

## A função judicante do Estado e a real utilidade do instrumento processual

Suzana J. de Oliveira Carmo\*

Trata da jurisdição como uma função estatal que deve ir além da solução dos conflitos sociais, por ser uma função judicante ágil, apta e capaz de fazer Justiça. Analisa ainda do processo como um instrumento cuja finalidade é o bem comum.

Para iniciarmos qualquer trabalho que tenha por objetivo falar da Função Judicante, alcança concomitantemente uma natureza teleológica que se atenha a comentar a utilidade social do processo, é sempre preciso, que façamos um retrocesso no tempo, até o ponto em que o Estado avocou para si a incumbência de decidir os conflitos e pacificar as questões sociais. Assim, pondo fim à vingança privada, assumiu o Estado, primeiramente, na pessoa do Monarca, pois, sabidamente, os primeiros “juízes” foram os Reis e Imperadores, e, só posteriormente, deu-nos a conhecer o que hoje denominamos: magistrado. Que no Brasil, nada mais é, senão, um funcionário público em função diferenciada, com capacidade técnica proporcional, investido através da jurisdição [1], à esfera delimitada pela competência, ao encargo de “dizer o direito”, e o faz em nome e no desempenho de um papel, ou seja, como personificação física do estado. Portanto, falamos de homens que representam uma instituição político-jurídica abstrata, e não de Deuses ou Semideuses dotados ou imbuídos de qualquer atributo através do qual se possa supor ou evidenciar o sobrenatural, sobrenatural tão comum e adscrito à figura mítica das divindades.

E a primeira consideração a ser feita, é a visualização do juiz como um homem comum, e o desempenho de sua função não extrai de sua pessoa as singularidades atinentes e inerentes a qualquer cidadão. Sabidamente, seu julgamento expressa, além daquilo que “está nos autos, por conseguinte, no mundo”; expressa também, suas máximas experiências. Onde, suas decisões vão além do fundamento jurídico e motivações normativas obrigatórias, estarão sempre impregnadas por seu subjetivismo pessoal, o que afirmativamente não significa um descompromisso social. Todavia, esta é a real essência que pretende expressar nosso trabalho, que é o de descortinar de um sentido “humanizador” que deve permear a jurisdição e o processo.

No que toca à nossa questão, é condição primaz, conceber o direito como uma ciência eminentemente social, de tal maneira, que qualquer análise do homem como um ser individual irá deparar-se novamente com a subjetividade, desta feita, com o universo cognitivo exclusivo do cientista que o tem sob seu foco o objeto humano. E, neste sentido,

é que nos preleciona Lévi-Strauss, dizendo-nos que com relação ao indivíduo, existe sempre uma coincidente identificação entre o sujeito (investigador) e o objeto (investigado): “Numa ciência, onde o observador é da mesma natureza que o objeto, o observador, ele mesmo, é uma parte de sua observação”. [2] Atente-se, todavia, que a assertiva de Lévi-Strauss é pertinente ao desempenho dos juízes em seu papel de “conhecer o direito e dizê-lo à sociedade”.

Aqui, fazemos incisivamente nossa primeira inserção ao tema, lembrando-nos de Franz Kafka, em “O Processo”, escrito no início do século XX, onde traz ao foco a questão de que mesmo o Estado Democrático de Direito é passível distorções [3], quando as instituições já não guardam a razão de ser na prestação de serviço público essencialmente eficiente, mas sim, na submissão ao poder e às camadas dominantes. Pois, para Kafka as funções exercidas pelo Estado só se justificam em prol da sociedade, conseqüentemente, incabível um processo que desumaniza o indivíduo. Sob este primeiro enfoque, percebemos que Kafka sublinha com bastante destaque a tríade: necessidade, finalidade e utilidade, presentes na instrumentalidade jurisdicional, como expressão de uma razão processual, e, sugere que, a ausência de qualquer destes elementos, romperia o nexo necessário à sua propositura ou desempenho.

