
ARTIGO

“UMA SINGELA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A ATUAL CRISE QUE ASSOLA O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E A TENDÊNCIA HODIERNA DA PROCESSUALÍSTICA CIVIL NACIONAL: DA FALÊNCIA DO PROCEDIMENTO ORDINÁRIO À DESCOBERTA E VALORIZAÇÃO DAS TUTELAS DE EMERGÊNCIA, COM O REENCONTRO DA CELERIDADE PROCEDIMENTAL E A SALVAGUARDA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL”

Luciano Pasoti MONFARDINI*

I- DAS CONSIDERAÇÕES PROPEDÊUTICAS

Brasil, 2002. Tempos difíceis, tempos modernos!

Objetiva fundamentalmente este singelo e despretensioso trabalho acadêmico analisar, à luz da atual crise que assola o Judiciário e suas principais estruturas, as últimas tendências processuais civis em cotejo com os diplomas anteriores e, sobretudo, **refletindo exemplificativamente sobre o novo sistema de “tutelas de urgência” (tutela jurisdicional diferenciada) compreendido pelos artigos 273 (tutela antecipada) e 461 (tutela específica) do atual Código de Processo Civil Brasileiro.**

(*) Mestrando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas, advogado militante em Campinas e professor de Direito Civil da Faculdade de Direito de Espírito Santo do Pinhal/SP (CREUP).

Além disso, pretende-se tecer rápidas mas severas críticas às eternas propostas de **atribuição de efeito vinculante às súmulas oriundas dos Tribunais superiores**, revelando como seria afetado de morte o princípio do devido processo legal, sepultado o controle difuso de constitucionalidade e gravemente ferida a Constituição Federal.

A **ética** e a **efetividade** do processo são as maiores necessidades atuais para que, ao lado de soluções legislativas criativas e esforços governamentais satisfatórios, com a sua satisfação seja possível resolver os problemas do Judiciário e garantir a consciência, o acesso e a verdadeira distribuição de justiça.

Mas, indubitavelmente, qualquer iniciativa para análise ou reflexão sobre qualquer instituição nacional exige, vestibularmente, ainda que de uma forma perfunctória e prolegomenal, desprovida de grande rigor científico-sociológico, uma contextualização da realidade social vivida pelo país.

Referida necessidade ganha incomensurável importância quando o foco das atenções é o Judiciário e as estruturas nele envolvidas.

Cumpra reconhecer que o poder Judiciário é a sede própria para a solução de todos os conflitos que escapam ao bom funcionamento das regras e relações jurídicas. Isto porque a regra é o perfeito funcionamento das relações e dos negócios jurídicos, sendo as dúvidas ou conflitos as exceções, as “patologias” que exigem a atuação do Judiciário e os processos são os instrumentos de cura destas anomalias.

E é cediço que se o Judiciário vai mal, outra não pode ser a realidade social. Pior ainda, se a sociedade vai mal, a atuação do Judiciário deveria ser tal que garantisse, satisfatoriamente, a efetividade, a ordem e a paz social.

Nesse diapasão de idéias, triste e cruel é a realidade sócio-cultural do país. Índices alarmantes de criminalidade espalham um sentimento indiscriminado de insegurança e impunidade; escândalos de corrupção e péssima destinação do erário público desmoralizam as instituições públicas nacionais; a pobreza econômica e cultural agrava cada vez mais a crise do desemprego e defenestram as garantias mínimas dos cidadãos brasileiros; a desestruturação social na saúde, educação, moradia, previdência social, etc, impingem ao país bolsões de miseráveis e alienados...

Prova cabal disso é o relatório sobre “A Situação dos Direitos Humanos no Brasil”, realizado pela OEA - Organização dos Estados

"UM SINGELA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A ATUAL CRISE...

Americanos - em 1997, há apenas quatro anos, quando então essa comissão identificou em seu comunicado de imprensa, de 9 de dezembro, os principais problemas nacionais:

- **A administração da justiça;** (grifo nosso)
- Os grupos de extermínio;
- A violência urbana e rural e a falta de segurança das pessoas;
- A discriminação racial;
- A situação da população indígena;
- A violência contra os ocupantes de terras não rurais exploradas;
- Os problemas dos meninos e meninas de ruas;
- A violência policial e sua impunidade e a tortura como meio de investigação;
- O sistema penitenciário;
- A competência dos tribunais militares para julgar delitos comuns cometidos por policiais estaduais (“militares”);¹
- A situação de servidão forçada dos trabalhadores rurais;

Ora, cada um destes tópicos, pela gravidade do problema que representa para toda a sociedade brasileira, mereceria um dedicado estudo sociológico a parte mas, inevitavelmente, se afastaria este trabalho de sua verdadeira finalidade, qual seja, refletir social e juridicamente, embora com um método tridimensionalista de abordagem², sobre a atual crise do judiciário e as novas tendências legislativas para o Direito Processual Civil.

No entanto, seguramente não foi ao acaso que se mencionou “a administração da justiça” como o primeiro e grande problema nacional.

É evidente que o poder Judiciário brasileiro está eivado de gravíssimos problemas estruturais e até institucionais. Se assim não estivesse, se cumprisse com a sua função jurisdicional e salvaguardasse a ordem jurídica e garantisse a paz social, nenhuma anomalia social séria seria vislumbrada.

⁽¹⁾ Alterado por lei. Atualmente os crimes comuns cometidos por militares são da competência da justiça comum, estadual ou federal.

⁽²⁾ Entender o direito e a realidade que o cerca, sempre dinâmica e mutável, como o resultado de uma interação constante dos valores, dos fatos sociais e das normas propriamente ditas.

Todos os conflitos estariam sendo resolvidos satisfatoriamente e o equilíbrio estaria minimamente mantido.

No entanto, o relatório vai mais além em suas conclusões e enfatiza:

“O sistema judicial, salvaguarda primeira das garantias que deve oferecer o Estado, sofre de lentidão, formalismos complexos e desnecessários e ainda de debilidades institucionais. As mesmas resultam na impunidade institucionalizada de funcionários - policiais (SIC) por seus próprios abusos ou de grupos de delinqüentes protegidos pelos policiais (SIC) ou pela inoperância do aparelho judicial. As barreiras jurisdicionais entre os estados e a União são utilizados para protelar e burlar a justiça, facilitando assim a ação dos delinqüentes. Competências especiais como o da justiça militar para julgar abusos ou delitos de funcionários policiais não se justificam, e contribuem para a impunidade”³

Percebe-se assim, que é justamente esta a realidade que se deve ter em mente para se nortear todo o trabalho da reforma do judiciário, na busca da melhor maneira de se administrar a justiça, distribuindo-a, de forma equilibrada, equânime e, principalmente, justa.

Assim sendo, forçosamente impende reconhecer a gravosa crise que há muitos anos vem assolando irremediavelmente o Judiciário, talvez atingindo seu ápice nos dias atuais, acarretando cada vez mais funestas e irreparáveis conseqüências para toda a sociedade. O conjunto das mazelas agregadas é complexo (dificuldades intransponíveis de acesso à justiça pelo economicamente hipossuficientes; a morosidade excessiva dos feitos pelo número absurdo de demandas, existência de recursos meramente protelatórios, número insuficiente de juízes, péssima estrutura física do Judiciário, despreparo dos advogados e funcionários da justiça, sobrecarga de serviços, burocratização dos procedimentos, dificuldades legislativas, falta de eficácia e incidibilidade das leis, etc) e corolário dele é o descrédito geral e o comprometimento da efetividade na distribuição da justiça.

A tudo isso, também devem ser somados novos fatores que, irrefutavelmente, tenderão a agravar mais a crise se soluções macro-estruturais

⁽³⁾ Vide nota 4

"UM SINGELA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A ATUAL CRISE..."

e, sobretudo, criativas e eficazes, não forem urgentemente tomadas. Inolvidável é a evolução tecnológica que aumenta assustadoramente a complexidade das novas relações jurídicas, inéditas no mundo pós-moderno. Fundamental que o Direito acompanhe minimamente a dinâmica das transformações sociais e culturais. Atualmente, já se exige do judiciário e do legislativo respostas imediatas e satisfatórias a temas que vão desde a clonagem humana até a disciplina para harmonia e funcionamento dos mega-blocos econômicos do mundo, passando por conflitos étnicos e religiosos e flagrantes diversidades culturais e ambientais que também exigem auspiciosa tutela jurídica.

Infelizmente, a realidade da justiça nacional é desanimadora. Fundamentalmente, carece de um **comportamento mais ético daqueles que lidam e operam com o Direito e também uma maior efetividade no exercício jurisdicional**. Soluções legislativas devem satisfazer em menor tempo possível também o maior número possível de pessoas. **Enquanto o Judiciário, nas palavras do insigne professor Alberto Camiña Moreira, “se restringir ao julgamento das demandas de Cáio contra Tício, estará fadado à crise eterna!”**

Referidos aspectos da crise do Judiciário serão objeto de análise mais pormenorizada na sequência deste, repita-se, singelo e desprezioso esboço acadêmico.

Contudo, não obstante a dimensão absurda do problema, o processo de solução depende de decisões lógicas e filosóficas. Não se pode pretender atingir elevados graus de otimização ou efetividade se o mínimo de condições não forem satisfeitas. Absolutamente, em nada adiantam maravilhosas teses jurídicas se faltar a consciência proemial das **verdadeiras fontes do Direito, da filosofia da Justiça e dos valores humanos envolvidos na questão**.

Mas, infelizmente, o que se tem observado ultimamente é a repetição inoficiosa de um gravoso erro cometido pelo Legislativo e, cegamente, aplicado pelo Judiciário, pressionado politicamente pelo Executivo: **tentar encontrar soluções legislativas para problemas estruturais e conjunturais**. Ora, com exceção daquelas iniciativas legislativas que realmente satisfazem as necessidades e ao mesmo tempo respeitam os princípios constitucionais e garantias individuais fundamentais – como é o caso por exemplo dos mecanismos de tutela de urgência e das ações coletivas – não se podem aceitar soluções legislativas para problemas conjunturais. Estes

devem ser resolvidos com recursos econômicos e iniciativas governamentais!

A aceitação da atribuição de efeito vinculante às súmulas oriundas dos Tribunais superiores é um dos exemplos do supramencionado erro e, conforme será, superficialmente, tratada neste trabalho, afetará o próprio princípio do devido processo legal, base de todo o direito processual, abrangente que é dos demais princípios da legalidade, da igualdade, da segurança, da justiça, do duplo grau de jurisdição, etc.

Por enquanto, passemos à prometida análise da evolução do direito processual civil que tem culminado com as tutelas de urgência e defesa coletiva dos direitos individuais e mecanismos coletivos de defesa dos direitos.

II- DA EVOLUÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Não obstante todas as mazelas atuais do Judiciário e que revelam irrefutável crise na administração da justiça, indubitavelmente, nota-se importante evolução na processualística civil brasileira.

Inegável é a sofisticação de nosso diploma processual civil, em cotejo até com as leis adjetivas italianas e alemães, em matéria referente às tutelas diferenciadas e de emergência, também nos instrumentos de defesa coletiva de direitos (individuais homogêneos) e mecanismos de defesa de direitos coletivos (difusos e coletivos *strictu sensu*).

Há, hodiernamente, o reconhecimento e a certeza de que o direito substancial é absolutamente nada sem o instrumento hábil e idôneo para a sua efetivação.

Pecava, essencialmente, o Código de Processo Civil de 1939 pela dificuldade de sua instrumentalidade e sua maior necessidade era o encontro da celeridade procedimental.

No diploma processual de 1973 houve alguns avanços, evidenciando-se maior rigor técnico e sistemático, como, por exemplo, a previsão do julgamento conforme o estado do processo e ainda a tentativa de simplificação do sistema recursal. Mas a persistências de gravosos problemas, tais como o número excessivo de procedimentos, a adoção do rito sumaríssimo em total descompasso com a estrutura do judiciário, a vastíssima atacabilidade das decisões interlocutórias e a despreocupação com o processo de execução, impuseram a necessidade de drásticas reformas ocorridas em 1994

"UM SINGELA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A ATUAL CRISE..."

Referida reforma, visando a agilização, a simplificação e a desburocratização do processo, trouxe mudanças na prova pericial, a alteração do regime do agravo de instrumento, a previsão da ação monitoria e, ao que mais nos interessa, **a introdução da tutela antecipada e tutela específica, formando como se demonstrará mais adiante um verdadeiro “micro-sistema” de tutelas diferenciadas de urgência.**

Mas, pela permanência de problemas, já se fala em uma 2ª. mini-reforma ou “reforma da reforma” que, entre outras propostas constantes do projeto, permitirá a admissibilidade da tutela antecipada mesmo em caso de irreversibilidade do provimento antecipado, quando a denegação da medida puder impingir ao autor prejuízo maior e irreversível para o autor.

Revelam-se, assim, inolvidáveis tendências no processo civil moderno: a abreviação dos procedimentos, a adoção cada vez maior das técnicas de sumarização - na expressão do professor Kazuo Watanabe em sua obra “Da Cognição no processo civil” -, a adoção de provimentos antecipatórios, liminares, executivos *lato sensu* e mandamentais, sempre para atender aos reclamos hodiernos, em virtude da crise atual, de efetividade e celeridade processual.

Conforme vaticinam João Batista Lopes, Ovídio Baptista, Arruda Alvim, Dinamarco, Tarzi, Bedaque e outros processualistas de renome nacional e internacional, fundamental a “revisitação” dos institutos fundamentais do direito processual civil, à luz de uma nova realidade.

Nesta intenção, o processo destaca-se hoje mais pelo seu fim social e não somente pela sua característica meramente instrumental. A efetividade do processo, na verdade, o revela como instrumento de realização da justiça e pacificação social.

As últimas criações legislativas acerca da tutela antecipada e das execuções *lato sensu* e provimentos mandamentais são oriundas de uma única pergunta que ultimamente tem sido feita: Por que percorrer os sinuosos e longos caminhos do procedimento ordinário nos casos em que o direito do autor é evidente ou corre seríssimo risco de perecer em caso de demora na entrega da prestação da tutela jurisdicional?

