

O SISTEMA PROCESSUAL CIVIL COMO INSTRUMENTO DE DOMINAÇÃO DA ELITE JUDICIÁRIA.

El sistema procesal civil como instrumento de dominación de la elite
judicial.

Flávio Luís de Oliveira*

Introdução.

No âmbito do direito processual constitucional, a tutela constitucional do processo, assentada em dois pilares estruturais: o acesso à justiça e o devido processo legal, tem por fim assegurar a conformação dos institutos processuais aos valores constitucionais. Assim, a tutela jurisdicional deve realizar os direitos dos cidadãos e o princípio do acesso à justiça, insculpido no artigo 5º, incisos XXXV e LXXVIII, da Constituição Federal, constitui a principal garantia da satisfação destes direitos visando à realização dos fins do Estado.

* Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Coordenador Acadêmico do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Centro Universitário de Bauru/SP, mantido pela Instituição Toledo de Ensino - ITE. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Centro Universitário de Bauru/SP, mantido pela Instituição Toledo de Ensino - ITE. Membro do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. Membro do Centro de Estudos Avançados de Processo - CEAPRO. Consultor *Ad Hoc* da Capes - Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Advogado. flavioluis@terra.com.br

Logo, essa realidade normativa impõe a construção de procedimentos adequados às peculiaridades do direito material, bem como a materialização de ações fáticas no sentido de se observar o fundamento da República, qual seja, a dignidade humana, nos exatos termos do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. No âmbito da atuação do Poder jurisdicional, a consagração deste fundamento enseja a releitura de vários conceitos tidos como estanques, a fim de ensejar a inclusão social com base nos valores do Estado Democrático de Direito. Para tanto, o instrumento da Jurisdição, ou seja, o processo, não pode descurar do direito à técnica processual diferenciada e ao procedimento adequado. Nesse contexto, os procedimentos especiais, na sistemática do revogado Código de Processo Civil de 1973, foram construídos sob a perspectiva que o juízo de conformação e adequação do direito material ao processo constituía tarefa tão somente do legislador. Portanto, operava-se no campo da abstração, em um ambiente propício tão somente às reflexões acerca do Acesso ao Judiciário.

Aspecto relevante e, sobretudo, paradoxal, residia no fato que se justificava a construção dos procedimentos especiais, dentre outros, nas características do direito material que se pretendia tutelar de forma diferenciada, em contraposição ao rito comum, na espécie ‘ordinário’, em todos os sentidos. Curioso que a maioria dos procedimentos especiais foram construídos sob a ótica patrimonial, ou seja, aptos a tutelar de forma eficaz os direitos de conteúdo econômico. Daí resultava o paradoxo discursivo, agravado pela construção dos títulos executivos extrajudiciais, embora fundantes para a segurança das relações jurídicas, comprometidos com as obrigações de pagar quantia certa e não necessariamente com as obrigações de fazer ou não fazer; vale dizer, com a tutela ‘ter’ e não com a tutela do ‘ser’.

Nessa conjuntura, o Código de Processo Civil revogado servia como instrumento de dominação da elite econômica. Esse cenário começa a se alterar, em certa medida, com as reformas processuais materializadas pelas leis 8.952/1994; 10.444/2002 e 11.232/2005. De fato, as técnicas processuais, até então exclusivas dos ritos especiais, foram incorporadas ao procedimento comum mediante cláusulas gerais, num movimento migratório que possibilitou utilizá-las em todas as situações que se mostravam adequadas e eficazes, independentemente da ‘categoria’ do direito, bem como daquele que o titulava.

A partir desse momento, o juízo de adequação e aplicação de tais técnicas diferenciadas passou a ser uma atividade compartilhada entre o legislador

infraconstitucional e o órgão jurisdicional que, no momento da concretização do direito, passou a ter a opção de escolha da técnica eficaz ao caso concreto, com a possibilidade, inclusive, de fungibilizá-las diante da alteração da situação fática, sem violação às regras acerca da estabilidade da demanda. Logo, a opção válida em um primeiro momento, na perspectiva da abstração, poderia se mostrar ineficaz no campo da concretização, portanto, do Acesso à Justiça. Para tanto, vários dogmas foram superados, dentre eles, a ‘nulidade da execução sem título’, com a consequente adoção da classificação quinária das ações como corolário do direito à tutela jurisdicional na forma específica, o sincretismo do procedimento, etc.

Diante da otimização do procedimento comum (para não dizer ‘especialização’), a atuação eficaz do órgão jurisdicional passou a exigir dos magistrados uma postura reflexiva, sistêmica, não meramente subsuntiva, para a escolha e aplicação da técnica adequada as mais diversas situações de direito material. Tal fato ensejou, ainda, a conclusão de que não basta a construção abstrata de procedimentos especiais com o fito de ensejar tutelas jurisdicionais diferenciadas. Esse aspecto, por si só, não deixa de alimentar uma visão utópica da efetividade dos pronunciamentos jurisdicionais. Com a evolução do direito processual civil, constatou-se que a profusão de hipóteses de abreviação do procedimento e a limitação das matérias a serem nele deduzidas, conforme opção do legislador, não foram capazes, por si só, de alterar o cenário marcado pela ineficácia dos pronunciamentos judiciais, pois, revela-se impossível ao legislador instituir tantos procedimentos diferenciados quantas forem as necessidades do direito material carentes de tutela jurisdicional.

Por outro lado, um rito comum ‘especializado’, com a atuação comprometida daqueles que materializam as mais diversas funções essenciais à administração da justiça, revela-se apto a ensejar a tutela das mais diversas situações de direito material, levando-se em consideração as especificidades do caso concreto. Como dito, com as mencionadas reformas processuais, não se revelava mais adequado afirmar que a maioria dos procedimentos especiais eram de fato diferenciados em relação ao rito comum, pois, as características que sempre denotaram tais procedimentos deixaram de ser exclusivas com a atividade legislativa reformista. Nesse aspecto, o processo civil brasileiro se democratizou na medida em que tais técnicas passaram a estar disponíveis a todos os cidadãos de forma generalizada, o que tornou o instrumento jurisdicional apto

a contribuir para a inclusão social em razão de uma variedade de técnicas de proteção adequada a diversas espécies de interesses.

De fato, essa realidade associada à sumarização da atividade cognitiva judicial, o manejo adequado das mais diversas técnicas e medidas executivas, ainda que atípicas, constituem valioso instrumental disposto ao órgão jurisdicional a ensejar um provimento efetivo.

