

**PROCESSO JURISDICIONAL,
REPÚBLICA E OS INSTITUTOS
FUNDAMENTAIS DO DIREITO
PROCESSUAL¹²⁹**

Glauco GUMERATO RAMOS¹³⁰

Resumo: Texto em perspectiva dogmática do *garantismo processual*, onde se propõe a busca da dimensão *semântica* dos Institutos (ou Categorias) Fundamentais do Direito Processual dentro do marco constitucional republicano e democrático. O texto propõe a criação da(s) *norma(s) jurídica(s)* que incide(m) sobre o tema a partir do denominado princípio republicano.

Palavras-chave: Processo – República – *garantismo processual* – Institutos Fundamentais do Processo (=Trilogia Estrutural) – Ação, Processo, Jurisdição – dimensão *semântica* – princípio republicano.

¹²⁹ Texto-base de minha intervenção no 8º Congresso de Direito Processual de Uberaba, em 11/set/2014, repetida no XIII Congresso Nacional de Derecho Procesal Garantista, realizado em Azul, Argentina, em 23/set/2014. Também publicado na Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro), 88/251, out-set/2014.

¹³⁰ Membro dos Institutos Brasileiro (IBDP), Ibero-americano (IIDP) e Pan-americano (IPDP) de Direito Processual. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Presidente para o Brasil do IPDP. Diretor de Relações Internacionais da ABDPro. Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito Padre Anchieta (FADIPA). Advogado.

Resumen: Texto desde la mirada dogmática del *garantismo procesal*, donde se propone la búsqueda de la dimensión *semántica* de los Institutos (o Categorias) Fundamentales del Derecho Procesal en el marco constitucional republicano y democrático. El texto propone la creación de la(s) *norma(s) jurídica(s)* sobre el tema desde el denominado principio republicano.

Palabras-clave: Proceso – República – *garantismo procesal* – Institutos Fundamentales del Proceso (=Trilogía Estructural) – Acción, Proceso, Jurisdicción – dimensión *semántica* – principio republicano.

PROLEGÔMENOS

Processo e República são categorias jurídico-políticas que habitam os quadrantes da Teoria Geral do Direito, e entre elas há uma forte correlação *pragmática*. Por isso o *processo jurisdicional* deve ter a sua engrenagem de funcionamento regida pelos atributos que substanciam o *princípio republicano*.

Nada mais elementar!

Se o *Processo* é operado no ambiente republicano, é natural que os caracteres da *República* marquem fortemente o seu perfil *fisiológico-funcional*, seja na atuação do *jurisdicionado* que busca – como autor ou réu – a atuação da tutela jurisdicional (= *ex parte populis*), seja no *proceder* e no *decidir* do agente político que exerce o poder que é próprio do Judiciário (= *ex parte principis*). Significa dizer que tanto na

ótica de quem *pede* a atuação da jurisdição (=partes), quanto na de quem a *exerce* (=juízes), a mirada prospectiva é projetada para o ambiente constitucional *republicano*, e democrático, obviamente.

Os chamados *Institutos Fundamentais do Direito Processual* surgem na Teoria do Processo como fruto das reflexões posteriores ao início da fase dita *científica* (=ou de *autonomia*) do direito processual, inaugurada a partir da publicação do clássico livro de Oskar von Bülow¹³¹, na segunda metade do Séc. XIX.

A partir daí formaram-se os conceitos das categorias *ação*, *processo* e *jurisdição* dentro de uma dogmática *processualcivilística* potencializada em perspectiva (ultra)publicista e autoritária – *ex parte principis*, portanto –, cuja obra legislativa de Franz Klein para o Império Austro-Húngaro foi a semente da qual germinaram vários modelos de CPCs da Europa Continental e da América Latina¹³² ao largo do século XX.¹³³

¹³¹ BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales (Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen)*, trad. de Miguel Angel Rosas Lichtschein, Buenos Aires: EJE, 1964.

¹³² Cf. CIPRIANI, Franco. “El centenario del Reglamento de Klein (El proceso civil entre libertad y autoridad)”, em *Batallas por la Justicia Civil – Ensayos (compilación y traducción EUGENIA ARIANO DEHO)*, Lima: Cultural Cuzco, 2003, pp. 59-87. Cf. tb. RAMOS, Glauco Gumerato. “Ativismo e Garantismo no processo civil: apresentação do debate”, em *Ativismo judicial e garantismo processual*, coords.

Após a segunda metade do Séc. XX, o direito processual passa a ser pensado em perspectiva *instrumentalista* – cada vez mais criticada no Brasil¹³⁴ –, onde o objetivo do Processo é o atingimento dos “escopos” político, jurídico, social e econômico do Estado¹³⁵.

Atualmente, vive-se a *febre confusa* do chamado *neoconstitucionalismo*, que fez a doutrina de plantão identificar um certo *neoproces-*

DIDER Jr., Fredie, NALINI, José Renato, RAMOS, Glauco Gumerato e LEVY, Wilson. Salvador: Ed. JusPodium, 2013, pp. 273-286.

¹³³ Ainda sobre a influência da obra de Klein sobre a legislação processual que se formou no século XX, cf. LENT, Friedrich, *Diritto processuale civile tedesco – Prima parte: Il procedimento di cognizione (Zivilprozessrecht, trad. EDOARDO F. Ricci)*, Napoli: Morano Editore, 1962, p. 364 (*Profilo storico del processo civile – § 102. Il secolo ventesimo*).

¹³⁴ LÊNIO STRECK: “No âmbito do processo civil, por exemplo, temos uma explicação privilegiada de como essa mescla acrílica de tradições pode levar a resultados perigosos para formatação de nossa arquitetura democrática. Com efeito, o predomínio das vertentes instrumentalistas do processo no campo da teoria processual produziu um tipo intrigante de *sincretismo* de tradições. A ideia de que o processo é um instrumento teleológico cujo fim é determinado a partir de escopos políticos, sociais e jurídicos encarrega a jurisdição de – solipsisticamente – levá-los à realização”. Cf. em *Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*, São Paulo: Ed. Saraiva, 4ª edição, 2ª tiragem, 2012, p. 30. *De formação dogmática constitucional e de teoria geral do direito, Lênio Streck é um dos maiores críticos do ativismo judicial reinante no Brasil.*

¹³⁵ Sobre as ideias instrumentalistas, cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, São Paulo: Malheiros Editores, 6ª edição, 1998, *passim*.

*sualismo*¹³⁶. O discurso jurídico que está na base dessas diversas doutrinas, caracterizadas pelo prefixo “*neo*” que as adjectiva, dissimula o viés *estatal-autoritário* que lhe dá suporte através de posturas dogmáticas que, a toque de “*foice e martelo*” (=ativismo socialista) ou sob “*fascio*” (=ativismo fascista)¹³⁷, pretendem fazer do Direito, e do Processo que o concretiza, um instrumento idiossincrático de servidão a uma certa “ética subjetiva” que emana do “senso de justiça” daquele que exerce o poder jurisdicional, que assim age amparado/legitimado na “força” do discurso *neoprocessual-neoconstitucional*. É claro que a intenção é boa, não se nega isso. Mas toda vez que determinada proposição jurídica aparece justificada em fundamentos que baralham Direito e moral, a análise acurada do discurso que procura legitimá-la nos revela a faceta de um *dirigismo-decisionismo* que invariavelmente enfraquece um dos mais importantes – se

¹³⁶ No caso do Brasil, por exemplo, v. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo – Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judicial*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2011, *passim*.

¹³⁷ Ver AROCA, Juan Montero. “Sobre el mito autoritario de la buena fe procesal”, em *Proceso civil e ideología – Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos* (coordinador JUAN MONTERO AROCA), Tirant lo Blanch: Valencia, 2006, p. 294-353. V. ainda, com muito proveito, COSTA, Eduardo, “Los criterios de la legitimación jurisdiccional según los activismos socialista, fascista y gerencial”, *RBDPro* 82/205.

não o mais! – atributos do Direito: a segurança jurídica.

