

A REFUNDAÇÃO DA JURISDIÇÃO E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS¹

LA REFUNDACIÓN DEL JURISDICCION Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Angela Araujo Da Silveira Espindola²

*Kantádu ma dimokrasiâ, / Ma stába sukundidu,
Ma tudu dja sai na kláru / I nós tudu dja bira sabidu.
Kada um ku si mania / Fla rodóndu bira kuadrádu,
Kada um ku si tioriâ / Poi razom pendi di si ládu.
Ti Manel bira Mambiâ, / Ti Lobu bira Xibinhu,
Ti flánu ta faze majiâ / Ta poi grógu ta bira vinhu.
Mintira pom di kada dia, / Verdádi ka s'ta kontádu,
Nós tudu bira só finjidu / Ku kombérsu di dimagojiâ.
Vida bira simplismenti, / Konsedju bira ka ta obidu :
Tudu é agu na balai frádu / É rialidádi di oxindiâ.
Maioriâ sta tudu kontenti / Ku avontádi na dimokrasiâ
Fládu fla ka tem simenti, / Dipós di sábi móre é ka náda
Mayra Andrade – DIMOKRANSA (2006)³*

¹ Ensaio resultado das pesquisas realizadas pela autora no projeto de pesquisa "A refundação da ciência processual e as garantias constitucionais: o neoconstitucionalismo e o processo civil como um tempo e um lugar possíveis para a concretização (efetiva e democrática) dos direitos fundamentais-sociais" com Auxílio Recém Doutor (ARD) da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul (FAPERGS). Texto publicado, em versão preliminar, no Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS/2010.

² Doutora e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Professora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Escola de Direito (IMED). Professora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Diretora Científica da Associação Brasileira do Ensino do Direito (Abedi). Advogada. E-mail: ange.espindola@gmail.com

³ Trecho da música de Mayra Andrade no CD Navega (2006). Tradução livre da autora do crioulo cabo-verdiano e inglês para o português: "Foi dito que a democracia era como um tesouro escondido, mas agora ele foi encontrado e o povo não será mais enganado. Cada um, confiante nas decisões, aceita que a roda seja um quadrado, aceita todas as teorias. Manuel vira Maria. Lobos viram cordeiros. O rum é transformado em vinho. A mentira tornou-se a nossa realidade diária. A verdade deixou o centro do palco. O povo continua acostumado a esconder-se atrás do discurso. Agora, o raciocínio simplista impera e ninguém mais ouve os conselhos: não adianta oferecê-los, eles não querem ouvir! Este é o mundo que estamos construindo. A maioria está satisfeita, remando calmamente na democracia/mediocridade. Os rumores de hoje não têm amanhã. Quando você conhece o prazer, a morte já não é verdadeiramente tão assustadora".

SUMÁRIO: 1. Para arriscar um diagnóstico possível; 2. Estado, Jurisdição e Processo: a memória cheia de esquecimento; 3. O papel do juiz e das partes na refundação do processo e na construção de uma *parceria de singularidades*: a ruptura com o *monólogo articulado* na atuação da jurisdição; Considerações finais: entre os vestígios do passado e as mentiras sobre o futuro; Referências das fontes citadas.

RESUMO

O presente ensaio apresenta os sintomas de uma crise do sistema de justiça sinalizando caminhos possíveis para a superação do paradigma dominante, ora esgotado. A resposta para os desdobramentos desta crise do sistema de justiça terá como balizador a democratização do processo, a defesa da concretização dos direitos fundamentais e a cidadania democrática e participativa, condições de possibilidade para que a jurisdição apresente-se como processo de emancipação da sociedade global.

Palavras-chave: Crise da Jurisdição; Refundação da Jurisdição; Direitos Fundamentais.

RESÚMEN

Este artículo describe los síntomas de una crisis del sistema de justicia y posibles medios de superar el paradigma dominante, ahora agotado. La respuesta a la revelación de la crisis del sistema de justicia tendrá que basar el proceso de democratización, la defensa de los derechos fundamentales y la consecución de una ciudadanía democrática y participativa, las condiciones de posibilidad para que la jurisdicción presentarse como un proceso de emancipación de la sociedad global.

Palabras clave: Crisis de la Jurisdicción; Refundación de la Jurisdicción; Derechos Fundamentales.

1. PARA ARRISCAR UM DIAGNÓSTICO POSSÍVEL

O presente artigo tem sua base metodológica e teórica alicerçada nas seguintes hipóteses:

a) vivemos em uma época de transição paradigmática, onde os modelos jusnaturalistas e positivistas são insuficientes para dar conta dos desafios da emergência dos novos direitos e da complexidade da sociedade de massa;

- b) o Estado Democrático de Direito não se consolidou como esperado, resultando em um Estado contemporâneo inesperado;
- c) a superação do déficit de democracia exige o incremento dos mecanismos de acesso à justiça sem deslocar o problema da concretização dos direitos como responsabilidade exclusiva do Poder Judiciário;
- d) as pressões e expectativas crescentes transferidas para o Poder Judiciário deixam a descoberto seus limites para a resolução de problemas que exigem respostas de ordem executiva e administrativa ou legislativa;
- e) a crise paradigmática e o déficit democrático impõem uma renovada compreensão (uma refundação) do direito processual, seus princípios e sua dogmática, seja no contexto processual civil, penal ou trabalhista, seja no que tange ao direito processual constitucional;
- f) os princípios constitucionais processuais são essenciais para a reconstrução e refundação democrática da Jurisdição, sem esvaziar ou superdimensionar o papel do Judiciário ou o papel das partes, valorizando a busca de uma efetividade jurídica e jurisdicional na democratização do direito processual.

Estas hipóteses partem de uma perspectiva neoconstitucionalista e antineoliberal com vistas a superar a crise paradigmática atual e a defender, no âmbito do direito processual, uma "parceria de singularidades" como alternativa ao "monólogo articulado" que (pre)dominou até então⁴.

Entre as alternativas do ceticismo e do dogmatismo, o desajustamento sócio-político da Jurisdição contemporânea (e as insuficiências e as ineficiências do direito processual) coloca(m) em xeque o direito processual, evidenciando uma dificuldade: conhecemos as causas da crise da jurisdição ou, apenas sofremos seus sintomas no direito processual, sem identificar as causas?

⁴ As expressões "parceria de singularidades" e "monólogo articulado" são utilizadas pela autora para representar, respectivamente, uma perspectiva democrática e uma perspectiva individual-liberalista. Aquela opõe-se à postura ativa do judiciário (protagonismo/ativismo judicial) bem como à postura passiva do judiciário que abdica de sua função de intérprete.

A resposta terá como balizador a democratização do processo, a defesa da concretização dos direitos fundamentais e a cidadania democrática e participativa.