“Como é evidente, essa evolução da abordagem do procedimento, partindo do pressuposto de que o direito de ação não pode ficar na dependência de técnicas processuais ditadas pelo legislador de maneira uniforme para todos os casos (procedimento uniforme) ou para alguns casos específicos (procedimentos especiais), permite a constatação de que se caminha, constantemente, para a previsão de normas que abrem oportunidade à concretização de técnicas processuais em cada caso, evidenciando a possibilidade da construção da ação ou do procedimento conforme as necessidades substanciais carentes de tutela e as particularidades do caso concreto.”¹

Nesse contexto, não obstante a exposição de motivos do atual Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), vinculada à redação originária do projeto no âmbito do Senado Federal, mencionar a extinção de inúmeros procedimentos especiais, com as modificações perpetradas pela Câmara dos Deputados, tais procedimentos diferenciados foram mantidos, sob a ótica do critério puramente legislativo. Tal paradoxo, reforça a consciência quanto à existência de direitos fundamentais processuais aos jurisdicionados, bem como, que sua efetiva implementação exige dos protagonistas das mais diversas funções essenciais à administração da justiça uma nova postura, comprometida com os postulados constitucionais e não apenas eventual reforma legislativa.

Logo, há necessidade de analisarmos as mutações do ordenamento jurídico processual através do método interdisciplinar, sob a perspectiva constitucional, tarefa que não se revela fácil, mas que traduz o caminho a ser palmilhado pelo jurista preocupado com o confinamento teórico e científico do Direito.

Outrossim, revela-se curial investigar a própria atuação da Cúpula do Poder Judiciário, inclusive, na efetivação de políticas públicas, com o necessário respeito aos direitos fundamentais, diante do fracasso das demais funções estatais.

¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil. *Tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 59.

Tais ações somente serão materializadas após uma profunda reforma ideológica.

2. Breve análise histórica dos Direitos Fundamentais e os reflexos na implementação de Políticas Públicas.

A primeira dimensão de direitos fundamentais tinha como característica básica a exigência de abstenção por parte do Estado, com o fim de afastar os efeitos nefastos do absolutismo imperialista, protegendo, assim, o cidadão em face do poder estatal.

Já está sedimentado que “com a experiência absolutista, os poderes públicos e, em primeiro lugar, a Administração, eram os inimigos potenciais das recém-conquistadas liberdades; daí surgindo a ideia de autolimitação do Estado”².

Em razão disto, surgem os chamados direitos civis e políticos que têm a finalidade precípua de resguardar o valor liberdade, invocando a não intervenção estatal na vida privada. São geradas as denominadas Constituições Liberais Defensivas, “orientadas para a defesa da liberdade social e para a rígida separação entre Estado e sociedade civil”³.

Neste aspecto, são direitos com “marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual”⁴.

Frutos de um Estado Liberal, estes direitos, também designados como civis e políticos, apontavam para uma mínima interferência do Estado liberal-burguês nas atividades econômicas e sociais, de modo que vigia a supremacia dos objetivos do capitalismo, a plena liberdade contratual, a propriedade como direito absoluto, a

² VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004. p. 36.

³ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra as omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 31.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 50.

ocupação de cargos e funções públicas apenas por homens, entre outras⁵.

De fato, esta sociedade liberal pregava o oferecimento ao homem da garantia de igualdade de todos perante a lei. Entretanto, por se tratar de uma isonomia meramente formal, ela “revelou-se uma pomposa inutilidade para a legião crescente de trabalhadores, compelidos a se empregarem nas empresas capitalistas”⁶.

Assim, tem-se que, “na concepção liberal clássica, os direitos fundamentais estão caracterizados como normas públicas, positivadas na Constituição, de defesa da esfera privada contra ações do Estado”⁷.

Em razão deste sistema liberal, conduziu-se o ser humano “a um capitalismo desumano e escravizador”⁸, tendo em vista que patrões e empregados eram iguais perante a lei, podendo contratar da forma que melhor lhes aprouvesse, “com inteira liberdade para estipular o salário e as demais condições de trabalho”⁹.

Diante de tal situação e almejando a estruturação de uma igualdade material, levando em consideração as evidentes diferenças existentes entre cada ser humano, surgem os direitos de segunda dimensão no sentido que as pessoas devem ser tratadas de maneira igual, mas sempre levando em conta as desigualdades que as envolvem, ou seja, “devendo tratar-se por igual o que é igual e desigualmente o que é desigual”¹⁰.

Por conta da extrema liberdade contratual assegurada pelo Estado Liberal, o ser humano teve excluído o seu direito à dignidade. Note-se que “as condições de trabalho nas fábricas, minas e outros empreendimentos eram extremamente ruins, tanto para o corpo como para o espírito. Nada impedia o trabalho de mulheres e crianças em condições insalubres”¹¹, visto que, o que importava, era a busca pelo capital.

Em razão da flagrante crise do modelo liberal estatal, surge a necessidade dos direitos fundamentais sociais, que emergiram com o fito de proteger o grupo social e não apenas o cidadão, de modo que outorgam a este o direito de exigir do Estado a

⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. A luta pelos direitos humanos. In: LOURENÇO, Maria Cecília França. *Direitos humanos em dissertações e teses da USP: 1934-1999*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1999. p. 35.

⁶ COMPARATO, *op. cit.*, p. 52.

⁷ VALE, *op. cit.*, p. 40.

⁸ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direitos humanos: sua história, sua garantia e a questão da indivisibilidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 27.

⁹ COMPARATO, *op. cit.*, p. 52.

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 390.

¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 43.

implementação de determinadas políticas públicas com o fim de se alcançar a igualdade substancial entre as pessoas, já que a igualdade formal, garantida pela primeira dimensão de direitos, mostrou-se insuficiente.

Dessa forma, se antes o Estado tinha como proeminente o Poder Legislativo, que produzia dispositivos legais que tinham o condão de proteger o cidadão contra as arbitrariedades estatais, no Estado Social é o Poder Executivo que sobressai, pois tem que concretizar as políticas responsáveis por alcançar a igualdade material entre os cidadãos.

Assim, “com pressões advindas da sociedade, principalmente dos novos movimentos sociais (operários em sua maioria), o Estado se viu na necessidade de assumir uma nova feição”¹².

No entanto, esta nova feição estatal não faz com que os direitos de igualdade se contraponham aos direitos de liberdade, visto que ambas as categorias se complementam. Esta complementação compreende tudo, “inclusive os valores materiais e espirituais, que cada homem julgue necessário para a expansão de sua personalidade”¹³.

Logo, para se promover esta garantia primordial, destacam-se os direitos fundamentais, tanto individuais como sociais; difusos e coletivos, pois, caracterizam o “núcleo essencial intangível”¹⁴, ou seja, a dignidade da pessoa humana.

Em razão disto, no final do século XIX e, principalmente, no século XX, surgem nos ordenamentos jurídicos normas tendentes à proteção da pessoa mediante a ação estatal.

Apesar da existência de preocupações sociais presentes nas primeiras declarações de direitos e até mesmo na Constituição brasileira de 1824, que garantiam os “socorros públicos” e a “instrução”¹⁵, o marco histórico legislativo de proteção dos direitos sociais foi o ano de 1848, com dois grandes textos jurídicos que, apesar da vida

¹² HONESKO, Vinícius Nicastro. A alopoiese nos sistemas jurídicos dos países periféricos. *UNOPAR Científica – Ciências Jurídicas e Empresariais*. Londrina: Universidade Norte do Paraná, v. 5, p. 5-10, mar.2004. p. 5.