Este ensaio rechaça qualquer das “teses” defendidas pelos vários “neoconstitucionalismos”¹³⁸ que atualmente contagiam o discurso jurídico, o que acaba fomentando um processo jurisdicional que no plano *pragmático* se apresenta esqualido em “*republicanismo*”. Descartam-se, da mesma forma, posturas *instrumentalist*as que procuram explicar o Processo como um “instrumento”¹³⁹ voltado às realizações dos fins do Estado – *ex parte principis*, portanto –, já que isso proporciona que o processo jurisdicional seja pensado e concretizado a partir de premissas *autoritárias*.

Como o ambiente republicano e democrático é refratário ao uso do poder com base no próprio arbítrio do agente político, o *solipsismo judicial* (LÊNIO STRECK) é incompatível com

¹³⁸ Sobre a existência de vários “neoconstitucionalismos”, bem como certos aspectos da crítica dogmática de que são merecedores, cf. o excelente “Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência”, ÁVILA, Humberto. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, jan/fev/mar, 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>.

¹³⁹ *Criticando – acertadamente, ao meu ver – a instrumentalidade, a ideia de processo como “instrumento”*, cf. CALMON DE PASSOS, “Instrumentalidade do processo e devido processo legal”, em J.J. Calmon de Passos – *Ensaio e Artigos*, vol. I, organizadores DIDIER JR., Fredie e BRAGA, Paula Sarno. Salvador: Ed. JusPodium, 2014, pp. 31-43. Tb. publicado na *RePro* 102, abril de 2001.

a dimensão *semântica* do mundo jurídico-constitucional¹⁴⁰. O manejo adequado do processo jurisdicional deve circunscrever-se aos limites das imposições constitucionais que marcam o seu perfil, que em última análise existem para racionalizar o discurso jurídico que fundamenta a tomada de decisão por parte autoridade judicial.

Pensado o Processo a partir das *garantias processuais* previstas no plano *sintático* dos *enunciados prescritivos* contidos na Constituição, torna-se perfeitamente possível redimensionar o conteúdo *semântico* de várias das categorias jurídico-processuais, e isso tende a repercutir na própria forma de ser do processo jurisdicional que manejamos. Se a nossa ordem constitucional é fundada em preceitos *republicanos* e democráticos, é natural que o ambiente daí estabelecido influencie os vínculos entre o jurisdicionado e o poder jurisdicional.

Este ensaio sugere que uma ordem constitucional confessadamente *republicana* e democrática serve de ponto de partida para novas reflexões sobre temas de alta relevância para o

direito processual, como o são, por exemplo, os chamados *Institutos Fundamentais* (=ação, processo, jurisdição).

HIPÓTESE DE TRABALHO

Partindo da premissa de que os conceitos de *Processo* e *República* se correlacionam em suas dimensões *pragmáticas*, e que isso necessariamente deve ser levado em conta nas formulações teóricas e nas resoluções práticas do processo jurisdicional, a partir do chamado *princípio republicano* procurar-se-á traçar novos contornos aos conceitos de ação, processo e jurisdição, dos Institutos Fundamentais, portanto.

A partir daquilo que consta na maioria dos manuais que trata da teoria geral do processo, será demonstrado como estes conceitos fundamentais foram vislumbrados e trabalhados pela doutrina a partir da fase *científica* do direito processual. Também será demonstrado que, via de regra, a dogmática processualcivilística pautou o seu discurso jurídico muito mais para justificar os institutos fundamentais sob uma ótica *estatizante*, e portanto autoritária, que sob a perspectiva do principal interessado na solução dos problemas que são levados à resolução atra-

¹⁴⁰ Sobre algumas características da dimensão semântica do plano constitucional que impactam o processo jurisdicional, cf. o meu “Aspectos semânticos de uma contradição pragmática. O garantismo processual sob o enfoque da filosofia da linguagem”, RAMOS, Glauco Gumerato, em *Ativismo judicial e garantismo processual*, coords. DIDIER Jr., Fredie, NALINI, José Renato, RAMOS, Glauco Gumerato e

LEVY, Wilson. Salvador: Ed. JusPodium, 2013, pp. 245-253.

vés do processo jurisdicional, que é o *jurisdicionado*.

Partindo-se i) da fixação dos elementos que caracterizam a *República*, ii) da aceitação de que o *princípio republicano* é determinante para o funcionamento do *Processo*, e iii) de como os temas dos institutos fundamentais estão dispostos analiticamente na Constituição brasileira, procurar-se-á construir as *normas jurídicas* que dão suporte ao redimensionamento dos conceitos de *ação*, de *processo* e de *jurisdição*. Serão propostos conceitos dogmáticos que compatibilizem o que está na *norma* com o que é observado empiricamente no dia a dia do processo.

Em suma, os *Institutos Fundamentais* do direito processual serão aqui apresentados em perspectiva republicana.

ARQUÉTIPO REPUBLICANO

Naturalmente a ideia sobre *República* será aqui levada em conta em sua acepção moderna, tal como hoje é vislumbrada. No ponto, vale lembrar GERALDO ATALIBA. Em obra clássica, o constitucionalista da PUC/SP sintetiza de forma simples e precisa os caracteres que informam a ideia de *República*:

“República é o regime político em que os exercentes de funções políticas (executivas e legislativas) re-

*presentam o povo e decidem em seu nome, fazendo-o com responsabilidade, eletivamente e mediante mandatos renováveis periodicamente.”*¹⁴¹

Com base neste conceito, é possível identificar os principais atributos que a qualificam: i) *responsabilidade*, ii) *representatividade* e iii) *periodicidade*. A estes, penso que seja possível agregar outro atributo que integra fisiologicamente a República: o da *Separação dos Poderes*.¹⁴²

Nota-se que há uma identificação das *funções políticas* com as atividades EXECUTIVAS e LEGISLATIVAS, e são *políticas* porque são exercidas por mandatários do povo, que por ele *escolhem* os rumos que seguirão a respectiva atividade. A essas *funções* (=executiva e legislativa) não aparece vinculada a função *jurisdicional*, o que obviamente não projeta a atividade da pessoa física que a exerce

¹⁴¹ Cf. ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*, São Paulo: Malheiros Editores, 2011, 3ª edição, p. 15.

¹⁴² A *Separação dos Poderes* aqui mencionada é aquela pensada por Montesquieu, e não por Locke, e reflete a regra contida em nossas Constituições no sentido de que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são poderes independentes e harmônicos entre si. EROS GRAU: “... das colocações de Locke e de Montesquieu, permite-nos verificar que o primeiro propõe uma separação dual entre três poderes – o Legislativo, de um lado, e o Executivo e o Federativo, de outro – e o segundo sugere não a divisão ou separação, mas o equilíbrio entre três poderes distintos – o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Cf. em *O direito posto*

(=juiz) a um nível de *irresponsabilidade* funcional, aqui tomada em sua acepção republicana. Se assim o fosse, teríamos oráculos, e não juizes, desvinculados da ordem constitucional *republicana* e democrática à qual todos, indivíduo, sociedade civil e Estado, estamos submetidos.

Seguindo o raciocínio aqui exposto, o fato de o juiz não ter *representatividade* tem um único e *republicano* significado: na *República* eles NÃO *representam* a vontade do povo, uma vez que essa missão republicana compete ao Legislador, sendo este o motivo pelo qual juizes NÃO são eleitos pelo voto popular.

Ao Poder Judiciário e aos seus juizes é reservado um papel eminentemente *técnico*, consistente na análise e na aplicação da Lei aos casos concretos que lhe são submetidos à apreciação. Aqui considerada em sua dimensão *pragmática* de ordenamento jurídico, organizado a partir da Constituição e dos demais regramentos legais nela fundamentados, a Lei é produto dos órgãos de *representação popular*, revelando aquilo que a sociedade escolheu para a sua própria organização.

