *demandista, desorganizada, irracional*.⁶⁷¹ Inclusive, é no discurso da *dessacralização do acesso à Justiça* que encontramos os mais sinceros exercícios de autocrítica da doutrina processual, manifestados pelo reconhecimento de que, ao propor atender a *toda e*

⁶⁷⁰ Cfr. MANCUSO. 2009, página 11.

⁶⁷¹ Reagindo às já consumadas alterações no ordenamento processual, tido como “tecnicamente idôneo e a certos respeito até sofisticado,” Rodolfo de Camargo Mancuso, utilizado aqui como expoente dessa vertente, propõe uma revisão de perspectiva dos mecanismos de ampliação do acesso à Justiça, que padeceria de *erro de diagnóstico*, sustentando que “a principal causa do volume excessivo de processos” residiria “na escassez de meios, materiais e humanos, para um melhor gerenciamento da imensa massa de processos,” e, de outra sorte, “na cultura judiciarista, que resiste aos meios alternativos de solução de conflitos e assim fomenta a formação de processos judiciais.” Cfr. *idem, ibidem*, página 12.

qualquer demanda, teria o Estado prejudicado a si e aos próprios jurisdicionados, pois acabou fornecendo uma justiça de *pior qualidade*.⁶⁷²

A mesma linha argumentativa propõe que o princípio insculpido no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição seja interpretado, não como uma “exacerbada e irrealista *universalização* da prestação jurisdicional,” mas “uma *oferta de serviço judiciário*, e não uma obrigatoriedade ou uma imposição, e menos ainda uma forma de fomentar a litigiosidade.”⁶⁷³ Lançando mão de uma série de artifícios retóricos, assevera o professor acima citado que a previsão do legislador constitucional de que as lesões ou ameaças de lesão não deixarão de ser apreciadas pelo Judiciário, não encerraria uma *obrigação* do Estado, facultando-lhe, em certas condições, a recusar em conhecer do litígio jurídico.⁶⁷⁴ Seria, por assim dizer, uma *cláusula de reserva*, que não asseguraria a toda espécie de litígio a concessão de uma tutela jurisdicional, devendo-se proceder à sua *dessacralização*.⁶⁷⁵

E essas propostas de *dessacralização* não se limitaram ao plano meramente especulativo: de concreto, encontramos sugestões de mudanças legislativas para condicionar o acesso ao Judiciário ao esgotamento das vias administrativas, valendo-se da lembrança de que nas justiças desportiva e militar isto já seria previsto, inclusive em âmbito constitucional;⁶⁷⁶ como exceção ao princípio da *ubiquidade* teríamos também a

⁶⁷² Nesse sentido, obtempera-se que a “procura, sôfrega e desenfreada, pelo aparato judicial do Estado, a par de ser um mal em si mesma, provoca *externalidades negativas*: fomenta a litigiosidade ao interno da coletividade; desacredita a busca pelas soluções alternativas de solução de conflitos; cria uma irrefreável demanda por justiça a que o Estado não consegue atender; ou, pior, tentando fazê-lo, acaba fornecendo um padrão de justiça de baixa qualidade: lento, dispendioso, funcionalizado, massificado e imprevisível.” Cfr. *idem, ibidem*, página 113.

⁶⁷³ Cfr. *idem, ibidem*, página 144.

⁶⁷⁴ Por suas palavras: “Os milhões de processos em curso em nosso aparelho judiciário estatal derivam, em larga medida, de uma leitura exacerbada e irrealista que tem sido feita do *acesso à justiça* (também chamado princípio da *ubiquidade/indeclinabilidade/inafastabilidade da jurisdição*), sediado no inciso XXXV do art. 5º da CF (...). Vale lembrar, desde logo, que o verbo ‘apreciar’ é *axiologicamente neutro*, e assim aquela ‘garantia’ não implica *compromisso* de que os históricos de lesão sofrida ou temida serão resolvidos em seu mérito, já que o enfrentamento deste depende da presença de certos quesitos – condições da ação e pressupostos processuais – e da ausência de outros tantos, tais a litispendência, a exceção de coisa julgada, a convenção de arbitragem (CPC, art. 267, V, VI, VII).” Cfr. *idem, ibidem*, página 60.

⁶⁷⁵ Em outro trecho, afirma-se o seguinte: “Urge, pois, *dessacralizar* o *acesso à Justiça*, despojando-o da aura que o tem erigido numa sorte de cláusula pétrea, contexto ainda agravado pelas limitações da capacidade financeiro-orçamentária do Estado, diante dos investimentos que seriam necessários para ‘acompanhar’ o vertiginoso crescimento da demanda. O acesso à Justiça deve, assim, desvestir-se dos excessos que o tem feito operar como um perigoso ‘convite à demanda’ para, realisticamente, reduzir-se a uma *cláusula de reserva*, a uma oferta residual, operante num renovado ambiente judiciário.” Cfr. *idem, ibidem*, página 62.

⁶⁷⁶ É o que afirma, por exemplo, Luiz Antonio Soares Hentz: “Ainda assim remanesce a proposição acerca da possibilidade de ser condicionado o ingresso em juízo ao esaurimento de vias administrativas. A solução do problema poderia ser simples – pela negativa, já que ao legislador ordinário não é dado limitar ou condicionar o acesso senão mediante disciplina processual para a garantia da obediência de princípios constitucionalmente assegurados. É a própria Constituição, porém, que excepciona ao dispor, no § 1.º do art.

arbitragem, prevista em legislação específica (Lei 9.307/96).⁶⁷⁷ De outra sorte, fazendo-se analogia com as exigências para recorrer às Cortes superiores – a Constituição originalmente exigia apenas a alegação de violação de direito constitucional e infraconstitucional, mas doutrina, jurisprudência e o legislador, cuidaram de impor muitos outros requisitos incompreensíveis e quase intransponíveis – clama-se pela aplicação da “chamada *reserva do possível*,” vale dizer, “a seleção dos processos por critérios predeterminados,” os quais são muito claros: “valor pecuniário envolvido; expansão numérica dos sujeitos envolvidos; formação de paradigma para aplicação isonômica a casos análogos.”⁶⁷⁸ Sugere-se, também, o ostensivo fomento ao uso dos chamados “*equivalentes jurisdicionais*,” como as “formas alternativas de solução de conflitos, nas variadas modalidades auto e heterocompositivas,”⁶⁷⁹ clamando-se pela imposição de acordos para resolver as disputas jurídicas, porquanto essa solução dispensa (*rectius*, impede) a manifestação judicial, desde que se trate de direitos disponíveis.

Em síntese, ao aduzir que a *universalidade da jurisdição* seria “uma das possibilidades de solução do conflito, a par de várias outras,”⁶⁸⁰ a corrente doutrinária que acabamos de trazer a lume, ao invés de *ampliar*, propõe *reduzir o acesso à Justiça*, numa postura *supostamente* contraditória com os discursos difundidos com base nas *ondas renovatórias* de Cappelletti. *Supostamente* porque, a rigor, o paradoxo é aparente: a tese ora discutida manifesta, a bem dizer, a genuína visão – um tanto exagerada – do que é, para o processualista, *ampliar* o acesso à Justiça. O *enfoque* pretensamente *novo* trazido pelo *movimento do acesso à Justiça* implicou na criação de procedimentos paralelos, que não exigem a presença de juízes, aglomerar diversos litígios envolvendo direitos difusos em um só julgamento ou, ainda, limitar o trabalho interpretativo do juiz ao vinculá-lo a decisões hipoteticamente similares anteriores.

217, que “o Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei”, e no § 2.º do art. 142: “Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares”. Ambos os casos expressam claramente uma vedação ao princípio do livre acesso, sendo o primeiro caso de condicionamento à prévia exaustão das vias administrativas da chamada justiça desportiva que, por falta de caráter de definitividade de suas decisões não tem o status de jurisdicional.” Cfr. HENTZ. 1993, página 269.

⁶⁷⁷ Nesta senda, vejamos o trecho seguinte: “Este princípio [inafastabilidade do Judiciário] não se dirige apenas ao Legislativo – impedido de suprimir ou restringir o direito à apreciação jurisdicional –, mas também a todos quantos desejem assim proceder, pois, “se a lei não pode, nenhum ato ou autoridade de menor hierarquia poderá” excluir algo da apreciação do Poder Judiciário. Ressalve-se a situação da arbitragem, na qual os próprios contendores optam por retirar do Poder Judiciário o poder de solucionar os conflitos que advenham de determinado negócio jurídico.” Cfr. DIDIER JUNIOR. 2002, página 23.

⁶⁷⁸ Cfr. MANCUSO. 2009, página 321.

⁶⁷⁹ Cfr. *idem, ibidem*, página 62.

⁶⁸⁰ Cfr. *idem, ibidem*, página 359.

Em outros termos, as dificuldades de *acesso à jurisdição* dos “desfavorecidos” foram resolvidas por mecanismos que, no limite, dão ensejo a... *menos jurisdição*. Com efeito, apesar de haver um crescimento *numérico* do número de ações e de sentenças proferidas, não se pode dizer que o número de *julgamentos* cresceu na mesma proporção. Isso porque exige-se dos juízes, especialmente no contexto da prática processual pós-CNJ, que desempenhem o papel de administradores de processos, gestores de pessoas e números, operadores de sistemas, produtores – em cadeia – de decisões, tudo com vistas a dar conta das metas que lhes são impostas; diante dessa realidade, é evidente que sobra pouco espaço para o trabalho intelectual de *julgar*, quanto menos para ter contato com as partes. Por isso, a proposta formulada por alguns autores de *limitar* o acesso à Justiça, quando cotejada aos desdobramentos provocados pelas *ondas renovatórias* no ordenamento brasileiro, não se mostra de todo despropositada: constitui o *próximo passo* de uma *caminhada* que se iniciou com a criação das justiças especializadas (paralelas) para causas “mais simples” (envolvendo os mais pobres).

Concluindo este item, após analisarmos as respostas aos problemas de acesso à Justiça,⁶⁸¹ apuramos que o discurso do acesso à Justiça levou à mitigação de diversas premissas consagradas na dogmática processual; o caráter de *verdade científica* ostentado por institutos como a *legitimidade de agir*, *limites da coisa julgada*, *autonomia do juiz* e até a *inafastabilidade do Poder Judiciário*, sucumbiu diante das fenomenologias ligadas às ondas renovatórias propostas por Cappelletti, deixando clara a natureza meramente retórica de muitas delas. Variados princípios até então apresentados como dogmas imutáveis foram minorados por um critério exclusivamente prático, qual seja, dar lugar a soluções que levassem à resolução de um novo problema para o processo civil, que seria concreto e mensurável: a deficiência numérica de resultados do judiciário, sob a égide da *efetividade processual*, um *rótulo* utilizado para justificar as medidas reformatórias. Assim é que o *quantitativo* ganhou o espaço de outros critérios incomensuráveis, como a *qualidade da decisão*, ou mesmo dos seus efeitos na vida dos jurisdicionados que a ela deverão se submeter.

Ademais, a despeito da professada adesão a uma abordagem mais *realística* do direito processual, que daria menor ênfase às digressões dogmáticas, o que notamos é que a

⁶⁸¹ Vale ressaltar que às respostas do processo às *ondas renovatórias* que abordamos (JECs, ações coletivas, direito sumular e dessacralização do acesso), poderíamos adicionar a adoção de meios alternativos de solução de conflitos, notadamente a *conciliação* (em juízo e fora dela), mas a essa questão dedicaremos capítulo específico porque, apesar de estar inserida nessas propostas de solução da “crise” do acesso à Justiça, ostenta desdobramentos político-sociais que, segundo nos parece, merecem tratamento mais acurado.

discursividade processual não sofreu substantivas mudanças metodológicas. Por certo o aspecto social passou a integrar o discurso processual, mas os teoremas seguiram a lógica do *senso comum teórico dos juristas*: ao uso ostensivo de argumentos de autoridade, enunciados performativos e formulações eivadas de denotada abstração, foram acrescidas citações a alguns estudos sociológicos e dados estatísticos denunciadores do isolamento do Estado-Juiz em relação ao cidadão, com o único objetivo de dar mais credibilidade à promessa de reformulação do clássico direito processual ou mesmo de trabalhar num plano hipoteticamente *interdisciplinar*. Só que as novidades processuais não lograram estabelecer um processo equânime *de fato*, muito menos o despojaram do formalismo segregacionista.

Neste ensejo, a falta de ponderação sobre as limitações dos mecanismos de ampliação do acesso à Justiça, apontadas por estudiosos de outras disciplinas, é claro sinal do comprometimento discursivo da dogmática com o intuito não de fazer *reformas profundas*, mas de criar *locais distintos* ou *áreas especiais*⁶⁸² para o exercício da jurisdição, conforme critérios censitários como, por exemplo, o valor pecuniário discutido na causa.⁶⁸³

Apresentados os diagnósticos e soluções implementadas no âmbito processual para responder aos problemas de acesso à Justiça, dispomos de elementos suficientes para reconhecer as principais características fenomenológicas do discurso que lhes deu sustentação. A seguir, passaremos à sua genealogia, a partir da qual extrairemos os usos disciplinares imiscuídos nos enunciados que até aqui nos limitamos a descrever. Isso porque, apesar de o discurso processual repetidamente relacionar o movimento de ampliação do acesso à Justiça a uma preocupação social ou, nas palavras de Cappelletti, à tentativa “em larga escala, de dar direitos efetivos aos despossuídos contra os economicamente poderosos” numa *pressão*, “sem precedentes, para confrontar e atacar as

⁶⁸² Cappelletti sustenta, com efeito, que “a grande tarefa dos reformadores do acesso à justiça” seria “preservar os tribunais ao mesmo tempo em que *afeiçoam uma área especial do sistema judiciário que deverá alcançar esses indivíduos, atrair suas demandas e capacitá-los a desfrutar das vantagens que a legislação substantiva recente vem tentando conferir-lhes.*” Cfr. CAPPELLETTI. e GARTH. 1988, página 92.

⁶⁸³ O fato de o tradicional processo de rito ordinário, as execuções creditícias e as ações possessórias restarem praticamente intocados, apenas tendo de *conviver com ritos alternativos e menos formais*, ilustra bem o que acabamos de dizer. A tal universalização do acesso ao Judiciário é dependente do perfil do jurisdicionado: aos sujeitos de direitos qualificados como “menos complexos” são disponibilizados processos ágeis, de ritual simplificado, com menor custo; para as causas “mais complexas” que também necessitem de soluções expeditas, faculta-se deslocar o julgamento para um árbitro porquanto, como bem colocado por Antoine Garapon, “na *vida econômica* (...) os negócios preferem o anonimato da arbitragem à publicidade da justiça.” Cfr. GARAPON. 1999, página 24.

barreiras reais enfrentadas pelos indivíduos,⁶⁸⁴ nossas leituras de seus enunciados apontaram para outras finalidades paralelas ou, até mesmo, conflitantes com os louváveis propósitos anunciados pelo professor italiano.

Destarte, confrontando o endêmico desprezo da autoridade política pelos mais pobres no curso da história do Estado brasileiro com os mecanismos de *universalização* do Judiciário sob análise, soa óbvio que *algo* ocorreu para alterar a rota até então seguida, e a nossa proposta de estudo é justamente trazer à tona o que poderia ter pautado essa guinada nas prioridades político-estatais.

3. A perda de capilaridade do Estado de Direito.

O primeiro aspecto discursivo a ser descortinado diz respeito ao envolvimento da doutrina nessa iniciativa de atribuir ao processo civil responsabilidades pelos problemas de acesso à Justiça, propondo com isso que ele passe por modificações institucionais e normativas. Consideramos que o “despertar” da processualística para essa questão não deve ser atribuído a súbitas *epifanias altruísticas* ou a uma repentina *conscientização social*; a nosso ver, as reformas entabuladas, a pretexto de ampliar o acesso dos desfavorecidos ao Judiciário, procuraram reverter o quadro de *perda de capilaridade do Estado de Direito* brasileiro, agravado a partir da *urbanização* e do processo de *desenvolvimento econômico* aos quais a sociedade brasileira se submeteu.

Se é verdade que o processo civil é uma importante fonte de afirmação do poder central e exclusivo do Estado, mormente porque permite a disseminação dos valores jurídicos dominantes, ao mesmo tempo em que vincula a legitimidade da resolução de disputas jurídicas civis a uma decisão singularizada do ente estatal (discutimos isso no discurso da *pacificação social dos conflitos*), é igualmente certo que a imperatividade da judicialização dos litígios, até poucos anos, fazia sentido somente para pequena parcela da população brasileira. Para quem não tinha nada, ou vivia longe dos centros urbanos, o aparato da Justiça era totalmente desconhecido, sendo que o Poder Judiciário (a exemplo das demais facetas do poder público), para a maioria dos brasileiros,⁶⁸⁵ não passava de um

⁶⁸⁴ Cfr. CAPPELLETTI. e GARTH. 1988, página 94.

⁶⁸⁵ Marco Antonio Marques da Silva, a propósito, observa que diferentemente do que acontece nos países desenvolvidos, o distanciamento do Judiciário não é um problema de *minorias*, mas da *maioria* da população brasileira, sendo certo que os obstáculos são tamanhos que chegam a alcançar até mesmo os membros da classe média: “Enquanto que nos países desenvolvidos quando se fala do direito de acesso à justiça, de sua implementação, está se referindo quase sempre a uma parcela minoritária da população, em especial das

estranho distante e ameaçador. O súbito interesse em garantir o acesso à jurisdição a esses cidadãos está relacionado, a nosso ver, às profundas mutações a que se submeteu a sociedade brasileira, especialmente a partir da segunda metade do século XX; a bem dizer, não foi exatamente a mudança ocorrida na feição econômico-social brasileira, mas a constatação do que ela provocou nos polos de produção discursiva processual em relação a uma redução do alcance e da capacidade disciplinar do Estado, inclusive em nível jurisdicional.

Um dos principais fomentadores dessa mudança de foco foi a intensificação, a partir da década de cinquenta, do processo de *urbanização* pelo qual passou a sociedade brasileira. Como demonstra a tabela abaixo, elaborada com fulcro em dados do IBGE, de 1940 a 1980 a proporção de população urbana passou de 31,2% para 67,6%, tendência que só faz aumentar, embora em ritmo menor:⁶⁸⁶

ANOS	População residentes (1000 hab.)		Proporção da população urbana %
	<i>Urbana</i>	<i>Rural</i>	
1940	12.880	28.356	31,2
1950	18.783	33.162	36,2
1960	31.303	38.767	44,7
1970	52.085	41.054	55,9
1980	80.436	38.566	67,6

Tabela 5 – População residente, urbana e rural, e proporção da população urbana, 1940-1980.⁶⁸⁷

A progressão repentina e acentuada da urbanização, por si só, já teria sido significativa, mas as especificidades desse processo no contexto pátrio a tornam ainda mais importante: o abandono da vida rupestre não se traduziu em melhoria das condições de vida, especialmente de saneamento básico ou de trabalho. A miséria das *favelas* e *bairros periféricos* que encontramos em todos os centros urbanos, além das condições precárias, a baixa remuneração e os abusos cometidos no âmbito laborativo, dão o testemunho da

minorias étnicas, no Brasil, a exclusão atinge a maioria da população. Atinge até mesmo chamada "classe média", que se vê entre dois obstáculos, que a tornam ainda mais distante do Poder Judiciário: ela não preenche os requisitos exigidos para que possa se servir das defensorias e convênios que asseguram assistência jurídica gratuita e não possui aqueles para obter a isenção das custas judiciais, e também não tem poder econômico suficiente que a permita custear uma demanda no judiciário ou obter o acompanhamento de profissionais qualificados." Cfr. SILVA. 2006, página 125.

⁶⁸⁶ Maria Tereza Sadek, a respeito desse fenômeno, relata que "houve uma significativa mudança no que se refere aos indicadores de urbanização. Enquanto em 1940 a população urbana representava 31%, em 1970 atingiu a casa dos 68% e em 1990 passou a 79%. Entre os anos 40 e 80 surgiram no país mais de 400 novas cidades (em 1950 o Brasil contava com 96 cidades com mais de 20 mil habitantes, em 1985 já eram 500). Ou seja, em um intervalo de menos de 30 anos, a população brasileira transformou-se de predominantemente rural em urbana." Cfr. SADEK. 2010, página 2.

⁶⁸⁷ Cfr. FARIA. 1992, página 97.

penúria daqueles que vieram se alojar nas cidades, assim como a incompetência (ou desinteresse) das autoridades públicas em receber e dar condições minimamente dignas aos egressos do campo. Fato é que o processo de urbanização, apesar de mudar drasticamente a distribuição demográfica e o perfil da sociedade brasileira, em nada alterou o estado de miséria e desigualdade social a que se sujeitaram os recém chegados na urbe.⁶⁸⁸

Aliado a esses acontecimentos, o modelo de desenvolvimento econômico entabulado no mesmo período, lastreado em medidas que pretendiam desarmar a situação de *industrialização tardia* brasileira, e que teve como principal agente fomentador o próprio Estado, foi também extremamente relevante para a reformatação peculiar do espectro social pátrio. De fato, como anota José Eduardo Faria, o protagonismo estatal deu lugar a uma “crise estrutural das instituições governamentais,” caracterizada pela “ruptura do monopólio do espaço político representativo tradicional, pelo alargamento do espaço público, pela proliferação de espaços políticos novos e não institucionalizados pela crescente politização da vida social,” bem como por aquilo ele descreveu como sendo a “progressiva apropriação da titularidade da iniciativa legislativa por parte do Executivo, em detrimento das tradicionais competências do Congresso e mesmo da autonomia do Judiciário.”⁶⁸⁹ Esse *Estado super interventor* colaborou para a acomodação de determinados setores – notadamente aqueles que, numa sociedade capitalista, via de regra deveriam se preocupar com o desenvolvimento de seu ramo de produção – que passaram a esperar da autoridade pública toda sorte de investimentos e medidas fomentadoras, ao mesmo tempo em que viravam as costas à sociedade civil, a qual nunca chegou a ser reconhecida como *locus* ideal de realização da atividade econômica.⁶⁹⁰ Além de forçar, nos dizeres do mencionado José Eduardo Faria, o *agravamento da situação de desigualdade*

⁶⁸⁸ “Segundo dados oficiais,” afirma Maria Tereza Sadek, “os pobres chegam à casa dos milhões, representando cerca de 30% da população. A distância entre ricos e pobres é abismal e tem aumentado nos últimos anos (em 1960, os 10% mais ricos tinham renda 34 vezes superior à dos mais pobres; em 1990, a diferença mais do que duplicou, passando a ser de 78 vezes; e em 1998, segundo dados do Banco Interamericano de Desenvolvimento, os 10% mais ricos possuíam quase a metade – 47% – de toda a renda nacional). Cfr. SADEK. 2010, página 2.

⁶⁸⁹ Cfr. FARIA. 1992, páginas 12 e 13.

⁶⁹⁰ Ainda de acordo com José Eduardo Faria: “Um outro efeito, este vinculado ao caráter intervencionista de um Estado garantidor de uma economia oligopolizada e cartelizada, foi a decadência da idéia de contrato entre partes iguais, individualizadas e livremente relacionadas entre si por um vínculo de coordenação – e, com ela, o esvaziamento gradativo dos princípios da autonomia da vontade e da responsabilidade individual como categorias jurídicas fundamentais para a formalização das relações capitalistas (fenômeno esse traduzido pela ‘publicização’ do direito privado, pela ‘administrativização’ do direito público e pela ‘reprivatização’ do direito administrativo).” Cfr. *idem, ibidem*, páginas 12 e 13.

social que historicamente já acometia a sociedade brasileira,⁶⁹¹ a proeminência do *Estado-fomentador* acentuou a feição de *benesse* das ações governamentais, que foram utilizadas como instrumentos de controle social (burocratização); outrossim, com a *falência* do Estado-providência, reconhecida e decretada na década de oitenta, as disparidades econômicas e a situação de dependência da sociedade civil se tornaram ainda mais evidentes.

Ademais, a forma de *urbanização* e o *programa desenvolvimentista* brasileiros tiveram por consequência o acirramento do sentimento de injustiça social. Ao colocar frente a frente pobres e ricos, patrões e empregados, *favelados* e *endinheirados*, o Estado, incapaz (ou desinteressado) de assegurar condições mínimas de vida à massa de marginalizados,⁶⁹² viu emergirem atores sociais novos, ou que eram até então considerados inexpressivos, responsáveis pela formulação de reivindicações usualmente ignoradas pelos agentes públicos.⁶⁹³

Colocadas todas essas questões, o que os fenômenos sociais até agora tratados têm de interessante para o nosso estudo é o fato de eles terem trazido para o seio dos grandes centros urbanos uma série de conflitos que eram ou bem desconhecidos ou mantidos ao largo do raio de cognição dos membros do *establishment* político, a ponto de serem imperceptíveis.⁶⁹⁴

Essa *miopia*, que acometia também a academia jurídica, começaria a ser remediada: estudos (sobretudo sociológicos) que se dedicaram a compreender essas movimentações sociais relacionaram a pobreza às rupturas de padrões de convívio e, além disso, denunciaram o ambiente amplamente conflitivo que se instaurava nesses polos de

⁶⁹¹ Por suas palavras, esse modelo de desenvolvimento, “quanto mais se consolidou ao longo das últimas décadas, por um lado gerando exigências inéditas e problemas complexos para a governabilidade desse Estado intervencionista e, por outro, redefinindo o significado político de realidades sociais antigas, mais acentuou as desigualdades estruturais, das quais a desigualdade de renda, a marginalidade de grandes segmentos da população, a erosão das identidades coletivas e a multiplicação e o intercruzamento das linhas de conflito são algumas de suas consequências.” Cfr. *idem, ibidem*, página 97.

⁶⁹² Maria Tereza Sadek anota que “o ritmo e a forma como este processo se verificou provocou desenraizamento, desagregações de famílias, perda de laços primários e a consequente atomização de indivíduos em cidades grandes, inchadas, desordenadas, com cinturões de miséria e gritantes deficiências na prestação de serviços.” Cfr. SADEK. 2010, página 2.

⁶⁹³ A propósito: “Na América Latina, a origem histórica desses efeitos está na ruptura dos padrões culturais tradicionais e na erosão dos laços de enraizamento social provocados pelo tipo de desenvolvimento econômico-tecnológico adotado por quase todos os países do continente a partir da segunda metade deste Século. Nestas duas últimas décadas, muito tem sido dito sobre as contradições sociais e sobre as implicações políticas desse processo, em termos de lutas deflagradas, entre outros, por atores até então sem tradição de mobilização e confronto.” Cfr. FARIA. 1992, página 13.

⁶⁹⁴ Ao contrário de muitos, não concordamos com o *ineditismo* das reivindicações por melhores condições de vida: o fato de elas não serem reconhecidas pelas classes dominantes não significa que elas não existissem.

desenvolvimento recém-formados.⁶⁹⁵ Mais, apontaram que o crescimento dos litígios não teria se traduzido no aumento da procura do Judiciário, e isso porque apenas uma minoria de pessoas – aquelas a quem o ordenamento foi criado para atender – veriam no Estado um ente capaz de dar respostas jurídicas efetivas.⁶⁹⁶ Este cenário, de acordo com Boaventura de Sousa Santos, “longe de ser indício de diminuição da conflitualidade social e jurídica, é antes o resultado do desvio dessa conflitualidade para outros mecanismos de resolução, informais, mais baratos e expeditos, existentes na sociedade.”⁶⁹⁷

A circunstância de essas análises mostrarem que, a despeito do *grau de litigiosidade* aumentar, muitos conflitos estariam sendo solucionados em ambientes alheios ou estranhos ao jurisdicional⁶⁹⁸ – num fenômeno que definimos como *perda de capilaridade do Estado de Direito* –, concorreu definitivamente para um maior envolvimento dos processualistas nessas “novas” problemáticas.

⁶⁹⁵ Nesta senda, obtemperou Maria Tereza Sadek: “Ainda que não haja evidência empírica que apoie a hipótese segundo a qual a pobreza, a crise econômica, o desemprego estejam diretamente relacionados a taxas de criminalidade, não há como negar que formam um terreno propício à ebulição de conflitos. De fato, a complexidade da sociedade brasileira e, sobretudo, a sua má distribuição da renda, têm sido fatores que estimulam o alto potencial de conflito e a escalada da violência, mesmo que não expliquem nem comportamentos que dificultam o convívio social e menos ainda a descrença nas instituições. O quadro social é dramático, marcado por profundas desigualdades.” Cfr. SADEK. 2010, página 1. Em sentido semelhante, apontou José Eduardo Faria: “Essa transformação da infra-estrutura social acarretou, como decorrência, a ruptura dos valores tradicionais dos diferentes grupos e classes, um processo migratório contínuo, maior agressividade de comportamentos, novos modelos de reinserção sócio-política, a emergência de estruturas paralelas de representação ao lado dos mecanismos representativos tradicionais e, sobretudo, o aparecimento de novas demandas por segmentos sociais desfavorecidos e não geradores de receita. Uma das consequências mais significativas dessas modificações, como afirma Wanderley Guilherme dos Santos, é a crescente ineficácia de uma ordem legal em fase de acentuado esclerosamento e a emergência de novos comportamentos a rigor ilegais no âmbito dessa mesma ordem.” Cfr. FARIA. 1992, página 98.

⁶⁹⁶ Maria Tereza Sadek colaciona, a propósito, fartas estatísticas que ratificam essa conclusão: “Segundo pesquisa, realizada pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, IBGE, no período entre outubro de 1983 a setembro de 1988 registrou-se um total de 10.665.046 conflitos. Destes, 9.119.810 ocorreram na área urbana e 1.545.236 na área rural. A distribuição do total de conflitos por sexo indica que os homens estiveram mais envolvidos em conflitos (60%) do que as mulheres (40%). O diferencial entre o montante de conflitos nas áreas urbana e rural é, acompanhado por diferentes padrões no tipo preponderante de conflito. Enquanto na área urbana prevaleceu o conflito conjugal (18.9%), seguido de perto pelo trabalhista (18.3%) e por crimes (17.1%), na área rural o principal tipo de conflito foi com vizinho (17.7%), em seguida aparece o que envolvia herança (13.7%), e o trabalhista (12.4%). Na área rural os conflitos conjugais representaram apenas 1.7% do total de conflitos e os problemas criminais 1.3%. Trata-se, como estes percentuais indicam, de duas realidades bastante distintas, não apenas pelo número total de conflitos produzido, mas, sobretudo, pelo tipo prevaiente de litígio. (...) O levantamento feito pelo IBGE preocupou-se também em focalizar com mais detalhes o último conflito em que as pessoas estiveram envolvidas. Chegou-se a um total de 8.641.761 indivíduos, ou seja, um pouco menos de 10% da população brasileira.” Cfr. SADEK. 2010, páginas 3 e 4.

⁶⁹⁷ Cfr. SANTOS. 1989, página 54.

⁶⁹⁸ Assim, Boaventura de Sousa Santos, um dos sociólogos mais lembrados em relação a essa perspectiva de análise, afirma que “muitos foram os estudos que se seguiram, tendo por unidade de análise o litígio (e não a norma) e por orientação teórica o pluralismo jurídico, orientados para a análise de mecanismos de resolução jurídica informal de conflitos existentes nas sociedades contemporâneas e operando à margem do direito estatal e dos tribunais oficiais.” Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

De fato, não bastasse a fragilidade da premissa dogmática segundo a qual *somente* o Estado seria capaz de *pacificar as lides jurídicas com efetividade* (discurso da *pacificação*), as conclusões de pesquisas de campo apontaram para a irre realidade dessa situação monopolista, relacionando tal conseqüência à ausência física (de agentes) do Estado em diversas localidades que, conquanto *periféricas*, concentravam um contingente relevante de pessoas. A título ilustrativo, Boaventura de Sousa Santos, autor muito conhecido e referenciado pela doutrina brasileira, escreveu que “de um ponto de vista sociológico, o Estado contemporâneo não tem o monopólio da produção e distribuição do direito;” apesar de consistir o “modo de juridicidade dominante,” afirma o sociólogo português, “ele coexiste na sociedade com outros modos de juridicidade, outros direitos que com ele se articulam de modos diversos.”⁶⁹⁹ Outras fontes também diagnosticaram que a maioria desses *julgamentos paralelos* ao Estado estariam sendo realizados por *lideranças comunitárias*, que poderiam desempenhar atividades tanto lícitas (associação de amigos de bairro, igrejas, associações), quanto ilícitas (chefes de quadrilhas, traficantes de drogas, milicianos),⁷⁰⁰ sendo certo que, de uma maneira ou de outra, os resultados obtidos não necessariamente estariam vinculados ao direito positivado (o *direito oficial*), prevalecendo os *usos e costumes* locais, os quais não raro prescreveriam remédios jurídicos dissonantes dos mandamentos estatais.⁷⁰¹ Ao fazer tais apontamentos com frequência cada vez mais regular e adquirindo, assim, ares de *lugar-comum*, essas análises chamaram a atenção dos expoentes dos discursos do processo civil, que passaram a incluir esses problemáticos desarranjos sociais em suas análises.

⁶⁹⁹ Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

⁷⁰⁰ É o que denunciou, por exemplo, Maria Tereza Sadek: “Tem sido mais frequente do que normalmente se admite a atuação de lideranças comunitárias, de sociedades de amigos de bairro, de igrejas, de associações voluntárias, na solução de certos conflitos. Neste sentido, é particularmente comum que membros de certas igrejas, em especial as evangélicas, busquem a resolução de seus problemas junto às suas respectivas lideranças. Este canal faz com que os conflitos vivenciados por membros destas comunidades não ultrapassem as suas fronteiras. Por outro lado, a incapacidade do sistema estatal de impor-se e de dar respostas rápidas e eficientes aos inúmeros conflitos tem estimulado a proliferação de organizações para-estatais, que têm imposto sua própria “lei”, tornando a vida, em certos centros urbanos, muito próxima da suposição descrita por Hobbes, da situação em que se encontrariam os homens antes da presença do Estado, de um quadro de barbárie e de guerra selvagem.” Cfr. SADEK. 2010, página 6. No mesmo sentido, ver, também: DIAS. 2009.

⁷⁰¹ Ao tratar do domínio exercido pelo PCC em regiões nas quais autoridade estatal “oficial” não se faz presente, aduz Camila Caldeira Nunes DIAS que “o PCC se impõe como árbitro de todos os conflitos que ocorram no local, exercendo o papel de mediador entre as partes e impedindo os indivíduos de agirem de forma autônoma, estabelecendo a figura da autoridade, acima das partes envolvidas, que julgará o caso de forma imparcial e impessoal, realizando acordos ou, mais frequentemente, aplicando sanções conforme o código informal vigente; por fim, a imposição das normas e a punição para os seus infratores são agora efetivadas por membros da organização com essa função específica, constituindo-se, assim, em um órgão especializado.” Cfr. DIAS. 2009, página 88.

O que constatamos é que a perplexidade e o temor provocados pela perspectiva de explosão da *bomba social* (novamente o *caos da autotutela*) levou à revisão dos papéis do Estado e, conseqüentemente, da jurisdição, que foi repensada para que esses conflitos – apresentados como *novos* – passassem a ser disciplinados e submetidos à tutela estatal (*pasteurizados*), evitando assim a sua disseminação descontrolada e permitindo um enquadramento jurídico adequado aos valores dominantes (aqueles afeitos ao *direito codificado*).

Considerando a forma de justificação fenomenológica da legitimidade do Judiciário (discurso da pacificação), não é difícil imaginar a aflição que a mera possibilidade de se desenvolverem polos paralelos (ou contrários) à atividade jurisdicional poderia gerar para a processualística, comprometendo até a sua própria razão de ser. Por isso, também, os discursos partiram da premissa de que as reformas do sistema processual, muito mais do que ampliar o acesso à Justiça, deveriam ratificar o monopolismo estatal sobre a jurisdição, canalizando esses litígios ao Judiciário,⁷⁰² ainda que ao custo da mutação de certos institutos e mesmo que em muitos casos isso levasse a que eles assumissem feições semelhantes às desses *foros clandestinos*. Vale dizer, a proposta seria *diversificar* o acesso, mas sem cometer qualquer *desprestígio* aos tribunais oficiais.⁷⁰³

A frequência com a qual encontramos manifestações de processualistas em que reconhecem sua preocupação com um hipotético *desvio da litigiosidade*, confirmam as nossas impressões. Nesta senda, referenciamos o seguinte excerto no qual Cândido Rangel Dinamarco acentua que “ilegítimos fatores limitativos” estariam ocasionando a “exclusão de muitas pretensões, que não têm como receber tratamento e solução em via jurisdicional.”⁷⁰⁴ De forma semelhante, Rodolfo de Camargo Mancuso, obtempera que a “sociedade contemporânea” seria uma “uma sociedade de risco, em que o *Estado leviatã* – onipresente, fiscalizador e repressivo – não consegue atender às expectativas crescentes da

⁷⁰² Cappelletti deixou isso bem claro logo nas primeiras linhas do relatório do *Projeto Florença*, onde ele conceituou o *sistema jurídico* como sendo o “sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado.” Cfr. CAPPELLETTI. e GARTH. 1988, página 8.

⁷⁰³ Isso Cappelletti o afirmou com todas as letras: “A grande tarefa dos reformadores do acesso à justiça é, portanto, preservar os tribunais ao mesmo tempo em que *afeiçoam uma área especial do sistema judiciário que deverá alcançar esses indivíduos, atrair suas demandas e capacitá-los a desfrutar das vantagens que a legislação substantiva recente vem tentando conferir-lhes.*” Cfr. *idem, ibidem*, página 92.

⁷⁰⁴ Cfr. DINAMARCO. 2003, página 113. Para encerrar a lista, o trecho abaixo que remete o leitor ao propalado *caos da autotutela* como mal a ser evitado: “Em conseqüência, por parte da população ocorre um descrédito no próprio Estado como substituto da força pessoal para resolver os litígios. Dois caminhos podem ser tomados: ou impera a lei do mais forte, com o uso até da violência; ou, então, o cidadão prostra-se passivo diante da violação do seu direito. A falta de acesso à justiça produz marginalidade e exclusão e se reflete na perda da própria legitimidade social do sistema.” Cfr. SILVA. 2006, página 125.

população por certos valores básicos, prodigalizados na *Constituição Cidadã*.⁷⁰⁵ Sustenta o mesmo autor em outro trecho que o decaimento do “prestígio da Justiça estatal,” levaria ao desgaste da “credibilidade do comando judicial” e do Judiciário, “deixando ao fim e ao cabo a desalentada impressão de que hoje, se o Estado-juiz ainda preserva a *cognitio* (a balança), vai, porém, gradativamente, perdendo o *imperium* (a espada).”⁷⁰⁶

Depreendemos das formulações acima retratadas a irresignação com o que seria uma perda de prestígio do Judiciário e, por consequência, do próprio processo civil como *locus* ideal de resolução de disputas jurídicas; o tom de inquietação da processualística não se dirige à solução das origens desses conflitos sociais (pobreza, desigualdade social, elitismo do direito), mas na busca de maneiras para o Estado-juiz *retomar as rédeas* da administração dos litígios em ambiente jurisdicional, ou, como chegou a se afirmar, como impedir que o processo fosse “atropelado” pelos acontecimentos.⁷⁰⁷

Desta feita, a tomar por base a nossa análise discursiva, percebe-se que os enunciados pertinentes à ampliação do acesso à Justiça emergiram sob a sombra da *perda de capilaridade* do Estado-juiz, de onde se explica a procura pela viabilização de instrumentos de *legalização* dos “novos conflitos.” Ao estimular o uso de vias jurisdicionais diferenciadas procurou-se expandir o espaço normativo-regulatório nunca alcançado pelo Estado, embora a dogmática processual insistia na imagem fabulada de *reconquista*, referindo-se a um período imaginário no qual o Judiciário brasileiro teria sido acessível a todos indiscriminadamente. A estratégia, que de certa maneira já havia sido tentada no período de democratização posterior ao Estado Novo,⁷⁰⁸ foi retomada pelo

⁷⁰⁵ Cfr. MANCUSO. 2009, página 134.

⁷⁰⁶ Cfr. *idem, ibidem*, página 157.

⁷⁰⁷ “A massificação da sociedade e a globalização do mundo” obtemperou Rodolfo de Camargo Mancuso, “acabaram repercutindo no processo civil, pela boa razão de que ele, por seu caráter instrumental, opera como *caixa de ressonância* do que ocorre em sociedade, e assim procura responder aos novos reclamos e desafios, até como condição para não ser atropelado pelos acontecimentos.” Cfr. *idem, ibidem*, página 380.

⁷⁰⁸ Essa proposta fica especialmente visível quando pensamos no contexto da Lei 1.060/50 (*Lei da Assistência Judiciária*), promulgada no bojo do processo de redemocratização do Brasil, após a ditadura varguista, quando se procurava consolidar institucionalmente os direitos civis e sociais que o Estado procurava implementar. Diz-se que a Constituição de 1946 tratava a assistência judiciária não mais como “ônus legalmente imposto à classe dos advogados,” mas “obrigação do poder público” e isso se deveu ao anseio de estruturar no Brasil o “novo paradigma de Estado Social que se difundia na Europa, atado politicamente às formas democráticas, mas voltado também para a efetivação de direitos sociais que emergiam no cenário histórico da época.” Cfr. ALVES. 2010, página 329. O Judiciário, apesar de ainda ser considerado um Poder coadjuvante e subordinado aos desejos do Executivo, seria um dos canais desse progresso democrático, e a Lei de Assistência Judiciária procurava franquear esse acesso a todos, trazendo os menos favorecidos para aquele momento de renovação democrática, que se queria reformador e, visando “garantir o pleno desempenho,” das mudanças, “cada cidadão tinha de arcar com a construção da justiça no país e, provisoriamente, ficariam isentos desses ônus aqueles que não o pudessem fazê-lo sem o prejuízo do

discurso processual moderno, que objetivou *resgatar os resíduos não-jurisdicionáveis*.⁷⁰⁹ As soluções vieram das *ondas renovatórias cappellettianas*, promovendo aquilo que Kim Economides, colaborador de Cappelletti no *Projeto Florença*, chamou de “legitimação do governo e das profissões jurídicas,” cuja credibilidade, “quando não a própria sobrevivência,” dependeriam da *materialização prática* da “retórica que cerca os direitos e os ideais profissionais.”⁷¹⁰

Um bom exemplo dessa expansão dos campos de influência (*legalização*) pela jurisdição nos é dado pela análise que os processualistas fazem dos Juizados Especiais Cíveis e de seu desempenho desde a implantação. Eles sustentam que o procedimento especial previsto na Lei 9.099/95 possibilitaria uma “dupla institucionalização do Poder Judiciário,” pois permitiria o convívio de “duas formas distintas de prática judiciária, baseadas em lógicas também distintas,” quais sejam, “uma que visa o acordo entre as partes por meio da conciliação,” e outra que “busca a aplicação da justiça por meio do poder de decisão do juiz.” Estariam assim condensadas nesses Juizados as duas pautas da “justiça contemporânea,” a “formal de decisão” e a “informal de mediação.”⁷¹¹ Rodolfo de Camargo Mancuso, por sua vez, aduz que, após ter se focado “prevalentemente, em sua face de *Poder* (dimensão estática),” distanciando-se do jurisdicionado, o Judiciário, “numa tentativa de recuperação de seu prestígio social,” implantou os Juizados, “dos quais se esperava pudessem recepcionar a chamada *litigiosidade contida*.”⁷¹² Encontramos ainda quem afirma que, mais do que ampliar o acesso à Justiça, os Juizados de Pequenas Causas agiriam também “como meio de educação social do povo.”⁷¹³ Ou seja, descortinamos nas entrelinhas dos enunciados discursivos pertinentes aos Juizados Especiais Cíveis o intuito de *domesticar* o “direito leigo,” conduzindo-o ao Judiciário para que proceda à sua jurisdicionalização e *customização*, adequando-o aos desejos da ideologia dominante

próprio sustento, já que se cria ser a desigualdade um estágio passageiro de nossa democracia.” Cfr. PONTES. 2000, página 69.

