

A tutela dos direitos e a remodelação do papel reservado ao juiz como corolário principiológico do acesso à justiça

The protection of de rights and renovation of judge's paper as corollary principles access to justice

Benedito Cerezzo Pereira Filho*

Daniela Marques de Moraes**

Resumo

O presente ensaio visa analisar a atividade jurisdicional como necessária a dar proteção concreta ao direito do cidadão. Por isso, procurou-se explanar, ainda que de forma sucinta, própria de trabalho desse jaez, as transformações que o Estado e o Direito sofreram no transcorrer do tempo, para, assim, vislumbrar uma postura do juiz, enquanto sujeito da relação jurídica processual responsável pela jurisdição, que seja capaz de atender os comandos expressos na Constituição Federal. Houve a preocupação, então, de se verificar, primeiro, como se pensou a atividade jurisdicional, nitidamente preocupada com a neutralidade do juiz, como se sua função fosse idêntica a de um historiador, preocupado simplesmente em recompor o passado, sem a mínima intervenção nos fatos, para, depois, tendo como parâmetro a tutela dos direitos, pugnar por uma posição mais ativa do juiz.

Palavras-chave: Atividade jurisdicional. Neutralidade. Tutela dos direitos.

Abstract

This essay aims to analyze the judicial activity as necessary to provide concrete protection to the citizen's right. Therefore, we tried to explain, albeit briefly, proper

* Benedito Cerezzo Pereira Filho: Doutor em Direito pela UFPR, professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da USP – campus Ribeirão Preto. Ribeirão Preto – São Paulo – Brasil. Email: cerezzo@usp.br

** Daniela Marques de Moraes: Doutoranda em Direito pela UnB; professora de Direito Processual Civil da UFG – campus da Cidade de Goiás. Goiânia - Goiás – Brasil; Universidade Federal de Goiás. E-mail: daniela.ufg@gmail.com

working of this nature, the changes that the State and law suffered in the course of time, to thus envision a judge's position as the subject of legal proceedings regarding responsible the jurisdiction that is able to meet the commands expressed in the Constitution. There was a concern, then, it appears, first, as if he thought the judicial activity, clearly concerned about the neutrality of the judge, as if their function was identical to one of historian, concerned simply to reconstruct the past without the slightest intervention in facts, to then having as parameter the protection of rights, fight for a more active position of the judge.

Keywords: *Judicial activity. Neutrality. Protection of rights.*

Introdução

O tema do acesso à justiça, apesar de muito discutido, ainda é considerado bastante relevante aos estudos atuais. Não há como negar uma evolução na sua abordagem: de ingresso aos tribunais à busca de uma tutela jurisdicional justa, tempestiva e efetiva, apta a concretizar o direito material da parte que tenha razão, o acesso à justiça foi analisado a partir de seu conceito, alcançando os reflexos que recaem sobre o jurisdicionado.

A temática em questão tocou em pontos delicados, tais como a crise do judiciário e a(s) reforma(s) da legislação processual civil, que, no presente texto, serão abordadas a partir da tutela dos direitos e da remodelação do papel reservado ao juiz.

Preocupou-se, no texto, em (re)lembrar que o legalismo e o formalismo excessivos – conjugados a um juiz neutro, imparcial e alheio ao poder que lhe fora atribuído conforme os paradigmas liberais – caracterizavam profundas desigualdades jurídico-sociais, afastando a maioria da população do Poder Judiciário.

O Poder Judiciário, diferentemente dos Poderes Legislativo e Executivo, não é eleito pelo povo. Por essa razão, só garantirá sua legitimidade quando atuar de forma integrada com as partes na realização dos direitos delas, por meio da tutela jurisdicional, considerada direito fundamental.

Conquanto, o exercício da prestação da tutela jurisdicional deve consistir num instrumento de proteção dos direitos e de equilíbrio entre a lei e os reclamos sociais. O papel do magistrado se baseia em dizer o direito ao caso concreto como prática de superação das desigualdades sociais e realização dos interesses dos jurisdicionados.

Muito foi feito a título de reformas legislativas, contudo, fora acentuado um isolamento do magistrado a ponto de denotar-se um distanciamento dos jurisdicionados e da sociedade de modo geral.

Objetivou-se, no texto, demonstrar a falácia do paradigma institucional no qual está inserido o Judiciário, preocupado em reconstruir fatos pretéritos com o intuito de adequá-lo à legislação vigente; e a necessidade de, uma vez repensado o seu papel, ressaltar os aspectos positivos de sua remodelação, consubstanciada nos preceitos constitucionais.

1 Do acesso à justiça

Não é novidade afirmar que a temática do acesso à justiça não se esgota na mera faculdade de se ajuizar e/ou contestar uma ação.¹ Esta singela orientação há muito deixou de permear a prática jurisdicional. Contudo, para se compreender a exata magnitude desse relevante instituto, é necessário analisar o Direito levando-se em consideração a questão histórica, as mudanças jurídico/valorativas e, por conseguinte, a própria noção sobre jurisdição.

A compreensão dos acertos e equívocos do passado é imprescindível para que se possa compreender o presente e projetar o futuro. Esse compromisso com o hoje e com o devir iluminará o real alcance do acesso à justiça. Por outro lado, trabalhar com o novo, preso as “verdades” do passado, é negar, ou, no mínimo, dificultar o

¹ Por todos, Cappelletti e Garth (1988). Para nós, neste ponto, indispensável à leitura da obra de Luiz Guilherme Marinoni, intitulada Nova linhas do processo civil.

entendimento do que se pretende como resposta às demandas sociais levadas a responsabilização de uma decisão judicial. Como bem esclarece Marinoni (2000, p.20-21):

A teoria do processo, como valor cultural, não pode escapar à ideia do histórico. Os valores se expressam através de formas que se inserem dentro da consciência das épocas. A teoria do processo, portanto, também reflete a ideia de uma época.