No processo de aplicação – técnica, impessoal e imparcial – da Lei, não cabe ao juiz ou ao tribunal levar em conta a sua própria vontade. No ambiente republicano, as idiossincrasias daquele que exerce a *jurisdição* em nenhuma

hipótese podem atuar como *motivo determinante* no processo de decisão. E assim funciona exatamente porque o juiz não representa a vontade do povo, eis que não é eleito pelo voto popular (=representatividade). É como explica o mesmo GERALDO ATALIBA: “*não há razão para que o instituto representativo se faça sentir na seleção dos cidadãos que irão servir no Poder Judiciário. As funções técnicas não devem ser representativas, por que são não políticas*”.¹⁴³

Em síntese de simplificação: o Judiciário exerce a função técnica de *decidir* com base na Lei (=vontade popular) e nas regras constitucionais que orientam o poder jurisdicional. Não cabe a ele *escolher*. *Escolha* é algo próprio das funções políticas (=executiva e legislativa). O juiz não tem *representatividade* porque na *República* a função jurisdicional é *técnica*, não decorrendo da vontade do povo e, por conseguinte, de nenhuma pessoa física.

Como consequência da *representatividade* – própria das funções políticas – existe a *periodicidade*, representada no período estabelecido pela Lei para a duração do mandato popular. A correlação existente entre a *representatividade* e a *periodicidade* marca um atributo fundamental da *República*, que é a possibilidade de a vontade popular, através do voto, controlar

e o direito pressuposto, São Paulo: Malheiros Editores, 3ª edição, 2000, p. 173.

res, 3ª edição, 2000, p. 173.

o ingresso e a permanência dos cidadãos que irão desenvolver as *funções políticas* executivas e legislativas.

Via de regra, na América Latina e na Europa continental o Poder Judiciário é formado por cidadãos que se tornam juizes mediante concurso público, exercendo suas funções vitaliciamente ou até que alcancem o limite temporal imposto pela Lei para o afastamento definitivo de suas funções através da aposentadoria (= *jubilación*). Ainda que tenhamos em mente que mesmo na *República* a composição de alguns Tribunais é feita através de um processo de *escolha compartilhada* entre órgãos executivos e legislativos, e ainda que o exercício da respectiva função, em tese, possa se dar por um determinado período de tempo (=mandato), é evidente que mesmo nesses casos a função jurisdicional não representa a vontade popular e seguirá sendo uma função *técnica* de interpretação e de aplicação da Lei. Esta – a Lei – é o *standard* jurídico que recepção a vontade popular traduzida em *enunciados prescritivos* estabelecidos pelos seus *representantes*, eleitos para o desempenho *periódico* de funções políticas.

A *República* ainda tem como atributo a *responsabilidade* a que estão sujeitos aqueles que exercem funções políticas (=executiva e legislativa). Essas funções – eis que políticas –

são exercidas mediante atos de *escolha* de quem as exerce, e tais escolhas são feitas com amparo na vontade popular que as legitima.

Várias são as formas de se *responsabilizar* o agente republicano que exerce função executiva ou legislativa. O *impeachment*, por exemplo, é uma delas. Mas no ambiente republicano, onde a *representatividade* ocorre com base na *periodicidade*, uma das formas mais contundentes de responsabilização daqueles que exercem funções políticas se dá pela própria vontade popular, que sempre terá a opção de não eleger ou não reeleger aquele cidadão que não se mostrou digno da confiança que se expressa através do voto.

Como não são eleitos – e não são eleitos porque não representam a vontade popular –, estariam os juizes imunes à *responsabilidade* que substancia o princípio republicano? Ou, dito de outra maneira, a responsabilidade republicana deixa de atingir os juizes quando, no curso do processo jurisdicional, manejam a *jurisdição* como uma função política, *escolhendo* os rumos da solução a ser dada a um caso concreto com base no próprio arbítrio?

Apesar de destituídos de *representatividade* e da *periodicidade* que marcam as *funções políticas* (= executiva e legislativa), é evidente que os juizes devem sujeitar-se à *responsabilidade* republicana quando violam os limites téc-

¹⁴³ ATALIBA, Geraldo, *op. cit.*, p. 113.

nicos da função jurisdicional – essencialmente ligada à atividade de *decidir* – e deliberadamente partem para *escolhas* fundadas no próprio arbítrio, rigorosamente *deslegitimadas* da representatividade que caracteriza a vontade popular.

A *República*, portanto, pressupõe a responsabilidade de cada um de seus *agentes* políticos, e *agentes políticos* são todos os cidadãos que integram a estrutura estatal desempenhando a função executiva e legislativa (=funções políticas; implica *escolha*) e a função jurisdicional (=função *técnica*; implica *decisão*). Logo, nem todo *agente* político exerce *função* política.

INSTITUTOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO PROCESSUAL: VISÃO TRADICIONAL

Ao largo do século XX, a doutrina tratou os institutos fundamentais enaltecendo e potencializando a *jurisdição* como o polo metodológico de maior relevância. Seria ela o elemento mais importante do eixo sistemático a partir do qual se estruturou a chamada teoria geral do processo. A partir daí o *processo* amesquinhou-se em mero “instrumento da *jurisdição*”¹⁴⁴. Em suma: aquele foi posto a serviço desta.

¹⁴⁴ ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel: “O processo é indispensável à função jurisdicional exercida com vistas ao objetivo de eliminar conflitos e

Sendo a *jurisdição* uma função decorrente do exercício do poder, foi natural que a dogmática processual prospectasse ideias de viés *autoritário* para explicar cientificamente vários dos temas ligados ao funcionamento do processo jurisdicional. Os motivos para as concepções processualcivilísticas *ex parte principis* são diversos. FRANZ KLEIN (=CPC austríaco de 1895) e ANTON MENGER (=socialismo jurídico), ambos a partir do Império Austro-Húngaro, auxiliaram nessa forma de ver as coisas. Mas a teoria geral do processo, estruturada em torno da *jurisdição*, também colaborou decisivamente para isso.

A análise da teoria geral do processo a partir desta perspectiva fortemente *publicista-autoritária* é o que chamo de *visão tradicional*.

PANORAMA

A proposta de conceber o direito processual a partir de institutos (ou categorias) fundamentais foi esboçada por Chiovenda em Aula Magna que proferiu na Universidade de Bolonha em 03 de fevereiro de 1903¹⁴⁵, sobre a

fazer justiça mediante a atuação da vontade concreta da lei. É, por definição, o instrumento através do qual a jurisdição opera (instrumento para a positivação do poder)”. Cf. em Teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros Editores, 27ª edição, p. 301.

¹⁴⁵ Sobre a data exata da conferência de Chiovenda em Bolonha, cf. ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria*

“ação no sistema dos direitos”¹⁴⁶. Nos apontamentos deste seu discurso em Bolonha, que se tornou um clássico para estudos posteriores do direito processual, Chiovenda lança numa nota de rodapé a semente que algum tempo depois permitiu germinar a ideia de que as engrenagens do direito processual se desenvolvem a partir de três conceitos fundamentais. Posteriormente, PODETTI passa a denominá-los de *trilogia estrutural do processo*.¹⁴⁷

A leitura da respectiva nota de rodapé¹⁴⁸ mostra que naquele momento a intuição de Chiovenda fora no sentido de organizar os três conceitos fundamentais na seguinte ordem: *ação*, *jurisdição* e *processo*, conclusão a que se chega porque naquele apontamento o processualista italiano explica que as três grandes divisões que se complementam reciprocamente seriam a *teoria da ação* (=ação) e das *condições da tutela*

General del Proceso, tomo I, Buenos Aires: Editorial Universidad, 1984, p. 17.

¹⁴⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *A ação no sistema dos direitos* (trad. Hiltomar Martins Oliveira), Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003, *passim*.

¹⁴⁷ PODETTI, José Ramiro. *Teoría y técnica del proceso civil y trilogía estructural de la ciencia del proceso civil*, Buenos Aires: Ediar, 1963, pp. 334 e ss.