¹³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995. p.20.

¹⁴ A denominação “núcleo essencial intangível” dos direitos fundamentais é consagrada pela doutrina constitucional alemã ao tomar por base o art. 19, II, da Lei Fundamental Alemã (Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: RCS Editora, 2005. p. 62).

¹⁵ Cf. FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 45.

efêmera, “marcaram a história dos direitos com a incorporação de demandas socializantes”¹⁶, importa dizer, a Constituição Francesa, revogada com o golpe de Bonaparte em 1851 e a de Frankfurt, revogada em 1849.

A despeito disto, doutrinariamente, tem-se que a proteção normativa direta se iniciou com a Constituição Francesa de 1848, fruto da revolta de Paris com vistas à derrubada do rei e que acabou por instituir os “deveres sociais do Estado para com a classe trabalhadora e os necessitados em geral”¹⁷, o que, mais tarde, viria a ser o denominado Estado do Bem Estar Social.

Entretanto, sua efetiva consagração se deu nas Constituições Mexicana, de 1917, e Alemã, de 1919, além, ainda, do Tratado de Versalhes que estabeleceu a Constituição da OIT – Organização Internacional do Trabalho.

A Constituição Mexicana, de 1917, “foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos”¹⁸, o que na Europa só veio a acontecer ao final da Primeira Guerra Mundial (1914-1918), com a Constituição de Weimar, instituidora da primeira república alemã.

“O exame do texto mexicano e weimarista mostra uma visão aproximada sobre o sistema de direitos, tanto ao reafirmarem os direitos clássicos de liberdade, quanto ao mostrarem sensibilidade com a igualdade substantiva pela ênfase que destacam às demandas das classes trabalhadoras, à funcionalização da propriedade e ao caráter prestacional do Estado, sobretudo em matéria de educação.”¹⁹

Registre-se que, entre estas duas constituições, ocorreu a Revolução Russa, que proclamou a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado que, “na verdade, não enuncia direitos, mas sim princípios, como o da abolição da propriedade privada da terra, o confisco dos bancos, a colocação das empresas sob o controle dos trabalhadores (isto é, do partido), etc.”²⁰.

Na sequência, vários textos legislativos e constitucionais, em função do clamor

¹⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 213.

¹⁷ COMPARATO, *op. cit.*, p. 166.

¹⁸ *Id.*, *ibid.*, p. 174.

¹⁹ SAMPAIO, *op. cit.*, p. 219.

²⁰ FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 47.

social, foram proclamados com a previsão de normas de conteúdo social, como incremento aos direitos individuais dos cidadãos.

Neste ínterim, evidencia-se o fato de que o Estado passou a exercer uma função ativa, participando do bem-estar social, pois não poderia mais se omitir diante dos problemas socioeconômicos. “Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado”²¹.

Para tanto, eram necessários direitos que garantissem ao Estado um comportamento ativo para a efetiva realização do valor igualdade. Assim, aqui estão inseridos direitos relativos a prestações sociais estatais, “como o direito ao trabalho, à saúde, à educação”²².

É neste contexto que “os poderes públicos assumem novas responsabilidades, comprometendo-se a intervir ativamente na ordenação das relações sociais, de modo a que se ajustem, na medida do possível, aos valores consagrados na Constituição”²³.

Constroem-se as Constituições Sociais ou, como prefere José Joaquim Gomes Canotilho²⁴, as Constituições Dirigentes, em que “a igualdade procurada é a igualdade material, não mais perante a lei, mas por meio da lei”²⁵.

*A força dirigente e determinante dos direitos a prestações (econômicos, sociais e culturais) inverte, desde logo, o objecto (sic) clássico da pretensão jurídica fundada num direito subjectivo (sic): de uma pretensão de omissão dos poderes públicos (direito a exigir que o Estado se abstenha de interferir nos direitos, liberdades e garantias) transita-se para uma proibição de omissão (direito a exigir que o Estado intervenha activamente (sic) no sentido de assegurar prestações aos cidadãos)*²⁶.

Desse modo, os direitos sociais passam a fazer parte da realidade constitucional dos Estados, estando presentes com a finalidade de possibilitar melhores condições de vida aos hipossuficientes, com o desiderato de ensejar a necessária igualdade material que, por sua vez, é apta a garantir uma adequada justiça social.

²¹ SARLET, *op. cit.*, p. 51.

²² LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 127.

²³ VALE, *op. cit.*, p. 44.

²⁴ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 365.

²⁵ PIOVESAN, *op. cit.*, p.31.

²⁶ CANOTILHO, *Constituição...*, p. 365.

Apesar da presença dos direitos sociais nos textos constitucionais modernos, frutos do segundo pós-guerra, assim como também em vários pactos internacionais, revela-se manifesto o fato que muitos deles são mais utópicos que reais, visto que a instituição dos serviços públicos tendentes a concretizá-los no plano social requer investimentos por parte do Estado.

Vale dizer, muitas vezes, os direitos e garantias fundamentais permanecem nas normas, de modo ‘simbólico’, sem a devida realização no plano concreto social, de modo que cabe ao Poder Judiciário exigir do Poder Executivo o cumprimento das disposições normativas com a finalidade de concretizar os direitos fundamentais.

Para tanto, é imprescindível que o Poder Público tome uma posição ativa no que se refere à efetivação das políticas públicas, não apenas por meio de legislação programática, mas, como agente social efetivo na implementação da igualdade substancial. Como o Poder Executivo, não raras vezes, não se mostra apto ao cumprimento de tal dever, cumpre ao Poder Judiciário preservar e cumprir os postulados constitucionais.

3. A (des)neutralização do Poder Judiciário e as limitações decorrentes do ‘novo’ Código de Processo Civil.

Como visto, a crise do Estado Liberal, provocada pela insuficiência de seus próprios fundamentos, fez emergir a questão da justiça social. Um novo conceito de igualdade passa a dar à liberdade outro valor. Assim, entende-se que o mínimo de condições materiais é pressuposto para a liberdade real, passando o Estado a objetivar a realização dos chamados direitos sociais. Nesse contexto, revela-se inolvidável que o administrador está vinculado ao cumprimento das normas de ordem social o que resulta na obrigação à implementação de políticas públicas necessárias ao efetivo exercício dos direitos sociais. Logo, não há discricionariedade a respeito da oportunidade ou conveniência da sua realização, mas somente no que diz respeito à escolha da melhor forma de cumprimento da finalidade constitucional.