De fato, nos primórdios do direito ou das normas de conduta, não havia uma distinção entre direito adjetivo ou substantivo, ou seja, não havia uma separação ou uma normatização específica para uma regra de fundo e outra para as de forma.

Com a evolução histórica, a teoria geral do direito galgou caminhos que aos poucos foram focando tais institutos como objetos distintos que são. Notadamente, tal divisão deu-se tão-somente com a codificação napoleônica. Todavia, antes disto, encontramos institutos tipicamente processuais contemplados em legislações milenares, tais como, no antigo Código de Hamurabi, nas antigas Leis de Manú. Como também na antiga Roma, berço do sistema jurídico ocidental. E, porque não dizer, até mesmo na Bíblia é possível encontrar preceitos e diretrizes de ordem puramente processual, haja vista o comentado julgamento do Rei Salomão, onde buscou encontrar a cognição da verdade real, e de posse dela, fazer justiça.

Fazer “Justiça”, esta tem sido uma questão delicada dentro da universalidade jurídica de hoje ou de antes. Tanto que, os campus acadêmicos doutrinam-nos a uma postura que traduz um clara diferença entre pacificar as questões sociais e fazer justiça. Como se ambos fossem objetivos distintos, e que ao Estado, o único exercitável, seria o de solucionar conflitos, já que não há na seara da jurisdição o encargo ou o ônus de ser justa.

Conquanto, jurisdição e processo são elementos culturais, frutos de uma sociedade civilizada, pois, se descreve como parte de um processo evolutivo, através do qual foi possível constatar a necessidade de incidência das normas jurídicas na vida do indivíduo, daí porque o sistema de regramento de conduta se expandiu. Noutras palavras, a sociedade humana aprendeu a lidar com a necessidade de reger e regulamentar seu convívio social; observando que o resultado deste acúmulo cultural se encarta numa teoria geral de direito, mas, não um direito estático ou enegrecido em sua estrutura. Porquanto, falar-se em um direito mutante e ágil em sua adaptação à realidade, consiste na aceitação de um

procedimento flexível e célere, tanto quanto, à natureza do aprimoramento do elemento humano em função do qual existe e para o qual se destina. Todavia, quando falamos em um direito mutante ou modulável, sabemos que a mutação tange-se à relatividade da performance, jamais, alcança ou altera os valores humanos, porque estes são absolutos.

E o processo, como elemento estrutural da jurisdição; instrumento de exercício de cidadania nos faz crer que, há no contrato social do Estado-Juiz um compromisso, ainda que, implícito ou tácito, com a sociedade, conseqüentemente, há também uma obrigatoriedade e um comprometimento com a justiça, com a eficácia processual, com a eficiência das instituições por ele erigidas.

E no cenário atual, o processo clama por uma justiça mais ampla, mais acessível, executável e também abrangente. Vivemos tempos modernos, onde a instantaneidade das informações tornam a evolução social e humana, em similitude proporcional, muito mais dinâmica.

Assim, ao pensar em entrega jurisdicional, temos, necessariamente que pensar na jurisdição como “poder-dever” estatal, uma função inafastável desde o fim da autotutela, apresentando-se dentro da estrutura política como incumbência atribuída ao Poder Judiciário, e, ao mesmo passo, ressalta ser a garantia de existência do Estado Democrático de Direito; permanência e manutenção de suas instituições, bem como segurança e sustentabilidade do ordenamento jurídico, e mais que tudo, defere respeitabilidade à Constituição Federal no que concerne à obediência aos seus princípios, valores e vontades. E, dentro deste contexto, sociedade e estado não se apartam, conseqüentemente, o indivíduo (célula do tecido social) necessita da intersubjetividade da sociedade, e a sociedade intersubjetiva e coesa só subsiste em função do aspecto intrapessoal do Estado.