⁷⁰⁹ Cfr. DINAMARCO. 2003, página 113.

⁷¹⁰ Cfr. ECONOMIDES. 1997, páginas 69 e 70. Ainda, prossegue o autor: “O acesso à justiça está, portanto, vinculado aos temas de cidadania e constitucionalismo, apoiando e reforçando o Estado de direito, o qual, como observa Roberto Mangabeira Unger, “...é a alma do Estado moderno. O estudo do sistema legal leva-nos diretamente aos problemas centrais encarados pela própria sociedade”. Em outras palavras, a legitimidade política e a legitimidade profissional estariam em jogo se houvesse uma persistente e generalizada negação de acesso a serviços jurídicos, sejam os fornecidos pelo Estado, sejam os prestados por profissionais privados.” Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

⁷¹¹ BONELLI. 2010, página 72.

⁷¹² Cfr. MANCUSO. 2009, página 254.

⁷¹³ Cfr. PASTORE. 2004 página 154.

(*burocratização*).⁷¹⁴ Em síntese, e novamente remetendo às observações de José Eduardo Faria, o que se buscou com a instalação dos Juizados Especiais Cíveis foi, a bem dizer, “desformalizar para melhor reformatizar, deslegalizar para melhor relegalizar e materializar para melhor controlar.”⁷¹⁵

Outra medida de ampliação do acesso à Justiça que viria atender a este anseio de *legalização* foi viabilizada nas ações coletivas, principalmente pela potencialidade de tutela de *direitos difusos* em âmbito jurisdicional que elas representariam. Embora o reconhecimento da doutrina quanto a este aspecto não seja tão enfático como no caso dos Juizados Especiais Cíveis, estamos diante de uma ferramenta ainda mais eficaz no sentido de burocratizar os conflitos sociais de massa. Nesta hipótese, a idéia de confiar a defesa de direitos sociais a grupos organizados e, sobretudo, *singularizados*, atende aos desejos de combater a *perda de capilaridade do Estado de Direito* pela simples razão de eles permitirem a discussão judicial de questões jurídicas de interesse da coletividade em ambiente processual. Os problemas sociais, graças às ações coletivas, saíam *das ruas para os tribunais*, onde passariam a receber tratamento jurídico adequado, constituindo um “*fator de inclusão social*,” nos dizeres de Rodolfo de Camargo Mancuso.⁷¹⁶

⁷¹⁴ José Eduardo Faria traça um interessante paralelo entre essas iniciativas e os movimentos de codificação do começo da Idade Moderna, que pretendiam universalizar o direito adequando os costumes locais ao direito do soberano central: “Trata-se, portanto, de uma intrincada estratégia que, na sua essência, pode propiciar uma experiência de algum modo semelhante à reprodução do controle arbitrário da ‘violência doce da razão jurídica’ sobre as tradições jurídicas populares da Europa dos Séculos XVIII a XIX – tradições essas igualmente descritas pelo movimento codificador então emergente como o ‘direito dos rústicos.’ Essa aparente condescendência de profissionais do direito – ciosos do seu ‘senso científico’ – para com os ‘profanos’, ou seja, para com os não-especialistas, cidadãos comuns portadores de um mero ‘senso comum’ ou ‘vulgar,’ tinha por objetivo não confessado recuperar, no plano simbólico e ideológico, o que é ‘concedido’ no plano jurídico-institucional.” Cfr. FARIA. 1992, página 118.

⁷¹⁵ Cfr. *idem, ibidem*, página 117. E continua o autor: “Isso parece ficar claro no caso específico das propostas de descentralização e informalização das ‘pequenas causas’ – propostas essas nas quais se demonstra ‘espírito modernizador’ e ‘boa vontade’ em se aceitar uma maior participação na resolução de seus conflitos mais comuns em sua vida, cotidiana, mediante uma engenhosa condescendência para com as práticas resultantes dos juizados ditos de ‘conciliação e julgamento’ que também permite o aprisionamento, a domesticação e a eufemização do ‘direito achado na rua’, bem como a redução e o desarme do significado político e social das ações judiciais dos diferentes movimentos associativos, comunitários, populares, etc.” Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

⁷¹⁶ Por suas palavras: “Efetivamente, pode-se afirmar que o processo coletivo, a par de outras virtudes antes delineadas, é ainda *fator de inclusão social*, nisto que credencia certos entes exponenciais – Ministério Público, associações, órgãos públicos, entes políticos – a portarem em juízo pretensões concernentes a vastas comunidades, empolgando interesses metaindividuais (defesa do consumidor, tutela do patrimônio público, preservação do meio ambiente) que, de outro modo, ou bem ficariam desprovidos de tutela pronta e eficaz (liminares, antecipação de tutela), ou ficariam a depender de providências de outros Poderes, ordinariamente sujeitas a trâmites intrincados e condicionadas pelo ambiente político do momento; ou ainda, num panorama indesejável, tais megaconflitos viriam pulverizados em multifárias demandas individuais. O antídoto para esse sombrio ambiente consiste no reconhecimento de um vero *interesse social* no encaminhamento dos conflitos de largo espectro para o plano processual coletivo.” Cfr. MANCUSO. 2009, página 335.

E mais: além das associações, entidades públicas como o Ministério Público e os Defensores Públicos estão autorizados a representar os interesses mais diversos, sempre em termos *civilizados e juridicamente admissíveis*,⁷¹⁷ ou seja, na omissão dos indivíduos interessados em exercer o seu *direito de ação*, o próprio sistema cuidaria de levar as questões coletivas para a seara do Judiciário, da forma que melhor lhe convier. O envolvimento dessas autoridades públicas nessas demandas garante a perpetuação do direito positivo ao repelir as pretensões não-legalizadas, porquanto estão cerceadas pelo conteúdo do ordenamento positivo: se o Ministério Público, maior responsável pelo ajuizamento de ações coletivas,⁷¹⁸ foi constitucionalmente criado para agir como *fiscal da lei*,⁷¹⁹ então é evidente que os direitos sociais serão jurisdicionalizados nos limites permitidos pelo direito “legal”, formatado segundo os valores da ideologia dominante.

De outra sorte, voltando à ideia de *pacificação subjetiva dos conflitos* por nós referida anteriormente,⁷²⁰ a judicialização de conflitos coletivos impede o acirramento de ânimos, ou ainda a adoção de *revides extrajudiciais* (autotutela): como o autor da demanda em geral não é a vítima do gravame,⁷²¹ o clima de confrontação acaba sendo amenizado. Ainda, apesar da descrença generalizada no Judiciário, a acalentada esperança de que a questão está *sub judice* e será apreciada por um juiz igualmente arrefece a sensação de injustiça que a violação de algum direito provoca na coletividade. Não por outra razão,

⁷¹⁷ Cappelletti, ao discutir a respeito da melhor forma de proteger os interesses difusos – organizações da sociedade civil ou públicas – propôs solução mista: “O importante é reconhecer e enfrentar o problema básico nessa área: resumindo, esses interesses exigem uma eficiente ação de grupos particulares sempre que possível: mas grupos particulares nem sempre estão disponíveis e costumam ser difíceis de organizar. A combinação de recursos, tais como as ações coletivas, as sociedades de advogados do interesse público e o advogado público podem auxiliar a superar esse problema e conduzir à reivindicação eficiente dos interesses difusos.” Cfr. CAPPELLETTI. e GARTH. 1988, páginas 66 e 67.

⁷¹⁸ José Mario Wanderley Gomes Neto, referindo-se a estudos realizados por José Carlos Barbosa Moreira, afirma que o Ministério Público tem sido muito mais ativo do que associações no ajuizamento de ações coletivas. Cfr. GOMES NETO. 2005, página 90.

⁷¹⁹ É o que consta do artigo 127 da Constituição Federal: “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

⁷²⁰ Conferir o que escrevemos no Capítulo III.

⁷²¹ Naquilo que escolheu denominar de *demandas estruturais* – um equivalente aproximado das ações onde se defendem interesses difusos – Owen Fiss obtempera ser preferível que a defesa dos grupos atingidos seja feita por um terceiro: “Uma vez que o grupo é considerado vítima, também se torna claro que quem fala em seu favor não precisa – e certamente não pode – ser a vítima. Um grupo precisa de pessoas para falar em seu interesse. Um membro individual de um grupo vitimado pode ser um representante dos interesses do grupo, porém não há razão para que a qualidade de membro seja exigida ou preferida para que assuma essa condição. Um indivíduo precisa ser um pequeno herói para tomar uma posição desafiadora do *status quo*: imagine a coragem e a firmeza que deve ter o representante do grupo em um processo judicial que tenha por objeto a eliminação da segregação nas escolas ou, pior ainda, em uma ação que desafie a administração de uma instituição total, tal como um presídio.” Cfr. FISS. 2004. página 52.

essas estratégias tem sido identificadas por lideranças de grupos sociais como meios de apaziguar os conflitos sociais, dispersá-los e despersonalizá-los.⁷²²

Diante do exposto, concluímos que as *ondas reformatórias do acesso à Justiça* constituem respostas à constatação da *capilaridade* em tese *perdida* (*em tese*, porque a resolução de conflitos longe do Estado sempre existiu, a *urbanização* apenas escancarou essa realidade): sem desmontar as estruturas existentes para solucionar casos “complexos” (rito ordinário) ou efetivar expeditamente certos direitos (execução de títulos, ações possessórias), o sistema processual criou meios alternativos de resolução de conflitos, caso dos Juizados Especiais Cíveis para dar cabo de demandas economicamente *irrelevantes*, e das ações coletivas para cuidar centralizadamente do desrespeito a direitos sociais ocorridos em nível difuso. Apesar de seu intuito alegadamente *social* ou mesmo *altruísta*, percebemos no âmago dos enunciados que sustentam os mecanismos de ampliação do acesso à Justiça a intenção de legalizar litígios que, por se desenrolarem em ambientes paraestatais, estariam inviabilizando a plena realização do direito codificado e a difusão dos seus discursos jurídicos.

Nesta senda, o estudo do discurso da ampliação do acesso à Justiça deixou bem claro os aspectos disciplinares contidos na retórica processual, a qual pôs em prática um aparelho regulatório extremamente *útil*, não porque eficaz na tarefa de fazer valer o direito positivado no seio da comunidade, mas por permitir ao Estado estabelecer o controle sobre relações jurídicas que, por desinteresse ou incapacidade, não estava administrando jurisdicionalmente.

Outrossim, não nos basta, para compreendermos o discurso da ampliação do acesso à Justiça em sua plenitude, concluir que ele atenderia à necessidade de ampliar os domínios estatais sobre litígios sociais que estariam acontecendo longe dos canais disponibilizados pelo direito “oficial.” Relacionamos a incomum inquietação da processualística com a situação de isolamento de boa parte da população em relação ao Judiciário, notadamente aquela ocorrida no *segundo período* de normatização do acesso à Justiça (décadas de 80/90), não apenas à tentativa de “reconquista” da Jurisdição, como

⁷²² É o que sustenta José Eduardo Faria: “Os grupos de assessoria jurídica aos movimentos populares, no entanto, têm demonstrado sua consciência do impacto dispersor, desorganizador, desmobilizador das estratégias contemporizadoras, das técnicas de desarme, dos instrumentos de neutralização e dos mecanismos de desvalorização do saber jurídico popular. E têm revelado, igualmente, sua consciência dos riscos de novas e intrincadas perversões, deturpações e manipulações da realidade social inerentes à ‘desformalização’, ‘informalização’, ‘descentralização’ e ‘abreviação’ das atividades judiciais, argumentando que tais ‘inovações’ podem servir para aprisionar os cidadãos comuns a partir de suas próprias ‘falas’.” Cfr. FARIA. 1992, página 119.

também à absorção de valores e conceitos pertinentes a outros ramos das ciências humanas, sobretudo a ciência econômica. Como já apontado, a necessidade de *customizar* o “direito leigo” e a preocupação com a desestatização de conflitos tradicionalmente olvidados não foram aflições espontaneamente despertadas na dogmática do processo civil. Como veremos a seguir, elas estão também relacionadas a uma demanda externa à fenomenologia processual, que exigia a adequação do ordenamento processual a determinados valores econômicos, criando igualmente as condições necessárias ao desenvolvimento de uma sociedade de consumo.

4. Previsibilidade jurídica e austeridade orçamentária: as exigências da ordem econômica e a sua relação com os mecanismos de universalização do acesso à Justiça.

Mostramos anteriormente que, ao falar das *ondas renovatórias*, a processualística as descreve como provocadoras de profundas mudanças, especialmente no sentido de um *rompimento* em relação à visão *liberal* do processo e do próprio direito, em prol da adoção de uma concepção *social* da jurisdição e da garantia constitucional de acesso à Justiça. Neste ensejo, ao nos debruçarmos sobre o alcance dessa “revisão conceitual,” muito embora se diga que ela ostentaria as feições de uma “revolução,” notamos que, na prática, ela não apresentou cismas assim tão profundos.

Medidas como a criação de procedimentos paralelos para recepcionar as demandas “menos complexas” (JECs), a concentração dos litígios pertinentes aos “novos direitos” em ações *plurindividuais* (ações coletivas), a homogeneização das decisões judiciais que envolvessem “casos semelhantes” (*direito sumular*) e, mais recentemente, interpretação restritiva do direito de ação (*dessacralização* do acesso à Justiça) ou ainda a imposição de soluções *pseudo-adjudicadas* (*políticas de conciliação*), muito longe de *pôr em questão*, acabaram *coexistindo*, e em certa medida mimentizando os institutos fundamentais e tradicionais do processo.⁷²³ O *enfoque do acesso à Justiça* nunca implicou, portanto, numa *ruptura* no pensamento processual, a não ser pela admissão de que a “ciência” processual não deveria se prender exclusivamente aos seus ditames normativos tradicionais os quais, embora relevantes, não seriam o único objeto especulativo do ordenamento jurídico; a dogmática, sem romper drasticamente com seus paradigmas

⁷²³ Com efeito, ao invés de *desformalizar* o processo de rito ordinário, o que se percebeu é que a cultura formalista dos juízes foi integrada aos Juizados, nos quais muitas vezes exigências burocráticas limitam o exercício de direito de ação.

fundadores, deveria estar atenta a outros elementos fenomenológicos como as *exigências sociais* e os *resultados a serem obtidos* pelo processo (a *efetividade processual*).⁷²⁴

É sob esses auspícios que vamos avaliar as manifestações no sentido de que o *movimento de acesso à Justiça* teria promovido uma “reviravolta” nos chamados “paradigmas científicos” do processo.⁷²⁵ Quando lemos que as suas propostas buscavam atender aos valores *efetividade* e *justiça social*, por meio de “alterações epistemológicas que visam a tornar a ciência processual fonte de soluções para os entraves (sistemáticos, políticos, econômicos, etc.) à devida e eficiente prestação jurisdicional,”⁷²⁶ interessa-nos o material ideológico dos tais *valores* do processo, além de por em evidência a simbologia atribuidora de significados aos termos *efetividade* e *justiça social*; responder, por outras palavras, à seguinte indagação: *processo efetivo para quem, ou a favor de quem?*

Ao tornar o processo civil permeável a conhecimentos oriundos de outros ramos do saber, a “concepção ‘contextual’ do direito” proposta por Cappelletti deu lugar a incorporação de perspectivas até então inexploradas pela dogmática tradicional, as quais se tornaram perceptíveis no raciocínio jurídico dos processualistas, que as agregaram na formulação de seus enunciados. E, dentre as diferentes ciências humanas com as quais o processo civil se mostrou disposto a compartilhar certo grau de interdisciplinaridade, a econômica foi por certo a que mais se sobressaiu.

Isso é perceptível, por exemplo, na renovação do linguajar: termos como *demanda*, *oferta*, *consumo*, *eficiência* ou mesmo *produtividade* passaram a aparecer com frequência cada vez mais notável no vocabulário dos processualistas. Assim é que a

⁷²⁴ É o que defende Mauro Cappelletti no trecho a seguir reproduzido: “O movimento de acesso à Justiça, como enfoque teórico, embora certamente enraizado na crítica realística do formalismo e da dogmática jurídica, tende a uma visão mais fiel à feição complexa da sociedade humana. A componente normativa do direito não é negada, mas encarada como *um* elemento, e com grande frequência não o principal, do direito. O elemento primário é o povo, com todos os seus traços culturais, econômicos e psicológicos. Ademais, nessa visão realística, adquirem relevo as instituições e processos. O resultado do enfoque do acesso à Justiça é uma concepção “contextual” do direito. Em vez de uma concepção unidimensional, pela qual o direito e a ciência jurídica se limitam à declaração das normas, afirma-se uma concepção tridimensional: uma primeira dimensão reflete o problema, necessidade ou exigência social que induz à criação de um instituto jurídico; a segunda dimensão reflete a resposta ou solução jurídica, por sinal uma resposta que, além das normas, inclui as instituições e processos destinados a tratar daquela necessidade, problema ou exigência social; enfim, uma terceira dimensão encara os resultados, ou o impacto, dessa resposta jurídica sobre a necessidade, problema ou exigência social.” Cfr. CAPPELLETTI. 1994, página 82.

⁷²⁵ Nesse sentido, lemos que, como “reflexo da condição pós-moderna e de suas interações com o modelo epistemológico jurídico, a abordagem do acesso à justiça como método de pensamento, apresentada por Cappelletti, provoca alterações no *paradigma* da ciência jurídica processual no momento que põe em posição privilegiada a satisfação dos consumidores da tutela jurisdicional.” Cfr. GOMES NETO. 2005, página 104

⁷²⁶ Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

jurisdição passa a ser apresentada como um *serviço* a ser *prestado* pelo Estado,⁷²⁷ cujo *produto* seria a tutela do qual o jurisdicionado seria o *consumidor*,⁷²⁸ e pelo qual existiria uma *demand*a que, por estar circunstancialmente *reprimida*, estaria a exigir um incremento da sua *oferta*;⁷²⁹ ademais, na avaliação dessa equação, cumpriria ao processualista levar em consideração aspectos como *custo*, *tempo* e *benefícios* a serem colhidos pela correta dosagem dos elementos que a compõem.⁷³⁰

Apesar de o *movimento do acesso à Justiça* partir do pressuposto de que a implementação dessa garantia processual, para ser efetiva, dependeria de um Estado *interventor* e *ativo*, o que o aproximaria dos *matizes social* ou mesmo *keynesiano*, os remédios propostos acabaram mostrando-se alinhados a interesses defendidos por outra doutrina econômica: o *liberalismo*, principalmente na feição que lhe foi conferida pelo chamado *Consenso de Washington*. De fato, constatamos que a ideologia que pautou as políticas econômicas entabuladas nos anos 80 pelos governos *Reagan* (EUA) e *Thatcher* (Grã-Bretanha) as quais, contrapondo-se ao intervencionismo estatal, propunham a adoção de medidas de austeridade fiscal, corte de gastos (investimentos) públicos e autonomia do mercado, como forma de combater a crise econômica que se abatia sobre o bloco capitalista, também denominada *neoliberalismo* (determinadora de diversas mudanças no

⁷²⁷ Nesta senda, lemos que “a jurisdição é apresentada, sob este enfoque, na qualidade de prestação de um serviço público, vez que é dever do Estado promover a paz social pela heterocomposição dos conflitos, por ter assumido o monopólio desse mister.” Cfr. *idem, ibidem*, página 57.

⁷²⁸ Essa ideia fica muito clara no seguinte trecho da lavra de Cappelletti: “O grande movimento mundial pelo acesso à justiça, ainda em larga medida incompleto, introduziu com efeito, na esfera jurídica, uma perspectiva nova aquela, precisamente, que de modo significativo foi denominada a “perspectiva dos consumidores”; A velha concepção consistia em ver o direito na pura perspectiva dos “produtores” e de seu produto: o legislador e a lei, o juiz e o pronunciamento judicial, a Administração Pública e o ato administrativo. A concepção do acesso consiste, ao contrário, em dar preeminência à perspectiva do “consumidor” do direito e da justiça: o indivíduo, os grupos, a sociedade em suma, as necessidades, as exigências, as aspirações de indivíduos, grupos e sociedades, e portanto também os obstáculos (jurídicos, mas também econômicos, políticos, culturais etc.) que se interpõem entre o direito entendido como “produto” (lei, sentença, ato administrativo) e a justiça entendida como demanda social daquilo que é justo.” Cfr. CAPPELLETTI. 1991, página 205.

⁷²⁹ “Mais uma vez,” escreveu José Mário Wanderley Gomes Neto, “seria verificada a não correspondência entre os planos jurídico e material, na medida em que encontramos, mediante breve mudança de enfoque, uma ‘demanda reprimida’ – no uso do jargão dos economistas – em relação à requisição da prestação jurisdicional, ocasionada pela presença do fator desigualdade econômica.” Cfr. GOMES NETO. 2005, página 64.

⁷³⁰ De fato, “exige o novo método mudanças na postura dos doutrinadores e operadores do direito, que deverão deslocar parcialmente sua atenção do objeto estritamente normativo para o atendimento aos anseios dos destinatários do processo – as partes – passando a analisar a natureza de suas demandas reprimidas, os efeitos do tempo despendido e do custo do processo no patrimônio dos litigantes, etc.” Cfr. *idem, ibidem*, página 59.

ordenamento jurídico brasileiro⁷³¹), foi também um ativo partícipe na implementação das medidas de universalização do Judiciário.

Por mais surpreendente que possa parecer – mormente se lembrarmos que Cappelletti se dizia um ardoroso combatente do liberalismo jurídico logo nas primeiras páginas do seu *Acesso à Justiça* – a tese por nós sustentada é justamente a de que o *enfoque do acesso à Justiça* e as reformas que dele advieram serviram muito bem aos propósitos defendidos pelas instituições internacionais que difundiram a ideologia constante no citado *Consenso de Washington*.⁷³² Passaremos adiante à análise dos elementos discursivos que, a nosso ver, comprovam essa nossa cogitação.

Em primeiro lugar, já dissemos que as reformas do processo visando à universalização do Judiciário tiveram como premissa que as melhorias não deveriam advir do aumento da estrutura administrativa do Judiciário, mas de adaptações a serem feitas no ordenamento processual. A despeito dos esforços que a *recuperação de capilaridade* do Judiciário demandariam do Estado, como o momento histórico era de crise financeira,⁷³³ os próprios processualistas defendiam a implementação de uma *reengenharia estrutural* do Poder Judiciário para, *enxugando-o* administrativamente, acabar com a “megacefalia reinante.”⁷³⁴ As inovações ampliadoras do acesso à Justiça não deveriam implicar, pois, em

⁷³¹ Para além das medidas legais que evidenciam a influência da vertente doutrinária dita neoliberal – como a aprovação da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/00), a concessão de diversos serviços públicos a companhias privadas (também chamado de privatizações) e a autonomia regulatória de alguns setores da economia (criação de agências reguladoras, incremento da autorregulação) – foi também o direito processual alvo de reformas que buscaram atender aos seus ditames. Não bastassem as diversas alterações sofridas pelo Código de Processo Civil, com vistas a tornar o processo mais célere e aumentar a segurança jurídica, destaca-se a Reforma do Poder Judiciário, protagonizada pela Emenda Constitucional 45/05, que criou um órgão de controle externo (orçamentário e disciplinar) ao Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

⁷³² Como exemplo da afinidade ideológica, cotejaremos os enunciados processuais pertinentes às ferramentas de universalização do acesso à Justiça com as propostas constantes do *Documento Técnico n° 319 do Banco Mundial*, que divulgou o estudo denominado *O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe - Elementos para Reforma*; Cfr. DAKOLIAS. 1996.

⁷³³ A propósito, Boaventura de Sousa Santos aponta que o aumento da demanda por Justiça agravou-se “no início da década de 70, ou seja, num período em que a expansão econômica terminava e se iniciava uma recessão que se prolonga até hoje e que, pela sua pertinácia, assume um caráter estrutural. Daí resultou a redução progressiva dos recursos financeiros do Estado e a sua crescente incapacidade para dar cumprimento aos compromissos assistenciais e providências assumidos para com as classes populares na década anterior. Uma situação que dá pelo nome de crise financeira do Estado para expandir os serviços de administração da justiça de modo a criar uma oferta de justiça compatível com a procura entretanto verificada.” Cfr. SANTOS. 1989, página 44.

⁷³⁴ É o que obtempera, por exemplo, Kiyoshi Harada: “Assim, é preciso diminuir o tamanho da máquina judiciária, com enxugamento de seus órgãos a fim de eliminar a megacefalia reinante, que traz como resultado inexorável a ineficiência crônica, de difícil controle pelo seu órgão de cúpula, fato que tem estimulado a pregação de uma solução simplista, o controle externo do Judiciário quando o que, na realidade, deve ser feita é a reengenharia do Poder Judiciário. Os procedimentos administrativos na esfera dos diferentes órgãos judiciários devem ser uniformizados para possibilitar o uso adequado das modernas conquistas tecnológicas no campo da informática, bem como criar serviços de protocolos centralizados e

incremento de investimentos financeiros mas, ao reverso, no descomprometimento orçamentário estatal, nos termos sugeridos pelas instituições ideologicamente afeitas ao *Consenso de Washington*,⁷³⁵ o que foi acatado pelos legisladores brasileiros.⁷³⁶

Destarte, ao nos determos nos principais remédios administrados para resolver a “crise” do acesso à Justiça, constatamos que eles têm em comum o efeito de resultar na redução de investimentos públicos. Os processos dos Juizados de Pequenas Causas, neste ensejo, podem ser conduzidos por “juizes leigos” (normalmente são estagiários ou escreventes, cuja remuneração é em muito inferior à de um “juiz togado”), ou juizes de carreira que “acumulam” funções, em prédios (normalmente “anexos” aos fóruns) apertados, mal estruturados, onde os jurisdicionados se amontoam na espera de audiências que normalmente atrasam por horas. As ações coletivas, por sua vez, apesar de normalmente ostentarem volumosos autos e terem um longo trâmite, trazem a alegada vantagem de acumular várias pretensões num só processo, o que também gera economia de pessoal e de estrutura administrativa.⁷³⁷ O *direito sumular*, por impedir a “subida” de recursos especiais e extraordinários, ou mesmo autorizar ao juiz sentenciar sem a oitiva do réu em causas já “pacificadas,”⁷³⁸ permite a redução numérica dos processos, diminuindo o volume de trabalho dos julgadores. Por fim, a ostensiva política pública que fomenta a *conciliação* em massa (judicial e extrajudicial à qual dedicaremos um capítulo específico),

integrados, quer para agilizar os serviços judiciários, quer para economizar os seus custos operacionais que são gritantemente elevados.” Cfr. HARADA. 1998, página 53.

⁷³⁵ O *Banco Mundial*, a despeito de tratar dos problemas orçamentários do Judiciário na América Latina, em nenhum momento sugere o aumento de investimentos; ao reverso, aposta na melhoria da capacidade administrativa de seus membros: “visando garantir uma alocação eficiente de recursos orçamentários o Judiciário deve apresentar habilidades técnicas de contabilidade financeira e de auditorias.” Isso porque, ainda segundo o *Documento Técnico* em comento, “na maioria dos países latino americanos o quadro de pessoal do Judiciário não esta suficientemente treinado em matérias de contabilidade e finanças” sendo que “em alguns casos, os próprios magistrados administram o orçamento,” situação que “impede o Judiciário de planejar adequadamente suas necessidades orçamentárias.” Cfr. DAKOLIAS. 1996, página 14.

⁷³⁶ As sugestões do Banco Mundial foram fielmente seguidas no Brasil, tanto é que em texto da lavra de Sérgio Rabello Tamm Renault, ex-secretário da Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça na época da promulgação da *Reforma do Judiciário* (EC 45/04), lê-se que “a reforma do Judiciário passa necessariamente pela modernização de sua gestão, através da implementação de medidas que independem de alterações legislativas,” como “a incorporação de novas tecnologias da informação, a desburocratização, a padronização de procedimentos racionais, a simplificação de sistemas operacionais, a capacitação de pessoal, (...)” ou seja, soluções que não implicam no aumento de investimentos pelo Estado, mas na melhor administração do orçamento atual. Cfr. RENAULT. 2004, página 97.

⁷³⁷ É o que Hugo Filardi afirma que “a tutela coletiva, e, em especial, a Ação Civil Pública (...) deve ser utilizada como meio de economia judicial e processual, impossibilitando que demandas muito dificultosas sirvam como óbice ao direito de ação, além de permitir o desafogamento do Poder Judiciário e conseqüente diminuição da propositura de ações similares.” Cfr. FILARDI. 2006, página 27.

⁷³⁸ O já mencionado artigo 285-A do Código de Processo Civil, que dispõe que “quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.”

pacífica conflitos com uma sentença meramente homologatória, demandando o reduzido envolvimento da *máquina judiciária*.

Essas são soluções que *ampliam* o acesso do cidadão ao Judiciário – conquanto de forma *secundária*, por vezes *improvisada* – dispensando investimentos adicionais do Estado para dar conta da tal *demanda reprimida* pelo *serviço* jurisdicional. Foi provavelmente essa faceta que levou Kim Economides a acentuar que “a principal força motriz por trás das atuais reformas de ‘acesso’” não seria um “desejo altruístico de valorizar a cidadania,” mas “a busca de novos meios de reduzir os custos da oferta de serviços jurídicos.”⁷³⁹

Outrossim, ainda na linha da almejada redução dos *custos orçamentários* do Judiciário, um critério consolidou-se como ideal para auferir a *produtividade* do Judiciário: os *dados estatísticos*, principalmente aqueles que permitem cotejar o número de sentenças *versus* o de processos ajuizados.⁷⁴⁰ A questão sugerida por essa visão do processo e de seu papel na sociedade, não seria, pois, se a Justiça estaria julgando corretamente os litígios, “e sim se ela, de forma eficiente, reduz o número de processos.”⁷⁴¹ A *visibilidade* do Judiciário para o público passou a ser colocada unicamente em termos de *quantidade*, e não de *qualidade* dos julgados,⁷⁴² denotando-se um empenho no sentido de submeter os seus atos a uma redefinição social, tornando-se “mais um produto na imensa panóplia de serviços prestados pelo Estado.”⁷⁴³

Destarte, as normas constitucionais introduzidas pela Emenda Constitucional 45/04, e em especial a criação do Conselho Nacional de Justiça, cujas atribuições seriam

⁷³⁹ Cfr. ECONOMIDES. 1997 página 70. O mesmo autor, prosseguindo nas críticas, ainda pontua: “As tendências atuais em direção a serviços jurídicos alternativos, justiça informal, resolução alternativa de conflitos (*alternative dispute resolution* — ADR) e acordos condicionais de honorários devem ser vistas como tentativas de desviar, reduzir ou distribuir os custos de casos legais onerosos, através da experimentação de novos meios de processamento, administração e financiamento de disputas. Qualquer melhoria subsequente do acesso dos cidadãos (ou de legitimidade política/profissional) é um efeito colateral, positivo, mas secundário. Se o objetivo primordial das reformas de acesso for, verdadeiramente, reduzir o ônus financeiro do Estado, será que estas reformas estão, no final, condenadas ao fracasso ou são irrelevantes para a busca de concepções mais profundas (ou mesmo mais pragmáticas) de justiça?”

⁷⁴⁰ Para Carlos Henrique Bezerra Leite, “a nova concepção de acesso à justiça passa, *a fortiori*, pela imperiosa necessidade de se estudar a ciência jurídica processual e seu objeto num contexto político, social e econômico, o que exige do jurista e do operador do direito o recurso constante a outras ciências, inclusive a estatística, que lhe possibilitarão uma melhor reflexão sobre a expansão e complexidade dos novos litígios para, a partir daí, buscar alternativas de solução desses conflitos.” Cfr. LEITE. 2002, página 28.

⁷⁴¹ Cfr. SALDANHA. 2009, página 65.

⁷⁴² Ainda de acordo com Jânia Saldanha, “enquanto que em tempo anterior a Jurisdição não se preocupava tanto com o impacto social de sua lentidão, atualmente vê-se compelida a atuar quase que em tempo real, por meio da tutela de urgência, para acompanhar as exigências contemporâneas de eficiência. Por tal razão a Jurisdição é chamada a inscrever-se numa cadeia de compreensão em que a utilidade e eficiência de seu trabalho seja visível aos olhos do público.” Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

⁷⁴³ Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

promover a supervisão orçamentária, administrativa e disciplinar do Poder Judiciário, além de elaborar “semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário” e “relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho” (CF, art. 103-B, §4º, incs. V e VI), apontam para a consagração do modelo *quantitativo* de apreciação do *serviço* Judiciário. Originalmente proposta para *aproximar a Magistratura da população*,⁷⁴⁴ a *Reforma do Judiciário* sofreu ao longo da sua tramitação múltiplos adendos, inclusive de juristas oriundos da *Escola Processual de São Paulo* conforme pontuado anteriormente,⁷⁴⁵ com o objetivo de desenvolver um modelo de avaliação do desempenho dos magistrados, culminando com a criação de instituição externa ao Judiciário a quem competiria “fornecer diagnósticos” e “propor soluções” para a sua “crise”, sobretudo sob os auspícios da sua *produtividade*.⁷⁴⁶ A despeito de, passados quase dez anos desde a criação do CNJ e da implementação de sua metodologia *diferenciada* de administração de processos, os resultados não serem nada alentadores (não bastassem as agudas críticas ao critério meramente *numérico* de avaliação da *produtividade*,⁷⁴⁷ as medidas adotadas não melhoram a capacidade de absorção das novas ações e a *celeridade processual* nunca passou de um *estético* princípio insculpido na Constituição Federal – art. 5º, inc. LXXVIII⁷⁴⁸), o apego aos dados estatísticos é fenômeno tido por louvável, desejável e, em todo o caso, praticamente inquestionável pela processualística.

⁷⁴⁴ Hélio Bicudo, responsável pela Proposta que deu lugar à EC 45/04 afirmou em recente entrevista concedida ao jornal *O Globo* que o objetivo original do CNJ era “submeter o Poder Judiciário à crítica da população” e “aproximar o Poder Judiciário do povo.” Cfr. *Fiscalização do Poder Judiciário está entranhada na sociedade brasileira, diz Hélio Bicudo*. in *O Globo, Política*, datado de 7/10/11. O único dispositivo da EC 45/04 que parece atender a esse propósito é o inciso VII do artigo 93 da Magna Carta que dispõe que “o juiz titular residirá na respectiva comarca, salvo autorização do tribunal.”

⁷⁴⁵ Cfr. GRINOVER. 2004, página 8.

⁷⁴⁶ Esse objetivo estava em tudo alinhado com as propostas contidas no *Documento Técnico 319*, já referenciado: “O gerenciamento de processos é a base da administração da Justiça. A maioria das Cortes sofrem com severos acúmulos processuais e são incapazes de reduzir o volume processual para enfrentar o problema da morosidade. (...) As técnicas apropriadas de gerenciamento de processos requer que as Cortes sejam capazes de reunir dados sobre volume processual. O projetos devem preparar o quadro de servidores, encarregado da parte administrativa das Cortes, para desenvolver o planejamento e a pesquisa necessária a aplicação das técnicas de gerenciamento processual. (...). Uma avaliação da carga de trabalho é importante para uma estratégia de planejamento e pesquisa, utilização de recursos e desenvolvimento de atividades judiciais e não judiciais por parte do quando de pessoal.” Cfr. DAKOLIAS. 1996, página 16.

⁷⁴⁷ Com efeito, “uma valorização apenas quantitativa da Jurisdição, reduzida às cifras, pode produzir um efeito nocivo e, por isso, criticável, que é limitar toda a sua avaliação ao que se pode ser medido e quantificado, como por exemplo, sobre saber acerca do número de sentenças com resolução do mérito, sem resolução do mérito, número de antecipações de tutela, número de prisões preventivas, número de escutas telefônicas etc.” Cfr. SALDANHA. 2009, página 65.

⁷⁴⁸ Vejamos: “LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

De outra sorte, um valor muito caro à ideologia econômica neoliberal, também preservado pelos mecanismos de ampliação do acesso à Justiça, foi a *segurança jurídica*. A relação entre os sistemas judiciais e a eficiência das economias dos países tornou-se um lugar comum nas discussões a respeito do papel do processo civil na melhoria de condições de desenvolvimento dos mercados globais.⁷⁴⁹ Como o *direito legislado* parece não ter sido suficiente para conferir ao ambiente negocial brasileiro as *certezas* de que precisaria para se desenvolver⁷⁵⁰ – notadamente em razão de alguns poucos juízes que *teimariam* em não aplicar essas normas da maneira que lhes seria *desfavorável* – as atenções se voltaram às possíveis maneiras de *enquadrar* o Judiciário e seus membros, principalmente os mais *independentes*. Desta feita, temos que as tentativas cada vez mais incisivas de *standartização* dos julgados, recomendadas pelas instituições internacionais de jaez neoliberal,⁷⁵¹ foram também acolhidas pelos mecanismos de universalização da jurisdição.⁷⁵²

Para além das instituições próprias do *direito sumular* de que já falamos, destacando-se aquelas inseridas no bojo da *Reforma do Judiciário* para mitigar os riscos de decisões judiciais que contrariassem determinados interesses no âmbito do que se

⁷⁴⁹ Sustenta-se, com efeito, que “a qualidade dos sistemas legal e judicial também influencia a eficiência de uma economia,” porquanto “um sistema legal e judicial de má qualidade distorce os preços, na medida em que introduz um risco jurídico nas transações econômicas, que, ao incidir de forma não uniforme nos vários mercados de bens e serviços, distorce os preços relativos e diminui a eficiência alocativa.” Cfr. PINHEIRO. 2004, página 19.

⁷⁵⁰ Sobre tudo a *certeza* de que, caso descumprida alguma obrigação, o credor disporá de meios para fazê-lo forçadamente, ou ao menos se ressarcir dos prejuízos.

⁷⁵¹ Do citado *Documento Técnico* elaborado pelo *Banco Mundial*, lemos o seguinte trecho que reproduz as inquietações com a falta de *segurança jurídica* dos ordenamentos latino-americanos: “A reforma econômica requer um bom funcionamento do judiciário o qual deve interpretar e aplicar as leis e normas de forma previsível e eficiente. Com a emergência da abertura dos mercados aumenta a necessidade de um sistema jurídico. Com a transição de uma economia familiar - que não se baseava em leis e mecanismos formais para resolução de conflitos - para um aumento nas transações entre atores desconhecidos cria-se a necessidade de maneiras de resolução de conflitos de modo formal. As novas relações comerciais demandam decisões imparciais com a maior participação de instituições formais. Todavia, o atual sistema jurídico é incapaz de satisfazer esta demanda, forçando, consequentemente, as partes a continuar dependendo de mecanismos informais, relações familiares ou laços pessoais para desenvolver os negócios. Algumas vezes isto desestimula as transações comerciais com atores desconhecidos possivelmente mais eficientes gerando uma distribuição ineficiente de recursos. Esta situação adiciona custos e riscos as transações comerciais e assim reduz o tamanho dos mercados, e consequentemente, a competitividade do mercado.” Cfr. DAKOLIAS. 1996, página 7.

⁷⁵² Jânia Maria Lopes Saldanha igualmente trata da relação entre a standardização do direito e os valores neoliberais: “Assim, o que não estiver no domínio do mensurável se torna secundário e sem valor. E a adoção das chamadas ‘boas práticas’ acabam definindo *standarts* de comportamento e de procedimentalização. No caso do Direito Processual brasileiro, mecanismos de controle de acesso aos tribunais como a rejeição liminar da apelação constante no art. 518, § 1º, do CPC, os poderes monocráticos dos relatores para indeferir recursos e a sua vinculação às súmulas, com base no art. 557 do mesmo Código, são um bom exemplo do funcionalismo, que prestigia a uniformidade, pressuposto do neoliberalismo.” Cfr. SALDANHA. 2009, página 65.

convencionou chamar de *manicômio judiciário* (especialmente as *Súmulas Vinculantes*, introduzidas pela EC 45/04), as próprias ações coletivas agiriam no sentido de assegurar maior *segurança jurídica* ao ordenamento jurídico pátrio, em linha com os reclamos dos expoentes da visão neoliberal do papel do direito na ordem econômica.⁷⁵³ Sim, justamente esse modelo de ações, criado para proteger os *interesses difusos*, o *patrimônio de toda a coletividade*, enfim, *direitos sociais* por excelência.

Lemos no discurso processual a respeito de uma tendência de *coletivização do processo*, que estaria ocorrendo simetricamente à contemporânea “*migração do individual para o coletivo*,”⁷⁵⁴ exigindo uma mudança de postura do processo civil, que não mais poderia ser tratado como “um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais,”⁷⁵⁵ conforme pontuado por Cappelletti. Mas se testemunhamos uma *desindividualização* dos sujeitos nessas ações coletivas,⁷⁵⁶ uma verdadeira *desumanização* do processo,⁷⁵⁷ não aquiescemos com a ideia de que se teria rompido com a lógica individualista do processo de matiz liberal.

Temos para nós que o processo coletivo continua se desenvolvendo sob os auspícios de uma disputa ritualizada a ser resolvida por um terceiro desinteressado. Se por um lado, ao invés de *Caio contra Tício*, presenciamos nos processos *transindividuais* o confronto de centenas, milhares, milhões de *Caios contra um só Tício*, o modelo

⁷⁵³ “A evolução do Direito brasileiro” obtempera Rodolfo de Camargo Mancuso, “vai exibindo uma crescente *migração do individual para o coletivo*, e isso, inclusive, como condição para a própria *sobrevivência* do sistema judiciário como um todo, hoje atolado em multifárias ações individuais plúrimas e repetitivas, em descompasso com o ideário do processo coletivo, em que se busca uma resposta *unitária* que possa aplicar-se, como padrão decisório, a todas as pretensões individuais ali subsumidas, de que é exemplo emblemático o processo coletivo consumerista, permitindo a prolação de uma sentença de condenação genérica, no caso de interesses individuais homogêneos, isto é, aqueles ‘decorrentes de origem comum.’” Cfr. MANCUSO. 2009, página 334.

⁷⁵⁴ Cfr. *idem, ibidem*, página 328.

⁷⁵⁵ Cfr. CAPPELLETTI. e GARTH. 1988, páginas 49 e 50.

⁷⁵⁶ Diz-se que “o interesse difuso é genuinamente transindividual por transcender o indivíduo. O direito pertence-lhe, mas sem exclusividade. Há inúmeras pessoas aspirantes à igual pretensão. Descarta, porém, a ideia de interesses individuais agrupados. Seus titulares são indetermináveis; ligam-se por circunstâncias fáticas. Inexiste, portanto, vínculo jurídico. Não significa estarem submetidas às idênticas particularidades, mas, sim, a situações equivalentes. Sua origem é meramente circunstancial. O objeto do interesse difuso é indivisível, incindível. Logo, sua tutela atingirá a todos indistintamente; gerará efeito à coletividade. Esse ponto é fundamental para entender a impossibilidade de fragmentação de seu objeto. A indivisibilidade impede essa repartição.” Cfr. FONSECA. 2012, página 348.