Não é suficiente reformar os códigos ou substituir os atuais por novos para que essa democratização aconteça. Um novo movimento de codificação não basta, não resolve os problemas (de estrutura⁵) ligados ao acesso à justiça, à concretização dos princípios e garantias constitucionais, à exclusão social e concentração de riquezas, para citar alguns. A refundação do direito processual e sua democratização envolve a edificação de novas estruturas políticas, jurídicas e sociais mais adequadas aos desafios impostos pela sociedade deste Século XXI. As respostas não se apresentam para o curto ou médio prazo, haja vista tratar-se de um projeto (de refundação) a longo prazo, de uma “revolução silenciosa”, como tantas vezes sugeriu Ovídio Baptista da Silva.

É a partir destas constatações e destas premissas que se organiza este ensaio em duas partes: Uma primeira parte “Estado, Jurisdição e Processo”. E uma segunda parte “O papel do juiz e das partes na refundação do processo e na construção de uma parceria de singularidades”.

O ponto de partida é, portanto, a discussão sobre a “crise” de um modelo de racionalidade para a jurisdição e suas consequências para o direito processual. Na análise da atual problemática jurídico-jurisdicional, optou-se por uma matriz hermenêutica, enquanto crítica ao pensamento objetificador no qual se vê mergulhada a dogmática jurídica moderna e também enquanto superação do esquema sujeito-objeto e do paradigma representacional⁶.

⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. Da função à estrutura. Disponível em <http://www.baptistadasilva.com.br>. Acesso em 14/09/2010

⁶ Quer-se, com isso, romper com os dualismos que caracterizam o pensamento metafísico – não há um sujeito separado de um objeto. Ser e ente não são idênticos, mas tampouco estão cindidos. Esse será o raciocínio utilizado adiante para criticar a teoria monista, que reduz o direito ao processo, ocultando as ações de direito material e a pretensão, criando obstáculos para a refundação do Direito Processual, em especial no que tange às tutelas preventivas e às tutelas coletivas. Como bem refere Streck, é a diferença que faz a diferença, condição de possibilidade para alcançar a resposta correta (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas, 2. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.)

A abordagem visa a provocar uma reflexão que, por certo, não é inédita ou original, mas necessariamente assume um percurso próprio, servindo de pano de fundo para a recuperação do sentido do direito, da jurisdição, do papel do juiz (intérprete concreto-judicativo). Pretende-se, simultaneamente, provocar a crítica e a ruptura com o modelo de pensamento jurídico que, de algum modo, ainda vigora.

2. ESTADO, JURISDIÇÃO E PROCESSO: A MEMÓRIA CHEIA DE ESQUECIMENTO

Tratar sobre Jurisdição, sua concepção e sua função, é antes de mais nada discutir sobre o perfil do Estado. Antes de se defender um sentido de Jurisdição, é preciso observar o modelo de Estado que se experimenta na modernidade. Não é por coincidência que as reflexões sobre o Estado e suas implicações na modernidade consistem em temática recorrente, em especial, no contexto de um mundo globalizado. As mudanças estruturais da política nacional e internacional provocaram e continuam provocando profundas transformações no Estado, seja no que diz respeito às funções estatais, aos arranjos institucionais, à base social, à legitimidade política, à autonomia seja no que diz respeito à promoção e proteção de direitos, o que impacta o direito processual.

É preciso ter-se claro o sentido de jurisdição para a efetiva construção de um Estado Democrático de Direito.

A passagem do Estado absolutista para o Estado liberal, com a formação de um Estado de Direito, significou não só uma profunda alteração na roupagem do Estado, mas também implicou transformações nas concepções de direito e de jurisdição e, por consequência, na compreensão do sentido do princípio do “acesso à justiça”.⁷

⁷ Ver nesse sentido: FERRAJOLI, Luigi. “Pasado y futuro del Estado de derecho”. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003; também publicado em Revista Internacional de Filosofía Política, n. 17, Madrid, 2001, p. 31-46.

Considerando os degraus da história, vê-se que, na tradição romano-canônica, “a jurisdição é judicial, e não jurisdicional, no sentido autenticamente romano”.⁸ Quando se busca compreender o sentido moderno da jurisdição e se indica esta como herdeira do legado de direito romano, não se pode desconsiderar que a própria história do direito romano conheceu várias fases. Não há uma correspondência absoluta entre a *jurisdictio* romana e a jurisdição moderna! No entanto, é irrefutável que as instituições processuais contemporâneas reproduzem princípios, categorias e institutos praticados no direito romano decadente.⁹ Portanto, questiona-se o que há de efetivamente romano na jurisdição moderna de tradição romano-canônica.

Lançar esse olhar sobre o direito e a cultura jurídica de Roma Imperial, nos limites propostos, longe de significar um apego ao conceitualismo puro e à cronologia de fases históricas com ênfase à evolução linear do tempo, é, antes de mais nada, uma alternativa para fugir do anacronismo de compreensões que tomam instituições do mundo antigo como categorias modernas, desconsiderando por completo uma historicidade do próprio direito, ocultando os verdadeiros compromissos dessas categorias. Como bem referia Baptista da Silva, “o sinal mais aparente do dogmatismo – a razão da formação do dogma – é a perda da perspectiva histórica por parte daqueles que lidam com o sistema”. E mais, “obscurecida a historicidade do direito, perde-se a capacidade de elucidar o ‘porquê’”.¹⁰

Quando se lança o desafio de investigar o grau de fidelidade entre a jurisdição moderna e a *jurisdictio* romana, assume-se o risco de abalar a estrutura da compreensão aceita contemporaneamente de que a superação da influência do direito germânico medieval fez com que a tradição jurídica retornasse às bases

⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. A *jurisdictio* romana e a jurisdição moderna. In: _____. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

⁹ Ver, nesse sentido, as obras: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007 e _____. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

¹⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. Prefácio à obra MACHADO, Fabio Cardoso. **Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2004, p. XV.

do direito romano.¹¹ Trata-se, portanto, da introdução de um problema essencialmente hermenêutico.

Assim, importante observar que durante a história do direito romano, que cobriu não só o mundo antigo como também o medievo, é possível notar uma mudança no caráter do direito de acordo com a evolução da civilização romana, com as alterações políticas, econômicas e sociais que a caracterizavam¹².

A "*jurisdictio* do direito romano clássico diverge da jurisdição que nosso direito recebeu como herança". É nesta trilha que seguia Baptista da Silva,¹³ acrescentando, ainda, que o caráter privado – ou seja, não estatal – da jurisdição romana do período clássico também se distingue do perfil da jurisdição moderna. Falar em privado, em sede de direito romano, não é opor-se ao público, mas sim ao estatal.¹⁴ Assim, se a jurisdição moderna é uma função do Estado, a *jurisdictio* romana (expressão do *imperium* romano) estava desligada

¹¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. A *jurisdictio* romana e a jurisdição moderna. In: _____. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 263.

