

**J O S É E U D E N I M A G A L H ã E S**

**CRISE DO PODER JUDICIÁRIO E  
EFETIVIDADE DO PROCESSO CIVIL**

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor.

Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Doutor Luiz  
Guilherme Marinoni.

**CURITIBA**

**2001**

**JOSÉ EUDENI MAGALHÃES**

**CRISE DO PODER JUDICIÁRIO E  
EFETIVIDADE DO PROCESSO CIVIL**

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor.

Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Doutor Luiz  
Guilherme Marinoni.

**CURITIBA**

**2001**

**JOSÉ EUDENI MAGALHÃES**

**CRISE DO PODER JUDICIÁRIO E  
EFETIVIDADE DO PROCESSO CIVIL**

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor no Programa de Pós-Graduação em direito da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

Orientador: Prof. Doutor Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni  
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Co-orientador: Prof. Doutor Luiz Rodrigues Wambier  
Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, PUCPR

Prof. Doutor João Gualberto Garcez Ramos  
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Prof. Doutor Luiz Francisco Carlos Duarte  
Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, PUCPR

Profa. Doutora Mariulza Fernandes Franco  
Centro de Estudos Sociais Aplicados, UEL

Curitiba, 30 de maio de 2001

## **AGRADECIMENTOS**

Dedico este trabalho, registrando minha gratidão:

A minha esposa Vera Lúcia Svoboda Magalhães, pela valiosa contribuição na elaboração desta tese.

A Minha filha Michelini Svoboda Magalhães, pela elaboração do Abstract.

Aos Professores Doutores Luiz Guilherme Marinoni e Luiz Rodrigues Wambier, pela orientação.

## SUMÁRIO

RESUMO.....	VI
ABSTRACT .....	VII
INTRODUÇÃO .....	08
1. CRISE DO JUDICIÁRIO. ....	12
2. O PODER JUDICIÁRIO.....	23
2.1 A FUNÇÃO JUDICANTE ATRAVÉS DOS TEMPOS.....	23
2.1.1 ANTIGÜIDADE. ....	23
2.1.2 IDADE MÉDIA.....	32
2.1.3 NO TEMPO DA COLONIZAÇÃO PORTUGUESA.....	34
2.1.4 A JUDICATURA NO BRASIL.....	36
2.2 MODELOS DE MAGISTRATURA.....	48
2.2.1 MODELO EMPÍRICO PRIMITIVO. ....	49
2.2.2 MODELO TECNO-BUROCRÁTICO.....	49
2.2.3 MODELO DEMOCRÁTICO CONTEMPORÂNEO. ....	51
2.3 O MODELO ADOTADO PELO BRASIL E DEMOCRATIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO. ....	52
2.4 PRESSUPOSTOS DA FUNÇÃO POLÍTICA DE JULGAR..	61
2.5 FUNÇÕES DA MAGISTRATURA.....	64
2.5.1 RESOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	64

2.5.1.1 CONFLITOS SOCIAIS E MECANISMOS PARA SUA RESOLUÇÃO.....	67
2.5.1.2 TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS.....	72
5.2 AUTOGOVERNO.....	84
2.5.3 TUTELA CONSTITUCIONAL.....	94
2.5.3.1. GÊNESE E DESENVOLVIMENTO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS.....	94
2.5.3.1.1. SISTEMAS DE CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE.....	107
2.5.3.2. TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	111
2.5.3.2.1. TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM FACE DO DIREITO INTERNACIONAL.....	115
2.5.3.2.2. DIREITO INTERNO E O DIREITO INTERNACIONAL.....	120
2.5.3.2.3 TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A APLICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....	123
2.5.4 CONTROLE RECÍPROCO DOS PODERES.....	130
2.5.4.1. CONTROLE JURISDICIONAL.....	135
2.6. EXERCÍCIO DO PODER JURISDICIONAL.....	138
2.6.1. PROCESSO COMO MEIO PARA A REALIZAÇÃO DO DIREITO.....	141
2.6.2. INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO.....	144
3. RACIONALIZAÇÃO DA JUSTIÇA.....	150

<b>3.1 A CRISE DO ESTADO SUPÕE A CRISE DE SEUS SISTEMAS DE LEGITIMAÇÃO E, PORTANTO, DE UTILIDADE E EFICIÊNCIA.</b> .....	<b>150</b>
<b>3.1.1 A LEGITIMIDADE PRESSUPÕE COMPROMETIMENTO DO JUIZ COM A RACIONALIDADE SOCIAL.</b> .....	<b>158</b>
<b>3.2 VISÃO SOCIOLÓGICA DA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA.</b> .....	<b>161</b>
<b>3.2.1 A DESIGUALDADE SOCIAL E OS MOVIMENTOS SOCIAIS NO BRASIL.</b> .....	<b>163</b>
<b>3.3 DESMISTIFICAÇÃO DA NEUTRALIDADE IDEOLÓGICA: A FORMAÇÃO DO NOVO JUIZ.</b> .....	<b>166</b>
<b>3.4 ACESSO À JUSTIÇA.</b> .....	<b>168</b>
<b>3.5 DIREITO À TEMPESTIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL</b> .....	<b>174</b>
<b>4. PARA UMA MAIOR EFETIVIDADE DO PROCESSO CIVIL</b> .....	<b>181</b>
<b>4.1. APERFEIÇOAMENTO DA ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA E REFORMULAÇÃO PROCESSUAL.</b> .....	<b>182</b>
<b>4.2 SIMPLIFICAÇÃO PROCEDIMENTAL: UTILIZAÇÃO DOS MEIOS ELETRÔNICOS E DOS SISTEMAS DE VIDEOTEIPE E FONOGRAFICO PARA OS REGISTOS E COMUNICAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS.</b> .....	<b>188</b>
<b>4.2.1 PRISÃO CIVIL POR DESOBEDIÊNCIA À ORDEM JUDICIAL LEGÍTIMA.</b> .....	<b>204</b>
<b>4.3 TUTELA INIBITÓRIA.</b> .....	<b>207</b>
<b>4.3.1TUTELA INIBITÓRIA ANTECIPADA</b> .....	<b>218</b>
<b>4.3.2 MOMENTO DA CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA.</b> .....	<b>228</b>

4.4 VALORIZAÇÃO DO JUIZ DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. .	232
4.5 DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E LIMITAÇÃO DOS RECURSOS.....	237
4.5.1. ESCORÇO HISTÓRICO.....	237
4.5.2 DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO: A NECESSIDADE DE LIMITAÇÃO DA VIA RECURSAL NO BRASIL, ELIMINAÇÃO DO DUPLO GRAU OBRIGATÓRIO E DOS EMBARGOS INFRINGENTES, ADOÇÃO DA MODALIDADE RETIDA DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL E APLICAÇÃO EFETIVA DO ART. 557 DO CPC. ....	242
4.6 UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E ADOÇÃO DA SÚMULA COM EFEITO VINCULANTE. ....	260
4.6.1 SÚMULA COM EFEITO VINCULANTE. ....	264
4.6.1.1 STARE DECISIS COMO PARADIGMA PARA ADOÇÃO DA SÚMULA COM EFEITO VINCULANTE. ....	264
4.6.1.2 ADOÇÃO DA SÚMULA E DECISÕES COM EFEITO VINCULANTE .....	268
5. CONCLUSÕES.....	279
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS. ....	290
7. OBRAS CONSULTADAS.....	313

## **RESUMO**

### **CRISE DO PODER JUDICIÁRIO E EFETIVIDADE DO PROCESSO CIVIL**

A pesquisa estabelece como ponto de partida a falta de credibilidade no Poder Judiciário, que não consegue prestar a tutela jurisdicional em tempo razoável, evidenciando assim, a ineficiência dos mecanismos processuais em vigor. A seguir, analisa os modelos de magistratura, concluindo que a eleição direta na escolha da direção do Poder Judiciário contribuirá para a sua democratização. Aprecia a forma de provimento de Ministros do Supremo Tribunal Federal. Focaliza, as principais funções do Judiciário: a de dirimir conflitos individuais e coletivos, a de autogoverno, a de proteção dos direitos fundamentais e controle da constitucionalidade das leis e por fim a de controle recíproco dos poderes. Sugere uma visão interdisciplinar na seleção e formação do juiz como pressuposto para o aumento de poderes. Defende a adoção de um Conselho Nacional de Justiça para velar por um sistema de planejamento, supervisão e controle da atividade administrativa do Poder Judiciário e disciplinares dos magistrados e servidores da Justiça. Propõe uma reformulação do processo através de singelos mecanismos, como a técnica da simplificação dos procedimentos e das decisões, da supressão do duplo juízo nas causas de menor complexidade. Propugna a prisão civil por desobediência à ordem judicial legítima. Considera os métodos de documentação dos atos processuais. Recomenda a limitação da via recursal, a eliminação do duplo grau obrigatório e dos embargos infringentes. Examina a uniformização da jurisprudência e a adoção de súmula vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal, com a subordinação da administração pública e do próprio Poder Judiciário a seus efeitos. Ressalta a racionalização da justiça, a valorização da primeira instância, a fim de viabilizar a celeridade da prestação da tutela jurisdicional.

## **ABSTRACT**

### **The crisis in the Judiciary Power and the effectiveness of the civil process**

The research establishes the lack of credibility in the Judiciary Power as a starting point, which does not get to solve the jurisdictional tutelage in due course, causing in this way, the inefficiency of the available resources. Afterwards, it analyses the magistracy models, concluding that the direct election for the choice of management of the Judiciary Power will contribute for its democratization. It appreciates the way of supply from the ministers of the Supreme Court. It focusses on the main functions of the Judiciary Power such as: the solving of personal and collective disagreements, the self government, the protection of the fundamental rights and the control of the constitutionality of the laws, and at last, the reciprocal control of the powers. It proposes an interdisciplinary vision for the selection and arrangement of the judge as a pretext for the amplification of the absolute power of the judges. It defends the adoption of a National Council of Justice in order to get a system of planning, supervision and control of the administration activity which comes from the Judiciary Power and from the magistrates's disciplinaries and civil servant. It proposes the reformulation of the process through simple mechanisms, such as the technique of simplification of the procedures and decisions, the suppressing of the double judgement concerning to the causes which present minor level of complexity. It defends the civil arrestment for disobedience to the legitimate judicial order. It considers the methods of documentation of the process acts. It recommends the limitation of the resource way, the elimination of the obligatory double grading and of the possibility of revisions from another organ. It examines the uniformity of the jurisprudence and the adoption of the precedent from decisions taken by the Federal Supreme Court, with the subordination of the public administration and of the Judiciary Power itself and the effects caused by it. It stands out the rationalization of the justice, the valuation of first degree, in order to allow the celerity of the Judiciary service.

## INTRODUÇÃO

Cientes da realidade que impera no seio do Judiciário nacional, que clama por uma substancial reformulação, empreendemos neste trabalho uma reflexão que perpassa todo o texto, no sentido de detectar as deficiências do sistema judicial brasileiro e apresentar algumas soluções no âmbito do processo civil, pois expressivos seguimentos da sociedade cobram uma prestação jurisdicional célere, correta, imparcial e eficiente.

É nessa linha que balizamos o desenvolvimento da tese.

O primeiro capítulo destaca apenas a Crise do Poder Judiciário, como preparo para a fundamentação que medra à medida que os diversos temas são tratados nos capítulos seguintes.

No capítulo segundo falamos da função jurisdicional da antigüidade à modernidade, apresentando cada modelo de magistratura hodierna, destacando-se dentre outros, os modelos empírico primitivo, o tecno-burocrático e o democrático contemporâneo. Inserimos o sistema brasileiro, no modelo tecno-burocrático, similar aos modelos que vigoraram na Europa do início do século XX. Concluimos que o nosso sistema Judiciário se distancia em muito dos Judiciários democráticos contemporâneos, máxime, pela forma autocrática de governo. Entendemos que só é possível migrar para um modelo democrático, após uma reestruturação organizacional que contemple um governo interno horizontalizado, eleito diretamente por todos os juizes vitalícios e não por um reduzido grupo de magistrados que se autoelegem. Questionamos a forma de provimento dos juizes do Supremo Tribunal Federal que se dá

por indicação unipessoal do Presidente da República, sem a participação do próprio Judiciário. Abraçamos a idéia da criação de um Conselho Nacional da Magistratura para velar por um sistema de planejamento, supervisão e controle da atividade administrativa do Poder Judiciário e disciplinares dos magistrados e servidores da justiça. Tratamos, também, das principais funções do Judiciário, destacando-se a primeira, como função de dirimir conflitos individuais e coletivos, a segunda a de autogoverno, que, consiste, fundamentalmente, na garantia da autonomia administrativa e financeira, como pressuposto para a realização da função decisória, a terceira consiste na tutela constitucional, cujo núcleo é o controle de constitucionalidade das leis e a proteção dos direitos e garantias fundamentais, e, finalmente, a quarta que concerne ao controle recíproco dos poderes em face do princípio da tripartição dos poderes.

No terceiro capítulo examinamos a questão da racionalização da justiça, com a finalidade de discutir os pressupostos para tornar possível a efetividade do processo. Propugnamos pela adoção de um modelo jurídico que torne mais simples a administração da justiça, considerando que a técnica processual empregada para a resolução de dissídios, não acompanha a dinâmica social, contribuindo, assim, para o agravamento da crise do Poder Judiciário. Sugerimos uma visão sociológica da administração da justiça, para contrabalançar à visão normativista do direito como forma de debelar a crise do Judiciário que eclodiu no último quartel deste século, principalmente, em decorrência do grande desequilíbrio social. Mostramos nossa preocupação com a forma de seleção dos juízes. Apontamos que a morosidade da prestação da tutela jurisdicional, afronta o princípio de direito que assegura a “razoável duração do processo”, bem como o direito a uma “tutela jurisdicional adequada”.