⁷⁵⁷ Nesse sentido, “longe de serem marginais,” as inovações processuais “estabelecem uma nova arquitetura do modelo de Jurisdição que se afasta dos seus postulados clássicos e que visa a atender, muito mais, ao postulado da eficiência do que ao da efetividade em termos de qualidade. Jurisdição essa que cada vez mais se virtualiza. Portanto, que se afasta dos sentidos humanos, em nome da eficiência. Não seria vítima de uma cegueira consentida para os resultados daquilo que faz no mundo os homens reais? Mostra-se, talvez, em sua melhor e em sua pior forma.” Cfr. SALDANHA. 2009, página 47.

procedimental para se chegar à sua resolução é exatamente o mesmo: teses antagônicas postas frente a frente das quais, ao final, uma sairá *vencedora* e a outra *perdedora*. Diferentemente da seara das políticas públicas, ou mesmo das *lides legislativas*, nas quais é possível (embora nem sempre buscada, quanto menos alcançada) uma *composição de interesses*, a exemplo do que acontece no processo dito *individual*, se a solução dada for adjudicada (sentença) é pouco provável a possibilidade de um *meio termo*, e *necessariamente* uma das partes terá razão e a outra – a sucumbente –, não.⁷⁵⁸

Dessa realidade extraímos que, a despeito de se auto-intitulem *coletivas*, as ações onde se discutem os chamados *direitos difusos* não provocaram uma *fissão* nos arquétipos *individualistas* do processo civil; a bem dizer, possibilitam o agrupamento sistemático de múltiplas micro-demandas, facilitando a organização da defesa dos interesses, além de conferirem a já mencionada *segurança jurídica* ao sistema, tudo isso nos moldes dos anseios dos ideólogos do neoliberalismo. De fato, sob o pretexto de limitar os “deletérios efeitos” de decisões potencialmente contraditórias,⁷⁵⁹ ao agrupar variadas pretensões num só juízo e tribunal, a ação coletiva favorece de certa maneira o réu, seja ele uma grande corporação ou o próprio Estado: permite a concentração de esforços, o estabelecimento de uma estratégia processual bem pensada e trabalhada, a escolha da melhor defesa conforme o perfil do magistrado, desembargador ou ministro, o uso do argumento, por assim dizer, *certeiro*. Isso sem falar no tempo, despesas e honorários que são poupados porquanto, ao invés de múltiplas contestações, perícias, manifestações, agravos, embargos e apelações, os eventos processuais serão unificados em uma singular demanda. Ou seja, se não garante a vitória do demandado, com certeza os custos são pormenorizados e concentrados no bojo da ação coletiva. Aliás, mesmo que o resultado seja prejudicial à determinada instituição (o poluidor, o violador de algum direito consumerista ou econômico, ou mesmo o governante descumpridor de algum direito social), a coisa julgada *erga omnes* permitirá aos seus concorrentes, ou a quem vier a

⁷⁵⁸ “Trata-se” segundo Jânia Maria Lopes Saldanha, “de reconhecer que o sujeito contemporâneo, ainda que com mudanças de perfil, não se afastou do *homo economicus* do século XVIII, um sujeito de opções individuais irredutíveis e intransmissíveis, conduzido pela ‘mão invisível’ de que falava Adam Smith. Certamente essa foi a marca definitiva do chamado ‘processo civilizador’ que inaugura a modernidade, pois teve como foco os indivíduos, quando os controles comunais foram substituídos pela capacidade de autocontrole daqueles sob a batuta do pensamento racional, única manifestação de civilização.” Cfr. *idem*, *ibidem*, *loc. cit.*

⁷⁵⁹ Diz-se que “outro fator importante para a propagação deste instituto [a Ação Civil Pública] é a segurança jurídica advinda da impossibilidade de provimentos jurisdicionais meritórios conflitantes, respeitando definitivamente o princípio da igualdade diante da lei.” Cfr. FILARDI. 2006, página 27.

substituí-la, preverem com clareza as *regras do jogo*, calcularem os limites da juridicidade de sua atividade.

Por fim, não podemos esquecer que essa *coletivização* do *eu* não raro ignora preferências ou vontades particulares, *esvaziando* o ímpeto de genuínas pretensões, *generalizando* as pessoas ou reivindicações em grupos nem sempre representativos ou bem delineados,⁷⁶⁰ sob a presunção de que seus interesses foram legitimamente defendidos pelos seus proponentes. Destarte, as ações coletivas acabam provocando uma *elitização*, ainda que por vias transversas, do processo. Por envolver direitos de muitos, essas demandas não podem ser conduzidas ou protagonizadas por pessoas comuns – a lei já realiza, em certa medida, uma seleção censitária dos entes legitimados a propor esse tipo de ações –, de modo que o destinatário da tutela coletiva não pode fazer mais do que assistir o desenrolar da demanda; o próprio Cappelletti, aliás, reconhecia a inadequação desse tipo de procedimento para “fazer valer os direitos das pessoas comuns.”⁷⁶¹

Desta feita e considerando todos os aspectos suscitados, fica claro que, atendendo aos anseios de austeridade fiscal e redução de gastos públicos, a implementação das idéias constantes das *ondas renovatórias* se deu em consonância com os princípios defendidos pela doutrina econômica neoliberal. Se, conforme pontuado por Armando Castelar Pinheiro, a diferença conceitual entre juristas e economistas residiria no fato de, na análise de “como o Judiciário funciona,” aqueles seriam “mais voltados para a eficácia do que para a eficiência e mais focados nos casos individuais do que nos impactos agregados do funcionamento da Justiça,” enquanto que estes seriam focados na “sua eficiência, e na avaliação da qualidade dos seus serviços o seu impacto sobre o crescimento

⁷⁶⁰ Ao tratar dos *processos estruturais*, Owen Fiss deixou claro que “a vítima de um processo judicial estrutural não é um indivíduo, mas um grupo,” que pode ser definido em termos de uma *instituição* (“os presidiários de um estabelecimento prisional ou os beneficiários da previdência social”) ou um grupo que tenha “uma identidade que transcenda os limites da instituição,” como no caso por ele noticiado envolvendo o fim da segregação escolar, onde “as vítimas não são os alunos, mas provavelmente um grupo maior, a saber, os negros.” Ainda segundo o autor estadunidense, importa lembrar que esses grupos existem “independentemente da ação judicial, não sendo simplesmente construções legais,” bem como que por vezes eles não formam um conjunto de indivíduos “identificáveis,” já que “compreendemos a situação dos internos de uma instituição submetida a condições desumanas, sem sabermos ou, no caso de futuros internos, sem nem mesmo sermos capazes de imaginar quem eles são em qualquer sentido particularizado.” Cfr. FISS. 2004, página 51.

⁷⁶¹ Por suas palavras, “algumas das características do sistema judiciário regular, que o tornam apto para a solução de litígios de direito público, em defesa de interesses difusos da *coletividade*, frequentemente também o tornam pouco adequado a fazer valer os direitos das pessoas comuns ao *nível individual*. Procedimentos contraditórios altamente estruturados, utilizando advogados bem treinados e perícias dispendiosas, podem ser de importância vital nos litígios de direito público, mas colocam severas limitações na acessibilidade de nossos tribunais a pequenas causas intentadas por pessoas comuns.” Cfr. CAPPELLETTI. e GARTH. 1988, página 91.

da economia e do bem-estar coletivo,”⁷⁶² resta evidenciado que as medidas de universalização do acesso à Justiça aproximaram as duas visões até então tidas por antagônicas.

Inclusive, o *intercâmbio simbólico* entre o processo e os valores constantes do *Consenso de Washington* nos remete à relação que se costuma estabelecer entre a ascensão da burguesia mercantil européia no início da *idade moderna* e a sua influência sobre as explicações *contratualistas* dos fenômenos políticos: os conceitos de *compromisso*, *obrigações*, *ônus*, *renúncia*, e até mesmo a necessidade da redação de um *termo contratual* (germe das Constituições modernas), próprios de relações comerciais, foram integrados por filósofos como Hugo Grotius, Thomas Hobbes, John Locke e Jean Jacques Rousseau que, com algumas variações, vincularam a legitimação do poder soberano à celebração de um *contrato social*. De modo semelhante, a dogmática processual acabou sendo *pautada* pela ideologia econômica da qual tratamos, subjugando-se aos seus *arquétipos*, *simbologias* e *modos de pensar*. O vocabulário e as prioridades da lógica econômica (notadamente a liberal) podem ser percebidos nas reflexões e objetivos buscados nos enunciados pertinentes à ampliação do acesso à Justiça. Não haveria exagero, aliás, em se dizer que não foi o *enfoque do Acesso à Justiça* quem renovou os *cogitos* da “ciência” processual, mas a incorporação dos valores neoliberais no discurso da processualística quem deu lugar e formatou as reformas propostas nas *ondas renovatórias cappellettianas*.

Dessa forma, muito longe de pôr em questão elementos basilares do capitalismo de mercado, como a *segurança jurídica* e, particularmente, a *liberdade negocial*, as ferramentas de ampliação do acesso à Justiça, alimentadas pela ideologia neoliberal, acabaram fortificando-nos. Esse intuito é ratificado quando vemos o próprio Cappelletti afirmar que, apesar de haver um desequilíbrio “entre poderosos ‘produtores,’ de um lado, e isolados ‘consumidores,’ do outro lado,” o “livre mercado” teria se mostrado “essencial para o incremento da geral prosperidade,” de modo que ao *movimento de acesso à Justiça* cumpriria restaurar o “verdadeiro mercado livre” pela equalização adequada entre “supply side e o demand side.”⁷⁶³ Essas afirmações vêm reforçar nossa impressão inicialmente sugerida de que o *enfoque do acesso à Justiça* nunca buscou questionar genuinamente os valores liberais do processo, mas sim promover, por meio de

⁷⁶² Cfr. PINHEIRO. 2004, página 18.

⁷⁶³ Cfr. CAPPELLETTI. 1991, página 205.

“transformações do direito substantivo e processual,” a restauração do *equilíbrio perdido*, mas sem “renegar a fundamental liberdade do mercado.”⁷⁶⁴

Trazer este aspecto à nossa discussão fez ressurgir a natureza *apaziguadora* assumida pelos *direitos sociais*, no sentido de serem *concessões* feitas pelo sistema para evitar questionamentos mais incisivos, mantendo-se assim as balizas mestras da ordem estabelecida. Com efeito, apesar de demandar certos esforços por parte do Estado, a universalização do acesso à Justiça não rompeu as estruturas caras à ideologia econômica dominante, até pelo contrário: além de manter os ritos tradicionais, com os privilégios de antigamente – rito ordinário para causas “complexas,” execução para contratos e títulos de crédito, defesa (reintegração) liminar do direito dos possuidores, despejo expedito a favor dos locadores, isso sem falar nos procedimentos extrajudiciais⁷⁶⁵ – os “novos direitos” foram contemplados por procedimentos de *segunda classe* (JECs) ou com a sua *despersonalização* (*ações coletivas*). Ao mesmo tempo, a visão dos economistas neoliberais a respeito do papel do Judiciário se impôs também graças ao enfoque do acesso à Justiça, que implementou mecanismos garantidores de *segurança*, *previsibilidade* ao sistema jurídico, tudo isso sem prejudicar a *austeridade econômica*.

Vale dizer, o *verniz social* das ondas renovatórias foi um estratagema discursivo bastante exitoso, pois assegurou a realização de reformas no ordenamento processual brasileiro para torná-lo mais adequado aos postulados da ideologia neoliberal, carregando o sedutor rótulo de políticas *assistencialistas* favoráveis aos cidadãos comuns.

5. A sociedade de consumo de massa necessita da crença no Judiciário para se consolidar.

A *invasão* da terminologia econômica no campo do saber processual está também relacionada à assunção, pela sociedade brasileira, das características definidoras de uma *sociedade de consumo em massa*. Embora a relação de causa e efeito não seja clara, é evidente o estreito vínculo existente entre a consolidação do mercado consumerista com a criação, pelo Estado, de um arcabouço normativo e processual das condições necessárias para o seu desenvolvimento. É desse liame e de seus conseqüências para o discurso da ampliação do acesso à Justiça que vamos falar a seguir.

⁷⁶⁴ Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

⁷⁶⁵ Caso da alienação extrajudicial de bem imóvel, autorizada pelo artigo 32 do Decreto-Lei 70/66, cuja constitucionalidade até hoje é posta em dúvida, mas que continua sendo praticada.

Em apertada síntese, a *sociedade de consumo* foi formada em nível global a partir da adoção, pelos países “desenvolvidos” do bloco capitalista, de um modelo de reconstrução econômica no pós-segunda guerra baseado no fomento ao consumo de serviços e bens, valorização dos arquétipos culturais ocidentais (especialmente estadunidenses, o *american way of life*) e fortalecimento do sistema financeiro global, do qual resultou a formação de uma classe média com renda, valores, anseios e mores mais ou menos homogêneos. Esse conjunto de fatores sucintamente apresentados deu lugar a um modelo de organização econômica, social e política na qual os indivíduos acabaram sendo segregados sistemicamente em duas categorias: aqueles a quem cabe produzir o bem ou serviço e aqueles a quem cabe adquiri-lo. Essa dicotomia nada estanque, de vez que uma mesma pessoa pode assumir ambas as feições em momentos distintos, é atualmente uma destacada referência na definição das relações sociais, inclusive para as autoridades governamentais que, a partir desses paradigmas, elaboram diagnósticos e planejamentos sempre visando ao fortalecimento dos arquétipos consumeristas.

Como resultado desses acontecimentos, assistimos hoje na cultura ocidental a um fenômeno de adoração ao *deus consumo*: diante do contexto em que as pessoas *são o que consomem*, há muito o ato de *comprar* consubstancia o epicentro da realidade social, e deixou de estar relacionado somente às *necessidades vitais*, para se tornar um *meio de vida*, um indicativo de *status social*, uma *terapia* e, para alguns, *um estado de espírito*. Neste ensejo, o papel das autoridades estatais tem sido o de dar condições para o desenvolvimento dessa *sociedade de consumo*, o que implicou na implementação de políticas públicas de naturezas diversas. Em nível legal, isso se traduziu primeiro no reconhecimento das categorias jurídicas envolvidas (as figuras de consumidor e produtor/fornecedor) e, num segundo momento, na adoção de medidas regulatórias visando à tutela das relações *de consumo*, protegendo (em tese) o *consumidor* de sua presumida condição de inferioridade (a *vulnerabilidade* de que fala o Código de Defesa do Consumidor) perante os fornecedores de bens e serviços.

A despeito de ainda não estar totalmente consolidada no Brasil,⁷⁶⁶ a presença dos valores e das estruturas normativas condicionantes de uma sociedade de consumo é

⁷⁶⁶ Isso porque muitos ainda vivem *abaixo do nível da pobreza*, não dispondo de meios para consumir. O quadro, no entanto, está em franca mutação, como ilustram os seguintes dados levantados recentemente por Cláudia Lima Marques: “Pela primeira vez na história a classe média conta mais da metade da população economicamente ativa (51,89%), a quota de consumo por família aumentou de 0,91 em 2002 para 5,26 em 2007, e, em 10 anos, o salário mínimo teve seu poder de compra aumentado em 90%. Desde 1992 a pobreza tem diminuído 5,2% ao ano. Desde o fim da ditadura militar em 1985, a pobreza diminuiu 43,03%, e a

claramente verificável em seu ordenamento jurídico, notadamente o processual. Com efeito, a constitucionalização da proteção aos consumidores na Carta Republicana foi um passo fundamental rumo ao enraizamento dos elementos fundadores de uma ordem social consumerista,⁷⁶⁷ e abriu o caminho para a criação de um arcabouço normativo que é pressuposto (e não consequência) do estabelecimento de tal espécie de sociedade.

Pressuposto porque o ambiente de consumo, constituído em meio a fabulações discursivas criadoras de um universo *convidativo*, *atrativo*, até certo ponto *aconchegante*, se apoia também no sistema jurídico-normativo para ostentar essas feições: as campanhas publicitárias onde são mostrados o *mundo perfeito* daqueles que dirigem o carro *da moda*, usam as roupas *da estação* ou fazem ligações na *(pen)última*⁷⁶⁸ *versão* do telefone celular – a conhecida *família de propaganda de margarina* – são apenas algumas das variadas facetas dos instrumentos ideológicos postos em prática para viabilizá-lo. Na mesma linha, a organização de uma estrutura normativa voltada à proteção do consumidor, encabeçada pela Constituição Federal impondo ao Estado a promoção “na forma da lei,” da defesa do consumidor (art. 5º, inc. XXXII) e incluindo-a entre os *princípios da ordem econômica* (art. 170, inc. V), contando ainda com um Código com específicas regras de direito material e processual (Lei 8.078/90, além de outras normas adjetivas), é *condição determinante* para criar a *atmosfera ideal*, o clima de *conto de fábulas* juridicamente *aconchegante* para o consumo.

As medidas protetivas asseguradoras da “facilitação da defesa do Consumidor em juízo,” apesar de serem consideradas “estranhas à teoria econômica clássica,” nos dizeres de Fábio Konder Comparato,⁷⁶⁹ em conjunto com entidades da sociedade civil (associações de proteção ao consumidor) ou ligadas ao Estado (Ministério Público e os PROCONs), encontram-se no centro de uma amálgama discursiva que impinge ao

extrema pobreza, 60,03%. Segundo a FGV, são, desde 2003, 32 milhões de pessoas (o que significa um terço da população alemã) que migraram para as classes A, B e C (os ricos ou a classe média). A pobreza absoluta (indigência) diminuiu em 30%. No Brasil, os sociólogos chamam os últimos 10 anos de “década da igualdade”, o que significa: o mercado de consumidores no Brasil triplicou nos últimos 10 anos. De 2005 a 2010, o e-commerce no Brasil cresceu 254%, com 27 milhões de e-consumidores em 2011. E em 2012, o Brasil superou a Alemanha passando para quinto país em uso da Internet, com 75,98 milhões de pessoas conectadas.” Cfr. MARQUES. 2013, página 25.

⁷⁶⁷ A propósito, afirmou Cláudia Lima Marques: “ao analisar o desenvolvimento do Brasil, percebe-se que essa sociedade, extremamente complexa, procura se desenvolver e transformar seu modelo histórico de atraso, através da inclusão de uma grande parcela de sua população na sociedade de consumo global. Isso esclarece, de certa forma, o porquê de a proteção do consumidor ser tão importante (tanto econômica, quanto politicamente) no Brasil (como atesta sua inclusão na lista de direitos fundamentais coletivos e do cidadão, art. 5º, XXXII, da CF/1988.” Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

⁷⁶⁸ Penúltima porque sempre existe uma versão mais atual pronta para ser lançada e adquirida por consumidores ávidos por pseudo-novidades.

⁷⁶⁹ Cfr. COMPARATO. 2011, página 27.

consumidor a ideia de que, ao adentrar no *maravilhoso mundo do consumo*, ele não será enganado, ultrajado, explorado pelos fornecedores de produtos e serviços. Esses mecanismos são estimuladores voltados a fazer com que o indivíduo se comporte do modo que dele se espera, isto é, adquirindo mais e mais bens, na crença de contar com a sua proteção, ainda que essas instâncias regulatórias não possam ser rigorosas a ponto de diminuir o *ímpeto econômico* do setor produtivo (para que continuem instalando suas fábricas, gerando emprego, recolhendo tributos, enfim, *promovendo o desenvolvimento*). A importância discursiva do *sistema de proteção ao consumidor*, de que fazem parte os instrumentos acima mencionados, e também os mecanismos de ampliação do acesso à Justiça, reside na disseminação por todo o *inconsciente coletivo* da ideia fabulada de que o mercado de consumo, apesar de contar com uma coleção de *armadilhas, ilusões e ardis*, seria *juridicamente seguro* para o adquirente de bens e serviços.⁷⁷⁰

No que nos interessa de toda essa fenomenologia, os mecanismos de ampliação do acesso à Justiça guardam estreita relação com a aludida necessidade de municiar o ordenamento jurídico processual desses mecanismos de defesa dos consumidores diante da presumida *voracidade* dos comerciantes. O fenômeno do consumo e as reivindicações a ele inerentes deram grande impulso à teoria *cappellettiana*, que a todo momento se refere a uma *perspectiva dos consumidores*,⁷⁷¹ dizendo-se preocupada em “dar voz” a essa categoria de jurisdicionados. Assim é que, dentro da lógica do discurso da universalização do Judiciário, não basta reconhecer e criar regras de proteção aos consumidores, “mas igualmente e sobretudo,” dirá Nicole L’Heureux, dotá-las “de meios eficazes e apropriados

⁷⁷⁰ Nesse sentido, diz-se que “a defesa do consumidor, enquanto objetivo de uma ação coletiva, é aquela que servirá para instigar ainda mais o consumo, uma vez que a própria existência de Procons (na esfera ainda pública) e de Serviços de Atendimento ao Consumidor (os SACs, fruto da privatização da SUNAB) já tem como propósito dar a ilusão da segurança ao consumidor, que será tentado a fazer mais e mais compras, com a tranquilidade de que seus fantasiosos direitos serão um dia respeitados ou ressarcidos.” Cfr. SILVA SANTOS. 2002, páginas 49 e 50.

⁷⁷¹ Isso fica especialmente visível no seguinte trecho, no qual Cappelletti noticia a introdução dessa “perspectiva nova” no estudo do direito processual, a qual, equiparando a prestação da tutela jurisdicional a um *serviço*, defende a priorização dos interesses de seu *consumidor*, ou seja, os jurisdicionados: “O grande movimento mundial pelo acesso à justiça, ainda em larga medida incompleto, introduziu com efeito, na esfera jurídica, uma perspectiva nova aquela, precisamente, que de modo significativo foi denominada a “perspectiva dos consumidores”; A velha concepção consistia em ver o direito na pura perspectiva dos “produtores” e de seu produto: o legislador e a lei, o juiz e o pronunciamento judicial, a Administração Pública e o ato administrativo. A concepção do acesso consiste, ao contrário, em dar preeminência à perspectiva do “consumidor” do direito e da justiça: o indivíduo, os grupos, a sociedade em suma, as necessidades, as exigências, as aspirações de indivíduos, grupos e sociedades, e portanto também os obstáculos (jurídicos, mas também econômicos, políticos, culturais etc.) que se interpõem entre o direito entendido como “produto” (lei, sentença, ato administrativo) e a justiça entendida como demanda social daquilo que é justo. Assim como na economia, substituiu-se no direito, ou pelo menos deveria substituir-se, uma concepção concentrada exclusivamente no *supply side* por uma visão mais realística, na qual se insere igualmente, e assume grande importância, o *demand side*.” Cfr. CAPPELLETTI. 1991, página 205.

de fazê-las valer,”⁷⁷² e não há nenhuma coincidência no fato de esses *meios* corresponderem àqueles constantes das *ondas renovatórias* propostas por Cappelletti.

O principal mote da defesa jurídica dos consumidores reside na presumida (inclusive legalmente) posição de inferioridade em relação aos fornecedores de bens e serviços, que se refletiria inclusive no plano processual.⁷⁷³ Nesta seara, os mecanismos de ampliação do acesso à Justiça teriam por escopo desfazer esse *desequilíbrio* ao municiar o consumidor de ferramentas capazes de colocá-lo numa condição de *paridades de armas* em relação ao seu oponente.⁷⁷⁴

Por exemplo: uma razão freqüentemente suscitada pelos processualistas para o consumidor não buscar a tutela dos seus direitos em juízo seriam os custos de uma demanda judicial, os quais, quando cotejados com o valor do prejuízo – no mais das vezes de pequena expressão financeira quando se trata de contratos consumeristas – não justificariam a mobilização de tempo e dinheiro para ajuizamento da ação. Os Juizados Especiais Cíveis constituiriam uma resposta a essa problemática, não apenas pela sua gratuidade, mas pelas facilidades franqueadas pela *informalidade* de que estariam hipoteticamente revestidos. O rito simplificado e enxuto previsto nesses Juizados, além do uso de precedentes judiciais (*direito sumular*), por reduzirem o tempo de duração dos processos, também desmontariam a estratégia de adiar o cumprimento da condenação por meio de recursos protelatórios, naquilo que se convencionou chamar de *mora judicialmente legalizada*.⁷⁷⁵

⁷⁷² Cfr. L'HEUREUX. 1993, página 5.

⁷⁷³ Essa proposta toma-se muito clara quando observamos as iniciativas adotadas no Código de Defesa do Consumidor que favorecem a defesa do consumidor em juízo: partindo-se do reconhecimento da *vulnerabilidade* do consumidor (art. 4º, inc. I), a responsabilidade do fornecedor de bens e serviços é objetiva (independe de culpa – arts. 14 e 18) e solidária (arts. 7º, § único e 25, § 1º); o consumidor pode ajuizar a ação reparatória no foro de seu domicílio (art. 101, inc. I) e é possível inverter-se o ônus da prova (art. 6º, inc. VIII); há inclusive a previsão da defesa em nível coletivo dos interesses difusos, coletivos e “individuais homogêneos” (art. 81).

⁷⁷⁴ Novamente citando Nicole L'Heureux, “uma das soluções preconizadas nos últimos anos foi a de priorizar a melhora de facilidades de acesso ao processo judiciário. Podemos adiantar duas idéias fundamentais: um sistema que seja acessível a todos e um sistema que produza resultados individual e socialmente justos. Medidas como a Ação Coletiva e o Juizado de Pequenas Causas foram preconizadas para atingir estes objetivos.” Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.* No mesmo sentido, afirma José Mário Wanderley Gomes Neto: “Centrado, sim, nos consumidores da prestação jurisdicional, o acesso à justiça dirige-se a tornar o processo instrumento de realização dos direitos fundamentais, justamente pela sua missão de pretender remover os empecilhos existentes, de ordem formal ou material, a sua efetiva tutela judicial.” Cfr. GOMES NETO. 2005, página 104.

⁷⁷⁵ A terminologia é de Rodolfo de Camargo Mancuso, que retrata a “busca, pelos chamados *clientes habituais*, da assim chamada ‘mora judicialmente legalizada’: dando-se ‘preferência’ à Justiça estatal, que, sendo lenta, onerosa e imprevisível, mostra-se melhor *adaptada* aos interesses subalternos dos procrastinadores.” Cfr. MANCUSO. 2009, página 222.

Conquanto constitua uma importante ferramenta, a defesa individualizada não seria, segundo o discurso processualista, um meio suficientemente eficaz para tutelar adequadamente os direitos consumeristas.⁷⁷⁶ Se, como afirma Cappelletti, singularmente o consumidor é “impotente” diante do *mass wrong doer*,⁷⁷⁷ o desafio em relação à defesa dos interesses em *massa* dos consumidores seria justamente conciliar a defesa em *nível coletivo* de interesses *particulares*. Nesta senda, as ações coletivas seriam instrumentos de tutela de direitos que, por não possuírem uma expressão econômica relevante (o caso clássico são as ações envolvendo *publicidade enganosa*), desestimulariam as vítimas a tomarem providências em nível judicial. Outrossim, os mecanismos de universalização do Judiciário remediariam outra mazela apontada pelos divulgadores do *enfoque do acesso à Justiça*, consubstanciada na *vantagem* dos *mass wrong doers* em relação aos consumidores na sua defesa em juízo: a circunstância de eles estarem mais *habituados* com a condução de um processo – contando por isso com advogados tecnicamente preparados, melhor alocação de custos, previsibilidade orçamentária⁷⁷⁸ e, o que raramente é lembrado, *ascendência social* sobre a magistratura (os lobbies, não necessariamente lícitos). Esse desnível seria mitigado pelas ações coletivas, porque nelas as diferenças de técnica e capacidade dos defensores – promotores ou entes especializados, ambos com estrutura, influência nos tribunais e conhecimentos técnicos diferenciados – seriam radicalmente diminuídas, quando não

⁷⁷⁶ Cappelletti, ao defender o uso de ações coletivas, afirma que, apesar de bem intencionados, os Juizados Especiais Cíveis não teriam resolvido satisfatoriamente as questões envolvendo direitos dos consumidores, porquanto as violações aos direitos consumeristas seriam várias “pequenas causas,” as quais, tomadas em conjunto, dariam lugar a uma “grande causa”: “E, mesmo que um ou alguns dos consumidores tivesse coragem de pôr em movimento o sistema jurisdicional, os resultados, segundo os tradicionais esquemas individualísticos da justiça, seriam praticamente irrelevantes, decerto incapazes de eficácia dissuasória em face do produtor ou distribuidor. Isso faz compreender o defeito fundamental que existe nas tentativas, embora interessantes, de resolver o problema da proteção dos consumidores no plano do procedimento simplificado de “pequenas causas”; a verdade é que, corretamente vista, a “causa” do consumidor é um agregado, não raro gigantesco, de potenciais “pequenas causas”; portanto, ela só pode ser eficazmente resolvida como “causa gigante”, certamente não como “pequena causa!”” Cfr. CAPPELLETTI. 1991, página 205.

⁷⁷⁷ Cfr. *idem, ibidem*, página 144.

⁷⁷⁸ Rodolfo de Camargo Mancuso afirma, neste ensejo, que os *clientes habituais* do Judiciário seriam “favorecidos pela ‘economia de escala’ com que *administram* seus processos (têm Departamento Jurídico ou são *clientes de partido* de grandes escritórios ou, no caso do Poder Público, contam com Procuradorias) e por isso podem ‘tocar’ os inúmeros processos que lhes concernem, até as instâncias superiores, buscando esgotar todas as possibilidades impugnativas” de modo que a estrutura judiciária lhes favoreceria, “na medida em que as controvérsias remanescem *sub judice* por longo tempo, estagnadas como *objeto litigioso*, assim ensejando a postergação do cumprimento das obrigações, sob o manto da chamada ‘mora judicialmente legalizada’.” De outra sorte, os chamados *clientes eventuais*, “encontram-se rara e episodicamente como autores e réus em ações judiciais, e por isso sofrem os ônus e os percalços da duração, dos custos e da imprevisibilidade do processo, de tal sorte que, se um dia conseguem a condenação da contraparte, isso não raro se transmuta em *mais uma decepção*, porque lhes cabe ainda suportar novos incidentes e impugnações, da execução ou da fase de ‘cumprimento de sentença.’” Cfr. MANCUSO. 2009, página 173.

invertidas.⁷⁷⁹ Isolados, os direitos dos consumidores individualmente considerados são descritos como *fragmentos* de um direito mais vasto,⁷⁸⁰ de modo que, ao dar relevância aos problemas de consumo quando os litígios são tomados de forma *pluripessoal*, o discurso da universalização do acesso à Justiça força a reunião de disputas, a unificação das pretensões dirigidas contra os *clientes habituais* do Judiciário.

Todos esses enunciados evidenciam a estratégia discursiva de *estereotipação* da proteção do consumidor em juízo: tanto a problematização do acesso à Justiça quanto a oferta de soluções são feitos sob os auspícios de pressuposições dogmáticas, lastreadas em estudos estrangeiros, que ignoram uma série de peculiaridades da realidade brasileira.⁷⁸¹ E o uso desses *enunciados performativos* se faz necessário sobretudo porque, apesar de ser apontada como instrumento protetor do consumidor, a estrutura processual montada para hipoteticamente tutelar o *elo mais fraco* não é nada prejudicial àqueles a quem ela visaria combater.

Além do já mencionado efeito de criar um ambiente de *reconforto* (a *ilusão* de que falava Bourdieu) para que os bens e serviços dos *mass wrong doers* não deixem de serem consumidos, os mecanismos de universalização do acesso à Justiça suavizaram o rigor das penalidades, tornando o controle judicial das violações aos direitos consumeristas um estimulante ao desrespeito e abusos.

A *judicialização* das violações ao direito dos consumidores – seja em nível individual ou coletivo – tem se mostrado ineficaz na coibição de práticas abusivas no âmbito de uma relação de consumo; não obstante, no momento em que delegou à Justiça a atribuição de remediar os males decorrentes de ilícitudes cometidas no âmbito do mercado de consumo – a *passagem do bastão* ocorreu com a implementação das reformas propostas nas *ondas renovatórias* – logrou o Estado desonerar-se de pesada incumbência (com

⁷⁷⁹ Tratando especificamente do caso brasileiro, Cappelletti falava de uma “pobreza organizativa,” por ele definida como sendo a “dificuldade, isto é, para os titulares dos interesses difusos, de organizar-se como uma frente unitária contra os ‘mass wrongdoer,’” a qual poderia ser superada, “potencialmente ao menos,” por reformas semelhantes à “adotada agora com o Código de Defesa dos Consumidores, no Brasil.” Cfr. CAPPELLETTI. 1991, página 144.

⁷⁸⁰ É o que aduziu Cappelletti: “A dificuldade do tema, como é sabido, reside no fato de que o consumidor, nas modernas sociedades industriais, é titular, em regra, de direito que outra coisa não é senão um *fragmento* de mais vasto direito “difuso”; diante da produção e circulação “em massa” dos bens, o mesmo tipo de produto destina-se a muitíssimos consumidores, cada um dos quais, se o produto é defeituoso, não terá senão um “fragmento” do dano total causado pelo mass wrong-doer.” Cfr. CAPPELLETTI. 1991, página 205.

⁷⁸¹ A mais relevante é a de que, diferentemente do que ocorre nos países “desenvolvidos” que serviram de modelo aos estudos de Cappelletti, o acesso à Justiça no Brasil é um problema de *maiorias*, e não de *minorias*. Cfr. SILVA. 2006, página 125.

repercussões partidário-eleitorais, inclusive, já que grandes empresas são os maiores doadores de verbas a partidos políticos).

Isto posto, a desformalização do processo proposta nos Juizados de Pequenas Causas, em conjunto com as medidas de *coletivização* das pretensões e *standardização* do direito, estabeleceram um ambiente de solução de conflitos previsível, controlável, com um nível de regulação e responsabilização de baixíssimo custo relativo. Representou, nos dizeres de Cappelletti, uma política de proteção dos consumidores que asseguraria “a eficiência da economia” sem implicar “instrumento de distorção do mercado.”⁷⁸²

Ao incorporar a lógica *produtiva*, os Juizados Especiais Cíveis tornaram-se *fábricas de processos em série*, permitindo às empresas que, quando demandadas, organizem as suas defesas em *linhas de produção*; como as condenações pecuniárias são limitadas – até quarenta salários mínimos (art. 3º, inc. I da Lei 9.099/95) – é possível calcular-se *atuariamente* os riscos, custos e benefícios envolvidos em cada litígio. Até mesmo a mitigação dos formalismos processuais é usada em seu favor (já se observou que em litígios opondo partes desigualmente preparadas, a desformalização costuma prejudicar a parte mais fraca⁷⁸³), fazendo com que o menosprezo a garantias processuais lhes sejam benéficas.⁷⁸⁴ De outra sorte, levado por bem arquitetadas estratégias discursivas, como a divulgação de uma suposta *indústria do dano moral* (que já se comprovou inexistente⁷⁸⁵),

⁷⁸² Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

⁷⁸³ Neste interim, obtemperou Boaventura de Sousa Santos: “Nos casos em que os litígios ocorrem entre cidadãos ou grupos de poder socioeconômico parificável (litígios entre vizinhos, entre operários, entre camponeses, entre estudantes, etc.) a informalização da justiça pode ser um genuíno fator de democratização. Ao contrário, nos litígios entre cidadãos ou grupos com composições de poder estruturalmente desiguais (litígios entre patrões e operários, entre consumidores e produtores, entre inquilinos e senhorios) é bem possível que a informalização acarrete consigo a deterioração da posição jurídica da parte mais fraca, decorrente da perda das garantias processuais, e contribua assim para a consolidação das desigualdades sociais; a menos que os amplos poderes do juiz profissional ou leigo possam ser utilizados para compensar a perda das garantias, o que será sempre difícil uma vez que estes tribunais informais tendem a estar desprovidos de meios sancionatórios eficazes.” Cfr. SANTOS. 1989, páginas 58/59.

⁷⁸⁴ A propósito das manipulações das novidades processuais a favor dos *clientes habituais*, afirma José Eduardo Faria: “E o mais surpreendente é que esta lógica, em princípio concebida para mediar, filtrar, e compor de maneira ‘coerente’ e ‘equilibrada’ a incorporação do real pelo mundo jurídico (‘o que não está nos autos não está no mundo’ – esse é o espírito que perpassa os ritos e os procedimentos das atividades judiciais, tais quais foram forjadas pela racionalidade formal de inspiração liberal-burguesa), pode terminar sendo apropriada justamente, por indivíduos e grupos empenhados em utilizar politicamente os formalismos processuais, valendo-se dos mais variados expedientes para acelerar ou truncar o andamento dos processos, para incluir ou afastar determinadas pessoas de seu âmbito e para exigir respostas que, embora individualmente consideradas sejam perfeitamente possíveis dentro das regras do sistema jurídico vigente, podem acabar gerando precedentes inéditos e uma perigosa sobrecarga para a funcionalidade desse sistema.” Cfr. FARIA. 1992, página 65.

⁷⁸⁵ Nesse sentido, em Relatório de Pesquisa apresentado ao Ministério da Justiça/ PNUD, feito com base em abrangente levantamento jurisprudencial, concluiu-se que “os valores concedidos a título de reparação por danos morais tendem a ser baixos, sendo excepcionais os casos que ultrapassaram a barreira dos R\$ 100.000,00,” de modo que “a temida indústria de reparações milionárias não é uma realidade no Brasil,

ou ainda da possível inviabilização das atividades econômicas (mesmo que nocivas à coletividade⁷⁸⁶), o Judiciário, quando confrontado aos aspectos macroeconômicos das questões envolvendo problemáticas consumeristas, vem impondo penas brandas aos violadores dos direitos dos consumidores ou até, em certos casos, negando vigência a dispositivos do Código.⁷⁸⁷ Inclusive, ao analisarmos os efeitos dessas ações no patrimônio dos maiores violadores de direitos consumeristas – os encabeçadores das listas de reclamações do PROCON, por exemplo – percebemos que elas fazem pouco mais do que *cócegas* nos resultados financeiros dessas companhias.⁷⁸⁸

Por conta de todos esses fatores, resulta ser muito mais *lucrativo* desrespeitar as disposições do Código de Defesa do Consumidor e suportar o peso de pífias condenações oriundas de ações judiciais organizadas em *cadeias fordistas*, do que investir na melhoria dos produtos e serviços disponibilizados no mercado de consumo. Diante desses fatos, não espanta que, quando comparado aos padrões internacionais, os bens de consumo no Brasil são mais caros e de pior qualidade: os fornecedores de produtos e serviços não sofrem a fiscalização mais eficiente e rigorosa existente numa sociedade de consumo, qual seja, a imposição de rigorosas penalidades em caso de descumprimento de algum direito.

E para tal resultado contribuiu indubitavelmente o *enfoque do acesso à Justiça*: a pretexto de dar lugar a “equilibrantes intervenções normativas, administrativas e judiciais,” as medidas de ampliação do acesso à Justiça parecem se voltar mais ao papel de

mesmo diante da situação atual de ausência de critérios legais para o cálculo do valor da reparação por danos morais.” Cfr. DIREITO GV. 2011, páginas 53 e 54.

⁷⁸⁶ A preocupação com as repercussões econômicas das decisões judiciais é cada vez maior, como comprovam, por exemplo, o ascendente número de palestras e cursos promovidos pelas entidades ligadas à magistratura visando “conscientizar” os juízes sobre os impactos econômicos de sentenças contrárias aos interesses de determinados grupos econômicos. Nesse sentido, por exemplo, o curso “Impacto Econômico e Social das Decisões”, oferecido em 2009 pela *Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados* (Enfam), noticiado pelo sítio do STJ – cfr. http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=91452, acessado em 17/9/13.

⁷⁸⁷ Assim, por exemplo, a despeito de o Código de Defesa do Consumidor explicitamente afirmar que as suas regras seriam de *ordem pública* – cuja violação deve ser conhecida de ofício pelo juiz (CDC, art. 1º c/c CPC, art. 301, §4º) – o Superior Tribunal de Justiça editou uma súmula segundo a qual “nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas” (Súmula nº 381).

⁷⁸⁸ Se tomarmos as empresas líderes do nada abonador rol de reclamações do Procon de São Paulo em 2013 – Grupos Vivo e Itaú-Unibanco (disponível em <http://sistemas.procon.sp.gov.br/rank/?m=d00797b8a76d949189eb147064458711>, acessado em 23/8/13) –, veremos que o custo por elas informado em suas *Demonstrações Financeiras* (ano-base 2012) relacionados a processos cíveis (onde estão incluídos aqueles envolvendo relações de consumo) representam, respectivamente 8,8% (Vivo) e 0,02% (Itaú-Unibanco) do *lucro líquido* (faturamento versus despesas) dessas companhias.

fiadoras da “liberdade do mercado,”⁷⁸⁹ do que propriamente dos interesses dos consumidores. Em sumas palavras, ao promover aquilo que Cappelletti chamou de “encorajamento e da potencialização da voz” dos consumidores,⁷⁹⁰ as *ondas renovatórias* prepararam o campo onde os valores consumeristas deveriam ser erguidos, estabelecendo as fundações de um arcabouço normativo que desse uma sensação de segurança ao ato de consumir, construída sob os arrimos de uma proto-regulação que não fosse *exageradamente rigorosa*, erguendo, em síntese, o edifício de uma sociedade cuja principal vocação deveria ser conjugar o verbo *comprar*, na ilusória suposição de que o Estado – *leniente, submisso e acometido de tibieza* na fiscalização dos fornecedores de produtos e serviços – estaria velando por seus direitos.⁷⁹¹

6. Conclusão do capítulo: ampliar para controlar, e não para praticar Justiça.

A análise a que nos dedicamos nos permitiu extrair conteúdos e objetivos imiscuídos nos discursos da ampliação do acesso à justiça. Graças a esse levantamento, concluímos que, a pretexto de *universalizar* a defesa dos direitos em âmbito jurisdicional, a retórica processual fundamentou e justificou a implementação de reformas legais e estruturais que permitiram *re-legalizar conflitos* que estariam sendo resolvidos por instâncias *para* ou *ilegais*, criar o ambiente propício à consolidação de uma *sociedade de consumo de massa*, tudo isso sob os auspícios dos valores difundidos pela ideologia econômica neoliberal (*segurança, efetividade e austeridade fiscal*).