III- DA TUTELA JURISDICIONAL DIFERENCIADA

Trata-se de expressão utilizada primeiramente pelo mestre italiano Andrea Prato Pisani que, entre as suas considerações, dispara severa e

impiedosa crítica àqueles que empregam a expressão de forma indiscriminada e tão somente para indicar a formação de procedimento especial inerente ao processo de cognição plena e exauriente ou como formas de tutela sumária, cautelar ou sumária “tout cort”. Segundo o insigne jurista trata-se, na verdade, não de uma mera especialidade de procedimento mas de instrumento para o encontro da efetividade do processo, assegurando à parte o tipo ou espécie de tutela mas adequado à proteção real do direito.

Interessante o magistério de Donaldo Armelino que distingue dois posicionamentos para a tutela diferenciada: em um primeiro aspecto quanto à própria tutela pretendida, ou seja, quanto ao provimento jurisdicional que atende à pretensão da parte, conforme o tipo de tutela que necessita. E em um segundo aspecto quanto à cronologia no iter procedimental que se insere, antecipando propriamente os efeitos e escapando das técnicas, tradicionalmente, adotadas.

Destarte, verifica-se que essa tutela jurisdicional diferenciada é o conjunto de instrumentos e modelos para fazer o processo atuar pronta e eficazmente, garantindo como escopo principal a adequada e satisfatória proteção dos direitos, sempre segundo os princípios, regras e valores constantes da ordem jurídica.

Ainda segundo o professor Kazuo Watanabe, na obra já citada, há dois planos distintos de cognição no processo, em diferentes graus: no **plano horizontal**, quanto à extensão do conhecimento que pode ser plena ou limitada e no **plano vertical**, quanto à profundidade, que pode ser exauriente ou sumária. Assim, várias são as possibilidades de combinação entre estas possíveis formas de cognição, mas o que mais chama a atenção é a adoção cada vez maior das “técnicas de sumarização”. Referida técnica, seja por razões de urgência, seja pela simplicidade ou peculiaridade da causa, faz com que sejam eliminados os atos desnecessários ou, ao menos, que se antecipem os efeitos da decisão final para a consecução de uma tutela mais adequada e efetivas às partes.

Traçadas tais considerações, torna-se possível o estudo da tutela antecipada e a constatação de que a sua previsão legal em nada afeta a constituição federal. Pelo contrário, a partir da tutela antecipada e dos demais dispositivos legais que certamente ainda surgirão, torna-se possível a preservação e o fortalecimento do princípio do devido processo legal.

"UM SINGELA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A ATUAL CRISE..."

Este princípio, conforme se verá no tópico seguinte, consubstancia-se também, entre outros tantos princípios constitucionais que o integram, na garantia da efetiva e **adequada** tutela jurisdicional.

IV - DO PRINCÍPIO (SOBREPRINCÍPIO) DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Todos os princípios jurídicos, inexoravelmente, encerram valores em si mesmos. Assim sendo, discorrer sobre qualquer dos aspectos que os cercam impõe, irrefutavelmente, a necessidade premente de traçar algumas considerações axiológicas.

Valores simplesmente valem, não são. Ou seja, não possuem conteúdo substancial ou material, perceptível aos sentidos humanos. Na realidade, encerram em si a realização, ainda que relativa, de um determinado fim perseguido culturalmente pelos homens, seja este o prazer, a segurança, a beleza, a utilidade, etc.

Coadunando-se com a idéia de Platão, é certo que todos os valores são absolutos e inatingíveis. Todos existem num plano superior ao da compreensão humana e, da análise de seus atributos, resta a certeza de que entre si não se pode cotejar quanto a maior ou menor importância, estabelecendo-se grau de hierarquia ou qualquer critério comparativo que humanamente se possa conceber.

Utiliza-se o filósofo grego do famoso “mito da caverna” para possibilitar uma melhor compreensão da sua idéias a respeito dos valores. Para ele, viveria o homem dentro de uma imensa caverna e com as costas voltadas para a entrada de luz. Assim, somente se restringiria a ver os reflexos nas suas paredes internas, imperfeitos e distorcidos, bastante distanciados da “realidade verdadeira” que se encontra fora da caverna. Isso também ocorre com os valores. O belo, o justo, o útil, e qualquer outro valor, encontram-se fora da caverna, no mundo perfeito, abstrato e ininteligível em sua totalidade para os homens. Estes apenas os realizam parcial e relativamente. Cuidam para que a visão que possuem seja o mais possivelmente representativa da realidade, sendo certo que jamais haverá perfeita coincidência ente o valor em si mesmo e a idéia que dele se faz.

Também se utiliza Platão de outro mito, o da “reminiscência” para demonstrar o caráter absoluto e inatingível dos valores. Segundo este, a alma do homem vestibularmente vagava pelo mundo das idéias. Sofre uma grave

queda e deste trauma ficam apenas algumas longínquas lembranças, reminiscências mesmo, daquele mundo perfeito.

Conclui-se, portanto, que os valores são inatingíveis aos homens que nada mais fazem que os perseguirem, ao longo de toda a evolução, aproximando-se o máximo possível da sua verdadeira identificação.

Ora, os princípios jurídicos protegem os mais variados valores: a justiça, a segurança, a legalidade, a igualdade.

Neste diapasão de idéias, forçoso é reconhecer que no mundo dos homens, e no direito por eles criado, jamais se atingirá a realização absoluta de tais valores. Jamais o direito possibilitará a plena realização da justiça. E esta é a angústia que deve impulsionar a todos que lidam e operam com o direito. Ter a justiça como um horizonte na estrada do direito...

É certo, portanto, que nenhum princípio, assim como nenhum valor, é mais ou menos importante que o outro em termos absolutos. O que ocorre é a “valorização” cultural que se dá a cada valor e a cada princípio. Por exemplo, numa sociedade ocidental o valor do “útil” será mais “valorizado”, agora em termos econômicos, em detrimento de outros como o “belo”, o “sagrado”, etc.

Tudo isso leva à certeza de que em sede constitucional também não há este ou aquele princípio que seja mais ou menos importante que outro. Todos encerram valores que, em seu conjunto, são fundamentais para a integração do ordenamento jurídico, ainda que se saiba que jamais se atingirá, de forma plena, a realização da justiça enquanto valor supremo.

No entanto, sistemática e logicamente, é possível a identificação - e dentro de um aspecto preponderantemente dogmático - de verdadeiros “sobrepontos” dentro do próprio ordenamento jurídico constitucional.

E o princípio do **DEVIDO PROCESSO LEGAL**, ou remontando às suas origens, do “due process of law”, retrata justamente este fenômeno. Não se trata de um “mero” princípio de índole constitucional mas sim de um verdadeiro “sobreponto”, fundamental e orientador de toda a integração do ordenamento jurídico. É a base de toda a hermenêutica constitucional e infraconstitucional.

A Constituição Brasileira, no título referente aos “Direitos e Garantias Constitucionais”, dispõe no inciso LIV do art. 5º que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Referida

"UM SINGELA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A ATUAL CRISE...

cláusula constitucional adveio diretamente de duas Emendas à Constituição Federal norte-americana. A primeira, número V, faz parte do denominado Bill of Rights. A Segunda, de número XIV, foi elaborada especificamente para os Estados Membros.

Preconiza a Emenda V que “ninguém será compelido em nenhum processo penal a ser testemunha contra si próprio, ou ser privado da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal.

A Emenda XIV, por sua vez, fala em sua Seção I: “Nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal”.

Thomas Cooley (*The General Principles of Constitutional Law in the United States of América*, 4a. ed., Boston: Little Brown, and Co, 1931, p. 139) procurou dar uma idéia do leque de proteção do instituto: “O termo devido processo legal é usado para explicar e expandir os termos vida, liberdade e propriedade e para proteger a liberdade e a propriedade contra a legislação opressiva ou não razoável, para garantir ao indivíduo o direito de fazer de seus pertences o que bem entender, desde que seu uso e ações não sejam lesivos aos outros como um todo”.

A Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Twining v. New Jersey*, mostrou a dificuldade na conceituação do “due process of law”: “Poucas cláusulas do direito são tão evasivas de compreensão exata como essa (...). Esta Corte tem sempre declinado em dar uma definição compreensiva dela e prefere que seu significado pleno seja gradualmente apurado pelo processo de inclusão e exclusão no curso de decisões dos feitos que forem surgindo”.

Nesse contexto, encerrado em seu bojo está uma série de outros princípios, tais como: o princípio da legalidade, da igualdade, da ampla defesa e do contraditório, do juiz natural, da segurança jurídica, da justiça, etc., de tal sorte que a sua identificação só é possível mediante a verificação da coexistência de todos esses aludidos princípios conjuntamente.

Segundo dispõe o art. 5º, XXXV, da CF “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito”. Desta forma, não ocorre apenas a garantia de acesso formal mas a efetiva tutela jurisdicional. É o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

O Art. 5º, caput, da CF dispõe: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.” Repete-se no inciso I: “homens e mulheres

são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. Trata-se do princípio da igualdade. Impende neste princípio considerar que muitas vezes é preciso tratar desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades, para que se atinja a pretendida isonomia. Além disso, também se destina este princípio aos legisladores: a norma deve ser tal que não privilegie e nem prejudique ninguém especificamente. Deve ser igual e aplicável para todos indistintamente.

O princípio do contraditório também está previsto no texto constitucional (Art. 5º, LV) e pela própria estrutura dialética do processo, que o informa e legitima.

O princípio do juiz natural, previsto no artigo 5º, XXXVII, veda a instituição de juízos ou tribunais de exceção, bem assim que alguém seja processado ou sentenciado senão pela autoridade competente.

Há ainda outros princípios que não estão expressamente previstos no texto constitucional mas que, necessariamente, estão presentes no devido processo legal. Exemplo é o princípio da independência e da imparcialidade do juiz e do duplo grau de jurisdição.

Traçadas tais considerações, é possível então entender qual a significação do princípio do devido processo legal.

Afigura-se como verdadeira garantia constitucional, instituída a todos os cidadãos abrangidos pela Constituição Brasileira de 1988 e salvaguarda a todos, sem qualquer exceção, a proteção do judiciário – nenhuma afronta ou ameaça de lesão a direitos deixará de ser apreciada pelo judiciário – sob os ditames estritamente legais, sendo rigorosamente observados os procedimentos previstos e respeitados todos os princípios e fins previstos constitucionalmente.

Desta forma, todo e qualquer processo, seja ele administrativo ou judicial, só será legitimado e válido constitucionalmente se em seus procedimentos, for garantida a segurança jurídica por meio da expressa previsão legal e respeitado o direito de defesa e do contraditório, preservando sempre a igualdade das partes, sem qualquer privilégio ou perseguição pessoal.

Trata-se, portanto, de um princípio de extrema abrangência. E por isso bastante difícil é a sua satisfatória realização.

Conforme já se disse alhures e que merecerá tópico à parte, o país atravessa gravosa crise em seu poder judiciário. Cada vez mais nota-se o

"UM SINGELA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A ATUAL CRISE..."

agravamento das dificuldades de acesso à justiça, principalmente pelos economicamente hipossuficientes. E os fatores que causam essa crise são mais que conhecidos: A morosidade na prestação da tutela jurisdicional, o grande número de recursos meramente protelatórios, a grande demanda de ações, o desaparelhamento estrutural do judiciário, o número insuficiente de juízes e tribunais, o despreparo dos advogados, a alienação cultural e social da população, a falta de incidibilidade de muitas leis, etc. Todos esses fatores infelizmente levam ao descrédito na justiça, ante a falta de efetividade do processo.

Nesse contexto, o principal desafio de nosso tempo é recuperar a credibilidade no judiciário e conferir efetividade ao processo, consubstanciando-se esta na solução rápida e satisfatória dos litígios, garantindo segurança jurídica, legalidade e instrumentalidade, de forma a realizar de forma razoável a paz social e permitir a manutenção da ordem jurídica.

E essa busca pela efetividade do processo, em meio a alarmante crise social vivida pelo país, impõe conforme se disse alhures a “revisitação” dos principais institutos processuais, entre eles o próprio conceito de processo. Este não pode ser visto como mero instrumento formal destinado à composição dos conflitos e das lides. A instrumentalidade do processo possui hodiernamente um sentido muito mais material que formal. Trata-se de meio de atuação da justiça e fundamentalmente de transformação social. Assiste-se, assim, à chamada “constitucionalização do processo”.

Garantir o efetivo acesso à justiça, superando todos os obstáculos existentes, é o primeiro passo para que exista o devido processo legal. É preciso encontrar a verdadeira igualdade das partes perante a lei.

O devido processo legal é, em suma, um modelo de processo, constitucionalmente assegurado, que confere validade aos atos jurisdicionais.

A tutela antecipada, entendida como o instrumento posto à disposição da parte para permitir a antecipação de efeitos da sentença de mérito e permitir a realização de seu direito, afastando os riscos da demora e o perigo de irreversibilidade, afigura-se como importante elemento do devido processo legal...

V - DA TUTELA ANTECIPADA E DO MICROSSISTEMA DE TUTELAS DE URGÊNCIA DO CPC

Em sede de análise acadêmica deste recente instituto de direito processual civil, não se pode simplesmente disparar críticas e apontar soluções *de lege ferenda* para a correção dos problemas que irrefutavelmente existem na matéria. Cumpre, primeiramente, reconhecer e enaltecer os avanços processuais brasileiros neste assunto, pioneiros na verdade, destacando os benefícios trazidos e prestigiando a iniciativa legislativa de superar as mazelas de um processo muito lento e tardinho, longe dos fins colimados pela realização do princípio constitucional do devido processo legal.

Trata-se de criação legislativa genuinamente brasileira que não guarda plena relação de similaridade com qualquer outro instituto jurídico atual, daí a sua maestria e merecimento da mais lúdica admiração.

Consubstancia-se este festejado instituto, essencialmente, na possibilidade do **adiantamento** pelo autor da demanda dos efeitos práticos do provimento final almejado, **sempre em caráter provisório, satisfativo e revogável**.

Sua previsão expressa no artigo 273 do Código de Processo Civil decorreu da funesta “ordinarização” excessiva do processo verificada no Código de 1973 e que, pela morosidade na entrega final da tutela jurisdicional, abalou seriamente a credibilidade da maioria da população nacional no Judiciário e suas estruturas envoltas. Os fatores da crise do Judiciário, as dificuldades de acesso à justiça, sobretudo pelos economicamente hipossuficientes, os desafios do judiciário no próximo milênio e as possíveis soluções para os problemas ainda existentes merecerão tópicos à parte.