¹⁴⁸ CHIOVENDA: “Considerado nesse triplice aspecto, o processo recebe sua completa significação: um lado pressupõe o outro e nenhum pode ser estudado isoladamente com aproveitamento. Assim, na ciência do direito processual resultam três grandes divisões que se completam reciprocamente: a teoria da ação e das condições da tutela jurídica, a teoria dos pressupostos processuais e a teoria do procedimento”, cf. nota 2, *op. cit.*, p. 43.

jurídica (=jurisdição), além da *teoria dos pressupostos processuais e do procedimento* (=processo).

Vê-se que no texto-base de sua exposição na Universidade de Bolonha, em 1903, Chiovenda não começou sua argumentação sobre os conceitos fundamentais pela *jurisdição*, o que com o passar do tempo mostrou-se tão ao gosto daqueles que se aventuraram a trabalhar sobre o tema.

Advirta-se que mesmo em suas *Instituições*, Chiovenda mantém-se coerente com as lições de Bolonha quanto à exposição destes conceitos fundamentais tendo como ponto de partida a *ação*. Porém, Chiovenda aperfeiçoa sua ideia original para versar o assunto de maneira mais lógica e racional – como mais adiante se explicará –, tratando de explicar os conceitos fundamentais nesta sequência: *ação*, *processo*, *jurisdição*. Basta que se observe o plano da exposição contido no sumário do volume 1 de suas *Instituições de Direito Processual Civil*. Ali, consta uma “primeira parte” em que se aborda *O Direito e a Ação* (§ 1º), e *O Processo Civil e a Relação Jurídica Processual* (§ 2º), e somente em uma “segunda parte” é que Chiovenda tratará da *Atuação da Lei* em prol do autor e do réu (§ 6º e ss.)¹⁴⁹. Portanto, a ordem sistemática de

¹⁴⁹ CHIOVENDA, Giuseppe *Instituições de Direito Processual Civil, vol. 1* (trad. de Paolo Capitanio da

Chiovenda foi *ação, processo e jurisdição*. Fixe-se o ponto!

Mas o fato é que a semente plantada por Chiovenda foi germinar pelas mãos de Calamandrei. Discípulo de Chiovenda, Calamandrei teria vislumbrado a importância de explicar os fundamentos do direito processual a partir da organização sistemática destes três conceitos, conforme relata CIPRIANO GÓMEZ LARA com fundamento em estudo anterior de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO¹⁵⁰.

2ª edição do original italiano), Campinas: Ed. Bookseller, 1998.

¹⁵⁰ CIPRIANO GÓMEZ LARA: “Esta idea de los tres conceptos fundamentales de la ciencia procesal, se apuntó por primera vez en las notas de un discurso o prolucción inaugural de un curso, que el año de 1903, pronunció Chiovenda en la Universidad de Bolonha. Alcalá-Zamorra y Castillo nos expresa que en una pequeña nota, consistente en una cuantas líneas, Chiovenda ‘... apunta la idea de que los conceptos fundamentales del proceso son acción, jurisdicción y proceso’. Parece ser que Chiovenda, sin embargo, con posterioridad al años de 1903, no desenvuelve ni desarrolla esta importantísima idea de que los conceptos de acción, jurisdicción y proceso, sean los conceptos más importantes y fundamentales de la ciencia procesal. Es un discípulo suyo, ‘... Calamandrei, quien se da cuenta de la transcendencia del hallazgo y entonces él, ya sí de una manera categórica y precisa, afirma que las ideas fundamentales para a elaboración de la sistemática procesal, son esas tres y, a partir de entonces, una serie de autores de diferentes países van suscribiendo el mismo punto de vista y sustentan la idea de que la sistemática procesal puede alzarse sobre estos tres conceptos, e inclusive en Argentina, un autor, Podetti, los engloba bajo la denominación de trilogía estructural del proceso’...”. Cf. em GÓMEZ LARA, Cipriano. *Teoría General del Proceso*, México-DF: Universidad Nacional Autónoma de México, Tercera Reimpresión, 1981, p. 105.

Na “segunda seção” do volume 1 de seu *Direito processual civil – estudos sobre o processo civil*, Calamandrei utiliza-se de mais de 100 páginas para esboçar os conceitos, os desdobramentos e as distinções entre esses três conceitos por ele chamados de *fundamental trinômio sistemático*, não sem antes advertir que:

“Não é possível iniciar com utilidade o estudo descritivo e exegético de um Código de direito processual, a não ser partindo de três noções fundamentais de ordem sistemática, que não estão definidas, mas pressupostas, pelas leis positivas: *jurisdição, ação, processo*.”¹⁵¹

A partir daí observa-se que a exposição de Calamandrei inicia contextualizando a *jurisdição*, eleita por ele como o “primeiro argumento de estudo”¹⁵² e que teria por objeto de sua atividade a *ação*. Dessa maneira, “*jurisdição e ação entram em contato e se unem através do processo, o qual formará o terceiro argumento*”¹⁵³ do estudo por ele apresentado.¹⁵⁴

A maioria dos livros de *teoria geral do processo* existentes no Brasil, na América espa-

¹⁵¹ Cf. CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil – Estudos sobre o processo civil* (trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbbery), Campinas: Ed. Bookseller, 1999, p. 93.

¹⁵² *Op. cit.* p. 94.

¹⁵³ *Idem*.

¹⁵⁴ CALAMANDREI foi categórico no ponto: “O trinômio das noções fundamentais que constituem as

nhola e na Europa continental desenvolve a exposição dos Institutos Fundamentais iniciando pelo conceito de *jurisdição*, ora elencando a *ação* e o *processo* como “segundo e terceiro argumentos”, na mesma linha de Calamandrei, ora secundando por *processo* para terminar pela *ação*. Pouco importa a ordem da inversão ação-processo, mas é sintomático que se inicie pela *jurisdição*. A maioria absoluta dos tomos de teoria geral do processo invariavelmente contextualiza o tema a partir do conceito de *jurisdição* e isso é facilmente verificável através de uma rápida consulta em nossas bibliotecas.

Dentro desse panorama de propor a organização dos Institutos Fundamentais seguindo a ordem *jurisdição*, *ação* e *processo*, o discurso da doutrina foi sempre uniforme e legitimador do Poder estatal como o grande *dirigente* e *protagonista* da cena processual, e por isso a *jurisdição* é trabalhada como o polo metodológico preponderante.

A partir daí a doutrina passou a enaltecer a importância dos Institutos Fundamentais, porém, sempre com o enaltecimento da *jurisdição* (=Poder) por sobre o *processo* (=Garantia) e a própria *ação* (=Liberdade). Como já assinalado, isso se verifica na forma como os livros de teoria geral do processo metodicamente organizam o assunto, de regra principiando pela exalta-

premissas de nosso estudo se completa com a de pro-

ção/explicação sobre a jurisdição, sendo a *ação* e o *processo* tratados sempre após aquela.

Essa forma de organizar o tema (=jurisdição, ação, processo), feita pela maioria dos manuais de teoria geral do processo, revela o pendor – ainda que inconsciente – da dogmática processualcivilística em enaltecer a *jurisdição* como a categoria jurídica mais importante da *Trilogia Estrutural do Direito Processual* (RAMIRO PODETTI). Esse fenômeno discursivo, naturalmente, colaborou na construção de concepções autoritárias para o direito processual.

Naturalmente existem as exceções. Em seu *Sistema Procesal*, ADOLFO ALVARADO VELLOSO é categórico em recusar o estudo da teoria geral do processo iniciando pela *jurisdição*, por entender que isso revela uma maneira autoritária de se conceber o fenômeno processual. O processualista argentino explica que essa dinâmica de exposição dos conceitos fundamentais é feita na perspectiva do *poder* (=jurisdição), e não da *liberdade* (=ação)¹⁵⁵ ou – diria eu – da *garantia* (=processo).

cesso”. Cf., op. cit. p. 253.

¹⁵⁵ ADOLFO ALVARADO VELLOSO: “Para lograr coherencia sistemática en todo lo que aquí diga respecto del proceso, y habida cuenta de que en el Capítulo anterior lo he presentado como el objeto de la acción procesal, parece claro que debo comenzar toda explicación a partir de su completa tipificación. Con ello, a más de aceptar como buena la presentación del tema que se hacía en la legislación del lejano

Abaixo segue uma visão macroscópica de como os manuais de teoria geral do processo explicam cada um dos Institutos Fundamentais, o que é bem conhecido pelos processualistas. De modo geral partem dos mesmos supostos conceituais radicados nas ideias que foram expostas originariamente por Calamandrei.