¹² Sobre a história do direito romano, seus períodos e características, consultar: GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003; D'ORS, Álvaro. **Derecho privado romano**. Pamplona: EUNSA, 1997; KASER, Max. **Direito romano privado**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000; MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. v. I. 13. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2002; HESPANHA, António Manuel. **História das instituições**: época medieval e moderna. Coimbra: Almedina, 1982 e MACEDO, Elaine Harzheim. **Jurisdição e processo**: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. O período monárquico (realeza) da história de Roma cobre desde as origens de Roma (753 a.C.) até 510 a.C. O período republicano estende-se desde a queda da realeza (510 a.C.) até 27 a.C, quando o Senado investe Otaviano (o futuro Augusto) no poder supremo com a denominação de princeps, inaugurando-se, assim, o período do principado (de 27 a.C. até 285 d.C.), considerada uma fase de transição entre a república e o dominato. O período do dominato (de 285 a 565) estende-se até a morte de Justiniano, a partir de então passa a falar-se em período do direito bizantino.

¹³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. A *jurisdictio* romana e a jurisdição moderna. In: _____. **Jurisdição, direito material e processo**, op. cit.

¹⁴ Nesse sentido, registra Baptista da Silva que "poderíamos indicar o caráter privado da jurisdição romana daquele período, como um ponto em que ela se distingue da jurisdição que nos foi legada pelo direito de Justiniano. Quando, porém, antepomos a caráter privado do processo romano clássico ao caráter público da jurisdição moderna, é necessário advertir que a palavra privado, aqui, não se opõe a público, e sim a estatal. A *jurisdictio* do direito clássico era tão pública, como autêntica expressão do *imperium*, quanto poderá sê-lo a jurisdição moderna. Ela não era estatal, como hoje, enquanto expressão da soberania do Estado romano" (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. A *jurisdictio* romana e a jurisdição moderna. In: _____. **Jurisdição, direito material e processo**, op. cit.).

das funções estatais e isso vai ser muito mais acentuado na tradição romano-canônica do que na tradição *common law*.¹⁵

É verdade que o direito moderno é o herdeiro, seja nos seus conceitos, seja nos seus institutos ou mesmo na sua linguagem, daquela longa tradição que os textos de direito romano tiveram lugar. No entanto, não se deve ignorar que, ao longo desta tradição, os textos romanos sofreram (re)interpretações contínuas e, simultaneamente, aqueles que protagonizavam o discurso jurídico iam sucessivamente mudando. Trata-se da contínua alteração silenciosa do direito romano invocado pela tradição romanística! É claro que, não fossem essas mutações, o direito romano talvez não sobrevivesse às transformações culturais e sociais da sociedade europeia durante mais de dois milênios. Exatamente por isso que é preciso ter-se claro que cada instituto jurídico ou cada conceito de direito faz parte de um contexto, do qual recebe o seu sentido. Mudado o contexto, os sentidos das peças isoladas recompõem-se, nada tendo a ver com o sentido que elas tinham no contexto anterior.¹⁶

A memória da jurisdição moderna está ocupada pelo esquecimento do sentido da *jurisdictio* romana. "O nosso conceito de jurisdição não coincide com o romano de *jurisdictio*".¹⁷ O juiz moderno está submetido à idéia de uma jurisdição caracterizada, sobretudo, pela atividade declarativa e pela ausência de *imperium*.

A confusão que se faz entre *jurisdictio* romana e jurisdição moderna implica a perda da sensibilidade jurídica para distinguir a função do juiz privado (*iudex*) e a função do pretor (*praetor*).¹⁸ Aquele julgava, aplicava o direito, mas não estava investido do poder jurisdicional. Esse, por sua vez, era quem exercia a autêntica jurisdição (*jurisdictio*). Assim, pode-se afirmar que a função do *iudex* identifica-se com a função dos magistrados do direito moderno: aplicar o direito. A função

¹⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. A *jurisdictio* romana e a jurisdição moderna. In: _____. **Jurisdição, direito material e processo**, op. cit.

¹⁶ HESPANHA, António Manuel. **História das instituições: época medieval e moderna**, op. cit., p. 98-99.

¹⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. A *jurisdictio* romana e a jurisdição moderna. In: _____. **Jurisdição, direito material e processo**, op. cit., p.15.

¹⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. A *jurisdictio* romana e a jurisdição moderna. In: _____. **Jurisdição, direito material e processo**, op. cit., p.6.

do pretor significava, no sentido moderno, uma atividade análoga a do legislador: legislar para o caso concreto, praticando a *jurisdictio* no caso concreto. Assim, a jurisdição moderna “é ‘judicial’, não jurisdicional, no sentido autenticamente romano”. A função que os romanos atribuíam ao pretor, conferindo-lhe o exercício da *jurisdictio*, ou seja, o poder de dizer e fazer o direito (*dicere ius*), não se identifica com a compreensão moderna de jurisdição.¹⁹

Ora, assumir a defesa da jurisdição e do Estado democrático de direito, primando pelo acesso à justiça e por um processo jurisdicional democrático, impõe que se discuta o perfil de jurisdição e seus compromissos históricos e ideológicos. Desvelados seus compromissos com o perfil liberal, com os valores individualistas e racionalistas, bem como o esquecimento que a história da tradição romana canônica operou, retirando da construção moderna da jurisdição a forte influência do precedente, verifica-se que não houve uma jurisdição romana, mas diversas facetas da jurisdição romana. A lei só assume o lugar de destaque no direito romano tardio. Antes disso o direito era criação da *jurisdictio* pretoriana, não uma norma abstrata, tal qual as leis do direito moderno. Era um vínculo jurídico concreto entre as partes litigantes.

Outro aspecto importante é traçar uma análise entre Jurisdição e Estado. E, neste sentido, Mirjan Damaska²⁰ destaca o perfil reativo do Estado liberal e o perfil ativo desejado para o Estado democrático. Contrapondo modelos hierárquicos a modelos paritários (ou coordenados) de organização do poder do Estado, Damaska faz imaginar dois perfis de jurisdição: uma jurisdição cujo principal objetivo é a resolução de conflitos; e outra, cujo objetivo primeiro é a implementação de políticas do Estado, ou seja, a concretização dos princípios

¹⁹ Não se deve esquecer de que as leis eram raras àquela época e inexistia um sistema jurídico organizado, sistematizado legislativamente. Isso faz crer que, de fato, o pretor atuava como o atual legislador, criando, porém, a norma para o caso concreto (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. A *jurisdictio* romana e a jurisdição moderna. In: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. **Jurisdição, direito material e processo**, op. cit., p.6).

²⁰ DAMASKA, Mirjan R. **The faces of justice and state authority**: a comparative approach to the legal process. Yale: University Press, 2005.

constitucionais²¹. O Estado liberal corresponderia a um Estado reativo, enquanto o Estado social e o Estado democrático²², a um Estado ativo, cada um deles delineando um perfil diferente para a jurisdição e, conseqüentemente, para a construção do seu edifício processual e de sua compreensão e amplitude do acesso à justiça.