Mas, antes mesmo da inclusão do referido dispositivo legal, já existiam outros dispositivos e mesmo leis especiais que já previam, em seu bojo, os mesmos efeitos que o art. 273 trouxe agora como regra geral. Ou seja, em situações especiais e particulares, já se permitia a possibilidade de antecipação de efeitos práticos de forma a satisfazer *prima facie* a pretensão do autor. Assim, *verbi gratia*, ocorria com as liminares possessórias, especialmente a liminar de busca e apreensão do Dec. 511/64, a imissão provisória na posse das desapropriações, a liminar da ação civil pública, o despejo liminar, etc. Conclui-se portanto, sem nenhum exagero, que os mecanismos de antecipação de tutela já eram previstos no ordenamento

"UM SINGELA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A ATUAL CRISE...

jurídico brasileiro antes mesmo da inserção do art. 273 e também do 461 no Código de Processo Civil que tiveram o condão de expressá-los e generalizá-los.

Impende, de forma premente, proceder a auspiciosa interpretação do texto legal a fim de refletir sobre os principais aspectos inerentes e interessantes ao instituto.

A primeira consideração, essencialmente conceitual, refere-se à finalidade primordial da tutela antecipada, qual seja, a de **assegurar os resultados práticos do processo ao seu final, antecipando os efeitos de mérito da sentença, evidenciando caráter predominantemente satisfativo**.

Neste espeque, pela sua natureza de **decisão interlocutória** e por ser fruto de **cognição sumária**, por isso **não fazendo coisa julgada material**, é que não se pode confundir a antecipação de tutela com julgamento antecipado da lide e muito menos com as tutelas cautelares.

No julgamento antecipado da lide, o juiz julga o próprio mérito da causa, de forma definitiva, proferindo sentença de extinção do processo com apreciação da lide (CPC art. 269). Nos casos do art. 273 o juiz antecipa os efeitos da sentença de mérito, por meio de decisão interlocutória, provisória, prosseguindo-se no processo. No julgamento antecipado da lide, há sentença de mérito, impugnável por apelação e sujeita à coisa julgada material. Já na tutela concedida antecipadamente há decisão interlocutória, impugnável por agravo e não está sujeita à coisa julgada material.

A tutela antecipada dos efeitos da sentença de mérito também não é tutela cautelar, porque não se limita a assegurar o resultado prático do processo, nem a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado pelo autor, mas tem por objetivo conceder, de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou seus efeitos. Ainda que fundada na urgência (CPC 273,I), não tem natureza cautelar, pois sua finalidade precípua é **adiantar os efeitos da tutela de mérito**, de sorte a propiciar sua imediata execução, objetivo que não se confunde com o da medida cautelar, qual seja, assegurar o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução ou, ainda, a viabilidade do direito afirmado pelo autor. A semelhança está, fundamentalmente, nas características da “provisoriidade” e “revogabilidade”. No entanto, cumpre repetir, a tutela cautelar (garantia da utilidade) goza de instrumentalidade e referibilidade a um outro processo, dito principal. O caráter assecuratório é predominante, diferentemente da tutela antecipada

em que o predominante é o cunho satisfativo (adiantamento dos efeitos da sentença de mérito). A tutela cautelar, por seu caráter eminentemente instrumental, é em regra desprovida de satisfatividade. Nas expressões de Giorgetta, Basílico e Cirulli, é “inidônea a determinar qualquer definição da situação substancial controversa.”

Portanto, o caráter da provisoriedade está mais que presente na tutela antecipada. No entanto, Luis Fernando Belinetti, analisando algumas hipóteses em que se impõe tutela urgente e satisfativa (exemplo: transfusão de sangue contra a vontade dos pais de menor de idade, pedido de liberação de jornais apreendidos ou de mercadorias perecíveis), suscita debate em torno da adoção de um tipo de tutela urgente satisfativa e definitiva: “A tutela a ser deferida, ainda que baseada em cognição sumária, seria final e conseqüentemente, satisfativa (definitiva e não provisória) tendo sido atendidos o contraditório e o devido processo legal, pois se terá facultado à parte a defesa mais ampla possível, em face das circunstâncias especiais previstas em lei que autorizasse tal procedimento” (Irreversibilidade do provimento antecipado, in *Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*, Coord. Tereza Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 260). A tese é sedutora mas implicaria flexibilização do princípio da ampla defesa, o que, no estado atual da doutrina, afigura-se bastante problemático.

Como ocorre na maioria das vezes quando da criação de novos institutos processuais, mormente aqueles que trazem profundas alterações, suscitou-se dúvida sobre a constitucionalidade do instituto da tutela antecipada, muitos nele vislumbrando desconformidade com o espírito constitucional pelo ferimento ao princípio do devido processo legal em virtude do prejuízo ao princípio da igualdade das partes, vez que somente o autor poderia antecipar os efeitos práticos da sentença. No entanto, nenhum vício constitucional há na matéria. O escopo do instituto é justamente privilegiar o pólo ativo da relação jurídica processual, dividindo o ônus da demora processual.

Ademais, de forma a corroborar a constitucionalidade do instituto, há a provisoriedade e revogabilidade (além é claro da proibição da tutela antecipada ante a irreversibilidade do provimento antecipado). Outrossim, conforme ventilado alhures, a possibilidade de antecipar os efeitos práticos do provimento final, no caso de evidência do direito do autor ou de iminente perigo de perecimento do mesmo pela demora, é medida que prestigia a efetividade e equidade do processo, revelando a satisfação do próprio princípio do devido

"UM SINGELA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A ATUAL CRISE...

processo legal na medida em que garante uma tutela adequada à natureza da causa e as necessidades da parte.

O objeto da antecipação da tutela não se confunde com o próprio *decisum* da sentença de mérito. Esta assertiva é fundamental e a sua não consciência gera os erros mais comuns na matéria. Se o objeto da antecipação fosse o próprio *decisum*, trataria-se de julgamento antecipado da lide. Aí sim, irremediavelmente, restaria atingido o *due process of law* pela não observância do contraditório e da ampla defesa.

Portanto, se se antecipassem os efeitos principais da sentença haveria verdadeiro julgamento antecipado da lide. Por outro lado, se se antecipassem tão somente os efeitos acessórios, seria esvaziado o conteúdo do instituto.

Destarte, a solução legal foi justamente restringir o objeto da tutela antecipada aos **EFEITOS PRÁTICOS** da sentença de mérito, com caráter executivo ou mandamental.

Não se pode deixar de tecer crítica à lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, em seu *Código de Processo Civil Comentado* (4ª. ed. RT, 2000. p.747) quando conceituam e informam a natureza jurídica da tutela antecipada: “ Tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito é providência que tem natureza jurídica mandamental, que se efetiva mediante execução “*lato sensu*”, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a **própria pretensão** deduzida em juízo ou os seus efeitos.” Ora, o primeiro grande equívoco havido refere-se a afirmação de que a antecipação recai sobre a própria pretensão deduzida em juízo. Recai é cediço sobre alguns dos efeitos práticos da sentença final de mérito. E também demonstra grande confusão entre os conceitos de executividade *lato sensu* e mandamentalidade. A efetivação dos efeitos antecipados depende da natureza do direito e, não obstante seguir no que couber a execução provisória do CPC, poderá se dar mandamentalmente ou segundo mecanismos executivos *lato sensu*. A principal diferenciação entre a execução *lato sensu* e a mandamentalidade está na sub-rogação dos atos executórios. Assim, sendo possível a substituição da vontade do requerido através da atuação de agentes do Estado para restabelecer o *status quo ante* perquirido pelo requerente, e **dentro do próprio processo de conhecimento**, será o caso de execução *lato sensu*, ou de forma mais clara, são medidas executivas que se efetivam por meios sub-rogatórios no bojo do próprio processo de conhecimento,

tornando desnecessária a atuação de um processo autônomo de execução. Por outro lado, não sendo possível a sub-rogação por agentes do Estado para a prática dos atos executivos, é o caso de ordem judicial dirigida diretamente ao requerido para que faça ou deixe de fazer determinada coisa ou conduta, revelando neste caso a mandamentalidade. Por ela, impinge-se ao destinatário da ordem até ameaça de prisão para o caso de descumprimento da ordem a fim de garantir a efetividade do processo.

A eficácia propriamente declaratória, constitutiva ou condenatória não pode ser objeto de antecipação.

A antecipação da tutela, via de regra, não permite ao autor usufruir plenamente de seu direito. Represente tutela satisfativa, conforme bem observa Luis Guilherme Marinoni, no sentido de abreviar o *iter processualis*, permitindo desde logo a sua execução, ainda que provisória, executiva *lato sensu* ou mandamentalmente.

Impende atentar para a antecipação da tutela nas ações declaratórias, constitutivas e condenatórias.

Nas palavras do mestre Pontes de Miranda, a declaratória é ação no plano da existência “ é o ser ou não ser da relação jurídica ”. A eficácia declaratória (juízo de segurança) ou a certeza (na linha da doutrina majoritária) é contemporânea ao trânsito em julgado, não podendo, pois, ser antecipada. A declaração, para conferir segurança ou certeza, não pode ser provisória, revogável ao longo do procedimento. Porém, essa vedação ao adiantamento da eficácia declaratória não se estende aos efeitos práticos dela decorrentes, que podem ser objeto de tutela antecipada. Dois exemplos clássicos são a consecução da realização de intervenção cirúrgica durante a discussão de cláusula contratual ou a sustação de protesto. Apesar de sempre ter sido considerada cautelar inominada, verifica-se aspecto substancialmente satisfativo, sendo o principal dos aspectos perseguidos pelo autor na ação de conhecimento (declaratória ou constitutiva negativa). Requerida a sustação de protesto em sede de tutela antecipada, enquanto se julga a ação de conhecimento, é irrefutável o conteúdo satisfativo inerente a esta pretensão. Por isso, não há que se falar em “cautelaridade”, pura e simplesmente. E há verdadeira “ordem emanada do juízo” para a retirada do protesto, demonstrando *in casu* a natureza mandamental da medida e não executiva *lato sensu*.

Interessante a observação de Teori Albino Zavascki quando diz em sua obra “Antecipação de Tutela” (Ed. Saraiva, 2001) : “ o que se antecipa

"UM SINGELA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A ATUAL CRISE..."

na Tutela Antecipada é a eficácia social, não a eficácia jurídico-formal". Admite a chamada "antecipação da eficácia negativa da ação declaratória", explicando o que para muitos é um contra-senso: a concessão de "medidas cautelares" em ações declaratórias. Trata-se, na verdade, de medidas de natureza antecipatória e não puramente cautelar.

Nas ações constitutivas, que encerram concomitantemente um conteúdo declaratório (pressuposto lógico) e constitutivo (extinção ou modificação de uma relação jurídica), também não se pode antecipar o efeito propriamente constitutivo (exemplo: pretender anular provisoriamente uma escritura) vez que somente alguns dos efeitos práticos da sentença de mérito podem ser antecipados. As razões são rigorosamente as mesmas. Veja-se, por exemplo, numa ação de anulação de assembléia de condomínio tomada contra o comando da lei (ex. majoração ilegal de despesas), nela pode o condômino pleitear, como antecipação de tutela, a suspensão da exigibilidade de tais despesas. Não pode, em absoluto, pretender a "anulação provisória das despesas".

Nas ações condenatórias está a sede própria para a realização do instituto da tutela antecipada. Mas como a condenação só pode ser obtida na sentença de mérito (julgamento final e definitivo após toda a instrução e apreciação da prova), a tutela antecipada funciona como **ADIANTAMENTO PROVISÓRIO DE EFEITOS EXECUTIVOS SATISFATIVOS**, com o que o instituto atende à função social de que se reveste o processo civil moderno.

Assim sendo, tecnicamente, não se deve falar em antecipação da condenação mas sim em antecipação dos efeitos executivos, sem prejuízo da lide, no momento oportuno.

Outrossim, não sendo possível a antecipação do *quantum* indenizatório, afigura-se razoável que o juiz – a título de antecipação de tutela – arbitre valor provisório para garantir as necessidades básicas das vítimas, por exemplo, em desabamentos de edifícios, afundamento de barcos, inundações, etc. Trata-se de realização da função social mesmo do instituto a que se referiu Zavascki.

Entre os requisitos da tutela antecipada, fundamentalmente estão:

- 1) pedido expresso da parte;
- 2) prova inequívoca dos fatos;

- 3) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou abuso no direito de defesa ou manifesto propósito protelatório.

Quanto à necessidade de pedido expresso da parte obviamente se conclui que não pode o magistrado ou Tribunal concedê-la de ofício. Não se trata a tutela antecipada de remédio contra a morosidade na entrega da prestação jurisdicional mas sim de antecipação de efeitos ante a evidente probabilidade do direito do autor. Aliás, não obstante a expressão “parte”, é igualmente certo que o pedido deve ser do autor, restando ao réu somente pedir – se for o caso e satisfeitas as condições legais – o julgamento antecipado da lide.

É possível que o juiz adote o princípio da fungibilidade caso o autor dê o nome de cautelar a um pedido que rigorosamente seria de tutela antecipada. No entanto, para que isto seja possível, todos os pedidos deverão ser essencialmente satisfativos e todos os demais requisitos do art. 273 do CPC deverão estar presentes. Só por só, não é permitido ao juiz substituir pedido de natureza cautelar (instrumental) por tutela antecipada (caráter satisfativo).

Bastante criticável é a expressão “prova inequívoca” utilizada no dispositivo legal. Em tese, não subsiste o sistema tarifário das provas na processualística civil brasileira. No entanto, é inegável a primazia de certas provas em detrimento de outras na formação da convicção do juiz. Mas não há provas que sejam absolutas, verdadeiras e inequívocas. Carreira Alvim alerta que a expressão deve ser entendida em outros termos. Se “inequívoco” traduz aquilo que não é equívoco, é claro ou evidente, semelhante qualidade nenhuma prova, absolutamente nenhuma, a reveste pois toda prova (independentemente da natureza) deve passar pelo crivo do julgador. Neste caso, o mais correto seria o abrandamento da expressão proposto pela doutrina, enfocando a verossimilhança da alegação e a probabilidade do direito pretendido.