Fundamental, portanto, transcender épocas, sem cair na armadilha de se discutir o novo com as teorias do passado. Não significa negá-las, mas, compreender a sua época. Marinoni, (2000, p. 17) mais uma vez explicita:

Nessa linha, podemos dizer, ainda, que não há teoria que não seja do seu 'tempo'. O que pode ocorrer é que determinados sujeitos estejam 'fora do seu tempo', ou melhor, não atentos ao seu 'tempo', ou somente reproduzindo ideias de outros 'tempos'. Estes últimos, realmente, são apenas 'teoria', pois não 'falam'; apenas reproduzem, ou o que é pior, conservam.

A visão de acesso à justiça, então, deve estar adstrita às teorias do seu tempo, absorta daquelas de outros idos. Nega-se acesso à justiça, por exemplo, ao não se permitir uma teoria que possa compreender a “ação” como direito fundamental e merecedora da mais ampla proteção estatal pela efetiva tutela dos direitos.

Neste ponto, a atuação do juiz é de extrema importância para que o processo civil cumpra sua função constitucional de entregar ao jurisdicionado uma tutela adequada, tempestiva e efetiva. Daí porque ser igualmente relevante a visão que se tem, ou que se deve ter, do conceito de jurisdição.

Por um longo período, contentou-se com a ideia de que o papel do juiz, jurisdição, portanto, limitaria a simplesmente “declarar a vontade da lei ao caso concreto”. A atividade jurisdicional seria, então, como a de um historiador, predisposta a historiar o passado para dizer como o fato ocorreu.

A peculiaridade da jurisdição, entendida como “o poder de dizer o direito ao caso concreto”, emprestava-lhe certeza na sua tarefa de “descobrir” o que e como havia se passado o fato.

Essa circunstância é crucial para a compreensão, hoje, do que vem a ser acesso à justiça, tutela dos direitos e, por conseguinte, direito de ação. Por esse motivo, faz-se um corte epistemológico para discorrer sobre essa faceta, utilizando-se, principalmente, das teorias de Carlo Ginzburg e Paul Ricoeur.

2 O juiz, o historiador e a construção da verdade

A ideia, como já ressaltado é estabelecer ponderações sobre os papéis do juiz e do historiador e analisar como ambos examinam os fatos, sopesam as provas e constroem a “verdade”, para, a *posteriori*, fazer o cotejo com o que se entende por tutela dos direitos, papel do juiz – jurisdição – e, por via oblíqua, acesso à justiça.

Pautado nas teorias desses autores, é possível afirmar que o juiz e o historiador aproximam-se, em suas respectivas atividades, pois atuam com o propósito de descobrir e de descrever a verdade. Segundo Ricoeur (2007, p.331): “Ambos compartilham a mesma deontologia profissional.”

Contudo, o juiz, pela própria peculiaridade de sua função de julgar, de decidir, opera num cenário mais limitado, se comparado ao do historiador. As linhas do processo judicial delimitam o seu agir, definem o término da atividade jurisdicional. Até porque o juiz precisa “declarar a verdade do passado” com certeza, entendida como coisa julgada material.

O historiador, por sua vez, não se depara com tais restrições, ao contrário, exerce tarefa que não precisa, necessariamente, acabar. Pode-se concluir, então, que os círculos encerrados pelo juiz são, muitas vezes, reabertos pelo historiador. Ricoeur (2007, p.331) afirma:

Em se tratando das coerções mais gerais e mais estáveis que pesam sobre os ofícios respectivos do juiz e do historiador

[...], o ponto de partida da comparação é obrigatório: ele consiste na diferença estrutural que separa o processo dirigido no recinto do tribunal e a crítica historiográfica iniciada no âmbito dos arquivos.

E continua:

O juiz deve julgar – é sua função. Ele deve concluir. Ele deve decidir. Ele deve reinstaurar uma justa distância entre o culpado e a vítima, segundo uma topologia imperiosamente binária. Tudo isso, o historiador não faz, não pode, não quer fazer; se tenta, com o risco de erigir-se sozinho em tribunal da história, é ao preço da confissão da precariedade de um julgamento cuja parcialidade e até mesmo a militância ele reconhece. Mas então, seu julgamento audacioso é submetido à crítica da corporação historiadora e à do público esclarecido, sua obra oferecida a um processo ilimitado de revisões que faz da escrita da história uma perpétua reescrita. Essa abertura para a reescrita marca a diferença entre um julgamento histórico provisório e um julgamento judicial definitivo. (RICOEUR, 2007, p. 335)

Uma diferença que já se denota é que o juiz averigua a verdade para a estruturação de um julgamento judicial definitivo, enquanto que o historiador investiga a verdade para a concretização de um julgamento histórico provisório que poderá ser revisto e reescrito inúmeras vezes. Não é só! A “*verdade*” descoberta pelo juiz será decisiva na vida das pessoas, enquanto que a do historiador, servirá como conhecimento.