No quarto capítulo enfrentamos mais de perto a questão da efetividade do processo civil, partindo da pressuposição de que a

efetividade da tutela jurisdicional somente pode ser realizada através do processo. Para tanto demonstramos que é imprescindível o aperfeiçoamento da estrutura judiciária, dotando-a de recursos humanos e materiais, sempre com a mente voltada para a racionalização da justiça e valorização da primeira instância. Propugnamos pela adoção da prisão civil por desobediência à ordem judicial legítima. Tecemos considerações a respeito dos diversos métodos de documentação dos atos e termos processuais, dentre os quais o registro fonográfico das audiências. Propusemos ainda, uma intensa reformulação do processo através de singelos mecanismos, como a técnica da simplificação dos procedimentos e das decisões, da supressão do duplo juízo nas causas de menor complexidade, tanto no âmbito dos Juizados Especiais como da Justiça Comum, como forma de contribuição para a celeridade da prestação da tutela jurisdicional. Sugerimos a limitação da via recursal, eliminação do duplo grau obrigatório e dos embargos infringentes, reconhecendo ainda, a necessidade da uniformização da jurisprudência e a adoção da súmula vinculante das decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal, esta limitada a matéria constitucional, previdenciária, tributária e econômica, impondo a subordinação da administração pública e do próprio Poder Judiciário a seus efeitos.

A tese enfoca a Crise do Poder Judiciário, na perspectiva de encontrar remédios processuais que viabilizem a melhoria de qualidade dos serviços Judiciários, sem os ranços dos formalismos exacerbados que incrustam a técnica processual brasileira.

Reconhecemos que, numa “sociedade moderna de base industrial persiste um sistema jurídico altamente diferenciado e relativamente autonomizado, consoante alerta ARRUDA JÚNIOR, para quem “tal sistema deve ser considerado como base para projetos de sua

redefinição em termos de conteúdos e sentidos políticos. Abstrair de sua existência não parece facilitar a sua reconstrução<sup>1</sup>.”

Portanto, embora a tese critique o sistema jurídico normativista, aceita a racionalidade técnica<sup>2</sup> como ponto de partida, orientando-se, todavia, pela racionalidade material. Neste aspecto o objetivo da tese consiste na reflexão sobre a efetividade do processo civil, com o propósito de contribuir para a resolução da Crise<sup>3</sup> do Poder Judiciário e especificamente, propor mecanismos processuais que reputa eficazes para atingir a finalidade objetivada.

---

<sup>1</sup> ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. **Racionalidade técnica**: os sentidos da “razão instrumental”. Escola de Frankfurt no direito. EDIBEJ, 1999, p 46-49.

<sup>2</sup> Todavia, a aceitação da racionalidade técnica como racionalidade dominante, não pode malograr, de forma alguma, a racionalidade material orientadora dos múltiplos valores. Os embates que se sucedem entre ambas no plano horizontal, carregam a possibilidade de manifestações opressivas ou libertárias em níveis políticos, que podem ser viabilizadas nos termos dos princípios democráticos hodiernos. Nesta acepção, a racionalidade técnica assume contornos de “racionalidade instrumental” e identifica-se com a própria razão da sociedade liberal. ARRUDA JÚNIOR, **Racionalidade...**, p. 46-49.

<sup>3</sup> A crise de referenciais - fala-se em crise de paradigmas - que caracteriza o século e que se agudiza em seu final atinge os mais diversos e amplos sistemas - o político, o econômico, o social, o ético e o jurídico - da sociedade, bem como o próprio mundo-da-vida. A crise estaria tanto nos paradigmas epistêmicos quanto nos paradigmas societais. Cf. LUDWIG, Celso Luiz. **Formas da razão**: racionalidade jurídica e fundamento do direito. Curitiba. 1997. Tese de doutorado. Universidade Federal do Paraná, conclusão n.º 3.

## 2. CRISE DO JUDICIÁRIO.

Consideramos que o perfil da realidade brasileira, traçado pelo jurista kazuo WATANABE<sup>4</sup>, nos leva a refletir que o conhecimento da realidade sócio-econômica e política do nosso país é fundamental para a correta estruturação dos poderes da República e da adequada organização da justiça. Diríamos que tal referencial é necessário para orientar a estratégia na organização dos instrumentos processuais suficientes para a resolução de conflitos, uma vez que a justiça deve adequar-se às características sociais, políticas e culturais do país<sup>5</sup>.

No entanto, a sociedade brasileira é marcada por contradições sociais, econômicas, políticas e regionais sendo a intervenção estatal resultante mais dessas contradições, do que propriamente de estratégia política de governo.

Não obstante, o sucesso do plano real ao debelar a inflação que assolava o país, “os problemas estruturais de organização política, de distribuição de renda, de produção de estrutura fundiária” não foram controlados, de maneira que repercutem, no âmbito do Judiciário, através “de estratégia inadequada de canalização e resolução dos conflitos decorrentes de toda essa desorganização social.”<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> WATANABE, Kazuo. **Participação e o processo**: acesso à justiça e sociedade moderna. Coordenação: Ada Pellegrini GRINOVER, Cândido Rangel DINAMARCO, Kazuo WATANABE. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1988, p. 128.

<sup>5</sup> WATANABE, op. cit., p. 129.

<sup>6</sup> WATANABE, op. cit., p. 129. O consumo próprio de uma sociedade de massas em contraste com a alta concentração de renda, fez sobressair a partir dos anos 80, a crise política brasileira.

Na acepção de WATANABE, os cientistas políticos sublinham a ineficácia da estratégia adotada pelos ocupantes do poder na tentativa de administrar tais contradições sem qualquer reforma estrutural.<sup>7</sup>

A estratégia de conceder mais direitos sociais às classes menos favorecidas, representa elevado custo para o Estado, que o obriga a intervir mais e mais na captação de recursos financeiros e na esfera jurídica do cidadão.<sup>8</sup>

O mais grave, é que tais direitos não são honrados (em todo ou em parte, p. ex. previdência e infortunistica), o que gera conflitos de interesses, muito dos quais encaminhados ao Judiciário.

Inúmeros direitos sociais (os pertinentes à habitação, ao emprego, à instrução e à reforma agrária, por exemplo) têm sido prometidos em palanques públicos e em plataformas de governo, gerando expectativas e ansiedades sociais. Mais do que isso, vem criando, nos mais humildes, a consciência do direito a uma vida de melhor qualidade, pois os discursos políticos que ouvem são todos nesse sentido. A consequência do não cumprimento dessas promessas resulta no enfraquecimento de certos direitos subjetivos, como o de propriedade, que são confrontados, num discurso político bem elaborado, com os direitos de vida e saúde, constitucionalmente assegurados, e também com o caráter social da propriedade. As invasões de propriedade e a desobediência civil, conflitos que põem à mostra a constrangedora

---

<sup>7</sup>WATANABE, op. cit., p. 129.

<sup>8</sup>WATANABE, op. cit., p. 130.

impotência do Judiciário, são decorrência imediata desse estado de coisas.<sup>9</sup>

Dada a necessidade de intervir cada vez mais e com urgência, o Estado maneja o direito como instrumento de governo, expedindo medidas provisórias, regulamentos, portarias, instruções, pareceres normativos, e com isso o Executivo, além de invadir a esfera jurídica de outro poder (Legislativo), vem introduzindo práticas antidemocráticas.

Este comportamento que rege a vida pública brasileira, aliada às contradições sociais, políticas e econômicas, gera um contingente enorme de conflitos, de natureza fiscal e administrativa que são encaminhados ao Judiciário, comprometendo, não só a celeridade da prestação da tutela jurisdicional, como também a qualidade desta, uma vez que a quantidade de processos é desproporcional ao número de juízes, via de regra, assoberbados com uma sobrecarga de trabalho descomunal<sup>10</sup>.

Ademais, o brasileiro confia na solução judicial, relegando a um plano secundário os outros meios suasórios de solução de conflitos. Daí o grande número de processos.

---

<sup>9</sup> WATANABE, op. cit., p. 130.

<sup>10</sup> WATANABE, op. cit., p. 130-131. O Estado é o litigante mais freqüente no foro. Um levantamento feito pela Associação dos Juizes Federais (AJUFE) demonstrou que apesar do crescimento espantoso da Justiça Federal a partir de 1989, cujo número de juizes triplicou (em 1989 eram 177, na 1ª instância e 74 na 2ª, atingindo 743, na 1ª instância e 101 na 2ª em 2000), o número de varas federais duplicou (em 1989 eram 178; em 200 são 495), não se resolveu um problema crônico da Justiça brasileira: a demora no julgamento dos processos. Apesar de todos os investimentos, o tempo mínimo de tramitação de um processo continua sendo de cerca de dez anos. Os processos protocolados na Justiça Federal do País saltaram de 234, 3 mil, em 1989, para 1,1 milhão no ano 2000. A Magistratura brasileira. AMB Informa, n. 12, março de 2001.p.8.

Além disso, nos últimos anos, o governo federal no afã de controlar a escalada inflacionária, editou diversos planos econômicos, resultando em substancial mudança legislativa<sup>11</sup>.

Conforme proclama o Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias MELLO, tal procedimento seria menos funesto se observada a organicidade do Direito<sup>12</sup>.

Todavia, as medidas legais foram elaboradas por tecnocratas sem o acompanhamento de juristas, resultando em dúvidas quanto ao alcance das novas normas jurídicas, cujo rescaldo ainda se faz sentir até hoje, pois algumas matérias ainda não foram pacificadas, como por exemplo, a correção monetária dos saldos das cadernetas de poupança objeto de bloqueio e das contas do FGTS, sem contar a instabilidade causada pela reiterada edição de medidas provisórias,<sup>13</sup> que instaura no país, praticamente, um caos legiferante<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> Confirmam-se os planos Delfim I, II e III; Dornelles; Cruzado I e II; Bresser; Arroz com Feijão; Verão; Collor I e II; Marcílio e Real.

<sup>12</sup> **Judiciário - uma visão realista.** Jornal do Magistrado, ano XI, julho/agosto de 2000, p.15.

<sup>13</sup> Tem razão o ministro Marco Aurélio Mendes de Farias MELLO, ao afirmar que surgiu outra instabilidade que é a medida provisória, editada e reeditada sem peias. São editadas até para cercear atos judicantes e proibir atos processuais sem razão plausível, ao menos socialmente aceitável. Receia que pode surgir medida provisória até para afastar a jurisprudência da suprema Corte do País. Dentro em pouco, afirma, o cidadão ficará inviabilizado de demandar contra o Poder Público, tamanha é a construção normativa alicerçada em pseudo- interesse coletivo. **Judiciário...**, p.15. Na verdade, a medida provisória foi inserida em nosso ordenamento (CF., art. 62) para disciplinar provisoriamente pelo prazo de 30 dias questões emergenciais e urgentes. Todavia, assistimos o Poder Executivo substituir atribuições do Congresso Nacional, editando medidas provisórias em todas as matérias, inclusive, por diversas vezes, tentando subtrair da apreciação do Judiciário matérias importantíssimas, como por exemplo, a concessão de liminares. Não é possível a continuação dos excessos. "Se aceitamos que nos furem uma flor não mais podemos gritar quando nossa garganta for cortada na imagem maravilhosa de Maiacovski". Cf. Régis Fernandes de OLIVEIRA. Boletim Informativo Novos Rumos. Associação dos Magistrados do Paraná. Curitiba, ano 2, n. 3, julho de 1990, p. 02. A propósito mencionado jurista, já advertia em 1990, quanto ao perigo da reiteração das medidas provisórias, verbis: "... Último ponto que impede analisar diz respeito à reiteração das medidas provisórias. Ora, aquilo que não foi

Deste modo, além dos conflitos coletivos oriundos de uma sociedade de massa e extremamente complexa, a edição de medidas para aumento de arrecadação<sup>15</sup> - às vezes eivadas de ilegalidades ou até de inconstitucionalidades<sup>16</sup> que são perpetradas por essa gama legiferante, que ignora até o decantado princípio da hierarquia das leis<sup>17</sup> - sem sombra de dúvida, gera infinitas demandas envolvendo o próprio Poder Público, que, deliberadamente, emprega meios disponíveis no sistema legal para viabilizar a procrastinação das soluções dos litígios em que é parte interessada.

---

solucionado, emergencialmente, com base no texto editado, poderá sobrevir em forma de projeto de lei. Não há possibilidade de reiteração de medida provisória, o que tem feito o Executivo e já se fazia no governo anterior é o desconhecimento completo da equivalência entre os órgãos de exercício do poder. Não há agigantamento do Poder Executivo em vista do nanismo dos demais. Há excrescência de assumir poderes que não cabem ao Executivo.” Boletim Informativo Novos Rumos. Associação dos Magistrados do Paraná. Curitiba, ano 2, n. 3, julho de 1990, p. 02.

<sup>14</sup> O princípio da obrigatoriedade das leis insculpido no art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual o desconhecimento da lei não exime o seu cumprimento, torna-se um óbice até mesmo para os cultores do direito, diante da quantidade exagerada de regras jurídicas vigentes no país: são 10.204 leis ordinárias, 11.680 decretos-leis, 5.840 decretos do Poder Legislativo, 105 leis complementares, 13 leis delegadas e 322 decretos do governo provisório, o que, somado, resulta num espantoso volume de 28.000 normas jurídicas a que os cidadãos são obrigados a se submeter. Fonte: AMB Informa. São Paulo, n. 12, março de 2001, p. 12.

