Número 18 – junho/julho/agosto 2009 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1888

HÁ UM NOVO MODERNO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO?

Prof. José Joaquim Calmon de Passos[+]
Professor Catedrático da Universidade Federal da Bahia. Coordenador do Curso de Especialização em Processo da Universidade Salvador. Procurador de Justiça. Advogado.

O ministro Athos Gusmão Carneiro, presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual, convocou seus colegas para refletirem sobre os problemas do nosso processo civil a fim de que o Instituto pudesse editar as contribuições oferecidas. Fruto desta convocação foram os dois volumes da obra intitulada "*Bases cientificas para um renovado direito processual*". Não contribuí nessa publicação por um motivo bem simples. Considero-me, hoje, alguém à margem do pensamento quase unânime, ouso dizer, dos processualistas brasileiros. Já paguei um preço muito alto, em termos de perda de antigas amizades e não pretendo agravar esta ferida. Daí ter solicitado de Petrônio Calmon que não mais me convidasse para participar de iniciativas do Instituto, querendo com isto não continuar magoando pessoas que estimo e evitar o risco de dar a falsa impressão de ser apenas um pretensioso medíocre.

Na publicação referida estão 43 trabalhos de mestres do processo civil pelo que é um adequado ponto de partida para a análise por mim pretendida. Selecionei os que me pareceram mais pertinentes com o tema que abordarei, o que não retira dos demais seus específicos méritos.

Fala-se em *mudanças estruturais* (Ada) *mudanças das bases teóricas* (Alexandre Câmara) da *necessidade de uma teoria crítica do direito processual* (Petrônio) de *idéias para um renovado direito processual* (Marinoni), de *deformalização* (Guilherme Teixeira e Rogério Mollica), dos *princípios e sua influência* (Milton Carvalho) de *bases para um pensamento contemporâneo do processo civil* (Scarpinelli Bueno), de *uma possível equalização do poder-dever* (Luciana Dias), da *subsunção da oralidade no processo eletrônico* (Fagundes Cunha) das *bases cientificas para um renovado direito processual* (Gisele

Góes). A par destes, muitos outros que direta ou indiretamente versam o problema suscitado sem lhe dar, contudo, prioridade.

Tentando sintetizar, acredito ser fiel afirmando que a linha mestra do pensamento desses juristas é a de que o processo civil seria novo em termos de principiologia e, com muita liberalidade, também em termos de filosofia. Os demais, apenas sugerem modificações procedimentais.

Do que pude apurar, salvo tenha falhado minha percepção, estaríamos dando uma guinada para o que é, segundo eles, a coluna vertebral do entendimento contemporâneo do direito: uma *superação do positivismo*, afastando-se a supremacia do legislador infraconstitucional *para dar-se à Constituição efetividade plena a ser deduzida pelos aplicadores do direito (magistrados) eliminando-se também a separação entre direito e moral, colocando-se o ético no cerne mesmo do direito mediante o que se pode chamar de principiologia.*

Ainda quando gentilmente convidado, como já disse, não colaborei. Quais as razões? Ninguém mais do que eu tem insistido em dizer que nosso tempo é um tempo de "repensar", mas em função de um novo momento histórico que a partir dos fins da década de 70 praticamente sepultou a chamada *era de ouro*, produto fugaz dos imperativos derivados da Segunda Grande Guerra e dos estragos materiais que ela causou ao capitalismo europeu, a par das ameaças em termos ideológicos oriundas da marcante presença da Rússia socialista no cenário das grandes potências com seu poderio militar e sua mística messiânica, ainda vigorosa.

As três décadas do sonho começaram a agonizar com a mundialização do capital (apelidada de globalização) e o neoliberalismo (apelidado de economia de mercado). E uma e outra coisa só foram possíveis, resumindo ao máximo, em virtude de ganhos tecnológicos relevantes que, ao invés de se tornarem patrimônio da humanidade, foram transformados em mercadoria, assegurando lucros fabulosos para empresas transnacionais, protegidas pela relevância dada à proteção da chamada propriedade intelectual. Para assegurar tal estado de coisas, instituíram-se organismos transnacionais dotados de excepcional poder político e econômico (FMI, Banco Mundial, OMC etc.), todos eles imunes a qualquer controle pelos Estados nacionais e pela sociedade em geral.