Os processos judiciais inauguram-se com a narrativa de fatos ocorridos no passado. Tal descrição, inicialmente, unilateral é submetida ao contraditório com o propósito de colher a outra versão do que fora referido. Durante seu processamento, tais narrativas serão confirmadas por meio das provas para, ao final, chegar-se a uma decisão que se tornará definitiva e imutável perante os seus sujeitos, por força da coisa julgada. Afirma Ricoeur (2007, p. 334):

Assim, o processo põe em cena um tempo reconstituído do passado no qual são visados fatos que, por sua vez, já

constituíam provações de memória: além dos danos físicos infligidos a entidades definidas por sua história própria, as rupturas de contrato, as contestações a respeito de atribuição de bens, de posições de poder e de autoridade, e todos os outros delitos e crimes constituem outras tantas feridas de memória que demandam um trabalho de memória inseparável de um trabalho de luto visando a uma reapropriação por todas as partes do delito e do crime, apesar da estranheza essencial.

Ginzburg, citando Ferrajoli (2006, p. 21), assevera:

Il processo è per così dire il solo caso di 'esperimento storiografico': in esso le fonti sono fatte giocare de vivo, non solo perché sono assunte direttamente, ma anche perché sono messe a confronto tra loro, sottoposte ad esami incrociati e sollecitate a riprodurre, come in uno psicodramma, la vincenda giudicata².

Por toda a relevância do processo judicial e, principalmente, pelo resultado que se tornará definitivo e imutável para os sujeitos processuais, “[...] o juiz não deve brincar de historiador; ele deve julgar nos limites de sua competência – limites que são imperiosos; ele deve julgar em sua alma e consciência.” (RICOEUR, 2007, p. 340)

Os historiadores, no seu ofício de reconstituição do passado, ao contrário dos juízes, nem sempre gozam da possibilidade de consultar fontes que, consoante transcrito acima, intervêm *de vivo*, fontes que podem ser recolhidas diretamente e confrontadas umas com as outras. É comum aos historiadores que a análise de seus objetos se dê por meio de registros escritos em arquivos. Segundo Ricoeur (2007, p. 340),

[...] os historiadores tampouco têm condição de escrever a única história que englobaria a dos executantes, a das vítimas e a das testemunhas. Isso não quer dizer que eles

² No vernáculo: O processo é, por assim dizer, o único caso de “experimentação historiográfica”: nele as fontes intervêm de vivo, não só porque são recolhidas diretamente, mas também porque são confrontadas umas com as outras, submetidas a exames cruzados e incitadas a reproduzir, como num psicodrama, o caso que está sendo julgado.

não podem buscar um *consensus* parcial sobre histórias parciais cujos limites, ao contrário dos juízes, eles têm a possibilidade e o dever de transgredir indefinidamente.

Consoante já afirmado, o cenário do historiador não sofre as restrições impostas pelos processos judiciais, por isso a construção da verdade pelo historiador goza de uma liberdade, muitas vezes, não experimentada pelos juízes. Assenta Ginzburg (1989, p. 157):

A história se manteve como uma ciência social *sui generis*, irremediavelmente ligada ao concreto. Mesmo que o historiador não possa deixar de se referir, explícita ou implicitamente, a séries de fenômenos comparáveis, a sua estratégia cognoscitiva assim como seus códigos expressivos permanecem intrinsecamente individualizantes. [...] o historiador é comparável ao médico, que utiliza os quadros nosográficos para analisar o mal específico de cada doente. E, como o do médico, o conhecimento histórico e indireto, indiciário, conjetural.

Contudo, juiz e historiador, cada qual no âmbito de sua atuação, praticam a mesma atividade: a reconstituição do passado, partindo do exame dos fatos e do sopesamento das provas. Ginzburg (1989, p. 151) afirmou:

Por milênios o homem foi caçador. Durante inúmeras perseguições, ele aprendeu a reconstruir as formas e movimentos das presas invisíveis pelas pegadas na lama, ramos quebrados, bolotas de esterco, tufos de pêlos, plumas emaranhadas, odores estagnados. Aprendeu a farejar, registrar, interpretar e classificar pistas infinitesimais com fios de barba. Aprendeu a fazer operações mentais complexas com rapidez fulminante, no interior de um denso bosque ou numa clareira cheia de ciladas. Gerações e gerações de caçadores enriqueceram e transmitiram esse patrimônio cognoscitivo. Na falta de uma documentação verbal para se pôr ao lado das pinturas rupestres e dos artefatos, podemos recorrer às narrativas de fábulas, que do saber daqueles remotos caçadores transmitem-nos às vezes um eco, mesmo que tardio e deformado.

A construção da verdade pressupõe sensibilidade e pode ser considerada conatural, inerente ao homem.

Giovanni Morelli, entre 1874 e 1876, em uma série de artigos que versavam sobre a pintura italiana, propôs um método para atribuição de quadros antigos – método indiciário, posteriormente denominado método morelliano.

Referida metodologia consistia no exame dos pormenores mais negligenciáveis e menos influenciados. Tratava da análise dos indícios imperceptíveis para a maioria, dos elementos pouco notados ou despercebidos, dos dados marginais, considerados reveladores. Denotava-se “A proposta de um método interpretativo centrado sobre os resíduos, sobre os dados marginais, considerados reveladores.” (GINZBURG, 1989, p. 149)

Juízes e historiadores, preocupados em reconstituir uma realidade não experimentável diretamente ou, ainda, captar uma realidade mais profunda, poderiam lançar mão do paradigma indiciário morelliano, por meio da “[...] análise de casos individuais, reconstruídos somente através de pistas, sintomas, indícios.” (GINZBURG, 1989, p. 154)³. Há que se ressaltar que