JURISDIÇÃO

A doutrina em geral aceita um clássico conceito doutrinário que concebe a *jurisdição* a partir daquele que seria o seu principal objetivo: “a atuação da vontade concreta da Lei” (CHIOVENDA). Nesse contexto a Lei é a projeção do *direito objetivo* estabelecido pelo Estado, através do qual “os particulares devem, em suas relações sociais, ajustar sua conduta”¹⁵⁶. O Estado, por sua vez, teria por finalidade fundamental a “preservação da ordem na sociedade”.¹⁵⁷

Calamandrei, que tanto influenciou a doutrina que posteriormente se debruçou sobre

pasado, asumo una posición filosófica que coloca a la libertad personal por encima de todo otro valor y, consiguientemente, considera que el Estado se halla al servicio del individuo y no a la inversa, cual lo ha imaginado el mundo totalitario que inicia toda explicación desde el concepto de jurisdicción y no del de acción”. Cf. em Sistema procesal – Garantía de la Libertad, tomo I, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, p. 201.

¹⁵⁶ Cf. CALAMANDREI, *op. cit.* p. 96.

¹⁵⁷ *Idem*;

os Institutos Fundamentais, ao se referir ao CPC italiano de 1940 afirma que este teria invertido a ordem de disposição do tema em comparação ao código anterior, que iniciava suas disposições legislativas gerais sobre a *ação*, ao passo que o CPC-40 tem como ponto de partida a *jurisdição* e o juiz.

Essa inversão sistemática em um CPC para principiar suas disposições legais pela *jurisdição*, ao invés da *ação*, a exemplo do que ocorreu no código de 1940 na Itália, pode-se dizer que é uma guinada política de cunho “estratégico”, numa clara opção *estatizante-autoritária* de enaltecimento do conceito de *jurisdição* como forma de atuação do Poder. A partir daí os Institutos Fundamentais passaram a ser trabalhados em perspectiva *ex parte principis*.

Calamandrei ainda lembra que a exposição de motivos do CPC italiano de 1940, chamada de *Relazione Grandi* em referência ao seu subscritor e Ministro da Justiça à época, Dino Grandi, foi categórica ao enaltecer a prioridade do conceito de *jurisdição*. Quanto à inversão *jurisdição-ação*, afirma a exposição de motivos do CPC-40:

“Essa variação de ordem sistemática é indicativa de uma mudança de mentalidade: o Código derogado propunha os problemas do ponto de vista do litigante que pede

*justiça, o novo os propõe do pondo de vista do juiz que deve administrar-la; enquanto o velho Código considerava a ação como um prius da jurisdição, o novo Código, invertendo os termos do binômio, concebe a atividade da parte em função do poder do juiz”.*¹⁵⁸⁻¹⁵⁹

Portanto, ainda que a doutrina não se dê conta do fato, ou não o confesse, trabalhar os Institutos Fundamentais principiando pela *jurisdição* é uma forma de priorizar e enaltecer o respectivo conceito em franca potencialização do Poder, o que invariavelmente traz consigo uma perspectiva autoritária – e por isso *antirrepublicana* – na compreensão/realização/concretização do fenômeno processual.

AÇÃO

¹⁵⁸ *Ibidem.*

¹⁵⁹ Vale lembrar que JAIRRO PARRA QUILJANO traduziu ao espanhol a *Relazione Grandi*. Segue a versão de Jairo Parra ao item 19 da *Relazione* (=Sistema y técnica del Código): “Mientras que el Código de 1865 iniciaba su primer libro, dedicado al proceso de cognición, por las disposiciones generales sobre el ejercicio de la acción, el nuevo código parte de la jurisdicción y del juez. Esta variación en el orden sistemático, es índice de un cambio de mentalidad: el anterior código se planteaba los problemas desde el punto de vista del litigante que pide justicia, el nuevo los encara desde un punto de vista del juez que debe administrarla; mientras el antiguo código consideraba la acción com un prius de la jursidicción, el nuevo código, invirtiendo los términos del binomio, concibe la actividad de la parte en función del poder de juez”. Cf. em *Racionalidad e ideología en las*

A dogmática processual fez correr “rios de tinta” para escrever sobre a *ação*. Em diversos momentos históricos foram várias as teorias, polêmicas etc., que sobre ela se formaram. Como exemplos eloquentes de especulações teóricas em torno da *ação* podem-se indicar: a teoria imanentista; a polêmica Windisheid-Muther sobre as eventuais distinções entre a *actio* romana, a *klagerecht* e a *anspurch*; a teoria da ação como direito autônomo e concreto; a teoria da ação como direito autônomo e abstrato; teoria da ação apenas como direito autônomo; a teoria da ação de Liebman.¹⁶⁰

Independentemente de qualquer variação teórica a seu respeito, a visão tradicional da teoria geral do processo sempre foi no sentido de vislumbrar a ação como o direito ao exercício da *atividade* jurisdicional, ou, mais especificamente, o direito a um *provimento* jurisdicional.

A ação é exercida *contra* o Estado-juiz e a partir daí surge a “obrigação” deste em efetivar a *prestação* estatal-jurisdicional. Entenda-se o ponto: o interessado exerce o seu direito de ação e o Estado-juiz provê a solução do problema.

Ainda que de maneira dissimulada, essa forma de vislumbrar a ação revela uma realidade

pruebas de oficio, Bogotá: Editorial Temis, 2004, p. 190.

¹⁶⁰ Cf. ARAÚJO CINTRA, GRINOVER, e DINAMARCO, *op. cit.*, pp. 271-277.

assentada em um vínculo de sujeição que submete aquele que exerce o direito de ação aos desígnios do Estado-juiz.

Soma-se a todas essas circunstâncias o fato de que diante da vedação da autotutela e da assunção pelo Estado da prerrogativa exclusiva de exercer a função jurisdicional, na perspectiva tradicional o exercício da ação permite que seja viabilizado o fim da jurisdição, que é “a exata observância do direito objetivo”¹⁶¹, ou a atuação da vontade concreta da Lei. Nessa perspectiva, a realização/concretização do *direito subjetivo* do jurisdicionado é sutilmente renegada a um segundo plano de importância diante do interesse primeiro do Estado em se fazer presente através da jurisdição para impor o *direito objetivo* ao caso concreto.

PROCESSO

A exemplo do que ocorreu com a ação, várias foram as teorias que procuraram explicar o processo e sua natureza jurídica. Dentre as que ganharam maior prestígio e são comumente referenciadas pela doutrina, temos: o processo como contrato; o processo como quase-contrato; processo como serviço público; processo como instituição; processo como situação jurídica; processo como relação jurídica; processo como

instrumento para a consecução dos escopos do Estado.

Foi no curso do século XX que o processo definitivamente passou a ser encarado como o *instrumento* através do qual a *jurisdição* opera sua finalidade de concretização dos objetivos (=escopos) do Estado. Processo e jurisdição passam a se correlacionar sob a lógica maquiavélica de *fim* (=jurisdição) e *meio* (=processo). Aprimora-se a concepção *instrumentalista* do processo.

Sendo a *jurisdição* a atividade-fim de maior preponderância do fenômeno processual, o processo naturalmente é posto a serviço daquela, de modo que muitas vezes as regras de seu funcionamento podem até mesmo ser postas de lado para não comprometer a finalidade maior que é a própria “afirmação” do poder através da atuação jurisdicional.