Esta novidade, que é fundamental, tem sido desconsiderada. Pensamos ainda como se estivéssemos nas décadas de 1940 a 1970 e em função do que sobre ela pensaram os europeus, em realidade únicos protagonistas desse tempo histórico. Falamos sobre o Estado de Direito Social Democrático, algo tão fugidio e transitório que nem mesmo tornou possível sua teorização política, e falamos do passado como se ainda fosse a realidade do presente. E o mais grave de tudo, falamos dele, hoje, em nosso país, à sombra de uma Constituição sobre a qual o menos que se pode dizer é denominá-la de *simbólica,* como feito, educadamente, por Marcelo Neves.

Desse convencimento é que retiro a conclusão de que nosso repensar deve ter necessariamente como ponto de partida a convicção de que "o sonho acabou".

Por outro lado, julgo por demais irrealista pretender-se existam bases científicas para se pensar ou repensar o direito. Alan Chalmers escreveu um livro interessante e instigante ao qual deu o título de *O que é a ciência afinal?*

Ao fim e ao cabo, afirma inexistirem um conceito e um método científicos universais e atemporais de ciência ou de método científico que possam servir para chegarmos à Verdade, com letras maiúsculas, que seria a única e a de sempre. Isto não implica, esclarece ele, um relativismo "vale tudo", como se uma situação ou solução fosse tão boa como qualquer outra. E adverte: se uma situação deve ser mudada de uma forma controlada, quer a situação envolva o estado de desenvolvimento de algum ramo do conhecimento ou o estado de desenvolvimento de algum aspecto da sociedade, isto será mais bem conseguido por meio de um controle da situação e de um domínio dos meios disponíveis para mudá-la. E conclúi: a política do vale tudo significa, na prática, que tudo vai permanecer como está. [1] Se o qualificativo de bases científicas tem este modesto propósito e este honesto empenho, que se releve o caráter "científico" do direito.

Se a lição de Chalmers foi por mim assimilada, não posso pretender fazer "ciência jurídica" (caso seja possível falar-se em ciência jurídica) sem antes ter sido explícito sobre o que seja para mim o "direito" e a que necessidades ele atende. E esta é a omissão em que têm incidido teimosamente todos os empenhados em afirmar que temos um "novo processo civil". Afirma-se a conseqüência sem se haver determinado a causa, como se isto, por si só, já não desqualificasse qualquer conclusão que se venha a tirar.

Daí minha insistência, quase mórbida, em explicitar o que para mim é o direito, alicerçando nesta convicção todas as conseqüências que defendo.

As bases de meu pensamento são muito simples e muito claras: O direito é linguagem, texto. Um dizer prescritivo dotado de especificidade: dizer de quem detém o monopólio do uso legítimo da força. Enquanto um dizer prescritivo genérico, insuscetível de coercibilidade, enquanto puro texto, é um dizer prescritivo vazio de eficácia social relevante, igual aos dizeres da Bíblia ou de qualquer outro livro sagrado ou compêndio de máximas morais ou livros de auto-ajuda.

Como todo texto, não nos submete, antes fica submetido a nós. Que o diga a Bíblia, velha de muitos milênios, até hoje incapaz de fazer dos homens o que pretende. Nem mesmo sobre o povo judeu teve poder de conformação.

O direito é de igual impotência enquanto texto. Quando de caráter genérico, é fruto de decisões políticas, impotentes para conformar

[1] A. F. Chalmers, *O que é a ciência afina?,* Brasileiense, SP, 1995, p.214/16.

necessariamente a convivência social. Sua concreção, na disciplina das relações sociais, se obtém mediante decisões que, embora não de todo isentas de intenções políticas, necessariamente se revestem de propósitos e eficácia prática.

O direito, por conseguinte, não é algo dado ao homem pela Natureza, mas um produto de sua atividade, do seu agir na convivência social. E produto que se objetiva como linguagem e decisão com sua especificidade.