[...] os papéis respectivos do historiador e do juiz, designados por sua intenção de verdade e de justiça, os convidam a ocupar a posição do terceiro em relação aos lugares ocupados no espaço público pelos protagonistas da ação social. (RICOEUR, 2007, p. 330)

A posição de terceiro daquele que vai analisar os fatos, seus indícios, seus pormenores com o objetivo de, a partir deles, construir uma verdade histórica ou uma verdade histórica-processual deveria vir somada à imparcialidade. No entanto, alertou Ricoeur (2007, p. 331): “Como e até que ponto o historiador e o juiz cumprem essa regra de

³ “Não apenas palavras, mas gestos, silêncios, reações quase imperceptíveis como um súbito rubor foram registrados pelos escrivães do Santo Ofício com obstinada minúcia.” (GINZBURG, 2007, p. 287)

imparcialidade inscrita em suas deontologias profissionais respectivas?” Desde há muitos anos, no processo de produção das fontes, têm-se distorções. Opiniões preconcebidas e conjecturas apressadas não são incomuns entre juízes e historiadores. Ambos, lêem o que não foi dito. Pelas distorções procuram alcançar a realidade. Ginzburg (2007, p. 284), em muitas passagens de seus textos denunciou o que se está a afirmar:

O impulso dos inquisidores no sentido de buscar a verdade (a verdade deles, naturalmente) nos legou uma documentação extremamente rica, decerto, mas profundamente distorcida pelas pressões físicas e psicológicas que caracterizam os processos de feitiçaria. [...] Em situações como essas, os réus tendiam a fazer eco, de modo mais ou menos espontâneo, aos estereótipos inquisitoriais difundidos de ponta a ponta da Europa por pregadores, teólogos e juristas. Naturalmente, esses documentos não são neutros; a informação que nos fornecem não é nada ‘objetiva’. Eles devem ser lidos como produtos de uma relação específica, profundamente desigual. Para decifrá-los, devemos aprender a captar por trás da superfície lisa do texto um sutil jogo de ameaças e medos, de ataques e retiradas. Devemos aprender a desembaraçar os fios multicores que constituíam o emaranhado desses diálogos. (p. 287)

As fugidias confissões que os inquisidores tentavam arrancar dos acusados proporcionam ao pesquisador as informações que ele busca [...]. (p. 283)

Essa desigualdade no plano do poder (real e simbólico) explica por que a pressão exercida pelos inquisidores para arrancar dos réus a verdade que procuravam era, em geral, coroada de sucesso. (p. 286)

Em verdade, conforme assegura Ginzburg (2007, p. 288), “Não existem textos neutros: mesmo um inventário notarial implica um código, que temos de decifrar. ‘Todo discurso citado’, como observa Jakobson, ‘é feito *seu* e remodelado por quem cita’”. Ademais, os inquisidores:

[...] não eram estudiosos neutros, distantes: o objetivo deles – muitas vezes alcançado – era o de induzir outras

pessoas (réus, ouvintes, fiéis em geral) a crer no que eles consideravam ser a verdade. (GINZBURG, 2007, p. 292)

O juiz e o historiador podem ser igualados aos inquisidores. Ambos ouvem os testemunhos com o intuito de construir suas verdades. Talvez até o façam com ouvidos diferentes, mas mantêm o propósito asseverado acima de construir suas verdades.⁴

O testemunho é a percepção de uma cena vivida, compreende a retenção da lembrança, é a reconstituição verbal dos traços do acontecimento. Ricoeur (2007, p.170) denota que “Com o testemunho inaugura-se um processo epistemológico que parte da memória declarada, passa pelo arquivo e pelos documentos e termina na prova documental.” E complementa:

A atividade de testemunhar capturada aquém da bifurcação entre seu uso judiciário e seu uso historiográfico, revela então a mesma amplitude e o mesmo alcance que a de contar, em virtude do manifesto parentesco entre as duas atividades [...]. O arquivamento, do lado histórico, e o depoimento perante um tribunal, do lado judiciário, constituem usos determinados prescritos de um lado para a prova documental, do outro, para a emissão da sentença. (RICOEUR, 2007, p. 172)

Verifica-se que o uso jurídico e o uso histórico do testemunho contribuem para a emissão da sentença e para a constituição da prova documental (formação de arquivos).

⁴ “Todas as tensões entre as duas abordagens resultam do fato de que a incriminação jurídica se apoia no princípio da culpabilidade individual: disso resulta a concentração da atenção dos juízes num pequeno número de atores da história, os do topo do Estado, e no raio de ação que eles podem exercer sobre o curso das coisas. O historiador não pode admitir essa limitação do olhar; ele estenderá sua investigação a um número maior de atores, aos executantes de segundo plano, aos bystanders, essas testemunhas mais ou menos passivas constituídas pelas populações mudas e cúmplices. Ele recolocará as decisões pontuais dos dirigentes e suas intervenções no âmbito de encadeamentos mais vastos, mais complexos. Ali onde o processo criminal quer apenas conhecer protagonistas individuais, a investigação histórica não deixa de religar os personagens a multidões, correntes e forças anônimas.” (RICOEUR, 2007, p. 338-339)

Nas duas situações, a mesma estrutura de linguagem é engajada, a do testemunho examinada acima, desde seu arraigamento na memória declarativa em sua fase oral até sua inscrição no âmago da massa documental preservada e codificada no âmbito institucional do arquivo, no qual uma instituição guarda o rastro de sua atividade passada para consulta ulterior. (RICOEUR, 2007, p. 331)

Contudo, indaga-se: até que ponto o testemunho é confiável? Ricoeur (2007, p.173) alega:

A possibilidade de suspeitar cria por sua vez um espaço de controvérsia no qual vários testemunhos e várias testemunhas se vêem confrontados. Sob certas condições gerais de comunicação, esse espaço pode ser chamado de espaço público; é nesse contexto que uma crítica do testemunho se enxerta em sua prática.