Nessa perspectiva, em que o processo se apresenta amesquinhado diante da jurisdição, o eventual seccionamento de sua sequência lógica, que existe exatamente para *garantir* a realização plena do contraditório e da ampla defesa, acaba sendo tolerado, nos moldes de uma “perenização do **fetich**e da Justiça Rápida, cuja velocidade pode ser aumentada pela supressão do **processo** e, até mesmo, do **procedimento**, com a altaneira supremacia da **jurisdição**. É nesse vértice que nos incumbe analisar a coerente ju-

¹⁶¹ Cf. CALAMANDREI, *op. cit.* 187.

diciarização do **Processo Civil** como instrumento de eficiência tirânica de uma **jurisdição** justiceira.”¹⁶²

O processo posto a serviço da jurisdição é um processo esqualido, cujo discurso em torno de sua “efetividade” justifica que a “celeridade processual” seja utilizada em detrimento da *regularidade-funcional* que a observação de todas as suas etapas visa a *garantir*¹⁶³.

Em suma: a visão tradicional do *processo* não deixa de ser estatizante-autoritária porque

¹⁶² Cf. um dos mais contundentes críticos das posturas instrumentalistas, LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo – Primeiros Estudos*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 8ª edição, 2009, p. 254. As palavras em negrito são do original.

¹⁶³ GLAUCO GUMERATO RAMOS: “A lógica da celeridade processual representa um problema de superestrutura do processo (=estrutura jurídica + ideologia). Se bem pensadas as coisas, o discurso em torno da celeridade revela que a preocupação em concretizá-la é do Estado-Judiciário, que bem ou mal, respeitando ou não as garantias constitucionais, o devido processo legal, enfim, o próprio modelo republicano no qual e para o qual é exercida a jurisdição, pretende solucionar com a maior rapidez possível às demandas que lhe são submetidas pelos jurisdicionados. Para essa heroica missão, a celeridade processual surge de capa e espada no interior do discurso – tão melancólico, quanto inocente – de que ela seria uma espécie de panaceia a colaborar com a “tão almejada” efetividade do processo. Esta, a efetividade do processo, tal qual a celeridade processual, funciona diante de nós como sintagmas discursivos capazes de, em passe-de-mágica, resolver, se não todos, vários dos problemas que vivenciamos no dia-a-dia de nossas funções diante do Poder Judiciário”. Em texto ainda inédito sob o título “Crítica macroscópica ao fetiche da celeridade processual. Perspectiva do CPC de hoje e no de amanhã”.

o seu manejo é voltado à concretização do poder representado pela *jurisdição*.

INSTITUTOS FUNDAMENTAIS: PERSPECTIVA REPUBLICANA

É preciso conceber a ideia e o conceito de cada um dos Institutos Fundamentais do direito processual levando em conta as diretrizes constitucionais-republicanas. Este é o meu objetivo com este ensaio.

Abaixo segue uma proposta de redimensionamento dos conceitos de *ação*, de *processo* e de *jurisdição*, que nesta exata *ordem sequencial* devem ser estudados, posto que uma maneira mais *lógica*, mais *racional* e mais *adequada* para compreendê-los em perspectiva republicana.

Não se aprofundará o estudo sobre os princípios e/ou desdobramentos de cada um destes Institutos Fundamentais, como, por exemplo: i) sobre a evolução histórica do conceito de *ação*, ou sobre as condições da *ação*, ou sobre a classificação das *ações*; ii) sobre a natureza jurídica do processo jurisdicional, ou sobre os tipos de processo, ou sobre os pressupostos processuais; iii) sobre o significado etimológico de *jurisdição*, ou sobre as suas características, ou sobre a tutela jurisdicional clássica ou diferenci-

ada. Estes e outros temas correlatos não serão abordados neste ensaio.

Apenas será exposto o conceito que se entende possível atribuir a cada um dos elementos integrantes deste *trinômio metodológico* quando trabalhados em perspectiva republicana. Fixados os respectivos conceitos, todos elaborados a partir de *enunciados prescritivos* contidos na Constituição brasileira e do Pacto de São José da Costa Rica¹⁶⁴, entendo ser possível construir uma teoria geral do processo jurisdicional que corresponda às diretrizes estabelecidas exclusivamente no plano jurídico e na própria observação empírica do fenômeno processual. Vale dizer: será tentado um experimento voltado a harmonizar as diretrizes *sintática, semântica e pragmática* do ordenamento jurídico-constitucional ao qual estamos – juridicamente – vinculados.

(RE)ORGANIZAÇÃO DO TEMA

Apesar de a dogmática processual assentar-se no *sensu comum* para explicar os Institutos Fundamentais a partir das premissas lançadas por Calamandrei, que sistematizou os conceitos e as distinções entre *jurisdição, ação e processo* em perspectiva (ultra)publicista, ainda assim é possível (re)organizar o tema, traba-

lhando estes conceitos tendo-se em conta o *princípio republicano* que habita as nossas Constituições e que, portanto, é determinante no funcionamento do processo jurisdicional.

No item 5.1, *supra*, há menção ao fato de que se deve a Chiovenda a ideia de estudar o direito processual a partir do eixo sistemático representado pelos conceitos de *ação*, de *jurisdição* e de *processo* – nesta exata ordem –, conforme se depreende de suas notas aportadas ao texto-base da Aula Magna que proferiu na Universidade de Bolonha, em 1903. Também foi mencionado que no volume 1 de suas *Instituições*, talvez motivado por um imperativo lógico-racional, Chiovenda fez o seu plano de exposição iniciando a contextualização dos Institutos Fundamentais a partir do conceito de *ação*, secundada pelo de *processo* e encerrando pelo de *jurisdição*.

Este ensaio descarta a apresentação que tradicionalmente a doutrina faz do tema. Penso que as coisas podem ser explicadas por aquilo que empiricamente elas representam, naturalmente tendo-se em conta o ambiente *republicano* e democrático no qual o processo jurisdicional será operado.

Antes de tudo é preciso aceitar o imperativo lógico-racional de que a análise das categorias fundamentais do direito processual deve

¹⁶⁴ Em especial o seu artigo 8º, que trata das “Garan-

seguir o eixo sistemático assim disposto: *ação*, *processo*, *jurisdição*.

Na ordem constitucional republicana e democrática à qual estamos submetidos, não parece trazer qualquer dificuldade racional a percepção empírica de que cada uma dessas categorias (=ou institutos) fundamentais existem no mundo da vida como *antecedente lógico* da realidade posterior que – também logicamente – lhe sucede. Explico através de interrogações. Há *processo* sem *ação*? Há *jurisdição* sem *processo*? Há *jurisdição* sem que haja o *processo* iniciado pela *ação*? A resposta para todas estas perguntas será negativa, o que leva a conclusão empírica de que em matéria de Institutos Fundamentais o *posterior* sempre será uma consequência do *anterior*.

É evidente que se pode estudar em compartimentos estanques cada um desses conceitos (=ação, processo, jurisdição). Mas a partir do momento em que a doutrina chamou a atenção para o fato de que o fenômeno processual deve ser vislumbrado cientificamente a partir do eixo sistemático formado pelos Institutos Fundamentais, é evidente que as coisas devem ser pensadas seguindo a lógica funcional daquilo que, em perspectiva *macroscópico-pragmática*, chamamos de Processo, que em última análise representa a organização *sistemático-fisiológica* da *tias Judiciais*".

ação, do *processo* e da *jurisdição*, dos conceitos fundamentais, portanto.

A obviedade desta observação empírica ganha força quando se mira a questão a partir da influência que lhe provoca o *princípio republicano*. Este princípio revela que o ambiente político-constitucional em que vivemos é a *República*, necessariamente estruturada para a *contenção/diminuição* do arbítrio relacionado ao exercício do Poder, não pode haver dúvida de que as engrenagens que movem o processo jurisdicional não podem ser explicadas em perspectiva *ex parte principis*. Ao contrário – muito ao contrário, direi eu –, o *processo jurisdicional* precisa ser pensado e estruturado a partir da *liberdade* (=dispositividade) que a Constituição confere ao jurisdicionado para *iniciá-lo*, ou não, através do exercício da *garantia* constitucional-libertária da *ação*. Desse modo, sem a *ação* (=liberdade), não haverá o *processo* (=garantia) que dá legitimação *constitucional-republicana-democrática* ao exercício da *jurisdição* (=poder).