O papel do processo civil neste trabalho de *reconquista e readequação* ideológica foi o de atribuir símbolos, adaptar a retórica, conferir a roupagem de *direito social* às políticas implementadas, enfim, fazer com que os membros da sociedade, *transmutados em consumidores do judiciário*, passassem a usufruir com maior frequência

⁷⁸⁹ Cfr. CAPPELLETTI. 1991, página 205. Em seguida, o mesmo autor diz ser necessário despender “especial atenção a conveniência de não criar diversidades artificiosas e desnecessárias, capazes de constituir obstáculos ao comércio internacional obstáculos que acabariam por prejudicar, em última análise, os próprios consumidores.” Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

⁷⁹⁰ Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

⁷⁹¹ Nesse sentido, em aguda crítica ao sistema, há quem sustente que “as ações coletivas são, sim, o reflexo de um Estado preocupado em garantir *apenas às pessoas já incluídas no mercado* (de trabalho e de consumo) a fruição real e efetiva de bens, mesmo porque é isso o que interessa à sociedade de consumo.” Assim, partindo do pressuposto de que a ordem social não estaria “realmente preocupada em ser mais justa,” diz-se que “a finalidade dessas ações coletivas esbarra nos limites de tolerância aceitáveis para a própria manutenção do Estado neoliberal. São esses limites: a proteção das relações de consumo (dando-lhes mais segurança e, conseqüentemente, melhores condições de reprodutibilidade e circulação de capital) e a defesa do meio ambiente (contanto que essa defesa no interfira no mito do desenvolvimento econômico).” Cfr. SILVA SANTOS. 2002, páginas 49/50.

de seus *serviços*, *fidelizando*, por assim dizer, a sua *clientela*. No momento em que a doutrina do processo assumiu a responsabilidade pela solução das questões de acesso à justiça, todas as suas problemáticas submeteram-se à sintaxe e fenomenologia processuais, facultando assim um controle eficiente sobre as dimensões a serem atribuídas ao problema do acesso à Justiça, e bem assim as medidas que deveriam ser adotadas pelo Estado, especificamente *o que, como e até onde* se poderia ir para atender ao que se convencionou denominar *demanda contida por Justiça*. Destarte, por exemplo, a valorização da *efetividade processual* da qual falamos ao longo do capítulo, permitiu ao processualista sopesar princípios e garantias até então tidos por intocáveis, para possibilitar a criação dos Juizados Especiais Cíveis; da mesma forma a *legitimidade de parte* e os *alcances da coisa julgada* foram revisitados para viabilizar as ações coletivas; ainda, os institutos do *direito sumular* não passariam de *letra morta* se a *autonomia* do Juiz não fosse relativizada (a ponto de ser sepultada, em alguns casos).

Vislumbramos nessas reformulações dos institutos processuais clássicos – atribuídas a uma *tomada de consciência* por Cappelletti – o atendimento a propósitos *disciplinares* da jurisdição, naquele sentido *microfísico* por nós trabalhado ao longo deste estudo: as ferramentas de ampliação do acesso à Justiça das quais falamos, ao *judicializar* os conflitos sociais, facultaram ao Estado-juiz, controlar e imprimir a essas disputas as regras que melhor lhe conviesse. Ou seja, como nos lembra Kim Economides, as propostas *cappellettianas* inscrevem-se no “*continuum* evolutivo” de *declarações de direitos* originadas na Revolução Francesa, no sentido de o acesso à Justiça ser mais um no rol de direitos reconhecidos e declarados pelo Estado (inclusive constitucionalmente no caso do Brasil) com o objetivo de acalantar a retórica processual-constitucionalista.⁷⁹² Em outros termos, essas políticas adotadas em âmbito processual representam uma *ramificação*, um *braço* de toda a engenharia posta em prática pelos Estados ditos de *Bem Estar Social* que, no afã de mitigar as mais incisivas reivindicações de variados setores sociais, mormente aqueles vitimados pela desigualdade social endêmica, concederam alguns benefícios

⁷⁹² Por suas palavras: “A análise de Cappelletti da revisão judiciária contemporânea refere-se ao *continuum* evolutivo que liga a Revolução Francesa, a Declaração dos Direitos do Homem das Nações Unidas e o internacionalismo do movimento pelos direitos humanos (particularmente durante o período do pós-guerra) e que abraça, finalmente, o desenvolvimento de direitos humanos regionais. No entanto, o desafio atual não é alargar os direitos — ou elaborar declarações de direitos (por mais importantes que estas sejam para os advogados constitucionalistas e para o simbolismo político) —, mas encontrar meios e recursos para tornar, tanto “efetivos”, quanto “coativos”, os direitos que os cidadãos já têm. Somente por meio da aplicação de rigorosos procedimentos acadêmicos à natureza, ao escopo e ao papel dos sistemas judiciais civis no provimento dos direitos abstratos freqüentemente exaltados na retórica legal será possível expor a deficiência e a hipocrisia que cercam o discurso constitucional.” Cfr. ECONOMIDES. 1997, páginas 70 e 71.

pontuais, suficientes para aplacar a sensação de insatisfação, mas sem incomodar determinados princípios caros à ideologia dominante.

Isso fica ainda mais evidente quando observamos que a universalização do acesso ao Judiciário não resultou numa tutela jurídica mais equânime, ou que diminuísse as disparidades do ordenamento jurídico brasileiro. A título ilustrativo, tomemos os direitos pertinentes à tutela do consumidor: o sistema de defesa dos interesses consumeristas colocado em prática principalmente desde a Constituição de 1988 mantém estreita ligação com os institutos do acesso à Justiça, porquanto, conforme expusemos, eles teriam facilitado o encaminhamento das disputas jurídicas neste campo ao Judiciário. E chegando perante o Juiz, o que encontrou o consumidor? Um arcabouço normativo francamente favorável aos fornecedores de bens e serviços, no qual *mera violação contratual não causa dano moral*, as *taxas de juros aviltantes contratualmente fixadas não podem ser revistas*, as *normas consumeristas de ordem pública* não autorizam a *revisão de ofício* de contratos bancários, etc. É desnecessário aumentar a lista de exemplos: para confirmar nossa hipótese basta rememorar o quão insignificantes são as condenações judiciais nos resultados contábeis das empresas mais reclamadas perante o PROCON.

Talvez aqui se encontre a resposta para o fato de, como observado por Boaventura de Sousa Santos, os indivíduos das classes baixas hesitarem “muito mais que os outros”⁷⁹³ em procurar o Judiciário, ainda que reconheçam estar perante um problema legal. A questão não é de instrumento, mas de conteúdo, ou seja, não é somente, como propõe e estereotipa a processualística, um problema de conhecimento do direito, ou ainda dos meios disponíveis para exercitá-lo, mas dos resultados que o sistema legal disponibiliza aos menos abastados. A propósito, estudos sociológicos demonstram que o Judiciário é sim procurado pelos “desfavorecidos,” sobretudo no que tange àquelas matérias em que ele atua eficazmente (pensão alimentícia) ou nos quais a sua participação é imprescindível (formalização de separações conjugais); para disputas para cujas respostas ele se mostra inadequado, intempestivo, ou até mesmo inútil, no entanto, não há porque recorrer aos seus préstimos, até porque, em muitos casos, a situação jurídica desfavorável além de não ser remediada, pode até mesmo se agravar.⁷⁹⁴

⁷⁹³ Cfr. SANTOS. 1989, página 48.

⁷⁹⁴ A propósito, referindo-se a estatísticas divulgadas pelo IBGE, Maria Tereza Sadek aduz que, “enfocando-se exclusivamente o total de pessoas que entraram com ação judicial, “verifica-se que a utilização da justiça preponderou nos conflitos por pensão alimentícia (73.4%), nas questões trabalhistas (66.6%), nas separações conjugais (53.7%) e nos conflitos pela posse da terra (51.3%). Entretanto, em relação aos conflitos de vizinhança (85.1%), aos problemas criminais (72%) e às cobranças de dívida (71.5%) foi alta a proporção de

Por outras palavras, os “desfavorecidos” foram convocados a resolver seus litígios no âmbito do Estado-juiz, apenas para confirmarem o elitismo do ordenamento jurídico brasileiro. Por certo encontraremos decisões judiciais favoráveis ao elo mais fraco da cadeia de consumo, mas se observarmos esses eventos pontuais num contexto mais amplo, ou seja, o do sistema jurídico em vigor, veremos que eles em nada afrontam ou inviabilizam as relações de dominação (especialmente ideológica) existentes no sistema normativo.⁷⁹⁵

Inclusive, e aí se destaca o caráter disciplinador dos discursos, os mecanismos de ampliação do acesso à Justiça acabaram sendo elementos de legitimação dos despautérios encontrados na estrutura legal pátria. Isso porque hoje, graças aos usos fabuladores das *ondas renovatórias*, o processualista acha-se em condições de afirmar que o ordenamento processual estaria plenamente aparatado para atender aos anseios dos “necessitados,” contando com múltiplas soluções para que “a parte mais fraca” obtenha uma tutela jurisdicional do Estado. Agora, se essa tutela não atende aos anseios dos jurisdicionados, esse não é um problema do processo – cuja disponibilidade hoje não seria mais limitada pela renda, escolaridade ou localização geográfica –, mas do direito material. Ora, mas se a função precípua do direito processual – inclusive na visão dos processualistas – é *dar efetividade* aos direitos materiais previstos no ordenamento, não há exagero em afirmar que os instrumentos de universalização do acesso à Justiça serviram ao propósito de *viabilizar e tornar ainda mais efetiva* a desigualdade social de que se ressentem

peças que não se utilizou da justiça para a solução de seus problemas” (FIBGE, Participação Político-Social 1988, volume 1, Justiça e Vitimização, pag. XXXI). Como se depreende desses percentuais, a busca por uma solução judicial deu-se em maior proporção exatamente nos tipos de problemas em que são mais concretas, mais rápidas e efetivas as consequências da sentença judicial. Assim, o estabelecimento de uma pensão alimentícia redundava compulsoriamente em um montante a ser pago a uma das partes, daí a necessidade imperiosa de uma decisão judicial. Por outro lado, em relação aos problemas criminais, por exemplo, grande parte das vítimas sequer recorre à justiça porque sabe das dificuldades em se encontrar o criminoso e que, na eventualidade dele vir a ser encontrado, são amplas as possibilidades de que não venha a ser punido, especialmente se possuir recursos financeiros. Estas dificuldades são sintetizadas nas expressões: “É mais fácil encontrar um ladrão de galinha na prisão do que alguém que provocou danos maiores”; “a polícia prende e a justiça solta”; “a polícia quando quer, acha o criminoso, o problema é querer”. Em outras palavras e resumindo: os dados oficiais revelam que o Judiciário é mais procurado exatamente para arbitrar aquelas questões em que sabidamente sua resposta é mais eficiente e mesmo imprescindível; e é menos procurado precisamente quando se trata de solucionar problemas para os quais sua eficiência tem sido muito baixa.” Cfr. SADEK. 2010, páginas 7 e 8.

⁷⁹⁵ Nessa senda, referindo-se a Portugal, Boaventura de Sousa Santos afirma o seguinte: “No nosso país sobretudo nos últimos dez anos foi promulgada legislação que de modo mais ou menos afoito pretende ir ao encontro dos interesses sociais das classes trabalhadoras e também dos interesses emergentes nos domínios da segurança social e da qualidade de vida, por exemplo, a que são particularmente sensíveis as classes médias. Sucede, porém, que muito dessa legislação tem permanecido letra morta. Pode mesmo avançar-se como hipótese de lei sociológica que *quanto mais caracterizadamente uma lei protege os interesses populares e emergentes maior é a probabilidade de que ela não seja aplicada.*” Cfr. SANTOS. 1989, páginas 56/57.

a ordem jurídica brasileira, justamente por esse caráter de *normalidade* que os discursos costumam atribuir aos atos de violência jurisdicionalizada.

FONTES DE DISCURSOS DESTE CAPÍTULO.

AGUIAR JÚNIOR. Ruy Rosado de. *O acesso do consumidor à justiça no brasil*. in Revista de Direito do Consumidor nº 16, outubro de 1995.

ALVES. Cleber Francisco. *O percurso histórico da consolidação do direito de acesso igualitário à justiça no brasil*. in Revista de Processo nº 184, junho de 2010.

BARBOSA MOREIRA. José Carlos. *Miradas sobre o processo civil contemporâneo*. in Revista de Processo 79, Julho de 1995.

BONELLI. Maria da Glória. *As interações dos profissionais do direito em uma comarca do estado de são Paulo*. in *O sistema de justiça*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais. 2010.

BOTELHO DE MESQUITA. José Ignácio. *O juizado especial em face das garantias constitucionais*. conferência proferida em Porto Alegre, em 17.03.2005, no Salão de Congressos da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal. *Exposição de motivos do Anteprojeto de Código de Processo Civil*. 2010.

BUENO. Cássio Scarpinella. *Reforma Processual e Acesso à Justiça*. in Revista dos Tribunais nº 772, fevereiro de 2000.

CAPPELLETTI. Mauro. *O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época*. in Revista de Processo nº 61, janeiro de 1991.

_____ *O acesso dos consumidores à justiça*. in Revista de Processo nº 62, Abril de 1991

_____ *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça*. in Revista de Processo nº 74, abril de 1994.

CAPPELLETTI. Mauro e GARTH. Bryant. *Acesso à Justiça*. trad. Ellen Gracie NORTHFLEET. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 1988.

COMPARATO. Fábio Konder. *A proteção do consumidor. Importante capítulo do direito econômico*. in Revista de Direito do Consumidor nº 77, janeiro de 2011.

DAKOLIAS. Maria. *O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe - Elementos para Reforma*. Trad. Sandro Eduardo SARDÁ. Washington: Banco Mundial. 1996.

DIDIER JR. Fredie. *Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do poder judiciário.* in Revista de Processo nº 108, outubro de 2002.

DINAMARCO. Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil.* Vol. I. 3ª edição. São Paulo: Malheiros. 2003.

_____. *A Instrumentalidade do Processo.* 14ª edição. São Paulo: Malheiros. 2009.

FILARDI. Hugo. *Ação civil pública e acesso à justiça.* Revista de Processo nº 133, Março de 2006.

FISS. Owen. *Um novo processo civil – Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade.* São Paulo: RT. 2004.

FONSECA. Bruno Gomes Borges da. *Acesso à justiça e ações pseudoindividuais: (i)legitimidade ativa do indivíduo nas ações coletivas.* in Revista de Processo nº 203, janeiro de 2012.

GOMES NETO. José Mário Wanderley. *O acesso à Justiça em Mauro Cappelletti.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris. 2005.

GRINOVER. Ada Pellegrini. *A Reforma do Poder Judiciário – Contribuição do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP.* in Revista do Advogado nº 75, Abril de 2004.

HARADA. Kiyoshi. *Acesso à justiça.* in Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. n/c volume, janeiro de 1998.

HENTZ. Luiz Antonio Soares. *A proteção aos direitos do cidadão e o acesso à justiça.* in Revista de Direito Constitucional e Internacional nº 3, Abril de 1993.

KATO. Shelmia Lombardi de. *A crise do direito e o compromisso da libertação.* in FARIA. José Eduardo (org.). *Direito e Justiça: a função social do judiciário.* São Paulo: Ática. 1989.

LEITE. Carlos Henrique Bezerra. *O sistema integrado de acesso coletivo à justiça e a nova "jurisdição metaindividual."* in Revista de Direito do Trabalho nº 107, julho de 2002.

L'HEUREUX. Nicole. *Acesso eficaz à justiça: juizado de pequenas causas e ações coletivas.* in Revista de Direito do Consumidor nº 5, janeiro de 1993.

LISBOA. Celso Anicet. *A aproximação recíproca dos diversos ordenamentos jurídicos por meio dos códigos-modelo. Algumas tendências do processo civil brasileiro moderno.* in Revista de Processo 116, julho de 2004.

MANCUSO. Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito.* São Paulo: RT. 2009.

PASSOS. José Joaquim Calmon de. *O problema do acesso à justiça no Brasil*. in Revista de Processo nº 39.

PASTORE. Suzana Vereta Nahoum. *O direito de acesso à justiça - os rumos da efetividade*. in Revista de Direito Constitucional e Internacional nº 49, outubro de 2004.

PINHEIRO. Armando Castelar. *Reforma do Judiciário: observações de um economista*. in Revista do Advogado nº 75, abril de 2004.

PONTES. Evandro Fernandes de. *A assistência judiciária na mira do modelo garantista do processo*. in *Cadernos Adenauer 3: Acesso à Justiça e cidadania*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer. 2000.

RENAULT. Sérgio Rabello Tamm. *O Poder Judiciário e os rumos da reforma*. in Revista do Advogado nº 75, abril de 2004.

SCHEER. Milene de Alcântara Martins. *A dimensão objetiva do direito fundamental ao acesso à justiça e a efetividade da norma constitucional*. in Revista de Direito Constitucional e Internacional nº 54, janeiro de 2006.

SILVA. Marco Antonio Marques da. *A efetividade do acesso à justiça*. in Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo nº 17, janeiro de 2006.

CAPÍTULO V – “CONCILIAR É LEGAL.”⁷⁹⁶

1. Conciliação processual: de forma de encerramento de disputas à solução para a “crise” do Judiciário. 2. Fenomenologia atual da conciliação. 3. O mito da “litigiosidade excessiva.” 4. A justiça co-existencial: entre Salomão e João Grilo. 5. A espoliação judicializada. 6. Conclusão do capítulo.

A idéia de permitir ou mesmo estimular as partes a encerrarem uma disputa de forma consensual não é exatamente nova nem inédita nos diversos sistemas jurídicos dos quais temos conhecimento.⁷⁹⁷ Contudo, o conceito de *conciliação* do qual trataremos não envolve simplesmente um acordo entre duas pessoas, como os negócios, contratos e acertos diuturnamente realizados no bojo das relações interpessoais que acontecem numa sociedade, independentemente do seu jaez mercantilista; o que nos importará aqui é a transação realizada no ensejo de um processo jurisdicional, estimulada em maior ou menor medida e com a participação – ainda que às vezes meramente homologatória – de uma figura estatal (o juiz ou quem estiver fazendo as vezes de um juiz). No contexto do sistema judiciário brasileiro, por razões que trataremos a seguir, esse estímulo adquiriu proporções

⁷⁹⁶ O título do capítulo foi retirado do *slogan* publicitário escolhido pelo CNJ para divulgar as *Semanas Nacionais de Conciliação*, porquanto representa bem a carga simbólica que o discurso processual que analisaremos a seguir pretende impingir ao acordo judicial.

⁷⁹⁷ Ao tratar das discussões constantes da literatura antropológica a respeito da forma de resolução de conflitos, Robert Shirley qualifica a conciliação como sendo “a função principal do direito na maioria das vilas agrárias,” sendo certo que a “justiça ‘verdadeira’ do litígio era menos importante do que a harmonização das partes, o contentamento da comunidade com a decisão, o fim da violência.” Cfr. SHIRLEY. 1987, página 49.

consideráveis, ao ponto de nele identificarmos um discurso, com nítidos consectários disciplinares que procuraremos expor.

Esse discurso poderia ter sido tratado no capítulo anterior, pois está plenamente inserido – tanto quanto estão as propostas de desformalização, coletivização e sumularização do processo civil – nas medidas de ampliação do acesso à Justiça. A ideologia econômica que o permeia é a mesma, de modo que, resguardando-se algumas especificidades, os apontamentos realizados anteriormente também lhe são pertinentes. Veremos, com efeito, que o estímulo à conciliação no processo atende ao propósito de reduzir gastos com a máquina judiciária (mais acordos = menor número de ações em trâmite), reforça a crença na higidez do sistema de proteção aos consumidores,⁷⁹⁸ age como fator de *segurança jurídica* (especialmente para algumas categorias como os *mass wrong doers* ou ainda o próprio Estado, notadamente em ações previdenciárias) e, por mais paradoxal que possa parecer, aproxima os conflitos jurídicos do Estado-juiz (re-legaliza conflitos), ainda que a função do agente público julgador aparente ser meramente homologatória. Nada obstante, resolvemos abordar essa espécie discursiva separadamente, motivados principalmente pela sua atual importância como política pública voltada à solução da “crise” da Justiça, desdobrando-se em interessantes consectários fenomenológicos no processo civil.

A partir da hipótese de que o anormal afluxo de demandas, originado segundo a doutrina processual de uma *conflituosidade excessiva*, teria *congestionado* a já “capenga” estrutura administrativa do Judiciário, conferindo ares *catastróficos* ao cenário da administração jurisdicional dos processos em curso, a conciliação vem sendo apresentada pela doutrina como a solução ideal para o problema. Ao menos na visão de certo ramo da processualística, essas demandas seriam *evitáveis*, ou mesmo *resolvíveis* por soluções diferentes do clássico procedimento contencioso que culmina na sentença terminativa. Daí emergiu o *discurso da conciliação*, o último dos quais estamos tratando neste estudo, e que defende as vantagens de encerrar os litígios por meio de acordos entre as partes, podendo ser celebrados *antes*, *durante* e até mesmo *depois* de a sentença ter sido proferida, pondo

⁷⁹⁸ Quanto à relação do discurso da conciliação com a fenomenologia do consumo, confira-se o seguinte trecho, da lavra de Ada Pellegrini Grinover: “Mas o grande despertar da conciliação reside sobretudo nas questões que envolvem o consumidor. Aqui é onde mais se reflete o interesse pelas vias alternativas, em decorrência da insatisfação geral para com os métodos tradicionais da jurisdição, em face das exigências particulares dos *small claims*.” Cfr. GRINOVER. 1986, página 198.

fim ao processo sem uma tutela *adjudicatória*, que neste caso seria apenas *homologatória*.⁷⁹⁹

O enfoque do estudo não se concentra propriamente em rechaçar ou defender as vantagens da solução consensual, mas em explorar as ideologias imiscuídas nos enunciados que dão supedâneo ao acordo judicial, notadamente as motivações do discurso processual para encampar o movimento estimulador da transação como forma ideal de solucionar os processos judiciais. Por ser atualmente a mais ostensiva política pública pertinente ao sistema estatal de Justiça, vislumbramos que ela encerra em suas bem intencionadas propostas usos disciplinares aos quais pretendemos nos dedicar abaixo.

1. Conciliação processual: de forma de encerramento de disputas à solução para a “crise” do Judiciário.

Curiosa a idéia de conciliação processual: já mereceu múltiplos tratamentos e foi objeto das mais variadas interpretações a respeito de sua função, modo e momento em que deveria ocorrer. Desprezada em alguns momentos pelo ordenamento, valorizada em outros, a despeito de constituir um anticlímax à seqüência “normal” do processo judicial (pedido-defesa-sentença) ela vive atualmente o seu momento de apogeu: a nenhum outro instituto processual se tem dedicado tantos estudos, análises, elogios, ações de *marketing*, mobilização de esforços da burocracia estatal e das partes.

Sem que seja necessário para os nossos objetivos recorrer a um abrangente histórico da conciliação no ordenamento processual, regressando até remotos registros, permitimo-nos separar o tratamento jurídico-institucional da conciliação em períodos anteriores e posteriores ao advento da *sociedade capitalista-industrial* e das simbologias por ela carregadas, momento a partir do qual o conceito de *coesão social* passa a ser entendido sob diferentes prismas, notadamente o da *imperatividade e prevalência das*

⁷⁹⁹ O acordo homologado por sentença tem força de lei entre as partes e é considerado pelo Código de Processo Civil um *título executivo judicial* (CPC, art. 475-N, inc. III), cujo rito de execução – o chamado “cumprimento de sentença” (CPC, art. 475-J) é mais célere e coercitivo. Admite-se até mesmo que as partes celebrem acordo dispondo de forma contrária aos termos de prévia sentença, ainda que transitada em julgado. Nesse sentido: “HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO - MATÉRIA NÃO DISPOSTA NA SENTENÇA - POSSIBILIDADE - Tratando-se de direitos disponíveis, mesmo depois de passada em julgado a sentença, as partes podem transacionar, ainda que de modo diverso do que fora disposto na sentença - Inteligência do art. 475-N, III, CPC - Agravo provido, para homologar o acordo.” Cfr. TJSP, Agravo de Instrumento n° 0047801-29.2011.8.26.0000, Rel. Des. Percival Nogueira, 6ª Câmara de Direito Privado, julgado em 9/6/11, v.u..

relações econômicas.⁸⁰⁰ Com efeito, a influência da ideologia capitalista nesse processo de metamorfose pelo qual passou a concepção dos chamados *meios hétero e autocompositivos* de solução de litígios foi decisiva. Prevista no ordenamento jurídico brasileiro desde antes da independência,⁸⁰¹ foi a partir da efetivação das reformas estruturais varguistas (que estamos adotando como marco do início da formação de uma sociedade com feição industrial no Brasil) que ela passou a assumir as características mais próximas das atuais, especialmente no que tange à sua concepção do conflito jurídico civil como uma mera disputa financeira, na qual os interesses jurídicos (inclusive envolvendo direitos personalíssimos como a honra ou a paz de espírito) são considerados apenas em sua faceta pecuniária, sendo por isso *negociáveis*, sejam quais forem os níveis ou graus de ofensas sob julgamento.

A conciliação processual, ainda que aparente ser um elemento menor do processo civil, foi o mote de relevantes disputas políticas no cenário jus-político brasileiro. Assim, a circunstância de os textos legais do período imperial preverem a conciliação como forma de resolução de litígios⁸⁰² não pode ser dissociada do importante papel exercido pelos Juizes de Paz, a quem se delegou a tarefa de realizar esses acordos.⁸⁰³ Esses funcionários do Estado, a pretexto de estarem promovendo a composição dos conflitos, defendiam os interesses das autoridades locais chancelando transações manifestamente ilegais, abusando muitas vezes da ignorância dos *rústicos* a respeito de seus direitos, quando não usando de truculência na condução das sessões por eles presididas.⁸⁰⁴

⁸⁰⁰ Pode parecer contraditória a afirmação, na medida em que uma das bases do sistema capitalista é justamente o estímulo à competição. Assim, o conflito é tolerado até o ponto em que ele não impeça ou limite os intercâmbios comerciais. Especialmente numa *sociedade de consumo*, na qual a aquisição de bens e serviços é estimulada e não pode ser interrompida, o conflito jurídico deve aparecer como um momento de composição de interesses ou de *trégua*, que não deverá levar à *aniquilação* do adversário.

⁸⁰¹ Como relata Luiz Fernando Tomasi Keppen, “os “Forais Portugueses” previam de modo expreso a conciliação, após vindo as “Ordenações” que sempre trataram do tema com relevada atenção. Já o “Código de Processo Criminal do Império de Primeira Instância com Disposição Provisória Acerca da Administração da justiça Civil” (Lei de 29.11.1832), em seu Título Único, expressa apego à conciliação, ao estabelecer, possibilidade de se recorrer ao Juiz de Paz para a solução do litígio.” Cfr. KEPPEN. 1996, pagina 42.

⁸⁰² Notadamente a Constituição de 1824, que em seu artigo 161 dizia o seguinte: “Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum.”

⁸⁰³ Comentando os efeitos da promulgação do Código de Processo Penal de 1832, Raymundo Faoro obtemperou o seguinte: “Sobre os municípios impotentes e nulificados caiu o Código de Processo Penal, reativando o juiz de paz com poderes de amplitude maior do que os traçados na Constituição, que o reconheceu como agente conciliador dos litígios, pré-instância judicial, autoridade eletiva destinada a aplinar divergências e a evitar conflitos.” Ainda, em outro trecho, ensina que “o centro do sistema estava no juiz de paz, armado com a truculência de seus servidores.” Cfr. FAORO. 2001. páginas 352 e 353.

⁸⁰⁴ Uma boa idéia da atuação dos Juizes de Paz nos é fornecida pela literatura teatral de Martins Pena. Na clássica peça novecentista *O Juiz de Paz na Roça* são retratadas em tom jocoso as sessões de conciliação nas quais, pouco importando o resultado das tratativas negociais, o Juiz encerrava exclamando: “Estão conciliados!” Cfr. PENA. 2010.

A disputa político-partidária em torno da descentralização do poder imperial contaminou a questão jurisdicional, colocando a figura dos Juízes de Paz no epicentro dos debates,⁸⁰⁵ o que acabou atingindo o próprio instituto da conciliação processual, que caiu em desuso. Tanto é assim que com o advento da República a exigência de conciliação prévia, vista como supérflua e onerosa, foi extinta do ordenamento federal.⁸⁰⁶ Mirava-se no instituto processual, mas o alvo era, a bem dizer, o modelo encarnado pelos Juízes de Paz, cuja influência política local e vinculação aos valores monárquicos se desejava esvaziar. O problema então levantado, sustentam os processualistas atuais, não era a conciliação em si, mas a maneira como ela ocorria, e a forma “politicamente enviesada” como ela era utilizada.⁸⁰⁷

Conquanto não tenha desaparecido por completo na República Velha, mantendo-se em alguns Códigos Estaduais,⁸⁰⁸ o restabelecimento da conciliação processual no ordenamento positivo aconteceu por ocasião da implementação dos estatutos jurídicos da Era Vargas.⁸⁰⁹ A ideologia marcadamente estatalista dos legisladores do Estado Novo,⁸¹⁰ cuja vontade era fazer do processo uma oportunidade para as partes tentarem compor as diferenças, intensificarem as relações sociais, afrouxarem as tensões provocadas

⁸⁰⁵ Nesse sentido, vejamos os comentários de José Reinaldo de Lima Lopes a respeito da *reforma centralizadora* de 1841: “A justiça estava, como sempre, no centro de uma disputa em torno do modelo de Estado. A reviravolta conservadora alterou substancialmente o quadro. A lei de 3 de dezembro de 1841, reformando o Código de Processo, esvaziou as atribuições do juiz de paz.” Cfr. LOPES. 2008. página 270.

⁸⁰⁶ Nos dizeres de Athos Gusmão Carneiro, “a República, pelo Decreto n. 359, de 1890, extinguiu a obrigatoriedade da tentativa conciliatória, inclusive pelo argumento de que a prática teria revelado a onerosidade do instituto, sua inutilidade como instrumento de composição dos litígios.” Cfr. CARNEIRO. 1976, página 95.

⁸⁰⁷ Kazuo Watanabe, um dos processualistas mais entusiasmados com a conciliação, afirma que “a generosa ideia de uma abrangente política pública de tratamento de conflitos de interesses adotada pela nossa primeira Carta Política, fruto da inteligência e sabedoria dos homens de visão que então detinham o poder, sucumbiu por razões políticas e pela falta de critério adequado em sua implementação.” Cfr. WATANABE. 2011, página 195.

⁸⁰⁸ No relato do citado Athos Gusmão Carneiro: “Em vários Estados, contudo, a conciliação foi mantida em caráter facultativo, geralmente confiado à Justiça de Paz. No Rio Grande do Sul, a Lei n. 10, de 16.12.1895, decretada por Júlio de Castilhos (Lei de Organização Judiciária), dispunha competir aos então “juízes districtaes” o “homologar dentro de sua alçada os compromissos entre pessoas capazes de contractar” (art. 74, § 2.º). Tradicionalmente os sucessivos Códigos de Organização Judiciária de nosso Estado têm atribuído aos juízes de paz dos distritos rurais o “conciliar as partes que espontaneamente recorrerem ao seu juízo”, atribuição esta aliás que, pela inteira ausência de qualquer forma processual, não ultrapassa os limites da mera mediação amigável e não ingressa, destarte, no plano jurídico.” Cfr. CARNEIRO. 1976, página 95.

⁸⁰⁹ Assim noticia Athos Gusmão Carneiro: “A legislação trabalhista restaurou em 1932 a tentativa de conciliação em nosso direito positivo, em caráter obrigatório; a Lei n. 968/1949 veio a impô-la também nas ações de despeito litigioso e de alimentos, aqui como pressuposto processual.” Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

⁸¹⁰ José Reinaldo de Lima Lopes destaca a diferença de concepções entre os juristas *liberais* e *corporativistas* na era Vargas, com farta vantagem destes últimos: “Um debate jurídico exemplar marcará a era Vargas e mostrará o conflito entre duas concepções distintas de direito e do papel dos juristas. (...) Waldemar Ferreira coloca-se em defesa do liberalismo; Oliveira Vianna não vê possibilidade de alterar o Brasil senão pela via da intervenção do Estado. Mas não se trata da intervenção socializante: trata-se, sim, da intervenção corporativa.” Cfr. LOPES. 2008, página 358.

pelas legislações sociais que asseguravam direitos até então inexistentes. Nesse contexto, as audiências seriam verdadeiras seções de mediação, exigindo-se do agente público (o juiz) uma atuação didática, propositiva, bem ao estilo *Estado-paternalista* imaginado pelos entusiastas do *pensamento nacionalista autoritário* de então.⁸¹¹ Como apontamos no primeiro capítulo, não se pode dizer que, ao menos no plano da jurisdição civil, tenham sido exitosas essas pretensões.

As turbulências políticas que se sucederam à ditadura varguista não se refletiram em mudanças de postura em relação ao acordo judicial, senão que ele se manteve em plano secundário: o Código de Processo Civil de 1939, que mencionava apenas a possibilidade de extinção do processo por transação – a chamada *cessação de instância*⁸¹² – foi substituído pelo Diploma de 1973 que, seguindo tendência semelhante, previa em sua redação original a conciliação em um único momento processual, qual seja, o início da audiência de instrução e julgamento, mas de forma meramente sugestiva, quase volúvel,⁸¹³ tornando raras as ocorrências de acordo nos primeiros anos de vigência daquele Código.⁸¹⁴

Cumpre-nos salientar que a doutrina processual brasileira entretinha pela transação judicial certo desprezo, principalmente porque via na sentença (sobretudo a de mérito) o *momento de glória* do processo civil. Era por meio deste ato que o juiz, tendo colhido a versão das partes, realizado a cognição necessária e produzido as provas, traria a lume a solução jurídica (aplicaria o direito) ao caso concreto; a sentença seria a *razão de existir* de toda a engenharia processual legalmente estabelecida. De fato, a própria dogmática processual reconhece que por muito tempo o acordo foi por ela menosprezado, porquanto se via na solução adjudicada uma “insuperável conquista da civilização,” sendo certo que a conciliação, por sua vez, era tida como “instrumento próprio das sociedades

⁸¹¹ Para uma boa ideia do pensamento dominante dos idealizadores do Estado Novo, ver FAUSTO. 2001.

⁸¹² Dizia o artigo 206 do Estatuto Processual de 1939: “A cessação da instância verificar-se-á por transação, ou desistência, homologada pelo juiz.”

⁸¹³ Tanto é assim que ao comentar a antiga redação do Estatuto Processual, Athos Gusmão Carneiro apontava para a *facultatividade* da transação, cuja inobservância não deveria redundar em sanções, obtemperando o seguinte: “As partes, no entanto, não estão obrigadas a comparecer, não prevendo nosso CPC nenhuma *sanctio juris* para a hipótese de inobservância da “determinação” (vide art. 447) do juiz (Frederico Marques, art. na Tribuna da Justiça de 10.4.74), nem sequer a multa prevista no CPC português (art. 508, n. 2) ou no antigo CPC francês (art. 56), nem qualquer consequência no plano procedimental ou probatório.” Cfr. CARNEIRO. 1976, página 95.

⁸¹⁴ Ver, nesta senda, o levantamento de Luis Antonio de Andrade que, em texto datado de 1977, observava que “por amostragem ficou apurado que a tentativa de conciliação no procedimento ordinário e nos processos especiais obtém êxito em cerca de 8% dos casos, variando para mais ou para menos de acordo com a maior ou menor habilidade do juiz.” Cfr. ANDRADE. 1977, página 185.

primitivas e tribais.”⁸¹⁵ O encerramento de um processo sem a obtenção desse resultado *adjudicado* seria uma quase decepção pelo encerramento *atípico* do litígio, é dizer, é como se a composição das partes litigantes constituísse um espécie de *anticlímax*.⁸¹⁶

A preferência pelo encerramento *adjudicatório* do processo, o *ápice* da relação processual para os operadores do direito, passou no entanto a ser mitigada pela própria doutrina, curiosamente alguns anos apenas após a publicação do diploma processual que atribuía ao acordo judicial esse caráter por assim dizer *secundário*. O elemento motivador dessa alteração da visão dogmática a respeito do acordo foi a relevância social assumida pela ineficiência do Judiciário que, por razões expostas no capítulo anterior, de perene e costumeira, foi diagnosticada como “crise” a exigir urgente solução. Não há mesmo qualquer dificuldade em identificar a origem dessa guinada dos doutos do processo em favor do acordo judicial: a conclusão de que a incapacidade do sistema burocrático de Justiça de atender ao crescente volume de processos cíveis teria assumido proporções inaceitáveis foi o principal fator para o *renascimento* do instituto da conciliação processual.⁸¹⁷ Encontramos também na construção simbólica dos alicerces desses enunciados o *temor* prestado à *autotutela*.⁸¹⁸

⁸¹⁵ Cfr. GRINOVER. 2008, página 22.

⁸¹⁶ A título ilustrativo, encontramos essa visão nas entrelinhas da advertência do clássico processualista Athos Gusmão Carneiro que, apenas três anos após a promulgação do *Código Buzaid*, advertia que “uma excessiva freqüência de conciliações seria início de um difuso ceticismo e de uma latente crise da Justiça.” Cfr. CARNEIRO. 1976, página 95.

⁸¹⁷ A esse respeito, confirmamos o seguinte excerto no qual a doutrina deixa bem clara a relação de causa e efeito que estamos propondo: “A crescente sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos e a burocratização da justiça trazem relevantes limitações ao exercício da função jurisdicional do Poder Judiciário e acabam por incentivar a litigiosidade latente, que pode explodir em conflitos sociais. Esse fenômeno vem sendo denominado pela doutrina de “crise do processo civil”, e a ele se tem atribuído não só a perda de confiança no Poder Judiciário e no processo judicial como os instrumentos mais adequados para solução de controvérsias.” Cfr. BASÍLIO. e MUNIZ. 2007, página 38.

⁸¹⁸ Em texto datado de 1986 a respeito da conciliação, Ada Pelligrini Grinover, suscitava o tema: “De um lado, a sociedade de massa gera conflitos de natureza coletiva ou difusa, dificilmente tratáveis segundo os esquemas clássicos da processualística de caráter individualista; do outro lado, a lentidão e o custo do processo, a complicação e a burocracia da Justiça, afastam o detentor de interesses indevidamente considerados “menores”, contribuindo para aumentar a distância entre o cidadão e o Poder Público, exacerbando a litigiosidade latente e desacreditando a Justiça, com conseqüências sempre perigosas e freqüentemente desastrosas.” Cfr. GRINOVER. 1986, página 198. Da mesma autora lemos em texto escrito anos depois, para explicar os *fundamentos da justiça conciliativa*, semelhante apelo ao *caos da autotutela*: “A morosidade dos processos, seu custo, a burocratização na gestão dos processos, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz que nem sempre lança mão dos poderes que os códigos lhe atribuem; a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva a obstrução das vias de acesso a Justiça e ao distanciamento entre o Judiciário e seus usuários. O que não acarreta apenas o descrédito na magistratura e nos demais operadores do Direito, mas tem como preocupante conseqüência a de incentivar a litigiosidade latente, que frequentemente explode em conflitos sociais, ou de buscar vias alternativas violentas ou de qualquer modo inadequadas (desde a justiça de mão própria, passando por intermediações arbitrárias e de prepotência, para chegar até os “justiceiros”).” Cfr. GRINOVER. 2008, página 23.

A aclamação discursiva da conciliação é, pois, o resultado direto do aumento do número de ações judiciais,⁸¹⁹ provocado por sua vez pela implementação das ferramentas de universalização do acesso ao Judiciário; conquanto plenamente *previsível* a multiplicação de litígios⁸²⁰ – já que o desenvolvimento de mecanismos que estimulassem o ajuizamento de ações, deveria mesmo resultar em... *mais ações* –, a doutrina processual manifestou certo grau de *espanto* com a proliferação em massa de processos, e passou a suscitar a necessidade de perquirição de “medidas mais profundas de redução da quantidade de causas,” defendendo a adoção de instrumentos voltados a “popularizar meios alternativos de solução de conflitos,” sempre com o objetivo de “desafogar o Poder Judiciário.”⁸²¹ Afirmou-se, ainda, que a despeito dos “negáveis”⁸²² esforços da doutrina e do legislador no sentido de buscar a maior efetividade e simplicidade do processo judicial, estes mostraram-se insuficientes, fazendo com que a valorização da conciliação processual como meio ideal de resolução de litígios jurídicos ganhasse força, sobretudo em plano dogmático.

Consequência dessa valorização doutrinária da conciliação foi a sensibilização do legislador que, atento à possibilidade de desonerar a máquina judiciária pelo encerramento precoce de processos sem a necessidade de envolvimento dos magistrados (basta-lhes homologar a transação), passou a modificar o ordenamento processual promulgando leis que prestigiassem a solução consensual. A primeira delas é a Lei dos Juizados Especiais Cíveis (Lei nº 7.244/84), redigida com a ajuda de processualistas adeptos dos valores *teleológicos* do processo, alguns deles egressos da *Escola Processual de São Paulo*,⁸²³ colocando em evidência o novo *status* assumido pela conciliação no sistema processual. A norma em comento previa que o procedimento do Juizado Especial

⁸¹⁹ É o que afirma sem deixar qualquer rastro de dúvida, Ada Pellegrini Grinover: “Não ha duvida de que o renascer das vias conciliativas e devido, em grande parte, a crise da Justiça. E sabido que ao extraordinário progresso científico do Direito Processual não correspondeu o aperfeiçoamento do aparelho judiciário e da administração da Justiça.” Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

⁸²⁰ Nesse sentido, já em 1989 José Reinaldo de Lima Lopes previa que os tribunais de pequenas causas, ao abrir “canais de comunicação com o Judiciário,” poderia desamar a “a demanda por direitos econômicos e sociais,” porém não impediria o crescimento de pleitos dessa natureza; por suas palavras, esse tipo de demanda poderia ser: “em parte despolitizada, mas não se consegue impedir que se queiram sempre mais direitos e mais proteção, especialmente no que diz respeito aos bens e serviços de consumo coletivo.” Cfr. LOPES. 1989, página 140.

⁸²¹ Cfr. BASÍLIO. e MUNIZ. 2007, página 38.

⁸²² Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

⁸²³ Participaram da comissão de juristas convocada para sua elaboração, dentre outros, de Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Ada Pellegrini Grinover.

deveria se iniciar com uma audiência – de presença obrigatória de ambas as partes⁸²⁴ – na qual a conciliação seria tentada e, caso obtida, poria fim à disputa sem a necessidade da movimentação do aparato judiciário.⁸²⁵ Porém, apesar de sinalizar uma tendência, a previsão de realização da tentativa de acordo no início do processo estava ainda reservada aos Juizados de Pequenas Causas, ou seja, incidia em litígios reputados menores pelo legislador. Vale dizer, tratava-se de uma inovação aceitável apenas aos processos vistos como menos relevantes aos olhos dos processualistas, havendo inclusive alguns mais tradicionais que manifestavam não vislumbrar a possibilidade de o *espírito da conciliação invadir* o ordenamento processual como um todo.⁸²⁶

As previsões dessa conservadora vertente mostraram-se, no entanto, equivocadas, já que a valorização da conciliação no ambiente processual não pararia por aí: as Leis 8.951 e 8.952 de 1994, ambas elaboradas por comissão presidida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça e *Membro Honorário* do IBDP Sálvio de Figueiredo Teixeira, protagonizaram diversas alterações no Código de Processo Civil, dentre as quais a nova redação do artigo 331 que dispunha sobre o *saneamento do processo*,⁸²⁷ para determinar ao magistrado que designasse “audiência de conciliação” nas causas que versassem sobre “direitos disponíveis,” e também a inclusão do inciso IV ao artigo 125, impondo ao juiz o dever de “tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.” Contando também com a colaboração de juristas oriundos da *Escola Processual de São Paulo*,⁸²⁸ o objetivo dessa reforma do Estatuto foi exatamente o de incentivar a conciliação “como forma alternativa de solução de conflitos,” nos dizeres da sua *Exposição de Motivos*.