A testemunha chama para si a responsabilidade sobre suas declarações, ela quer credibilidade, tanto é assim que afirma: “‘Eu estava lá’, diz ela; ‘Acreditem em mim’, acrescenta, e: ‘Se não acreditam em mim, perguntem a outra pessoa’.” (RICOEUR, 2007, p. 173).

No entanto, é necessário que seja considerado o fato de cada testemunha ter interiorizada sua própria lembrança dos acontecimentos pretéritos. Não é por outra razão que Ricoeur (2007, p. 174) identifica que “A testemunha confiável é aquela que pode manter seu testemunho no tempo.” e complementa: “[...] o crédito outorgado à palavra de outrem faz do mundo social um mundo intersubjetivamente compartilhado.” (RICOEUR, 2007, p.175). Finaliza o autor:

Em conclusão, é da confiabilidade, e, portanto, da atestação biográfica de cada testemunha considerada uma a uma que depende, em última instância, o nível médio de segurança de linguagem de uma sociedade. É contra esse fundo de confiança presumida que se destaca de maneira trágica a solidão das ‘testemunhas históricas’ cuja experiência extraordinária mostra as limitações da capacidade de compreensão mediana, comum. Há testemunhas que jamais

encontram a audiência capaz de escutá-las e entendê-las.
(RICOEUR, 2007, p. 175)

Na obra *Il giudice e lo storico*, Ginzburg (2006, p. 20-21) completa:

Per me, come per molti altri, le nozioni di 'prova' e 'verità' sono invece parte costitutiva del mestiere dello storico. [...] Il mestiere degli uni e degli altri si fonda sulla possibilità di provare, in base a determinate regole, che x ha fatto y: dove x può designare indifferentemente il protagonista, magari anonimo, di un evento storico o il soggetto di un procedimento penale; e y, un'azione qualsiasi.⁵

Com a sucinta análise aqui realizada, pode-se concluir que os papéis do juiz e do historiador baseiam-se em válida construção da verdade. Tanto no processo judicial, quanto no processo histórico, ainda que de modo parcial, os fatos são analisados e as provas, conduzidas de modo que fique registrada, nos respectivos ambientes, a verdade histórica. Entretanto, de nada valeria todo o esforço se os olhos de ambos não estivessem voltados àquele a quem e de quem a história é narrada, o cidadão. Assim, finaliza Ricoeur (2007, p. 347):

Começamos com a busca do terceiro imparcial, mas não infalível, e terminamos com o acréscimo, à dupla do juiz e do historiador, de um terceiro parceiro, o cidadão. Ele emerge como um terceiro no tempo: seu olhar estrutura-se a partir de sua experiência própria, instruída diversamente pelo julgamento penal e pela investigação histórica publicada. Por outro lado, sua intervenção nunca é acabada, o que o coloca, antes, do lado do historiador. Mas ele está em busca de um julgamento garantido, o qual gostaria que fosse definitivo, como o do juiz. Sob todos os aspectos, ele continua sendo o árbitro derradeiro. É ele o portador

⁵ No vernáculo: “Para mim, como para muitos outros, as noções de ‘prova’ e de ‘verdade’ são, pelo contrário, parte integrante do ofício de historiador. [...] O ofício de um e de outro fundamenta-se na possibilidade de provar, em função de regras determinadas, que x fez y: x podendo designar indiscriminadamente o protagonista, eventualmente anônimo, de um acontecimento histórico ou sujeito de um procedimento penal; e y uma ação qualquer.”

militante dos valores ‘liberais’ da democracia constitucional. Apenas a convicção do cidadão justifica, em última instância, a eqüidade do procedimento penal no recinto do tribunal e a honestidade intelectual do historiador nos arquivos. É essa mesma convicção que, em última instância, permite, retrospectivamente, nomear o desumano como contrário absoluto dos valores ‘liberais’.

Esse cotejo entre as atividades do historiador e do juiz, nos interessa para ilustrar a total ausência de “atuação” do juiz no processo civil, fruto de uma ideologia burguesa que relega, assim, essência a atividade judicial. Aliás, o juiz neutro serve aos donos do poder, na exata medida em que a sua (não) postura beneficia o mais forte na relação jurídica de direito processual.

Enquanto que o historiador necessita desse procedimento, ou seja, precisa recompor o passado, com estudo minucioso em prol da descoberta da verdade, o juiz, ao contrário, deverá trabalhar com a “verdade possível”, atuando ativamente para a “criação” da decisão judicial. Ele não é, ou pelo menos não deveria ser, um mero espectador. Pela necessidade de *participação* tem “o poder de influir diretamente sobre o resultado da decisão” (MARINONI, 2008).

Assim, apesar da característica da legislação em mantê-lo distante da causa, como se fosse um *historiador* cuja preocupação seria tão e somente recompor o passado, o próprio código lhe confere poderes para agir, juntamente com as partes, na busca da melhor decisão.

No entanto, sua postura de extrema *neutralidade* está muito mais adstrita à ideologia impregnada na prática forense, pela jurisprudência e doutrina, do que propriamente da lei processual.⁶

⁶ Vários dispositivos do código permitem e autorizam o juiz a interferir no processo em busca da decisão que seja a mais adequada para caso. A possibilidade de determinar a produção de provas, art. 131 do CPC, inspecionar pessoas, provas ou coisas, art. 440 do CPC, determinar a presença das partes em qualquer fase do processo para elucidar questões, é outra forma do juiz participar do processo.