Este importante aspecto da Teoria Geral do Processo tem aderência plástica a qualquer das manifestações do processo jurisdicional, inclusive no âmbito processual penal. Ali, o *dominus litis* (=Ministério Público) apenas exercerá responsabilmente a *ação* nos casos em que estiverem presentes os sinais concretos que a justifiquem, que são os *indícios de autoria*

(=aspecto subjetivo do fato penal) e a *prova da materialidade* (=aspecto objetivo do fato penal).

Em miúdos: através do exercício da *ação* (=liberdade), será formado o *processo* (=garantia) que viabilizará a atuação legítima da *jurisdição* (=poder). É por isso que por um imperativo lógico a sequência da exposição e da contextualização do trinômio fundamental só pode ser esta: *ação-processo-jurisdição*.

Tenho para mim que essa ordem de exposição/apresentação dos Institutos Fundamentais, além de lógica – eis que decorre da própria natureza das coisas –, está rigorosamente adequada ao ambiente republicano no qual convivem o indivíduo, a sociedade civil e o Estado, como decorrência da própria estrutura jurídica estabelecida pela Constituição.

Reconhece-se que a forma com a qual a dogmática processual estruturou os Institutos Fundamentais ao largo do século XX correspondeu às especulações próprias de sua época, e talvez por isso seguiu-se na toada do senso comum que enaltece a *jurisdição* como valor preponderante quando comparada à *ação* e ao *processo*. Mas agora é importante deixar de lado certos conceitos que não se compatibilizam com uma ordem constitucional republicana e democrática, para que se possa (re)dimensionar a compreensão em torno dos conceitos fundamentais do direito processual.

Valendo-me de *enunciados prescritivos* contidos no Pacto de São José e na Constituição brasileira – mas o exercício é possível a partir de qualquer outra Constituição republicana –, abaixo esboçarei os conceitos de cada um dos elementos integrantes deste trinômio fundamental para a Teoria Geral do Processo, o que farei partindo das seguintes premissas: i) processo e república são valores *político-jurídico-constitucionais* que se correlacionam; ii) a função *jurisdicional* não é uma função política (=de escolha), mas técnica (=de decisão); iii) o princípio republicano é determinante para a atuação legítima do poder estatal; iv) o princípio republicano implica *redução/contenção* do arbítrio; v) os cidadãos integrantes do Poder Judiciário republicano não podem pautar suas tomadas de decisão mediante supostos *subjetivos-idiossincráticos* ou mesmo metajurídicos; vi) o exercício da *ação* é uma *garantia* decorrente da *liberdade* que é viabilizada pela República; vii) o *processo* é um método de debate consubstanciado na correlata *garantia* constitucional orientada pelo *princípio republicano*; viii) a *jurisdição* é uma manifestação de poder *republicano*.

AÇÃO

O que é a *ação* para o processo jurisdicional *republicano*?

Discussões clássicas sobre o conceito de *ação* como WINDSCHEID-MUTHER, por exemplo, ou a *ação* como instância bilateral, para BRISEÑO SIERRA, ou mesmo *ação* material *versus* *ação* processual, para PONTES DE MIRANDA, aqui serão postas de lado. Compreende-se a complexidade e profundidade destes e de outros estudos sobre o tema, como ainda compreende-se o valor histórico de cada uma dessas proposições. Mas o fato é que na atualidade, após toda a evolução do direito processual, somando à observação empírica do respectivo fenômeno, a *ação* pode ser vislumbrada-conceituada a partir daquilo que ela *é* e para que ela *serve*.

A *ação* é uma garantia constitucional cujo exercício permite ao jurisdicionado levar qualquer pretensão jurídica, que lhe permite a própria *liberdade* (=dispositividade), à apreciação do Poder Judiciário. E mais. É através dela que será iniciado o *processo*.

Neste *enunciado descritivo* (=conceito), cuja simplicidade repousa na observação empírica do que ocorre no mundo da vida, explica-se o que ela *é* e para que ela *serve*. Além do mais, este conceito vincula o exercício da *ação* à liberdade (=dispositividade) que a ordem constitucional *republicana* a todos franqueia.

A Constituição da *República* brasileira (art. 1º, *caput*) é clara em afirmar como *garantias* fundamentais: i) que são invioláveis, dentre outros, “o direito à liberdade e à igualdade” (CRBra, art. 5º, *caput*); ii) que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (CRBra, art. 5º, II); iii) que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (CRBra, art. 5º, XXXV).

A partir destes *enunciados prescritivos*, é possível chegar ao *enunciado descritivo* acima proposto para a (re)formulação do conceito de *ação* no ambiente *republicano* e democrático. Mas não é só. Estes *enunciados prescritivos* extraídos da Constituição brasileira – além dos que se podem extrair do Pacto de São José da Costa Rica – permitem uma *argumentação jurídica* na qual é revelada a *norma* que nos legitima a formular o conceito *republicano* de *ação*, acima lançado.

Postas as coisas dessa forma, soa lógico que todo o fenômeno processual se inicia a partir do exercício desta parcela da *liberdade* que a Constituição nos permite, e que é representada pela *ação* através da qual será iniciado/formado o *processo* para que a *jurisdição* possa atuar na esfera jurídica dos jurisdicionados.

PROCESSO

Como deve ser estruturado o conceito de *processo* no ambiente constitucional *republicano* e democrático?

Evidentemente que aqui será descartada toda e qualquer concepção *instrumentalista* que vê no processo o *meio* (=instrumento) para o atingimento dos *fins* (=escopos) do Estado. As ideias decorrentes deste tipo de postura revelam forte carga *autoritária-dirigista*, muito própria de Estados-ativos¹⁶⁵, nos quais os respectivos agentes políticos se creem ungidos para *ditar* os desígnios do indivíduo e da sociedade civil, naturalmente enfraquecendo a *liberdade* eventualmente estabelecida pela ordem jurídica. Em suma: é uma postura dogmática que sugere que o *processo* deve estar a serviço de um “Estado forte”, o que se afasta da moldura política que forma uma *República* constitucional. Por tal

¹⁶⁵ MIRJAN R. DAMASKA: “No es necesario decir que la autonomía individual está lejos de ser sacrosanta. Para un Estado activista, los individuos no necesitan ni siquiera ser jueces fiables de su mejor interés; su percepción, conformada por una práctica social defectuosa, puede ser errada e incorrecta. Desde luego, mientras más se adapten los ciudadanos a la imagen nacida de las teorías del Estado, más fácil será que el Estado permita una mayor definición individual: los deseos de los ciudadanos son cada vez más lo que el Estado quiere que deseen.”. Cf. em *Las caras de la justicia y el poder del Estado – Análisis comparado del proceso legal* (Título original em inglês *The Faces of Justices and State Authority: A comparative approach to the legal process*), Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 142.

motivo – repita-se – aqui se descarta qualquer concepção *instrumentalista*.

O *processo* é uma atividade (=ou *método*) regida pelo contraditório e pela ampla defesa, iniciado pela *ação* e voltado a *garantir*, no seu curso (=tutela de urgência) ou ao final (=tutela definitiva), o exercício *republicano* e democrático da *jurisdição*. Antes de tudo, portanto, o *processo* é uma GARANTIA que nos é dada pela Constituição para que suas regras sejam observadas antes de o Estado exercer o seu poder sobre a esfera jurídica de liberdade do indivíduo e da sociedade, liberdade esta, aliás, garantida pela própria Constituição. É o desencadeamento racional e jurídico do *processo*, portanto, que legitimará o exercício do poder *republicano* representado pela *jurisdição*.

São da Constituição da *República* brasileira (art. 1º, *caput*) as seguintes *garantias* fundamentais: i) que são invioláveis, dentre outros, “o direito à liberdade e à igualdade” (CRBra, art. 5º, *caput*); ii) que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (CRBra, art. 5º, LIV); iii) que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa” (CRBra, art. 5º, LV).