<sup>15</sup> O STF declarou inconstitucional a exigência de contribuição previdenciária dos inativos e pensionistas instituída pela Lei 9.783, de 29.01.99, ADIN 2010.

<sup>16</sup> O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 121.336, declarou a inconstitucionalidade da instituição, pelo Decreto-lei 2.288/86, do empréstimo compulsório na aquisição de veículos. Recurso extraordinário conhecido e provido. Votação: unânime. Resultado: conhecido e provido. (Recurso Extraordinário n.º 140035/RJ, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Moreira Alves. Recorrente: Beatriz Maria Glasser Dumont. Recorrida: União Federal. j. 08.03.94, DJU 22.04.94 p. 8.943). Acórdãos no mesmo sentido: RE 140145, 1994, RJ, 1ª Turma, DJ 22.04.94, p. 8943, RE 140546, 1994, RJ, 1ª Turma, DJ 22.04.94, p. 8944, RE 143758, 1994, RJ, 1ª Turma, DJ 22.04.94, p. 8945, RE 140473, 1994, RJ, 2ª Turma, DJ 05.08.94, p. 19228, RE 141157, 1994, RJ, 2ª Turma, DJ 05.08.94, p. 19228, RE 160034, 1994, RJ, 2ª Turma, DJ 05.08.94, p. 19291, RE 166596, 1994, RJ, 1ª Turma, DJ 05.08.94, p. 19304, dentre outros.

<sup>17</sup> WATANABE, op. cit., p. 130.

### A propósito Pottes de MELLO<sup>18</sup> dilucida que

os conflitos passaram de individuais a intercoletivos, ou travados entre coletividades e Governo, gerando grupos massivos de lesados, tais, como aposentados, trabalhadores e contribuintes. O Direito passou de uma visão abstrata e inerte para uma perspectiva ativista, colocado em posição politizada e gerando perplexidade à maioria ortodoxa dentre seus operadores. Promulgada a Carta de 1988, nela lançadas as bases de um novo pacto social brasileiro, começou a operar-se, de modo célere e efetivo, a adequação do jurídico à pulsante realidade brasileira. Muito especialmente no âmbito do Direito Material, ao Judiciário foi garantido instrumental técnico-legislativo que lhe permitisse ir ao encontro dessa nova ordem social, assim passando a efetivar legitimamente o “Direito vivo” e os direitos sociais deferidos pela nova Constituição Federal. O que ocorreu, entretanto, revela um Estado inadimplente perante essa nova ordem, tendo o Judiciário funcionado como “fórmula legal e legítima” de fuga do Poder Público e do empresariado quanto ao cumprimento dos seus deveres obrigacionais. Instaurou-se época em que, se o cidadão quisesse efetivar seu direito, “que fosse para a Justiça!”. Centenas de milhares de demandas judiciais poderiam ter sido evitadas se as políticas públicas, então adotadas, houvessem seguido os cogentes princípios esculpido no caput do artigo 37 da Carta Federal, em especial o da legalidade e o da moralidade. Na prática, o Judiciário não foi capaz de desempenhar de pronto e a contento esse novo papel, que sequer resultou nítido na consciência dos seus operadores. Generalizou-se, por conseguinte, a crítica ao Judiciário, sobrevindo a sua crise”.

Não bastasse, constatamos que a estrutura clássica do processo civil, tal como subsiste na generalidade dos ordenamentos de nossos dias, corresponde a um modelo concebido e realizado para acudir fundamentalmente a situação de conflito entre interesses individuais. O campo de eleição dos instrumentos tradicionais de tutela judiciária é o das relações obrigacionais, com a rotineira contraposição entre duas pessoas, uma das quais se atribui a condição de credora e reclama do suposto devedor certa prestação. Basta lembrar que a um esquema desse tipo se vêem afinal reduzidas, no processo de execução, situações

---

<sup>18</sup> MELLO, Aymoré Roque Pottes de. **A aplicação do efeito vinculante/súmula vinculante no sistema de controles da constitucionalidade brasileiro**: as PECs n.º 500/97 (PECs 54/97 – SF) e 517/97, Revista Ajuris, n.º 72, março de 1998, p.131.

originariamente dotadas de fisionomia jurídica diversa.<sup>19</sup>

É inegável na vida contemporânea, a relevância das relações interindividuais. Verificamos o surgimento de diferentes situações em que se acham envolvidos grupos de pessoas, que podem resultar em conflitos de interesses no cotidiano. Todavia, os meios jurídicos convencionais parecem ineficazes para a resolução desses conflitos, tornando imprescindível um trabalho de adaptação para justapor os instrumentos forjados nos antigos moldes à realidade, ou em casos extremos, num esforço de imaginação, criar novas técnicas para a tutela efetiva de interesses, cujas dimensões extravasam o quadro bem definido das relações interindividuais.<sup>20</sup>

Não obstante os aspectos positivos da economia de massa dos dias atuais, inegáveis são os transtornos gerados, como danos causados a milhares de consumidores em razão de defeitos nos produtos, fraude publicitária, adulteração de alimentos, poluição pelas indústrias e destruição do patrimônio histórico e artístico nacional, porquanto, tais valores passaram a ser considerados como interesses dos cidadãos, quer por meio de normas especiais de direito substancial ou adaptando-se as regras processuais à realidade dos conflitos metaindividuais.<sup>21</sup>

Na verdade, a tutela dos direitos supraindividuais, titularizados por uma coletividade de pessoas congregadas em função de um vínculo jurídico definido, quer se possa determinar com precisão os

---

<sup>19</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual: a ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados "interesses difusos"**. São Paulo: Saraiva 1977, p. 110.

<sup>20</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. op. cit., p. 110.

<sup>21</sup> CAPPELLETTI. **Tutela dos interesses difusos**. Revista Ajuris, n. 33, p.169 et seq.; MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A ação popular...**, p. 10.

componentes do conjunto de interessados (a sociedade mercantil, o condomínio,) quer não se possa fazê-lo (interesse da categoria profissional representada pelo sindicato), deflui de uma cosmovisão democrática.<sup>22</sup>

Efetivamente, a titularidade dos direitos coletivos transcende à esfera individual das pessoas, pois pertence a toda a coletividade, e, por isso mesmo, no plano da tutela desses interesses, a conotação política é reforçada, porque na democracia social, marcada por uma reavaliação da situação do homem em sociedade, a visão individualista do liberalismo é afastada, firmando-se a tendência de inúmeros grupos interpostos entre o indivíduo e o Estado<sup>23</sup>.

É certo que a produção em escala, o consumo em massa e o crescimento da população, incrementam empreendimentos gigantescos, que por si, ocasionam um potencial lesivo, que exige uma nova postura na solução dos conflitos, inclusive, para preservação do Estado Democrático,

---

<sup>22</sup> Com a ressalva de que não há, nessa matéria, uma terminologia definitivamente assentada. Cf. Ada Pellegrini GRINOVER. **A tutela dos interesses difusos**: a problemática dos interesses difusos. São Paulo: Max Limonad, 1984, p.30-31. Observa Nelson NERY JÚNIOR “que a doutrina incorre em erro, ao pretender classificar o direito segunda a matéria genérica, dizendo por exemplo que meio ambiente é direito difuso, consumidor é coletivo etc. Na verdade o que determina a classificação de um direito como difuso, coletivo, individual puro ou individual homogêneo é o tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial. Assim, o mesmo fato pode dar azo à pretensão difusa, coletiva e individual. E exemplifica, o acidente com o Bateau Mouche IV, que teve lugar no Rio de Janeiro no final de 1988, poder abrir oportunidade para a propositura de ação individual por uma das vítimas do evento pelos prejuízos que sofreu (direito individual), ação de indenização em favor de todas as vítimas ajuizada por entidade associativa (direito individual homogêneo), ação de obrigação de fazer movida por associação das empresas de turismo que têm interesse na manutenção da boa imagem desse setor da economia (direito coletivo), bem como ação ajuizada pelo Ministério Público, em favor da vida e Segurança das pessoas, par que seja interdita a embarcação a fim de se evitarem novos acidentes (direito difuso). Em suma, o tipo de pretensão é que classifica um direito ou interesse como difuso, coletivo ou individual”. **Princípios do processo civil na constituição federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 111-112.

<sup>23</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Participação e processo**: direito de ação como direito político. Coordenação: Ada Pellegrini GRINOVER, Cândido Rangel DINAMARCO, Kazuo WATANABE. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.157.

que através da ação, racionaliza o poder e filtra tendências dissociativas, na medida em que leva os litigantes a aceitarem a lógica do sistema.<sup>24</sup>

Todavia, os institutos ortodoxos do processo civil, idealizados em meados do século passado, visivelmente influenciados pelos princípios liberais do individualismo, que caracterizaram as codificações do séc. XIX, não se aplicam aos direitos transindividuais<sup>25</sup>. Aliás, com exceção de algumas demandas coletivas (ações civis, popular, etc.), todas as demais são tratadas pela técnica tradicional, o que demonstra que a organização da Justiça, está em muitos pontos dissociada da realidade social que nos cerca.

Disto ressaí que no Brasil, a Justiça não foi encarada como prioridade de Estado, pois o aparelho Judiciário não se enquadrou às novas exigências, ditadas pelas transformações sociais que ensejaram o surgimento de conflitos coletivos ao lado dos individuais.

Não é sem razão que a lentidão da justiça tem sido apontada como uma das mazelas do Poder Judiciário. A demora na composição dos litígios, não raros, leva os cidadãos a situações aflitivas.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> VITTORIO DENTI. “Le Azioni a Tutela di interessi collettivi”. *Rivista di diritto processuale*: Padova, Cedam, 1974, ano XXIX, 4/539.

<sup>25</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 94.

<sup>26</sup> “Não se pode esperar eficiência e agilidade de um Judiciário que padece com a falta de estrutura e escassez de órgãos julgadores, que não guarda relação adequada com a população. Há defasagem de pelo menos 20% dos cargos existentes. As serventias não contam com quadros de apoio suficientes para o processamento dos feitos. As normas processuais são excessivamente burocráticas e às vezes são manejadas apenas para procrastinar o desfecho do processo. Os membros do Judiciário são submetidos a uma sobrecarga desumana de trabalho”. Fernando Marques de Campos CABRAL. **Razões da demora**. *Jornal o Globo*. Editoria: opinião. Data: 04/11/2000, transcrito no Boletim AMB Informa, Rio de Janeiro, n.9, 17 de novembro de 2000, p.22.

O quadro Judiciário é pintado pela falta de estrutura material, escassez de órgãos julgadores, desproporção entre o número de juízes e a quantidade de processos<sup>27</sup>, insuficiência do pessoal de apoio para processamento dos feitos e o formalismo excessivo das leis processuais, às vezes manejadas apenas com o objetivo de retardar a solução da demanda, que constituem fatores de delonga da prestação jurisdicional, e, portanto, componentes da crise que afeta o Judiciário<sup>28</sup>.

Porém, a crise judicial não é isolada, mas é conjuntural do Estado brasileiro, que enfrenta problemas básicos de saneamento, saúde, segurança, educação, dentre outros.

Não obstante, a problemática apontada, não só os operadores do direito mas, sobretudo, a sociedade reclama uma justiça apta a prestar um serviço eficiente de acordo com os novos direitos emergentes e os pleitos da cidadania.

Mas para que tal anseio se torne realidade é necessário um diagnóstico profundo da etiologia da crise judiciária, e após, identificado o cancro que vai minando aos poucos o organismo judicial, prescrever tratamento terapêutico adequado, através de remédios eficientes que possam inibir os efeitos nefastos da doença, que corrói o aparelho da

---

<sup>27</sup>O ministro Costa LEITE, Presidente do STJ, declarou que “se o governo, os empresários e os trabalhadores não chegarem a um acordo sobre quem paga a correção do FGTS, o Judiciário sofrerá uma avalanche de processos”. E assevera: é a ameaça da “inviabilização dos serviços judiciais”. Joaquim FALCÃO. **Há como o Judiciário dirimir a pendência sobre o pagamento do saldo do FGTS? Hoje não: amanhã, talvez.** AMB Informa, São Paulo, n. 12, março de 2001, p. 13.

<sup>28</sup> A demora não é negada sequer pelos integrantes do Judiciário, pois o Judiciário não consegue prestar a tutela jurisdicional em tempo razoável, frustrando as expectativas do cidadão, que se vê, quase sempre, obrigado a aguardar a solução de sua pretensão indefinidamente. Alguns críticos mais acirrados chegam a conjecturar que a estrutura do Judiciário foi moldada para proteger a má-fé, incentivar a inadimplência e permitir a proliferação de lides temerárias, o que de modo algum condiz com o sentimento social e ético de justiça, indispensáveis para a manutenção da paz social, missão institucional do poder.

justiça<sup>29</sup>.

Desta forma, é necessário recorrer à experiência do direito contemporâneo de outros Estados, cujos modelos podem inspirar soluções livres “dos vícios do emocionalismo, os ranços do corporativismo, as irresponsabilidades do voluntarismo ignorante e serviçal, a prepotência da hierarquia cega e obscurantista, os casuísmos das soluções subjetivas, interesseiras e subalternas, a tutela de posturas bonapartistas e saudosismos gongóricos”<sup>30</sup>.

Não é difícil detectar as deficiências do sistema judicial brasileiro, a começar pela desmoralização da primeira instância, onde todas as sentenças podem ser revistas por uma gama de artifícios recursais, que as transformam em um “projeto de sentença” para a segunda instância, ou noutras palavras”, uma possibilidade de sentença”, como já enunciava CHIOVENDA.

A situação é agravada pelo manejo de inúmeros recursos, mesmo quando a matéria já está definitivamente sumulada.