2.1 O juiz do (código) Estado e Direito Liberal: o CPC/73 recepcionou a legislação liberal

Importa deixar claro que essa lógica do juiz “*historiador*”, preocupado em reconstruir o passado, está retratada no código de processo civil vigente. Essa legislação, porém, apenas reflete os anseios de uma época em que a função do Direito era somente “*garantir a livre circulação das ideias, das pessoas e, particularmente, dos bens*”. (GOMES, 2001, p.17)

Não sem outra razão, a primeira forma de Estado, após a revolução burguesa, foi baseada no “princípio da limitação da intervenção estatal, na liberdade do indivíduo e na crença na superioridade da regulação espontânea da sociedade pela “mão invisível” do mercado (Adam Smith)”, (GOMES, 2001, p.17)

Sendo este o modelo de Estado, não intervencionista, o direito, e, por conseguinte, o processo civil, reservaria ao juiz um papel de mero coadjuvante. É o juiz sem poder, mero aplicador dos textos legislativos sabiamente elaborados pelo poder competente e que, pela sua excelência, bastaria ser aplicado à situação pretérita para ordenar a sociedade. Estava assim, exaltado o “sucesso” do princípio da subsunção!

O código de processo civil, então, ajustou esse modelo de juiz. Neutro, imparcial, equidistante das partes para, após cognição ampla, plena e exauriente, dizer o direito ao caso concreto com certeza, reconstruindo o passado (*historiador*) e declarando o valor indenizatório devido ao dano causado.

Veja que inexistente intervenção e, muito menos, interação do juiz (Estado) com as partes. Sua postura é exatamente o contrário: *de equidistância*. “É defeso ao juiz emitir ordens às partes”. (LIEBMAN, 1980). Essa é a construção legislativa e teórica da “*doutrina*” que influenciou o processo civil atual.

A própria estrutura⁷ do código, alicerçado em três processos, *conhecimento*, *execução* e *cautelar*, fundados em dois procedimentos distintos, *comum* e *especial*, cuja classificação ternária da sentença em *condenatória*, *declaratória* e *constitutiva*, arduamente defendida pela doutrina, principalmente pela “escola paulista de processo”, evidencia bem esse quadro. “Essas sentenças, como atos integrantes do processo de conhecimento clássico, não permitem ao juiz atuar a não ser no plano normativo, e assim apenas objetivando afirmar a vontade da lei e a autoridade do Estado-legislador”. (MARINONI, 2004, p. 37)

Mais do que uma crítica, é importante (re)visitar a construção doutrinária que levou a edificação da legislação processual e sua interpretação, para que seja demonstrável, ante às evidentes transformações do modelo de Estado e do próprio direito, como, hoje, deve ser pensado e aplicado o direito material e o processo. Marinoni (2004, p.28), a esse respeito esclarece:

Mas não se pense que essa doutrina, por significar história, não tenha mais importância. A exata compreensão da falência do processo civil não pode deixar de atentar para a história das doutrinas, especialmente para os valores que as impregnaram. Não há como negar que a doutrina que imaginou a suficiência de um único procedimento, destituído de técnica antecipatória, bem como a possibilidade da construção de sentenças apenas a partir de critérios formais-processuais, teve, teve grande impacto sobre o rendimento do processo civil, mas evidentemente foi construída à luz dos valores do seu tempo.

Por óbvio, pela limitação de espaço do presente trabalho, não se pode percorrer, com mais vagar, sobre toda ideologia pela qual passou o processo civil atual. Não obstante, não se tem como negar o fato de que o juiz deste código é aquele que em muito se assemelha com a atividade do *historiador*.

⁷ A respeito, examinar os textos: O poder do juiz: ontem e hoje (PEREIRA FILHO, 2006) e A estrutura do código de processo civil: uma afronta à igualdade (PEREIRA FILHO; OLIVEIRA, 2005).

Seu trabalho é voltado, preponderantemente, para o passado, com raras exceções *nos* e *em alguns* procedimentos especiais⁸, mas, estes, até pela própria nomenclatura, evidencia pertencer aos especiais, que, constituem a minoria da população. Não é por outro motivo que a ineficácia do processo civil está fundada no procedimento comum e seus condicionantes.

2.2 O juiz do (direito) Estado Constitucional

O juiz **do** Direito não é o juiz **do** Código.⁹ Este é o historiador, aquele o “*interventor*”. Em outras palavras, essa intervenção é o contraponto ao juiz “neutro”, “sem poder”, simplesmente reproduzindo “a vontade da lei”, ou seja, “a boca da lei”. Precisamos de um juiz e não de um historiador!

A dinamicidade do direito e os valores que permeiam a vida na sociedade não coadunam com a insensibilidade e com a indiferença. “Se o processo ficar limitado à legislação processual ou, melhor dizendo, tiver a sua feição escravizada à lei, muitas vezes ele poderá ficar distante das necessidades dos direitos e da vida” (MARINONI, 2004, p. 28).