A técnica da conciliação processual saiu, pois, do plano dos processos ditos *menores* para ser admitida e, mais do que isso, *estimulada* em todo e qualquer litígio que envolvesse *direitos disponíveis*. Cumpre destacar que esse fomento à conciliação em

⁸²⁴ Sob pena de, não comparecendo o autor, o processo ser extinto ou, não comparecendo o réu, ser ele declarado revel (Lei 9.099/95, art. 20).

⁸²⁵ O artigo 22 da referida lei previa que “Aberta a sessão, o Juiz esclarecerá as partes presentes sobre as vantagens da conciliação, mostrando-lhes os riscos e as consequências do litígio.”

⁸²⁶ Essa timidez em relação ao acordo judicial pode ser verificado pela marcante manifestação de experiente jurista do processo que, em texto denominado *O papel da conciliação como meio de evitar o processo e de resolver conflitos*, no qual entoava efusivas loas ao instrumento da transação, via no acordo judicial “numerosas vantagens,” mas sua percepção dos fatos não vislumbrava ser possível um retorno “às velhas tradições do direito imperial, exigindo-se a tentativa de conciliação antes do ajuizamento da ação,” ou ainda a criação de “um órgão com esta função.” Cfr. BARBI. 1985, página 119.

⁸²⁷ Momento em que o juiz, após a apresentação de defesa e eventual réplica, *saneia* o processo, ou seja, resolve eventuais questões processuais em aberto, fixa os pontos controvertidos (o que se está discutindo) e determina a realização das provas que entender necessárias ou, alternativamente, se entender ser o caso, julga os pedidos das partes.

⁸²⁸ Destacando-se Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe.

qualquer fase processual⁸²⁹ foi realizado não apenas pela dogmática processual, mas principalmente pelos diferentes entes responsáveis pela administração da Justiça, empolgados pela possibilidade de redução da *carga* dos processos, lançando-se numa desenfreada cruzada pela realização do maior número possível de sessões de conciliações. Inclusive, desde a sua criação pela Emenda Constitucional 45/04, o Conselho Nacional de Justiça tem-se mostrado um grande entusiasta da conciliação, financiando e promovendo boa parte dessas campanhas.⁸³⁰

Esse conjunto de medidas legais e regulamentares, a estrutura administrativa colocada em ação pelos tribunais e fóruns, bem como a massiva campanha com todos os requintes e artifícios do *marketing* comercial (com ostensivo uso de imagens e frases positivas, envolvimento de celebridades e *slogans* publicitários) difundida em diversos meios de comunicação, é que nos permite afirmar sem titubear que o estímulo à transação processual constitui atualmente a principal política pública estatal relacionada ao Judiciário. De fato, o status do acordo na fenomenologia processual deixou de ser o de uma mera alternativa disponibilizada às partes que desejem se compor e assim encerrarem o processo judicial, para se tornar o objeto de uma intensa mobilização dos tribunais, das suas serventias e, *levados pela enxurrada*, dos próprios jurisdicionados.

A solução consensual é estimulada institucionalmente e isso não apenas no plano publicitário: para além da indução do pensamento da coletividade por meio das *estratégias de marketing*, o curso dos processos “em condições” de obter um acordo são materialmente desviados pelos cartórios que, independentemente do estágio procedimental em que se encontrem ou de iniciativa de autor ou réu, são suspensos para realização de audiências para as quais as partes são *intimadas* a comparecer, na qual se tentará uma composição cujo interesse elas não demonstraram, ao menos não espontaneamente.

⁸²⁹ Nesta senda, à guisa de exemplo, o Tribunal de Justiça de São Paulo emitiu diversos normativos prevendo a realização de audiências para tentar as conciliações antes da defesa (Provimento 893/2004, que “Autoriza a criação e instalação do Setor de Conciliação ou de Mediação nas Comarcas e Foros do Estado”) e até mesmo depois de proferida a sentença, em âmbito recursal (Provimento 783/2002 do TJSP, que instituiu o “Plano Piloto de Conciliação em Segundo Grau de Jurisdição”).

⁸³⁰ Destacam-se, nesse sentido, além das chamadas *Semanas Nacionais de Conciliação* coordenadas desde 2006 pelo CNJ, nas quais as partes envolvidas em processos escolhidos pelo critério da *viabilidade* do acordo são intimadas a comparecer em audiências de conciliação, a Resolução 125, de 29 de novembro de 2010, por meio da qual o mesmo CNJ, adjetivando a conciliação e mediação de “instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios,” *determinou* a criação, pelos tribunais a ele subordinados, de “Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos” (art. 7º) e de “Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania” (art. 8º), bem como um “banco de dados sobre as atividades de cada centro,” (arts. 13 e 14) os quais seriam divulgados no *Portal da Conciliação* a ser criado pelo próprio Conselho (art. 15).

Para se ter uma idéia da intensidade dessa movimentação administrativo-processual, consideremos os números da *Semana Nacional da Conciliação* realizada em 2012, na qual foram marcadas 419.031 audiências e celebrados 175.173 acordos, com uma taxa “êxito” de 49,78% em relação às audiências que efetivamente se realizaram, como se depreende da planilha abaixo reproduzida, com dados *orgulhosamente* divulgados pelo CNJ:

Resultados Gerais						
Justiça	Audiências marcadas	Audiências realizadas	% realizado	Acordos	% efetuado	R\$ homologados
Estadual	336.123	295.175	87,82%	155.717	52,75%	403.426.065,66
Federal	11.446	7.624	66,61%	5.886	77,20%	109.135.094,30
Trabalhista	71.462	49.099	68,71%	13.570	27,64%	234.175.248,10
Total	419.031	351.898	83,98%	175.173	49,78%	749.736.408,06

Quadro 6 – Relatório da Semana Nacional de Conciliação 2012 – 7/11/12 a 14/11/12.⁸³¹

Apresentado em cerimônias formais, para as quais são convocadas coletivas de imprensa, e repassados dados estatísticos com uma riqueza impressionante de detalhes, o número de acordos celebrados dá a exata medida daquilo que os seus *gestores* consideram “êxitos” ou “realizações” da *Semana Nacional da Conciliação*. Nesta senda, as circunstâncias em que são divulgados os resultados e a maneira de valorizá-los nos chamam mais a atenção do que os volumosos números alcançados pelo esforço da máquina pública, confirmando nossa tese de que de forma alternativa de solução de litígios, assumiu a conciliação o status de solução primordial para a crise de legitimidade vivenciada pela Justiça civil.⁸³²

Essa valorização do acordo judicial, reflexo direto dos discursos da conciliação judicial, merece atenção pelos objetos simbólico-discursivos que nela se encerram, notadamente os seus reflexos na atuação do ente estatal na sua função de *distribuir justiça* que lhe foi atribuída, com exclusividade, dentro do esquema legitimador da ubiquidade constante dos contemporâneos Estados de Direito.

⁸³¹ Cfr. o site do CNJ na internet: http://www.cnj.jus.br/images/programas/conciliacao/2012/relat%C3%B3rio_final_Conciliacao2012.pdf – acesso em 30/10/2013.

⁸³² “À medida que se vai evanescendo a idéia de distribuição *monopolística* da justiça pelo Estado” obtemperou Rodolfo de Camargo Mancuso, “e, em paralelo, vai ganhando corpo a idéia-força da *prevenção ou resolução dos conflitos com justiça*, ainda que por outros *meios*, auto e heterocompositivos (ditos *equivalentes jurisdicionais*), com certeza tenderão a diminuir algumas mazelas que hoje tismam a função judicial do Estado brasileiro: o retardo na resposta jurisdicional, a baixa efetividade prática das decisões, a imprevisibilidade dos julgamentos.” Cfr. MANCUSO. 2009, página 54.

Por que razão a conciliação ocupa esse local de destaque na fenomenologia do Judiciário brasileiro? Quais são os interesses atendidos por essa intensa ação dos entes públicos? Qual foi o papel da dogmática processual nesse contexto? Responder a essas indagações será o nosso objetivo nas próximas linhas, sendo certo que o êxito da empreitada dependerá de uma preliminar exposição a respeito do instituto conciliação e da feição que lhe foi atribuída pela processualística.

2. Fenomenologia atual da conciliação.

Como afirmamos, atualmente a conciliação representa a principal política pública do Poder Judiciário para enfrentar a chamada “crise” da Justiça, sendo prevista em normas legais e administrativas, e objeto de campanhas de incentivo, de prêmios, além de um impressionante volume de produção acadêmica dos mais variados matizes, que se dedicam exclusivamente a louvar e enaltecer o instituto. A seguir vamos apresentar alguns aspectos fenomenológicos dos acordos processuais, notadamente a forma como eles são apresentados pela doutrina.

Se por algum tempo pairaram dúvidas sobre a *natureza jurídica* atribuída pela processualística à conciliação, nos dias de hoje parece não haver mais razões para se questionar a orientação adotada: entre aqueles que definiam o acordo judicial como um *negócio*, analisando-o sob os auspícios de um ato jurídico de natureza material (como um contrato, regulado pelo direito civil), e aqueles que viam nele um *equivalente jurisdicional*, ou seja, uma forma de solução (*pacificação*) de litígios, a ser observado como instituto processual,⁸³³ a doutrina dominante encampou indubitavelmente esta última vertente.⁸³⁴

⁸³³ Nesse sentido, veja-se a lição de Athos Gusmão Carneiro: “Assinalam alguns, como ponto distintivo fundamental, que na conciliação o conteúdo do ato resolutório da lide não provém, em última análise, da vontade do Estado mas sim da vontade das partes: seria, destarte, a conciliação uma “zona extrema, o di confine, della giurisdizione contenziosa” (Mortara, *Comentario*, III, Milão, ns. 9, 11 e 12) em suma, um “equivalente jurisdicional”, na classificação camelutiana (Sistema, I, n. 59). (...) Entendem outros a conciliação como instituto de direito *substancial*, em nada diverso, pois, do negócio material concluído fora do processo.” Cfr. CARNEIRO. 1976 página 95.

⁸³⁴ Confira-se, a propósito, a opinião de Ada Pellegrini Grinover: “Nesse enfoque a mediação e a conciliação passam ao *status* de instrumentos utilizados no quadro da ‘política judiciária’. Deixa-se, assim, de lado o aspecto negocial envolvido no acordo, realçado em épocas anteriores, para se considerar essas vias como verdadeiros equivalentes jurisdicionais, o que acaba se refletindo em uma diversa terminologia.” Cfr. GRINOVER. 2008, página 24. Em sentido semelhante, a opinião de Rodolfo de Camargo Mancuso: “No mais, não há qualquer *capitis diminutio* na sentença homologatória de conciliação, em face daquela que julga o mérito da causa, tendo ambas a mesma carga eficaz, e sendo plenamente exequíveis, como se colhe dos textos de regência: arts. 269, I e III e 584, I e III, do CPC, por isso mesmo, fala-se nos meios alternativos de solução de conflitos em termos de verdadeiros equivalentes jurisdicionais.” Cfr. MANCUSO. 2004, página 11.

Os consectários da definição da conciliação como sendo um *equivalente jurisdicional* serão abordados mais à frente sendo que, por ora, basta ressaltar que essa percepção de que se valem os processualistas, equiparando a *sentença-acordo* à *sentença-julgamento*, diz respeito aos *efeitos* da decisão que homologa a transação e não à forma como se chegou a ela. De fato, uma importante premissa da transação judicial é justamente a circunstância de ser *limitado* o âmbito de atuação do magistrado na sua consecução. Tratando-se de *direitos disponíveis* – e na maioria das vezes um processo civil vai tratar de direitos disponíveis – do juiz se espera que estimulem as partes para que cheguem ao acordo para posteriormente homologá-lo, sendo-lhe vedado fazer qualquer juízo jurídico a respeito dos termos negociados entre as partes. Não importa quão abusivas, iníquas ou desvantajosas à contraparte forem as cláusulas do acordo, não havendo qualquer vício de nulidade (pertinente à capacidade ou correta representação das partes, ou ainda à licitude do objeto) elas não se submetem à revisão do juiz, que só atua no sentido de realizá-lo, nunca para questionar os seus termos.⁸³⁵

Essa forma de atuação do julgador quanto à composição está alinhada a uma visão a respeito da conciliação processual que remonta aos processualistas liberais do início do século XX: como manifestação da vontade das partes, não cabe à autoridade homologatória – o juiz, conciliador ou árbitro, conforme se trate de medida *hétérocompositiva* ou *autocompositiva*⁸³⁶ – inmiscuir-se dos termos acordados, ou intervir, ainda que esteja diante de abuso.⁸³⁷ Nos dizeres da própria doutrina, “a conciliação

⁸³⁵ Com efeito, por ocorrerem via de regra em disputas envolvendo *direitos disponíveis*, permite-se à parte em litígio renunciar a direitos quando transigir, ainda que esteja com isso assumindo um prejuízo, ou concordando em receber menos do que lhe caberia em caso de êxito por ocasião da sentença. Para muitos, aliás, a renúncia é *condição* para realização do acordo, no sentido de que a transação *necessariamente* implicaria abrir mão do que se esperava receber em caso de decisão adjudicatória.

⁸³⁶ Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso, *autocomposição* é a solução a que chegam os próprios entes em conflito (transação, renúncia, conciliação), e a *hetercomposição* “caracteriza-se pelo fato de a resolução da controvérsia ser alcançada, não diretamente, *pelos* próprios interessados (ainda que por indução de *facilitadores*), mas pelo consenso em submeter a pendência a um *tertius*, um interveniente, que tanto pode ser: (i) um órgão judicial (relacionados em *numerus clausus* no art. 92 da CF) ou (ii) um órgão paraestatal, assim um juiz de paz, uma Comissão de Conciliação Prévia, uma Câmara de Arbitragem, instâncias alternativas que hoje se expandem e alcançam notória credibilidade social, em boa medida por conta da *desconfiança* que a população vai nutrindo pela função judicial do Estado, notadamente por sua lentidão e pela imprevisibilidade do resultado.” Cfr. MANCUSO. 2009, página 242.

⁸³⁷ De acordo com Athos Gusmão Carneiro, “em princípio, são as partes livres na autocomposição da lide. A conciliação encontra sua eficácia no consenso dos litigantes, não na qualidade de ser a mais ou menos conforme à justiça; assim, não assiste ao juiz a possibilidade de obstaculizar a conciliação feita em termos que lhe pareçam injustos, se justos pareceram aos interessados (Liebman, “Risoluzione Convenzionale del Processo”, in *Riv. di Dir. Proc. Civile*, 1932, vol. IX, pág. 284).” Aduz ainda que seria “provável que o juiz não logre sucesso na tarefa conciliatória se pretender com excessivo empenho impor como vontade negocial aquela solução fruto de seu (provisório) convencimento e que seria objeto (provável) da sentença, mesmo

pressupõe, em tese, uma composição da lide segundo valorizações ligadas à conveniência das partes, e tal valorização somente estas poderão estabelecer.”⁸³⁸

Sem prejuízo da possibilidade de os acordos judiciais resultarem em prejuízo aos jurisdicionados – que deveria no mínimo por em questão o afã com o qual os acordos são estimulados pelo Estado, por meio dos tribunais e do CNJ – a doutrina dominante atual tem pelo instituto verdadeira *adoração*: as vantagens apresentadas seriam tão relevantes socialmente, que o *senão* representado pela eventual iniquidade de certas transações passa totalmente despercebido ou, quando muito, a *lembrança indigesta* é afastada por doutrinadores por meio de *argumentações* carregadas de *autoridade simbólica*.⁸³⁹ A possibilidade de desobstruir a *fila* de processos pendentes de julgamento ao mesmo tempo em que promoveria a *pacificação* do litígio⁸⁴⁰ é um conseqüência rememorado a todo tempo pelos defensores das soluções consensuais, que vêm nessa perspectiva um excelente motivo para que a conciliação seja estimulada.⁸⁴¹

O fato de *resolver* os litígios rapidamente sem um comprometimento do orçamento do judiciário, reconhecido inclusive em nível mundial,⁸⁴² não foi, contudo, o único elemento valorizado em relação à conciliação; o compromisso em tornar o acordo judicial uma saída ideal para os processos judiciais fez com que se destacassem outras características positivas, levando os doutos a questionarem até mesmo a efetividade de

porque a parte menos favorecida poderá, então, preferir uma sentença totalmente contrária, mas contra a qual terá a faculdade de apelar.” Cfr. CARNEIRO. 1976, página 95.

⁸³⁸ Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

⁸³⁹ Nesse sentido, ao abordar as ácidas críticas formuladas pelo jurista estadunidense Owen FISS às iniquidades resultantes de acordos judiciais, Rodolfo de Camargo Mancuso disse se tratar de *exceções* à regra raramente encontradas no ambiente processual brasileiro: “Sem embargo de situações extremas, como a antes reportada, podem-se ter como excepcionais os casos de transações judiciais e extrajudiciais irrazoáveis, aberrantes do senso comum, porque, de ordinário, as auto e heterocomposições costumam observar as regras que induzem ao razoável e ao equitativo nessas negociações.” Cfr. MANCUSO. 2009, página 197.

⁸⁴⁰ Neste ensejo, Rodolfo de Camargo Mancuso propõe a seguinte indagação: “Se um dos escopos da jurisdição é pacificar os conflitos com justiça, e se isso pode ser mais facilmente alcançado pelo atalho da conciliação, porque então não incrementar esse instrumento, em vez de insistir na prolação de decisões de mérito, que demandam mais tempo, protraem o desfecho da causa, sujeitam-se aos recursos da parte sucumbente e implicam na espera pela coisa julgada?” Cfr. MANCUSO. 2004, página 11.

⁸⁴¹ Nessa senda, entre tantos, vejamos a seguinte afirmação de Rodolfo de Camargo Mancuso para quem, apesar de não haver “base empírica confiável para se aferir, com segurança, quantos processos vêm sendo *poupados* ao trâmite da Justiça estatal, por conta da auto e heterocomposição das controvérsias,” esta via deveria ser “incentivada, quando menos porque *algum* alívio à carga judiciária por certo daí decorre, o que, em números globais, representa peso expressivo.” Cfr. MANCUSO. 2009, página 147.

⁸⁴² Veja-se, a propósito, as observações do juiz francês Antoine Garapon: “A explosão dos contenciosos transformou silenciosamente o ato de julgar, a tal ponto que não se sabe mais muito bem qual deles, o desafio do quantitativo ou do qualitativo, foi o mais determinante. Esse novo modelo de justiça busca sua origem tanto numa nova razão jurídica quanto na racionalização das escolhas orçamentárias. Essa transformação do papel da justiça não deixa de ter, efetivamente, sua ligação com a crise financeira do Estado provedor. A política descentralizada torna-se ainda mais necessária, pois os recursos dos Estados são, no momento, limitados.” Cfr. GARAPON. 1999, página 240.

uma sentença para *pacificar um conflito*. De fato e por mais que soe contraditório com o conteúdo dos discursos que analisamos anteriormente, a mesma vertente doutrinária difusora dos enunciados do *discurso da pacificação social pelo processo*, quando trata da conciliação, não hesita em colocá-la em patamar superior ao da solução *adjudicatória*, quando se trata da composição efetiva do litígio. Essa *desvalorização* da solução adjudicada, já verificada no discurso da ampliação do acesso à Justiça (*dessacralização do acesso à Justiça*⁸⁴³), repete-se sob formas semelhantes no discurso sob análise, não por acaso sob a pena de Mauro Cappelletti, segundo o qual haveria situações em que a justiça dita *conciliatória* seria “capaz de produzir resultados que, longe de serem de ‘segunda classe’ são melhores, até qualitativamente, do que os resultados do processo contencioso.”⁸⁴⁴ Tal pensamento se aplicaria tanto às disputas mais mezinhas do tipo *conflitos de vizinhança*, entendidas aí as disputas nascidas de relações interpessoais originadas da proximidade das pessoas (bairro, escola, comunidade),⁸⁴⁵ quanto aos

⁸⁴³ A associação entre *dessacralização do acesso à Justiça* e conciliação é quase automática: para não negar o direito constitucionalmente previsto de ter o seu *fair day in court*, sugere Rodolfo de Camargo MANCUSO que o processo seja subordinado, *rectius* direcionado a uma solução hétéro ou autocompositiva: “Portanto, é o próprio modelo que precisa ser mudado, incentivando-se a cultura da auto e da heterocomposição, ficando a Justiça estatal num *plano residual*, preordenada a recepcionar os conflitos refratários àquelas modalidades e bem assim aqueles que *precisam* ter uma passagem judiciária (o *fair day in Court*, do processo norte-americano), como se dá com as ações ditas necessárias em razão de peculiaridades da pessoa ou da matéria.(...) Impõe-se, presentemente, o implemento de uma renovada e arrojada *política judiciária*, focada na ampla divulgação sobre os modos auto e heterocompositivos de solução de controvérsias, como uma alternativa à secular *cultura judiciarista*, cujas nefastas conseqüências hoje se fazem sentir tanto sobre o Estado como sobre os jurisdicionados.” Cfr. MANCUSO. 2009, página 151.

⁸⁴⁴ Cfr. CAPPELLETTI. 1994, página 82. Ainda segundo o autor citado: “A melhor ilustração é ministrada pelos casos em que o conflito não passa de um episódio em relação complexa e permanente; aí, a justiça conciliatória, ou - conforme se lhe poderia chamar - a ‘justiça reparadora’ tem a possibilidade de preservar a relação, tratando o episódio litigioso antes como perturbação temporária do que como ruptura definitiva daquela; isso, além do fato de que tal procedimento costuma ser mais acessível, mais rápido e informal, menos dispendioso, e os próprios julgadores podem ter melhor conhecimento do ambiente em que o episódio surgiu e mostrar-se mais capazes e mais desejosos de compreender o drama das partes.” Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

⁸⁴⁵ Citando novamente o escólio de Mauro Cappelletti, dizia ele: “Outros campos em que a justiça conciliatória tem potencial para constituir uma escolha “melhor” abrangem: conflitos de vizinhança, e mais genericamente conflitos entre pessoas que vivem naquilo a que os sociólogos chamam “instituições totais”, isto é, em instituições como escolas, escritórios, hospitais, bairros urbanos, aldeias, onde as pessoas são forçadas a viver em contacto diário com vizinhos, colegas, etc., entre os quais pode haver queixas de muitas espécies. Aí, é por demais difícil a *avoidance*, ou seja, a fuga da instituição, porque implicaria mudança de trabalho, de escola, de residência. Uma solução contenciosa de conflitos dentro de tais instituições poderia conduzir à respectiva exacerbação, ao passo que uma solução conciliatória ou coexistencial seria vantajosa para todos. Isso pode explicar a preferência tradicional por soluções conciliatórias em sociedades primitivas, onde a *avoidance* poderia significar a perda daquele tipo de família, tribo, solidariedade local que, nessas sociedades, é freqüentemente condições sine qua non de sobrevivência. Quanto às sociedades modernas, isso pode explicar a tendência a instituir toda sorte de ombudspersons em universidades, fábricas, hospitais, até prisões, bem como neighbourhood justice centers em bairros urbanos e em áreas rurais.” Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.* Em sentido semelhante, a opinião de Ada Pellegrini Grinover: “Delineia-se, nesse quadro, a necessidade de repensar a conciliação, até como meio para evitar o processo, mediante soluções de mediação institucionalizada, a qual possa funcionar como canal idôneo para resolver certos conflitos, principalmente a

conflitos sociais desindividualizados, cuja resolução se relegou ao campo das ações coletivas.⁸⁴⁶ Seja como for, chama a nossa atenção a formulação de enunciados que, desafiando toda uma linha discursiva adotada no momento de justificar o monopólio estatal sobre a função jurisdicional (*discurso da pacificação pelo processo*), sustenta que o processo poderia representar em certas hipóteses um *obstáculo* ao invés de uma *solução* para os conflitos jurídicos.⁸⁴⁷

Ressalvada a opinião dos processualistas que insistem em resguardar a preferência pela solução adjudicada,⁸⁴⁸ não foram poucos os adeptos dessa vertente que não hesitaram em atribuir ao acordo judicial qualidades e adjetivos capazes de tornar a escolha entre o acordo e a sentença – apontada como a solução *menos apropriada* para “certos tipos de conflito”⁸⁴⁹ – uma quase não-opção, tamanha as vantagens da primeira alternativa: a conciliação não seria apenas mais adequada,⁸⁵⁰ como já apontado, mas

nível de pequenos litígios: os direitos dos consumidores, a composição dos danos mais leves, o direito de vizinhança, certas questões de família e as conexas ao crédito e tantas outras contendas poderiam encontrar na conciliação o instrumento adequado para uma pronta e pacífica solução.” Cfr. GRINOVER. 1986, página 198.

⁸⁴⁶ É o que afirma Rodolfo de Camargo Mancuso: “A principal deficiência da *solução adjudicada estatal* (= sentença de mérito) é que ela é preordenada e circunscrita a resolver a *crise jurídica* (*da mihi factum dabo tibi jus*: julgamento por legalidade estrita), e, por isso, revela-se deficiente quando o conflito judicializado apresenta-se policêntrico, empolgando aspectos outros, tais como o econômico, o social, o político, como sói ocorrer na contemporânea sociedade de massa.” Cfr. MANCUSO. 2009, página 247. Por outras palavras, a sentença tentaria apenas acabar com a crise jurídica, enquanto que a composição encerraria a crise social.

⁸⁴⁷ Dirá Mauro Cappelletti, a esse propósito: “Por ‘obstáculo processual’ entendo o fato de que, em certas áreas ou espécies de litígios, a solução normal - o tradicional processo litigioso em Juízo - pode não ser o melhor caminho para ensejar a vindicação efetiva de direitos. Aqui, a busca há de visar reais alternativas (stricto sensu) aos juízos ordinários e aos procedimentos usuais.” A conclusão desse raciocínio, realizado em meio ao discurso da ampliação do acesso à Justiça, leva quase que intuitivamente à conciliação: “Essa idéia decerto não é nova: a conciliação, a arbitragem, a mediação foram sempre elementos importantes em matéria de solução de conflitos. Entretanto, há um *novo elemento* consistente em que as sociedades modernas descobriram novas razões para preferir tais alternativas. É importante acentuar que essas novas razões incluem a própria essência do movimento de acesso à Justiça, a saber, o fato de que o processo judicial agora é, ou deveria ser, acessível a segmentos cada vez maiores da população, aliás, ao menos teoricamente, a toda a população.” Cfr. CAPPELLETTI. 1994, página 82.

⁸⁴⁸ É o caso de Cândido Rangel Dinamarco, que aduz que “do ponto de vista puramente jurídico as diferenças [entre a sentença e a conciliação] são notáveis e eliminariam a idéia de que se equivalham, porque somente a *jurisdição* tem entre seus objetivos o de dar efetividade ao ordenamento jurídico substancial, o que obviamente está fora de cogitação nos chamados *meios alternativos*.” Mas nem por isso o catedrático deixa de valorizar o acordo, obtemperando que o “que há de substancialmente relevante no exercício da jurisdição, pelo aspecto social do proveito útil que é capaz de trazer aos membros da sociedade, está presente também nessas outras atividades: é a busca de pacificação das pessoas e grupos mediante a eliminação de conflitos que os envolvam. Tal é o *escopo social magno da jurisdição*, que atua ao mesmo tempo como elemento legitimador e propulsor da atividade jurisdicional.” Cfr. DINAMARCO. 2003, página 122.

⁸⁴⁹ Ninguém menos do que Ada Pellegrini Grinover: “Resulta daí que o método contencioso de solução das controvérsias não é o mais apropriado para certos tipos de conflito, em que se faz necessário atentar para os problemas de relacionamento que estão a base da litigiosidade, mais do que aos meros sintomas que revelam a existência desses problemas.” Cfr. GRINOVER. 2008, página 25.

⁸⁵⁰ Dentre tantos, a lição de Kazuo Watanabe: “A incorporação dos meios alternativos de resolução de conflitos, em especial dos consensuais, ao instrumental à disposição do Judiciário para o desempenho de sua função de dar tratamento adequado aos conflitos que ocorrem na sociedade, não somente reduziria a

também propiciadora de maior coesão social evitando que o conflito se perpetuasse,⁸⁵¹ além de ser o agente promovedor de uma “recuperação do prestígio e respeito” do Judiciário.⁸⁵² Em certas passagens, chega-se, por essa via discursiva, ao ponto de afirmar que a sentença, por *impor* o direito aplicável ao caso concreto, estaria “impregnada do peso da intervenção estatal”⁸⁵³ e conteria elementos de *autoritarismo*, mostrando-se por isso inapta para por fim ao estado de insatisfação em que se encontrariam as partes em conflito,⁸⁵⁴ além de não contar com os benefícios de uma solução *duradoura* do litígio, só alcançável por meio da conciliação, que, de sua parte, atacaria as raízes da lide.⁸⁵⁵

Assim é que, de forma alternativa, quase pejorativa, de resolução do processo civil, a conciliação processual passou a ser tratada pela doutrina como fruto do *avançado estágio* em que se encontraria a ciência processual, verdadeira prova da “evolução cultural

quantidade de *sentenças*, de *recursos* e de *execuções*, como também, o que é de fundamental importância para a *transformação social com mudança de mentalidade*, propiciaria uma solução mais adequada aos conflitos, com a consideração das peculiaridades e especificidades dos conflitos e das particularidades das pessoas neles envolvidas.” WATANABE. 2011, página 195.

⁸⁵¹ Essa ideia constou do discurso de posse do Ministro Cezar Peluso na presidência do STF: “Em primeiro lugar, firmar, entre os profissionais do direito, o entendimento de que, para os agentes sociais, é mais importante prevenir e chegar a uma solução rápida para os litígios do que ter que recorrer, sempre, a um Judiciário cada vez mais sobrecarregado, ou de perpetuar nele, de certo modo, reflexos processuais de desavenças que tendem a multiplicar-se, senão a frustrar expectativas legítimas. Cfr. PELUSO. 2011, página 15.

⁸⁵² É o que afirma o já mencionado Kazuo Watanabe ao comentar os benefícios da Resolução 125 do CNJ: “Desde que seja adequadamente implementada a Resolução, certamente assistiremos a uma transformação revolucionária, em termos de natureza, qualidade e quantidade dos serviços judiciários, com o estabelecimento de filtro importante da litigiosidade, com o atendimento mais facilitado dos jurisdicionais em seus problemas jurídicos e conflitos de interesses e com o maior índice de pacificação das partes em conflito, e não apenas solução dos conflitos, isso tudo se traduzindo em redução da carga de serviços do nosso Judiciário, que é sabidamente excessiva, e em maior celeridade das prestações jurisdicionais. A consequência será a recuperação do prestígio e respeito do nosso Judiciário.” WATANABE. 2011, página 195.

⁸⁵³ Cfr. MANCUSO. 2009, página 12.

⁸⁵⁴ Assim, por exemplo, Ada Pellegrini Grinover, ao falar do “‘fundamento social’ das vias conciliativas, consistente na sua função de pacificação social.” Para ela, “esta, via de regra, não é alcançada pela sentença, que se limita a ditar autoritariamente a regra para o caso concreto, e que, na grande maioria dos casos, não é aceita de bom grado pelo vencido – o qual contra ela costuma insurgir-se com todos os meios na execução –, e que, de qualquer modo, se limita a solucionar a parcela de lide levada a juízo, sem possibilidade de pacificar a lide sociológica, em geral mais ampla, da qual aquela emergiu, como simples ponta do iceberg. Por isso mesmo, foi salientado que a justiça tradicional se volta para o passado, enquanto a justiça informal se dirige ao futuro. A primeira julga e sentencia; a segunda compõe, concilia, previne situações de tensões e rupturas, exatamente onde a coexistência e um relevante elemento valorativo.” Cfr. GRINOVER. 2008, página 25.

⁸⁵⁵ Por todos, conferir a lição de Rodolfo de Camargo Mancuso: “Sob outro prisma, pode-se também observar que a decisão judicial de mérito resolve o processo (o continente) e a lide (o conteúdo, a crise jurídica), subsumindo os fatos à norma de regência, numa visão em retrospectiva (fatos alegados e provados), ao passo que os meios suasórios voltam-se, precipuamente, à solução justa do conflito, abrangendo, pois a crise sociológica subjacente à lide, aumentando assim as *chances* de duração e permanência da solução alcançada pelos próprios contraditores: uma dimensão, portanto, *prospectiva*.” Cfr. MANCUSO. 2009, página 236.

em matéria de processo civil.”⁸⁵⁶ O suporte discursivo oferecido em plano doutrinário para a solução conciliada, sobretudo por meio da *estereotipação* de conceitos, foi de grande valia para os responsáveis pela administração do Judiciário, especialmente os membros da sua cúpula que se comprometeram em reduzir o número de processos em curso perante as diferentes instâncias jurisdicionais.⁸⁵⁷ Para além das reformas promovidas em nível legislativo, que previram a possibilidade de conciliação em diversos momentos do processo, os estímulos dos mestres do processo ao implemento de mecanismos que fomentassem a realização de acordos judiciais criaram um propício ambiente para as políticas públicas postas em prática por diversos tribunais num primeiro momento e, posteriormente, pelo Conselho Nacional de Justiça.

Sob o mote que deu título ao presente capítulo – “conciliar é legal” –, as *Semanas Nacionais de Conciliação*, consideradas um “marco anual das ações do Conselho Nacional de Justiça e dos tribunais para fortalecer a cultura do diálogo,” apelam para a necessidade de “reduzir o grande estoque de processos na justiça brasileira”⁸⁵⁸ por meio da seleção, pelos cartórios de apoio, de determinados processos nos quais se reputa possível o acordo. As partes, intimadas a comparecer em juízo para audiências de conciliação, são *bombardeadas* por mensagens de estímulo à transação, proferidas pelos “conciliadores” (que podem ser juízes togados, juízes leigos, ou meros árbitros), que ressaltam especialmente o ganho de tempo, a redução de custos e uma composição amigável do litígio auferidos com o encerramento precoce do processo. Antes mesmo dessas sessões de conciliações, toda a comunidade é atingida por esses incentivos, viabilizados por anúncios publicitários constantes de campanhas de rádio, televisão, sítios dos tribunais na internet e até cartazes (*out-doors*). Algumas dessas mensagens podem ser visualizadas nos panfletos abaixo reproduzidos, todos eles extraídos de sítios de tribunais ou entidades ligadas ao judiciário na internet.

Temos, a guisa de exemplo, o seguinte anúncio, que destaca a possibilidade de rápido encerramento do litígio pela conciliação (“conciliar é a forma mais rápida de resolver conflitos”), onde salta aos olhos a expressão de satisfação de uma mulher que, sorridente, evidencia a *felicidade* por ter conseguido “resolver o conflito” expeditamente:

⁸⁵⁶ Cfr. MELO. 1976, página 143.

⁸⁵⁷ Tomemos por exemplo a afirmação do Presidente do STF Cezar Peluso, para quem seria necessário “oferecer instrumentos de apoio aos tribunais para a instalação de núcleos de conciliação e mediação, que certamente terão forte impacto sobre a quantidade excessiva de processos apresentados àquelas cortes.” Cfr. PELUSO. 2011, página 15.

⁸⁵⁸ Cfr. a página do CNJ na internet: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/acesso-a-ustica/conciliacao/semana-nacional-de-conciliacao> - acesso em 30/10/13.

Imagem 1 – panfleto constante do sítio do Tribunal Superior Eleitoral na internet.⁸⁵⁹

Abaixo, outro caso de pessoas manifestando alegria por terem posto fim à lide; na mensagem “ele acaba de pagar/ela acaba de receber” encontra-se subentendida a idéia de pronto atendimento das pretensões, de que ambos alcançaram os seus objetivos e estão equanimemente satisfeitos. Não podemos deixar tampouco de notar o apelo ao lado *malandro* do brasileiro, viabilizado na fórmula “quem concilia sempre sai ganhando,” ou seja, *sempre levará vantagem quem aceita a celebração do acordo*:

⁸⁵⁹ Cfr. http://www.tse.jus.br/imagens/imagens/campanha-conciliacao-cnj/image_preview - acesso em 30/10/2013.

Imagem 2 – Panfleto constante do sítio da Associação de Advogados de São José dos Campos na internet.⁸⁶⁰

Por fim, um cartaz onde se destaca o *aperto de mãos*, símbolo máximo da transação, do encontro de interesses, do *pacto selado*. Observe-se o destaque que se dá ao aspecto social do acordo, como que transbordando os limites daquela disputa individual: “Eu concilio. Você concilia. Nós ganhamos.” É a sociedade, a coletividade que, livre de mais um conflito, vê desafogada a máquina judiciária e resolvida uma disputa entre membros da comunidade.

⁸⁶⁰ http://aasjc.org.br/wp-content/uploads/cartaz_cnj_conciliacao_tjac_set12-800x500.jpg - acesso em 30/10/13.

Imagem 3 – Panfleto constante do sítio do Tribunal de Justiça de São Paulo na internet.⁸⁶¹

Pois bem. Após termos apresentado os principais aspectos fenomenológicos da conciliação processual na atualidade, voltaremos à análise do discurso propriamente dito, o que faremos começando pela sua *genealogia*, ou seja, pela extração dos elementos simbólico-discursivos insertos nos seus enunciados que justificariam a opção pelo acordo em detrimento da sentença, ainda que se possa esta escolha implicar em renúncia a direitos ou bens materiais potencialmente assegurados pelo ordenamento.

3. O mito da “litigiosidade excessiva.”

Ainda que correndo o risco de sermos repetitivos, novamente lembraremos que os mitos e simbologias do discurso da conciliação beberam da mesma fonte que os enunciados pertinentes à ampliação do acesso à Justiça. Para sermos mais precisos, consideramos que a ideia de acordo judicial deriva das propostas de *dessacralização do acesso à Justiça*, segundo as quais certas lides – mais *simples*, ou de *menor valor pecuniário* – não seriam *merecedoras* de uma tutela jurisdicional (incluindo o trabalho intelectual do juiz de interpretar os fatos à luz da lei aplicável), a qual deveria estar, na visão dos difusores do discurso, reservada a processos mais *relevantes*.

Rememorando o que já foi tratado no capítulo anterior, para aqueles que sustentam esse ponto de vista, a adoção das medidas de universalização do acesso ao Judiciário teria causado um desmedido e irresponsável *estímulo à litigância*, fazendo com

⁸⁶¹ Cfr. www.tjsp.jus.br – acesso em 30/9/2013.

que todo e qualquer conflito se transmutasse em processo judicial.⁸⁶² Diz-se que a *litigiosidade contida* teria sido substituída por uma *litigiosidade excessiva*, tornando necessária a limitação de demandas *irrelevantes* ou que comportariam soluções simplificadas, sendo que um dos caminhos recomendáveis seria justamente *desviá-las* para o caminho da composição (espontânea ou provocada).

Isto posto, o ponto de interseção entre as duas propostas (diminuir a litigância e estimular o acordo) encontra-se justamente na premissa de que existiria um *sobejado* volume de processos, ou que a sociedade brasileira viveria um *excesso de litigiosidade*. Essa constatação, largamente inspirada em estudos realizados em sistemas jurídicos alienígenas – notadamente o estadunidense, de onde se originaram as ADRs (da sigla inglesa *Alternative Dispute Resolution*),⁸⁶³ usadas como fonte para o modelo conciliatório da justiça brasileira⁸⁶⁴ –, *data* a incapacidade operacional do Estado-juiz da segunda metade do Século XX,⁸⁶⁵ convenientemente olvidando os registros anteriores a esse

⁸⁶² Essa a opinião de Rodolfo de Camargo Mancuso, para quem “impende *desconstruir* a premissa – dogmatizada à custa de ser repetida – de que a via judicial é o escoadouro natural de toda e qualquer pretensão resistida ou insatisfeita, discurso populista que leva a generalizar (e banalizar) o serviço judiciário estatal, em modo de uma porta larga e franqueada incondicionalmente a cada petição que um sedizente prejudicado entenda apresentar ao guichê do Fórum.” Cfr. MANCUSO. 2009, página 22.

⁸⁶³ Conforme noticiam Boaventura de Sousa Santos, Maria Manuel Leitão Marques e João Pedroso, os estudos sobre a litigiosidade se iniciaram nos países desenvolvidos ainda na década de 60: “A cultura jurídica começou a ser discutida a partir da década de 60, sobretudo nos Estados Unidos, mas também na Itália, sob o impulso da explosão de litigiosidade que se começou a verificar então nesses países. A idéia era que a propensão a litigar é maior numas sociedades que noutras e que as variações estão, em parte pelo menos, ancoradas culturalmente, na medida em que a propensão a litigar não aumenta necessariamente na mesma medida do desenvolvimento econômico. (...). Alguns autores, como por exemplo Kritzer (1989), compararam a propensão a litigarem países culturalmente próximos e até com sistema jurídico semelhante - como, por exemplo, os Estados Unidos e a Inglaterra, ou os Estados Unidos e o Canadá - e encontraram diferenças significativas, reconduzíveis a diferentes culturas jurídicas. Os Estados Unidos foram considerados como tendo a mais elevada propensão a litigar, configurando uma “sociedade litigiosa”, como lhe chamou Lieberman (1981). Esse fato suscitou um debate que se prolongou por toda a década de 80, tendo mesmo nas últimas eleições presidenciais sido tema de campanha eleitoral (Galanter, 1993a e 1993b). Avançaram-se então várias razões que alimentariam tal cultura litigiosa, desde a existência de um número excessivo de advogados até o enfraquecimento dos laços comunitários e dos compromissos de honra na gestão da vida coletiva. Segundo alguns, a propensão a litigar estaria a resultar numa enorme drenagem de recursos econômicos que de outra maneira poderiam ser afetados às tarefas do desenvolvimento. Outros autores e estudos refutaram esses argumentos e puseram mesmo em causa que tivesse havido uma explosão da litigiosidade, ou que os norte-americanos fossem particularmente litigiosos.” Cfr. SANTOS. MARQUES. e PEDROSO. 1995. páginas 40 e 41.

⁸⁶⁴ Nesse sentido, ver Humberto Theodoro Junior: “A partir da experiência do direito anglo-americano com os chamados “meios alternativos” de solução extrajudicial de conflitos de interesses - Alternative Dispute Resolution (ADR) - a doutrina européia e latino-americana voltou os olhos para a necessidade de buscar na justiça coexistencial um remédio para enfrentar a crise da justiça oficial.” Cfr. THEODORO JUNIOR. 2005, página 61.