O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação são conceitos vagos e indeterminados que permitem ao magistrado ou Tribunal sopesar com mais flexibilidade o caso concreto e, em nome da efetividade e da função social, decidir com certa margem de discricionariedade quanto à antecipação.

O abuso do direito de defesa ou a finalidade meramente protelatória consubstancia-se no exercício anormal, irregular, egoístico do direito de

"UM SINGELA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A ATUAL CRISE..."

defesa, exercido com o propósito evidente de prejudicar. A questão ganha polêmica doutrinária porque há um aparente conflito entre o dispositivo de lei a garantia constitucional da ampla defesa. Ocorre que ampla defesa tem significado de defesa adequada e não ilimitada.

Despiciendo atentar para a necessidade de motivação da decisão concessiva da tutela pelo magistrado. Na decisão que antecipa a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento. Há a necessidade de fundamentar tanto o deferimento quanto o indeferimento do pedido de tutela, ainda que de forma concisa, por se tratar de decisão interlocutória. Insta observar que no caso de decisão denegatória, pode ser requerido efeito ativo ao recurso de agravo de instrumento.

Pergunta-se que se faz: Há discricionariedade na concessão da tutela antecipada? Pode o juiz deixar de concedê-la quando entender a concessão “inconveniente” ou “inoportuna”? Trata-se de poder-dever uma vez que, em regra, a atividade jurisdicional não é discricionária, embora seja política.

Outro conceito vago e indeterminado utilizado no dispositivo legal é o “perigo de irreversibilidade”. De acordo com o atual texto legal não se concede a tutela antecipada se houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. Subsiste uma crítica a essa expressão: logicamente que a concessão da tutela é reversível por meio do Agravo de Instrumento e é da própria natureza da tutela antecipada as características da provisoriedade e da revogabilidade. Cuida-se, obviamente, de irreversibilidade dos efeitos práticos e fáticos do provimento.

De lege ferenda, seria possível abrir exceção e admitir a tutela antecipada em hipóteses especialíssimas de irreversibilidade, mormente, quando o indeferimento da medida pudesse traduzir lesão grave e irreparável. (Exemplo clássico da cirurgia heróica e urgente enquanto se discute cláusula do plano de saúde)

Importantíssima a aplicação do princípio da proporcionalidade, cotejando os interesses e bens da vida postos em jogo, do autor e do réu, dando preferência àquele que, reconhecidamente, for o mais importante.

Quanto ao momento de concessão da tutela antecipada, normalmente, deve ser *in limine litis*, mas podendo ser pleiteada a qualquer tempo, em primeira ou segunda instância e até mesmo na rescisória. Bastante divergente a doutrina nesta questão. Calmon de Passos, por exemplo, aduz

não ser possível antes do esgotamento da instrução. Carreira Alvim, por seu turno, defende qualquer tempo, antes da sentença. Para Clito Fornaciari Jr, Zavascki, Marinoni, Theodoro Jr., pode ser a qualquer tempo. É possível até mesmo antes da citação, sendo então *inaudita altera parte*.

VI - DA ANÁLISE DAS MAZELAS DAS PRETENSAS SÚMULAS COM EFEITO VINCULANTE

Idéia vendida como a maior solução existente para a atual crise do judiciário, a proposta de se conferir efeito vinculante às súmulas editadas pelos Tribunais Superiores é recheada de falácias e ilusões.

O discurso daqueles que, irresponsavelmente, defendem a idéia é sempre o mesmo: iniciam com os assustadores números e estatísticas do Judiciário e tentam por eles nos convencer que o efeito vinculante sepultaria o número excessivo de recursos inoficiosos e desafogaria definitivamente a sobrecarga de trabalho (represamento de recursos) nos Tribunais Superiores.

De fato, o número de recursos diminuiria. Mas o preço deste acontecimento seria absurdamente alto, vez que nada mais nada menos que o próprio **controle jurisdicional difuso estaria sendo destruído**, comprometendo inexoravelmente o funcionamento de todo o sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos nacionais, **maculando também o princípio** constitucionalmente implícito e arraigado em nosso ordenamento **do duplo grau de jurisdição**.

Ademais, uma única pergunta faz ruir e sucumbir toda a falácia dos que defendem a atribuição do efeito vinculante: A simples existência das súmulas não cumpririam a sua finalidade de “orientar” o julgamento e as decisões proferidas pelos Juízes e Tribunais inferiores, desanimando a recorribilidade das decisões monocráticas ou de segunda instância???

Logicamente, não se pode tolher dos juízes e Tribunais inferiores o poder-dever que constitucionalmente lhes é conferido e atribuído para, diuturnamente, velar pela preservação do “**espírito constitucional**”.

É o óbvio ululante que as normas constitucionais não podem abranger todas as situações, negócios, fatos e relações jurídicas possíveis e imagináveis. Impende, por isso, a identificação dos princípios expressos e implícitos na constituição para que sirvam de orientação para todo o elastério de normas inerentes ao ordenamento jurídico, como um todo.

"UM SINGELA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A ATUAL CRISE..."

O controle de constitucionalidade das leis, que no Brasil se classifica como um sistema jurisdicional (exercido por um órgão de cúpula do Judiciário que é o Supremo Tribunal Federal) acrescido de um controle difuso exercido pelos juízes e Tribunais inferiores), pode se dar de forma repressiva, conspurcando do ordenamento leis ou atos normativos que contrariem formal ou substancialmente a idéia constitucional, ou de forma preventiva, evitando o ingresso deles.

No que pertine às súmulas com efeito vinculante, está o controle difuso, também chamado de controle de constitucionalidade incidental, *incidenter tantum* ou por via de exceção. Por ele, os juízes e Tribunais inferiores podem reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei, surgida como questão prejudicial de um processo cuja finalidade e objeto não seja a análise do texto constitucional, negando vigência e aplicando o direito da melhor forma possível, ao encontro da equidade e da finalidade constitucional. Daí, em grau de recurso, a eficácia *inter partes* daquela decisão poderá, na melhor das hipóteses, ganhar reconhecimento e incidibilidade **erga omnes**.

Mas, se o juiz e os Tribunais inferiores forem obrigados a seguir determinadas orientações sumulares, fatalmente engessado restará todo este sistema de controle difuso de constitucionalidade. E pior, ingerências de cunho político e econômico poderão existir a ponto de transformar o julgador num mero aplicador do direito. Inadmissível.

E não é só. Pela súmula vinculante extremamente comprometidos ficariam a garantia constitucional de independência funcional dos magistrados e tribunais inferiores no exercício da jurisdição.

Decididamente, idéias pré-concebidas, regras rígidas ou súmulas vinculantes não são compatíveis com um Estado verdadeiramente democrático de direito.

Além do mais, o controle difuso é ferramenta fundamental para permitir ao direito que acompanhe a dinâmica das transformações sociais. Admitindo-se a súmula vinculante, corre-se gravemente o risco de perpetuar-se uma determinada situação ou regramento jurídico, por interesses políticos ou mesmo por ideologias conservadoras e retrógradas, que cada vez mais poderão fechar os olhos da jurisprudência às modificações sociais e a evolução do mundo.

Ora, a jurisprudência deve ser eternamente considerada como FONTE VIVA do direito e sua função primordial, além de sua

função prática e pedagógica, é demonstrar a evolução permanente da interpretação das normas, à luz de novas necessidades sociais e novas tendências mundiais.

Cumpra, forçosamente, também advertir quanto aos malefícios que já podem ser vislumbrados pela redação do Artigo 557 do Diploma Processual Civil Brasileiro, que, de certa forma, já antecipa alguns dos “efeitos” dos “efeitos vinculantes” ao dispor que o relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em CONFRONTO COM SÚMULA OU COM JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO RESPECTIVO TRIBUNAL, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL OU DE TRIBUNAL SUPERIOR. Referido texto é oriunda da redação dada pelo art. 1º da Lei nº 9756/98, publicada no Diário Oficial da União em 18 de dezembro de 1998, p.1. A redação do caput, modificada pela Lei 9756/98, foi dada ao dispositivo – que era composto pelo caput e parágrafo único -, pela Lei nº 9139/95 (DOU 1º.12.1995, p. 19841) e era do seguinte teor: “ Art. 557. O relator negará seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à súmula ou tribunal superior. Parágrafo único. Da decisão denegatória caberá agravo, no prazo de 5 (cinco) dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso. Interposto o agravo a que se refere este parágrafo, o relator pedirá dia”. O texto original, revogado pela Lei 9139/95, era do seguinte teor: “ Art. 557. Se o agravo for manifestamente improcedente, o relator poderá indeferi-lo por despacho. Também por despacho poderá converte-lo em diligência se estiver suficientemente instruído. Parágrafo único. Do despacho de indeferimento caberá recurso para o órgão que competiria julgar o agravo.

Pelo que foi exposto, resta tranqüila a conclusão de que a aceitação do súmula vinculante é impossível, mormente por ser, só por só, inconstitucional vez que afronta o princípio do devido processo legal.

A solução para o afogamento do judiciário não depende de absurdos como este. Problemas conjunturais devem ser resolvidos com iniciativas governamentais. Melhorar a sociedade, para melhorar o Judiciário. Melhorar o judiciário para melhorar a sociedade. Não há subterfúgios ou ardis para melhorar a situação que não sejam medidas eficácia, legítimas e garantidoras ao mesmo tempo das garantias e direitos fundamentais.

VII - A ATUAL CRISE DO JUDICIÁRIO

Reflexo de uma nova era que felizmente se anuncia, tecer considerações críticas a respeito dos sistemas jurídicos modernos exige entender como já foi dito, de forma premente, a realidade e tê-la num conceito dinâmico, de forma constantemente mutável, integrada e dependente de todos os acontecimentos que a circundam e a constituem.

Desvela-se assim a “Era do Conhecimento”. Jamais a humanidade trabalhou e se alimentou de tantas informações e numa velocidade quase que instantânea. O homem de hoje não vale por aquilo que faz mas, sobretudo, por aquilo que sabe. A produção do conhecimento, abstrato, incomensurável, qualitativo, fez sucumbir o passado agrícola, mercantil e industrial, material, limitado, quantitativo que da história já faz parte.

Nesse contexto, vê-se a crescente integração do Direito com outros ramos do conhecimento, de forma a renegar cada vez mais o estudo, tradicionalmente, estanque e isolado da ciência jurídica. Destarte, os “tradicionais domínios do Direito”, nas palavras de Mauro Cappelletti e Bryant Garth em “Acesso à Justiça”, estão sendo objeto de estudo integrado e cooperativo de sociólogos, antropólogos, economistas, cientistas políticos, psicólogos, etc. Exemplo e prova disso é a inclusão, também recentemente, de forma obrigatória pelo MEC da Disciplina “Sociologia Jurídica” nos cursos de Direito. Reconheceu-se, acertadamente, que o estudo da Sociologia Geral, ainda mais da forma perfunctória e prolegomenal como é ministrada, é certamente insuficiente e que a ciência jurídica necessita tanto do conhecimento da sociologia quanto da norma jurídica. Aliás, é mister entender essa ciência como o estudo conjunto das normas jurídicas, dos valores que nela se encerram e dos fatos sociais que as motivaram ou que se pretende salvaguardar ou modificar.

E essa análise da questão do “Acesso à Justiça” é tema eminentemente sócio-jurídico pois que refere-se seguramente ao maior problema enfrentado hoje pelo sistema judiciário nacional. Sistema jurídico é o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Mas entender a expressão “Acesso à Justiça” exige diferenciar antes de mais nada os seus sentidos material e formal. O primeiro, de forma até sugestiva e intuitiva, significa o próprio acesso físico as suas estruturas e instituições. Já o segundo, exigente de uma abstração um pouco mais dedicada, significa o alcance de resultados que

sejam individual e socialmente justos. E nesse aspecto se vai mais além pois não se trata de um direito meramente formal e simbólico, simples ao passo que depende apenas de procedimentos legislativos, mas sim efetivo e pleno, verdadeiramente complexo na medida em que necessita ser de fato igual para todos.

Percebe-se, historicamente, que este conceito de acesso à justiça tem sofrido mudanças conforme o próprio Estado e sua atuação se modificam também. Assim, os Estados Liberais burgueses apresentavam como característica principal o individualismo. A atuação jurisdicional estatal praticamente restringia-se à salvaguarda dos direitos privados e, mesmo assim, limitava-se a compor os conflitos quando para tanto fossem provocados. Notava-se em regra, portanto, a passividade do Estado. A garantia da igualdade na tutela jurisdicional existia apenas simbolicamente. Na realidade, só alcançavam a justiça aqueles que pudessem enfrentar os seus altos custos. Estudava-se o Direito de forma formalista, dogmática, omissa e afastada dos verdadeiros problemas e anseios da coletividade. No entanto, o crescimento dos Estados e das sociedades fez com eles aumentar a complexidade das suas relações, a eclosão dos mais variados e inúmeros conflitos e o gradativo distanciamento das classes sociais.

Nesse contexto, paulatinamente, teve de ser mudada a atuação estatal. Revelou-se então uma crescente atuação positiva do Estado de forma a assegurar, esponte própria, os direitos sociais básicos do cidadão. Proclamou-se então em todas as “Constituições Modernas” a vida, a liberdade, a saúde, a segurança, a educação, o trabalho, etc, como direitos fundamentais e indisponíveis mas, sobretudo, reconheceu-se que de nada adiantava proclamar os direitos se não se disponibilizassem meios e instrumentos para preservá-los e protegê-los em caso de ofensa ou ameaça⁴. Além disso, crescentemente novos direitos substantivos foram conquistados à medida em que novas relações jurídicas se aperfeiçoaram.

⁽⁴⁾ A efetiva garantia dos direitos individuais foi expressamente incluída já no preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a **assegurar o exercício dos direitos** sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundamentada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL” (grifo nosso), de forma a evidenciar essa tendência.

"UM SINGELA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A ATUAL CRISE..."