Ao contrário do tempo em que a proteção jurídica visava o patrimônio e, por assim dizer, se preocupava com poucos, o direito atual passou a servir ao homem, enquanto sujeito de direito, dando relevo à sua dignidade, pois, não há bem de igual ou maior relevo. É conclusivo, pois, que “As transformações do papel do Estado obrigam, irremediavelmente, à adoção de um novo papel também do direito”. (GOMES, 2001, p. 19)

Um novo modelo de Estado e de Direito, por lógica, exige, igualmente, outro modelo de juiz. Assim, o vetusto princípio da subsunção

⁸ Consultar: O poder do juiz: ontem e hoje (PEREIRA FILHO, 2006); Do formalismo no processo civil (OLIVEIRA, 2009); O procedimento comum clássico e a classificação trinária das sentenças como obstáculos à efetividade da tutela dos direitos (MARINONI, 2002).

⁹ Ver: O direito dos códigos e o direito da vida (HERKENHOFF, 1993) e O que é direito (LYRA FILHO, 1982)

cede lugar ao da criação. A interpretação judicial é iluminada de requinte constitucional, notadamente, dos seus fundamentos e valores (art. 1º e 3º da CRFB).

O acesso à justiça passa ser uma inteligência vocacionada a efetiva tutela dos direito e não como uma mera faculdade de se ajuizar ação processual.¹⁰

3 Tutela dos direitos e atuação jurisdicional

A noção de tutela dos direitos está intimamente ligada à capacidade de se tutelar a norma de direito material. A preocupação, então, deixa de ser a consequência que a ofensa à norma produz, ou seja, o dano, para, justamente, ao protegê-la, evitar-se o resultado danoso “reparável” pela via ordinária da sentença condenatória em pecúnia.

O processo e os respectivos procedimentos devem ser pensados na medida em que sejam capazes de tutelar o direito material. Em outros termos, é deixar de pensar o processo pelo próprio processo para dar concretude ao direito material projetado na norma. Essa é a interpretação que se deve empregar à tutela jurisdicional, como corolário à plena garantia do direito fundamental de ação (art. 5º, inc. xxxv, da CFRB). Marinoni (2004, p.147), especialista no tema, esclarece que:

A tutela jurisdicional, quando pensada na perspectiva do direito material, e dessa forma como tutela jurisdicional dos direitos, exige a resposta a respeito *do resultado que é proporcionado pelo processo no plano do direito material.*

Apesar de todas as facetas que essa construção teórica contém, no presente momento, interessa-nos evidenciar que a tutela dos

¹⁰ “Na ótica dos estados liberais burgueses dos séculos dezoito e dezenove, o direito à jurisdição significava apenas o direito formal de propor ou contestar uma ação” (MARINONI, 2000, p. 26).

direitos, ao proteger à norma de direito material que o regula, não leva em consideração, e nem poderia, a ocorrência ou não de dano.

Não se trata de uma tutela contra do dano. Justamente o oposto, o que se vislumbra é a não ocorrência do dano ou porque o direito é inviolável, como, por exemplo, direito da personalidade, ou, então, porque, o cidadão, enquanto sujeito de direito, pode exigir o cumprimento da norma precisamente porque não quer sofrer dano passível de ressarcimento em dinheiro.

O direito fundamental à adequada tutela jurisdicional exige do juiz uma postura capaz de dar proteção condizente com os preceitos normativos previstos na norma de direito material. Ainda que o processo se ressinta de técnica processual para tal mister, caberá ao juiz empregar esforços para, em respeito ao direito fundamental de proteção, atender efetivamente o que lhe é pleiteado. Bem por isso,

O processo deve ser estruturado de acordo com as necessidades do direito material, além de ter que ser compreendido, pelo juiz, *como instrumento capaz de dar proteção às situações carentes de tutela*. Nesse sentido, o juiz não pode se conformar com uma interpretação que aponte para a incapacidade de o processo atender ao direito material, pois isso seria o mesmo que negar valor ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, que espelha o dever de o Estado prestar a devida tutela jurisdicional. (MARINONI, 2004, p. 28, grifou-se)

Arremata o processualista paranaense:

O legislador tem o dever, diante do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, de instituir as técnicas processuais idôneas à tutela jurisdicional das diversas situações de direito material. Essas situações de direito material, ou as necessidades de tutela dos direitos, devem ser compreendidas pelo legislador, pois de outra forma o direito material certamente não encontrará resposta efetiva na jurisdição. *Entretanto, esse direito fundamental não se limita a incidir, como é óbvio, em face do legislador,*

pois exige do Judiciário a prestação da adequada tutela jurisdicional. (MARINONI, 2004, p. 28, grifou-se)

Sendo essa a característica da tutela dos direitos e, como frisado, a busca pela proteção da norma de tal forma que o ilícito não ocorra ou, se ocorrido que seja imediatamente removido, precisa-se, inexoravelmente, de um juiz atuante.

3.1 O poder do juiz

“O juiz e o processualista, se um dia realmente se pensaram ideologicamente neutros, mentiram a si próprios, pois a afirmação de neutralidade já é opção ideológica do mais denso valor, a aceitar e a reproduzir o *status quo*” (MARINONI, 2000, p. 25).

Não se pode pensar em tutela do direito sendo prestada por um juiz espectador, preocupado na recomposição do passado (historiador!). Ao contrário, pressupõe um juiz que possa emitir ordens e fazê-las cumprir.

No entanto, aos incautos, preocupados com o aumento do poder do juiz, cabe lembrar que não se trata, na verdade, de aumento. O que se busca é uma racionalização do seu poder ante a necessidade de prestar uma tutela em nível constitucional.

Em outras palavras, o poder é inerente à atividade jurisdicional. O juiz exerce parte da soberania do Estado exatamente porque é membro e não mero representante dele. Por isso, a expressão Estado/juiz. Sendo assim, é um erro falar em aumento ou diminuição desse poder.