Em um Estado cujo perfil seja ativo, a exemplo do Estado social e do Estado democrático de direito, a resolução de conflitos subjetivos é pretexto para que seja possível encontrar a melhor solução para um problema social. Deste modo, antes de investigar sobre que tipo de jurisdição se pretende para uma determinada sociedade, inevitável observar qual o perfil do Estado que se possui. Isso implica dizer que o direito, para além do simples texto de lei, tem sua substância moldada pela Constituição e que o juiz, para além de um funcionário público e do objetivo de resolução de um conflito intersubjetivo, é um agente de poder que, através da interpretação/hermenêutica da lei e do controle da constitucionalidade, faz valer os princípios constitucionais e o todo o conteúdo inerente ao Estado democrático de direito que estão sempre por trás de toda e qualquer lei.

Nesta perspectiva, toda e qualquer decisão deve partir dos princípios constitucionais e da implementação de direitos fundamentais, exercendo, o judiciário, papel de extrema importância para a consolidação do Estado democrático de direito. Resta, portanto, a conclusão de que a função nitidamente jurisdicional não se contenta com o modelo de solução de controvérsias – de matriz eminentemente privada e individualista – tampouco com uma jurisdição judicial (não jurisdicional) mas ultrapassa esses modelos para atender o Estado democrático de direito, garantindo o acesso à justiça e a proteção e promoção dos direitos fundamentais.

²¹ A distinção entre modelos hierárquicos e modelos paritários refere-se à estrutura do poder; enquanto a distinção entre o objetivo de resolução de conflitos e o de implementação de políticas refere-se à função assumida pelo mesmo Estado. Por certo, trata-se de modelos teóricos puros, que não podem ser encontrados tal como se estivesse a trabalhar com experiências laboratoriais.

²² Importante registrar que em cada um dos perfis do Estado moderno há compreensões distintas de 'democracia', não existe uma ausência de democracia neles, sendo todos eles mutações do Estado liberal: Estado liberal clássico, o Estado social e o Estado democrático de Direito.

Não se pode negar, com isso, a (re)aproximação que se tem verificado entre as tradições jurídicas ocidentais da *common law* e a romano-canônica. A abordagem que Owen Fiss promove, embora feita no contexto da *common law*, é bastante compatível com os anseios (e problemas) da sociedade moderna, guardadas as diferenças entre as tradições jurídicas. O autor afirma, com propriedade, que “*the function of a judge is to give concrete meaning and application to our constitutional value*”,²³ ou seja, ao judiciário incumbe a atribuição de sentido e significado aos princípios constitucionais (“*give meaning to our public value*”). Não se trata, por óbvio, de tornar o judiciário parte ativa na política de grupos de interesse ou o advogado das minorias, mas também não há que se imaginar um judiciário silente, “neutro” ante ameaças aos valores constitucionais.²⁴ A tarefa da jurisdição não é declarar o ‘certo’ ou o ‘errado’ ou simplesmente atribuir significado à lei, mas sim realizar, no caso, o que foi prometido pela Constituição.

Há que se registrar que assumir a jurisdição na perspectiva da implementação do sentido de um Estado democrático de direito para além de um modelo de solução de controvérsias (arraigado a uma visão liberal e individualista), é refutar o modelo do normativismo-legalista,²⁵ bem como o modelo do funcionalismo jurídico, em nome de uma perspectiva polarizada no homem-pessoa, sujeito da prática problemática-judicanda e assumido como a reafirmação/recuperação do sentido da prática jurídica como *iuris-prudentia*. Daí falar-se da importância do papel e da delicada atuação do juiz para a concretização da Constituição e dos Direitos Fundamentais.²⁶

²³ FISS, Owen. **The forms of justice**. Harvard Law Review, v. 93, 1979, p. 4.

²⁴ Reproduzindo Owen Fiss, tem-se que “judges have no monopoly on the task of giving meaning to the public values of the Constitution, but neither is there reason for them to be silent. They too can make a contribution to the public debate and inquiry” (FISS, Owen. **The forms of justice**, op. cit., p. 2).

²⁵ Sobre a crítica ao modelo normativo-legalista, consultar a obra de Castanheira Neves, em especial, CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: **Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra**, op. cit., p. 35; CASTANHEIRA NEVES, António. A revolução e o direito. In: **Digesta**, v. 1. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 51-239 (em especial p. 208-222); CASTANHEIRA NEVES, António. Justiça e direito. In: **Digesta**, v. 1, op. cit., p. 241-286 (em especial p. 274-284).

²⁶ A discussão acerca do papel e atuação do magistrado é de extrema relevância, pois que não pode atuar como um arbitrário tampouco como um autômato, daí falar-se que o juiz está imerso em valores constitucionais e que estes não se reduzem o texto legal. A discussão, porém, é

3. O PAPEL DO JUIZ E DAS PARTES NA REFUNDAÇÃO DO PROCESSO E NA CONSTRUÇÃO DE UMA *PARCERIA DE SINGULARIDADES*: A RUPTURA COM O *MONÓLOGO ARTICULADO* NA ATUAÇÃO DA JURISDIÇÃO

Destacado o vínculo da Jurisdição com os valores liberais e individualistas, bem como com o direito romano tardio, que ocultaram o poder das decisões judiciais enquanto construção da justiça para o caso, é preciso destacar também as escolhas que o direito processual civil fez ao longo da sua trajetória. Estas escolhas precisam ser delicadamente (re)examinadas e postas diante do Estado democrático de direito e tudo que ele implica.

O direito processual civil hoje busca uma nova racionalidade contra o racionalismo/irracionalidade, o que passa pela necessária revisão das fontes do direito e da separação dos poderes e, conseqüentemente, pela revisão dos institutos processuais, propriamente dito, que merecem ser iluminados pelo sentido de Constituição.

A ciência processual foi construída sobre sólidos pressupostos teóricos e metodológicos que lhe atribuíram um forte compromisso com os grandes sistemas filosóficos que alimentaram as idéias e sistemas políticos desenvolvidos na Europa a partir da Revolução Francesa.²⁷ Deste modo, qualquer desconstrução, crítica ou reflexão sobre a ciência processual acaba por invadir domínios que não são exclusivamente do direito, mas que pressupõem enveredar-se pelos caminhos da Filosofia. No entanto, é preciso alertar que essa investigação não se pretende filosófica, mas antes uma investigação jurídica que

bastante delicada e está longe de navegar em águas tranquilas. Para uma reflexão sobre o tema, ver, em especial, as obras: STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 2. ed. rev e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006; _____. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007; CASTANHEIRA NEVES, António. O problema da discricionariedade. In: **Digesta**, v. 1. Coimbra: Coimbra, 1995. GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 2001. DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. OST, François. KERCHOVE, Michel Van de. **De la pyramide au réseau?** Pour une théorie dialectique du droit. Bruxelles: Publications Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002, p. 99. DAMASKA, Mirjan. **Las caras de la justicia y el poder del estado**: análisis comparado del proceso legal. Santiago de Chile: Editorial Juridica del Chile, 2000.

²⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. Processo de conhecimento e procedimentos especiais. In: _____. Da sentença liminar à nulidade da sentença, op. cit.

busca auxílio na perspectiva filosófica, sem a qual o direito não pode aceitar o convite para refletir sobre suas próprias escolhas ao longo da história.²⁸

Dentre as diversas escolhas assumidas pelo direito processual civil e pela ciência processual, seis delas destacam-se para o enfoque que se pretende dar. A primeira escolha foi pela ocultação das ações e pretensões de direito material, com a consequente construção da teoria trinária das ações, abrigo das sentenças condenatórias e desconsiderando a existência de sentenças mandamentais e executivas *lato sensu*, resistindo, sobretudo, ao reconhecimento da pretensão à segurança e das tutelas preventivas. A segunda escolha, assumida ao longo da história, foi pela ordinarização do processo, privilegiando a cognição exauriente, fruto da idealização de um juiz passivo, mero "boca da lei". Escolha essa que hoje se coloca como obstáculo à criação de uma genuína tutela preventiva, haja vista a imprescindibilidade da sumarização do processo e da sumarização da cognição. A terceira escolha assumida foi pelo princípio da separação dos poderes e concepção de uma magistratura imparcial e neutra. A quarta escolha foi pela plenitude de defesa e redução do princípio do contraditório, erigindo-os a garantias constitucionais e restringindo as situações de contraditório diferido ou de contraditório eventual. A quinta escolha foi pela cisão entre fato e direito (enquanto norma), exigindo que as atividades executivas fossem necessariamente precedidas por atividades cognitivas, evidenciando, desse modo, o valor atribuído à certeza e à segurança jurídica. A sexta escolha, praticamente imbricada nas escolhas anteriores, foi a opção feita pela busca de certeza jurídica, balizada pela necessidade (humana) de segurança e de segurança jurídica e pela sede (humana) por verdades absolutas.

Todas essas escolhas fizeram-se, não aleatoriamente, mas por tributo ao vínculo genético ainda existente entre a ciência processual e os sistemas políticos e filosóficos de um tempo que já não é mais o tempo do direito processual. Consequentemente, tais escolhas são o reflexo de uma perda de sentido do direito, são sintomas de uma falta de significado. A ciência processual, assim,

²⁸ Assumir essa perspectiva implica em aceitar o risco da pesquisa distanciar-se de seu objetivo, porém negá-la comprometeria por completo os resultados da investigação, inviabilizando o debate sobre a situação problemática da ciência processual bem como a proposição de alternativas contra o dogmatismo sedimentado e superação da crise paradigmática.

transformou-se numa grande feira de repetição de receitas, sobretudo, no campo da construção das tutelas preventiva e coletiva. O direito processual civil reduziu-se a uma simples estrutura lógica vazia de sentido, meramente abstrata e conceitual. O direito processual, responsável pela concretização jurisdicional do sentido do direito e da dignidade humana, está prenhe do vazio.

O estado da arte atual da ciência processual é marcado pela conquista da autonomia científica do processo em relação ao direito material. Desde então a beleza da arquitetura conceitual que envolveu o direito processual capturou os processualistas para o interior de uma estrutura estética.²⁹ O desenvolvimento exagerado da concepção de autonomia do direito processual, como sustentado, desenhou os contornos da concepção procedimentalista na ciência processual, eliminando a ação de direito material e a pretensão.

A concepção ideológica por traz disso sugere que a natureza científica do direito deve corresponder a um método procedimental igualmente científico, independentemente do direito material. Seguindo essa trilha, o sistema processual dos países de tradição romano-canônica, sobretudo o Brasil, foi concebido eminentemente para a busca da verdade sobre o direito controvertido e, assim, para alcançar um sentido unívoco. Diante disso, é inegável o compromisso com os ideais racionalistas de unidade e plenitude do sistema jurídico.

No caso do direito brasileiro, a caricatura do racionalismo é o processo de conhecimento, através do qual se imagina ser possível alcançar a verdadeira vontade da lei, pois esta encerra um sentido unívoco a ser revelado pelo juiz através do método científico adequado. Nesses termos, para o paradigma dominante é o processo de conhecimento (ordinarizado) a condição de possibilidade para a revelação do sentido unívoco da lei, sendo o procedimento e o método científico as garantias de que o cientista atingirá essa verdade única e definitiva.

²⁹ CLAUS, Ben-Hur Silveira. A ordinarização do procedimento: uma herança do racionalismo sob interrogação. In: AUGUSTIN, Sérgio (Org.). **A teoria e a prática dos saberes do cotidiano**. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2005, p.27-39.

Esse palco ideológico, com base naquelas seis escolhas feitas pela ciência processual, sobretudo no contexto nacional, acaba denunciando a separação absoluta entre as funções declarativa e criativa do direito³⁰. Esses compromissos da ciência processual resultam em uma tendência a reduzir a importância do direito material bem como mitigar a própria função jurisdicional.

Cada uma dessas seis escolhas do sistema, que foram movidas por razões históricas e ideológicas, funcionam, de certo modo, como entraves do sistema, obstáculos à concretização da Constituição e ao desvelamento do sentido do direito hoje. Seis obstáculos que precisam ser, portanto, superados. Seis desafios para a construção de um novo processo civil atento ao princípio do acesso à justiça, ao Estado democrático de Direito. Seis compromissos que impedem o completo desvelamento das tutelas preventivas e das tutelas coletivas, pois ancorados no paradigma racional-liberal-individualista.

Esses obstáculos deverão ser superados, mas, para tanto, há que se ter em mente que tipo de jurisdição se pretende construir e, em última análise, que tipo de Estado se tem (ou se quer ter). Por certo, estamos a falar de uma jurisdição imersa no contexto do Estado Democrático de Direito e, portanto, a Constituição é o fluido nutriente no qual os juristas deverão banhar-se.³¹ É ela o “caminho a ser caminhado”.³²

Desse modo, mais que reformar o direito processual, é preciso repensar. Quiça, refundá-lo. E só é possível repensar algo, não partindo do acervo das certezas já dadas e das questões e princípios que as produziram, mas a partir do

³⁰ Observe-se que não se está equiparando, nos limites deste trabalho, função criativa do direito com ativismo judicial ou arbitrariedade judicial. A função criativa do direito está alicerçada na Constituição e no Estado Democrático de Direito.