Contribui, ainda, para o emperramento da máquina judiciária a utilização de expedientes legais, que, embora destinados à solução de litígios, resultam na eternização dos processos.

---

<sup>29</sup> Para superar as deficiências e tornar o Judiciário mais eficiente é necessário promover mudanças na legislação vigente. Fernando Marques de Campos CABRAL. **Razões da demora**.....p. 22.

<sup>30</sup> MELLO, A aplicação...., p. 129.

## **2. O PODER JUDICIÁRIO.**

### **2.1 A função judicante através dos tempos.**

#### **2.1.1 Antigüidade.**

Apresentaremos um ligeiro esboço histórico<sup>31</sup> a respeito da função judicante no tempo, buscando, com isto, aqui mostrar sua trajetória que resultou na concepção da moderna magistratura, a quem foi cometida, precipuamente, a obrigação de resolver os conflitos e incrementar os direitos fundamentais.

A função de julgar nasceu com a própria sociedade, pois em todo grupo, por mais primitivo que seja, há entrechoques, conflitos e desavenças que reclamam a intervenção de outrem para dirimi-los, e este será o juiz<sup>32</sup>.

A princípio, a responsabilidade de resolver conflitos era do pai, do chefe do clã, do sacerdote e do rei. Porém, à medida que as relações sociais vão se tornando mais complexas, com absorção do monarca noutras atividades, surgiu a necessidade de instituir prepostos para auxiliar o governante na resolução de dissídios existentes entre os membros da coletividade, destacando-se, nesse momento, a figura do juiz, que passa por delegação e sob a dependência do rei, a distribuir justiça

---

<sup>31</sup> SIDOU, J. M. Othon. **Processo civil comparado (histórico e contemporâneo) à luz do código de processo civil brasileiro modificado até 1996.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 19 et seq.

<sup>32</sup> GUIMARÃES, Mário. **O juiz e a função jurisdicional.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.958, p. 19.

durante séculos. Com o passar dos tempos esse agente adquire prestígio e autoridade, inclusive, para julgar os próprios monarcas, tornando-se um poder autônomo derivado da soberania nacional.<sup>33</sup>

Na trajetória evolutiva da função jurisdicional podemos perceber esparsas tendências democráticas, onde os julgamentos eram realizados pela assembléia tribal, prática esta adotada pelos germânicos e os gregos dos tempos homéricos. Todavia, em determinado momento da história, a estrutura judiciária começa a ser delineada, ainda que confundidas as atribuições judicantes, administrativas e religiosas.<sup>34</sup>

No Egito as questões simples eram submetidas a juízes singulares, dispersos pelas cidades. As causas mais importantes eram julgadas por um Tribunal composto de 30 sacerdotes, conhecidos como auditores das queixas do tribunal de justiça. O procedimento era singelo: as partes compareciam pessoalmente e deduziam suas alegações com direito à réplica e tréplica, sendo a sentença proferida após sessão secreta.<sup>35</sup>

No império Persa, a fonte do direito era a vontade do soberano, repositório do direito divino, caracterizando sua transgressão ofensa à divindade, punida de diversas formas: torturas, empalamento, crucificação, enforcamento, apedrejamento. “O rei era o Juiz supremo em matéria criminal, enquanto a parte cível, a partir do reinado de Cambises,

---

<sup>33</sup> GUIMARÃES, op. cit., p.19-20.

<sup>34</sup> GUIMARÃES, op. cit., p.20.

<sup>35</sup> GUIMARÃES, op. cit., p.20. Por sua vez, Walter Vieira do NASCIMENTO afirma que com a instituição desse tribunal no Médio Império (2050-1800 a.C.), a justiça, que até então não gozava de nenhuma autonomia, começou a se orientar como um ramo independente do Estado. Isso foi possível em consequência de a administração das cidades e distritos ter passado dos funcionários régios para a nobreza feudal. **Lições de história do direito**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 142.

era decidida por juízes nomeados pelo soberano, que também podiam ser punidos exemplarmente em caso de prevaricação.”<sup>36</sup>

Na Babilônia, com a codificação de Hamurabi houve uma preocupação com a estruturação da vida social e forma de exercício da justiça real, cujos representantes eram nomeados pelo rei, com possibilidade de recurso ao próprio rei ou ao ministro supremo. As demandas eram deduzidas perante os sacerdotes e as sentenças eram proferidas por juízes leigos.<sup>37</sup>

Na Índia, o código de Manu, incumbia ao rei, auxiliado pelos brâhades e conselheiros, o julgamento das causas, mas também um brâmade sábio acompanhado de três juízes, indicados pelas partes, comporiam o “Tribunal de BRAMA das quatro faces”. Os juízes decidiam invocando usos e costumes do povo, imputando ao julgador responsabilidade pela sentença injusta.<sup>38</sup>

Os Hebreus, originários da Caldéia, fixaram-se na Palestina, recebendo das mãos de Moisés os Dez mandamentos, outorgados por Deus, lei que se tornou constituição civil e religiosa da nação monoteísta.

---

<sup>36</sup> MARINHO, Inezil Penna. **Introdução ao estudo da história da filosofia do direito**. Brasília: 1983, p.62-63. O autor cita o caso do juiz real Sesamnés que “fora condenado à morte por haver recebido dinheiro a fim de pronunciar uma sentença injusta; após a sua morte, a sua pele foi arrancada e com ela forrada a cadeira em que se sentava para pronunciar suas decisões. Essa punição determinada por Cambises, foi repetida no reinado de Artaxerxes I, que agravou a pena, mandando esfolar vivos juízes que tinham aplicado penas iníquas, afrontando a dignidade real e a justiça divina”.

<sup>37</sup> MARINHO, op. cit., p.56; ALTAVILA, Jayme de. **Origem do direito dos povos**. 5. ed. São Paulo: Ícone, 1989, p. 37.

<sup>38</sup>ALTAVILA, op. cit., p. 61 et seq. ; MARINHO, op. cit., p.46 ; GUIMARÃES, op. cit., p. 21.

O Livro de Deuterônômio<sup>39</sup> permite inferir regras processuais e a existência de três instâncias judiciais: a primeira instância compreendia um tribunal composto de três juízes, que julgava a maioria dos litígios de interesse privado e alguns delitos; a segunda instância compunha-se de um tribunal formado por 23 juízes, que julgava em grau de recurso; e a terceira instância, constituída de 70 juízes, compondo o Sinédrio, apreciava as decisões de segunda instância, com função de assembléia política e judiciária. Porém, sua função principal era a de interpretar a lei sempre que as partes, juízes ou tribunais assim o requeressem. A legislação judaica já impunha o dever de fundamentar as sentenças e permitia que os juízes dispensassem o auxílio de peritos, julgando com base na sabedoria e experiência. “No interrogatório do acusado não era empregada violência, mas a persuasão.”<sup>40</sup>

Na Grécia, com a reforma de Sólon, fora instituído o Areópago, tribunal supremo de Atenas, cuja incumbência era a custódia das leis, da constituição e dos costumes, que foi perdendo, aos poucos, sua importância através de sucessivas reformas que lhe retiraram o seu caráter político, sendo que ao tempo de Péricles, sua competência se circunscrevia apenas ao julgamento de homicídios. As causas cíveis de menor relevância eram decididas por juízes singulares. No sistema grego, exigia-se, previamente, que a causa fosse submetida primeiramente a apreciação de um árbitro, como condição para propositura da demanda em juízo. O interessado comparecia em juízo acompanhado de duas testemunhas com pedido de chamamento do

---

<sup>39</sup> Deuterônômio 26: 18 cogita da organização judiciária acessível a todos: “Juízes e oficiais porás em todas as tuas portas que o Senhor teu Deus te der entre as tuas tribos, para que julguem o povo com juízo de justiça”. Preceitos quanto à imparcialidade do juiz: “para que julguem o povo com justiça”, “A justiça, somente a justiça seguirás” (Deuterônômio 16:18,20). Tratamento isonômico dos litigantes: “não farás acepção de pessoas” (Deuterônômio 16: 19). Coragem para o magistrado enfrentar os poderosos: “Não torcerás o juízo” (Deuterônômio 16: 19).

<sup>40</sup> NASCIMENTO, Lições..., p.142.

adversário para se defender. Após formular denúncia escrita ao tribunal, o caso era exposto em público, tendo o requerido o direito de deduzir reconvenção. Realizada a prova e dada a oportunidade para as partes arazoarem, a sentença era proferida e a decisão do tribunal considerada definitiva.<sup>41</sup>

Para os romanos, a princípio, a função judicante era atribuída ao “rex”, que na qualidade de chefe político e religioso julgava pessoalmente as lides, mas com a introdução da “legis actio per iudicis arbitrive postulationem” são instituídos o juiz e o árbitro laicos, escolhidos dentre os patrícios, senadores, e depois, inclusive, entre os plebeus<sup>42</sup>.

A criação do pretor foi fundamental para a formação do direito. Este ao assumir o cargo publicava um “edictum”, “no qual expunha a sua maneira pessoal de interpretar a lei”. Era magistrado, mas não era juiz, dava solenidade ao julgamento, convocava os litigantes, fazia observar o rito, deferia os compromissos, pronunciava as palavras sacramentais, porém não julgava, pois a decisão da causa era entregue a um “iudex” de confiança das partes. Porém, com a decadência do

---

<sup>41</sup> NASCIMENTO, op. loc., cit. p.143. Como assevera o autor, era permitida a revisão da decisão desde que demonstrado prejuízo à defesa. Em nota de rodapé n.º 5, o autor cita a opinião Louis GEMET, por intermédio de Mário GIORDANI. (**História da Grécia**: Petrópolis: Editora Vozes, 1972,p.205): para quem “as sentenças do poder Judiciário que é uma encarnação da soberania, não são suscetíveis de apelação nem de cassação”, mas segundo esclarece, estas informações não podem ser tidas como conclusivas, pois o próprio Aristóteles menciona a instituição do direito de apelar para os juízes formados por jurados” (A República Ateniense. Trad. Mandarino & Molinari, Rio de Janeiro, s/d. p. 25).

<sup>42</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e; José Rogério Cruz e TUCCI; Luiz Carlos de AZEVEDO. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p.54. GUIMARÃES, op. loc. cit. Informa que nesse período primitivo, o rei, vitalício e todo-poderoso, contava com o auxílio de juízes (duoviri perduellionis) para o julgamento de crimes de traição ao Estado e juízes (quaestores parricidii) para o julgamento dos homicidas.

império, após Deocleciano, o pretor se tornou também juiz, chamado simplesmente “iudex”, ou “iudex ordinarius”<sup>43</sup>.

O sistema processual romano apresenta três períodos da evolução: o primeiro (754 a 149 a.C.) abrange o sistema das “actiones legis”, em que as partes compareciam pessoalmente sem a assistência de advogado, inexistente à época. O procedimento era inteiramente oral, dividindo-se em duas fases, a primeira, “in iure”, perante o magistrado que concedendo a ação, fixava o objeto do litígio “litiscontestatio” e a segunda “in iudicio”, perante o “iudex” ou “arbiter” ou jurados, que não eram funcionários do Estado, mas particulares que, após os debates e a produção de provas, proferiam a sentença<sup>44</sup>.

Cinco eram as ações da lei, a saber: a “actio legis per sacramentum” era empregada em caráter geral em todas as causas quando não existisse procedimento específico. O autor não declarava a origem de seu direito nem da sua pretensão. Exigia-se juramento solene, onde as partes se comprometiam a prestar caução a favor do Estado para o caso de ser vencida na demanda. A “actio legis per conditionem” era uma ação especial que se desenvolvia perante o magistrado. Um dos demandantes, alegando uma promessa de pagamento feita pelo adversário, pedia sua citação para comparecer no prazo de trinta dias, ocasião em que seria designado um juiz ou árbitro para julgar o litígio. Exigia-se, também, uma caução, mas esta reverteria a favor da parte vencedora. Na “Actio legis per iudicis postulationem”, pedia-se a designação de um juiz que seria imediatamente indicado pelo magistrado.

---

<sup>43</sup>Além dos magistrados, a magistratura romana era composta por muitas outras autoridades: prefeitos, cônsules, “edis curues”, pontífices, legados, todos com funções administrativas inclusive. GUIMARÃES, op. cit., p.27.

<sup>44</sup> SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. 1., atual. por Aricê Moacyr Amaral SANTOS. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 38-40.

O procedimento era célere, e o autor deveria declarar seu direito e a razão de sua pretensão. Não se exigia caução. Na “*actio legis per manus iniectioem*”, a parte vencedora buscava garantir o seu direito já reconhecido, promovendo a execução contra a própria pessoa do devedor e não contra o seu patrimônio. Por fim, na “*Actio legis per pignoris capionem*”, o credor por sua conta e risco, sem aviso ou notificação, assenhoreava-se de bens do devedor em valor equivalente à dívida, efetuando a penhora, quer o devedor estivesse ou não presente<sup>45</sup>.

Moacyr Amaral SANTOS, classifica as três primeiras, como ações de conhecimento ou de declaração porque, por meio delas, o demandante podia fazer reconhecer o seu direito. As outras duas eram ações de execução, pois decorriam de uma sentença, favorável ao demandante, ou de uma confissão do demandado perante o magistrado, também favorável ao demandante.<sup>46</sup>

O segundo período “*per formulas*” ou formular, vai de 149 até o século III, conhecido em razão das fórmulas empregadas pelos magistrados. O procedimento se caracterizava pela oralidade, salvo a fórmula que era escrita. O sistema desenvolvia-se, também, em duas fases, “*in iure*”, perante o magistrado e “*in iudicio*”, perante o juiz nomeado ou árbitro escolhido pelas partes ou designado pelo pretor, dentre os indicados na lista dos juízes “*albus iudicum*”. Na primeira fase, concedida-se a ação e elaborava-se a fórmula escrita, com a fixação do objeto do litígio, que servia de norte para o juiz ou árbitro na fase “*in iudicio*”. As partes, ainda que comparecendo pessoalmente, podiam ser orientadas por juristas e assistidas por procuradores; observa-se o contraditório; o ônus da prova incumbia à parte que alegasse os fatos; o

---

<sup>45</sup> SANTOS, op. cit., p. 38-40.