Objetivamente, ao falarmos de sociedade, desde logo, e necessariamente, nos vem à mente a idéia de um grupo de indivíduos, agrupados com a finalidade de sobrevivência (motivo certo) e propósito de expansão cultural (finalidade comum); organizados no que tange às instituições e regramento de conduta, possuidores de direitos e liberdades garantidos, bem como limitados por deveres e obrigações contrapostos (resultado útil). E toda esta simplicidade retrata o fenômeno ao qual chamamos socialização, ou seja, participação em entidade coletiva e organizada, onde a permanência constitui aceitação aos objetivos comuns, e o desempenho do papel adequado, sendo este prescrito por normas sociais, culturais ou jurídicas preestabelecidas.

Se de tal modo, sabemos o que é a sociedade e os liames das funções estatais, por conseguinte, nos parece claro também, quais são os verdadeiros objetivos insertos no processo. O processo infere-se ao Estado, tanto que, quanto mais é fortalecido o Estado, maior a imposição de regras regulamentadoras e, é como se a própria sociedade não permitisse a existência de um Estado, tão-somente, espectador das controvérsias entre os particulares. Razão pela qual, a função judicante no Estado moderno se constitui como garantia do devido processo legal e princípios fundamentais. Estabelece requisitos de forma para as decisões, concede garantias salvaguardadas aos magistrados, em espécie de salvo-conduto ao livre convencimento, bem como, em contrapartida, faz com que o mesmo

processo legal, por ele garantido, venha tornar-lo intocável em seus próprios preceitos, pois, é a legalidade processual que garante ao Estado sua legitimidade.

Ressaltando que, nem sempre a idéia de legitimidade esteja relacionada com justiça, tampouco, com Estado Democrático de Direito; legitimidade pode esboçar uma representação circunstancial, o que significa dizer que, num dado momento, uma certa ordem pode estar embasada em algo que lhe sirva de sustentação e permanência. Tornando-se, portanto, legítima diante destes aspectos instantâneos ou imediatos. Contudo, abrimos um aparte ao pensamento de Rui Barbosa, com o qual compartilhamos opinião: “Os interesses da alta política, por mais altos que sejam, não derogam a Constituição, embora, possam dar caráter de constitucionalidade a atos inconstitucionais”. [4]

Portanto, já compreendemos que o Estado possui personalidade, e que esta personalidade jurídica lhe é atribuída em razão e na proporção de sua soberania e autodeterminação diante de seus pares, conforme lhe confere o Direito Público Internacional. Assim, possuidor de personalidade jurídica e capacidade, pode assim, ser suscetível de direitos e obrigações. E, como todo ente que possui personalidade, em consequência, possui também vontade e interesses próprios, exercitáveis através de seus órgãos e do sistema jurídico estabelecido.

Dentro desta realidade, somos também sabedores de que uma das funções primordiais do Estado surge da subdivisão de seu poder uno; que é a jurisdicional, a par da executiva e legislativa. E, embora, nenhuma delas seja de somenos importância diante das outras, é certo também, que a jurisdicional, de certo modo, é a mais emblemática do princípio democrático, ou seja, os princípios e garantias processuais e que fazem vigor e vigorar a legalidade geral. E este veículo que conduz o sistema de legalidade imperativa, é a efetividade do elemento estrutural da jurisdição, o processo.

E, embora o Estado e sua legitimidade estejam voltados à ciência política, e, não obstante, possam ser analisados sob os holofotes de diversos e distintos saberes, porém, nossa intenção concentra-se em compreendê-lo tão-somente no cerne de sua finalidade e objetivos, conhecer seus mecanismos de sustentação. Para tanto, seguramente, apontamos que não há organização social sem governo (forma de organizar internamente os assuntos sociais), não há governo sem regras (autoridade-governo e norma-coerção), não há regras sem que haja aceitação e consenso geral (seres humanos só sobrevivem em sociedade e necessitam da cooperação e auxílio dos demais de sua espécie), e este consenso geral é resultado de uma evolução social (complexo dos feitos empreendidos e conquistados culturalmente pela humanidade).