³¹ Nestes termos, convém concordar com Konrad Hesse quando diz que a Constituição transforma-se em força ativa se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se se fizerem presentes, na consciência geral (em especial daqueles que são os responsáveis pela ordem constitucional), não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição. HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Safe, 1991, p. 05.

³² STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito, op. cit. (em especial, seu capítulo 4 e 5); _____. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**, op. cit.; HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 135.

questionamento. Só assim o direito processual poderá despertar do sono dogmático e ver-se para além de mera técnica, simples procedimento, ver-se para além das suas escolhas e de seus compromissos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: ENTRE OS VESTÍGIOS DO PASSADO E AS MENTIRAS SOBRE O FUTURO

A construção de um processo civil atento ao paradigma do Estado Democrático de Direito e para a concretização dos direitos e o “acontecer” da Constituição³³ precisa, portanto, superar o peso cultural do paradigma racionalista, sem escorregar para as teses positivistas (hoje vitaminadas sob outras vestes) nem para as teses da funcionalização do direito. A tradição jurídica romano-canônica, à qual o direito processual civil brasileiro se vincula, eliminou os conceitos de pretensão e ação de direito material, dificultando o convívio com as formas de tutela preventiva e de tutela coletiva³⁴. O direito processual civil é tomado como um instrumento jurídico puramente formal, abstrato, descomprometido com a história (consequentemente com o próprio homem), mantendo-se, nessa ótica, perene como uma figura geométrica. “Concebe-se o direito processual civil como algo dotado da mesma eternidade que se vangloriam as matemáticas”.³⁵

Essa concepção mostra-se absolutamente incompatível com a necessidade que se tem de o direito processual atender aos desígnios do direito material,

³³ Sobre o “acontecer” da Constituição, buscar subsídios na obra de: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**, op. cit.; _____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**, op. cit.; _____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**, op. cit.

³⁴ Nesse sentido, consultar: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. Racionalismo e tutela preventiva. In: _____. **Sentença e coisa julgada**. 4. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 263-284.

³⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. Racionalismo e tutela preventiva. In: _____. **Sentença e coisa julgada**, op. cit., p. 263. Em sentido semelhante, Elaine Harzheim Macedo afirma que “sob uma ótica positivista [...] o processo civil surgiu como método ou sistema de atuação da jurisdição, visando exatamente a afastar qualquer orientação discricionária da parte dos órgãos ou agentes jurisdicionais, isso é, os tribunais e juízes, traduzindo-se essa forma de agir em juízo como procedimento judicial, representativo da movimentação do processo, mas que com ele não se confunde. [...] Arqueia-se o método para alcançar a verdade, que deve ser perquirida além do processo” (MACEDO, Elaine Harzheim. **Jurisdição e processo: crítica história e perspectiva para o terceiro milênio**, op. cit., p. 171).

mantendo-se sempre atento à realidade social, superando os “conceitos-em-si-mesmos” dos textos normativos.

Nessas bases, a jurisdição vem sendo orientada pelo normativismo e liberada de assumir responsabilmente suas decisões, reputando-as ao legislador. A jurisdição sofre o impacto das patologias da burocratização:³⁶ o excesso de rigidez normativa e o isolamento das experiências intelectuais críticas e a diluição da responsabilidade pelas decisões proferidas. E é essa burocratização que vai provocar o esquecimento da jurisdição romana no contexto da jurisdição moderna, transformando-a em espécie de jurisdição meramente declaratória.

O processo civil, portanto, funda-se sobre o paradigma de uma jurisdição meramente declarativa, que oculta as especificidades das relações entre direito material e direito processual. O direito, lamentavelmente, é visto como algo posto, algo pré-dado, absolutamente pressuposto que, em juízo, é meramente declarado ou, então, como resultado exclusivo de um procedimento, produto da decisão judicial.

Por tudo isso, é compreensível a dificuldade enfrentada para a construção de uma “tutela processual que tenha natureza puramente preventiva”, como afirma Baptista da Silva.³⁷ O paradigma racionalista presente na formação da ciência jurídica moderna, somado ao princípio da separação dos poderes e à concepção da jurisdição como declaração bem como às teorizações acerca da autonomia do direito processual relativamente ao direito material, exigem que o juiz descubra a única ‘vontade da lei’ para só então declará-la, somente podendo atuar mediante a violação do direito. A função do juiz, nessa concepção, seria apenas revelar o que está posto, o direito já pré-dado ou, de outro lado, o resultado da decisão do juiz é sempre o direito. Tem-se aí os dois extremos das arbitrariedades resultantes de uma perspectiva normativista ou de uma concepção meramente procedimentalista (funcionalista) do direito. Ambas

³⁶ Sobre a burocratização weberiana e a burocratização arendtiana ver Owen Fiss.

³⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. Racionalismo e tutela preventiva. In: _____. Sentença e coisa julgada, op. cit., p.265.

merecem ser refutadas para que se possa ter uma “mentalidade alargada” acerca da função judicial.

Se a função do juiz é descobrir a vontade da lei para só então aplicá-la ao caso concreto, então não se imagina possível que o juiz trate sobre fatos ainda não ocorridos, sobre um direito ainda não violado. A compreensão da tutela preventiva no direito processual civil brasileiro parte necessariamente das mudanças iniciadas no século XX e presentes neste século que desgastaram conceitos e visões de mundo outrora utilizados como paradigmas. No entanto, o direito à segurança, à prevenção faz parte da história do direito e da história das instituições processuais.

As antigas imagens construídas ao longo da história no que diz respeito ao Estado, à jurisdição, ao direito material e ao direito processual transformaram-se, redefiniram-se e redimensionaram-se na modernidade. Vivencia-se, hoje, o declínio de velhos paradigmas estatais e a insuficiência/ineficiência da ciência jurídica ante a complexidade social.

Emerge, assim, a necessidade de encontrar um novo paradigma que não incorpore no seu discurso qualquer forma de dogmatismo e de autoridade. Faz-se imprescindível questionar a estrutura do sistema processual civil na tradição romano-canônica, sobretudo, no cenário nacional após a emergência da Constituição e do paradigma do Estado Democrático de Direito. A crise do sistema processual é, portanto, um problema estrutural e não funcional, fruto do racionalismo que tiraniza a experiência judiciária, conforme já anunciado por Baptista da Silva.

Esse problema estrutural do sistema processual brasileiro guarda raízes na concepção de jurisdição moderna que acabou por distanciar-se da compreensão que se tinha da *jurisdictio* romana bem como na autonomização do direito processual responsável pela ocultação das pretensões e das ações de direito material. Assim, o processo civil, tal qual no século XIX, considerado como ciência, não sofreu o impacto de toda a filosofia da segunda metade do século XX e formou-se um hiato entre o direito e a práxis.

É exatamente esse o contexto da humanidade atual: um tempo de mudanças, marcado pela tentativa de superar o paradigma racionalista iluminista e de revisar a racionalidade jurídica.