⁸⁶⁵ Como ilustração da delimitação histórica, vejamos a afirmação de Rodolfo de Camargo Mancuso: “A acepção de um Judiciário ‘receptor universal’ de todo e qualquer histórico de dano temido ou sofrido foi se desvanecendo a partir da segunda metade do século passado, de um lado pela notória incapacidade da própria instituição em atender à demanda insuflada pela *explosão de litigiosidade* na sociedade contemporânea e, de

período que também qualificavam o Judiciário de lento, elitista e incapaz de lidar de forma eficaz com o volume de litígios jurídicos sob a sua batuta. Nesse sentido, Antoine Garapon relata que “não há livro sobre justiça, ou relatório, que não constate, para deplorá-lo, o vertiginoso aumento do contencioso depois dos anos 70,” mas faz uma justa crítica ao fato de que, embora percebida, “essa tendência raramente é interpretada. O que significa essa explosão? Que demanda ela traduz? De que maneira eram esses casos resolvidos antigamente?”⁸⁶⁶

No caso brasileiro, é praticamente unívoca a adoção pelos doutrinadores do processo da linha argumentativa do “elevado grau de litigiosidade, próprio da sociedade moderna,”⁸⁶⁷ para explicar a “crise” do Judiciário. Encontramos, também, quem sustente a existência de uma *cultura demandista*, a qual “estimula a judicialização de todo e qualquer conflito;”⁸⁶⁸ seguindo a mesma linha, diz-se que na origem da “crise de desempenho” e de “perda de credibilidade” do Poder Judiciário, estaria “uma intensa conflituosidade, com sobrecarga excessiva de processos.”⁸⁶⁹ Por outras palavras, a explicação fornecida pela doutrina para o Judiciário estar *transbordando* de processos residiria numa pretensa *predisposição* do brasileiro para o conflito processual, e não somente na incapacidade gerencial das Cortes, no desinteresse dos governantes na implementação de políticas públicas que eficazmente prevenissem a violação a direitos, ou mesmo, e esta seria uma perspectiva otimista, numa conscientização do cidadão de seus direitos e da necessidade de tutelá-los ao invés de ser tolerante com os ultrajes sofridos.⁸⁷⁰

outro lado, pelo notável crescimento dos chamados *meios alternativos* (...).” Cfr. MANCUSO. 2004, página 288.

⁸⁶⁶ Cfr. GARAPON. 1999, página 139.

⁸⁶⁷ Cfr. GRINOVER. 2008, páginas 23 e 24.

⁸⁶⁸ Cfr. MANCUSO. 2009, página 176. Desenvolvendo o argumento, sustenta ainda: “Ora é o espírito de emulação, por parte do credor, que o incita a infligir o desconforto da ação judicial ao inadimplente, quando, de outro modo, teria mais *chance* de receber seu crédito se facilitasse o pagamento ou concedesse um desconto; ora é o divórcio litigioso, que poderia ter sido evitado se as partes optassem por uma separação consensual, em que se resolveriam, inclusive, questões subjacentes, como a guarda e visita dos filhos, a partilha do patrimônio, isso tudo perante um Tabelião (Lei 11.441/07); ora é a ação possessória, que poderia ser evitada por uma negociação com o ocupante ou detentor, a quem se oferecesse uma compensação financeira pelo tempo decorrido, benfeitorias porventura feitas e pelas despesas de remoção e realocação (este, aliás, o expediente exitoso a que têm recorrido algumas empresas de construção civil, para liberação de área destinada a construção de edifício, quando se encontra ocupada por habitações subnormais ou invadida por grupos ditos *sem teto*).” Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

⁸⁶⁹ WATANABE. 2011, página 195.

⁸⁷⁰ A propósito, referindo-se à França, Antoine Garapon oferece um interessante diagnóstico, no sentido de que a presumida igualdade entre os homens constante dos ideais revolucionários, a despeito de ter sido constitucionalizada, não encontrou reflexo automático no tecido social. O aumento dos conflitos judiciais seria uma evidência de que a sociedade estaria buscando, no Judiciário, um controle capaz de *refazer os laços* da sociabilidade perdida: “A igualdade de condições subverte profundamente o equilíbrio social. O desenrolar desse dogma democrático fragiliza os laços sociais, paralisa qualquer influência natural sobre os

A invocação recorrente desses argumentos reproduzidos com a força do capital discursivo dos doutos do processo colaborou para a criação de um ambiente propício à aceitação da hipótese da *litigiosidade excessiva* como se *verdade absoluta* fosse. O conceito de *cultura demandista* é hoje uma situação inquestionável, o ponto de partida de qualquer estudo a respeito do assunto no campo processual, servindo de paradigma para a interpretação de todos os dados divulgados a respeito do Judiciário e de sua *performance* na atividade jurisdicional. Assim, por exemplo, a informação constante do Relatório do CNJ segundo o qual o Poder Judiciário contaria com um total de 92,2 milhões de processos em curso no ano de 2012 (dos quais 28,2 milhões (31%) seriam casos novos e 64 milhões (69%) estariam pendentes de anos anteriores)⁸⁷¹ é submetida a essa lógica, sendo interpretado como excessivo, desconsiderando-se o fato de que a maioria desses processos são protagonizados pelo Estado ou por grandes prestadores de serviços (os *mass wrong doers*).

Lidos isoladamente, esses dados estatísticos servem apenas como argumento de sustentação da pré-concepção discursiva lastreada nas conclusões pretensamente *científicas* da “ciência” processual, que impõe exitosamente em diferentes níveis sociais a imagem da *litigiosidade excessiva* como se fosse um *truísmo*, um fato *notório*. Ainda que variadas as origens desse volume de ações judiciais, o discurso processual prefere reportar-se a uma *característica cultural* do brasileiro por ela arquitetada para explicar a “crise” do Judiciário: o “elevado grau” de *conflituosidade* social. Não importa se essa hipótese tenha sido inspirada em realidades socioeconômicas diferentes da brasileira, nem tampouco se essa *beligerância exacerbada* seja incompatível com as leituras da sociologia (inclusive jurídica) a respeito do estado de isolamento da maioria da população em relação ao Judiciário,⁸⁷² pois é com fulcro no conceito standartizado do *espírito social litigioso* que a doutrina processual explica a “crise” do Judiciário.

Que a sociedade brasileira convive, há séculos, com intensos conflitos sociais, parece não haver mesmo dúvida, e aqui não nos referimos apenas às revoltas ou levantes

outros e aguça, portanto, os conflitos. Ele acaba com a autoridade tradicional, abala a organização espontânea da sociedade e mina a ordenação hierárquica que, a ao atribuir um lugar para cada um, limitava as ocasiões de conflito. A sociedade democrática desfaz os laços sociais e os refaz artificialmente. Ela é obrigada, hoje, a fabricar, o que antigamente era outorgado pela tradição, pela religião ou pelos costumes. Forçada a *inventar* a autoridade, sem sucesso, ela acorre então para o juiz. (...) Essa demanda de justiça é paradoxal: sob o pretexto de se proteger contra uma intervenção ilegítima, a sociedade se entrega ao controle do juiz. O indivíduo libera-se da tutela de seus magistrados naturais, precipitando-se naquela do juiz estatal.” Cfr. GARAPON. 1999, página 140.

⁸⁷¹ Cfr. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. 2013, página 298.

⁸⁷² Cfr. SADEK. 2004.

pontuais que nos são relatados pela história: a escandalosa desigualdade social, a situação de pobreza ou miséria da maioria da população, agravada pelo seu abandono por parte das autoridades, são elementos compositores de uma estrutura social extremamente tensa, cuja fragilíssima organização é assegurada em favor de uma pequena elite ao custo de uma violenta opressão física e moral exercida pelos agentes do Estado. Sob esse prisma, não teríamos qualquer problema em qualificar a sociedade brasileira como sendo *excessivamente litigiosa*. Contudo, a *conflituosidade* a que se referem os processualistas é aquela que se manifesta no único plano que lhes desperta interesse, qual seja, o do número de ações judiciais propostas perante o Judiciário, e neste caso não se pode dizer que compartilhem as opiniões. Conforme já expusemos, a maioria da população não vê no sistema de justiça brasileiro um caminho para solução de seus litígios; os estudos sociológicos e históricos por nós citados anteriormente dão conta que ele é muito utilizado por poucos grupos (governo, grandes empresas, a maioria fornecedora de bens e serviços de consumo) e (ainda) é raramente acionado pelos cidadãos comuns.⁸⁷³ Deste modo, a iniciativa de aproveitar (mimetizar) as conclusões tiradas de estudos estrangeiros que apontavam a existência da *litigiosidade excessiva* nas sociedades por eles pesquisadas, pretendida pelos defensores do discurso da conciliação, além de carecer de mínimos requisitos de validade ou mesmo de rigor científico, resulta em conclusões *ao menos* questionáveis.

Nada obstante, a *tropicalização* da versão estrangeira da *conflituosidade excessiva* tem o seu valor discursivo. Quase desapercibida, a *armadilha retórica* contida nos enunciados que atribuem ao brasileiro um jaez *conflituoso* é extremamente útil na *absolvição simbólica* do Judiciário e do próprio processo civil em relação à situação de “crise” em que se encontram atualmente: ao estereotipar o jurisdicionado como sendo *excessivamente litigante*, está-se desonerando o Estado-juiz de culpa pela lentidão do Judiciário. À exemplo de um governante proibindo *por decreto* aos cidadãos de ficarem doentes para evitar a superlotação de hospitais, o que se propõe não é somente limitar o direito de ação, mas colocar aquele que busca a defesa de seus direitos na posição de pária,

⁸⁷³ Recente pesquisa realizada pela Secretaria da Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça e pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (FGV/RJ) no âmbito do projeto “Diálogos sobre a Justiça,” dá conta que, em litígios envolvendo direitos do consumidor, o Poder Judiciário representa o meio preferencial de reclamação de apenas 3% dos entrevistados. Dentre os motivos para escolha da via processual, 49% responderam que procuraram o Judiciário porque era o “último meio que restou,” sendo que apenas 6% disseram “confiar mais” na sua decisão e 6% acreditam ser essa a “solução mais rápida.” Cfr. *Para consumidor, não vale a pena reclamar direitos*, in <http://www.conjur.com.br/2013-nov-19/consumidor-nao-reclama-direitos-acreditar-nao-compensa>, acessado em 25/11/2013.

agindo em prejuízo à sociedade e ao Estado ao provocar indevidamente o “abarroto” sistema processual. Ao *apontar-lhe o dedo* dessa maneira, constrange-se discursivamente o cidadão a não mais assumir a postura *antissocial* de provocar o Judiciário *desnecessariamente*.⁸⁷⁴ De *vítima* da violação de algum direito, o jurisdicionado se torna *culpado* pela *periclitante situação* do sistema de Justiça.⁸⁷⁵

Daí que, novamente seguindo a linha argumentativa sustentada pelo discurso processual da conciliação, para dar cabo dessa *crise de litigiosidade* o re-aparelhamento do maquinário judiciário mostrar-se-ia de todo inadequado, porquanto estimularia ainda mais o tal ambiente conflituoso ao *instigar o instinto* dito *beligerante*.⁸⁷⁶ Ao se contratar mais juízes ou melhorar a estrutura administrativa para atender melhor o jurisdicionado e dar cabo de um maior volume de processos, certamente estar-se-á pavimentando o caminho para o *atijamento do espírito de luta*.⁸⁷⁷ Diante desse cenário, melhor seria tentar

⁸⁷⁴ Rodolfo de Camargo Mancuso apresenta um extenso rol de conseqüências negativas da chamada *cultura demandista*: “(i) sobrecarrega os órgãos judiciários que, ou bem retardam o término dos processos, atirando a garantia da ‘razoável duração’ (CF, art. 5º, LXXVIII), ou bem intentam encerrá-los prematuramente, antes do desejável ponto de maturação do objeto litigioso e de sua prova, assim prodigalizando extinções do processo sem julgamento do mérito, que deixam as crises em aberto, quando não as recrudescem, pela perda de tempo, de dinheiro, e pelo *stress* acarretado às partes; (ii) preterição do devido processo legal (CF, art. 5º, LV), em seu sentido substancial, notadamente o contraditório e a ampla defesa, como ocorre nas ações repetitivas, em que a sentença de total improcedência no caso paradigma pode ser reproduzida nos demais processos idênticos, sem mesmo citar os respectivos réus – CPC, art. 285-A; (iii) prejuízo ao jurisdicionado, que recebe respostas de baixa consistência jurídica e num momento cronológico defasado, contexto que faz evanescer a eficiência esperada do comando judicial; (iv) oneração crescente do erário, mercê do empenhamento de parcelas orçamentárias cada vez mais expressivas, em ordem a prover o incessante crescimento físico e organizacional do Judiciário.” Cfr. MANCUSO. 2009, página 113.

⁸⁷⁵ Essa *discriminação* do jurisdicionado que eventualmente se recusar em realizar acordos foi revelada por Flávio Luiz Yarshell. Segundo o autor, professor titular de processo civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, ao ser “vista como instrumento de administração da máquina judiciária, a conciliação passa a ser uma preocupação com estatísticas.” Assim, “sua recusa pelas partes -direito mais do que legítimo- passa a ser vista como uma espécie de descumprimento de um dever cívico e, no processo, pode fazer com que se tome como inimigo do Estado aquele que não está disposto a abrir mão de parte do que entende ser seu direito.” Cfr. YARSHELL. 2009.

⁸⁷⁶ De fato, segundo a retrocitada Ada Pellegrini Grinover, “a solução não consiste exclusivamente no aumento do número de magistrados, pois quanto mais fácil for o acesso a Justiça, quanto mais ampla a universalidade da jurisdição, maior será o número de processos, formando uma verdadeira bola de neve.” Cfr. GRINOVER. 2008, páginas 23 e 24. De forma semelhante temos que “a judicialização do conflito,” segundo Rodolfo de Camargo Mancuso, engendraria *externalidades negativas*, notadamente porque ela “fomenta a litigiosidade entre as partes, desestimula a autocomposição, posterga para um ponto futuro indefinido o desfecho da pendência, fomenta o ambiente de hostilidade ao interno da coletividade.” Cfr. MANCUSO. 2009, página 185.

⁸⁷⁷ Exemplo desse raciocínio pode ser encontrado em Rodolfo de Camargo Mancuso, que fez uso de analogia com o congestionamento de uma via de melhor qualidade para explicar o abarrotamento dos Juizados de Pequenas Causas: “Numa metáfora, figure-se que uma cidade pode ser alcançada por duas estradas, uma bem conservada, e outra não: evidente que, podendo trafegar por aquela primeira, os motoristas descartarão a segunda. Aliás, é o que se está passando com os Juizados Especiais que, concebidos para operar como uma via célere e desburocratizada de serviço jurisdicional, logo atraíram a chamada *litigiosidade contida*, na feliz expressão de Kazuo Watanabe, e ainda boa parte dos processos que até então eram encaminhados ao rito sumário (CPC, art. 275); em consequência do bom desempenho, hoje já enfrentam crise numérica de processos, com pautas sobrecarregadas.” Cfr. *idem, ibidem*, página 249.

apaziguar os ânimos, fomentar o diálogo, enfim, estimular a composição entre as partes. Ainda seguindo a linha dos argumentos da *dessacralização* do acesso à Justiça, propõe-se ao cidadão a adoção de um grau de condescendência, uma *tolerância* com eventuais violações aos direitos, para evitar que o Judiciário seja ainda mais utilizado. Se a transação passa – ao menos segundo o *senso comum* dos processualistas – pela disponibilidade do direito e, acima disso, pela necessária *renúncia* a algum quinhão da pretensão originária, então nada mais natural do que “se abrir certas concessões e tolerar certos comportamentos, não havendo como converter cada interesse contrariado ou insatisfeito numa lide judicial,” exatamente para que não se acentuem “animosidades” nem se generalize a “conflituosidade, com repercussão no assombroso número de processos judiciais.”⁸⁷⁸

Ao assim proceder estar-se-ia criando as condições para uma “profunda transformação do nosso país,” obtendo-se uma “maior coesão social,” substituindo, nos dizeres de Kazuo Watanabe, “a atual ‘cultura da sentença’ pela ‘cultura da pacificação.’”⁸⁷⁹

4. A justiça co-existencial: entre Salomão e João Grilo.

Foi portanto sob a égide desse temerário quadro de ruptura social desenhado pelo discurso processual que se promoveram profundas mudanças no escopo da atividade jurisdicional desempenhada pelo Estado em âmbito civil; a dita *conflituosidade em excesso* serviu de base para o estabelecimento de um formato de jurisdição dotado de tipologias particulares, um novo modo de *decidir as causas* por assim dizer, chamado de *justiça co-existencial*.⁸⁸⁰ De fato se, como pretende a retórica processualística, a sociedade brasileira padeceria hoje desse “mal” da *demasiada litigiosidade*, então se teria tornado prioritária a necessidade de o julgador adotar postura diferenciada diante dessa *hipotetizada beligerância exagerada* dos jurisdicionados, consubstanciada numa maneira

⁸⁷⁸ Cfr. *idem, ibidem*, página 183.

⁸⁷⁹ WATANABE. 2011, página 195.

⁸⁸⁰ O termo “justiça co-existencial” é de Mauro Cappelletti; para ele, “um critério imprescindível na procura e atuação desta alternativa deve estar sempre por outro lado, presente, ou seja, que esses devam permanecer, em tese, a buscar, não uma justiça de segunda classe, mas uma justiça mais idônea a determinadas situações ou tipos de situações; a justiça coexistencial ou conciliativa deve ser perseguida quando esta possa revelar-se, também no plano qualitativo, não já um “second best”, mas também melhor do que a justiça ordinária contenciosa, o que se verifica sobretudo onde as pessoas envolvidas se propõem a “remendar” um relatório, antes de fechá-lo definitivamente.” Cfr. CAPPELLETTI. 1991, página 144.

alternativa de agir por parte do magistrado, que não poderia mais se limitar a *simplesmente* julgar as causas.

Por outras palavras, em linha com enunciados anteriormente verificados no *discurso da pacificação*, propõem os expoentes do discurso que ao magistrado não caberia apenas conhecer o direito e aplicá-lo ao caso concreto, mas obter uma solução mais “abrangente.”⁸⁸¹ Incumbir-lhe-ia também adotar uma postura voltada a praticar a composição, assumindo um *espírito conciliador* em todas as fases do processo ou, para usarmos os termos da proposta do Ministro Cezar Peluso em seu discurso de posse na presidência do Supremo Tribunal Federal, “integrar” os mecanismos de conciliação “ao trabalho diário dos magistrados, como canais alternativos de exercício da função jurisdicional, concebida nos seus mais latos e elevados termos,” não mais podendo ser eles encarados como “ferramentas estranhas à atividade jurisdicional e, muito menos, como atividade profissional subalterna.”⁸⁸² A mensagem simbólica travestida em toda essa retórica é a de que o litígio jurídico, antes visto como maléfico por promover a desagregação social devendo por isso “ser eliminado drasticamente,” ao ser trazido para o ambiente jurisdicional sob os auspícios de sua faceta conciliadora “tendencialmente não-adversarial,” passaria a assumir ares de “oportunidade para o manejo adequado da crise emergente, em ordem a uma possível composição *justa*.”⁸⁸³

É de certo modo intrigante perceber que esse novo arquétipo fenomenológico bebe da mesma fonte que o discurso da *pacificação pelo processo*, mas ao invés de uma sentença-julgamento para trazer paz aos litigantes, invoca-se a sentença-acordo como meio ótimo para compor a lide, com a vantagem sobre a solução *adjudicatória* de que ela vai “resolver o conflito de modo não-impactante, buscando preservar as relações entre os interessados.”⁸⁸⁴ Tem origem semelhante ao mesmo tempo em que rebaixa o seu “par” adjudicatório ao atribuir-lhe limitações de cunho metodológico.⁸⁸⁵ afirma-se que a sentença extinguiria o processo, enquanto que o acordo acabaria com a disputa social *subjacente*.⁸⁸⁶

⁸⁸¹ “O êxito da justiça coexistencial” escreveu Mauro Cappelletti, “dependerá em larga medida da autoridade do “conciliador”, uma autoridade que porém não deve ser a autoridade oficial do juiz - a potestas ius dicendi -, mas deverá ser antes uma autoridade social - moral, cultural, política em sentido amplo - a autoridade do amigo, do vizinho, de quem, em suma, se legitime a representar dado grupo ou comunidade.” Cfr. CAPPELLETTI. 1992, página 127

⁸⁸² Cfr. PELUSO. 2011, página 15.

⁸⁸³ Cfr. MANCUSO. 2009, página 18.

⁸⁸⁴ Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

⁸⁸⁵ Numa visão mais crítica ao acordo judicial como forma de solucionar conflitos, Cândido Rangel Dinamarco lembra que a sua preocupação principal não é a aplicação do direito ao caso concreto, mas a composição do litígio; nada obstante, o autor se rende à solução conciliadora, apelando para argumentos

Constatamos desta feita que os enunciados em cotejo sugerem uma reformulação de toda a estrutura legitimante do Estado de Direito e do próprio processo civil: ao invés da autoridade baseada na aplicação da norma jurídica (a *realização da vontade concreta da lei*), como manifestação da *volonté générale*, uma força disciplinadora lastreada exclusivamente no conceito de *coesão social* obtido a partir da composição do conflito que somente a conciliação judicial alcançaria. O juiz nesse contexto perde a áurea de intérprete da regra de direito para se tornar uma mera referência, uma ideia-suporte de um imaginado estado de harmonia social obtido graças ao acordo judicial.⁸⁸⁷

A “solução processual,” ou seja, “o processo ordinário contencioso,” escreveu Mauro Cappelletti, “pode não ser a solução mais eficaz, nem no plano de interesse das partes, nem naquele dos interesses mais gerais da sociedade.”⁸⁸⁸ A correta compreensão dessa afirmação – bastante forte para um processualista seguidor da linhagem dos clássicos processualistas italianos que tinham no processo uma disciplina de *direito público* por conta das implicações sócio-políticas de uma sentença judicial –, não pode ser feita sem a sua devida contextualização no bojo das proposições fomentadoras do discurso da

próprios do discurso da pacificação, no sentido que *entre pacificar logo e pacificar bem*, melhor a solução mais expedita: “Tal é o ponto de apoio e elemento de legitimação dos *meios alternativos* de solução de conflitos. Partes que transigem ou conciliador que encaminha litigantes a uma solução não têm solenes compromissos com a lei nem lhes toca dar-lhes efetividade ou promover-lhe a atuação (escopo jurídico da *jurisdição*). Mas a *pacificação* é o indisfarçável resultado dessas iniciativas, quando frutíferas – e tal é o ponto comum entre a jurisdição e os meios alternativos.” Cfr. DINAMARCO. 2003, página 128.

⁸⁸⁶ Nesse sentido, vejamos o seguinte excerto da lavra de Rodolfo de Camargo Mancus o: “Hoje, a tônica da função judicial está sendo posta menos na singela extinção da lide em si mesma (a crise jurídica), como efeito da decisão de mérito, passando a ficar mais centrada na *composição justa do conflito* (que depassa a estrita crise jurídica), e não necessariamente por meio da *solução adjudicada estatal*, mas consentindo outros modos, auto e heterocompositivos. Esse *ponto ótimo* não pode ser buscado apenas com a alteração do arcabouço normativo, mas depende da agregação de todos os operadores do Direito em torno de uma nova proposta de processo, fora e além do *sistema adversarial*, mas apresentando uma *estrutura cooperatória*, no ambiente de uma *justiça coexistencial*, menos centrada numa final declaração de ‘certo-errado,’ que converte as partes em vencedor e vencido, e mas engajada na realização da *ordem jurídica justa*.” Cfr. MANCUSO. 2009, página 106.

⁸⁸⁷ Esta mutação da jurisdição foi também percebida por Antoine Garapon; apesar de referir-se a país com tradição jurídico-processual distinta da brasileira, observou o juiz francês o seguinte: “Apesar de ter, no passado, se limitado a sancionar os desvios de conduta, o juiz, hoje, exerce um verdadeiro magistério sobre as pessoas mais frágeis. Outrora uma ameaça à dissolução dos laços sociais, o conflito se transforma, agora, em uma oportunidade de socialização. A jurisdição passa a ser um modo normal de governo. A exceção torna-se a regra, e o processo, de instrumento de solução de conflitos, se transforma num modo comum de gestão de setores inteiros, como a família ou a imigração. Antes concebida de maneira negativa e punitiva, a justiça torna-se positiva e construtiva. Outrora parecendo expressar um certo atraso nos costumes, as instituições judiciária trazem doravante esperanças de mudanças. Considerada como instituída, vê-se agora como instituidora.” Cfr. GARAPON. 1999, página 49.

⁸⁸⁸ Cfr. CAPPELLETTI. 1991, página 144. Prossegue o autor italiano afirmando o seguinte: “A sociedade ocidental tem exaltado a “Luta pelo Direito”, o “*Kampf ums Recht*”, mas nós devemos ter a humildade de nos convencer de que temos ainda muito a aprender de outras civilizações, nas quais o contencioso judiciário é visto como uma última instância, apesar de serem valorizadas, às vezes, soluções alternativas, conciliatórias, ‘coexistentiais.’” Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

conciliação. Vale dizer, para valorizar a *justiça co-existencial*, foi necessário aos doutos do processo retirar a sentença adjudicada do pedestal que o *discurso da pacificação* por eles próprios formulado cuidou de colocar.⁸⁸⁹ Na trilha da proposta de *dessacralização do acesso à Justiça*, o *encerramento adjudicado* deveria ser um *residual*, uma *second best* maneira de encerrar conflitos jurídicos.⁸⁹⁰

Os esforços discursivos no sentido de estimular a postura conciliadora do *juiz-presidente* do processo são evidentes. Em defesa da *justiça co-existencial* diz-se que a decisão judicial de mérito estaria “gradualmente perdendo terreno,” notadamente por “não se mostrar adaptada às prementes e novas necessidades emergentes ao interno de uma sociedade de risco, massificada e globalizada, marcada pela velocidade dos acontecimentos e pela pressão de novos interesses de largo espectro sócio-político-econômico.”⁸⁹¹ Do mestre citado encontramos lição no sentido de que a “composição *justa* dos conflitos (=equânime, juridicamente consistente, boa equação custo-benefício, num processo de desfecho e razoavelmente previsível),” não apenas não adviria “*necessariamente*” de solução adjudicada como, “em alguns casos,” seria alcançável “preferivelmente sem ela.”⁸⁹² Para outros processualistas, o acordo judicial representaria o momento de *maior felicidade* do juiz,⁸⁹³ ou ainda de “consagração” de seu ofício.⁸⁹⁴

⁸⁸⁹ Mauro Cappelletti forneceu os subsídios teóricos para esse *capitis diminutio* ao dizer, por exemplo, que a justiça coexistencial, “não visa a trancher, a decidir e definir, mas antes a ‘remendar’ (...) uma situação de ruptura ou tensão, em vista da preservação de bem mais duradouro, a convivência pacífica de sujeitos que fazem parte de um grupo ou de uma relação complexa, à qual dificilmente poderiam subtrair-se,” ao passo que a justiça contenciosa “presta-se mal à preservação desses valores, dirigindo-se, repito, principalmente ao passado, mais que ao futuro.” Cfr. CAPPELLETTI. 1992, página 127. A doutrina brasileira, alinhada com essa proposta, passou a falar de um “*modo renovado* de resolução dos conflitos” diverso da tutela “imposta coercitivamente,” ostentando um “perfil consensual, menos impactante, mais célere, desburocratizado, e tendencialmente duradouro, porquanto a composição vem alcançada mediante a participação dos interessados (e não com a exclusão deles).” Cfr. MANCUSO. 2009, página 20.

⁸⁹⁰ É o que propõe, a título ilustrativo, Rodolfo de Camargo Mancuso: “Não se trata aí de intervenção legislativa de pormenor, ou *cosmética*, mas, antes, ela permite entrever uma *mudança de enfoque ou de finalidade*: o processo *pode* culminar com uma decisão de mérito, mas sua higidez técnica ou validade enquanto relação jurídica não podem ficar condicionadas à efetiva resolução do fulcro da controvérsia; ao contrário, hoje a sentença de mérito é vista como uma eventualidade de cunho *residual*, isto é, ocorrente na hipótese de não haver uma composição entre as partes, sob o crivo do juiz, tantas são as oportunidades abertas para tal no CPC.” Cfr. *idem, ibidem*, página 235.

⁸⁹¹ Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

⁸⁹² Cfr. *idem, ibidem*, página 190.

⁸⁹³ Vejamos a analogia realizada com outras profissões: “Ao cirurgião a sanidade física do paciente é o melhor momento de muitos dias de dedicação; ao engenheiro a entrega da obra acabada lhe causa a melhor satisfação; ao arquiteto o projeto aceito é o seu melhor momento; ao Juiz, porém, não é a sentença que torna mais feliz, mas a conciliação, mormente quando propiciada pela intervenção direta e imediata desse manipulador do direito, assoberbado com tanto trabalho.” Cfr. KEPPEL. 1996, página 42.

⁸⁹⁴ É a opinião da ministra do STJ Fátima Nancy Andrighi: “É forçoso reconhecer que a audiência de conciliação resulta na consagração do Juiz como pacificador social, relegando a segundo plano sua função de mero aplicador da lei. A missão de realizar a Justiça, atribuída ao juiz, traz como requisitos inafastáveis de seu ofício, a necessidade de zelo e dedicação na direção dos processos. E nesse sentido, espera-se do juiz que,

A questão da *justiça co-existencial* vista sob esse prisma parece não ostentar qualquer defeito: mais barata, célere e resultando numa melhor integração social, a se tomar por corretos os entusiasmos enunciados formulados pela doutrina, não haveria mesmo porque tê-la por indesejada. Para apreciá-la em seu todo, isto é, para conhecer de fato todas as questões implicadas nessa forma de jurisdição proposta, é preciso dar um passo atrás, tentar ver através da bruma de elogios e loas levantada pelo discurso processual para elucidarmos em que realmente implica essa mudança de postura do magistrado exigida pelo discurso processual.

Uma primeira questão que deve ser lembrada é que, muito embora se insista na idéia de que os acordos seriam obtidos no bojo de procedimentos ou perante instituições segregados do sistema de justiça “oficial”, é forçoso reconhecer-se que, sem a presença de um representante do Estado (ou ao menos alguém que esteja fazendo as vezes de um), todo o esforço retórico entabulado para valorizar a conciliação não teria a menor chance de reverberar. A dogmática processual descreve uma dicotomização, uma separação absoluta entre a atividade judicante exclusiva do magistrado (jurisdição), e a atividade conciliativa que poderia ocorrer inclusive perante outras figuras (conciliadores) ou instituições (tribunais arbitrais, centros de conciliação prévia e até Tabeliães de Notas⁸⁹⁵).⁸⁹⁶ É como se existisse de um lado o Judiciário e suas tradicionais estruturas adjudicatórias de solução de conflitos e, de outra banda, isolados e independentes desse ambiente (agora) quase repulsivo, os tais *meios alternativos*, como uma verdadeira *tábua de salvação* ao jurisdicionado interessado numa rápida, eficiente e justa composição de seu litígio.⁸⁹⁷

ao se dirigir à audiência de conciliação esteja perfeitamente inteirado do direito que envolve o litígio existente entre as partes.” Cfr. ANDRIGHI. 1996, página 29.

⁸⁹⁵ O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a seccional paulista da OAB, a Associação dos Advogados de São Paulo (AASP) e o Instituto dos Advogados de São Paulo (Iasp) conseguiram suspender, junto ao CNJ, os efeitos do Provimento 17/2013 do Tribunal de Justiça de São Paulo, que previa a realização de atividades de mediação e conciliação perante cartórios extrajudiciais. A alegação da autarquia era a de que as partes, sem a assistência de um advogado, estariam sujeitas a abusos e a ver direitos violados.

⁸⁹⁶ Um bom exemplo dessa separação estanque pode ser visto no excerto a seguir reproduzido: “A final, não apenas o Poder Judiciário viabiliza justiça. Muitos outros órgãos e instituições, estatais ou não, desenvolvem ações no mesmo sentido, sem necessariamente culminarem em litígios judiciais. As ações paralelas desses órgãos e entidades, de maior ou menor previsão legal, deslocam da apreciação do Judiciário um sem-número de possíveis demandas, permitindo a seus órgãos, já sobrecarregados, ocuparem-se de outros casos, reduzindo, assim, o volume de processos em curso junto aos pretórios na nação.” Cfr. MARTINS. 2004, página 731.

⁸⁹⁷ A “disputa” entre as duas formas de solução de conflitos teria tomado tamanhas proporções que Rodolfo de Camargo Mancuso propõe uma *trégua* entre as visões em tese dicotômicas, no sentido que uma seria complementar a outra, e deveriam conviver pacificamente, pelos benefícios que cada uma delas traria à sociedade: “A logística do sistema, portanto, deve ser outra: partindo da premissa de que ambas as vertentes de distribuição da Justiça buscam objetivo comum – a justa composição dos conflitos – então é fundamental que as duas *funcionem bem*, situação otimizada que gera mais de uma externalidade positiva: a demanda por

Acontece que o principal elemento diferenciador entre uma transação obtida fora de um processo (o chamado acordo *civil* ou *extrajudicial*) e aquele homologado em juízo (ou por algum de seus “substitutos legais”) é justamente a circunstância de este último se tornar um *título executivo judicial*: a sentença que homologa o acordo, uma vez *transitada em julgado*, reveste aquela avença dos caracteres de *imutabilidade* e de *exigibilidade*. Sem essas características, por certo a procura por esses entes estatais ou para-estatais provavelmente seria diminuta, pois o que reveste a conciliação de especial atração é o fato de ela ostentar um patamar diferenciado de exequibilidade das obrigações assumidas,⁸⁹⁸ além de *tornar lei entre as partes* o compromisso assumido.

Logo, a participação do Estado não se limitaria ao fornecimento de um ambiente propício à conciliação ou mesmo no estímulo à sua realização por meio de seus agentes: tais elementos se mostram colaterais em relação ao principal elemento diferenciador do acordo judicial, consubstanciado nos atributos de que uma transação homologada em juízo se revestem. A *chancela* da sentença homologatória (ou daquela proferida nos meios alternativos legalmente previstos, notadamente a arbitragem) agiria como que um aval do ente estatal, uma garantia adicional de que as obrigações assumidas serão cumpridas, ou ainda de que mais nada poderá ser demandado a respeito do objeto do litígio que foi alvo de conciliação. Nesta seara, o uso da terminologia *meios alternativos* denota (mais) um uso fabulador dos enunciados: se não é de todo equivocada, no mínimo tem o seu *significado* extremamente comprometido pelas próprias circunstâncias em que se dá ou se cumpre o ato da conciliação, em nada alternativa aos tribunais.⁸⁹⁹

Outrossim, a construção simbólica desse discurso implica em outro conseqüência quanto ao papel do Estado na atividade jurisdicional. Apesar de agir como *fiel da balança* dos compromissos assumidos por aqueles que obtiveram uma tutela nos moldes da *justiça co-existencial*, exige-se, como visto, um recuo, um afastamento do juiz em relação à sua condição tradicional de aplicador da lei no momento de tentativa de

justiça não fica concentrada só no Judiciário, mas pode se distribuir por outras modalidades, auto e heterocompositivas, ao mesmo tempo em que o consumidor final – o jurisdicionado – fica bem servido, podendo escolher o meio ou o órgão mais apropriado ao caso concreto.” Cfr. MANCUSO. 2009, página 220.

⁸⁹⁸ O seu descumpridor não se sujeitará apenas aos efeitos da mora previstos no artigo 395 do Código Civil, mas também a todos os conseqüências de uma execução de título judicial, facultando-se o uso dos meios previstos no Código de Processo Civil (multas cominatórias, expropriações forçadas e, em certos casos, declarações de vontade em substituição ao agente em mora).

⁸⁹⁹ Em outros termos, os enunciados performativos emitidos pelos doutrinadores confundem significantes e significados: impingem simbolicamente à idéia de “conciliação” uma determinada faceta (significado) que logra modificar a sua percepção social (significante), a qual reconhece nela um elemento “externo” ao ambiente jurisdicional, quando o seu caráter de *título judicial* faz com que ela esteja plenamente emergida no contexto do processo estatal.

composição entre as partes. A não intervenção do juiz – que muitas vezes não é apenas simbólica, pois ele chega a ser substituído por conciliadores leigos –, tida como pressuposto da conciliação judicial, é um importante elemento da retórica discursiva: o argumento *de face* é o da preservação da autonomia das partes, mas no fundo o que se deseja é evitar a ocupação do tempo do magistrado, diminuir os gastos, encurtar o tempo do processo ou, por outras palavras, *desonerar o Judiciário* do peso representado pela análise pormenorizada das demandas, acumuladas em excessivo volume.⁹⁰⁰

Essa nossa conclusão é fruto da análise dos enunciados, notadamente da frequência com a qual encontramos formulações que, a pretexto de tratar dos benefícios do acordo judicial, acabam sempre permeando o seu “fundamento funcional,” consistente em “buscar a racionalização na distribuição da Justiça, com a subsequente desobstrução dos tribunais, pela atribuição da solução de certas controvérsias a instrumentos institucionalizados que buscam a auto composição.”⁹⁰¹ A conciliação seria, ainda segundo a processualista citada, uma resposta à demandas inspiradas em motivações denominadas “eficientistas,” preocupadas em “melhorar o desempenho e a funcionalidade da justiça.”⁹⁰² Assim, ao considerar o acordo judicial um valioso instrumento a ser utilizado em prol da “imprescindível celeridade e efetividade da prestação jurisdicional,”⁹⁰³ a doutrina processual louva a conciliação judicial pelas *externalidades positivas* dela decorrentes, cuja manifestação mais recorrente é o fato de ela permitir a *desobstrução* da atividade jurisdicional, deixando o juiz tratar dos casos que *realmente demandariam* a sua intervenção.⁹⁰⁴

Os efeitos práticos dessa *simbologia da desoneração* no cotidiano processual são visíveis, notadamente no que tange ao comportamento dos magistrados em relação à atividade de conciliação. O empenho e a empolgação do juiz com o acordo judicial ficou, ao menos por ora, apenas no campo do discurso, já que os magistrados simplesmente não

⁹⁰⁰ Mesmo sem contar com uma “base empírica confiável para se aferir, com segurança, quantos processos vêm sendo *poupados* ao trâmite da Justiça estatal, por conta da auto e heterocomposição das controvérsias,” dirá um professor de processo civil, “esta via é de ser incentivada, quando menos porque *algum* alívio à carga judiciária por certo daí decorre, o que, em números globais, representa peso expressivo.” Cfr. *idem, ibidem*, página 147.

⁹⁰¹ Cfr. GRINOVER. 2008, página 24.

⁹⁰² Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

⁹⁰³ Cfr. ANDRIGHI. 1996, página 29.

⁹⁰⁴ Conferir a lição de Rodolfo de Camargo Mancuso: “A partir desse renovado ideário, vislumbram-se algumas *externalidades positivas*: o tempo assim poupado será empregado pelos juízes e Tribunais para o estudo e resolução dos casos efetivamente complexos e singulares, cuja crise jurídica imponha passagem judiciária; o Estado, com sua função judicial assim aliviada, poderá deslocar os recursos antes consumidos pelo custeio crescente da máquina judiciária, em outros setores carentes de investimento, sobretudo a área social.” Cfr. MANCUSO. 2009, página 190.

se envolvem (ou se envolvem pouco) na atividade de estímulo à conciliação das partes. Conclusões de estudos oriundos da sociologia do direito,⁹⁰⁵ aliadas aos números divulgados pelo CNJ, apontam para a parca participação dos *juízes de carreira* nessas sessões de conciliação, a não ser para apor sua assinatura na sentença homologatória da transação.

Na prática, a condução das sessões de conciliação é feita por “juízes leigos” ou conciliadores, em todo caso profissionais não dotados de poderes de jurisdição, que se dedicam exclusivamente a essa atividade. A título de ilustração, tomando os dados referentes à *Semana de Conciliação de 2012* aos quais fizemos referência antes, veremos que os juízes representaram apenas um terço da “força de trabalho” envolvida no mais importante esforço em prol da conciliação promovido pela máquina pública; o restante dos partícipes são os conciliadores (mais da metade) e os *juízes leigos*.

Resultados Gerais		
Força de Trabalho (média diária)		
Descrição	Totais	Porcentagem
Magistrados	21.555	34,04%
Juízes Leigos	7.631	12,05%
Conciliadores	34.128	53,90%
Total	63.314	100

Quadro 7 – Relatório da Semana Nacional de Conciliação 2012 – 7/11/12 a 14/11/12.⁹⁰⁶

Inclusive, a omissão dos magistrados “togados” no dia a dia dos processos judiciais, sobretudo nos Juizados Especiais Cíveis, teria assumido tamanha proporção que os conciliadores teriam se profissionalizado e estariam “claramente empenhados na construção de uma nova identidade profissional,”⁹⁰⁷ confundindo em alguns casos a sua função “com o papel do juiz,” e impedindo um “desempenho satisfatório de qualquer um dos dois.”⁹⁰⁸ Diante do advento dessa nova categoria de agentes do processo – em tudo estimulada pela atitude omissa dos magistrados –, e visando obstar a reconstituição de uma

⁹⁰⁵ Nesse sentido, Maria da Glória Belli, referindo-se aos estudos de campo realizados em Juizados Especiais Cíveis aponta o seguinte: “A lei 9.099/95 prevê para os Juizados a existência de conciliadores e juízes leigos, mas, o mais comum, é a utilização de conciliadores.” BONELLI. 2010, página 77.

⁹⁰⁶ Cfr. o site do CNJ na internet: http://www.cnj.jus.br/images/programas/conciliacao/2012/relat%C3%B3rio_final_Conciliacao2012.pdf – acesso em 30/10/2013.

⁹⁰⁷ Cfr. BONELLI. 2010, página 102.

⁹⁰⁸ Cfr. *idem, ibidem*, página 77. Prossegue ainda a autora vertente comentando o seguinte: “Como conciliador ele pode inconscientemente impor um acordo pela ameaça implícita de seu poder de decidir. Como juiz, ele pode deixar seu esforço de conciliação subverter seu mandato de aplicador da lei.” Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

nova “classe” de Juízes de Paz, os magistrados se esforçam em *ao menos* manter a prerrogativa de *homologar* os acordos, ainda que este ato seja apenas simbólico, porquanto as cláusulas das transações nunca são revistas, restringindo a sua participação à mera inclusão de seu nome na sentença homologatória.⁹⁰⁹

Logo, mais importante do que julgar, atribuir o bem da vida a quem a ele fizer jus, o juiz atuante conforme os moldes da justiça *co-existencial* teria a venerável missão de encerrar a perene situação de *conflituosidade* pela qual passa a coletividade estimulando transações. O efeito do discurso da conciliação em relação ao exercício da jurisdição pelo magistrado é, portanto, duplo: ele se ausenta quanto ao *conteúdo* do acordo ao mesmo tempo em que tem de empenhar-se ativamente para que ele aconteça, seja quais forem os seus termos, dotando-o da força impositiva da *coisa julgada* e avalizando que, em caso de descumprimento, o seu aparato executivo estará à disposição da parte prejudicada.

Desta feita, para o discurso da conciliação não há mais espaço para o *juiz salomônico*, aquele que ouve as partes, pondera suas colocações e *faz justiça*; o Estado-juiz é hoje como João Grilo, personagem de Ariano Suassuna que compunha ardilosamente os conflitos que se desenvolviam à sua volta deixando os querelantes com a impressão de satisfação com o resultado, sem nem perceberem que ele próprio era sempre o maior beneficiado. Com essa esperteza capaz de enganar até o demônio no dia do Juízo Final, e contando com o apoio do discurso processual, os administradores do Judiciário almejam diminuir a carga de processos divulgando aos jurisdicionados as virtudes da justiça *co-existencial*, convencendo-os a relevarem as agressões sofridas aos seus direitos, abrirem mão de certas pretensões para viabilizar as transações, na certeza de que a tutela assim obtida (sentença-acordo) lhes será mais benéfica.

João Grilo visava exclusivamente o seu próprio bem, o qual era obtido muitas vezes ao custo do prejuízo daqueles com quem ele “negociava.” E, especificamente em relação ao discurso da conciliação, cumpre averiguar se a comparação permanece pertinente. É com esse espírito que a seguir vamos apontar o efeito da implementação dessa justiça *co-existencial* na defesa dos interesses do destinatário do discurso da conciliação, ou seja, o jurisdicionado.