O que temos, isso sim, são meios de controle, notadamente, pelas garantias constitucionais/processuais do direito de ação, contraditório, fundamentação das decisões etc. No entanto, se apesar disso, o juiz se mantiver “neutro”, acaba por anular o uso do seu poder, necessário para sua atuação.

Luhman, citado por Gomes (2001, p. 28), bem compreendeu essa questão e esclarece que, “ante a complexidade e a interdependência

nas sociedades modernas, aumenta a necessidade de decisões rápidas, sincronizadas e tempestivas. Assim, o risco não é de um excesso, mas sim de um déficit de poder”.

Parece-nos lógica essa questão. Se o judiciário é chamado, cada vez mais, a *participar* da vida dos cidadãos, por decisões que possam permitir, até mesmo, inclusão social,¹¹ a racionalização do uso do poder exige *procedimentos* capazes de dar vazão a essa necessidade.

O juiz sem poder, portanto, é um mito! “Na verdade, a idade dos sonhos dogmáticos acabou. A nossa modernidade está na consciência de que o processo, como o direito em geral, é um instrumento da vida real, e como tal deve ser tratado e vivido” (MARINONI, 2000, p. 19). O papel reservado ao juiz, então, deve ser pensado e exercido a luz dos direitos fundamentais, notadamente, do direito de ação.

Conclusão

Todo trabalho que se diz “*científico*” exige uma conclusão. No direito, contudo, ousamos discordar. Acreditamos que a discussão tem de ser permanente e jamais haver conclusão. Quando muito, o que se tem são enunciados, visões de como deve ser, naquele caso concreto, aplicado o direito. Sempre com Lyra Filho (1982): “*direito é sendo*”, ou seja, não se pode sequer, conceituá-lo, quem dirá, concluí-lo. Contudo, seguindo as regras da academia, apresentamos, apenas, uma síntese conclusiva e, desde já, deixamos o convite para a reflexão a todos que se propuserem a analisar nossas humildes ponderações.

Para a compreensão do que pretendemos expor acima, é de vital importância levar em consideração o dado fundamental que modificou, no nosso sentir, toda a estrutura normativa pátria. Para nós, a Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, além de inaugurar

¹¹ Ver, neste sentido, A jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático Paula (2002)

uma nova ordem jurídica, alterou, sensivelmente, o paradigma até então existente, de tal sorte que os “*conceitos*” de *lei e jurisdição* foram radicalmente modificados.

Com efeito, os fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º) e os objetivos fundamentais em “construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento social; erradicar a pobreza e marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º) retiraram da lei o seu sentido absoluto. Sua importância passou a ser subordinada à obediência aos direitos fundamentais previstos no texto constitucional.

A jurisdição por sua vez, iluminada pelo dever de se prestar uma tutela adequada, tempestiva e efetiva, como corolário ao direito fundamental de ação, passa a ser vista como um meio de se realizar os fins do Estado.

Para tanto, o entendimento de acesso à justiça e, sobretudo, do papel do juiz, são remodelados para se vislumbrar um juiz atuante, inclusive, para decidir e determinar políticas públicas, já que o mito da neutralidade foi sepultado, de uma vez por todas, quando a Constituição albergou a necessidade de se prestar tutela não somente a lesão, mas, principalmente, à ameaça (art. 5º, inc. xxxv).

O juiz historiador, então, ficou na história!

Referências

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

GINZBURG, Carlo. **Il giudice e lo storico**: considerazioni in margine al processo Sofri. Milano: Feltrinelli, 2006.

GINZBURG, Carlo. O inquisidor como antropólogo. In: _____. **O fio e os rastros**: verdadeiro, falso, fictício. Tradução Rosa Freire d’Aguiar e Eduardo Brandão. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 280-293.

GINZBURG, Carlo. Sinais: raízes de um paradigma indiciário. In: _____. **Mitos, emblemas, sinais: morfologia e história.** Tradução Federico Carotti. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 143-179.

GOMES, Diego J. Duquelsky. **Entre a lei e o direito: uma contribuição à teoria do direito alternativo.** Tradução Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

HERKENHOFF, João Baptista. **O direito dos códigos e o direito da vida.** Porto Alegre: Fabris, 1993.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Processo de execução.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito.** São Paulo: Brasiliense, 1982.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil.** São Paulo: Malheiros, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. O procedimento comum clássico e a classificação trinária das sentenças como obstáculos à efetividade da tutela dos direitos. **Revista Peruana de Derecho Procesal**, Lima, v. 5, p. 171-191, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. A questão do convencimento judicial. **Revista Peruana de Derecho Procesal**, Lima, v. 11, p. 569-590, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva.** 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático.** Barueri, SP: Manole, 2002.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. O poder do juiz: ontem e hoje. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, ano 33, n. 104, p. 19-33, 2006.

PEREIRAFILHO, Benedito Cerezzo; OLIVEIRA, Emerson Ademar Borges de. A estrutura do código de processo civil: uma afronta à igualdade. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 14., 2005, Florianópolis. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 295-296.

RICOEUR, Paul. O historiador e o juiz. In: _____. **A memória, a história, o esquecimento**. Tradução Alain François. Campinas, SP: UNICAMP, 2007. p. 330-347.

RICOEUR, Paul. O testemunho. In: _____. **A memória, a história, o esquecimento**. Trad. por Alain François. Campinas, SP: UNICAMP, 2007. p. 170-175.

Recebido em: 09/01/2012

Aprovado em: 27/03/2012