Daí sustentar ser imprescindível distinguirmos o *processo de produção do direito* que se dá em níveis variados de complexidade, como sejam: *processo constitucional, legislativo, negocial, administrativo e jurisdicional de produção do direito*, com seus produtos específicos: constituição, leis infraconstitucionais, atos administrativos, contratos e sentenças (lato senso) dos diversos *procedimentos* adotados por cada qual deles, tendo em vista certas particularidades de seu produto específico. Só para exemplificar: é diverso o procedimento adotado para apresentar, discutir e votar emendas constitucionais daquele adotado para os projetos de lei ordinária, variando estes, inclusive, se oriundos do Executivo ou de algum integrante do Parlamento.

Para se falar em um novo processo civil teríamos que comprovar terem ocorrido mudanças no tocante ao processo de produção do direito ou de que a realidade social reclama modificações nesse processo de produção do direito.

Curiosamente, até hoje, nenhum dos meus colegas me honrou abordando os fundamentos de meu modo de pensar. Contudo isto é que é relevante. Como aceitar sejam atacadas as conseqüências sem antes se evidenciar o equívoco ou a inaceitabilidade da causa invocada?

E que premissas coloco para minha conclusão? Bem conhecidas, de tão repetidas. Vou mencioná-las e fundamentá-las ainda que brevemente porque já as expus e fundamentei em tudo quanto tenho escrito e falado nos últimos vinte anos, ainda que pregando no deserto.

Só o homem precisa do direito e onde convivem homens presente sempre esteve e estará o direito. Já era afirmativa da antiguidade clássica (*ubi societas ibi jus*) e continua válida até hoje.

Por quê? Resumindo: o homem é o único ser vivo “determinado” para decidir sobre o que deve ou não deve fazer. Todos os demais nascem geneticamente determinados e são o que não podem deixar de ser e fazem o que não podem deixar de fazer. É por isto que uma colméia do tempo dos faraós é a mesma das abelhas de nosso século XXI e nem as sociedades nem a cidade dos homens são hoje o que eram no tempo dos faraós.

Conseqüência disto é também a determinação imposta ao homem da necessidade de instituir alguma ordem social, sem o que jamais conviverão e sobreviverão.

Por que é assim com o homem? Só duas respostas são possíveis. Um fundamento metafísico (jusnaturalista explícito ou camuflado) ou de natureza antropofilosófica. O posicionamento claro e honesto de todo jurista, no particular, é fundamental. Sem ele, apenas estará executando um samba do crioulo doido ou mistificando em proveito de algo que é deixado na sombra.

É possível falar-se em direito sem associá-lo ao monopólio legítimo do uso da força? Inviável. Seria um dizer prescritivo, ético ou técnico, como muitos outros enunciados pelos homens. Sem especificidade. Em todos os tempos e em todas as civilizações foi assim. E ninguém sabe disto melhor que os nossos processualistas renovadores que fizeram da *efetividade* a padroeira de seu saber e dos magistrados os sacerdotes de seu culto.

É possível o monopólio do uso legítimo da força (poder político) sem que também se detenha o poder econômico? Não conheço nenhuma exceção. Só episodicamente, em épocas de crise ou movimentos revolucionários.

E que instrumento assegura a eficácia social de quanto prescrito como direito? A ideologia em seu sentido fraco e em seu sentido forte, vale dizer, um convencimento socialmente introjetado de que as coisas devem ser como são e não há instrumentos eficazes ou conhecidos para torná-las diferentes.

Dar prioridade a soluções jurídicas para os conflitos sociais é impossível e indesejável. A nível macro, jamais existiu. A nível micro, denuncia a falência das instituições sociais. A saúde de um povo decorre da saúde de suas instituições sociais. Daí a advertência irônica de Deleuze: se você chegar a um país com muitas leis, não fique nele; isto denuncia a fragilidade de suas instituições. Mas se ele tiver poucas leis, pode nele fazer sua morada. As instituições são fortes e elas é que garantem a saúde social. Em país civilizado, as leis apenas cuidam das instituições já socialmente consolidadas.