Finalmente, constata-se que, de meramente particulares e individuais, os interesses passaram a ser coletivos e até difusos. Acompanhando esta evolução, nota-se que o estudo do Direito, enquanto ciência, necessita ser menos dogmático e mais atento aos acontecimentos que circundam o Direito e que determinam, inexoravelmente, a eficácia de suas próprias normas. De nada adianta uma norma existir se não encontrar incidibilidade por encontrar-se totalmente alienada da realidade, tema que será abordado mais pormenorizadamente.

Destarte, é pacífico que o direito ao acesso à justiça de forma ampla e irrestrita é o mais importante de todos os direitos humanos haja visto que somente com a sua garantia é que se pode garantir todos os demais direitos, proclamados ou não.

Passam-se a apresentar, doravante, vários tópicos individualizando os vários fatores que dificultam o acesso a justiça e as possíveis soluções para os problemas.

A desigualdade cultural e econômica da população brasileira

O Brasil ainda é um país de gritantes desigualdades sociais, com grande disparidade na distribuição de renda e com uma considerável parcela de sua população vivendo uma situação de miséria e total abandono.⁵

Tal quadro revela necessário repensar o direito à igualdade proclamada na Constituição Federal. Chega até a ser excessivamente repetitiva a Carta Magna quando trata do direito à igualdade. Já em seu preâmbulo elegeu a igualdade como um dos “valores supremos”, evidenciando que se trata muito mais que um princípio consitucional, mais ainda que os implícitos

⁽⁵⁾ Segundo o mais recente relatório (dezembro de 1999) divulgado pela Unicef - Fundo das Nações Unidas para a infância - coloca o Brasil em 108º pior numa lista de 191 países que forneceram os dados. (a cada 1000 nascimentos, 36b bebês morrem antes de completar 1 ano). Além disso, quando se trata de distribuição de renda sabe-se que os 40% mais pobres da população ganham o equivalente a 8% da renda nacional. Os 20% mais ricos ganham 64%. Tais estatísticas colocam o país em penúltimo lugar de uma lista de 96 países, perdendo apenas para Serra Leoa, país africano que vive em guerra civil há dez anos e é tido pela ONU como o país mais pobre do planeta. Já na educação os dados mostram que 93% das crianças entre 7 e 14 anos estão matriculadas no ensino fundamental. O ensino médio atende apenas 50% da população entre 15 e 18 anos. Por fim, o relatório indica ainda que há ainda 21 milhões de crianças e adolescentes vivendo em famílias com renda per capita inferior a meio salário mínimo. Isso eqüivale a 35% da população nessa faixa etária.

ou explícitos. Assim, é certo que se deve ter, pela Carta Política de 1988, a igualdade como algo indissociável e inexorável, presente e indicativo para toda a sociedade brasileira. Como se ainda não fosse suficiente, ainda repetiu duas vezes em seu art. 5º, quando tratou dos “Direitos e Garantias Fundamentais” esta garantia: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...” (grifo nosso) . Ainda no mesmo artigo enfatiza no inciso I: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações...”⁶. No entanto, conforme já fora dito, o grande problema é a mera enunciação. Necessário se faz a efetiva garantia. Às vezes garantir essa igualdade depende, conforme há muito ensinou Aristóteles, tratar desigualmente os desiguais para se ter igualdade.

Ora, é incontestável a grande disparidade existente e que torna bastante diferente a “possibilidade das partes”, dependendo de vários elementos que serão analisados, quando reclamam a prestação jurisdicional do Estado.

O primeiro desses elementos, o mais óbvio deles, e que demonstra que todos não são iguais perante a lei, é a concentração de altos recursos financeiros nas mãos de uma das partes. Este terá facilidade muito maior no litígio uma vez que pode suportar as delongas do processo, patrocinando a causa e seus advogados por muito mais tempo e ainda dispõe de meios muito mais eficazes e idôneos de fazer prova de sua pretensão. Deve-se, então, criticar o princípio do Direito Processual Civil pátrio que deixa à iniciativa das partes a produção e apresentação das provas, pois que reforma a passividade do juiz que não pode de ofício “corrigir” a dificuldade de uma das partes.

Alienação e pobreza cultural

Outro elemento é a pobreza cultural e o abandono social. A grande maioria dos economicamente hipossuficientes apresenta-se totalmente alienada e desconhece até mesmo os seus mais elementares direitos enquanto ser humano, cidadão, consumidor, contribuinte, etc. Desta forma, além de não ter

⁶ Outro exemplo do exagero constitucional na enunciação da igualdade se dá no art. 12, II, parágrafo segundo da Constituição Federal: “A lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados...”

"UM SINGELA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A ATUAL CRISE..."

consciência que possui direitos e que estes estão sendo ameaçados ou foram infringidos, quando os conhecem não sabem os meios que a eles são disponibilizados para que proponham as ações judiciais ou delas se defendam suficientemente. Além disso, todo o aparelhamento judicial, a figura “reverencial” do magistrado, do promotor, do próprio advogado e das próprias estruturas forenses, acaba por “amedrontar” os pobres que sentem-se verdadeiramente intimidados e temerosos até mesmo de fazer valer os seus direitos.⁷ Uma possível solução para esse problema seria a inclusão de uma disciplina no currículo escolar fundamental que, desde cedo, tecesse noções jurídicas prolegomenais na população de todas as classes sociais, mas sobremaneira, as classes menos favorecidas e que facilitasse o entendimento dos direitos individuais e coletivos mais elementares.

Custas Judiciais

Problema bastante gravoso também é o das “custas judiciais”, haja vista que, durante todo o litígio, em juízo são suportados pelas partes litigantes não somente os honorários advocatícios mas também as demais despesas processuais, incluindo-se aqui todas as taxas judiciais e emolumentos. Agravada fica a situação no nosso país quando subsiste o princípio da sucumbência: ao vencido é imposta a obrigação de pagar as despesas advocatícias do vencedor. Este sistema inibe o acesso à justiça pelos hipossuficientes uma vez que além do próprio risco de perder a causa ainda existe o elevado custo dos honorários advocatícios. Não se faz necessário grande exercício lógico para se concluir também que somando-se tais fatores, o problema torna-se ainda mais traumático para as chamadas “pequenas causas”. Sempre caracterizadas por valores baixos e que representa a maioria das pretensões dos menos privilegiados, chega a ser irrisório o montante a ser percebido pelo vencedor quando deduzidas todas essas despesas.

⁷⁾ Somente uma pequena parcela da população saberia, por exemplo, que a mera aposição de uma assinatura num contrato qualquer não significa a aceitação e a obrigação de todas as suas cláusulas, principalmente se algumas delas forem manifestamente abusivas e ilegais. Recente pesquisa inglesa - e aí deve se registrar a grande diferença social desde país europeu e os padrões latinos - indagou a respeito da reação dos consumidores que acreditavam haver sido enganados por um comerciante. Apenas 2% dos entrevistados formalizou reclamação em órgão administrativos e uma parcela estatisticamente insignificante recorreu a órgão judiciais.

A transferência das custas judiciais para o próprio poder judiciário poderia, em tese, amenizar esse entrave ao acesso a justiça pelo menos privilegiados economicamente. A advertência de que tal iniciativa poderia incentivar o exercício exagerado do direito de ação e o agravamento da demanda pelos serviços judiciários não merece guarida pois que a aplicação de medidas punitivas (como é o caso, por exemplo, da multa pela litigância de má-fé) poderiam evitar tal conseqüência.

Morosidade

Outrossim, toda a estrutura arcaica do judiciário e que se pretende reformar, acaba ainda revelando outro grande problema: o tempo. A morosidade na tutela da prestação jurisdicional é tão grande que, além de desanimar os autores em suas pretensões, onera ainda mais o patrocínio da causa, submete-se aos terríveis efeitos da economia, como desvalorizações econômicas e inflação, e ainda termina por aumentar o descrédito no judiciário. Justiça tarda é negação de justiça. E as causas dessa morosidade são das mais variadas naturezas, podendo-se citar, por exemplo, as próprias leis de processo civil que favorecem a litigiosidade, os formalismos paroxísticos, os recursos excessivos, a insuficiência de juízes, o acionamento demasiado do Poder Judiciário, a precariedade dos órgãos judiciários, a relação custo-benefício do exercício do direito de ampla defesa, etc.⁸ Impende lembrar que, na maioria das vezes,

⁽⁸⁾ Muito interessante para demonstrar a morosidade da justiça é o relato indignado de um advogado, magistrado aposentado e professor de Direito Processual Civil da Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Dr. Roberto Telles Sampaio, que a esse respeito, só a título de exemplo, declarou "Cinco ações foram por mim iniciadas. Duas delas não tiveram a aventura de um primeiro julgamento. As demais, diversamente, percorreram todos os escalões (Comarca, Tribunal e Cortes de Brasília). Todas julgadas procedentes. Consideremos apenas uma das "rápidas". Não se perdeu uma batalha. O Direito foi proclamado. A pretensão foi acolhida. Mas a condenação ainda não foi acolhida. O vencedor ganha mas não leva. Até agora o império da lei só se fez sentir no plano da retórica. De prático, isto é, obrigar a satisfação do que se decidiu, ah, isso ainda não aconteceu. E por que não aconteceu? Explico-me. Ao cabo de algum tempo, o juiz se pronunciou. O condenado, porém, apelou. Desatendido, recorreu a Brasília. Negou-se-lhe seguimento aos recursos, mas ele agravou e a questão foi ter ao STJ e ao STF. Sem êxito, também. Só então começou ele a sofrer a execução. Aí ele opôs embargos. Rejeitados, apelou de novo ao Tribunal, também sem sucesso. Mas toda essa dilação consumiu a bagatela de sete anos ou 2555 dias. É chegada a reta final? Não. Há ainda muito a percorrer nessa "via crucis". Novas despesas, a cargo do vencedor, penhora, avaliação e arrematação de bens. Quando fizer seu décimo aniversário quicá a ação alcançará o cumprimento da decisão."

"UM SINGELA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A ATUAL CRISE...

não basta chegar ao término do processo de conhecimento. Após a lentidão deste há ainda que se atravessar o também demorado processo de execução. O problema é tão grave e preocupante, em face do contencioso cada vez mais burocratizado e eivado por uma série de recursos que atravancam a agilidade e a eficiência da Justiça, mesmo na fase de execução, que o ministro do Supremo Tribunal Federal chegou a defender a própria extinção do processo de execução.⁹

Litigantes eventuais e habituais

Na indicação desses principais problemas, pode-se citar também a questão dos litigantes eventuais e habituais e os problemas especiais dos interesses difusos.

Intimamente ligado com o conceito de “igualdade formal das partes perante a lei” esta questão faz referência à constância com que os litigantes recorrem ao poder judiciário para resolverem seus litígios. Destarte, litigantes habituais seriam aqueles que sempre se vêm às portas do judiciário, resolvendo conflitos, perquirindo realizar suas pretensões ou resistindo às pretensões alheias. Do outro lado, os eventuais seriam aqueles que raras vezes se “aventuraram” pelo judiciário. Diz-se que a questão liga-se com o conceito formal “igualdade das partes perante a lei” porque é também um dos fatores que obstaculizam o acesso a justiça pelos menos privilegiados. É fácil compreender as vantagens que favorecem os litigantes habituais: pela experiência que acumulam, facilmente planejam e estruturam sua estratégia no desenvolvimento do litígio; possuem muitos casos correlatos e especializam sua atuação; não teme a sucumbência; desenvolve relações informais com a instância decisora; etc. Resultado desses fatores é a maior eficiência nas lides e o desestímulo para que os litigantes eventuais se aventurem contra eles no âmbito judicial.

⁽⁹⁾ Segundo o entendimento do Ministro Carlos Veloso, não é admissível que, ao se declarar o direito material postulado pelo jurisdicional, ele tenha de percorrer novamente os mesmos graus de jurisdição, com todas as dificuldades jurisdicionais, para que seu direito já proclamado possa ser efetivado. No entanto, entendemos que o processo de execução não pode ser suprimido mas, invariavelmente, deve ser agilizado e simplificado.

Falta de recursos materiais no judiciário

Uma volta pela maioria dos Fóruns brasileiros, mesmo em grandes centros urbanos, como São Paulo e Campinas, (especialmente quando se trata de 1ª instância), faz notar um grande número de pessoas e advogados se esbarrando pelos corredores e balcões de cartórios. A tarefa de “correr cartórios”¹⁰ é muitas vezes considerada uma “via crucis” pelos advogados que, quando os possui, recorrem aos abnegados estagiários que, conforme já fora dito, sujeitam-se a prática destas atividades na falta de outras que realmente signifiquem o aprendizado prático dos conhecimentos teóricos que adquirem nos bancos das escolas.

Como grande parte ainda da estrutura da administração pública brasileira, muitos fóruns estão sucateados. Apresentam instalações impróprias, sem ventilação adequada (agravada esta situação pelo acúmulo de autos muito antigos), com espaço físico insuficiente para o volume de processos e de pessoal que comportam, instrumentos ultrapassados como máquinas de escrever, carimbos ilegíveis, arquivos enferrujados, falta ou até inexistência de computadores etc.¹¹

A informatização das consultas processuais e dos procedimentos judiciais em geral (sentenças, cotas do Ministério Público, mandados de citação e intimação) é o mínimo que se exige hoje em dia para que se otimize um pouco a prestação jurisdicional. Recentemente, grande discussão pretorial foi e continua sendo travada sobre a legalidade da tomada de depoimentos via “on line”. Deve-se registrar no entanto, não se entrando ainda no mérito dessa questão, que esta questão é restrita a poucas comarcas onde a informatização já é um realidade. Assim, por uma questão de lógica, antes de se discutir a legalidade ou legitimidade desses “procedimentos informatizados”, dever-ia-se, ao menos, informatizar os mais elementares serviços. Não se pode pretender atingir graus elevados de otimização de um

¹⁰ Esta é a expressão usada para simbolizar o ato de percorrer todos os escritórios para verificar o andamento processual, normalmente semanalmente e desempenhada por estagiários.

¹¹ Pesquisa realizada em 1994 pelo Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo, entrevistando parcela significativa dos magistrados brasileiros, apresentou os seguintes dados: 85,6% (somando-se as porcentagens daqueles que consideraram este fator como “extremamente importante” ou “muito importante”) dos próprios magistrados reconhecem e apontam a falta de recursos materiais como o principal obstáculo ao bom funcionamento do judiciário.