Para falarmos do processo, entendendo-o como um instituto instrumental, sustentáculo de uma relação jurídica interpessoal, inicialmente, de dois sujeitos e, entre eles, há uma pretensão resistida que será exposta a um terceiro (o juiz), a quem incumbe o papel de Estado pacificador, que aplicando, via de regra, o direito positivo, soluciona o conflito. Observamos, portanto, que o Estado tem dentro do processo uma vontade (tendência ao bem conhecido pela razão [5]), pois, a tutela jurisdicional está sob a égide teleológica da finalidade, e ter uma finalidade implica em ter um interesse em um desfecho “justo” aos fatos debatidos e materializados no corpo dos autos.

A partir deste ponto, começamos a tratar de um das condições da ação, que o interesse de agir, que como demonstrado, dentro da estrutura angular do processo, todas as partes integrantes possuem de certo modo interesse de agir. Até mesmo o Estado de Direito possui interesse e vontade, e através de sua personificação na pessoa física do juiz, via da entrega da tutela estatal, consegue concretizar o justo e alcançar o efeito pan-processual do bem comum. Mas, quando afirmamos que o Estado-juiz tem vontade e interesse próprios, bem como finalidade específica, não significa dizer que, esta vontade e interesse sejam tendenciosos ou pré-concebidos a satisfazerem as pretensões dispostas entre o autor e o réu de um processo.

E neste sentido, nos descreve Carnelutti:

“A capacidade de um bem para satisfazer uma necessidade é a sua utilidade. A relação entre o ente que experimenta a necessidade e o ente que é capaz de a satisfazer é o interesse. O interesse é, pois, a utilidade específica de um ente para outro ente. (...) Um ente é objeto de interesse na medida em que uma pessoa pense que lhe possa servir; do contrário, é indiferente. Daqui se deduz que pode haver interesse não apenas em ordem a uma necessidade presente, mas também em ordem a uma necessidade futura. E a existência da necessidade pode resultar não só de uma sensação como de uma dedução. (...) É esta a noção de interesse que deve ser empregue na construção da teoria do direito”. [6]

Segundo Flávio Luiz Yarshell a tutela estatal se estende além, e não apenas em favor da parte em relação ao adversário, mas inclusive em favor da parte em confronto com o próprio Estado, que exerce o Poder. [7]

E, neste sentido, Miguel Reale nos esclarece, trazendo à evidência no que consiste este “desejo”, este “interesse” do Estado-juiz, e que o fazem cumprir no processo a finalidade da justiça:

“A justiça é vista como inclinação, tendência, forma de querer, como algo, em suma, que está no homem mesmo antes de ser realizar a sociedade. Se o homem age, no entanto, segundo a justiça, obedecendo àquele impulso subjetivo, instaura uma dada ordem social, uma ordenação de convivência. Também a essa ordenação social por ele objetivada se dá o nome de justiça ou de justo. (...) Se afirmamos que o justo é a realização do bem comum ou, por outras palavras, que é o bem enquanto fim intersubjetivo do agir (...) Daí a tese de que o Estado deve ter uma função primordial e essencial, que se esgotaria na tutela jurídica (...) Determinado o conceito de Direito e fixadas as notas que constituem a juridicidade, abre-se um segundo campo a indagação, relativo à atitude do jurista perante um ‘dever’ a cumprir, em função de sua valoração do ‘agir’. Se o Direito existe como realidade social, e se em razão desta se estabelecem juízes e tribunais, assim como se movimentam clientes e advogados, é sinal de que há fins a serem atingidos ou, pelo menos, fins que os homens julgam necessários a seu viver comum”. [8] (grifos nossos)

Logo, diante das questões abordadas, dos aspectos trazidos à discussão, nos convencemos de que, a tutela jurisdicional, que ratificamos, possui interesse e finalidade, deve percorrer um caminho que leve o processo de um modo específico à verdade.