Entretanto, o Estado Social de Direito, além de não ter permitido a participação efetiva do povo no processo político, não conseguiu realizar justiça social. Desta feita, o fracasso na realização de políticas públicas que viabilizem a efetiva participação e inclusão social, essenciais à dignidade humana, materializa total desrespeito aos direitos

sociais. Por tal razão, o Poder Judiciário deve assumir o papel que lhe compete na estrutura estatal. Contudo, a concretização dos direitos fundamentais sociais exige alterações nas funções clássicas dos juízes que se tornaram corresponsáveis pelas políticas dos outros Poderes estatais, tendo que orientar sua atuação para possibilitar a realização de projetos de mudança social, o que conduz à ruptura do modelo jurídico subjacente ao positivismo jurídico.

Com efeito, dentre outros aspectos, a ausência de uma concepção crítica reflexiva frente à norma contribuiu para impedir que o juiz colocasse em prática alternativas que permitissem uma interpretação democrática dos enunciados normativos. A argumentação jurídica fundada, via de regra, em aspectos lógico-formais da interpretação jurídica, impediu a influência de pontos de vista valorativos, ligados à justiça material. De fato, o positivismo jurídico formalista sempre exigiu a neutralização política do Judiciário, com juízes racionais, imparciais e neutros que aplicavam o direito legislado de maneira lógico-dedutiva.²⁷

A análise desse aspecto deve levar em consideração a importância dos deveres do Estado, pois a vinculação de todos os Poderes aos Direitos Fundamentais contém não só uma obrigatoriedade negativa do Estado de não fazer intervenções em áreas essenciais ao ser humano, mas, também, uma obrigação positiva de fazer tudo para a sua concretização. Nesse sentido, os atos emanados pelos Poderes estatais devem estar respaldados por um contexto jurídico-social, caracterizado pela nota da efetividade, no sentido plenamente material, portanto, substancial, para que, realmente, caracterize-se como um Estado Democrático de Direito. Assim sendo, urge intensificar as diversas formas de participação do ser humano no processo de decisão. Destarte, a Constituição brasileira fundou o Estado Democrático de Direito que deve concretizar a democracia de modo a efetivar um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária; envolvendo a participação crescente do povo no poder; e pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias. As audiências públicas constituem um instrumental valioso para a consecução de tal mister.

Quando isto não acontece de forma natural, seja por omissão do Poder Legislativo, que não exerce sua função quando deveria fazê-lo, seja quando o Poder Executivo não se desincumbe de suas obrigações, nasce para o Judiciário o dever de

²⁷ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 185.

fazê-lo, exercendo exatamente a sua própria função, de fazer cumprir as normas. Para tanto, a democratização da administração da justiça é uma dimensão fundamental da democratização da vida social, econômica e política. Esta democratização, portanto, não se deve limitar à constituição interna do processo e do procedimento, ainda que decorrentes da edição de um ‘novo’ código de processo civil, pois, apesar de amplas, têm limites óbvios. Com efeito, o Poder Judiciário deve estar apto e comprometido a eliminar os obstáculos econômicos, sociais e culturais inerentes às diferentes classes ou estratos sociais, de modo a ensejar a concretização dos direitos sociais²⁸.

Vale dizer, tais reformas, embora possam ser tidas como um avanço sob determinada perspectiva, dependerão de juristas efetivamente preparados nos bancos das Universidades brasileiras, ainda impregnadas pelo dogmatismo e pelo viés informativo e não reflexivo dos institutos jurídicos. Assim, sob os influxos do ideal da celeridade, o sistema tende a se transformar em um perigoso mecanismo de aceleração de ‘reprodução de desigualdades’, estampada na realidade social e, em alguns casos, no próprio direito material, fruto da produção intelectual humana, falível por excelência. Em face disto, os juízes devem ser criativos, pois a “criatividade poderá contribuir para o alargamento do controle judicial e o avanço da concretização da Constituição”²⁹, podendo, então, suprir as omissões dos outros Poderes. Desse modo, o que se reclama do Poder Judiciário “é uma atuação política que orientada pelo texto constitucional se legitima fundamentalmente pela concretização de objetivos e metas previamente traçadas”³⁰; não precisa se lhe atribuir “o poder de criar políticas públicas, mas tão-só de impor a execução daquelas já estabelecidas nas leis constitucional ou ordinárias”³¹.

De fato, a racionalidade inerente ao Estado Liberal, resultante da “dogmatização de princípios como os da imparcialidade política e da neutralidade axiológica”³², revela um descompasso com a realidade. O ideal seria a efetiva participação democrática na eleição de prioridades e a sua conseqüente efetivação, a fim

²⁸ Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 3. edição. São Paulo: Cortez, 1997. p. 177.

²⁹ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 83.

³⁰ TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Controle judicial de políticas públicas. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional (Anais do IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional)*. Curitiba: ABDConst. n. 3, p. 185-194, 2003. p. 304.

³¹ KRELL, *op. cit.*, p. 94.

³² FARIA, José Eduardo. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça* (organizador). São Paulo: Malheiros, 2002. p. 53.

de evitar, inclusive, a judicialização de políticas públicas, bem como os conflitos distributivos entre os jurisdicionados e, em algumas situações, entre os estados da federação. O tão sonhado ‘estado fisiológico’; mas, a realidade nos aponta outro cenário. Com efeito, a concepção meramente formalista da interpretação jurídica reflete a necessidade de se repensar a função clássica dos juízes à luz das exigências decorrentes da Justiça Distributiva. Urge, assim, difundir a responsabilidade social prospectiva do magistrado no âmbito de uma sociedade profundamente estigmatizada pelas contradições econômicas, pelos antagonismos sociais e pelos paradoxos políticos.

Portanto, os postulados constitucionais e a realidade social ‘impõem’ um Judiciário ‘intervencionista’ capaz de exigir a consecução de políticas sociais eficientes, vinculado às diretrizes constitucionais. Em suma, torna-se necessária uma mudança de paradigmas de modo a ensejar ao Poder Judiciário a percepção da sua posição e função no Estado Democrático de Direito. Embora a conceituação clássica da divisão dos poderes tenha exposto o Judiciário à resoluta função de decidibilidade dos conflitos segundo os métodos de aplicação do Direito dogmatizado e pragmático, o que o relegou a uma posição passiva prostrada à conjuntura normativa, a desneutralização em busca da efetividade dos direitos fundamentais sociais importa, além dessa relevante conquista, na conscientização do juiz no sentido de avançar sobre um conceito de justiça mais amplo que a mera regência jurisdicional pela batuta legalista, afastando-se da ‘legolatria’, evitando-se, por fim, ser tido como a mera ‘boca da lei’.

É sensitivo que o ordenamento jurídico, por ter adotado uma feição que contemplou os interesses capitalistas, desenhou o Poder Judiciário dentro de um contexto que privilegiou os interesses patrimoniais como se verificou no formato dos revogados Código Civil de 1916, bem como no Código de Processo Civil de 1973. Atualmente, o ordenamento, sob os influxos dos anseios neoliberais, deixa transparecer nitidamente sua preocupação com a distribuição veloz da justiça. Há uma inequívoca neurose e predisposição em entregar ao Poder Judiciário mecanismos que possibilitem a obtenção de soluções rápidas para os litígios que lhes são trazidos. A racionalidade jurídica e a preocupação com os anseios de justiça, desse modo, cedem lugar à celeridade. É intuitivo que o Poder Judiciário está sendo alimentado por mecanismos que o tornem rápido, sem que, no entanto, seja observado que o preço dessa celeridade é a frustração da justiça e o sepultamento dos direitos fundamentais sociais.