⁹⁰⁹ Novamente citando os estudos de Maria da Glória Bonelli: “A maioria dos juízes da Comarca de São Carlos valoriza o Juizado e a lógica da conciliação, embora na prática sinta dificuldade em conciliar o papel de julgar com o papel de mediar. Ainda assim, eles buscam seguir controlando as duas justiças e impedir, com isso, que uma nova classe de juízes leigos ou conciliadores assuma o controle da justiça informal, impondo a estes o caráter subalterno de auxiliares da justiça. Desta forma, garantem o controle da justiça informal por meio da homologação dos acordos que são realizados pelos conciliadores nas sessões de conciliação.” Cfr. *idem, ibidem*, página 88.

5. A espoliação judicializada.

Como visto, as vantagens da conciliação para o sistema judiciário – especialmente a circunstância de encerrar rapidamente os processos cíveis sem demandar um relevante envolvimento (intelectual e de tempo) do juiz – são atributos a todo momento lembrados nos enunciados discursivos analisados. O que chama a atenção, neste ensejo, é o diminuto, quase inexistente, número de abordagens a respeito dos possíveis efeitos desses estímulos à transação na outra ponta da relação processual, qual seja, aquela integrada pelos jurisdicionados. Até encontramos quem trate das *externalidades positivas* das transações judiciais em relação aos litigantes, normalmente suscitando os benefícios de tempo e recursos poupados com a solução conciliada do processo,⁹¹⁰ mas é marcante perceber como os enunciados pertinentes à conciliação praticamente se calam em relação àqueles que deveriam ser a principal preocupação do agente público: os cidadãos que buscam no Judiciário a tutela de seus direitos.

Natural que o discurso da conciliação, tendo sido elaborado e desenvolvido com vistas a reduzir o volume de processos em curso, priorizasse a perspectiva dos benefícios a serem colhidos pelo Estado-juiz; contudo, tal aspecto não seria suficiente para justificar o desinteresse – principalmente acadêmico – pelos efeitos (positivos ou negativos) dessa política de fomento ao acordo judicial sobre as partes em litígio.⁹¹¹ A nosso ver, a resposta para essa inquietante postura passa pelas *externalidades negativas* contidas no estímulo ostensivo à transação, especialmente sob a perspectiva dos processos envolvendo as relações de consumo, justamente aquelas apontadas como responsáveis pela

⁹¹⁰ A preocupação com o usuário do Judiciário era manifestada com maior ênfase em textos doutrinários mais antigos, de uma época em que a conciliação ainda não era vista como apanágio da crise do Judiciário; ver, nesse sentido, a ordem na qual Celso Agrícola Barbi apresenta os benefícios da conciliação, começando pelo fato de a conciliação por permitir “a satisfação mais veloz do direito das partes,” evitar “a exaltação dos ânimos entre elas;” agir como “fator de economia, visto que ameniza, para as partes, as despesas do curso normal de um processo;” e, *por último*, permitir “o melhor funcionamento do Poder Judiciário em outros feitos, pois diminui o trabalho dos juizes e dos funcionários nas causas em que tem lugar.” Cfr. BARBI. 1985, página 119.

⁹¹¹ Para que fique claro, não é que a doutrina não mencione o jurisdicionado ou deixe de louvar as “vantagens” da solução conciliatória, até pelo contrário. O que estamos salientando é um certo desinteresse, constatado, por exemplo, pela falta de estudos – de campo, principalmente – que abordem o tema da conciliação sob a perspectiva do jurisdicionado. O foco do CNJ quando anuncia os “resultados” das *Semanas Nacionais de Conciliação* é todo ele no número de acordos celebrados, ou seja, no volume de processos encerrados. Não se realiza o cotejo, por exemplo, entre o pedido original da parte e o valor efetivamente obtido por ocasião da transação, vale dizer, quanto o cidadão *perdeu* ao celebrar o acordo.

multiplicação do número de processos e, por isso, alvo principal dos enunciados discursivos.

Para compreendermos o que essa postura um tanto desdenhosa dos defensores da conciliação em relação ao jurisdicionado pode significar, precisamos retomar o significado simbólico das discussões travadas na doutrina processual a respeito da *natureza jurídica do acordo*, se *ato jurídico negocial* (um contrato civil) ou um *equivalente jurisdicional* (forma de encerramento de litígio), bem como os conseqüências da adoção quase unânime da última definição.⁹¹² Sem que estejamos preocupados propriamente em concordar ou discordar dessa orientação, insta saber em que implicou essa opção fenomenológica para os enunciados relativos à conciliação.

A hipótese com a qual trabalhamos é a de que o *abandono* das características *negociais* do acordo judicial pela doutrina estaria ligado ao aspecto de *disputa de interesses* – próprio das transações comerciais – e às suas conseqüências para que ele seja visto como *admissível* num ambiente estatal voltado à preservação dos direitos da coletividade. Embora esse *jogo de ganha e perde* seja inerente a qualquer negociação contratual, ele é um tanto incompatível com a idéia de *equivalente jurisdicional* atribuída à sentença-acordo. Mais do que isso, essa temática leva à indagação sobre os limites da permissão, *rectius*, dos *estímulos* institucionais à mercantilização de direitos individuais com o único objetivo de diminuir a carga processual dos tribunais.

Esses questionamentos se agravam quando lembramos que, ao considerar a conciliação como uma forma de *pacificação pelo processo*, impingiu-se retoricamente (estereotipou-se) a ela o jaez de *ato de cidadania*, uma forma *duradoura* de reconstituição do *tecido social* rompido pela crise de direito, ostentando uma *função social* por assim dizer.⁹¹³ Por vias transversas, esta fabulação retórica permite inferir que aquele que se recusar a realizar um acordo não está simplesmente declinando de um negócio, na linha de

⁹¹² Cfr. GRINOVER. 2008, página 24.

⁹¹³ É o que sustenta, por exemplo, Rodolfo de Camargo Mancuso, quando compara a solução adjudicada com a conciliada, ressaltando as vantagens desta última: “Os fatos evidenciam que no modo clássico, impositivo de *extinguir o processo* – o que nem sempre inclui resolver integralmente a lide! – as partes não se pacificam (o *vencido nunca é o convencido*), ficando antes polarizadas e estigmatizadas como *vencedor e perdedor*, o que não raro engendra lides futuras, como sói acontecer em questões de família, de vizinhança e nas crises corporativas. A esse contexto conflitivo hoje se pretende sobrepor um ambiente mais leve e arejado, de uma justiça coexistencial, que recepciona as divergências como uma oportunidade para compô-las com justiça, antes que busca ‘extingui-las’ drasticamente, no ambiente contencioso e estressante do processo judicial.” Cfr. MANCUSO. 2009, página 149.

um direito disponível cujo exercício é uma faculdade; está, a bem dizer, assumindo uma postura *nociva ao interesse da sociedade* como um todo.⁹¹⁴

Dessa forma, temos que o *esquecimento* ou *pormenorização* da natureza contratual da conciliação acaba sendo *conveniente* na medida em que permite que uma série de incômodas questões, capazes de por em xeque a ideia de *paz social* obtida pelas transações, sejam olvidadas. Com efeito, a aceitação das virtudes da conciliação não ocorreria sem que se aceitasse também a presunção – nunca explícita, mas nada obstante onipresente – de que os litigantes seriam negociantes equanimemente preparados para a negociação de um acordo e, além disso, dispostos a candidamente aceitar cláusulas que lhes seriam desfavoráveis.⁹¹⁵ É como se a desigualdade (econômica, social, ou de conhecimentos jurídicos) entre as partes de um contrato, reconhecida em diversas passagens pelo legislador,⁹¹⁶ fosse simplesmente *zerada* no ambiente jurisdicional.

Se tomarmos como exemplo os litígios envolvendo *relações de consumo* – direito disponível, cujo reconhecimento e proteção assegurada no ordenamento a partir da década de noventa é apontado como principal causa da multiplicação dos processos judiciais –, veremos que um acordo favorável depende menos das condições negociais das partes do que da sua disponibilidade de recursos (financeiros, psicológicos, circunstanciais) para suportar os riscos inerentes à *aleatoriedade* do resultado da sentença.⁹¹⁷ O tempo do processo é sem dúvida um importante fator, freqüentemente levado em consideração pelas

⁹¹⁴ Nesta senda, soam quase como *jocosas* as advertências de certos doutrinadores para que, diante de todo esse arcabouço posto em prática para realização de acordos o juiz adote certo comedimento ao propor às partes a solução conciliadora, para evitar de lhes causar “constrangimentos.” Confira-se o seguinte trecho: “Evidente que não é este o único problema, mas é o maior deles a ser solucionado pela técnica das conciliações: qual o limite do Juiz na tentativa de conciliação? Nossa resposta à relevante questão é esta: deve o Juiz pautar a atuação de modo a evitar qualquer tipo de constrangimento às partes, afirmando e reafirmando se for preciso, que não estão obrigadas a conciliar, mas se assim quiserem o Juiz poderá ajudá-las.” Cfr. KEPPEN. 1996, página 42. Essas advertências, aliás, ao invés de revelarem cautela da dogmática processual, só fazem confirmar o exagero e falta de bom-senso de certos agentes do Estado que, empolgados pelos estímulos institucionais (principalmente do CNJ), perdem a noção de limites na tentativa de encerrar o processo por meio da conciliação.

⁹¹⁵ Referindo-se aos ADRs, Owen Fiss obtempera que “ao considerar a ação judicial um instrumento para a solução de um conflito entre dois vizinhos, a história da solução de controvérsias na qual se baseia a ADR implicitamente exige que pressuponhamos uma igualdade relativa entre as partes litigantes.” Cfr. FISS. 2004, página 124.

⁹¹⁶ A *vulnerabilidade* do consumidor perante o fornecedor de bens e serviços chega a ser pressuposta pelo Código de Defesa do Consumidor, o qual, ao traçar as linhas gerais do que ele chamou de “Política Nacional das Relações de Consumo,” estabeleceu como “princípio” o “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;” (art. 4º, inc. I).

⁹¹⁷ Nesse sentido, Owen Fiss lembra que os defensores dos ADRs tratam “o acordo como uma antecipação do resultado da decisão em juízo e pressupõe que seus termos são simplesmente produto das preferências das partes. Na verdade, entretanto, o acordo é também um produto dos recursos de que dispõem cada uma das partes para financiar o processo judicial, sendo certo que tais recursos são, freqüentemente, distribuídos de maneira desigual.” Cfr. FISS. 2004, página 124.

partes (insistentemente lembrado nas sessões de conciliação), mas não o único: o *temor reverencial* social,⁹¹⁸ o desconhecimento dos direitos, a situação financeira periclitante, são todos relevantes motivos para aceitação de termos nem sempre vantajosos (ou não tão vantajosos quanto possível). Do outro *lado do balcão* encontramos os *mass wrong doers*, via de regra empresas estruturadas, habituadas ao contencioso, com estratégias negociais bem definidas e delineadas, recursos financeiros e administrativos (os departamentos jurídicos que vêm ganhando cada vez mais importância nas estruturas das empresas) adequados para suportar a condução de vários processos judiciais simultaneamente. A evidente disparidade de armas⁹¹⁹ é, entretanto, olvidada no discurso processual.

Outro ponto a ser ressaltado está relacionado às consequências da premissa de que a celebração do acordo dependa de uma disposição das partes de abrir mão de ao menos parte dos direitos que creia fazer jus. Explicando de forma singela, se alguém move uma demanda pretendendo obter 100 e faz um acordo para receber 80, o aparente ganho de *tempo* pode não ser suficiente para escamotear o fato de que *foram perdidos 20*. Nessas circunstâncias, a despeito da insistência com que se apresenta essa situação como *benéfica*, soa-nos óbvio que *a précondicionada necessidade* de disposição de direitos é uma evidência de mal-funcionamento do sistema judiciário,⁹²⁰ *confessadamente* incapaz de

⁹¹⁸ O assombro dos mais humildes, acostumados em sofrer toda sorte de abusos, diante da possibilidade de *reivindicar* e *obter* o reconhecimento de direitos.

⁹¹⁹ Owen Fiss elenca os seguintes fatores reveladores de disparidade entre as partes: “Primeiro, a parte mais pobre pode ser menos passível de reunir e analisar as informações necessárias à previsão da decisão do litígio, o que a deixaria em desvantagem no processo de negociação. Segundo, pode necessitar, de imediato, da indenização que pleiteia e, desse modo, ser induzida à celebração de um acordo como forma de acelerar o pagamento, mesmo ciente de que receberá um valor inferior ao que conseguiria se tivesse aguardado o julgamento. (...) Terceiro, a parte mais pobre pode ser forçada a celebrar um acordo em razão de não possuir os recursos necessários para o financiamento do processo judicial, o que inclui tanto as despesas previstas como, por exemplo, honorários advocatícios, quanto aquelas que podem ser impostas por seu oponente por meio da manipulação de mecanismos processuais como o da instrução probatória.” Cfr. *idem, ibidem*. página 125.

⁹²⁰ Nesse sentido, confira-se o testemunho de um juiz de direito em artigo que abordava o tema da conciliação; ao relatar as virtudes do acordo, ele aponta que fez constar em sentença o *prejuízo* de uma das partes que, não tendo consentido em realizar um acordo, foi condenada a pagar um valor maior do que o proposto pela parte contrária: “Lembro que certa feita presidi uma destas tentativas de conciliação e as partes não acordaram por muito pouco. Ao término da sentença que ditei, fiz consignar que era de lamentar-se o fato de não terem conciliado, pois, a sentença veio com condenação cerca de 40% maior do que o vencedor houvera disposto em audiência. Tenho certeza que houve arrependimento da parte sucumbente.” Cfr. KEPPEN. 1996, página 42. *Arrependimento* com certeza houve, mas qual teria sido o sentimento da outra parte que teria recebido 40% menos do que faria jus se tivesse celebrado o acordo? O ponto que estamos questionando é justamente esse, a presunção de que as partes estão satisfeitas em *abrir mão de direitos*, unicamente para atender ao convite à conciliação, que tem por principal origem a incapacidade – ou a indisponibilidade – do Judiciário em julgar as demandas a ele dirigidas.

proporcionar a satisfação completa dos direitos ou, ao menos, indenizações suficientes em caso de violações não evitadas.⁹²¹

Considerando todo esse cenário, não há qualquer exagero em afirmar que, na forma como estatuída a política nacional de encerramento de processos por meio da conciliação, *as desigualdades materiais pré-processuais* – que muitas vezes são as próprias causas dos litígios – *são integralmente reproduzidas no plano jurisdicional*. A notória e reconhecida *incompetência funcional* do Poder Judiciário, acaba sendo utilizada pelos *mass wrong doers* (e o maior de todos é o próprio Estado) que, sabedores da sua lentidão e da sua leniência diante do descumprimento de direitos,⁹²² propõem e obtêm acordos a eles extremamente vantajosos.

Até mesmo a esperança de *equilibrar* as desvantagens econômico-sociais fornecida pela jurisdição é inviabilizada nesse quadro. A idéia de processo civil como local de confronto qualificado de teses ou, nas palavras de Owen Fiss, “um processo social que utiliza o poder do Estado para exigir que as pessoas em conflito falem e ouçam, não só uns aos outros, mas também aos juízes,”⁹²³ é desvalorizada pelo discurso da conciliação, que acaba transformando o Judiciário num *balcão de negócios*. A imagem é forte, mas serve para ilustrar a proporção da mudança de perspectivas: ainda que haja desigualdades (de recursos, de talentos) numa disputa de argumentos, a decisão final será dada por um terceiro nessa relação, que ao menos em princípio tem a incumbência de decidir conforme a lei,⁹²⁴ e não conforme a disponibilidade econômica das partes. A prioridade de encerramento precoce dos processos retirou de cena o juiz capaz de corrigir iniquidades, para colocar em seu lugar um *mero intermediário*, o *Juiz João Grilo*.

Essas circunstâncias, embora bastante evidentes, são totalmente olvidadas no discurso da conciliação: a *espoliação judicializada* promovida pelas políticas públicas de incentivo aos acordos judiciais, geralmente pormenorizada e apontada como *excepcional*

⁹²¹ Lembramos que *tornar indene* é restituir a situação econômica anterior ao dano, devolver, na medida do possível, a vítima do ato prejudicial ao *status quo ante*; se eu perdi 10, reparar o meu dano implica em me pagar 10 mais os juros e correção monetária.

⁹²² Falamos dessa tolerância do Judiciário com os *mass wrong doers* no capítulo anterior, quando destacamos o quanto eles se beneficiam de certas *verdades* discursivamente constituídas, como uma certa *indústria do dano moral* – cuja existência já foi demonstrada em estudos de campo –, dando lugar a um verdadeiro estado de *estímulo* à inobservância de normas, especialmente consumeristas.

⁹²³ Cfr. FISS. 2004. página 151.

⁹²⁴ Ainda de acordo com Owen Fiss, “mesmo quando as pessoas estão preparadas para falar e ouvir umas às outras, podem, muitas vezes, não entender as normas da comunidade ou, como sugere o Professor Ball, podem não estar preparadas para cumpri-las,” sendo certo que a “adjudicação não é senão uma resposta a essa dificuldade.” Cfr. *idem, ibidem, loc. cit.*

ou *irrelevante*,⁹²⁵ não seria possível sem o supedâneo simbólico fornecido pelo discurso da conciliação, seja sob a forma dos sorridentes jurisdicionados constantes dos anúncios publicitários divulgados pelo CNJ, ou ainda pela força do capital simbólico dos doutos do processo e seus *enunciados performativos* a respeito dos benefícios da conciliação.

Neste ensejo, o uso da lógica econômico-estatística torna invisível o que não pode ser medido em números: a eventual *frustração* das partes é um dado omitido dos levantamentos estatísticos do CNJ, por ora apenas preocupados com aspectos *quantitativos* das conciliações, especificamente quantos processos foram encerrados pelas transações, sem se preocupar em medir o quanto (ou o que) os jurisdicionados perdem (ou deixam de ganhar) ao celebrar os acordos. A leitura dos enunciados pertinentes à conciliação processual deixa a impressão de que, uma vez obtida a conciliação, as partes sairiam da sala de audiência plenamente satisfeitas e realizadas. Se isso pode ser verificado em certos casos, é um evidente *exagero* ter por *pressuposta* a idéia de que isso ocorreria em todas as ocasiões. Por dizerem respeito à intimidade e subjetividade de cada um, tornar *geral* uma impressão *pessoal* – sobretudo quando esse saber é *pressuposto* – é ignorar, *rectius*, desprezar o valor da individualidade dos sentimentos humanos.

E não é apenas a lógica estatística, herança da razão economicista, que impõe essa forma de apreciação meramente numérica da qualidade da tutela jurisdicional disponibilizada pelo Estado: o pensamento jurídico hodierno, originado em grande parte da ideologia burguesa novecentista, tem dificuldades em compreender e valorar direitos que não sejam materializáveis em termos monetários. Na lógica do ordenamento pós-revolucionário mesmo os direitos da personalidade (honra, privacidade, nome) adquirem maior relevância somente diante da possibilidade de serem traduzidos em cifras. Se esse aspecto lhes confere o caráter de interesses *negociáveis*, inclusive em nível jurisdicional, também implica num certo desprestígio diante dos demais direitos. Por não serem imediatamente perceptíveis (ou avaliáveis), as violações aos direitos ditos *imateriais* acabam sendo inseridos na categoria genérica do *dano moral*, o que dificulta a sua efetiva tutela em âmbito judicial. Para essa espécie de direito, as medidas protetivas se limitam a

⁹²⁵ Referimo-nos anteriormente à lição de Rodolfo de Camargo Mancuso que, lançando mão de *petições de princípio*, afirma que os abusos cometidos no ensejo da política de estímulo às conciliações seriam “situações extremas,” considerando o autor “excepcionais os casos de transações judiciais e extrajudiciais irrazoáveis, aberrantes do senso comum.” Cfr. MANCUSO. 2009, página 197.

assegurar indenizações, as quais se mostram muitas vezes intempestivas,⁹²⁶ inadequadas ou insuficientes⁹²⁷ diante dos gravames impingidos às vítimas.⁹²⁸

Assim é que, na simbologia do processo civil e mais precisamente da conciliação, somente o interesse jurídico *monetizável é inteligível*, sendo percebido apenas quando referenciado em pecúnia. De tudo isso resulta que essas violações aos direitos da personalidade acabam sendo os menos relevantes, encaixando-se à perfeição naquela gama de *pequenos* gravames que, nos termos propostos pelo discurso da *dessacralização do acesso à Justiça*, deveriam ser relevados e não serem postos em questão em juízo; de igual modo, a *frustração, mágoa, insatisfação* ou mesmo *irresignação* das pessoas diante da realização de um acordo ao qual elas praticamente foram compelidas a se sujeitar, são sentimentos tidos por irrelevantes, passando totalmente ao largo das análises doutrinárias ou ainda dos levantamentos estatísticos do CNJ.

Ao reverso, não causa qualquer constrangimento às autoridades judiciárias a homologação de transações, ainda que violadoras de comezinhos direitos, ou nas quais seja evidente que um dos negociantes esteja se valendo da retrocitada *vulnerabilidade* para impor condições manifestamente desvantajosas à parte *mais fraca* da negociação. Os agentes conciliadores, bem ao contrário, na tentativa de estimular as partes a não imponham condições ou exigências exageradas que obstaculizem a conciliação, lançam mão de *frases feitas* como “mais vale um mau acordo do que um bom processo,” ou “na transação ambas as partes têm de perder algo,” ou ainda, “às vezes o tempo de duração do processo compensa a realização do acordo para receber já.”

Tais proposições, portadoras da autoridade moral dos *adágios populares*, ecoam também nas formulações pretensamente científicas dos doutos do processo que, ao justificar eventuais *perdas* impostas aos negociantes por ocasião da celebração do acordo,

⁹²⁶ Muitas vezes a ameaça de condenação pecuniária é insuficiente para demover certas categorias a promover verdadeiros *assassinatos de reputação*; em frase atribuída a Kazuo Watanabe, consta que o ordenamento contém ação voltada à imediata reintegração de posse (CPC, arts. 928 e 932), mas cala-se quanto à *reintegração da honra*.

⁹²⁷ Sem falar nos casos em que violações a direitos são toleradas pelo ordenamento, valendo sempre lembrar a *frase feita*, de uso repetido nas cortes, segundo a qual “não é qualquer frustração que caracteriza o dano moral indenizável.”

⁹²⁸ Há quem defenda a *solução negociada* inclusive em relação a direitos indisponíveis, como por exemplo a proteção ambiental; veja-se, a propósito, o seguinte excerto: “Em alguns casos a *solução negociada* surgirá como a mais recomendável senão a única viável, por exemplo se a conduta ilícita resultou prejuízo irreversível ao bem protegido (figure-se que o corte da mata ciliar levou à extinção do curso d’água: *ad impossibilia nem tenetur*). Um *compromisso de ajustamento* em que o responsável pelo dano aceita pagar a multa cabível e assume os custos de uma compensação ambiental planejada pelo órgão competente, poderá se revelar mais efetivo do que o ajuizamento da ação judicial, de desfecho imprevisível e muito protraído, cujo comando terá ainda que ser executado, desafiando novos recursos e incidentes.” Cfr. MANCUSO. 2009, página 195.

apelam para as virtudes da pacificação do litígio,⁹²⁹ ou colocam a renúncia de ao menos parte da pretensão originária como característica inerente às transações judiciais.⁹³⁰ De fato, para a dogmática processual, é válida a proposta de que “os pequenos revezes, as frustrações inexpressivas, inerentes a vida em sociedade,” devam ser “tolerados;”⁹³¹ seria por assim dizer um *preço a pagar* em prol do solucionamento da “crise” da Justiça. Temos assim que a questão de *vulnerabilidade* das partes perde relevância para o discurso processual a partir do momento em que a prioridade da política pública conciliatória é desonerar o Judiciário. A ação retórico-dogmática é justamente no sentido de fabular um *senso comum teórico* que só vislumbre vantagens na conciliação para o jurisdicionado, mesmo que as conclusões sejam fruto de *argumentos de autoridade*: sem que seja necessário ouvir os cidadãos, basta a formulação de *frases de efeito*, meramente *especulativas*, mas desde que oriundas dos *doutos do processo*, para se ter por *verdadeira* a premissa de que a política nacional de conciliação é de fato benéfica à sociedade. Num cenário em que a prioridade é claramente conseguir desobstruir o Judiciário do número de processos, tudo que não colaborar para alcançar esse objetivo acaba sendo ignorado ou pormenorizado.

Por tudo quanto expusemos, fica mais compreensível o *silêncio discursivo* em relação à análise dos efeitos dessa política de estímulo de transações sob a perspectiva dos jurisdicionados: essa análise implicaria trazer à tona diversos aspectos negativos, notadamente a *espoliação judicializada* permitida por essas medidas de fomento ao acordo, com nítida vantagem aos *mass wrong doers*. As *externalidades negativas* da conciliação judicial acabam sendo suplantadas no plano dogmático, por uma espécie de *lógica pragmático-contábil*, pela qual as *perdas* de direitos implicadas na transação seriam largamente compensadas pelos *ganhos* de tempo, de *coesão social* e, sobretudo, de *diminuição* da carga processual.

⁹²⁹ Rodolfo de Camargo Mancuso propõe que se abra mão do direito para que se tenha um bom “convívio” social: “Por um ou outro dos motivos antes lembrados, pode dar-se que a parte, embora assistida pelo bom direito, opte por uma postura omissiva, registrando o prejuízo à conta de um *preço a pagar* pela continuidade pacífica da vida em sociedade, na qual algumas posições têm que ser sacrificadas em prol de outras; nesse viés se encaixa a velha e sábia filosofia popular – ‘mais vale um mau acordo do que uma boa demanda.’” Cfr. *idem, ibidem*, página 206.

⁹³⁰ Outra vez citamos o escólio de Rodolfo de Camargo Mancuso para quem “transacionar (de *trans* e *agire*: superar, transpor) não significa *obter tudo* (o que caracterizaria *submissão* da parte à pretensão da outra) tampouco *perder tudo* (o que caracterizaria *renúncia*) (...). Assim, o acordo pressupõe uma postura generosa dos transatores, no sentido de que, se cada qual perder um pouco, ambos ganharão com a eliminação da lide, que de outro modo se converteria num processo judicial ou levaria à continuidade daquele que está em curso.” Cfr. *idem, ibidem*, página 239.

⁹³¹ Cfr. *idem, ibidem*, páginas 206/207.

6. Conclusão do capítulo.

Juiz – É verdade, Sr. Gregório, que o senhor deu uma umbigada na senhora?

Gregório – É mentira, Sr. Juiz de Paz, eu não dou umbigadas em bruxas.

Josefa – Bruxa é a marafona de tua mulher, malcriado! Já não se lembra que me deu uma umbigada, e que me deixou uma marca roxa na barriga? (...)

Juiz de Paz – Está bom, senhora, sossegue. Sr. Inácio José [marido da Josefa], deixe-se destas asneiras, dar umbigadas não é crime classificado no Código. Sr. Gregório, faça o favor de não dar mais umbigadas na senhora; quando não, arrumo-lhe com as leis às costas e meto-o na cadeia. Queiram se retirar.

Inácio José, *para Gregório* – Lá fora me pagarás.

Juiz – Estão conciliados. Sr. Escrivão, leia outro requerimento.⁹³²

O excerto acima reproduzido da peça oitocentista brasileira *O Juiz de Paz na roça* retrata jocosamente uma cena ocorrida na primeira metade do século XIX, mas diz muito sobre os atuais dilemas suscitados pelo discurso da conciliação, principalmente em relação à atividade jurisdicional do Estado. À autoridade estatal pouco importa o grau de animosidade com o qual as partes saem da sessão de conciliação, eis que, contanto que o ritual processual tenha sido cumprido e as formalidades preenchidas, basta para se ter o assunto por resolvido. “*Estão conciliados*” deveria ser uma constatação, mas representa quase uma ordem: ao Juiz é indiferente o que acontece “lá fora,” desde que *conste dos autos* o termo de conciliação, liberando-o a solicitar ao escrivão que se “leia outro requerimento,” que será resolvido de modo semelhante.

É importante consignar não ser a nossa intenção negar as quase intuitivas vantagens da composição amigável de um litígio, e nem muito menos as graves consequências da incapacidade do Estado lidar de forma eficaz com os processos confiados ao seu julgamento. O que ponderamos é a necessária relação que se estabeleceu entre um e outro, e mais especialmente o papel do discurso processual nesta tarefa, qual seja, fornecer os elementos simbólicos necessários ao estabelecimento de um *consenso coletivo* que torna aceitável a ideia de que a melhor maneira de lidar com a “crise” do Judiciário seria estabelecer uma política pública de estímulo ao acordo.

Aos questionamentos que propusemos não importam o número de ações ou recursos julgados por ano, ou ainda o nível da *litigiosidade* da sociedade brasileira (seja lá o que isso signifique); o importante, no bojo de uma reflexão a respeito do papel do Estado tomado em sua faceta jurisdicional, é saber em que medida os direitos e deveres

⁹³² Cfr. PENA. 2010. páginas 23 e 24.

reconhecidos pela sociedade como legítimos estão sendo observados e qual a postura do ente estatal diante de sua violação. Conforme tentamos apontar neste capítulo, assistimos atualmente à condescendência do Estado com as mais variadas violações, travestida de política pública *confraternalizante*, tudo isso porque a diminuição da *carga de processos* tornou-se, com a ajuda da dogmática processual, mais relevante do que a regulação jurídica da vida em sociedade.

Ao observarmos esses fenômenos, sob a lente de teóricos do Estado, não pudemos deixar de notar o custo que está sendo exigido – e por ora aceito – dos jurisdicionados que, sem verem o tempo de duração ou mesmo o volume de processos diminuir, estão tendo de abrir mão de diversos direitos potencialmente alcançáveis pela via adjudicada, para atender ao clamor das campanhas de estímulo à conciliação. Ao que tudo indica, a atual situação do sistema judicial demonstra o acerto de ninguém menos que Mauro Cappelletti, que sentia o risco de que o *desvio* fosse *longe demais*, ou seja, a ponto de retirar do Judiciário demandas que, devido aos direitos nela implicados, mesmo à luz do *novo enfoque* do acesso à Justiça, lhe competiria julgar.⁹³³

Ora, se como nos lembra Owen Fiss, o acordo “é uma rendição às condições da sociedade de massa,” então “não deveria ser encorajado ou valorizado,”⁹³⁴ sobretudo se considerarmos os desgastes de direitos e na própria estrutura do Estado de Direito. Sequer se vislumbra a hipótese de se solucionar os problemas do Judiciário por meio de uma atuação direcionada do Estado contra os *mass wrong doers* já que, em tempos de Estados não intervencionistas, eventual ação mais dirigida seria vista como autoritária, implicando em críticas e desgastes (sobretudo em termos eleitorais), que o agente político quer evitar. De fato, os enunciados discursivos que estudamos costumam se referir a políticas de “prevenção de conflitos” ao invés de “prevenção a violações de direitos.” Pode parecer mero capricho semântico, mas aí reside uma importante tomada de posição: o Estado está claramente assumindo uma postura não intervencionista ao propor evitar as consequências (conflitos) e não as causas (violações de direitos). Seguindo o raciocínio discursivo, melhor seria pulverizar os conflitos e preparar o ambiente para a mediação. Neste *festim* do qual participam perenemente os membros do Judiciário e os *mass wrong doers*, o cidadão comum assume o papel de figura passageira de quem se espera que transacione, encerre

⁹³³ É o que ele advertia no excerto a seguir transcrito: “Devemos, no entanto, ser cautelosos para que o objetivo de evitar o congestionamento não afaste as causas que, de fato, *devam* ser julgadas pelos tribunais, tais como muitos casos que envolvem direitos constitucionais ou a proteção de interesses difusos ou de classe. O desvio, em suma, pode ir longe demais.” Cfr. CAPPELLETTI. e GARTH. 1988, página 92.

⁹³⁴ Cfr. FISS. 2004, página 124.

logo o processo, e deixe o seu lugar para o próximo infeliz que também teve os seus direitos violados, e que deverá se contentar com uma sentença-acordo, sob pena de soar *anti-social* ou *excessivamente litigioso*.

No fundo, a crise do Estado-juiz é a faceta de uma crise de legitimidade política, uma crise de soberania. A clássica justificativa retórica dos Estados Democráticos de Direito (obedecer à lei democraticamente estabelecida, sob pena de ser coagido a fazê-lo pelo Estado) é colocada em xeque pelo caráter de *negociabilidade* atribuído não aos direitos em si – porque não é de hoje que se admite abrir mão dos direitos ditos *disponíveis* – mas à maneira de a autoridade política intervir para restabelecer as violações ao direito: ao invés de impor a *vontade soberana inscrita na lei*, propõe às vítimas que sopesem os aborrecimentos, relevem as injúrias, abram mão de parte de suas pretensões.

Neste ensejo, a função disciplinadora do processo civil é exatamente a de imprimir o caráter de *normalidade* a essa *espoliação jurisdicionalizada*, colocada em prática unicamente com o objetivo de “desafogar” o Judiciário. *Incute* no inconsciente coletivo a *culpa* pelo assoberbamento do Judiciário, por força de uma hipotética *litigiosidade excessiva*; *omitir*, por assim dizer, o fato de que as verdadeiras intenções por trás das *massivas e ostensivas* campanhas publicitárias do CNJ voltadas à conciliação não são tornar mais coeso o tecido social, mas melhorar a imagem de uma instituição desgastada, qual seja, o Poder Judiciário, cuja disciplina, organização e aprimoramento foi uma missão que lhe foi constitucionalmente atribuída.⁹³⁵

A doutrina processual logrou também, graças aos artifícios repetidamente lembrados nesta tese (argumentos de autoridade, enunciados performativos, petições de princípio), impor a idéia de que o acordo judicial seria um *equivalente jurisdicional*, ostentando as mesmas feições de uma *solução adjudicada*. E embora seja de duvidosa aceitação,⁹³⁶ essa premissa encontrada no bojo do discurso da conciliação destaca-se de

⁹³⁵ A analogia com os argumentos dos defensores dos ADRs soa pertinente; referindo-se a eles, Owen FISS observou o seguinte: “O juiz Burger não é movido pelo amor ou pelo desejo de encontrar novos caminhos para restaurar ou preservar as relações amistosas, mas sim por preocupações relativas à eficiência e à ordem política. Ele busca alternativas para a litigância com o propósito de diminuir o volume de casos no Judiciário ou, de forma mais plausível, de isolar o *status quo* da possibilidade de reforma pelo Judiciário.” Cfr. *idem*, *ibidem*, página 147.

⁹³⁶ Vale retratar, neste ensejo, as lições de Owen Fiss, que deixa bem claras as diferenças entre uma e outra forma de atuação do Estado-juiz: “A adjudicação utiliza recursos públicos não emprega estranhos escolhidos pelas partes, mas agentes públicos escolhidos por um processo do qual o público participa. Esses agentes, como os membros dos Poderes Executivo e Legislativo, possuem um poder que foi definido e conferido pelo direito público e não por ajuste privado. Seu trabalho não é maximizar os objetivos de particulares, nem simplesmente assegurar a paz, mas explicar e conferir força aos valores contidos em textos de grande

forma especial, pois põe em evidência uma contradição paradigmática do processo civil que alcança as funções políticas da jurisdição, contaminando a estrutura retórica da legitimação do Estado de Direito. O argumento pragmático de que “mais vale um bom acordo do que uma má sentença” – amplamente difundido pelos doutos do processo, embora sob formas mais eruditas –, traz embutido em suas entrelinhas o conceito de que o sistema processual é falho ou, num nível mais profundo, que a tal *legitimidade pelo procedimento* defendida no discurso da pacificação não passaria de um *engodo*.⁹³⁷

Consideramos, com efeito, que essa equiparação entre a sentença-acordo e a sentença-julgamento é reveladora do *encerramento de um ciclo discursivo* da dogmática processual, iniciado no momento de rompimento do direito processual com o direito material (o fim da chamada fase *sincrética* do processo civil), dando lugar ao desenvolvimento autônomo da disciplina, que acabou adquirindo ares de *saber acadêmico-científico*. Os enunciados relacionados à conciliação são fruto e ao mesmo tempo a negação da premissa, porque reduzem a atividade jurisdicional a um mero *jogo de interesses* no qual o Estado-juiz não passaria de um *intermediário*, interessado em convencer as partes a celebrarem um acordo, certo de que assim conseguirá resolver os problemas suscitados pela dita *conflituosidade excessiva*.

A concepção do processo civil como sendo um *balcão de negócios* pode ser tão irreal quanto o seu pretendido *caráter científico*, mas os seus efeitos práticos são bem melhor visualizados no dia a dia do jurisdicionado do que a *fábula científicista*: pressionado a fazer o acordo, acaba aceitando condições desfavoráveis, deixando a sessão de conciliação com a sensação de *dever cívico* cumprido e com a amarga impressão de que a parte adversa obteve vantagem da situação. E tudo isso acontece sob a batuta do Judiciário, para quem, afinal de contas, pouco importa, pois *Estão conciliados!*

autoridade, como a Constituição e as leis: para interpretá-los e deles aproximar a realidade. Essa tarefa não é desempenhada quando as partes celebram acordo.” Cfr. *idem, ibidem*, página 139.

⁹³⁷ A negação da capacidade do Estado-juiz fazer justiça pode ser encontrada em trechos como o que segue transcrito: “O Poder Judiciário deve ser deixado como a última via a ser escolhida, pela complexidade e custos que os procedimentos judiciais envolvem. É a verificação que na complexidade dos relacionamentos sociais outras formas de solução de conflitos, que não as judiciais, podem ter um efeito de pacificação social muito mais intenso do que aquele proporcionado por um pronunciamento judicial. É o reconhecimento que o sistema formal de realização da justiça pode não ser o mais adequado para a resolução de alguns conflitos. É o rompimento de um conceito tradicionalmente aceito de que o cidadão somente tem uma solução justa quando esta provém do Poder Judiciário. Este conceito ignora a existência de uma justiça que é intrínseca a cada caso, e que pode ser encontrada pelas próprias partes nele envolvidas, sozinhas ou com o auxílio de uma terceira pessoa, independentemente de uma intervenção estatal.” Cfr. SILVA. 2006, página 125.

FONTES DE DISCURSOS DESTE CAPÍTULO.

ANDRADE. Luis Antonio de. *Balanço da aplicação do Código de Processo Civil*. in Revista de Processo nº 8, julho de 1977.

ANDRIGHI. Fátima Nancy. *O instituto da conciliação e as inovações introduzidas no Código de Processo Civil Brasileiro*. in Revista dos Tribunais nº 727, maio de 1996.

BARBI. Celso Agrícola. *O papel da conciliação como meio de evitar o processo e de resolver conflitos*. in Revista de Processo nº 39, Julho de 1985.

BASÍLIO. Ana Tereza Palhares. e MUNIZ. Joaquim de Paiva. *Projeto de lei de mediação obrigatória e a busca da pacificação social*. in Revista de Arbitragem e Mediação nº 13, abril de 2007.

CAPPELLETTI. Mauro. *O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época*. in Revista de Processo nº 61, janeiro de 1991.

_____ *Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas*. in Revista de Processo nº 65, janeiro de 1992.

_____ *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça*. in Revista de Processo nº 74, abril de 1994.

CAPPELLETTI. Mauro e GARTH. Bryant. *Acesso à Justiça*. trad. Ellen Gracie NORTHFLEET. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 1988.

CARNEIRO. Athos Gusmão. *A Conciliação no novo Código de Processo Civil*. in Revista de Processo nº 2, Abril de 1976.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2013*. Brasília: CNJ, 2013.

DINAMARCO. Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 3ª edição. São Paulo: Malheiros. 2003.

GRINOVER. Ada Pellegrini. *Conciliação*. in Revista de Processo nº 41, Janeiro de 1986.

_____ *Os fundamentos da justiça conciliativa*. in Revista da Escola Nacional da Magistratura nº 2. Abril de 2008.

KEPPEN. Luiz Fernando Tomasi. *Novos momentos da tentativa de conciliação e sua técnica*. in Revista de Processo nº 84, Outubro de 1996.

MANCUSO. Rodolfo de Camargo. *O plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição, do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, e sua possível aplicação aos feitos de interesse da fazenda pública*. in Revista dos Tribunais nº 820, Fevereiro de 2004.

_____ *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: RT. 2009.

MARTINS. Leonardo Pereira. *Da negação do acesso à justiça - identificando as matrizes dos mecanismos pelos quais se opera o fenômeno*. in Revista dos Tribunais nº 827, Setembro de 2004.

MELO. Luiz Pereira de. *Da Conciliação*. in Revista de Processo nº 4, Outubro de 1976.

PELUSO. Cezar. *Conciliação e mediação*. in Revista de Arbitragem e Mediação nº 30, Julho de 2011.

SILVA. Marco Antonio Marques da. *A efetividade do acesso à justiça*. in Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo nº 17, janeiro de 2006.

THEODORO JUNIOR. Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais*. in Revista de Processo nº 125, julho de 2005.

YARSHELL. Flávio Luiz. *Para pensar a Semana Nacional da Conciliação*. in Jornal Folha de São Paulo, *Tendências/debates*, edição de 8 de dezembro de 2009.

WATANABE. Kazuo. *Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses*. in Revista de Processo nº 195, maio de 2011.

CONCLUSÃO – PROPOSTA DE EXPANSÃO DA ANÁLISE PARA ALÉM DOS DISCURSOS DO PROCESSO CIVIL.

Confessamos aqui a nossa dificuldade em redigir uma conclusão, vez que a análise discursiva não é um trabalho que se pode encerrar, como um raciocínio que tem começo, meio e fim. Tomamos quatro discursos e sobre eles deitamos as nossas impressões, sugerimos leituras e interpretações sobre os enunciados que por eles transitam, traçamos paralelos entre símbolos e significantes, extraímos alguns métodos de manipulação por eles facultados, apontamos funções simbólicas das suas proposições. Assim, consideramos que os aspectos disciplinares desses discursos foram suficientemente expostos nas conclusões que apresentamos em cada um dos capítulos, de modo que não vemos razão para repeti-los neste ponto de encerramento. Além de desnecessariamente repetitivo, quiçá enfadonho, não estaríamos trazendo nada de novo aos nossos leitores.

Um caminho plausível seria o de traçar uma linha de continuidade entre os discursos que propusemos analisar. Seria isto possível?