"UM SINGELA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A ATUAL CRISE..."

serviço qualquer se, previamente, não forem identificados, combatidos e sanados os problemas mais elementares.¹²

Falta de incidibilidade de algumas normas

Outro problema, já tratado superficialmente, é a questão da falta de incidibilidade de algumas normas.

Há a necessidade, de forma premente, de se definir bem o que se entende por incidibilidade. Não se podendo confundir com o conceito de validade (por possuir todos os seus elementos fundamentais), nada mais que a própria eficácia das normas¹³. Ou seja, a aptidão ou força do ato para produzir seus efeitos desejados. Assim sendo, uma lei é eficaz quando encontra incidibilidade ou seja, após todo o exercício de subsunção do fato à norma, ela corresponde às suas expectativas, haja visto que está adequada às realidades sociais e ajustada às necessidades do grupo.

Assim nem a melhor técnica legislativa resistirá e fatalmente sucumbirá se destituída de adequação social, verdadeira eficácia. Como dizia Siches: “A sociedade condiciona o direito de fato ,moldando-o à sua imagem e semelhança. Cabe ao legislador ajustar o direito positivo a essa realidade social, sob pena de nunca elaborar lei eficaz.”

Conclui-se, portanto, que a aferição da eficácia de uma norma depende da análise cuidadosa da própria norma e da realidade a que ela é dirigida. Muitos fatores podem levar à ineficácia das normas . O primeiro exemplo é a desatualização das normas. Mesmo que elaborada de acordo com a realidade social atual, ela está sujeita a perda de sua eficácia pelo decorrer

⁽¹²⁾ A mesma fonte de pesquisa citada na nota anterior demonstrou que, na opinião dos magistrados brasileiros, dentre as propostas consideradas mais eficazes para a agilização dos procedimentos jurisdicionais a principal é a informatização dos serviços judiciários (93,2% dos juizes entrevistados) . Exemplo mais concreto pode ser percebido em Campinas/SP. O fórum central da cidade, que é o competente para o conhecimento da grande maioria dos litígios da comarca, abriga 10 Varas Cíveis e somente duas delas disponibilizam um computador para consultas de andamento processual. Mesmo assim, o sistema é bastante precário, a maioria das informações acaba ficando desatualizada e não poupa o interessado de pedir vista dos autos em cartório.

⁽¹³⁾ Consubstancia-se a falta de incidibilidade - ineficácia - num dos efeitos negativos que podem decorrer de uma norma, junto à omissão das autoridades que não cumprem as leis e a falta de estrutura adequada disponibilizada para a sua aplicação. Já os efeitos positivos que se espera de uma norma são todas suas funções basilares: função educadora, conservadora, transformadora e de controle social.

do tempo. A norma é estática e a sociedade é dinâmica. Costumes são mudados e normas são edificadas. Exemplo de desatualização é o crime de adultério, previsto no art. 240 do Código Penal Brasileiro. Pelo óbvio ululante, já há projeto em curso para revogar este artigo pois está enfadonhamente desatualizado em relação aos acontecimentos mais comuns nos dias de hoje. Também pode-se citar o misoneísmo, como uma aversão sistemática às inovações ou transformações¹⁴. Sobreleva-se ainda as demais, a principal causa: a antecipação da lei à realidade social existente. De nada adianta criar leis maravilhosas se não encontrarão suporte social, sendo fadadas a condição de utópicas e de aplicação e exequibilidade impossíveis. O próprio texto constitucional traz em vários de seus artigos várias utopias.¹⁵ Veja-se o art. 6º como demonstra quão grande parece ser o distanciamento de alguns de seus dispositivos da realidade atual: “ São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social; IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.” É mister conhecer o fato de que o salário mínimo atual é de R\$ 200,00 (duzentos reais) e o preço médio calculado de uma cesta básica para uma família de 3 pessoas é de aproximadamente R\$110,00. Outro exemplo bastante fácil pode ser retirado da LEP (Lei de Execuções Penais) que elenca em muitos de seus artigos todos os direitos que teriam o preso. Entre outros, o preso teria sempre respeitada a sua integridade física, sua intimidade, teria direito a um trabalho digno e satisfatoriamente remunerado, receberia educação, tratamento médico e odontológico adequado, assistência judiciária imediata sempre que precisasse, a devida individualização no cumprimento de sua pena para que, cumprindo-a, estivesse plenamente recuperado para que fosse rápida e novamente aceito na sociedade. No entanto, o caos toma conta do sistema punitivo.

¹⁴) Exemplo fácil de misoneísmo é a expressão tipicamente brasileira; “Essa lei não vai pegar” . A própria lei cai no descrédito popular e por essa razão nem as próprias autoridades a aplicam, terminando por caírem no esquecimento ou no ridículo. Foi isso que ocorreu, v.g., com o chamado “Kit de Primeiros Socorros”, exigido pelo recente Código Brasileiro de Trânsito.

¹⁵) Costuma-se dizer em Direito Constitucional que esta situação existe pois muitas das normas constitucionais são “feitas para a futuro”, consubstanciando-se em objetivos a serem alcançados. No entanto, o grotesco distanciamento da realidade já é suficiente para servir de exemplo dessa causa de ineficácia das normas que se trata (antecipação da lei à realidade atual).

"UM SINGELA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A ATUAL CRISE...

Assiste-se nos telejornais a rebeliões que quase que, diariamente, eclodem por todos os rincões do país, demonstrando a precariedade das penitenciárias e a violação dos mais elementares direitos humanos. O relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil, realizado pela OEA (Organização dos Estados Americanos) em 1997, na sua conclusão, após longa análise dos seus principais problemas, termina por concluir; “O tratamento da população penal, tanto de detidos aguardando julgamento como os presos cumprindo pena, constitui outra fonte permanente de violência e de abusos de direitos humanos. A superpopulação carcerária, instalações inadequadas, treinamento deficiente de pessoal, somam-se as atitudes reactivas das autoridades frente as constantes crises”. Ou seja, muitas vezes a situação da população carcerária brasileira é sub-humana. Por fim, outro exemplo mais recente é o “moderno” (mas ineficaz em muitos aspectos) Código de Defesa do Consumidor- Lei 8.078/90 - que sobreleva os direitos e interesses dos consumidores, determinando, por exemplo, a “inversão do ônus da prova” no caso de defeito ou culpa no fornecimento de produtos ou prestação de serviços, chegando inclusive, em alguns aspectos, a restabelecer a “responsabilidade objetiva” em prol do interesse público e difuso. No entanto, infelizmente, esqueceu-se de, efetivamente, salvaguardar o conceito formal da “igualdade das partes perante a lei”. Assim, na maioria das vezes o consumidor nem mesmo dispõe de meios para conhecer os seus próprios direitos e mesmo quando os conhecem, ao verem estes violados ou ameaçados, mostram-se temerosos em recorrer ao judiciário pois enfrentarão os grandes departamentos jurídicos especializados das empresas ou poderosos escritórios de advocacia, ou ainda quedam-se inertes por desacreditarem o judiciário como instituição em razão de sua morosidade e imperfeição no exercício da tutela jurisdicional.

É preciso cuidado também no exercício da atividade legislativa pois é sabido que na imensa maioria das vezes os projetos de leis são (esta deveria ser a regra) entregues a responsabilidade de profissionais da área jurídica ou juristas que trabalham como assessores parlamentares ou integram comissões especializadas das casas legislativas.

Formalismo exacerbado

Data máxima vênia, mas o formalismo exacerbado, consubstanciando-se este num apego mais que exagerado às formalidades

legais, é herança do positivismo jurídico desenvolvido no séc. XIX e muitas vezes representa um culto exagerado a toda filosofia Kelseniana.

Muitos, inclusive magistrados, desembargadores e ministros, deixam de lado os valores e os fatos sociais, e preocupam-se somente com a aplicação da lei pura e simplesmente. Acreditam que a eles é dever aplicar a lei e que a justiça ou injustiça desta é problemas unicamente do poder legisferante. No entanto, desconhecem a função política do magistrado. Ora, ao juiz impende afastar leis injustas e aplicar o direito de forma a corrigir desvios sociais, buscando sempre a harmonia, o equilíbrio e a paz social. É indispensável essa reforma na mentalidade pois a adesão a esse positivismo exagerado significa o abandono da ética como pressuposto do direito ou integrante a ele. Do contrário, conforme advertiu Marcel Camus o judiciário passaria a ser “uma forma legal de promover injustiças”.

Outras questões importantes

Descrédito empresarial. O descrédito popular quanto ao judiciário atinge não somente aos economicamente hipossuficientes. Atinge também os grandes empresários e proprietários dos meios de produção. A morosidade e a insegurança oriundas do judiciário, e efeitos principais da crise do judiciário, faz com que exista certa inibição até mesmo nos investimentos de capitais na produção econômica e na contratação de pessoal.

Pesquisa desenvolvida pelo Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo em 1997 junto a 300 empresários de variados setores industriais concluiu que 50% perdem dinheiro ou deixam de investir por culpa do poder judiciário pelas razões já elencadas.¹⁶ Ou seja, se afastadas estivessem estas causas, maior investimento e, conseqüentemente, a diminuição da taxa de desemprego seriam crescentes, agilizando toda a economia nacional¹⁷.

Número insuficiente de juizes. Terceiro fator mais indicado pelos magistrados como principal causa que obstaculiza o bom funcionamento do

⁽¹⁶⁾ Tendo como base as respostas obtidas e as cifras levantadas, o economista Armando Castelar Pinheiro, chefe do departamento econômico do BNDS concluiu que o PIB brasileiro poderia crescer 13,7% não fosse a insegurança e o descrédito que dimanam do poder judiciário.

⁽¹⁷⁾ Outros pontos da pesquisa referida na nota anterior são: a imensa maioria dos empresários - 90,8% - consideram a agilidade da justiça brasileira ruim ou péssima, 41,5% consideram os custos do judiciário muito onerosos. No entanto, praticamente não se contesta a imparcialidade dos magistrados.

"UM SINGELA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A ATUAL CRISE...

judiciário¹⁸, há um número insuficiente de magistrados. Resultado disso é que os juízes acabam por não respeitarem seus próprios prazos processuais e se justificam com o excesso (acúmulo) de trabalho. Destarte, muitas vezes chega-se até a dizer que os prazos processuais na verdade existem somente para os advogados. A média nacional é de 1 juiz para 17.500 habitantes. Deveria haver o dobro pelo menos de magistrados. Um ministro do Supremo Tribunal Federal chega a julgar 390 casos (muito mais complexos haja visto se tratar da última instância recursal do país) por mês.

Corrupção e nepotismo. Assim como os poderes legislativo e executivo, o judiciário também convive com casos de impunidade, corrupção e nepotismo. O problema só é considerado mais grave, pois o judiciário deveria ser o exemplo de probidade e de retidão administrativa.

Despreparo dos advogados. Muitas causas são mal propostas e o desenvolvimento processual resta muitas vezes prejudicado pela inobservância das melhores técnicas advocatícias. Isso é resultado direto das mazelas do ensino jurídico nacional, situação já analisada mais cuidadosamente neste trabalho.

Legislação ultrapassada, elevado número de litígios, grande número de processos irrelevantes, juízes sobrecarregados com tarefas administrativas que poderiam perfeitamente serem delegadas, instabilidade do quadro legal, insuficiência na formação profissional do juiz, extensão das comarcas, número insuficiente de varas, etc.

Finalmente é preciso ponderar que todo esforço no sentido de corrigir tais falhas não se cinge a atacar cada um desses problemas de forma isolada. A atual crise do judiciário se dá pela somatória de todos esses problemas, haja visto que praticamente todos são dependentes e se relacionam entre si mesmos. Destarte, mesmo a boa intenção de se livrar de um desses problemas pode representar o agravamento inevitável de outro¹⁹. É preciso encontrar soluções gerais e eficientes, idôneas a corrigir todo o sistema e garantir o acesso efetivo à justiça por todos os litigantes que dela reclamem a prestação jurisdicional.

⁽¹⁸⁾ 81,1% dos magistrados entrevistados em 1997 pelo Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo consideram como importante ou extremamente importante o referido fator como gerador da crise no judiciário.

⁽¹⁹⁾ Se os honorários advocatícios são muito altos, não adianta dispensar a obrigatoriedade da sua participação em algumas espécies de causas se isso representar a perda na capacidade postulatória do indivíduo menos privilegiado que, evidentemente, terá maior dificuldade de demonstrar a sua pretensão ou resistir à alheia.

VIII - OS DESAFIOS DO JUDICIÁRIO PARA O PRÓXIMO MILÊNIO

Há poucos anos a humanidade ainda se referia ao ano 2000 com um imaginário lúdico, bastante ficcionista e inverossímil, como se negasse insistentemente perceber que nada mais é que o tempo presente e pretendesse acreditar que todas as tecnologias ditas “impossíveis” nesse tempo se realizassem. Carros ainda não voam, pílulas ainda não são alimentação suficiente para toda a vida e o homem ainda não se imortalizou. No entanto, um mundo bastante diferente e à frente das leis atuais e da estrutura jurisdicional do passado (e que se mantém praticamente idêntica até os dias atuais!) é notado. O problema principal é que o mundo se transforma numa velocidade bem mais rápida que as leis criadas pelos homens. O procedimento legislativo, fonte de onde dimanam as leis e que serão aplicadas pelo judiciário, muitas vezes é moroso, entrava em questões políticas e partidárias.

Nesse sentido, grandes serão os desafios a ser transpostos pelo judiciário no limiar deste milênio. São as chamadas “novas causas da humanidade” que se defrontam com as velhas estruturas da justiça, desinformatizada, tardinha, burocratizada, estática, em crise, etc.

Por isso que cada vez mais é exigível dos aplicadores e profissionais do direito o abandono do apego exacerbado ao formalismo e a percepção da realidade em toda a sua dinâmica, sua transformação permanente, agregando continuamente novos valores, conhecendo e modificando novos fatos sociais.