E talvez, interessasse-nos aplicar ao direito processual como um todo, o Princípio da Primazia da Verdade, existente no Direito Processual do Trabalho. Porque, evidentemente diverso da verdade formal que abarca o processo civil e, distinta da verdade real que permeia o processo penal, a primazia da verdade nos dá a conceber uma verdade única e exclusiva, no âmbito civil, obrigação jurisdicional de o magistrado conhecer e considerar aquilo que não está nos autos, porém, é notório ao mundo moderno e a sociedade atual, e, em âmbito penal, abrir ao órgão julgador a possibilidade de conhecer no processo sua real necessidade e na sanção penal uma maior utilidade e eficácia, podendo, inclusive considerar, sem medo da modernidade lógica ou do óbvio inovador, questões probatórias ou circunstanciais não previstas em lei, tais como: a prescrição virtual ou a regressão hipnótica como meio hábil para apuração dos fatos ocorridos.

Concluímos nosso trabalho, lançando mão de duas assertivas, a primeira, de Regis Fernandes de Oliveira:

“Deve o juiz transformar-se, porque transformada está a realidade e, quanto mais alterada, mais se altera a posição do magistrado. Ele não pode deixar de acompanhá-la, sob pena de ficar afastado da realidade que o cerca. Infeliz o juiz que não percebe que há vida além do processo”. [9]

E, a segunda, de William Shakespeare: “Briga-se por uma palha, quando isto vale um princípio”. Assim, ambas nos conscientizam de que, o direito, de certo modo, jamais extrairá de sua essência, aquilo que lhe dá contornos peculiares, ou seja, de ser ao homem um estado de luta permanente, e não de paz. Em suma, deixamos aqui, parcela de nosso empenho, vontade e força. Exaustos? Sim! Mas, não vencidos.

## Referências Bibliográficas

[1] Segundo Antônio Rulli Júnior: “A jurisdição é uma função do Estado e, normalmente, tem sido entregue a pessoa ou pessoas imparciais e independentes que se encarregam de efetivá-la; o direito de pacificar e harmonizar as relações sociais, dizendo a justiça, garantia de segurança jurídica, social e política”.

[2] LÉVI-STRAUSS, C. “Aula Inaugural”. In Alba Zaluar (org.). *Desvendando Máscaras Sociais*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975. p. 215.

[3] Erich Heller ao comentar a obra de Kafka faz uma ilação à interpretação, trazendo à mostra um trecho introdutório da obra “Teoria das Cores”, de Goethe: “O simples fato de olhar uma coisa resulta, gradualmente, em contemplação, a contemplação termina em pensamento, e este no estabelecimento de conexões; assim, pode-se afirmar que cada olhar atento lançado ao mundo é um ato de teorização”.

[4] Obras Completas, Vol. XXIV, Tomo III, p. 18.

[5] JOLIVET, Régis. Vocabulário de Filosofia. Tradução: Gerardo Dantas Barreto, Rio de Janeiro: Agir, 1975.

[6] CARNELUTTI, Francesco. Teoria geral do direito. Trad. Rodrigues Queiró. São Paulo: Saraiva, 1942. p. 79-80.

[7] YARSHELL, Flávio L. Tutela Jurisdicional. São Paulo: Atlas, 199. p. 33.

[8] REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998. p. 272-293.

[9] OLIVEIRA, Regis Fernandes de. O Juiz na Sociedade Moderna. São Paulo: FTD, 1997. p. 82.

\*Funcionária do Tribunal de Justiça de São Paulo, Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional – ESDC/SP.; Especialista em Direito Processual Civil pela Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-COGAE-PUC/SP; e Pós-Graduada em Semiótica Psicanalítica – Clínica da Cultura, também pela COGAE-PUC/SP. (Veja mais conteúdo publicado por este autor no DireitoNet). Suzana J. de Oliveira Carmo (suzanaoakin@hotmail.com)

Disponível em: < <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/36/99/3699/> >. Acesso em: 29 ago. 2007.