A partir da combinação hermenêutica destes *enunciados prescritivos* contidos, por exemplo, no Pacto de São José e na Constituição brasileira – mas, repito: outras Constituições preveem coisas no mesmo sentido –, chega-se à *norma jurídica* que viabiliza o (re)dimensionamento do conceito de *processo* que, essencialmente, é uma *garantia* constitucional para legitimar o exercício do poder (=jurisdição).

Em miúdos: o *processo* é uma garantia para que a liberdade decorrente do exercício da *ação* viabilize a atuação legítima do poder republicano representado pela *jurisdição*.

JURISDIÇÃO

Por fim, qual é a dimensão do poder *jurisdicional* no ambiente constitucional *republicano* e democrático em que vivemos em nossos países? Uma primeira resposta se impõe: por se tratar de um poder *republicano*, sua dimensão jamais será ilimitada, seja quanto às *soluções* (=decisões), seja quanto aos *procedimentos* para se chegar aos resultados que lhe são próprios.

Descarta-se aqui, em definitivo, o dogma de que a *jurisdição* é o núcleo irradiador e/ou justificador do fenômeno processual, o mais importante e preponderante dos Institutos Fundamentais trabalhados pela Teoria Geral do

Processo, tal como constou na *exposição de motivos* do CPC italiano de 1940, conforme lembrado por Calamandrei e neste ensaio já referenciado. Essa *jurisdição*, que as posturas *instrumentalistas* concebem como um poder “redentor” nas mãos de um juiz “oráculo”, predestinado a “justiçar” o caso concreto com base no próprio senso de justiça, certamente é algo próprio de conjecturas metafísicas que insistem, de maneira idiossincrática e escolástica, em fazer supor que o Direito só existe se subserviente for à Moral. De resto, este tipo de postura integra o conteúdo “romântico” do discurso *neo-constitucional-neoprocessual* de que a vida em sociedade deve ser conduzida *ativamente* pelo senso de justiça de um Judiciário *solipsista*, o que revela uma forma autoritária e antirrepublicana de conceber a *jurisdição*, o que digo com todo o respeito àqueles que assim o pensam, mas é preciso que se o diga.

A *jurisdição* é a função *técnica* concedida preponderantemente¹⁶⁶ ao Poder Judiciário para *decidir*, com base em supostos jurídicos, e de maneira *definitiva, imparcial e independente* da

¹⁶⁶ Digo “preponderantemente” porque há situações, ainda que raras, em que a Constituição confere *jurisdição* a outro Poder republicano, conferindo-lhe a possibilidade de *decidir* *jurisdicionalmente*. É o que ocorre, por exemplo, no caso de *impeachment* do Presidente da República, que será julgado pelo Senado Federal (CRBra, art. 52, I).

intromissão de qualquer função política, as questões que lhe se são submetidas através do *processo* iniciado pelo exercício da *ação*.

Na *República* não há espaço – ou não deveria haver – para que a *jurisdição* seja considerada como o instituto fundamental de maior preponderância dogmática da teoria geral do processo. *Jurisdição* é poder, poder *republicano*, cujo exercício não pode se dar de forma arbitrária. A *jurisdição* é demasiadamente importante, não se nega isso. Sem ela de nada adiantariam a *ação* e o *processo*. Mas no ambiente *republicano* e democrático, onde constitucionalmente o poder emana do povo (CRBra, art. 1º, par. ún.), é para ser natural que a realidade *semântica* e *pragmática* do exercício da *jurisdição* seja efetivada sem a interferência de outros argumentos que não os *jurídicos*, é dizer, da *ordem jurídica* na qual está sendo operada a *jurisdição*.

São da Constituição da *República* brasileira (art. 1º, *caput*), que estabelece a *independência harmônica* dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, as seguintes *garantias* fundamentais: i) que são invioláveis, dentre outros, “o direito à liberdade e à igualdade” (CRBra, art. 5º, *caput*); ii) que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (CRBra, art. 5º, LIV); iii) que “aos litigantes, em processo judicial ou

administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa” (CRBra, art. 5º, LV); iv) que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” (CRBra, art. 5º, XXXVII); v) que “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade*” (CRBra, art. 93, IX); vi) que é vedado ao juiz “*dedicar-se à atividade político-partidária*” (CRBra, art. 95, par. ún., III).

O conceito acima proposto para *jurisdição* é coerente com os *enunciados prescritivos* contidos na Constituição. Os dispositivos acima mencionados, sem prejuízo de outros que certamente me escapam neste instante, afastam a preponderância que tradicionalmente a dogmática processual empresta ao conceito de *jurisdição*.

Se vivemos em uma *República*, é natural, e não pode nos surpreender, o fato de que o exercício legítimo da função jurisdicional – posto que *técnica* – passa longe das *escolhas* sobre as quais o arbítrio humano se pauta para a tomada das próprias decisões. E uma das grandes finalidades políticas da *República* é exatamente conter/diminuir o arbítrio. Os atributos republicanos são determinantes para o dimensionamento do poder, inclusive e especificamente o *jurisdicional*, que por definição não expressa nenhuma *função política*. Nestas – funções políti-

cas –, as escolhas se legitimam na *representatividade*. Já aquela – função jurisdicional – se legitima com a observância das regras preestabelecidas para o seu funcionamento, não sendo permitida qualquer postura *idiossincrática* ou *solipsista* por parte de quem a exerce. Mas toda a vez que isso acontece descamba-se para a – antirrepublicana – arbitrariedade.

CONCLUSÃO

Foram várias as razões que levaram a dogmática processual a se desenvolver sobre bases autoritárias. Este ensaio procurou demonstrar que a ordem e o conteúdo da exposição que tradicionalmente a teoria geral do processo dá aos Institutos Fundamentais foi uma delas. É inegável, e soa até intuitivo, que apresentar as categorias fundamentais em torno do eixo sistemático *jurisdição-ação-processo* revela a opção estratégica de aceitar que o “poder” teria maior preponderância na dinâmica do Processo. Por isso a *jurisdição* apareceu como o polo metodológico de maior relevância. Mostrou-se também que a etiologia deste enfoque (=jurisdição-ação-processo) deveu-se à sistematização dada por Calamandrei a partir de ideias lançadas por Chiovenda em sua exposição de 1903 na Universidade de Bolonha, que tanto

influenciou os estudos posteriores sobre a teoria geral do processo.

Pretendeu-se chamar a atenção para o fato de que os Institutos Fundamentais do direito processual podem – e devem! – ser pensados em perspectiva *republicana* e, claro, democrática. Até porque nossas Constituições estabelecem uma ordem jurídica de arquetipo republicano. A *visão tradicional* de exposição do tema, com todo o respeito, não guarda compatibilidade com os valores constitucionais republicanos, já que enaltece demasiadamente o *poder* (=jurisdição) em detrimento da *liberdade* (=ação) e da respectiva *garantia* (=processo) que lhe é correlata.

O objetivo deste ensaio é colaborar para que a conceituação e o desenvolvimento das categorias fundamentais do direito processual possam ser redimensionados. Não necessariamente nos exatos termos aqui propostos, que em essência revelam a *minha* forma de encarar o fenômeno decorrente deste eixo fundamental formado pelo trinômio *ação-processo-jurisdição*, que tanta importância tem para o processualista, para a teoria geral do processo e para a sociedade *republicanamente* organizada. Somos livres para pensar e assim devemos fazer!

Espero que as reflexões aqui trazidas possam servir, ao menos, de provocação e fomento a outras reflexões que cada um de nós

pode – e deve – realizar em prol da melhora da ciência do processo, que precisa ser (re)equacionada a partir da realidade atual da ordem jurídico-política estabelecida pelas nossas Constituições. Essa atual realidade das coisas nos impõe a missão de manejar uma teoria geral do processo na qual a *ação* seja a projeção da *liberdade*, o *processo* seja a concretização da *garantia* e a *jurisdição* seja a manifestação do *poder* racionalizado pelo princípio republicano.

Minha esperança é que estas ideias possam repercutir. Ideias singelas – reconheço –, mas sinceras, e pautadas na racionalidade que a observação do fenômeno processual permite a qualquer um de nós vislumbrar.