Sem dúvida que sim: ao final do último capítulo apontamos a idéia de um movimento circular da doutrina processual, que teria se iniciado no momento em que ela proclamou a sua independência em relação ao direito material civil, desenvolveu conceitos e institutos que deveriam lhe ser peculiares, vindicando a natureza publicista do exercício da jurisdição. A relação jurídica processual seria, de acordo com os enunciados cientificistas, uma disciplina autônoma e dotada de principiologia própria, voltada à permitir ao poder soberano que concedesse tutelas que necessariamente conduziram à

pacificação dos conflitos, não porque os jurisdicionados devessem *aceitar* a solução ofertada, mas porque o Estado-juiz seria o único capaz de, atendido o ritual procedimental, alcançar esse objetivo apaziguante. Confrontada à dura realidade dos conflitos sociais brasileiros, agravados pela escandalosa desigualdade social e, especificamente, devido ao fato de que os litígios estariam sendo resolvidos em ambientes não-estatais, a doutrina viu-se na necessidade de propor a *universalização* do Judiciário, por meio da mitigação de tradicionais princípios processuais. Este movimento de pormenorização dos clássicos institutos chegou ao ponto de afirmar que a *solução conciliada* (negociada) seria mais vantajosa e de melhor qualidade que a *solução adjudicada*. Vale dizer, se o discurso da ampliação do acesso à Justiça já havia, ainda que timidamente, mitigado diversos *mitos fundadores* do processo civil, o da conciliação revelou-se o ápice desse movimento de relativização do processo pela própria doutrina do processo. Ou seja, temos no discurso da conciliação o elo final de uma cadeia discursiva que, sem negar em nenhum momento a importância dos institutos processuais dogmaticamente criados, chega ao ponto de esvaziar por completo as propostas idealizadas no momento de sua fundação (rompimento da fase sincrética).

O exercício que realizamos no parágrafo acima foi o de apurar os discursos segundo um *continuum* que se iniciou com a *sublimação* da cientificidade e do valor pacificador do processo civil, e se encerrou na *negação* de diversos “princípios científicos” e da sua capacidade de solucionar conflitos jurídicos. Eis a linha *soit-disant* concatenada, o nexos simbólico entre cada um dos discursos que nos permitiu teorizar o modo como eles moldaram a jurisdição e as suas funções, no plano de uma linha sequencial de eventos discursivos.⁹³⁸

Todavia, esse foi um conseqüência involuntário de nosso trabalho. Fundamentalmente, o que os discursos que estudamos têm de relevante para nós é a circunstância de permitirem exercer o controle disciplinar sobre a sociedade, impondo ideologicamente (legitimando) a aceitação de um sistema processual iníquo, ineficiente e voltado à proteção de alguns seletos interesses.

⁹³⁸ É interessante perceber como a análise dos discursos faz com que nos deparemos com estas contradições soterradas pela apresentação evolucionista posta em prática pelos doutos que, por mais que se esmerem em montar um sistema dogmático hígido e logicamente perfeito, não logra ocultar por completo as incongruências semânticas existentes entre os seus enunciados.

A hipótese que propusemos discutir era a de que *o processo civil brasileiro seria permeado por discursos que, sob o pretexto de regulamentar a forma de exercício da jurisdição, exercem uma função de controle social.*

Nosso trabalho tratou, portanto, de trazer à tona algumas das estratégias discursivas implementadas pela processualística. Seguindo a linha *foucaultiana*, tomamos os enunciados como *monumentos*,⁹³⁹ e nos pusemos a realçar os jogos simbólicos, os objetivos tornados opacos pela ação da discursividade. Ao invés de contestar os significados contidos em suas formulações, por mais paradoxais, infundados, ou mesmo fantasiosos que eles pudessem nos soar, interessou-nos realizar aquilo que o citado Foucault chamou de “descrição sistemática de um discurso-objeto,”⁹⁴⁰ ou seja, pôr em evidência as construções retóricas destinadas a atribuir símbolos delimitadores do imaginário processual.

Destarte, os frutos a serem colhidos do intenso labor ao qual nos dedicamos transbordam os limites dos discursos que propusemos apreciar, e vão muito além dos mecanismos linguísticos implementados pela processualística em cada um deles, que foram por nós descortinados. Entendemos que a simbologia discursiva do processo civil está inscrita em um contexto sociopolítico muito mais amplo, do qual ela constitui apenas uma dentre tantas outras evidências. Ou seja, se este estudo pode ter alguma relevância e serventia para a Teoria do Estado, certamente não está ligado aos quatro temas-guia aos quais nos dedicamos, mas aos seus *empregos simbólicos*, que se repetem como uma prática, até certo ponto homogênea em outros campos discursivos.

Um exercício que nos parece mais interessante no bojo de uma “conclusão” de nossa tese seria encontrar os elos entre cada um dos discursos processuais que estudamos, especialmente no que respeita ao controle social que eles permitem (uso disciplinar), e a maneira como esse domínio é utilizado (as práticas) para fomentar um *imaginário* que favoreça certas finalidades. O mais importante aspecto da nossa obra foi, a nosso ver, o fato de ter trazido à tona os mecanismos pelos quais os discursos processuais logram exercer a função de controle sobre a sociedade, tudo isso por meio de práticas que permitem a *interpelação-identificação* dos cidadãos (não apenas dos jurisdicionados).

Ao mirarmos os discursos sob a perspectiva de seus significados (e não dos seus significantes), os retiramos da opacidade que as suas controvertidas proposituras

⁹³⁹ Cfr. FOUCAULT. 2008, página 188.

⁹⁴⁰ Cfr. *idem, ibidem*, página 190.

sugerem. De fato, são eles constituídos de enunciados que se inter cruzam, se relacionam, cambiam imagens e símbolos, por vezes se confrontam mas, em todo caso, nunca prevalecem totalmente uns sobre os outros.⁹⁴¹ Mais do que isso, os enunciados volta e meia se contradizem, e isso em nada significa que não estejamos diante de uma linha discursiva.⁹⁴² Justamente, as controvérsias às quais tantas vezes nos defrontamos são evidências de que estávamos diante de um discurso, e o nosso papel foi exatamente o de *suprimi-las* por meio da *semiologia*.⁹⁴³ As leituras que propusemos foram um esforço no sentido de desanuviar as dúvidas geradas por esses contraditórios enunciados, jogando luz nos resultados fenomenológicos que se auferiam do confronto de mensagens e, igualmente, da evidenciação dos interesses que estão sendo atendidos pela modelagem que resulta dessas práticas.

Outrossim, os enunciados nunca são oriundos de uma única fonte: até é possível identificar locais de produção – fizemos isso em relação à *Escola Processual de São Paulo* – mas eles não são geográfica ou institucionalmente fixos, imutáveis. As construções discursivas não são privativas de uma *doutrina*, elas circulam, são transmitidas pelos sujeitos, repassadas, e sofrem mutações nesses percursos; retornam reformuladas, repaginadas, mas a mensagem simbólica está sempre lá, ainda que sob diferentes formatos. Não importa o símbolo significante – se um rústico dito popular ou uma fórmula cientificista rebuscada – mas o significado que é *passado para frente*, o enunciado performativo que permite conceber uma realidade imaginada como concreta e verdadeira. Dizer que a “sentença do juiz não se discute, se cumpre” simbolicamente é o mesmo que afirmar que “tutela jurisdicional transitada em julgada é imutável e irrevogável.” Os significantes são múltiplos, mas o significado é unívoco: é preciso cumprir a decisão proferida pelo juiz da qual não cabe mais recurso. Mais relevante do que o conteúdo da proposição é a sua permeabilidade, o quão difundida ela está, a frequência com a qual nos

⁹⁴¹ O da pacificação pelo processo é pressuposto do da ampliação do acesso à Justiça; o da conciliação faz uso das premissas deste último; o da superioridade do saber científico processual dá supedâneos retóricos a todos eles; e todos os discursos precedentes são servís ao da centralização do poder soberano, que nem sequer é peculiar à dogmática processual, derivando ele próprio da teoria política ocidental.

⁹⁴² Aquele que valoriza o cientificismo é quem prega a desformalização do processo; quem descreve o Judiciário como única instância apaziguadora é o mesmo que vê na conciliação entre particulares a melhor maneira de encerrar o litígio; a proposta de rompimento do processo com os valores individualistas é servil aos interesses do neoliberalismo; os mecanismos voltados a aumentar o alcance da jurisdição reduzem o volume de julgamentos, e daí por diante.

⁹⁴³ Michel Foucault dizia que “analisar o discurso é fazer desaparecer e reaparecer as contradições; é mostrar o jogo que elas jogam nele; é manifestar como ele pode exprimi-las, lhes dar corpo, ou lhes emprestar uma fugitiva aparência.” Cfr. FOUCAULT. 2008. página 206.

deparamos com ela, em quais campos, e, de forma geral, como numa síntese desses dados fenomenológicos, quais os seus efeitos disciplinares perante a coletividade.

É dizer: valoriza-se menos a *pessoa* que emite o enunciado do que o local que ela ocupa na estrutura discursiva. *Quem* está falando? Não interessa o nome, a *persona*; necessário para a análise do discurso é o cargo que ela exerce, o espaço no inconsciente coletivo, o valor de suas palavras na lógica da *economia dos discursos* de que falava Bourdieu. Faz toda a diferença para a *violência simbólica* a ser exercida por meio da retórica se se trata de um emérito professor universitário ou um simples serventuário da justiça, não versado na linguagem tecnicista dos processualistas.

Neste ínterim, o modo pelo qual os discursos foram se moldando às novas realidades, a forma como premissas reputadas intocáveis foram mitigadas, a valorização de questões que até então eram secundárias, são todas elas formas de manifestação dos discursos, e não propriamente da sua *evolução*. Não vemos, ao contrário do pensamento processualista, uma *progressão* dos enunciados do processo civil, no sentido de que as mutações na disciplina da jurisdição seriam sempre *para melhor*, deixando para trás os formatos inadequados ou superados pelo tempo ou pelos “empecilhos” sociais. O que mudou foram algumas práticas e, até certo ponto, o formato dos dogmas, mas o papel da jurisdição e especialmente do processo civil não passaram por alterações significativas: estiveram permanentemente *moldando o imaginário* dos conflitos jurídicos.

O que ocorre é que, e nisso concordamos plenamente com os processualistas, o exercício da jurisdição, nesta moldagem que lhe foi dada desde quando começou a ser construída pelos monarcas absolutos europeus – racional, secular, voluntarista –, sempre esteve amplamente vinculado à teoria da soberania, especialmente às estruturas fenomenológicas legitimadoras do *monopólio do uso da força* pelo Estado. E, desde então, o Judiciário, por encarnar o conceito de *Justiça*, tem sido uma das importantes linhas de frente no combate pelo controle disciplinar da sociedade. Desta feita, a jurisdição foi se adaptando às diferentes *linguagens do poder*, mas mantendo constantemente a sua referência (e subserviência) na autoridade política centralizada.⁹⁴⁴

Contudo, o *poder*, como apontamos, não reside nos partidos políticos, no Parlamento, nos governantes, nas estruturas de controle pela força (os *Aparelhos*

⁹⁴⁴ De igual modo, os discursos do processo civil foram se adequando às realidades às quais eles se confrontavam, modulando os seus enunciados de acordo com as circunstâncias: o estado poderia ser interventor ou liberal, mas as suas funções de controle simbólico estiveram perenemente presentes.

Repressivos de Estado de que falava Louis Althusser⁹⁴⁵): ele é exercido de modo difuso, circular, internalizando-se em cada um dos cidadãos que a ele se sujeitam, também por meio dos *fantasmas da violência*, tudo isso garantindo uma certa relação de “continuidade.”⁹⁴⁶ Comandar alguém não é um ato de força, mas de *assujeitamento*, o qual funciona de forma muito mais eficaz e se perpetua se realizado discursivamente. Por outras palavras, é nas mais inocentes, altruístas e insuspeitas fontes que se encontram as mais agressivas formas de dominação,⁹⁴⁷ tendo sido essa, inclusive, uma das razões que nos levou a escolher o direito processual civil como tema, ao invés de outras fontes até mais ricas em enunciados voltados a temas políticos (como o direito constitucional ou administrativo). A circunstância de discutir em geral direitos *disponíveis* dá ao processo civil a aparência de um campo neutro, apolítico, quase *desinteressado*, o que somente vem reforçar as suas facetas disciplinares.⁹⁴⁸

Aqui caberia bem um questionamento: esse poder difuso é exercido em favor de algum interesse em particular? A resposta é negativa: trata-se de mais uma peculiaridade desta forma de dominação, ou seja, a de que não há um sujeito determinado beneficiado pelos mecanismos disciplinares.

Muito embora tenha sido aparentemente o seu maior beneficiado, não foi o capitalismo industrial quem inventou os usos disciplinares dos discursos, nem muito menos aqueles que apontamos na dogmática processual. Tampouco foram eles deliberadamente postos em prática, por meio de uma estratégia coordenada por um grupo (poder-se-ia

⁹⁴⁵ Cfr. ALTHUSSER. 1985.

⁹⁴⁶ A propósito, ver a lição de Luis Alberto Warat: “É na produção manipulada da subjetividade que o poder encontra o ‘caldo de cultivo’ mais fértil para a sua reprodução destrutiva. O ‘idioma social’ termina constituindo uma ‘subjetividade ordenada,’ alienada dos fins do poder. Uma subjetividade sem caráter, que permite ir prescindido da violência física, transformada em ‘violência significativa,’ em ‘violência imaginária.’ Os ‘fantasmas da violência,’ que conseguem anular a espontânea potência criativa da subjetividade em estado de liberdade. Os fantasmas que permitem a instituição alienada da sociedade, que garantem a continuidade do poder instituído.” Cfr. WARAT. 1995. página 110.

⁹⁴⁷ Foi o que apontou Antônio Manuel Hespanha ao tratar da “violência doce” exercida pelos juristas mais eruditos sobre os “rústicos” jurisdicionados em Portugal. Cfr. HESPANHA. 1988.

⁹⁴⁸ Destarte, vimos que o discurso do saber científico torna a afirmação do processualista *verdadeira*, pelo simples fato de ter sido proferida por pessoa dotada de capital simbólico diferenciado; o discurso da pacificação permite ao Estado manter o monopólio da resolução dos conflitos porque os indivíduos são *convencidos pelos enunciados* de que o processo civil, apesar de burocrático e elitista, é a melhor maneira de solucionar um litígio; o discurso da conciliação convence os indivíduos a celebrarem acordos que, mesmo tendo de abrir mão de parcela de direitos, são resultados melhores do que uma sentença, mesmo porque se escolherem continuar o processo, estarão adotando uma postura nociva à coletividade (congestionando o Judiciário). Essas são pequenas evidências que apontamos, todas elas demonstrativas de como o agir das pessoas é determinado (interpelado) por cargas simbólicas divulgadas por meio dos enunciados oriundos da dogmática processualística.

pensar numa elite político-econômica), interessado em comandar a sociedade, utilizando a simbologia da jurisdição para alcançar os seus objetivos.

Vimos enunciados processuais se digladiarem com princípios caros ao capitalismo, professando o culto ao Estado social-intervencionista e, não obstante, estarem inseridos em amalgamas discursivas que em tudo favorecem a ideologia neoliberal.⁹⁴⁹ E aí não estamos perante uma ardilosa construção retórica, como uma armadilha que os doutrinadores prepararam para enganar os incautos que, acreditando estarem ouvindo ou lendo defensores do intervencionismo, estariam a bem dizer seguindo uma *cartilha neoliberal*. Não se trata disso.

Os discursos não são construídos, colocados em uso dessa forma *intencional*, à maneira de uma fórmula posta em prática visando algum objetivo específico. Se buscássemos apreendê-los visando finalidades límpidas, lineares ou diretas, dificilmente encontraríamos os nexos entre os enunciados que nos permitiram destrinchar os seus aspectos disciplinares.

Nada obstante, é evidente que as linhas discursivas por nós estudadas se mostraram alinhadas ao pensamento capitalista, o que se deveu ao domínio exercido por este ramo ideológico sobre os diversos centros de produção de discursos (os *Aparelhos Ideológicos do Estado* de que falava Louis Althusser⁹⁵⁰). Ou seja, se o controle implementado discursivamente não é uma prática transparente ou facilmente cognoscível, o mesmo não se pode dizer da *conquista* dos campos de produção dos saberes (científicos ou não). Com efeito, soa-nos evidente a forma pela qual os defensores do ideário capitalista, vislumbrando as vantagens e conscientes da importância do poder exercido simbolicamente, *tomaram de assalto* as instâncias emissoras de enunciados (universidades, conglomerados midiáticos, escolas, sindicatos, etc.), para neles difundir os seus valores ideológicos, e assim sedimentá-los socialmente. Vale dizer: mesmo que não tenham agido diretamente na arquitetura dessas estruturas disciplinares do processo, consideramos que aqueles que dela se beneficiam – os adeptos da ideologia dominante – compreenderam a sua importância, e fizeram um uso bastante marcante de suas funcionalidades. Isso porque, uma vez “conquistados” esses espaços de produção discursiva, a difusão dos enunciados se torna uma tarefa bem menos árdua, como vimos ao reconhecer a *institucionalização do saber acadêmico processual* em âmbito legislativo.

⁹⁴⁹ Apontamos esse fenômeno nas lições de Mauro Cappelletti, a propósito da ampliação do acesso à Justiça.

⁹⁵⁰ Cfr. ALTHUSSER, 1985.

Neste ensejo, poder-se-ia indagar sobre as proposições da tese, em termos práticos: combater a produção de discursos? Recusar as “verdades” contidas nas simbologias dos enunciados? Absolutamente. Fundamentalmente, entendemos que o nosso trabalho cinge em jogar luz sobre essas práticas discursivas, para que os leitores se conscientizem da sua existência e, a partir desse conhecimento, passem a avaliar os enunciados (no nosso caso foram os enunciados processuais) como instrumentos, ao invés de meras proposições anódinas ou desprovidas de conteúdo disciplinar, ou ainda, ponderar o jaez de *definitividade* ou *certeza* sobre certas colocações impostas à base da *violência simbólica*.

Encerraremos reiterando que o principal intuito desta tese foi o de sublinhar os usos disciplinares de alguns dos enunciados do processo civil, e que por certo não se restringem àqueles que analisamos. Há um enorme volume de temas desenvolvidos no campo da processualística que também ostenta, hodiernamente, esse caráter de controle da sociedade por meio do *imaginário* do processo. O que mais chama a atenção é, sem dúvida, o do *protagonismo do Judiciário* mas, devido à sua proeminência e atualidade, um trabalho de *semiologia do poder* sobre os seus símbolos neste momento talvez não fosse o mais indicado. Mais interessante, provavelmente, seria deitar olhos e destacar a manipulação simbólica em voga sobre discursos como o da *mitigação da coisa julgada*, *livre convencimento do juiz*, ou ainda revisitar outros discursos, como o da *sumularização do direito* ou o da *legitimação pelo procedimento*, dos quais tratamos.

Entendemos que a nossa tarefa de *compreender* e *explicar* esse modo de funcionamento da disciplina social na contemporaneidade foi cumprida em relação ao microcosmos processual, mas nem por isso desejamos conferir às nossas leituras o caráter de definitividade, o que seria mimetizar o dogmatismo dos processualistas. Estão elas sujeitas a sopesamentos, críticas e reformulações que, longe de esvaziar a nossa análise discursiva, vêm reforçar a sua pertinência e a sua inserção no bojo da ciência social que a Teoria do Estado se propõe ser.⁹⁵¹ Vale repetir: mais importante do que os discursos em si, é pôr em evidência essa disciplina pelo discurso, precisamente porque essa prática é

⁹⁵¹ Neste sentido: “O objeto das ciências sociais, assim entendido, é duplo. Não é somente *compreender* como funcionam as sociedades. É, numa segunda etapa, *explicar* em que condições apareceram, se mantiveram em existência, desapareceram ou se transformaram em outras configurações as diferentes maneiras de organizar a vida em sociedade, passadas ou presentes, sobre as quais a humanidade de hoje possui suficientes informações confiáveis para construir as interpretações e propor as explicações verificáveis – portanto refutáveis.” Cfr. GODELIER. 2010. páginas 244 e 245, traduzimos.

cognoscível e reconhecível em diversas outras searas, não necessariamente processuais, sequer jurídicas.

BIBLIOGRAFIA.

Obras de referência.

- ABREU. João Maurício Martins. *A moradia informal no banco dos réus: discurso normativo e prática judicial*. in Revista Direito GV nº 14, Julho-Dezembro de 2011.
- ALMEIDA. Frederico Normanha Ribeiro de. *A nobreza togada – as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil*. Tese de Doutorado. FFLCH-USP. São Paulo. 2010.
- ARENDT Hannah. *As raízes do totalitarismo*. Rio de Janeiro: Documentário. 1976.
- ALTHUSSER. Louis. *Aparelhos ideológicos de Estado – Notas sobre os Aparelhos Ideológicos do Estado*. Rio de Janeiro: Graal. 1985.
- BARBOSA. Marco Antonio. *Autodeterminação – direito à diferença*. São Paulo: Plêiade. Fapesp. 2001.
- BECKER. L.A. A estória do processo entre a magia e o absurdo. in BECKER. L.A. e SILVA SANTOS. E. L. *Elementos para uma teoria crítica do processo*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 2002.
- BOBBIO. Norberto. *Estado, Governo Sociedade – para uma teoria geral da política*. 9ª edição. São Paulo: Paz e Terra. 2001.
- BODIN, Jean. *Les Six Livres de la Republique*. Paris: Librairie Générale de France. 1993.
- BOURDIEU. Pierre. Los juristas, guardianes de la hipocresía colectiva. in CHAZEL F. e COMAILLE (orgs.) *Normes juridiques et régulation sociale*. Paris: L.G.D.J.. 1991. Traduzido para o castelhano por J.-R. Capella.
- _____. *Langage et pouvoir symbolique*. Paris: Éditions du Seuil. 2001.
- BURDEAU. Georges. *O Estado*. São Paulo: Martins Fontes. 2005.
- CARVALHO. José Murilo de. *A Construção da Ordem: a elite política imperial*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2003.
- CHASIN. Ana Carolina da Matta. *Uma simples formalidade: estudo sobre a experiência dos Juizados Especiais Cíveis em São Paulo*. Dissertação de Mestrado. FFLECH-USP. 2007.
- CLAVERO. Bartolomeu. *Estado de Direito, direitos coletivos e presença indígena na América*. in COSTA. P. e ZOLO. D. org. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes. 2006.

COSTA. Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. in COSTA. Pietro e ZOLO. Danilo. org. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes. 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20ª edição. São Paulo: Saraiva. 1998.

_____. *O poder dos juízes*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva. 2010

DIAS. Camila Caldeira Nunes. *Ocupando as brechas do direito formal: O PCC como instância alternativa de resolução de conflitos*. Revista Dilema nº 84, abril/junho de 2009.

DIREITO GV. *A quantificação do Dano Moral no Brasil: Justiça, segurança e eficiência*. in Série Pensando o Direito nº 37/2011. São Paulo: GV. Outubro de 2011.

ECONOMIDES. Kim. *Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia?* trabalho apresentado no seminário internacional Justiça e Cidadania, realizado nos dias 10 e 11 de setembro de 1997, no Rio de Janeiro. Tradução de Paulo Martins Garchet.

FAISTING. André Luiz de. O dilema da dupla institucionalização do Poder Judiciário: o caso do juizado especial de pequenas causas. in SADEK. Maria Tereza. (org.) *O Sistema de Justiça*. Rio de Janeiro: Biblioteca Virtual de Ciências Humanas do Centro Edelstein de Pesquisas Sociais. 2010.

FAORO. Raymundo. *Os donos do poder*. 3ª edição. São Paulo: Globo. 2001.

FARIA. José Eduardo e LOPES. José Reinaldo de Lima. Pela democratização do judiciário. in FARIA. José Eduardo (org.). *Direito e Justiça: a função social do judiciário*. São Paulo: Ática. 1989;

FARIA. José Eduardo. O modelo liberal de direito e Estado. in FARIA. José Eduardo (org.). *Direito e Justiça: a função social do judiciário*. São Paulo: Ática. 1989.

_____. Ordem legal x Mudança social: a crise do Judiciário e a formação do magistrado. in FARIA. José Eduardo (org.). *Direito e Justiça: a função social do judiciário*. São Paulo: Ática. 1989a.

_____. *Justiça e conflito – os juízes em face dos novos movimentos sociais*. 2ª edição. São Paulo: RT. 1992.

_____. A definição do interesse público. in. *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT. 2003.

FAUSTO. Bóris. *O Pensamento Nacionalista Autoritário*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2001.

- FERRAZ JUNIOR. Tércio Sampaio. Apresentação. in LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1980.
- _____. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas. 2004.
- _____. *A Ciência do Direito*. 2ª edição. São Paulo: Atlas. 2006.
- FERREIRA FILHO. Manuel Gonçalves. *Do processo legislativo*, 3ª edição. São Paulo: Saraiva. 1995.
- FERREIRA. Siddharta Legale e FERNANDES. Eric B. Dore. *O STF nas “Cortes” Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes*. in Revista Direito GV nº 17, 2013.
- FISS. Owen. *Um novo processo civil – Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: RT. 2004.
- FOUCAULT. Michel. *L'ordre du discours*. Paris: Gallimard. 1971
- _____. *Surveiller et punir – Naissance de la prison*. Paris: Gallimard. 1975.
- _____. *Il faut défendre la société – Cours au Collège de France*. 1976. Paris: Gallimard. 1997.
- _____. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora. 2003.
- _____. *L'Archéologie du savoir*. Paris: Gallimard. 2008.
- GARAPON. Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan. 1999.
- _____. *Bien Juger – essai sur le rituel judiciaire*. Paris: Odile Jacob. 2001.
- GODELIER. Maurice. *Au fondement des sociétés humaines – Ce que nous apprend l'anthropologie*. Paris: Flammarion. 2010.
- HAMILTON. Alexander. *O federalista*. Belo Horizonte: Líder. 2003.
- HELLER. Herman. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou. 1968.
- HESPANHA. Antonio Manuel. *Sábios e rústicos: a violência doce da razão jurídica*. in Revista Crítica de Ciências Sociais nº 25/26, Dezembro de 1988.
- KOZIMA. José Wanderley. Instituições, retórica e o bacharelismo no Brasil. in WOLKMER. Antonio Carlos (org.). *Fundamentos de História do Direito*. 4ª edição. Belo Horizonte: Del Rey. 2008.
- LEAL. Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto. O município e o regime representativo no Brasil*. 7ª edição. São Paulo: Companhia das Letras. 2012.

LOPES. José Reinaldo de Lima. A função política do poder Judiciário. in FARIA. José Eduardo (org.). *Direito e Justiça: a função social do judiciário*. São Paulo: Ática. 1989.

_____. *Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras*. in Revista de Informação Legislativa nº 160. outubro/dezembro de 2003.

_____. *As palavras e a lei: ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Editora 34. 2004.

_____. *O Direito na história*. 3ª edição. São Paulo: Atlas. 2008.

_____. Uma introdução à história social e política do processo. in WOLKMER. Antonio Carlos (org.). *Fundamentos de História do Direito*. 4ª edição. Belo Horizonte: Del Rey. 2008a.

_____. Entre a teoria da norma e a teoria da ação. in STORCK. Alfredo Carlos e LISBOA. Wladimir Barreto Lisboa (orgs.) *Norma, moralidade e interpretação: temas de filosofia política e do direito*. Porto Alegre: Linus. 2009.

LOPES FILHO. Juraci Mourão. A administração da Justiça no Estado Social. in BONAVIDES. Paulo. MARQUES DE LIMA. Francisco Gérson e BEDÊ. Fayga Silveira. (coords.). *Constituição e Democracia. Estudos em homenagem ao Professor J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros. 2006.

MARQUES. Cláudia Lima. *A proteção dos consumidores em um mundo globalizado: studium generale sobre o consumidor como homo novus*. in Revista de Direito do Consumidor nº 85, janeiro de 2013.

MONTESQUIEU. Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes. 1996.

OLIVEIRA. Bruno Batista da Costa de. *A Participação Popular no Processo Legislativo: o Exercício da Cidadania Ativa e o Discurso do Estado Democrático de Direito no Brasil*. dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre em Direito de Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

_____. *A relação entre soberania popular e governo democrático na filosofia política de Jean Jacques Rousseau*, in Revista de Direito Constitucional e Internacional. vol. 73. Out/2010a.

PÊCHEUX. Michel. *Semântica e Discurso: uma crítica à afirmação do óbvio*. 4ª edição. Campinas: Editora da Unicamp. 2009.

PENA. Martins. *O Juiz de Paz na Roça*. Manaus: Valer. 2010.

- PORTINARO. Píer Paolo. Para além do Estado de Direito. Tirania dos juízes ou anarquia dos advogados? in COSTA. Pietro e ZOLO. Danilo. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes. 2006.
- RADBRUCH. Gustav. *Introdução à ciência do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 1999.
- RIBEIRO. Paulo de Tarso Ramos. *Direito e processo: razão burocrática e acesso à justiça*. São Paulo: Max Limonad. 2002.
- ROUSSEAU. Jean Jacques. *Du contrat social*. Paris: Nathan. 1991.
- RUIVO. Fernando. Aparelho judicial, Estado e legitimação. in FARIA. José Eduardo (org.). *Direito e Justiça: a função social do judiciário*. São Paulo: Ática. 1989.
- SADEK. Maria Tereza. Estudos sobre o sistema de justiça. in Miceli. org. *O que ler na ciência social brasileira*. Brasília, São Paulo: ANPOCS; Sumaré; CAPES. 2002.
- _____. *Judiciário: mudanças e reformas*. in Estudos Avançados. vol.18 nº 51. São Paulo. Maio/Agosto de 2004.
- _____. O sistema de justiça. in *O sistema de justiça*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais. 2010.
- SALDANHA. Jânia Maria Lopes. A influência do neoliberalismo sobre a jurisdição. A difícil sintonia entre eficiência e efetividade. in MARIN. Jeferson Dytz (coord.) *Jurisdição e Processo*. Vol. III. Curitiba: Juruá. 2009.
- SANTOS. Boaventura de Souza. MARQUES. Maria Manuel Leitão e PEDROSO. João. *Os Tribunais nas sociedades contemporâneas*. Centro de Estudos Sociais – CES: Coimbra. 1995.
- SANTOS. Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. in FARIA. José Eduardo (org.). *Direito e Justiça: a função social do judiciário*. São Paulo: Ática. 1989.
- _____. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 7ª edição. São Paulo: Cortez. 2000.
- SHIRLEY. Robert Weaver. *Antropologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva. 1987.
- SILVA. José Afonso da. *O Estado Democrático de Direito*. in Revista dos Tribunais, vol. 635, Set/1988.
- _____. *Processo Constitucional de Formação das Leis*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros. 2007.
- SILVA SANTOS. E. E. A desumanização do processo civil. in BECKER. L.A. e SILVA SANTOS. E. L. *Elementos para uma teoria crítica do processo*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 2002.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª edição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris. 1995.

ZOLO, Danilo. *Teoria e crítica do Estado de Direito*. in COSTA, Pietro. e ZOLO, Danilo. org. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes. 2006.

Fontes de discursos.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *O acesso do consumidor à justiça no Brasil*. in Revista de Direito do Consumidor nº 16, outubro de 1995.

ALVES, Cleber Francisco. *O percurso histórico da consolidação do direito de acesso igualitário à justiça no Brasil*. in Revista de Processo nº 184, junho de 2010.

ANDRADE, Luis Antonio de. *Balanço da aplicação do Código de Processo Civil*. in Revista de Processo nº 8, julho de 1977.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. *O instituto da conciliação e as inovações introduzidas no Código de Processo Civil brasileiro*. in Revista dos Tribunais nº 727, maio de 1996.

BARBI, Celso Agrícola, *O papel da conciliação como meio de evitar o processo e de resolver conflitos*. in Revista de Processo nº 39, Julho de 1985.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Tendências contemporâneas do Direito Processual Civil*. in Revista de Processo nº 31, Julho de 1983.

_____ *A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo*, in Revista de Processo nº 37, janeiro de 1985.

_____ *Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo*. in Revista de Processo nº 49, Janeiro de 1988.

_____ *A influência do direito processual civil alemão em Portugal e no Brasil*. in Revista de Processo nº 56, Outubro de 1989.

_____ *Os novos rumos do Processo Civil Brasileiro*. in Revista de Processo nº 78, Abril de 1995.

_____ *Miradas sobre o processo civil contemporâneo*. in Revista de Processo nº 79, Julho de 1995a.

BASÍLIO, Ana Tereza Palhares e MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Projeto de lei de mediação obrigatória e a busca da pacificação social*. in Revista de Arbitragem e Mediação nº 13, abril de 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Os poderes instrutórios do juiz*. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1991.

_____. *Direito e processo*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros. 2011.

BONELLI, Maria da Glória. *As interações dos profissionais do direito em uma comarca do Estado de São Paulo*. in O sistema de justiça. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais. 2010.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *O juizado especial em face das garantias constitucionais*. conferência proferida em Porto Alegre, em 17.03.2005, no Salão de Congressos da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. *Exposição de motivos do Anteprojeto de Código de Processo Civil*. 2010.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Reforma Processual e Acesso à Justiça*. in Revista dos Tribunais nº 772, fevereiro de 2000.

BUZAID, Alfredo. *Exposição de motivos do Código de Processo Civil*. in Brasil. Senado Federal. Código de Processo Civil – Histórico da Lei. 1974.

CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Processal Civil*. Buenos Aires: Depalma. 1943.

CAMPOS, Francisco. *Exposição de Motivos do Decreto-Lei 1.608/39*. in Brasil. Senado Federal. Decreto-Lei 1.608/39. 1939.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. trad. Ellen Gracie NORTHFLEET. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 1988.

CAPPELLETTI, Mauro, *O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época*. in Revista de Processo nº 61, janeiro de 1991.

_____. *O acesso dos consumidores à justiça*. in Revista de Processo nº 62, Abril de 1991

_____. *Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas*. in Revista de Processo nº 65, janeiro de 1992.

_____. *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça*. in Revista de Processo nº 74, abril de 1994.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Jurisdição*. in Revista de Processo nº 58, Abril de 1990.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *A Conciliação no novo Código de Processo Civil*. in Revista de Processo nº 2, Abril de 1976.

_____. *Jurisdição - Noções Fundamentais*. in Revista de Processo nº 19, Julho de 1980.

CARNELUTTI, Francesco. *Metodologia do Direito*. Campinas: Bookseller. 2000.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo de. GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 16ª edição. São Paulo: Malheiros. 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. *A proteção do consumidor. Importante capítulo do direito econômico*. in Revista de Direito do Consumidor nº 77, janeiro de 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2013*. Brasília: CNJ, 2013.

DAKOLIAS, Maria. *O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe - Elementos para Reforma*. Trad. Sandro Eduardo SARDÁ. Washington: Banco Mundial. 1996.

DIDIER JR, Fredie. *Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário*. in Revista de Processo nº 108, outubro de 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Sobre o desenvolvimento da doutrina brasileira no processo civil*. in Revista de Processo nº 27, Julho de 1982.

_____. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros. 1995.

_____. *Tutela Jurisdicional*. in Revista de Processo nº 81, Janeiro de 1996.

_____. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. Vol. I. 5ª edição. São Paulo: Malheiros. 2002.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 3ª edição. São Paulo: Malheiros. 2003.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 3ª edição. São Paulo: Malheiros. 2003a.

_____. *Liebman e a Cultura Processual Brasileira*. in Revista de Processo nº 119, Janeiro de 2005.

_____. *A Instrumentalidade do Processo*. 14ª edição. São Paulo: Malheiros. 2009.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *Novas perspectivas do federalismo brasileiro: a expansão dos poderes federais*. in *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, vol. 3, Maio de 2011.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *A Trama Recursal no Processo Civil Brasileiro e a Crise da Jurisdição Estatal*. in Revista de Processo nº 188, Outubro de 2010.

FILARDI, Hugo. *Ação civil pública e acesso à justiça*. Revista de Processo nº 133, março de 2006.

FONSECA, Bruno Gomes Borges da. *Acesso à justiça e ações pseudoindividuais: (i)legitimidade ativa do indivíduo nas ações coletivas*. in Revista de Processo nº 203, janeiro de 2012.

FONSECA, William Lopes da. *O controle social do poder judiciário, a independência da magistratura e o caráter político da função jurisdicional*. in Revista dos Tribunais nº 841, novembro de 2005.

GIDI, Antonio. *A dimensão política do direito de ação*. in Revista de Processo nº 60, Outubro de 1990.

GOMES NETO, José Mário Wanderley e NOGUEIRA, Felipe Santana Mariz. *O paradigma racionalista e a rigidez das formas no processo civil*. in Revista de Processo nº 160, junho de 2008.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. *O acesso à Justiça em Mauro Cappelletti*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris. 2005.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Vol. I. 15ª edição. São Paulo: Saraiva. 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Conciliação*. in Revista de Processo nº 41, janeiro de 1986.

_____. *O magistério de Enrico Tullio Liebman no Brasil*. in Revista de Processo 46, abril de 1987.

_____. *A Reforma do Poder Judiciário – Contribuição do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP*. in Revista do Advogado nº 75, abril de 2004.

_____. *Os fundamentos da justiça conciliativa*. in Revista da Escola Nacional da Magistratura nº 2, abril de 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Para uma epistemologia do processo*. in Revista de Processo nº 49, janeiro de 1988.

HABSCEHID, Walther J. *As bases do direito processual civil*. in Revista de Processo nºs 11/12, Julho-Dezembro de 1978.

HARADA, Kiyoshi. *Acesso à justiça*. in Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. n/c volume, janeiro de 1998.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. *A proteção aos direitos do cidadão e o acesso à justiça*. in Revista de Direito Constitucional e Internacional nº 3, Abril de 1993.

JARDIM, Afrânio Silva. *Notas sobre a teoria da jurisdição*. in Revista de Processo s/n, abril de 1987.

- KATO, Shelma Lombardi de. A crise do direito e o compromisso da libertação. in FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Justiça: a função social do judiciário*. São Paulo: Ática. 1989.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes. 1998.
- KEPPEN, Luiz Fernando Tomasi. *Novos momentos da tentativa de conciliação e sua técnica*. in Revista de Processo nº 84, Outubro de 1996.
- L'HEUREUX, Nicole. *Acesso eficaz à justiça: juizado de pequenas causas e ações coletivas*. in Revista de Direito do Consumidor nº 5, janeiro de 1993.
- LACERDA, Galeno. *Processo e cultura*. in Revista de Direito Processual Civil nº 3, Janeiro a Junho de 1961.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *O sistema integrado de acesso coletivo à justiça e a nova "jurisdição metaindividual"*. in Revista de Direito do Trabalho nº 107, julho de 2002.
- LIMA, Alcides de Mendonça. *Os princípios informativos no Código de Processo Civil*. in Revista de Processo nº 34, abril-junho de 1984.
- LISBOA, Celso Anicet. *A aproximação recíproca dos diversos ordenamentos jurídicos por meio dos códigos-modelo. Algumas tendências do processo civil brasileiro moderno*. in Revista de Processo nº 116, julho de 2004.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1980.
- MACEDO, Elaine Harzheim. *O Direito Processual Civil e a Pós-modernidade*. in Revista de Processo nº 204, fevereiro de 2012.
- MACIEL, Taline Dias. *Resquícios do Civilismo no Moderno Direito Processual Civil*. in Revista de Processo nº 47, julho de 1987.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *O plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição, do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, e sua possível aplicação aos feitos de interesse da fazenda pública*. in Revista dos Tribunais nº 820, Fevereiro de 2004.
- _____. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: RT. 2009.
- MANCUSO, Sandra Regina. *O processo como relação jurídica*. in Revista dos Tribunais nº 682, agosto de 1992.
- MARTINS, Leonardo Pereira. *Da negação do acesso à justiça - identificando as matrizes dos mecanismos pelos quais se opera o fenômeno*. in Revista dos Tribunais nº 827, Setembro de 2004.
- MELO, Luiz Pereira de. *Da Conciliação*. in Revista de Processo nº 4, Outubro de 1976.

- MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Síntese da Evolução Histórico-Científica do Processo*. in Revista de Processo nº 124, junho de 2005.
- OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Sobre o Conceito de Jurisdição*. Revista de Processo nº 16, outubro de 1979.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *O problema do acesso à justiça no Brasil*. in Revista de Processo nº 39. 1985.
- PASTORE, Suzana Vereta Nahoum. *O direito de acesso à justiça - os rumos da efetividade*. in Revista de Direito Constitucional e Internacional nº 49, outubro de 2004.
- PELUSO, Cezar. *Conciliação e mediação*. in Revista de Arbitragem e Mediação nº 30, Julho de 2011.
- PEREZ, Carlos Alberto Navarro. *Relação entre o ativismo judicial e a atuação deficiente do Poder Legislativo – Altruísmo a desserviço da democracia*. in Revista de Direito Constitucional e Internacional nº 78, janeiro de 2012.
- PINHEIRO, Armando Castelar. *Reforma do Judiciário: observações de um economista*. in Revista do Advogado nº 75, abril de 2004.
- PONTES, Evandro Fernandes de. *A assistência judiciária na mira do modelo garantista do processo*. in Cadernos Adenauer 3: *Acesso à Justiça e cidadania*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer. 2000.
- REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva. 2003.
- RENAULT, Sérgio Rabello Tamm. *O Poder Judiciário e os rumos da reforma*. in Revista do Advogado nº 75, abril de 2004.
- SALDANHA, Jânia Maria Lopes. ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira e MACHADO, Sadi Flores. *Combater vícios e aprimorar virtudes: o processo brasileiro frente à intensificação do chamado à jurisdição*. in Revista de Processo nº 172, junho de 2009.
- SCHEER, Milene de Alcântara Martins. *A dimensão objetiva do direito fundamental ao acesso à justiça e a efetividade da norma constitucional*. in Revista de Direito Constitucional e Internacional nº 54, janeiro de 2006.
- SILVA, Marco Antonio Marques da. *A efetividade do acesso à justiça*. in Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo nº 17, janeiro de 2006.
- SOUSA, Miguel Teixeira de. *Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais (algumas reflexões sobre o dogma da apreciação prévia dos pressupostos processuais na ação declarativa)*. in Revista de Processo nº 63, julho de 1991.

TALAMINI, Eduardo. *Medidas Urgentes ('Cautelares' e 'Antecipadas'):* a Lei 10.444/2002 e o Início de Correção de Rota para um Regime Jurídico Único. in Revista Dialética de Direito Processual nº 2 – maio de 2003.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais.* in Revista de Processo nº 125, julho de 2005.

Notas sobre sentença, coisa julgada e interpretação.
in Revista de Processo nº 167, Janeiro de 2009.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Espírito do processo civil moderno na obra de Rudolf Von Ihering.* in Revista de Processo 66, Abril de 1992.

TUCCI, Rogério Lauria. *Jurisdição, ação e processo civil (subsídios para a teoria geral do processo civil).* in Revista de Processo s/n. Outubro de 1988.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Fundamentos do Processo* in Revista dos Tribunais nº 855, janeiro de 2007.

WATANABE, Kazuo. *Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses.* in Revista de Processo nº 195, maio de 2011.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Para pensar a Semana Nacional da Conciliação.* in Jornal Folha de São Paulo, Tendências/debates, edição de 8 de dezembro de 2009.

Sítios da internet.

Associação dos Advogados de São Paulo – AASP: www.aasp.org.br.

Câmara dos Deputados: www.camara.gov.br.

Congresso em foco: www.congressoemfoco.uol.com.br.

Conselho Nacional de Justiça: www.cnj.jus.br

Consultor Jurídico: www.conjur.com.br.

Direito GV: www.direitogv.fgv.br.

Jornal Folha de São Paulo: www.folhaonline.com.br.

Migalhas: www.migalhas.com.br.

Plataforma Lattes do CNPQ: www.lattes.cnpq.br.

Senado Federal: www.senado.gov.br.

Superior Tribunal de Justiça: www.stj.jus.br.

Supremo Tribunal Federal: www.stf.jus.br.

Tribunal de Justiça de São Paulo: www.tj.sp.jus.br.