Há, nesse passo, um contragolpe na desneutralização do próprio Poder

Judiciário na medida em que a velocidade torna a jurisdição mecânica (neutra), como se a distribuição da justiça dependesse do acionamento da tecla ‘copiar/colar’. Dentre outros, a redução dos precedentes às súmulas, a sua indevida equiparação e a consequente aplicação distorcida do *stare decisis* é um reflexo desta patologia.

Abandonar essa tendência direcionada à velocidade parece constituir desafio fundamental para a efetiva desneutralização do Poder Judiciário. Como dito, embora salutar, não basta a mera disponibilização de técnicas eficazes no sistema processual, pois, além de um déficit em relação à formação dos juristas, muitas vezes incapazes de interpretar o sistema à luz dos postulados hermenêuticos, de identificarem a técnica adequada a ser empregada, ou, a necessidade de sua substituição/fungibilização, dentre outros, há um concatenado discurso precedentalista diante de uma realidade sumular, imposta verticalmente, o que enseja decisões com baixa densidade argumentativa, não raras vezes carentes da devida fundamentação, o que nos impele a refletir acerca da efetiva aplicação do artigo 489, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil.

A esperada ‘desneutralização’, como dito, evidenciada pela possibilidade da construção da ação ou do procedimento conforme as necessidades substanciais carentes de tutela e as particularidades do caso concreto, o que exige um Juiz além de preparado, comprometido com os postulados constitucionais, restou frustrada na medida em que o ideal absolutista da celeridade impõe decisões calcadas em enunciados normativos que não necessariamente representam a decisão justa ou o precedente adequado. A baixa carga hermenêutica desaparece; não há mais interpretação, reflexão, argumentação. Há, sim, subsunção à súmula. Ora por comodismo, ora por acúmulo de trabalho, o magistrado não passa de mera ‘boca da súmula. A ‘legolatria’ dá espaço à ‘sumulatria’.

Frise-se, não obstante as reformas processuais, o Poder Judiciário na instância inicial e ordinária continua neutro, para não dizer ‘neutralizado’. Antes, a mera aplicação da lei, fruto da atividade, observadas as regras do processo legislativo constitucional, do Poder Legislativo e Executivo. Agora, a mera aplicação da súmula, fruto do Poder Judiciário. Antes das reformas processuais civis iniciadas no final do século passado, como dito, o legislador construía procedimentos e indicava a técnica processual a ser aplicada à determinada situação de direito material, invariavelmente de cunho patrimonial. Agora, a cúpula do Poder Judiciário (11 ministros do Supremo Tribunal Federal e 33 ministros do Superior Tribunal de Justiça), através das súmulas ditam as técnicas e a solução abstrata para os casos concretos que julgam relevantes. A

base do Poder Judiciário continua ‘neutra’, quiçá com certa discricionariedade na escolha e opção de técnicas para casos simples, não relevantes. Para os casos relevantes, por outro lado, vale-se da solução resumida contida no enunciado sumular. Tais enunciados, muitas vezes, revelam-se desconectados com os precedentes que lhe deram origem, outras vezes, pela irretorquível limitação na redação, não se revelam adequados ao caso concreto.

Por óbvio que, se o legislador não se posiciona na defesa dos direitos fundamentais, cabe ao magistrado adotar uma postura prospectiva, diante da sua responsabilidade finalística, o que, por evidência, não se confunde com a faculdade de adotar esse padrão dito ‘desneutralizado’. Vale dizer, assim como as mais variadas técnicas dispostas no sistema processual não podem constituir um ‘fim em si mesmo’, o sistema processual não pode estar comprometido apenas e tão somente com a celeridade, embora o ‘discurso’ seja da segurança jurídica, previsibilidade e igualdade nas decisões.

Tais postulados principiológicos somente seriam materializados se o sistema brasileiro fosse realmente calcado na comunhão entre o precedentalismo, conforme suas raízes históricas, e o procedimentalismo otimizado. A nossa realidade não é essa. Ainda que não se possa negar a existência das súmulas diante da previsão constitucional, o processo de construção, ao que tudo indica, ocorre às avessas: ao invés de o precedente informar a edição da súmula, que deveria ser tida como ‘ponto de partida’ na pesquisa hermenêutica inerente à formatação da decisão fundante; a conveniência na edição de eventual súmula exige a busca de precedentes que aparentemente a justifique, o que explica, não raras vezes, o fato de a súmula não contemplar todos os motivos determinantes do precedente, construídos sob o pálio do contraditório e da ampla defesa, ou, o mais grave, dele se desgarrar por completo.

Nessa linha, no processo de construção de igualdade e de consolidação de cidadania, revela-se essencial a reflexão acerca das estruturas e técnicas necessárias a ensejar a operacionalização de um modelo jurisdicional que viabilize o efetivo acesso aos direitos abstratamente proclamados pela Constituição Federal. Para tanto, revela-se fundamental a ‘abertura’ em relação ao processo hermenêutico e, por consequência, aos meios e técnicas processuais a ensejar a efetividade dos pronunciamentos judiciais. Portanto, tal visão em relação ao sistema jurídico-processual contribuirá para a consagração da democracia na perspectiva material, não meramente representativa de

uma maioria legislativa eventual, tampouco, da restrita cúpula do Poder Judiciário.

Desta feita, da análise e enfrentamento dessas questões poderá resultar certa fratura ideológica que pode ter repercussões organizativas, sem perder de vista a lealdade aos ideais sociais e políticos da sociedade brasileira. Tal aspecto não deve ser visto como patológico, mas sim fisiológico. De fato, as eventuais fraturas e conflitos decorrentes deste embate, além de serem inerentes à democracia, constituirão a verdadeira alavanca do processo de consolidação da justiça brasileira na perspectiva substancialista, portanto, de concretização dos direitos fundamentais sociais.

4. O sistema processual civil como instrumento de dominação da elite judiciária.

Como prenunciado, não obstante ainda não haver um amadurecimento quanto à visão sistêmica e o emprego adequado das técnicas pelos atores judiciais das instâncias ordinárias, a cúpula do Poder Judiciário, ou seja, os membros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça não se contentam mais em compartilhar com o legislador o mencionado juízo de adequação ou conformação das técnicas ao caso concreto. Vale ressaltar que, “quando se pensa em ‘caso concreto’, e, assim, em particularidades insuscetíveis de previsão, há que se tomar em conta uma técnica legislativa que não defina, em abstrato, o instrumento processual que deve ser utilizado, mas sim aquilo que pode ser usado conforme as necessidades do caso concreto.”³³

Em termos evolutivos, pode-se afirmar, de forma perfunctória, que a uniformidade procedimental cedeu lugar à construção de procedimentos diferenciados, sendo que agora o sistema processual civil contempla normas processuais de conteúdo aberto que permitem, dentro de certos limites, a construção da ação e do procedimento adequados às peculiaridades do direito material. Vale dizer, o foco de análise não fica mais restrito à abstração da ação; as reflexões dos juristas passam a contemplar, sobretudo, as mais variadas técnicas de concretização dos direitos.