<sup>46</sup> SANTOS, op. cit., p. 38-40.

juiz ou árbitro, no exame dos fatos e das provas, orientava-se pelo princípio da livre convicção para proferir a sentença. “Enquanto no sistema das ações da lei o magistrado se limitava a orientar o processo para a observância das formalidades legais, no sistema formulário ele intervinha ativamente, não só para orientar, mas também para criar o direito, onde houvesse lacuna ou onde fosse preciso temperar o rigorismo do “Jus Civile”. A sentença ainda, acolhendo a pretensão do autor, condenava o réu numa soma em dinheiro, quando a causa versasse sobre coisa certa e determinada.<sup>47</sup>

O terceiro período “extra ordinem”, inicia-se em 294 e vai até Justiniano (528-534), e se caracteriza pela criação do juiz oficial, funcionário do Estado, em substituição ao juiz privado. Desaparece a divisão do processo em duas fases, passando, este, a ser conduzido por um único juiz. O magistrado, diferentemente dos sistemas das ações da lei e do formular, era dotado de poder de investigação, mantendo contato direto com as pessoas e coisas, ouvindo as partes, inquirindo testemunhas, investigando os fatos e prolatando a sentença. Portanto, deixa de ser mero expectador para tornar-se verdadeiro juiz<sup>48</sup>.

O procedimento passa a ser escrito, abrangendo as seguintes etapas:

“a) “litis denunciatio” - exposição sumária da ação proposta, apresentada ao demandado quando da sua citação para

---

<sup>47</sup> SANTOS, op. cit., p. 40-43; NASCIMENTO, *Lições...*, p.146-147. As partes, diante do juiz ou árbitro, deviam recitar literalmente as fórmulas preparadas pelo magistrado. Segundo o jurisconsulto romano GAIO (Institutas Livro Quarto, 39-43, versão do professor Alexandre Augusto de Castro CORREIA, in José Rogério Cruz TUCCI e outro. *Lições de história do processo civil romano* cit. p. 205), a fórmula compunha-se dos seguintes elementos: a) “demonstratio” (indicava o fundamento jurídico da demanda; b) “intentio” (continha a pretensão do autor); c) “adiucatio” (permitia ao juiz adjudicar um bem a uma das partes litigantes; d) “sententia” (conferia ao juiz o poder de condenar ou absolver).

<sup>48</sup> SANTOS, op. cit., p. 43-44.

comparecer a juízo; b) “libellus conventionis” - exposição contendo os fatos e razões da demanda, apresentada ao magistrado pelo demandante; c) “libellus contradictionis” - exposição com a qual o demandado contraditava o libelo do demandante; d) “sententia” - decisão de condenação ou absolvição, proferida pelo magistrado em nome do Estado”<sup>49</sup>.

Os três sistemas apresentavam pontos distintos, mas se identificavam por traços comuns, como a instauração da demanda em tempo hábil, a inadmissibilidade de paralisação do processo, o encadeamento lógico das fases processuais, de modo que o ato anterior fosse o pressuposto de ato posterior.<sup>50</sup>

Com a queda do império romano do ocidente, em 476, o processo medieval sofreu a influência dos bárbaros no curso da invasão que perdurou por mais de seis séculos, destacando-se neste período o processo germânico e o romano-barbárico. Na primeira fase o juiz, ao contrário do processo romano, apenas dirigia os debates, pronunciando a decisão formulada pela assembléia, e no segundo predominavam os juízos de Deus e ordálias.

---

<sup>49</sup> NASCIMENTO, *Lições ...*, p.147.

<sup>50</sup> NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 148. Observa o autor que o processo romano, até o ano 27 a.C., não conhecia a “appellatio”, mas admitia três medidas legais: “a) “intercessio”, que era a intervenção de um magistrado para impedir a execução de uma sentença; b) “revocatio in duplum”, que consistia num recurso interposto pela parte vencida, por ver na sentença vícios de forma ou conteúdo, acarretando ao recorrente, se mantida, pagamento em dobro; c) “restitutio in integrum”, expediente que tinha por fim anular todos os atos já executados no processo, restituindo-o ao seu estado primitivo”. E prossegue dizendo que antes de Augusto, a “appellatio” não era empregada no processo romano, pelo fato dos magistrados serem da mesma categoria, portanto, dotados de igual poder jurisprudencial, não prevalecendo, de conseqüência, o critério hierárquico que caracteriza a apelação, ou seja, apreciação da decisão de instância inferior pela instância superior.

### 2.1.2 Idade média.

Na idade média, como esclarece Mário GUIMARÃES<sup>51</sup> “a justiça passou a ser distribuída nos baronatos e condados por conselhos que funcionavam sob a presidência do comes e executavam a sua vontade. Foi a época em que as provas preferidas eram os juízos de Deus e as ordálias. Com o fortalecimento das monarquias esse poder voltou ao rei, que o exercia em última instância, deixando a seus prepostos os primeiros julgamentos.”

A partir do século XI, com a criação das Universidades, e em especial da universidade de Bolonha na Itália, em 1088, intensificou-se o estudo do Digesto pela escola dos glosadores, cujos comentários repercutiram em toda a Europa ocidental, surgindo “o denominado processo comum, ou processo romano-canônico, que tanto contribuiu para a formação do Direito Processual ibérico e neo-ibérico.”<sup>52</sup>

O processo comum era escrito, excessivamente moroso, complicado e formalista. Para reduzir as formalidades, mais tarde, criou-se o procedimento sumário, “em que se suprimiam solenidades, reduziam-se os atos, apertavam-se os termos, restabelecendo-se a oralidade, com aumento dos poderes de direção do juiz”.<sup>53</sup> Nesse procedimento, “que os doutores chamavam “summarius” ou “planarius”, havia cognição completa, embora com simplificação das formas processuais. Era o sumário indeterminado, em oposição ao sumário determinado, em que não havia simplificação de ritos, mas de cognição”<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup> Op. loc. cit., p. 28.

<sup>52</sup> MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. v. 1. Campinas: Millennium, 2000, p. 99.

<sup>53</sup> SANTOS, op. cit., p. 47.

<sup>54</sup> MARQUES, op. cit., p. 100.

Entrementes, a intensificação do estudo do direito romano, a partir da compilação de Justiniano, como dissemos alhures, possibilitou o distanciamento dessas fontes romanas, graça aos comentários feitos pelos glosadores que relevavam maior preocupação com as soluções práticas.

Na França, a partir do século XIV, as ordenanças régias forneceram as diretrizes do Código de Processo Civil, abolindo as solenidades e formalidades inúteis do processo romano-canônico. Referido código, ainda em vigor, esse orienta-se pela simplicidade, oralidade e publicidade dos atos, observando-se o princípio dispositivo onde prepondera a figura do juiz na coleta e produção das provas, por ele livremente apreciadas<sup>55</sup>.

Já nos séculos XVI e XVII os magistrados, na França, gozavam de independência e se constituíam em obstáculo para os excessos do absolutismo real, porém muitos juízes sofreram represálias por manifestarem-se contrários aos desígnios do monarca.<sup>56</sup>

É notória a influência exercida pelo Código Francês (1806) e pelo direito romano puro sobre "Regulamento Processual Alemão" de 1877, ainda em vigor, cujos princípios básicos são o da oralidade, da concentração, da imediatidade, da publicidade e o da

---

<sup>55</sup> SANTOS, op. cit., p. 48.

<sup>56</sup> "Muitos magistrados pagaram caro a sua temeridade. Henrique II mandou prender os que se manifestaram contrários à condenação dos heréticos à morte. Richelieu exilou para longe de Paris diversos membros do Parlamento que o haviam contrariado e obrigou outros a comparecerem à câmara do rei para humilhá-los e arrancar-lhes a condenação do Duque de Epernon. Mazzarin ordenou a prisão do magistrado Barillon, cuja linguagem lhe desagradara". GUIMARÃES, op. cit., p. 28.

predominância do juiz na direção do processo, na apuração da prova, sujeita à sua livre apreciação.<sup>57</sup>

A península ibérica dominada pelos romanos, com a queda do império a partir do século VI, fora subjugada pelos Visigodos que impuseram aos vencidos sua estrutura judiciária assimilada do fim do império romano do ocidente. A invasão da península pelos árabes, que perdurou do século VIII até o XV não afetou o direito romano-gótico.<sup>58</sup> A reação à invasão árabe, que tomou dos visigodos a Península Ibérica, resultou na criação do Reino de Leão, surgindo condados, dentre os quais o Condado Portucalense, cujo direito se baseava no Código Visigótico, no direito canônico, nos costumes e nos forais, vindo, posteriormente, a originar o Reino de Portugal, cuja independência foi proclamada por D. Henrique, em 1139. Passou então, o direito, a arrimar-se nas concórdias (acordos entre o rei e o clero), nos forais (documentos de regulamentação feudal) e nas leis gerais esparsas.

### **2.1.3 No tempo da colonização portuguesa.**

Assim, no tempo da Colonização portuguesa, a primeira instância era constituída por juízes da terra, juízes da vintena, almotacés, juízes de fora e, nas Cortes, corregedores, juízes da Fazenda, e outros.

Os juízes da terra, eleitos pela Assembléia Municipal, decidiam questões envolvendo bens móveis até a quantia de mil réis, e quatrocentos réis para bens de raiz, diminuindo a alçada para menos

---

<sup>57</sup> SANTOS, op. cit., p. 48.

<sup>58</sup> SANTOS, op. cit., p. 49-50.

quando a população local fosse inferior a duzentos vizinhos. De sua decisão não caberia apelação ou agravo.<sup>59</sup>

Os juízes das vintenas, com alçada até 400 réis, somente para móveis, um para cada aldeia de 20 a 50 vizinhos, eram escolhidos pelos vereadores, dentre os “homens bons” da povoação.<sup>60</sup>

Os almotacés aplicavam as multas aos transgressores das posturas municipais (coimas), faziam audiências e julgavam feitos diretamente e brevemente sem processo, com apelação e agravo para os juízes municipais, que decidiam questões de menor valor. Contudo, nas de maior valor tinham de se reunir com os vereadores.<sup>61</sup>

Os “juízes de fora”<sup>62</sup> eram nomeados pelo rei e mandados, de fora, para o local da contenda, “por presumir o Direito”. Deviam ser “letrados e entendidos”. Tinham poderes mais extensos que o juiz da terra.

A segunda instância era constituída pelas Casas de Suplicação (Lisboa e Porto), cuja presidência era exercida pelo regedor das

---

<sup>59</sup> Segundo informa GUIMARÃES, **O juiz e a função...**, p. 29, “Até 1642 os juízes da terra podiam ser analfabetos. Permitia-se, contudo, que tivessem assessores. Não eram condenados por custas, a não ser que procedessem de má-fé. Usavam por distintivo uma vara vermelha que deviam trazer obrigatoriamente, sob pena de multa, quando andassem pela vila em serviço, a pé ou a cavalo”.

<sup>60</sup> GUIMARÃES, op. cit., p. 29. Ordenações, Livro 1º, título 65.

<sup>61</sup> CAETANO, Marcello. **História do direito português**. 2. ed., Lisboa: Editorial Verbo, p. 497.

<sup>62</sup> GUIMARÃES, op. cit., p. 29-30. A Carta régia de 1352 enunciava que os juízes de fora, “sendo estranhos, sem na terra terem parentes nem amigos, compadres e companheiros, ou bem malquerenças e ódio com outros, podiam resistir à prepotência dos poderosos, castigar os seus excessos, sem ficarem expostos às vinganças dos mesmos poderosos e assim fazerem melhor justiça do que os naturais da terra”.

Justiças, prescrevendo a lei normas rigorosas para o seu provimento,<sup>63</sup> e pelo “Desembargo do Paço”, onde o rei, auxiliado por dois desembargadores, proferia decisões, com força obrigatória até para a Casa de Suplicação.

#### 2.1.4 A Judicatura no Brasil.

O modelo jurídico na fase da colonização era marcado por uma estrutura econômica patrimonialista, escravagista, engastada numa estrutura político-administrativa semifeudal, privilegiando a elite dominante, principalmente, os latifundiários, que “definiam regras centralizadoras e uniformes para interpretação e aplicação das leis, no caso de omissão, imprecisão ou lacuna,<sup>64</sup>” relegando-se a plano secundário o direito nativo e informal, que era considerado apenas como uma simples experiência, meramente ilustrativa.

A administração da justiça, formada por juizes<sup>65</sup>, ouvidores e escrivães, era entregue aos donatários das capitanias, possuidores de terras, que além de chefes militares, poderiam exercer a judicatura, garantindo, desse modo, os privilégios das elites.

---

<sup>63</sup> GUIMARÃES, op. cit., p.30. O regedor das Justiças deveria ser “homem fidalgo, de limpo sangue, de sã consciência, prudente, e de muita autoridade e letrado, se for possível, e sobretudo tão inteiro que sem respeito de amor, ódio, ou perturbação outra de ânimo, possa a todos guardar justiça igualmente E assim deve ser abastado de bens temporais, que sua particular necessidade não seja causa de em alguma coisa perverter a inteireza e constância com que nos deve servir. Isso mesmo deve o regedor ser nosso natural, para que como bom e leal deseje o serviço de nossa pessoa e Estado”.