A importância desta discussão para a compreensão e construção das tutelas preventivas e coletivas no contexto da tradição romano-canônica, por exemplo, destaca-se à medida que se pretende a transposição da racionalidade jurídica do normativismo-liberal-individualista, opondo-se às diversas modalidades de funcionalismo jurídico, bem como às concepções puramente procedimentais do direito e aos ideais liberais-iluministas. A superação destes é condição de possibilidade para que se possa pensar as tutelas preventivas e coletivas e estas, condição de possibilidade para a concretização dos direitos e para a recuperação do sentido da jurisdição. Por esta via, é possível ultrapassar a concepção reducionista do direito à legislação, bem como superar os discursos fundacionais acerca da interpretação jurídica e conduzir a jurisdição para além da função repressiva e reparatória e da perspectiva individualista, abrindo espaço para as ações (de direito material). A resposta, portanto, virá através dos princípios pela via da compreensão hermenêutica, corroborando a afirmação de que se está diante de um problema hermenêutico (compreensão) e não de um problema analítico-procedimental. Há, portanto, que se transformar o direito em um saber prático, rompendo com a objetificação dos textos legais.

A convocação dos juristas para lidar com a realidade e a sua formação eminentemente dogmática dos juristas causa o acirramento desta situação problemática, revelando o hiato que existe entre o discurso e a prática do direito.³⁸ As respostas do direito não são obtidas mediante experiências laboratoriais ou mediante pronunciamentos universais.

O modelo objetificante do direito e da jurisdição de perfil eminentemente repressivo (e declaratório) e o núcleo de resistência oferecido pelo direito processual civil às mudanças estruturais guarda suas raízes naquele contexto

³⁸ Por certo uma análise aprofundada da situação problemática do direito, com a investigação de todos os fatores culturais, nos limites desta pesquisa, poderia levar ao distanciamento dos objetivos deste ensaio. No entanto, algumas perspectivas são assumidas como ponto de partida.

histórico-ideológico já exposto (racionalismo, individualismo, filosofias liberais, direito romano tardio) e na compreensão que a modernidade fez da memória do direito, vivendo um eterno presente. Ocorre que a complexidade social, a emergência de novos direitos (especialmente a partir do período do segundo pós-guerra e da abertura democrática dos Estados), a (não) realização dos direitos e a intensificação do fenômeno da globalização, temperados pela crise paradigmática, provocam um verdadeiro abismo entre o pensamento jurídico (pretensamente) moderno e a realidade social. São os contornos da situação problemática do direito que emergem, cujas raízes estão na crise da razão moderna (na irracionalidade do racionalismo).

As soluções para a celeuma que encobre a realização do direito não se resume a um simples ajuste legislativo. Uma superação de paradigmas se faz imprescindível e, igualmente, a compreensão da dimensão histórica e cultural do direito.

Por certo, o Estado ocupa importante lugar em relação ao Direito, mas a coincidência tendencial entre a estadualidade e a juridicidade é historicamente acidental e não essencial, como registra Pinto Bronze.³⁹ “A equiparação entre a ordem normativa do direito e a ordem política do Estado não é, portanto, exacta”. Desse modo, parece correto afirmar (a) que direito e Estado não necessariamente se identificam, (b) que o direito não é exclusivamente criado pelo Estado e ainda (c) que o poder político do Estado não é o fundamento da ordem jurídica – é a juridicidade que fundamenta materialmente o Estado. Assim, direito e Estado distinguem-se culturalmente, possuindo histórias diferentes. O Estado é uma ‘invenção’ recente, tendo nascido na modernidade!⁴⁰

Discutir a crise do direito e da jurisdição contribui para uma releitura do direito processual civil visando ao desvelamento da função jurisdicional preventiva, ou

³⁹ BRONZE, Fernando José Pinto. **Lições de introdução ao direito**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 158.

⁴⁰ Nesse sentido, ver: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência política e teoria do estado**, op. cit.; HELLER, Herman. **Teoria del estado**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1990; AYUSO TORRES, Miguel. **¿Después del Leviathan?** Sobre el estado y su signo. Madrid: Speiro, 1996; ____ **¿Ocaso o eclipse del Estado?** Las transformaciones del derecho público en la era de la globalización. Madrid: Marcial Pons, 2005.

seja, para a construção das tutelas preventivas, não enquanto preocupação dogmática, mas enquanto superação de uma dogmática que preocupa e não atende a um futuro possível. Em tempos de “novos direitos” não se pode mais ocultar o tempo como fonte do direito e, nessa perspectiva, não se pode falar em promoção e proteção de direitos fundamentais e consolidação de um Estado Democrático de Direito, sem uma refundação do direito processual.

Desde o último século, em especial a partir do segundo pós-guerra, é flagrante um enorme e diversificado esforço intelectual de reflexão sobre as características e as implicações dos fenômenos e das transformações que se processam no âmbito das sociedades humanas e, especialmente, no âmbito do direito. A constatação de que as mudanças e os novos problemas vividos pela humanidade indicam uma situação histórica sem precedentes, desenhando a moldura de uma crise inédita, tornou-se praticamente um lugar-comum⁴¹ tanto para o senso comum como para o senso crítico. Assim, uma compreensão desta memória cultivada e de um futuro projetado permite deslocar o olhar e pensar, quiçá, outra(s) via(s) de cura para a atual problemática jurídico-jurisdicional, em especial no que se refere ao direito processual.

O pensamento filosófico ocidental delineou a Jurisdição e o Direito Processual modernos. A força do paradigma racionalista, com o respaldo da firme presença do princípio da separação dos poderes, do normativismo-legalista e dos ideais liberais-iluministas, revela o perfil da ciência jurídica e a sua resistência para

⁴¹ Sabe-se da ambiguidade do sentido da expressão “lugar-comum”, eis que atualmente desvinculou-se de seu sentido original para indicar a trivialização do discurso ou uma fórmula banalizada e repetida gasta pelo uso. Seu sentido original, utilizado pela retórica clássica como fonte de argumento, é desconsiderado pelo uso moderno. Assim, pretende-se criticar o discurso que faz da “crise” do modelo de direito e de jurisdição um discurso banal, trivial e utilizar a construção desta mesma crise, como um discurso eficaz para a compreensão da problemática jurídica-jurisdicional contemporânea. A reflexão sobre a crise consiste não na retomada de um discurso já batido, desgastado, mas na retomada de elementos constitutivos da atual problemática jurídico-jurisdicional, carregada de sentido. Se, de fato, a crise do modelo de racionalidade para o direito e a jurisdição fosse um discurso desgastado, perder-se-ia o interesse. No entanto, ela marca a individualidade de um discurso. Portanto, quando se diz que as mudanças e os novos problemas vividos pela humanidade indicam uma situação histórica sem precedentes tornou-se um lugar-comum, quer-se sinalizar um ponto de partida (lugar-comum) para a formulação de uma análise individual (lugar-especial), conforme distinção feita por Roland Barthes e Jean-Louis Bouttes: “originariamente, os lugares são formas privadas de sentido, mas que servem para se encontrar sentido”, sem, contudo, escorregar-se para um lugar-nenhum (“Luogo comune”, **Enciclopédia**, vol 8, Torino: Einaudi, 1979).