Todavia, isso não basta! A cúpula do Poder Judiciário prefere definir a técnica e a solução em abstrato. Outrora utilizado como um sistema de dominação da elite econômica, atualmente o sistema processual civil brasileiro se traduz em uma forma de dominação da elite judiciária. De fato, antes da tomada de consciência quanto à

³³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil. *Tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 54.

necessidade de um amplo debate em relação à aplicação e incidência das regras processuais abertas às peculiaridades do caso concreto (artigo 139, IV e VI, do CPC), os atores das instâncias ordinárias deixaram de ser coadjuvantes e se tornaram meros figurantes no palco do judiciário, aliados a uma plateia acrítica, diante de um discurso que esconde ou oculta o verdadeiro roteiro da peça a cada dia encenada no Judiciário. Nesse processo de alienação, a venda de Têmis foi alocada nos olhos dos jurisdicionados e em boa parte daqueles que julgam nas instâncias ordinárias, transformados que foram em verdadeiras marionetes diante do enredo concebido e encenado pelos protagonistas do Poder Judiciário. Diante disso, a própria Têmis e os valores que a inspiram restaram limitados ou preteridos.

Nesse contexto, a atribuição, cada vez mais, de força impositiva às súmulas sob o argumento da previsibilidade, segurança jurídica e isonomia das decisões na perspectiva precedentalista revela uma perigosa forma discursiva de dominação pelo Poder Judiciário. O discurso diz respeito aos precedentes, mas, a realidade está pautada na aplicação desmedida e irrefletida das súmulas. Impõe-se poder vinculativo às súmulas sob a distorcida justificativa de adoção de um modelo precedentalista. Entretanto, súmulas e precedentes são institutos diametralmente distintos: os precedentes não se reduzem às súmulas, embora o legislador, de forma atécnica, os tenha equiparado para fins de fundamentação das decisões, de acordo com o artigo 489, parágrafo 1º, incisos V e VI, do Código de Processo Civil.

De fato, todas as complexidades de cunho jurídico, social, político e econômico contidas nas razões de decidir do precedente não são passíveis de serem reduzidas ao enunciado sumular. Ademais, não se desconhece que algumas súmulas não encontram respaldo nas circunstâncias fáticas e jurídicas dos respectivos precedentes que motivaram a sua criação, não obstante o disposto no artigo 926, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil. Poder-se-ia sustentar que, na mesma medida em que a teoria tridimensional do direito, na perspectiva dos sistemas codificados, estaria assentada no fato, valor e norma; no âmbito precedentalista, devido a inegável existência das súmulas no sistema, revela-se necessária a correlação entre fato, precedentes e súmulas, no sentido que as súmulas somente devem assolar a situação fática quanto esta (situação fática) estiver respaldada nas razões de decidir (*ratio decidendi*) dos precedentes que ensejaram a criação daquela (súmula).

Como apontado, as súmulas deveriam ser tidas como ‘ponto de partida’ no âmbito da pesquisa hermenêutica para a melhor solução do caso concreto. Não é isso que acontece. As súmulas são aplicadas sem a devida análise de tal correlação com os precedentes o que gera, não raras vezes, interpretações equivocadas e a aplicação de precedentes às situações fáticas diversas daquela que gerou sua sedimentação, após exaustiva fundamentação, à luz do contraditório e da ampla defesa.

Sob esta perspectiva, há inegável baixa carga de legitimidade de tal pronunciamento judicial, pois, na medida em que a súmula é aplicada sem a devida análise e correlação com os motivos determinantes dos precedentes que lhe deram origem, toda a construção e dialética, sob o crivo do contraditório, desde as instâncias inferiores, sob o contexto histórico-social, restam prejudicadas. Não se desconhece a possibilidade de distinção e superação dos enunciados sumulares, inclusive, como critério de fundamentação e validade da decisão judicial o que poderia afastar a alegação de dominação pela elite judiciária ou a substituição da ‘ditadura normativa’ pela ‘ditadura sumular’. Todavia, a edição da Lei 13.256/2016, que alterou o Código de Processo Civil em vigor ainda no período de *vacatio legis*, evidencia a política judiciária de ‘fechamento’ e a dificuldade para a superação das súmulas.

De fato, embora o debate, na ocasião, tenha girado em torno da nova redação do artigo 12 do Código de Processo Civil acerca do atendimento, preferencial, da ordem cronológica de conclusão dos feitos, as alterações perpetradas nos artigos 1.030, parágrafos 1º e 2º, bem como no artigo 1.042, ambos do Código de Processo Civil, modificaram, sensivelmente, o sistema recursal. O discurso se pautou apenas e tão somente em relação à ordem cronológica da conclusão dos feitos, o que ocultou, ao que tudo indica de forma premeditada, a principal finalidade da alteração legislativa defendida pela Associação dos Magistrados do Brasil – AMB, ou seja, as alterações no sistema recursal como forma de manutenção, inclusive, dos enunciados sumulares, pois, tornou-se mais difícil a sua revisitação, sobretudo, para ensejar eventual superação do entendimento.

Vale dizer, caso a decisão que inadmitir recurso extraordinário ou recurso especial esteja fundada na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos, caberá apenas agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, de acordo com o artigo 1030, parágrafo 2º, do mesmo diploma legal. Desta feita, não obstante o artigo 489, inciso VI, do CPC exigir, como

critério de validade, a argumentação acerca da demonstração da distinção ou superação do entendimento em relação à precedente, súmula ou jurisprudência (equiparação contida no próprio dispositivo), o recurso cabível em caso de inadmissão do recurso extraordinário ou especial, diante da existência de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos será o agravo interno dirigido ao órgão colegiado do tribunal recorrido o que, certamente, dificultará (para não dizer impedirá) a distinção ou superação do respectivo entendimento firmado.

Por outro lado, as alterações perpetradas no âmbito da Reclamação, especificamente no artigo 988, parágrafo 4º, do CPC, dizem respeito à aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam. Note-se que não foi abordada a hipótese de superação do entendimento. Portanto, não há dúvida que as alterações do sistema recursal geraram maior dificuldade para a distinção e superação de eventual precedente ou súmula, equiparados que foram indevidamente. Ademais, a proposta de emenda constitucional (PEC 209/12), já aprovada em 1º turno na Câmara dos Deputados, estabelece que, “no recurso especial, o recorrente deverá demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços dos membros do órgão competente para o julgamento”. Trata-se da chamada “PEC da Repercussão Geral no STJ.”