<sup>64</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 48-57.

<sup>65</sup> GUIMARÃES, op. cit., p. 31. Aduz que: “Os juizes da terra não gozavam de credibilidade e de alguns juizes de seu tempo, teria dito frei Vicente do Salvador: bastarem quatro caixas de açúcar para fazer vergar a Vara da Justiça.”

Os ouvidores eram cargos particulares designados pelos donatários, na conformidade do que dispunha cada Carta Régia, por prazo de três anos<sup>66</sup>.

Com a ampliação da responsabilidade fiscal e burocrática, os ouvidores passaram a ser considerados ouvidores-gerais, e estes progrediram para um cargo de maior importância, com atribuição para resolver demandas, com poderes quase ilimitados, sujeitando-se apenas a seu arbítrio, sendo que de suas decisões não cabia apelação ou agravo<sup>67</sup>.

Na verdade, a organização judiciária era, no Brasil, como a portuguesa, constituída de uma primeira instância, onde participavam juízes singulares distribuídos como ouvidores, juízes da terra ou ordinários<sup>68</sup>, que desdobravam-se em juízes de vintena, juízes de fora<sup>69</sup>, juízes de órfãos<sup>70</sup>, de sesmarias, ... Em uma segunda instância encontravam-se os juízes colegiados, reunidos nos então denominados Tribunais de Relação<sup>71</sup> que julgavam os recursos e embargos. Seus

---

<sup>66</sup> GUIMARÃES, op. cit., p. 31. “De todas as autoridades a de que mais prestígio gozou e que maiores benefícios proporcionou foi o ouvidor,” podendo “conhecer das ações novas a dez léguas de onde estiver e de apelações e agravos”.

<sup>67</sup> WOLKMER, op. cit., p.58.

<sup>68</sup> LENZA, Vítor Barboza. **Magistratura Ativa**. Goiânia: AB, 2000, p.86-87: “Aos juízes da terra competia, no Brasil, o julgamento das causas sobre móveis cujo valor não excedessem a 400 réis, pelo rito sumaríssimo oral puro, mediante mero registro pelo tabelião da comuna, cuja decisão não comportava apelação. Porém as causas que excedessem 400 réis até mil réis eram reduzidas a escrita pelo tabelião, com a respectiva sentença. Contudo, quando se tratasse de bem de raiz ou ultrapassassem mil réis aplicava-se o procedimento ordinário, nos mesmos moldes das Ordenações”.

<sup>69</sup> O sistema municipalista lusitano, inserido no Brasil, cometia as atribuições judiciárias aos juízes da terra, que eram escolhidos pelo povo dentre os “homens bons do lugar”, pelo critério da eleição popular, por período de um ano, ao passo que os juízes de fora, como vimos, eram nomeados pelo rei, para garantir a aplicação das ordenações do Reino.

<sup>70</sup> Com a função de serem guardiões dos órfãos e das heranças, cuja incumbência era resolver as demandas sucessórias a eles ligados.

<sup>71</sup> LENZA, op. cit, p. 87. Refere-se o autor que: “O primeiro Tribunal

membros eram denominados desembargadores<sup>72</sup> e suas decisões os acórdãos.

No último degrau encontrava-se o Tribunal de Justiça Superior, uma terceira e última instância, com sede na Metrópole, a qual era representada pela Casa de Suplicação, uma espécie de Tribunal de Apelação. Nesta Casa da Suplicação eram elaboradas as correções, a designação, promoção e avaliação do desempenho dos magistrados<sup>73</sup>.

O critério para o ingresso na magistratura era a origem social, ainda que o “apadrinhamento e a venda clandestina não fossem descartados.” Contudo, exigia-se do pretendente o diploma de bacharel em direito da Universidade de Coimbra, de preferência em Direito Civil ou Canônico, bem como, a comprovação do exercício da profissão por dois anos e ter sido selecionado através do exame de ingresso ao serviço público. Iniciava a função como “juiz de fora”, prosseguia como ouvidor de comarca e corregedor e somente após boa experiência no serviço público é que o magistrado era promovido a desembargador, podendo ser designado tanto para a metrópole como para as colônias<sup>74</sup>.

A administração da justiça, segundo WOLKMER<sup>75</sup>, no período colonial, revela, “a inter-relação e a convivência de duas

---

da Relação do Brasil fora criado em 1609, posteriormente foram criados no Rio de Janeiro, Maranhão e Pernambuco, sendo que o do Rio de Janeiro em 10 de maio de 1808 fora transformado em Casa da Suplicação.”

<sup>72</sup> MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **O sistema legal e judiciário brasileiro**. São Paulo: LTr, 2000, p. 55. “Recebera tal designação, porque, de início despachavam “desembargavam” diretamente com o Rei as petições formuladas pelos particulares em questões de graça e de justiça. Aos poucos os reis lhes conferiram autoridade, para em seu nome, proferir decisões, passando a constituir o Desembargo do Paço.”

<sup>73</sup> MARTINS FILHO, op. cit., p. 59-60.

<sup>74</sup> MARTINS FILHO, op. cit., p. 64-65.

<sup>75</sup> Op. cit., p.65.

modalidades complexas e opostas de organização sócio-política: a) relações burocráticas calcadas em procedimentos racionais formais e profissionais; b) relações primárias pessoais baseadas em parentesco, amizade, apadrinhamento e suborno”. Prossegue dizendo que

o entrelaçamento desses dois sistemas de organização – burocracia e relações pessoais – projetaria uma distorção que marcaria profundamente o desenvolvimento de nossa cultura jurídica institucional. Essa particularidade reconhecida na sociedade colonial veio a ser o fenômeno que Stuart B. Schwartz identifica como o “abrasileiramento” dos burocratas, ou seja, a inserção numa estrutura de padrões rigidamente formais de práticas firmadas em laços de parentesco, dinheiro e poder. O “abrasileiramento” da magistratura significava corrupção das metas essencialmente burocráticas, porquanto os critérios de validade passavam a ser imputados a pessoas, à posição social e a interesses econômicos.

As irregularidades e os desvios profissionais eram acomodados pela Coroa, à medida que tais funcionários judiciais serviam aos interesses absolutistas do reino. Os anseios pessoais de tais funcionários submissos, via de regra, colidentes com o cargo que ocupavam, era contornado pela metrópole, pois a justiça subserviente ao poder real atuava como instrumento de dominação colonial, já que, nessa época, era difícil distinguir a representação das instituições, pois ambas se confundiam. A justiça continuava lenta, ineficiente, subornável. Os advogados estavam transbordando de cobiça e a incapacidade dos juízes era transparente. Estes eram freqüentemente denunciados por sua corrupção.

Em síntese, o delineamento dos parâmetros constitutivos da legalidade colonial brasileira, que negou e excluiu radicalmente o pluralismo jurídico nativo, reproduziria um arcabouço normativo, legitimado pela elite dirigente e por operadores jurisdicionais a serviço de interesses da Metrópole e que moldou toda uma existência institucional em cima de institutos, idéias e princípios de tradição centralizadora e formalista. Tendo consciência desse processo, há de se ver, na etapa seguinte, como tais valores priorizados relacionaram-se e integraram-se ao projeto doutrinário do liberalismo pátrio. E mais: como a especificidade dessa relação alcançou ressonância nos horizontes do

saber jurídico, na atuação dos atores centrais e na vigência da legislação oficial aplicada.<sup>76</sup>

Nos primórdios do período colonial as funções judiciais eram confundidas com as administrativas e policiais e eram mal distribuídas e entregues à duas Relações (Bahia e Rio de Janeiro) e mais tarde aos Corregedores da Comarca, Ouvidores Gerais, Ouvidores de Comarca, Chanceleres da Comarca, Provedores, Contadores, Juízes Ordinários e de Órfãos eleitos, Juízes de Fora, Vereadores, Almotacés e Juízes da Vintena<sup>77</sup>.

A estrutura judiciária brasileira no final do período colonial era constituída, na primeira instância, por Juízes de Vintena, Juiz da Terra (ordinário), Juiz de Fora. Em segunda instância pela Relação da Bahia e posteriormente do Rio de Janeiro e em terceiro grau, pela Casa da Suplicação (sediada em Lisboa), pelo Desembargo do Paço e Mesa da Consciência e Ordens.

Com a vinda da família real para o Brasil, em 1808, a Casa da Relação do Rio de Janeiro fora transformada em Casa da Suplicação.

Com a Constituição de 1824 instituiu-se a independência do Judiciário,<sup>78</sup> uma independência ilusória, pois os juízes eram removíveis,<sup>79</sup> embora declarados perpétuos. Estabeleceu-se que a

---

<sup>76</sup> WOLKMER, op. cit., p. 71.

<sup>77</sup> NEQUETE, Lenine. **O poder judiciário no Brasil a partir da independência**. Porto Alegre: Livraria Sulina editora, 1973, p. 7.

<sup>78</sup> Dispunha o art. 151 da Constituição Imperial: "O Poder Judicial é independente, e será composto de Juízes, e Jurados, os quaes terão logar assim no Cível, como no Crime nos casos, e pelo modo que os Códigos determinarem."

<sup>79</sup> Art. 153 da Constituição do Império: "Os juízes de Direito serão perpétuos, o que todavia, se não entende, que não possam ser mudados de uns para

magistratura seria integrada por juízes e jurados, estes com a atribuição de examinar os fatos e àqueles de aplicar o Direito. Dispôs ainda, acerca dos juízes de paz e sobre a instalação de um Supremo Tribunal de Justiça<sup>80</sup>, na Corte, e de Tribunais de Relação<sup>81</sup>, nas províncias.<sup>82</sup>

O ofício de Juiz de Paz foi instituído em 1827, sendo eleito em cada distrito. Sua função era judicial, administrativa e policial. Realizava a conciliação entre as partes, o julgamento de pequenas demandas e o exame de corpo de delito, a decisão por ele proferida deveria ser arrimada nos depoimentos escritos de duas ou três testemunhas.

Aos juízes de direito, nomeados pelo Imperador e distribuídos em Varas, competia o julgamento das demandas cíveis e criminais. Só perderiam seu cargo por sentença e poderiam ser removidos ou suspensos por ordem do Imperador.<sup>83</sup>

Em segunda instância os Tribunais de Relação procediam a revisão das sentenças em grau de recurso.

O Supremo Tribunal de Justiça foi instituído em 1828 em substituição à Casa da Suplicação, o Desembargo do Paço e à Mesa da

---

outros logares pelo tempo, e maneira, que a Lei determinar”.

<sup>80</sup> Art. 163: “Na Capital do Imperio, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais províncias, haverá também um Tribunal com a denominação de – Supremo Tribunal de Justiça – composto de juízes letrados, tirados das Relações por suas antiguidades...”. A competência vem prevista no art. 164.

<sup>81</sup> Art. 158: “Para julgar as Causas em Segunda, e ultima instancia haverá nas províncias do Imperio as Relações, que forem necessárias para commodidade dos povos.”

<sup>82</sup> GUIMARÃES, op. cit., p.31.

<sup>83</sup> Art. 155: “Só por Sentença poderão estes Juízes perder o logar.”

Consciência e Ordens. Era composto por 17 juizes letrados, advindos das Relações ou do extinto cargo de Ministro dos Tribunais. O seu presidente, algum antigo Ministro, era nomeado pelo Imperador. Nesse momento o Tribunal tinha uma singela função política.

Em 1832 foram extintas as figuras dos Ouvidores, Corregedores e Chanceleres como magistrados, “universalizando-se a figura do juiz<sup>84</sup> como magistrado de primeira instância, em suas diversas modalidades”: a) juiz municipal<sup>85</sup>, b) juiz de paz<sup>86</sup> e c) juiz de direito.<sup>87</sup>

Em 1850<sup>88</sup> as Comarcas do Império foram divididas em três entrâncias, sendo o juiz nomeado para a primeira entrância com possibilidade de promoção para a segunda após quatro anos de efetivo serviço e para a terceira entrância depois de decorridos três anos, mediante requerimento.

Permitia-se a remoção dos juizes, mas o critério que prevalecia era a amizade com o Governador, o que sugeria, sem dúvida, um certo grau de subordinação a esse. Os salários, não tinham uniformidade, tornando os lugares mal pagos, não procurados pelos magistrados brilhantes.

---

<sup>84</sup> MARTINS FILHO, op. cit., p. 62-63.

<sup>85</sup> Era escolhido pelo presidente da província dentre os nomes indicados em lista tríplice pela Câmara Municipal em substituição a antiga figura do juiz ordinário local. Op. cit., p. 63.

<sup>86</sup> Era eleito pela população da cidade ou vila, para mandato de quatro anos, teve seu poder aumentado no período regencial, para incluir o próprio julgamento das questões penais de pequena monta. Op. loc. cit., 63.

<sup>87</sup> Era nomeado pelo Imperador, em substituição à também vetusta figura do juiz de fora, recebeu poderes especiais durante a regência para atuar como chefe de polícia.. Op. cit., p. 63.

<sup>88</sup> Decreto n.º 559.

Já em 1871, a organização judiciária brasileira, era distribuída entre o Supremo Tribunal de Justiça (17 ministros), as quatro Relações<sup>89</sup> integradas por desembargadores (da Corte, da Bahia, de Pernambuco e do Maranhão), juízes de direito (um em cada Comarca), juízes substitutos (distribuídos na corte e nas capitais) e juízes municipais, juízes de paz e o júri (em cada sede de Comarca, compondo um corpo de 48 jurados para formar um conselho de 12)<sup>90</sup>.