Extremamente perceptível é o prejuízo de uma interpretação restrita e excessivamente formalista²⁰. Basta se abrir, entre outros tantos exemplos que poderiam ser citados, o Código Penal e o Civil. A existência de tipos penais ou artigos cíveis que atualmente se nega vigência por restarem “ultrapassados” é bastante farto²¹, comprovando-se a tese de que é

⁽²⁰⁾ O jurista Dalmo de Abreu Dallari critica com veemência àqueles que adotam esta ideologia. Diz em seu livro “O Poder dos Juízes” - ed. Saraiva - que “ Para os adeptos dessa linha de pensamento o direito se restringe ao conjunto de regras formalmente postas pelo Estado, seja qual for o seu conteúdo, resumindo-se nisso o chamado positivismo jurídico que tem sido praticado em vários países europeus e em toda a América latina. Desse modo, a procura do justo foi eliminada e o que sobrou foi um apanhado técnico-formais, que, sob a aparência de rigor científico, reduzem o direito a uma superficialidade mesquinha. Essa concepção do Direito é conveniente para quem prefere ter a consciência anestesiada e não se angustiar com a questão da justiça, ou então para o profissional do direito que não quer assumir responsabilidades e riscos e procura ocultar-se sob a capa de uma aparente neutralidade política. Os normativistas não precisam ser justos, embora muitos deles sejam juízes.”

⁽²¹⁾ Exemplo é o crime de adultério do Código Penal. (FALTAM EXEMPLOS DE DIREITO CIVIL).

"UM SINGELA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A ATUAL CRISE...

extremamente dificultoso a manutenção de um sistema legal rígido e atualizado.

Daí surge a função política do judiciário e do seus membros. É preciso que os magistrados tenham a consciência plena de que muitas de suas decisões não serão restritas às partes envolvidas no processo e terão reflexos em toda a sociedade, que sua atuação não se restringe ao mundo dos autos mas alcança a vida os indivíduos que dela dependem para salvaguardar seus direitos ou desfazerem injustiças.

É certo que o ordenamento jurídico não possui lacunas. Destarte, é imperativa a Lei de Introdução ao Código Civil (válida e indicativa para todos os ramos do Direito) que ao magistrado é proibido deixar de julgar alegando lacuna, desconhecimento ou obscuridade da lei. É assim chamado a buscar no próprio ordenamento o embasamento razoável e suficiente para a questão, valendo-se se não da analogia, dos princípios gerais do Direito ou dos costumes, da equidade e da justiça...

Assim, mesmo que a morosidade dos procedimentos legislativos dificultem a apreciação de situações que ainda não possuem expressa previsão legal, os olhos do judiciário ainda alcançarão estas questões, pois a equidade e a justiça jamais possuirão limites em sua aplicação.

Entre as novas “causas da humanidade” destacam-se a questão da Internet e todas as suas implicações jurídicas, as modificações genéticas humanas, a formação crescente de megablocos econômicos e políticos, o desenvolvimento do crime organizado internacional, etc. Todas a exigir soluções rápidas para litígios inéditos, carentes de previsão expressa pelo ordenamento jurídico e que, pelo esforço intelectual que farão exigir dos magistrados, necessitam urgentemente de análise crítica.

A Internet, por exemplo, apresenta uma infinidade de situações que carecerão de grande esforço legislativo para prever legalmente e com suficiência todas as suas possibilidades. Firmando-se como um grande meio de comunicação, a Internet no Brasil, segundo pesquisas recentes, já tirou aproximadamente 3% do público brasileiro que assistia televisão, levando para a frente de um monitor de computador. E a tendência é crescer cada vez mais haja visto que os microcomputadores tornaram-se praticamente artigos de

primeira necessidade num mundo globalizado e carente da maior quantidade disponível de informações.²²

A primeira que pode ser citada é a questão dos direitos autorais na Internet. Dada à imensa dimensão da “rede mundial de computadores” fica praticamente impossível o exercício de qualquer tipo de fiscalização relativa à reprodução de material de terceiros sem prévia autorização do proprietário intelectual na rede.²³ A imensa maioria das pessoas acredita ser a rede mundial um local totalmente livre, sem fronteiras nacionais ou leis, sendo todo o seu conteúdo de domínio público.²⁴

Além disso, a formação crescente de megabloco econômico e político estreita ainda mais as relações entre as nações e os negócios jurídicos travados entre seus povos. No entanto, obstaculizado por uma grande dificuldade de integração jurídica internacional, os países possuem desencontros e contradições entre seus Direitos Internacionais, sejam o

⁽²²⁾ O faturamento da indústria de informática no Brasil ultrapassou os US\$ 15 bilhões anuais e só não é maior devido ao “mercado cinza”, como são conhecidos os contrabandistas e fabricantes de micros sem marcas, que não pagam impostos. A venda de computadores tem crescido assustadoramente no país, contribuindo para aumentar o número de exemplares cada vez mais. A base instalada de PC's no Brasil em 1982 era de apenas 15 mil unidades. Dez anos depois, o número já apresentava crescimento superior a 100 vezes, com mais de 2 milhões de micros. Segundo ainda o Centro de Informática Aplicada da Fundação Getúlio Vargas, os micros em uso somarão 6 milhões até o final do ano. Se os atuais índices de crescimento forem minimamente mantidos, em pouco espaço de tempo o Brasil ultrapassará a Itália e se tornará o sétimo país do mundo em número de microcomputadores. Praticamente todas as atividades comuns de uma pessoa podem ser mais ágil e confortavelmente praticadas “on line” (movimentação bancária, pagamento de contas, compras, declaração de imposto de rendas, reservas em aviões, hotéis, investimentos no mercado de capitais), o que faz constatar que os micros estão sendo cada vez mais populares, deixando de ser usados apenas por empresários ou pessoas de alto poder aquisitivo. Prova cabal disso é a venda de computadores e artigos para informática em geral em supermercados! Uma grande rede de supermercados brasileiros vende de 2 mil a 2.5 mil micros e mais de 5 mil impressoras por mês... (dados de 1998).

⁽²³⁾ Conforme relata Sarah Adamopoulos, em 1996, uma empresa portuguesa, atuante na área de desenvolvimento gráfico, descobriu que seis ícones de sua criação foram, literalmente, copiados e utilizados sem qualquer tipo de autorização em uma home page também produzida por portugueses (mas hospedada, porém, em domínios norte-americanos). Apurada a denúncia, e sob a ameaça do processo judicial, os acusados imediatamente retiraram as imagens do site, alegando “motivos de remodelação do serviço” e, questionados sobre o assunto, declararam (!!!): “os ícones não tinham de fato um aspecto agradável. Aliás, francamente, não entendemos como se revelam tão importantes na estratégia da referida empresa.

⁽²⁴⁾ Outro exemplo de navabesco desrespeito aos direitos do autor, é o que ocorre com as músicas na Internet. Recente tecnologia (padrão MP3) permite armazenar e reproduzir em pc's “domésticos” muitas músicas disponíveis na rede, com qualidade digital e com pequeno espaço na memória haja visto a grande possibilidade de compactação dos referidos arquivos. Desnecessário lembrar que a Internet tem âmbito mundial e tal prática representa um prejuízo incomensurável para os artistas, cantores e regravadoras de todo o mundo.

"UM SINGELA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A ATUAL CRISE..."

público ou privado. Destarte, grande dificuldade está no reconhecimento de qual é a verdadeira vontade de uma nação e de que forma esta se manifesta válida e legitimamente. O problema é extremamente grave pois se de um lado pode representar o desrespeito ou mesmo a supressão da autonomia de outro país, por outro lado, pode significar a própria negação (existência) do Direito Internacional, como chegam a fazer alguns autores.²⁵

Também, intimamente, ligada a essa questão está o desenvolvimento do crime organizado internacional. A criação de Tribunais Internacionais (com a atuação na área criminal ou mesmo na defesa de “interesses difusos mundiais”) esbarra também, além das já mencionadas acima, em questões políticas.

Por fim, diariamente, vêem-se mutações gênicas e experiências cromossômicas em seres humanos que escapam a proteção legal e que podem, se não forem normatizadas rápida e satisfatoriamente, trazer conseqüências funestas.

IX- POSSÍVEIS SOLUÇÕES

Ao longo da história, verificou-se que as tentativas de se melhorar a justiça e as suas estruturas jurisdicionais dividiu-se, basicamente, em três momentos: o oferecimento em massa de assistência judiciária, a proteção e garantia de representação jurídica para os interesses difusos e, mais recentemente, a efetivação do acesso à justiça em todas as suas dimensões, persistindo esta “terceira onda”, conforme denominação de Mauro Ceppelletti e Bryant Garth até os dias atuais.

Destarte, num primeiro momento buscou-se oferecer serviços jurídicos aos pobres, de forma a reconhecer que a figura do bom advogado é indispensável, sobretudo aos menos afortunados, para que exista a defesa

⁽²⁵⁾ Grande discussão, ainda existente, é da força e eficácia a serem reconhecidas aos tratados internacionais celebrados ou aos quais aderiram ao Brasil, após devida anuência parlamentar. Defende-se que a eficácia dos tratados é de norma constitucional haja visto que a constituição expressamente salvaguarda todos os direitos nela previstos, sem o prejuízo dos tratados e convenções de Direito Internacional de que o Brasil faça parte. No entanto, por evidente questão de lógica legislativa e competência constitucional, deve ser reconhecida aos tratados eficácia de lei ordinária, prevalecendo sobre leis posteriores somente naquilo que continuarem a serem específicos. Mas, não obstante a escolha da melhor doutrina, o que mais importa é o mérito da discussão pois revela, de forma suficiente, a dificuldade existente para se travar relações jurídicas internacionais se subsistem dúvidas quanto à formação válida e legítima da “vontade do Estado” na representação e defesa de seus direitos nas comunidades estrangeiras.

sem prejuízo dos direitos por dificuldade “postulatória” ou probatória.²⁶ Apesar de proclamado como direito o acesso à justiça, nos primórdios atuação era muito passiva. A assistência judiciária gratuita consubstanciava-se tão somente na prestação de serviços por advogados que, por caridade, deixavam de fixar seus honorários. Por motivos óbvios, era bastante ineficiente este tipo de assistência. Gradativamente passou-se a modificar tal situação. Os profissionais que prestavam assistência gratuita (ou ainda aconselhamento judiciário gratuito) passaram a ser remunerados pelo Estado e chegou-se ao modelo atual adotado pelo Brasil que é o fornecimento pelo Estado de Assistência Judiciária Gratuita.²⁷ No entanto, a demanda pelo atendimento jurídico gratuito ainda é muito grande e faz com que todo o sistema fique bastante prejudicado haja vista que o número de advogados postos à disposição ainda está longe de ser o suficiente, acabando por gerar defesas tecnicamente imperfeitas ou ações mal propostas.

A posteriori, os interesses difusos passaram a ser reconhecidos e defendidos, entendendo-se estes como aqueles direitos que sobrepõem-se ao plano individual e interessam a todo um grupo, coletividade ou comunidade (consumidores, moradores de um bairro ou região próxima a uma área de poluição industrial, etc). Além disso, paulatinamente, foram criados mecanismos que possibilitam a representação jurídica dos interesses difusos não somente dos economicamente hipossuficientes mas também de novas classes: consumidores, preservacionistas e do público em geral, sem restrições sociais de qualquer natureza. É evidente, de per si, que a grande dificuldade na

⁽²⁶⁾ Durante um ano e meio de estágio que desempenhei na Assistência Judiciária Dr. Carlos Foot Guimarães da Faculdade de Direito da PUC-Campinas, oportunidade em que prestava assistência gratuita aos pobres, facilmente constatei que três são as principais dificuldades das pessoas com menos recursos financeiros: 1. dificuldade em narrar o problema ou a falta de consciência dos direitos que lhe foram lesados ou que lesou; 2. falta dos mínimos recursos para se proceder às provas necessárias ao processo; 3. falta de compreensão para as sentenças judiciais ou para as soluções apontadas. Tudo, isso, que na maioria das vezes se manifesta concomitantemente, demonstra a dificuldade de prestar-lhes assistência judiciária.

⁽²⁷⁾ Identifica-se, no que se refere a Assistência Judiciária Gratuita, o “sistema judicare” (Áustria, Inglaterra, Holanda, França, Alemanha, etc) no qual a prestação desses serviços é feita por profissionais particulares que são remunerados pelo Estado. Não se faz qualquer distinção na representação em juízo do pobre, com exceção dessa sua condição para receber os favores estatais de que se trata. Se por um lado é altamente positivo pois não discrimina o pobre na sua condição social, acaba, por outro lado, sendo ineficiente pois não conscientiza o pobre de seus direitos fundamentais, como cidadão, consumidor, trabalhador, inquilino, etc. Há ainda o “advogado remunerado pelos cofres públicos”, pelo qual os serviços jurídicos deveriam ser prestados por “escritórios de vizinhança”, atendidos por advogados pagos pelo governo e encarregados de promover os interesses dos pobres, enquanto classes. Além dos modelos “combinados”, é claro.

"UM SINGELA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A ATUAL CRISE..."

proteção aos interesses difusos é a omissão ou imperfeição governamental. O próprio governo, quando não ele próprio que os origina, possui meios administrativos coercitivos e preventivos que seriam suficientes, se efetivamente criados e empregados, para impedir a agressão ou a ameaça a esses direitos da coletividade. Outra dificuldade que ainda pode ser lembrada, e que deve ser objeto de reformulação, é a dificuldade técnica do Ministério Público em desempenhar atuação tão dinâmica, combinada com as suas demais funções institucionais, para defender os interesses difusos e reagir contra as suas agressões.²⁸

De forma mais atual, a grande preocupação existente é com a efetividade do direito, antes só formalmente proclamado, do acesso ao justiça e, por conseguinte, ao judiciário. Assim, a busca pelo acesso efetivo à justiça é a terceira “onda” que se observa. A sua consecução passa, necessariamente, pelos fatores já citados (prestação de assistência judiciária gratuita aos que dela efetivamente necessitarem e representação jurídica dos interesses difusos) mas vai muito mais além, pois todos os fatores devem ser somados e todos os problemas visto como um todo, sanados. Esta é a única forma racional de se garantir o acesso efetivo, amplo e irrestrito, de que se fala.

Refere-se, em síntese, “no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”²⁹, incluindo-se aí toda a forma de disponibilizar a advocacia, seja judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos.