Tal proposta, caso seja aprovada, alterará o artigo 105 da Constituição Federal de modo a limitar, ainda mais, a utilização do Recurso Especial e, conseqüentemente, a ‘oxigenação’ ou ‘arejamento’ dos entendimentos firmados no âmbito dos Tribunais Superiores o que acarretará a utilização desmedida das Súmulas, inclusive, como instrumento de dominação vertical (endógena), bem como horizontal (exógena), respectivamente em relação aos Juízes de ‘pisos’ e os demais Poderes. O que dizer dos jurisdicionados?

Além disso, há um ‘encastelamento’ dos Tribunais Superiores que objetivam, em flagrante inconstitucionalidade, a redução de competências que lhe foram atribuídas pela Constituição Federal. Exemplo disso se materializa na Resolução 03/2016 do Superior Tribunal de Justiça que delegou aos tribunais de justiça dos estados a competência para a apreciação das reclamações interpostas em razão das decisões das turmas recursais dos juizados especiais.

Consoante se depreende da redação do artigo 1º da aludida Resolução, a competência para julgamento de tais reclamações fora deslocada aos tribunais de justiça locais, sob o argumento de que há um fluxo volumoso de Reclamações no Superior Tribunal de Justiça envolvendo os Juizados Especiais.

Além do nítido objetivo de delegar competência em flagrante inconstitucionalidade, a aludida Súmula contraria o disposto no artigo 988, parágrafo 1º, do atual Código de Processo Civil que estabelece que o julgamento da Reclamação compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir.³⁴ Logo, trata-se de distribuição de competências entre os órgãos jurisdicionais que, por óbvio, por se tratar de matéria constitucional, não pode ser objeto de Resolução emanada do Superior Tribunal de Justiça.

Constata-se, assim, que além da indevida equiparação entre precedentes e súmulas e todos os aspectos daí decorrentes, bem como do ‘fechamento’ do sistema recursal, a ‘dominação’ perpassa pelo deslocamento de matérias originariamente de competência do Superior Tribunal de Justiça para a apreciação dos tribunais dos estados da federação, o que denota a ‘política judiciária’ de ‘engessamento’ que se instalou no sistema jurídico brasileiro, sobretudo, no sistema processual civil com graves reflexos na democracia.

Embora seja possível reconhecer que o procedimento inerente ao sistema processual civil, com as reformas iniciadas nos idos de 1990, em certa medida, embora limitada, democratizou-se em busca da ‘desneutralização’ do Poder Judiciário, tal avanço restou tolhido e emasculado em virtude da atual forma de ‘neutralização’. Outrora, o Poder Legislativo alimentou um sistema patrimonializante das elites. Agora, o Poder Judiciário alimenta um sistema dominante da sua própria elite. Em ambas as situações, algo em comum: o Poder.

Conclusões.

Em suma, denota-se que o discurso de valorização da prestação jurisdicional tem se deslocado no sentido de fazer com que o Judiciário se preste a “dar vazão” ao

³⁴ Esse aspecto foi muito bem apontado no procedimento de controle administrativo n.º 0002921-97.2016.2.00.0000 interposto perante o CNJ - Conselho Nacional de Justiça.

maior número de feitos em trâmite, ‘esquecendo-se’ de instituir e adotar técnicas processuais eficazes em face dos habituais e contumazes litigantes.

Consagra-se a reprodução acrítica de decisões da cúpula do Judiciário, muitas vezes, inclusive, sem qualquer ferramenta de controle, afastando do viés constitucional democratizante do processo civil.

O fechamento do sistema processual civil brasileiro e o manejo do Código de Processo Civil como mecanismo de dominação do Poder Judiciário evidencia a preocupação meramente numérico-quantitativa, e não qualitativa, da prestação jurisdicional.

De fato, dá-se ênfase ao ‘*quantum*’ julgado e não ao ‘*como*’ julgado, de tal sorte que a mera atividade subsuntiva de súmulas tem ocupado espaço de destaque na prestação jurisdicional descompromissada, portanto, com o efetivo e ideal funcionamento de um sistema precedentalista. A subsunção de súmulas, *mutatis mutandis*, assemelha-se, em muitos aspectos, à mera aplicação lógica-formal da lei, instituto tão duramente criticado para justificar o rompimento da neutralidade do Judiciário que, por tais razões, não se ‘desneutralizou’; ao contrário. Ironia do destino?

Paradoxalmente, a cúpula deste mesmo órgão, por razões ideológicas tão claras quanto perniciosas, desloca o poder em prol das suas Cortes Superiores que passam a editar “regramentos” de caráter genérico e abstrato, impondo-os horizontalmente aos demais órgãos do poder estatal, bem como verticalmente aos seus próprios órgãos inferiores e aos jurisdicionados que, sem técnicas eficazes de superação e revisão dessas decisões, são tolhidos em suas possibilidades de amplo acesso à prestação jurisdicional, verdadeiro direito fundamental de natureza processual que acaba vilipendiado por aquele que deveria tutelá-lo e assegurá-lo, ou seja, o Poder Judiciário.

O discurso é sedutor, entretanto, falacioso, premeditado, concatenado e tenta esconder a nítida preocupação com a quantidade de feitos, em detrimento da qualidade das decisões, como se efetividade fosse sinônimo de pressa e velocidade correspondesse à satisfação do direito. Frise-se, duração razoável não se materializa por meio de decisões padronizadas, sem a devida distinção decorrente da adequada análise do caso concreto, bem como a necessária reflexão acerca da eventual superação do entendimento firmado.

Em breve, a sociedade brasileira perceberá que não temos mais produtores de decisões substanciais, mas, meros reprodutores do que já fora decidido (bem ou mal),

‘marionetes’; isto, ‘marionetes’, manipuladas por outra pessoa; neste caso, não oculta, mas, posicionada ‘acima’ da tela do palco do judiciário. ‘Fantoques’, em outra acepção do vernáculo, que construirão fundamentações precárias que materializarão o julgamento automatizado e estereotipado de um número indefinido de processos, descaracterizando-se, por completo, a fundamentalidade do direito à prestação jurisdicional efetiva.

Assim, o sistema processual brasileiro se tornará um mecanismo de aprofundamento das desigualdades sociais, diante da mera atividade subsuntiva de “determinação” das Cortes Superiores que, julgando o caso concreto sem a devida vinculação aos precedentes, edita singela redação sumular para que valha e produza efeitos como se lei fosse. Não se opõe ao sistema precedentalista, respeitados seus postulados originários, tampouco à convivência com o procedimentalismo otimizado.

Opõe-se, isto sim, a um sistema sumular; ao mero discurso precedentalista que oculta a realidade sumular e, sobretudo, ao viés ideológico dominador que está por trás disto tudo, ou seja, a finalidade de se valer da força dos precedentes (*stare decisis*), tal como ocorre nos países anglo-saxônicos em razão da cultura da *common law*, quando, na verdade, convivemos com a realidade sumular (‘sumulatria’), sua equiparação indevida aos precedentes, sua aplicação desmedida e irrefletida, e, como não bastasse, a flagrante dificuldade de revisitação de tais enunciados.