Proclamada a República, ao lado dos poderes Executivo e Legislativo, o poder Judiciário tornou-se soberano, ao contrário do que ocorria na Monarquia, em que o Poder Judicial era controlado pelo Imperador.

A Constituição Republicana de 1891 deu nova dimensão ao Judiciário, instituindo a dualidade de justiça comum (federal e estadual), transformando o Supremo Tribunal de Justiça em Supremo Tribunal Federal, que passou a ter a função uniformizadora da jurisprudência em matéria de direito constitucional e federal, sendo que os Tribunais de Relação das províncias transformaram-se em Tribunais de Justiça dos Estados, mantendo os juízes de direito, os tribunais de júri e os juízes de paz.<sup>91</sup>

---

<sup>89</sup> Competia às Relações dirimir conflitos de jurisdição, julgar questões eclesiásticas, conhecer recursos interpostos em decisão de juízes ausentes, prorrogar prazos para conclusão de inventário e conceder licença para advogar, onde não houvessem bacharéis. NEQUETE, **O poder judiciário...**, p. 89-90.

<sup>90</sup> NEQUETE, op. cit., p.89-90.

<sup>91</sup>NEQUETE, op. cit., p. 89-90. A Justiça dos Estados era formada por tribunais de apelação nas capitais (o Superior Tribunal de Justiça, Tribunal da Relação, Tribunal de Justiça, Superior Tribunal); os juízes de direito(que no Rio Grande do Sul eram chamados de juízes de comarca); juízes municipais (em alguns estados chamados de juízes distritais); tribunais do júri e juízes de paz. Os juízes dos tribunais superiores eram nomeados pelo executivo, e escolhidos dentre juízes de direito, pelo critério de antigüidade ou merecimento. O Tribunal de Apelação também era composto da mesma forma , onde eram escolhidos juízes de direito com pelo menos 10 anos de carreira.

A Carta Magna estimulou a transformação do Judiciário em um poder soberano e independente, além de conferir à magistratura federal as garantias da vitaliciedade, irredutibilidade de vencimentos e inamovibilidade, conquistas estendidas aos juízes estaduais pela jurisprudência, sedimentando, desta forma, a doutrina da separação dos poderes.

Salientamos, ainda, que o controle da constitucionalidade das leis fora outorgada ao Poder Judiciário pela Lei Maior de 1891, adotando-se a jurisdição única, com eliminação do contencioso administrativo.

Outras importantes transformações ocorreram com a emenda constitucional de 1926. As garantias da magistratura federal foram estendidas aos juízes estaduais, que até então, como visto, eram estendidas somente pela jurisprudência. Assegurou-se, em nível constitucional, a independência e harmonia entre os Poderes<sup>92</sup> e a admissibilidade de recursos extraordinários ao Supremo Tribunal Federal, inclusive das decisões dos tribunais estaduais<sup>93</sup>

A Constituição Federal de 1934 instituiu a unidade do processo para todo país<sup>94</sup> em substituição ao pluralismo legislativo da Constituição de 1891. Criou-se e regulamentou-se a Justiça Militar e a Justiça Eleitoral<sup>95</sup>, ao passo que a Constituição de 1937, mantendo a

---

<sup>92</sup> Cf. EC 1926, redação ao art. 6º, II, “d” da Constituição de 1891.

<sup>93</sup> Emenda Constitucional de 1926 que substituiu os arts. 59 e 60 da constituição de 1891, assegurando que “das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal” nas hipóteses configuradas no § 1º e alíneas.

<sup>94</sup> Constituição de 1934, art. 5º, XIX, “a”: “compete privativamente à União legislar sobre direito penal, commercial, civil, aereo e processual; registros públicos e juntas comerciais”.

<sup>95</sup> Constituição de 1934, art. 63, “d”: “são órgãos do poder Judiciário os juízes e tribunaes efeitores”.

unidade do processo<sup>96</sup>, estabeleceu a unidade da justiça comum, abolindo a justiça federal e a justiça eleitoral<sup>97</sup>.

A Justiça do Trabalho, <sup>98</sup>então criada, ficava fora do Poder Judiciário e o Supremo Tribunal Federal passou, com a Constituição de 1934, a ser denominado de Corte Suprema.<sup>99</sup>

A Corte Suprema<sup>100</sup> era composta por 11 Ministros, nomeados pelo Presidente da República, mediante aprovação pelo Senado, dentre brasileiros natos, com notório saber jurídico e reputação ilibada, eleitor, maior de 35 anos e com menos de 65 anos, salvo os magistrados.

A Constituição democrática de 1946 restabeleceu a Justiça Eleitoral e criou o Tribunal Federal de Recursos<sup>101</sup> como instância revisora das decisões dos juízes federais, além de agregar a Justiça do Trabalho<sup>102</sup> ao Poder Judiciário, mantendo a Justiça Militar, ao passo que

---

<sup>96</sup> Art. 16, XVI.

<sup>97</sup> Constituição de 1934, art. 90: “são órgãos do Poder Judiciário o Supremo Tribunal Federal, os juízes e tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios e os juízes e tribunais militares”.

<sup>98</sup> Continuaram a existir as Juntas de Conciliação e Julgamento com incumbência de dirimir conflitos individuais (Decreto n.º 22.132, de 25.11.32), assim como as Comissões Mistas de Conciliação incumbidas dos conflitos coletivos (Decreto 21.396 de maio de 1932). NEQUETE, op. cit., p. 78.

<sup>99</sup> MARTINS FILHO, *O sistema legal...*, p.68.

<sup>100</sup> A competência da Suprema Corte era prevista no art. 76 da Constituição de 1934.

<sup>101</sup> Constituição de 1946, art. 94, II: “O Poder Judiciário é exercido pelos seguintes órgãos: ... Tribunal Federal de Recursos”.

<sup>102</sup> Constituição de 1946, art. 94, V: “O Poder Judiciário é exercido pelos seguintes órgãos: ... Juízes e Justiça do Trabalho”.

a Constituição de 1967 restabeleceu a Justiça Federal<sup>103</sup>, permanecendo inalterada a estrutura judiciária pela Emenda Constitucional n.º 1 de 1969.

Todavia, o Ato Institucional n.º 5 de 1968 suspendeu as garantias da vitaliciedade e inamovibilidade dos magistrados, permitindo ao Presidente da República demitir, remover, aposentar ou colocar em disponibilidade os juízes, sendo que o Ato Institucional n.º 6 reduziu o número dos Ministros do Supremo Tribunal Federal de 16 para 11.

A Emenda Constitucional n.º 7 de 1977 criou o Conselho Nacional da Magistratura como órgão disciplinar, com atribuição de processar reclamações contra magistrados, bem como avocar processos disciplinares contra juízes de primeiro grau. Introduziu ainda a figura da advocatória pelo STF de processos de qualquer órgão Judiciário, a pedido do Procurador Geral da República, julgando-os como se fosse de sua competência originária.<sup>104</sup>

A Constituição de 1988 criou o Superior Tribunal de Justiça como corte de uniformização da jurisprudência, viabilizando assim, ao Supremo Tribunal Federal o exercício de suas funções de Corte Constitucional.

O Poder Judiciário, atualmente, é composto pelo Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais e juízes federais, Tribunais e juízes do Trabalho, Tribunais e juízes eleitorais, Tribunais e juízes Militares, Tribunais e juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.<sup>105</sup>

---

<sup>103</sup> Art. 107.

<sup>104</sup> MARTINS FILHO, op. cit., p. 71.

<sup>105</sup> Constituição de 1988, art. 92, incisos I a VII.

Duas outras inovações surgiram com a instituição dos Juizados Especiais<sup>106</sup> e da Justiça de Paz remunerada.<sup>107</sup>

A complexa organização da justiça brasileira, contribui para a lentidão da prestação da tutela jurisdicional, uma vez que as inúmeras instâncias decisórias permitem procrastinação dos feitos. Na justiça, em primeira instância atuam os juízes de direito e federais, com competência para julgar as causas cíveis, mercantis e criminais, bem como nas causas em que a União fizer parte. Em segunda instância os Tribunais de Justiça e/ou Alçada dos Estados e os Tribunais Regionais Federal reexaminam as decisões dos juízes de primeiro grau. Em terceira instância situa-se o Superior Tribunal de Justiça, que julga em recurso especial as causas decididas em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais dos Estados, quando a decisão contrariar tratado ou lei federal ou negar-lhe vigência, sem prejuízo de sua competência originária.<sup>108</sup> Finalmente, em nível de quarta instância coloca-se o Supremo Tribunal Federal<sup>109</sup> como guardião da constituição<sup>110</sup>, que julga em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar a Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, bem como procede, originariamente, o julgamento das ações diretas de

---

<sup>106</sup> Constituição de 1988, art. 98, inciso I, efetivada pelo advento da Lei 9.099 de 26.09.95 que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

<sup>107</sup> Embora prevista no art. 98, inciso II da CF/88, até o momento desconhecemos que os Estados remunerem seus juízes de paz.

<sup>108</sup> Competência originária do STJ (art.105, I); em recurso ordinário (105, II) e recurso especial (105, III).

<sup>109</sup> Competência originária do STF (art. 102, I); em recurso ordinário (102, II) e extraordinário (102, III).

<sup>110</sup> O STF e o STJ são órgãos de superposição que julgam recursos interpostos em causas que já tenham exaurido todos os graus das justiças comuns e especiais, não pertencendo, especificamente, a qualquer das justiças. Cf. Antonio Carlos de Araújo CINTRA, Ada Pellegrini GRINOVER, Cândido Rangel DINAMARCO. **Teoria Geral do Processo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 177-178.

constitucionalidade (art. 103 e §§).

Basta uma análise perfunctória do quadro acima exposto, para perceber que urge uma reformulação da organização judiciária brasileira, principalmente no aspecto processual.

Nas seções seguintes focalizaremos os aspectos mais relevantes da função da magistratura no contexto do Judiciário Nacional, a fim de que possamos apresentar algumas proposições que visem a melhoria qualitativa da prestação jurisdicional.

## **2.2 Modelos de magistratura.**

ZAFFARONI,<sup>111</sup> secundado por Luiz Flávio GOMES<sup>112</sup>, delinea três modelos de magistratura: o empírico-primitivo, o tecno-burocrático e o democrático contemporâneo. É certo que tais modelos estão jungidos ao modelo de Estado Democrático de Direito instituído em cada país, cada qual com suas características peculiares.

O modelo primitivo foi substituído em muitos países por um tecno-burocrático, que se alastrou por toda a Europa no século passado e conservou-se até a Segunda Guerra Mundial.

Quando os modelos tecno-burocráticos revelaram-se disfuncionais na moderna democracia europeia, por contingência política,

---

<sup>111</sup> ZAFFARONI, Raúl Eugenio. **Poder judiciário** : crises, acertos e desacertos. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.100 et. seq.

<sup>112</sup> GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da magistratura**: no estado constitucional e democrático de direito: independência judicial, controle Judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 15 et. seq.

foram paulatinamente substituídos por modelos democráticos horizontalizados, pluralistas que medraram na última metade do século, que pela contemporaneidade reclama análise mais acurada, para descobrir as variegadas matizes que assume em cada texto constitucional.

Os três modelos revelam momentos históricos diferentes da evolução política da magistratura. São fochos que iluminam a compreensão e o papel da magistratura moderna.

### **2.2.1 Modelo empírico primitivo.**

Neste modelo, o recrutamento dos juízes é feito sem concurso público e sem preocupação com a qualidade técnica, prevalecendo o critério político, às vezes político-partidário, pronunciando-se o nepotismo e a “cooptação” como forma de seleção. A qualidade dos serviços é deficiente, pois não se fomenta a cultura jurídica, a pesquisa e o estudo. Portanto, o juiz pode ser qualificado como um servidor sem vigor e de perfil débil, face à ausência de compromisso ético-axiológico na aplicação do direito, dado a sua subordinação administrativa e jurisdicional aos órgãos superiores. A baixa produtividade, o apego à dogmática positivista-legalista, o escasso ou inexistente controle de constitucionalidade de leis, a insegurança jurídica e desconfiança no Judiciário, controlado pelo poder central, é o modelo adotado na totalidade dos países sul-americanos, cujas democracias ainda são instáveis.

### **2.2.2 Modelo tecno-burocrático.**

A seleção dos juízes é feita por meio de concurso público,

---

melhorando sensivelmente a qualidade técnica do serviço, mas a estrutura burocrática e “carreirista” debilita o perfil do juiz, tornando-o asséptico, neutro, legalista. Sua independência é mais formal que substancial, mais externa que interna, dada a subserviência administrativa aos superiores hierárquicos, propiciado pelo controle funcional verticalizado.

O Estado de Direito é orientado pela legalidade, mas com pouco ou quase nenhum controle de constitucionalidade, pois a preocupação com o formalismo jurídico revela-se insensível para com as desigualdades sociais.

A obstinação pela aparente segurança jurídica, sorvida de remansosa jurisprudência, sugere exegese fundamentalista e argumentos pragmáticos que inibem o arborecer da cultura jurídica. Mas o grande entrave do modelo é a morosidade, decorrente da excessiva burocratização, marcada pela subserviência aos autoritarismos legais, pela forma autocrática de governo, uma vez que os órgãos diretivos raramente são eleitos pelo critério da universalidade. O juiz, em regra, é pouco politizado (“eunuco político”). Ressaltamos que há pouco estímulo para o aprimoramento cultural do magistrado. Assinalamos, também, que esse modelo não favorece o engajamento ético-axiológico em termos de interpretação e praticamente desconsidera o Direito Internacional e em especial os Direitos Humanos, dada a postura rígida do positivismo legal, que, normalmente, norteia a aplicação irrestrita da lei, sem questionamentos constitucionais<sup>113</sup>.