Outra evidência: o justo e o injusto, o licito e o ilícito precisam ser expressos como linguagem e para terem eficácia social segura deverão ser ditos não por qualquer homem, sim pelos legitimados para dizê-lo (produzir). E serão tão mais eficazes quanto mais introjetados na precompreensão dos indivíduos. O direito é uma solução extrema para o que se objetiva como uma doença social.

Este dizer (objetivação) sempre foi monopólio de determinados agentes políticos para isto legitimados. Variou a fonte da legitimação: metafísica (jusnaturalismo – fundamento em algo que se sobrepõe ao homem) e hoje também antropofilosófica que tenta compreende-la tendo em vista o agir do homem através do tempo com vistas a sua convivência e sobrevivência,

Para mim é puro jogo de linguagem com propósitos ideológicos chamar de positivismo o dizer do legislador infraconstitucional e subtrairmos dessa qualificação o legislador constitucional. Daí meu empenho em demonstrar o mascaramento que as brancas vestes do neoconstitucionalismo ocultam, impedindo-nos de ver o roxo carregado da dominação dissimulada.

Outrossim, sobre que fundamentos se pode subestimar o legislador em benefício do julgador do caso concreto? Nem genética nem por outro fundamento biológico ou de caráter social seremos capazes de justificar esta particular "excelência". E politicamente ela é impossível, porquanto se as decisões a nível macro forem deslegitimadas por decisões a nível micro teremos subversão social, jamais ordem social. Maior escândalo é que se dê "sabedoria divina" ao legislador constituinte e aos que ficarão incumbidos da tarefa de "fazer falar" o mudo texto constitucional, quando os primeiros são escolhidos pelo mesmo povo que escolhe os legisladores ordinários e os segundos nem direta nem indiretamente necessitam de legitimação popular.

Já Bobbio advertia sobre a necessidade de distinguir positivismo como ideologia (o direito positivo pelo só fato de ser direito é justo) do positivismo como teoria (a supremacia do legislador tanto constituinte quanto ordinário) do positivismo metodológico que separa o direito da moral e recusa valorações meta jurídicas, exigindo, ainda, uma justificação técnica para quanto for decidido, sem excluir a exigência de controles sociais sobre aqueles aos quais se vai deferir o poder de decidir.

Os famosos antipositivistas se tornam exacerbados positivistas quando transferem do dizer do legislador para o dizer do julgador o mesmo tipo de poder e a mesma álea de riscos e encobrimentos, liberando-os, contudo, de legitimação popular, inclusive nem mesmo disciplinando algum tipo de legitimação a posteriori para agentes políticos tão poderosos, mediante a institucionalização de controles sociais eficazes.

Em verdade uma simples transposição da legitimação do legislador (eleito) para o magistrado (concursado-vitalicio, inamovível e beneficiário de outras sólidas vantagens). E isto não é um ganho político sim uma grave perda política.

Por que está sendo isto possível? Já cuidei do problema em vários de meus pronunciamentos. Resumo o quanto disse antes. A ordem social só é possível se existirem relações de mando/obediência e se a divisão do trabalho social não se submeter de modo significativo a determinações que anulem ou minimizem a possibilidade de livres opções individuais. Os dois grandes instrumentos que asseguram tais exigências são a domesticação dos indivíduos pelas instituições sociais e os instrumentos de coerção de que dispõe o centro de poder para inviabilizar ou neutralizar resistências significativas, dentre os quais destacam-se as instituições jurídicas.

Por força disto é que todas as funções do poder ou se unificam ou, caso partilhadas, só podem sê-lo de modo a que a unidade do poder jamais seja deslegitimada, visto como se isto ocorrer deixará de ser poder e estaremos em fase de mudança revolucionária. Já o Evangelho adverte que o Reino que se divide, perece.

Este problema de divisão dos poderes foi irrelevante até a Modernidade e nela só assumiu significado vital dado o fato de a transição da Terra como

fator de produção para o Capital, o que exigiu mudança radical na teorização da legitimação do poder político.