conceber tutela que tenha natureza puramente preventiva, para além da função ressarcitória, reparadora e repressiva, voltada eminentemente à atuação de direitos privados violados. Não há dúvidas de que tal resistência denuncia a distância abissal entre dizer o direito e fazer o direito, ou seja, entre a dogmática jurídica e a práxis jurídica, tão insistentemente denunciada por Baptista da Silva.⁴²

As reformas processuais não raro comprovam a força de uma ciência processual moderna e de seus compromissos. Há que se ir além para compreender o seu núcleo de resistência, bem como os alicerces sobre os quais estão construídos o poder judicial e o direito processual para, só então, refletir sobre as condições de possibilidades para a realização do direito e recuperação de seu sentido.

Só a partir da superação de um modelo de (re)produção do direito/lei será possível ultrapassar a concepção de uma jurisdição eminentemente repressiva e individualista, voltada para a reparabilidade (e patrimonialidade) dos direitos.

A crise de que se fala é uma crise que, na perspectiva de Antonio Castanheira Neves,⁴³ “não traduz apenas o aspecto negativo circunstancial, a quebra anômica que se sofre e lamenta, mas, sobretudo, a consumação histórico-cultural de um sistema, a perda contextual de sentido das referências até então regulativas – o paradigma que vigorava esgotou-se, um novo paradigma se exige”. Exatamente por isso uma perspectiva do contexto filosófico e de alguns aspectos da história do pensamento jurídico são imprescindíveis para uma reflexão crítica (e autônoma) da crise do direito e da jurisdição, vez que não há como superar a crise sem crítica.⁴⁴ Abdicar deste olhar é esquecer que o caminho é tão

⁴² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista, op. cit.

⁴³ CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: **Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra**, op. cit., p. 2.

⁴⁴ Ver que não se trata de uma qualquer crítica, mas de uma crítica a partir do direito como ciência da compreensão e não como ciência da explicação. É preciso registrar que a própria crítica à dogmática jurídica está em crise (é a crítica em crise) na medida em que falar em crise do direito, em crises de paradigmas é, muitas vezes, um exemplo de retórica vazia. Não é difícil, hoje, testemunhar a “crítica pela crítica”, flagrar uma crítica que prega a inovação, mas não consegue inovar-se. Na verdade, como já alerta Michael Moore, os modismos intelectuais são como metáforas, tem um ciclo vital simples, nascem de novos discernimentos a respeito de uma similaridade despercebida, definham com o uso excessivo e morrem quando se tornam tão

ESPÍNDOLA, Angela Araujo da Silveira. A refundação da jurisdição e a concretização dos direitos fundamentais. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

importante quanto a chegada, é permitir que o sentido do direito se oculte diante da reprodução de sentido: um passado que se esvai, um presente que se transforma em repetição vazia e um futuro que se restringe (esta é a caricatura da dogmática do direito).

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AYUSO TORRES, Miguel. **¿Ocaso o eclipse del Estado?** Las transformaciones del derecho público en la era de la globalización. Madrid: Marcial Pons, 2005.

_____, Miguel. **¿Después del Leviathan?** Sobre el estado y su signo. Madrid: Speiro, 1996;

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. A *jurisdictio* romana e a jurisdição moderna. In: _____. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008

_____, Ovídio Araujo. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007

_____, Ovídio Araujo. Prefácio à obra MACHADO, Fabio Cardoso. **Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2004, p. XV.

_____, Ovídio Araujo. Processo de conhecimento e procedimentos especiais. In: _____. **Da sentença liminar à nulidade da sentença**, 2000.

_____, Ovídio Araujo. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BRONZE, Fernando José Pinto. **Lições de introdução ao direito**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2006

CASTANHEIRA NEVES, António. A revolução e o direito. In: **Digesta**, v. 1. Coimbra: Coimbra, 1995

_____, António. Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema": os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: **Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra**, 2000;

familiares que passam a ser tratadas como sentidos estabelecidos das palavras. Assim, ainda que possam iniciar a vida frescos e cheios de promessas, acabam por tornar-se os gastos contrapontos de um jargão que impede o discernimento em vez de transmiti-lo (MOORE, Michael S. Interpretando e interpretação. In: MARMOR, Andrei. **Direito e interpretação**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 03-04).

ESPÍNDOLA, Angela Araujo da Silveira. A refundação da jurisdição e a concretização dos direitos fundamentais. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

CLAUS, Ben-Hur Silveira. A ordinarização do procedimento: uma herança do racionalismo sob interrogação. In: AUGUSTIN, Sérgio (Org.). **A teoria e a prática dos saberes do cotidiano**. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2005, p.27-39.

D'ORS, Álvaro. **Derecho privado romano**. Pamplona: EUNSA, 1997;

DAMASKA, Mirjan R. **The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process**. Yale: University Press, 2005.

_____. **Las caras de la justicia y el poder del estado: análisis comparado del proceso legal**. Santiago de Chile: Editorial Juridica del Chile, 2000

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. OST, François.

ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira A refundação da ciência processual e a defesa das garantias constitucionais: o neoconstitucionalismo e o direito processual como um tempo e um lugar possíveis para a concretização dos direitos fundamentais In: **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos.1 ed.Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2010, v.7, p. 47-64.

FERRAJOLI, Luigi. "Pasado y futuro del Estado de derecho". In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

_____. "Pasado y futuro del Estado de derecho". In: **Revista Internacional de Filosofía Política**, n. 17, Madrid, 2001, p. 31-46.

FISS, Owen. **The forms of justice**. Harvard Law Review, v. 93, 1979.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003

HELLER, Herman. **Teoria del estado**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1990

HESPANHA, António Manuel. **História das instituições: época medieval e moderna**. Coimbra: Almedina, 1982.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Safe, 1991.

KASER, Max. **Direito romano privado**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.

KERCHOVE, Michel Van de. **De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit**. Bruxelles: Publications Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002.

ESPÍNDOLA, Angela Araujo da Silveira. A refundação da jurisdição e a concretização dos direitos fundamentais. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

MACEDO, Elaine Harzheim. **Jurisdição e processo**: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MOORE, Michael S. Interpretando e interpretação. In: MARMOR, Andrei. **Direito e interpretação**. São Paulo: Martins Fontes, 2004

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. v. I. 13. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2002;

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas, 2. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 2. ed. rev e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência política e teoria do estado**, op. cit.;

TOYNBEE, Arnold J. **O desafio do nosso tempo**. Rio de Janeiro: Zahar, 1968.