No entanto, a efetividade do acesso a justiça e aos direitos substantivos proclamados, exige muito mais que uma representação digna e aperfeiçoada em juízo mas, fundamentalmente, mudanças e reformas institucionais, que abranjam todos os procedimentos judiciais e processuais e estruturais, como por exemplo: mudança na composição e estrutura dos tribunais, modificações no direito substantivo para prevenir litígios ou indicar soluções administrativas, diminuindo a diferença social entre os possíveis

⁽²⁸⁾ Várias técnicas são sugeridas para melhorar a representação jurídica dos interesses difusos: a) técnica do procurador-geral privado. Qualquer pessoa poderia, desde transpostas as dificuldades lógicas de legitimidade ou legitimação, poderia propor ação exigindo tutela jurisdicional contra ato que afete ou prejudique interesse coletivo ou público. b) técnica do advogado particular do interesse público. Ações podem ser suplementadas e provocadas por grupos particulares, agindo na defesa do interesse público.

⁽²⁹⁾ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Sérgio Antônio Fabris Editor. Pág. 68;

litigantes, utilização de mecanismos privados ou informais na solução dos litígios, etc.

Alguns pontos fundamentais para a realização de uma reforma no poder judiciário que permitam a efetiva melhora na função jurisdicional e no acesso à justiça:

1) Reformulação dos procedimentos judiciais;

O número de litígios e causas que se acumula nos tribunais pode ser interpretado de duas maneiras possíveis. A primeira, positiva por sinal, induz ao fato de que toda a população tem a percepção de seus direitos e recorrem ao poder judiciário para salvaguardá-los em casos de ameaça ou agressão. Outro, negativo, é a morosidade na prestação jurisdicional que gera o arrastamento de muitos processos ao longo do tempo nos pretórios, devido a número excessivo de recursos, a dificuldade na representação processual, deficiência estrutural e técnica do aparelho judiciário, etc.

Destarte, é importante que sejam dirigidos esforços governamentais, com a aplicação de recursos em massa, para a modernização dos procedimentos judiciais. Mais do que nunca a informatização é necessária, de forma a aumentar o processamento de dados, a comunicação entre as comarcas e juízos³⁰, a confecção de documentos e ordens judiciais, as consultas processuais, etc.

Além desse aspecto material, pode-se sugerir também uma nova postura do próprio magistrado perante o processo e às partes. A diminuição da desigualdade real das partes (simbolicamente iguais perante a lei) poderia ser sanada se o juiz ganhar uma posição mais ativa no processo, diminuindo essa desigualdade entre os litigantes, investigando mais a verdade e apreciando livremente as provas, maximizando as oportunidades para que os resultados sejam mais justos e não reflitam apenas as desigualdades existentes entre as partes.

2) Barateamento das custas judiciais³¹;

⁽³⁰⁾ Imagine-se quão mais rápido seria para o desenvolvimento do processo se as cartas precatórias fossem enviadas e devolvidas via "on line" entre os juízos deprecante e deprecado. O mesmo poderia-se dizer quanto às consultas processuais, à protocolização de peças, a realização de laudos periciais, a oitiva de testemunhas, a elaboração de peças e petições mais simples que poderiam ser instantaneamente despachadas, a economia de papel e espaço se os disquetes ou CD's passassem a conter todo o material dos "autos", etc

⁽³¹⁾ O barateamento ou mesmo a isenção de custas judiciais poderia incentivar o aumento na propositura de causas sem motivação suficiente. No entanto, entende-se que o próprio princípio da sucumbência e os critérios que seriam adotados (diferenciando-se, por exemplo, quais as categorias de pessoas ou natureza de causas que se beneficiariam da medida) afastaria suficientemente esta possibilidade.

3) Maior oralidade nos procedimentos;

O excesso de formalismo e de documentação atravancam mesmo os processos envolvendo questões mais simples e de pequena monta, significando grande gastos de material e pessoal. Ora, a exemplo do que ocorre na Justiça do Trabalho, a informalização de alguns procedimentos, com a documentação apenas do que for essencial para garantir a lembrança das decisões e a segurança jurídica da coisa julgada, representaria uma celeridade muito mais proveitosa que a possível perda da segurança documental.

4) Incentivo a implantação e desenvolvimento de métodos alternativos para decidir causas que, a priori, seriam levadas tradicionalmente aos auspícios do poder judiciário: o juízo arbitral, a conciliação, o incentivo econômico, etc...

5) Maior agilidade e cuidado nos procedimentos legislativos a fim de impedir as dificuldades de incidibilidade (eficácia) em razão da desatualização do tempo da idealização da lei e a sua efetiva criação, com a sua entrada em vigência. O procedimento legislativo deve suprimir de seus trâmites a burocracia e as discussões mesquinamente partidárias.

6) A conscientização em massa de toda a população, marcadamente dos menos favorecidos socialmente, para os direitos que possuem, sejam estes de natureza subjetiva ou pública. Uma grande iniciativa nesse sentido seria a inclusão na grade curricular das escolas uma disciplina que fomentasse essa “consciência jurídica”, procurando introduzir já nas próprias crianças as noções fundamentais de cidadania, política e direitos e garantias fundamentais. Deve-se salientar que tal iniciativa seria uma decisão política de grande envergadura vez que, em tese, significaria o próprio Estado ensinando seus próprios governados a reivindicar contra si mesmo os direitos afrontados, já que indubitavelmente o Estado quase sempre não cumpre sua finalidade precípua ou a faz com insuficiência, em inexorável prejuízo da coletividade e do bem estar social.

7) Majoração no número de magistrados;

8) Garantia da prestação jurisdicional de forma ininterrupta;

9) Criação de um número maior de Tribunais e Varas destinadas a julgar conflitos específicos e causas de natureza específica.

A especialização, invariavelmente, representa uma maior otimização dos serviços e procedimentos uma vez que a diminuição do universo a ser decidido significa proporcionalmente um maior conhecimento do assunto, maior possibilidade de reflexão e, principalmente, acerto e homogeneidade nas decisões. Nesse sentido, a criação de Tribunais dos Consumidores, Tribunais Comunitários, Tribunais Locatícios, Tribunais de Família, poderiam ser a solução para amenizar o problema da cumulação de causas muito diferentes que acarretam uma dificultosa pesquisa pelo magistrado, promotoria e demais órgão envolvidos na decisão dessas causas.

Estes três tópicos seriam bastante significativos para uma diminuição da demanda pelos pronunciamentos jurisdicionais. Absolutamente, o aumento no número de magistrados e Tribunais, inclusive com a criação dos chamados “Tribunais Especializados”, juntamente com a não interrupção dos procedimentos jurisdicionais em virtude de férias coletivas ou recesso nos juízos e Tribunais, só faria diminuir o acúmulo de serviços, sempre alegado pelos magistrados quando da impossibilidade de cumprir com seus prazos jurisdicionais.

10) Criação de varas e Tribunais itinerantes que possibilitem e garantam a tutela jurisdicional estatal àqueles que fisicamente não possuem acesso ao judiciário.

É sabido que muitas pessoas, principalmente as que habitam a zona rural ou a longínqua periferia das grandes cidades, não tem acesso à justiça mesmo porque não têm acesso aos próprios centros urbanos. Ou, ainda mesmo que o possuam, acabam indo para as cidades apenas nos finais de semana ou em horários inviáveis para buscarem o auxílio estatal para a salvaguarda de seus mais elementares direitos. É preciso, de alguma forma (implantação de postos em rincões mais afastados ou “ônibus-tribunais”) aproximar os jurisdicionados do primeiro e segundo grau da justiça comum.

11) Incentivo e implantação dos instrumentos e procedimentos extrajudiciais de solução de conflitos: Tribunais de conciliação, arbitragem e mediação, por exemplo.

"UM SINGELA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A ATUAL CRISE..."

12) Valorização da postura do magistrado perante o processo a fim de tomar uma posição mais ativa no litígio³², sem prejuízo para o devido processo legal, mas principalmente para equilibrar a capacidade das partes perante o juízo, evidenciando a função política do judiciário.³³

X- CONCLUSÕES

Diante de tudo o que fora até aqui exposto, percebe-se que a crise existente no poder judiciário nacional é mais que evidente, exigindo reformas não só no âmbito estrutural mas, e sobretudo, institucional. **MAS NÃO SERÃO SOLUÇÕES ABSURDAS E INCONSTITUCIONAIS COMO A ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS VINCULANTES ÀS SÚMULAS EDITADAS PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES QUE COLOCARÃO FIM AOS PROBLEMAS.**

Velhos problemas necessitam de novas soluções. As crônicas dificuldades de acesso à justiça pelos economicamente hipossuficientes, a morosidade na prestação da tutela jurisdicional, o desaparecimento do judiciário, o formalismo exacerbado, a sobrecarga de recursos meramente protelatórios, o despreparo dos advogados e operadores do direito em decorrência da crise no ensino jurídico, a interferência política no procedimento legisferante, e todos os demais problemas já elencados e pormenorizados, a altíssimas demandas pela tutela jurisdicional, as dificuldades do judiciário

⁽³²⁾ Conforme enfatiza o professor José Eduardo Faria, em "Direito e Justiça", "Para bem interpretar a lei o juiz não pode ser formalista, dogmático, apegado a formulas legais, o direito transcende o texto da norma, que é estático; e está ligado à realidade social, que é dinâmica. Interpretar, antes de mais nada, significa sensibilidade social e postura crítica, além do saber jurídico, dos conhecimentos científicos e das verdades naturais de que o julgador necessita. Através da visão dialética, eminentemente crítica, o juiz coloca-se dentro da realidade social e identifica as forças que produzem o direito, para estabelecer a relação entre esse direito e a sociedade. Nessa postura, o juiz pode e deve questionar a própria legitimidade da norma, para adequá-la à realidade social. Assumindo-a, pode chegar a decisões mais justas e renovadoras, utilizando-se dos processos tradicionais da hermenêutica."

⁽³³⁾ A função política do judiciária deve ser entendida não no sentido vulgar da expressão como comumente é reconhecido, mas pela possibilidade de suas decisões modificar situações sociais e relações jurídicas com força estatal. Conforme José Reinaldo de Lima Lopes, "a função política do judiciário deriva de sua própria inserção no Estado. Seus desafios são hoje em boa parte os mesmos desafios com que se defrontam outros poderes. Sua reforma e reorganização pode ser vista sobretudo como problema político, mais do que problema de reaparelhamento. Organizar a Justiça exige condições materiais: ao permitir que ela viva meio desaparelhada o Estado manifesta seu descaso típico para com todos os serviços devidos aos cidadãos, em especial os devidos às classes populares.

neste terceiro milênio, o descrédito da população no judiciário e suas instituições, entre outros problemas que já foram elencados, revelam no seu conjunto, a atual realidade do sistema. Corolário destes fatores, naturalmente, é o gravoso comprometimento na distribuição da justiça e o agravamento das situação nacional vez que aqueles que de fato necessitam da justiça para proteger o seu direito e garantir a sua cidadania vêm-se conspurcados, sem perspectivas de melhora, deste instrumento que, a priori, se destinaria a assegurar a equidade, a segurança jurídica e a paz social.

Assim sendo, a análise das atuais tentativas de reforma e os estudos e pareceres realizados na busca da solução destes problemas nos faz revelar, num primeiro momento, que a mudança depende de critérios cuidadosos, sistemas racionais e métodos científicos de forma a assegurar, mesmo que paulatinamente, a reestruturação de um novo sistema. Esta velha casa, de estruturas antigas e frágeis, deve ser primeiramente derrubada. Depois, repensadas todas as condições, deve ser edificada uma nova estrutura, melhorada, moderna, que afaste os problemas do passado e tenha condições satisfatórias de acolher com dignidade e segurança, aqueles que nela vão se abrigar.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela antecipada na reforma processual*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

ARMELIN, Donaldo. *Tutela jurisdicional diferenciada*. Repro, v. 65

ASSIS, Arakén de. Antecipação de tutela. In: *Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*. Coord. Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BASILICO, Giorgetta & CIRULLI, Massimo. *Lê condanne anticipate nel processo civile di cognizione*. Milano: Giuffrè, 1998

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Considerações sobre a antecipação da tutela jurisdicional*. In: *Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*. Coord. Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

"UM SINGELA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A ATUAL CRISE..."

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipatória - Tentativa de sistematização*. São Paulo, Malheiros Ed. 1997

CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. In: *Opere giuridiche*. Napoli: Ed. Morano. V.9

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Inovações no código de processo civil*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1998.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela no processo civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo, Malheiros, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1997

_____. *A reforma do código de processo civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1997.

FERREIRA MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo, Celso Bastos, 1998

FORNACIARI JR., Clito. *A reforma processual civil*. (artigo por artigo). São Paulo: Saraiva, 1996.

FUX, Luis. *Tutela de segurança e tutela de evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Rvista dos Tribunais, 1973.

LÉVY-BRUHL, Henri. *Sociologia do direito*. São Paulo, Martins Fontes, 1988. 127 p.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

LOPES, João Batista. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Antecipação da tutela e o art. 273 do CPC*. In: *Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*. Coord. Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1997.

_____. A tutela antecipatória nas ações declaratória e constitutiva. In: *Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*. Coord. Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 1996.

_____. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *As reformas do código de processo civil: condições de uma avaliação objetiva*. RF, 335:97.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. *A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do código de processo civil*. Repro, v. 732

_____. *A efetividade do processo de conhecimento*. Repro, v. 74

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. RF, v. 329

NERY JR., Nelson. *Atualidades sobre o processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Novíssimos perfis do processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, Editor, 1991.

TALAMINI, Eduardo. Nota sobre as recentes limitações legais à antecipação de tutela. In: *Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*. Coord. Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TARZIA, Giuseppe. *La tutela cautelare*. In: *Ill nuovo processo cautelare*.

"UM SINGELA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A ATUAL CRISE..."

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A nova etapa da reforma processual*. *Revista de Processo*, V. 83

_____. (Coord.) *Reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada. In: *Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*. Coord. Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. In: *Reforma do código de processo civil*. Coord, Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2ª ed. São Paulo.

_____. *Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*. In: *Reforma do código de processo civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação de tutela específica nas obrigações de declaração de vontade*. In: *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. Coord. Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Saraiva, 1997.

Relatório sobre a situação dos Direitos Humanos no Brasil (OEA - 1998);