A sociedade tradicional, cujo poder assentava na propriedade da terra, transmissível hereditariamente, tornou-se inviável quando o poder se transferiu para o capital e para comércio, que exigem qualidades pessoais intransmissíveis hereditariamente, donde o imperativo da ideologia da igualdade de todos os homens. Mas os novos titulares do poder de logo perceberam o risco que ela importava e institucionalizaram "freios e contrapesos" que assegurassem, na prática, a hegemonia de determinado setor social teoricamente considerado abolido para sempre. E esta perfeita harmonia entre a ordem jurídica instituída e as exigências da forma de capitalismo dominante sempre ocorreu nos últimos séculos e explica muito do que ocorre em nossos dias.

O capitalismo concorrencial instituiu a democracia censitária e teorizou o magistrado como a simples voz da lei, dado que os parlamentos, constituídos exclusivamente por integrantes do setor dominante, necessitavam de segurança contra a deslegitimação de suas decisões. Foi o momento dos chamados direitos civis, asseguradores da autonomia privada em face do poder político como formalizado.

O capitalismo da indústria monopolista, por vários fatores, foi constrangido a ampliar a representação parlamentar e somar direitos políticos aos antigos direitos civis, o que retirou a antiga confiança depositada no Parlamento, agora contaminado pelo risco da presença de representantes dos dominados. Daí terem sido engendrados alguns instrumentos de segurança, dentre os quais a institucionalização do controle da constitucionalidade das leis e a organização das Cortes em tais termos e com tal autoridade que a deslegitimação de interesses básicos dos setores hegemônicos jamais pudesse ocorrer.

Já o capitalismo da pós-grande indústria, que é o atual, em razão do que já apontamos sumariamente, logrou subtrair dos Estados nacionais, consequentemente das tradicionais funções legislativa, administrativa e jurisdicional, qualquer poder de decisão econômica ou política em nível macro, Daí seu total desinteresse quanto à organização, atribuições e atuação dos legislativos, executivos e judiciários dos Estados nacionais. E uma das conseqüências desse desinteresse, inclusive filho da anomia política que tem marcado as últimas décadas, foi precisamente ampliação do poder do Judiciário e de instituições satélites como forma de ainda mais fragilizar o poder dos Estados nacionais.

Eis aí a explicação do açodamento nas reformas do nosso processo civil. Não por coincidência, seus mais atuantes protagonistas são membros do Poder Judiciário ou a eles afetiva ou umbilicalmente vinculados. Daí porque as reformas sempre se voltaram, diria mesmo que exclusivamente se preocuparam com dilatar o poder dos juizes em detrimento das partes (consequentemente dos cidadãos) e resolver o problema de sua sobrecarga,

filha de uma Constituição que é mais um engodo, dentre os muitos que historicamente nossa elite tem colocado para que o povo brasileiro morda a isca e seja trazido para dentro do barco não como tripulante sim como pescado.

Daí concluir esta minha arenga biliosa afirmando que realmente há um novo processo civil brasileiro, um processo bem pragmático, nutrido pela ilusão de que, embora a doença da árvore esteja na raiz, podemos conservá-la podando alguns ramos, espargindo em suas folhas algum inseticida quando nada para que ela não caia sobre nós, fiando o problema para outras gerações. Problema delas e votos para que sejam tão inteligentes quanto esta e consigam manter a árvore de pé mesmo com a doença de suas raízes.

Concluo, portanto, com a mesma irresponsabilidade que tem caracterizado todo o meu pensamento nos últimos tempos, que não estamos querendo solucionar problemas básicos de nosso país, mas adiar sua solução, como temos feito sempre nestes nossos quinhentos anos de história em que genialmente sempre soubemos conservar o binômio essencial. Nos primeiros tempos, casa grande e senzala; na república, sobrados e mocambos; na vigência da Constituição cidadã, condomínios fechados e favelas. No futuro, talvez ... Perdi a coragem de profetizar.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

PASSOS, J. J. Calmon de. HÁ UM NOVO MODERNO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO? Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 18, junho, julho, agosto, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-18-JUNHO-2009-CALMON-DE-PASSOS.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir “x” na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: ISSN 1981-1888

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rere@direitodoestado.com.br

4) A RERE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público, economistas e administradores. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado por e-mail:

http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323

6) Assine o feed da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDaReformaDoEstado

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.