Nessa conjuntura, denota-se que a cúpula do Poder Judiciário, com a omissão da mídia em geral, sob o argumento falacioso de romper a barreira da neutralidade, como forma de concretização de direitos e democratização político-institucional do sistema jurisdicional, diante da inoperância do Poder Executivo, somada ao descrédito e baixa produtividade qualitativa do Poder Legislativo, rompeu a linha que está a separá-los, de tal sorte que se ‘encastelou’ (para não dizer se ‘aquartelou’), materializando preocupante embate e acotovelamento pela unificação do poder estatal, diante dos olhos estupefatos dos jurisdicionados, dos cidadãos, estes sim, em última análise, legítimos detentores do Poder.

Não se cuida de mero caso fronteiro ou limítrofe, nem mesmo de consagração das técnicas de ‘freios e contrapesos’, como proclamado pelo artigo 2º da Constituição Federal, tão salutar para o democrático funcionamento das instituições estatais. Na verdade, vivenciamos uma patologia sistêmica em relação à qual, doutrina e os próprios órgãos estatais devem estar vigilantes.

Logo, impõe-se uma visão do sistema jurídico processual como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais, cuja exigência de procedimentos adequados à tutela dos direitos traduz o reflexo da tomada de consciência de que os direitos fundamentais precisam ser tutelados de forma eficaz, pois, a Constituição Federal, fundada na dignidade humana, não só garante uma série de direitos não patrimoniais, como afirma, expressamente, o direito ao Acesso à Justiça.

Portanto, revela-se imperioso reconhecer o Acesso à Justiça como um direito fundamental de natureza processual, do qual são corolários o direito à técnica e ao procedimento adequado, dentre outros, com a utilização de ‘normas processuais abertas’, na perspectiva constitucional.

Caso assim não se pense, de nada adiantará falar em ‘instrumentalidade do processo’; de nada adiantará falar em ‘pontos sensíveis da prestação jurisdicional’, postos em uma perspectiva meramente horizontal e não necessariamente vertical. Isso servirá ao discurso sedutor da elite dominadora. Portanto, para a manutenção da própria dominação.

Enfim, aspira-se um sistema jurídico permeado de ações fáticas que traduzam um processo voltado mais para o ‘ser’ que para o ‘ter’. Tais ações somente serão materializadas após uma profunda reforma ideológica que caracterizará a quinta onda renovatória da fase denominada ‘instrumentalista da ciência processual’, marcada pela efetiva desneutralização do Poder Judiciário, bem como, pela utilização do sistema processual não como forma de dominação da elite econômica, tampouco da cúpula do Poder Judiciário, mas, como consagração e realização dos Direitos Fundamentais Materiais e Processuais.

Entretanto, a imprescindível mudança de paradigmas ou a chamada ‘reforma ideológica’, para se consolidar em termos reais, requer, dentre os vários aspectos já apontados, sem prejuízo de outros, o comprometimento dos docentes responsáveis pela formação dos futuros juristas que, não devem ser tidos como meros ‘operadores’ do direito.

Evidente que tal postura não se confunde, muito menos se coaduna, com julgamentos padronizados e mecanizados, fruto de uma “orientação obrigatória” dos órgãos de cúpula do Judiciário brasileiro que, por meio de meros verbetes estampados em súmulas, de aplicação vertical e horizontal obrigatória, num cenário agravado pelas poucas ferramentas de controle, deseja, quase que ensandecidamente, ver reduzido o

número de processos em trâmites nos diversos órgãos jurisdicionais, não raras vezes, descompromissado com a qualidade dos julgamentos, com o uso adequado das técnicas, com a utilização do procedimento eficaz e, na essência, com o próprio jurisdicionado, distanciando-se, dessa forma, do escopo de democratização pela via do processo e da pacificação social. Aproximando-se, por outro lado, de forma atemorizadora, do ‘encastelamento’ por meio da usurpação/concentração do poder.

De fato, a atividade mecânica, desprovida de análise crítica, reflexiva, interessa à manutenção do processo de dominação da elite judiciária. Assim, é preciso ‘iluminar’ o ambiente acadêmico de maneira a permitir enxergar, na paisagem da vida, a imagem fotografada na Constituição Federal.

Sobretudo, porque a Têmis foi algemada por aqueles que materializam os ideais que a inspiram e a caracterizam, ou seja, os próprios membros da “Cúpula do Poder Judiciário”.

Como se os Homens impusessem aos Deuses os seus propósitos, ou, se tornassem, apesar de mortais, os próprios Deuses. A história demonstrou o quanto isso custou aos Direitos Fundamentais.

‘Diante do exposto’ (como habitualmente se diz), revela-se imperioso ‘desalgemar’ a Têmis. Todavia, desta vez, a utilização da chave que permitirá o exercício da liberdade não decorrerá de eventual ordem emanada do Poder Judiciário, mas, da liberdade de expressão, da reflexão, do debate e do exercício da cidadania, frutos de uma visão emancipatória, haurida no seio acadêmico, comprometida com os valores consagrados na Constituição Federal.

Referências Bibliográficas.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1998.

_____ Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos sociais. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais. ano 14. n. 54, p. 28-39, jan.-mar.2006.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. A luta pelos direitos humanos. In: LOURENÇO, Maria Cecília França. Direitos humanos em dissertações e teses da USP: 1934-1999. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1999.

_____ Elementos de teoria geral do Estado. São Paulo: Saraiva, 1995.

FARIA, José Eduardo. Direitos humanos, direitos sociais e justiça (organizador). São Paulo: Malheiros, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1998.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais. 4ª edição. São Paulo: RCS Editora, 2005.

HONESKO, Vinícius Nicastro. A alopoiese nos sistemas jurídicos dos países periféricos. UNOPAR Científica – Ciências Jurídicas e Empresariais. Londrina: Universidade Norte do Paraná, v. 5, p. 5-10, mar.2004.

KRELL, Andreas Joachim. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Direitos humanos: sua história, sua garantia e a questão da indivisibilidade. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil. Tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.

NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

OLIVEIRA, Flávio Luís de. As tutelas diferenciadas e o sistema de produção capitalista. Revista da faculdade de direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, n.º 29, p. 73-87. 1998.

_____ A tutela jurisdicional na perspectiva dos direitos fundamentais. In: Ensaio constitucionais de direitos fundamentais. Campinas: Servanda, 2006, p. 237-252.

PIOVESAN, Flávia. Proteção judicial contra as omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios constitucionais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Direitos fundamentais: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. 3ª edição. São Paulo: Cortez, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Controle judicial de políticas públicas. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional (Anais do IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional). Curitiba: ABDConst. n.º 3, p. 185-194, 2003.

VALE, André Rufino do. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

Data de recebimento: 08/09/2016

Data de aceitação: 12/12/2016