Em linhas gerais, o modelo apresenta-se um pouco mais estável que o anterior, mas não necessariamente mais democrático, pois às vezes revela-se mais autoritário.

---

<sup>113</sup> GOMES, op. cit., p. 17.

A aprovação em concurso e ascensão na carreira são feitas com sacrifício da criatividade do juiz, com a perda de toda a capacidade criativa, conforme divisa ZAFFARONI.

### **2.2.3 Modelo democrático contemporâneo.**

Trata-se de um modelo dotado de governo pluralístico e separado das cúpulas ou das últimas instâncias.

O mecanismo técnico de seleção dos juízes é aperfeiçoado, sendo recusada a “cooptação” (seleção partidarizada) e substancialmente reduzido o formalismo jurídico, o que redundaria em independência real, tanto externa quanto interna e, logicamente, melhor qualidade da prestação da tutela jurisdicional, principalmente pela adoção do controle permanente de constitucionalidade, centralizado ao lado do controle difuso e entregue a um órgão composto democraticamente. O perfil politizado do juiz, eticamente engajado e conhecedor do Direito Internacional, realça sua preocupação com a tutela dos direitos fundamentais e sociais. Pouco afeito à burocracia, a cultura jurídica alça vôo teórico para operacionalização de uma magistratura pluralista e dinâmica, com ampla liberdade associativa.

O Estado de Direito será fortalecido com a construção de um modelo constitucional e democrático, ante o bom desempenho institucional e respeito à ordem legal e constitucional, onde seja possível aferir a responsabilidade do juiz por meio de um órgão constituído de acordo com os ditames democráticos. Confere-se voto igualitário a todos os juízes, repudiando-se, de conseqüência, a hierarquização, pois o juiz como cidadão pode expressar o pensamento, criticando e sendo criticado. Por fim os atos processuais são públicos com predomínio da oralidade, banindo-se de vez as audiências ou sessões secretas.

### **2.3 O modelo adotado pelo Brasil e democratização do Judiciário.**

Como vimos, cada modelo estampa características próprias que permite uma melhor análise das estruturas judiciais contemporâneas, embora o objeto do nosso estudo cinja-se apenas ao brasileiro.

É mais do que provável que em cada país prevaleça um dos modelos descritos. Por exemplo, na América Latina predomina o modelo empírico-primitivo, com exceção do Brasil, onde prevalece o tecno-burocrático, ao passo que a Itália enquadra-se no modelo democrático.

Entretanto, algumas características de um modelo se encontram presentes noutros, como acontece com a França, assento do modelo tecno-burocrático, mas que cristaliza traços primitivos.

Pensamos que o *discrímen* é importante para o prognóstico da crise que punge a estrutura judiciária brasileira e, na medida do possível, sugerir algumas soluções racionais, ainda que apenas no nível da normatização processual.

Em comparação aos demais modelos latino-americanos, o brasileiro transparece adiantado, embora com nuances de uma burocracia de “corte bonapartista”, similares aos modelos europeus do final do século XIX e início do XX e que já há muito caíram em desuso.

O art. 1º da Constituição caracteriza o Brasil como um Estado Democrático de Direito, o que significa que o exercício dos poderes do Estado deveria se pautar neste princípio que estabelece eleições com a possibilidade da participação de todos no processo de

escolha dos governantes e pela regra da maioria, que viabiliza a assunção aos postos de comando com observância de tal regra<sup>114</sup>.

Concordamos que por serem os tribunais e juízes órgãos executores da lei, e esta como expressão da vontade popular, os julgamentos estariam indiretamente legitimados.

Entretanto, a forma preferida pela Constituição para a escolha da direção desse poder não é de modo algum louvável, porquanto, optou-se pela forma autocrática, ao restringir a eleição apenas a “diminuta classe dos magistrados que se autoelegem”, o que contradiz o princípio fundamental de organização do Estado.

A propósito, “a força expansiva do princípio democrático é tão grande que até entidades não estatais devem revestir a forma democrática, como partidos políticos, sindicatos, ordens profissionais etc.” e pergunta-se, “como pode, pois, o governo de um dos Poderes do Estado, ser legitimado pelo princípio autocrático, que é o oposto do democrático? Evidentemente, há uma incompatibilidade entre o artigo 1.º, que institui o princípio fundamental da democracia, e o 96 que admitiria a autocracia”<sup>115</sup>.

A parte tal questão, a democratização do Judiciário nunca foi vista com bons olhos por aqueles que procuram valer-se politicamente do Judiciário ou tentam neutralizá-lo para que não perturbem o seu exercício de poder, como sustenta ZAFFARONI<sup>116</sup>

---

<sup>114</sup> ROCHA, José de Albuquerque. **Democratização do Judiciário**. Tribuna da Magistratura, setembro de 1999. Caderno de Doutrina, p. 152-156.

<sup>115</sup> ROCHA, op. loc. cit., p. 152-156.

<sup>116</sup> ZAFFARONI, **Poder...**, p.27.

A democratização do Judiciário encontra resistência até em setores da própria magistratura, principalmente de segunda instância<sup>117</sup>.

Também, a tentativa de independência real desse segmento estatal é encarada como ingerência política e tem sido rechaçada, embora a Constituição assegure formalmente tal independência. Todavia, não é preciso muito esforço para perceber que a burocracia e o formalismo jurídico concorrem para o sufocamento da autonomia do Judiciário.

A rigor, somente uma reestruturação organizacional poderá permitir um avanço para o modelo democrático, a começar pela forma de

---

<sup>117</sup> O Colégio de presidentes dos Tribunais Regionais do Trabalho resiste à idéia, sob o argumento de que “as eleições funcionam sem problemas somente nas câmaras legislativas, que não tem graus de jurisdição”. O Colégio Permanente de Presidentes de Tribunais de Justiça, também é contra. O Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo desembargador Márcio BONILHA, disse “a magistratura não é corporação política e os juízes não são eleitos pelo sufrágio popular, de modo que a democratização supostamente objetivada pela proposta da eleição direta parte de premissa equivocada, que não pode ser admitida”. Acha que “a democratização do Judiciário tem sua fonte na fórmula igualitária da escolha de seus componentes pelo sistema de concurso”. Acrescenta que “o resultado nefasto da indesejável proposta, revestida de nítida finalidade política, sem seu aspecto corporativo e sem significado menor, bandeiras ideológicas e disputas internas sob a égide de interesses pessoais, provocando a desestabilização da organização”. Porém, o ex-presidente do Colégio de Presidentes dos Tribunais Regionais Eleitorais, (RS) Osvaldo STEFANELLO considera a proposta da AMB avançada, dizendo que “as eleições não trariam maiores traumas, com a participação de um colégio eleitoral altamente qualificado”. No subtítulo Receio de perda de poder”, o informativo opina que “a idéia não é muito bem recebida pelas cúpulas dos tribunais, talvez por um certo receio de perda de poder” como afirma Gustavo Tadeu ALKMIM (presidente da ANAMATRA) e complementa que para democratizar o Judiciário é necessário que os administradores do tribunais estejam comprometidos com os interesses da magistratura e também, em dar satisfação dos seus atos à sociedade. Na opinião do juiz Cléber GHELFENSTEIN do Tribunal Justiça do Rio de Janeiro, “quanto maior a participação dos juízes de primeiro grau,, mais oxigenado ficará o tribunal”, acrescentando que “só os juízes, que têm contato direto com o público podem ajudar a decidir os destinos da Justiça”. Já para o juiz Jair Araújo Fagundes ACRE do Tribunal Regional Federal da 1ª Região “o regime de eleições diretas é melhor do que o atual mas ainda não é o ideal”, segundo ele “a melhor participação da base da magistratura na administração dos tribunais se daria com a ocupação de, pelo menos, 1/3 dos cargos dos órgãos deliberativos pelos juízes de primeiro grau”. Para o deputado federal Valdemar COSTA NETO (PL/SP), “a democracia é sempre positiva”. E acrescenta “há, naturalmente, o risco de o magistrado se tornar mais político, mas, em se tratando de um profissional preparado para tomar decisões importantes, não é coerente excluí-lo do processo de escolha da direção dos tribunais”. Jornal do Magistrado, ano XI, n. 59, julho/agosto de 2000, p.09.

controle interno, pois não se concebe a subsistência de um governo verticalizado e aristocrático, como acontece atualmente.

Infelizmente, o texto aprovado na Câmara dos Deputados não contempla a aspiração da magistratura nacional, pois apenas assegura que o preenchimento de 50% dos cargos do Órgão Especial se dará pelo critério de antigüidade e a outra metade por eleição do tribunal pleno<sup>118</sup>.

A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), pretende estender tal prerrogativa a todos os juízes vitalícios, buscando, junto ao Senado Federal, a aprovação de proposta que prevê eleições diretas para os órgãos diretivos dos tribunais, também com a participação de todos os juízes vitalícios.

A proposta ampara-se em “pesquisa nacional realizada pela AMB e o Instituto Universitário de Pesquisas no Rio de Janeiro (Iuperj), em 1996, com magistrados de todas as instâncias, mas com algumas variações percentuais, a maioria é favorável às eleições diretas para os cargos de direção dos tribunais”<sup>119</sup>.

Os favoráveis à proposta argumentam que a inovação trará a democratização aos tribunais e os contrários dizem que a mudança politizaria os tribunais e outros entendem que poria em risco à hierarquia.

---

<sup>118</sup> Consoante redação do art. 93, XI, nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antigüidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno.

<sup>119</sup> A pesquisa revelou que 80,4% dos juízes de 1º grau que responderam a pesquisa foram favoráveis à proposta e 19,6% contra. No 2º grau 53,4% favoráveis e 46,6% contra. Nos tribunais superiores 57,1% são favoráveis. Fonte: **AMB luta no Senado por eleições diretas nos tribunais**. Jornal do Magistrado, ano XI, n. 59, julho/agosto de 2000, p. 08.

O coordenador da Comissão de Estudos Constitucionais da AMB, Juiz Cláudio MACIEL<sup>120</sup> argumenta que “não há risco de politização, no sentido negativo da expressão, com surgimento de facções inimigas nos tribunais,” muito pelo contrário “com as eleições diretas, a despolitização, que hoje garante somente aos mais antigos o poder de opinar e influenciar, seria substituída pela politização saudável, com a base da magistratura escolhendo aqueles que melhor representem o Judiciário, dando-lhe total legitimidade.”

Entretantes, não há hierarquia no Poder Judiciário, porquanto a independência jurídica retira do juiz qualquer subordinação hierárquica. Os juízes devem aplicar a lei, adequando-a ao caso concreto, sem ferir a Constituição. Os limites do exercício da função jurisdicional, portanto, são a lei e a consciência jurídica. O juiz deve decidir de acordo com os ditames de sua consciência jurídica, extraindo o sentido da lei, por meio da interpretação. A hierarquia dos graus de jurisdição traduz uma competência de derrogação e nunca uma competência de mando da instância superior sobre a inferior.

Em vista disso, não vislumbramos nenhum óbice na eleição da direção dos tribunais, pois a inovação trará a democratização do Judiciário, e, certamente, concorrerá para a construção de um governo

---

<sup>120</sup> Para ele “as eleições seriam presididas pela magistratura com a mesma maturidade que ela demonstra nos pleitos populares”. Por seu turno o Presidente da AMB Antônio Carlos Viana SANTOS, diz que os argumentos de se politizar o Poder Judiciário são muito fracos, pois não se “pode ver apenas o lado negativo”. Conclui que “a eleição para os órgãos diretivos do Judiciário, principalmente do órgão Especial, torna o processo mais democrático e transparente, quando dele participam todos os integrantes dos tribunais e sobretudo os juízes vitalícios”. Porém, outra é a posição do Presidente do Supremo Tribunal Federal, Carlos Mário da Silva VELLOSO, para quem “esse tipo de eleição politizaria os tribunais, com a formação de grupos que poderiam se digladiar no seio do tribunal, gerando controvérsias e questões internas, com reflexo no ato jurisdicional”. Acrescenta que “há outras fórmulas de participação dos juízes nos destinos da Justiça, como, a propósito, a que sugeri e foi acolhida pela relatora de se ter juízes de primeiro grau no Conselho Nacional da Magistratura”. Fonte: **AMB luta no Senado por eleições diretas nos tribunais**. Jornal do Magistrado, ano XI, n. 59, julho/agosto de 2000, p. 08.

horizontalizado e pluralístico, separado das instâncias mais elevadas, repudiando-se, desta forma, a verticalização.

O receio de partidarização política dos tribunais não pode render ensejo para a rejeição da proposta, pois como ressalta o sociólogo Luiz Werneck VIANNA, “a universalização da experiência de eleições diretas em instituições marcadas pela verticalidade em sua estrutura, como as universidades e os centros de pesquisa, vem demonstrando que a inovação as tem credenciado”<sup>121</sup>.

Por isso, a criação de um órgão de controle nacional mostra-se indispensável, desde que atue com moderação e de forma democrática, não só para garantir a subsistência do modelo tecnoburocrático, mas sobretudo, para velar por um sistema de planejamento, supervisão e controle da atividade administrativa do Poder Judiciário e disciplinares dos magistrados e servidores da justiça, vedada a interferência na função jurisdicional.

A atribuição primordial de um Conselho dessa estirpe deverá centrar-se no planejamento e avaliação de projetos que torne viável uma política “de organização e prestação dos serviços Judiciários, assegurando, de qualquer modo, o desenvolvimento de ações institucionais que concretizem a “independência, autonomia, eficiência e eficácia administrativa, orçamentária e financeira do Poder Judiciário,

---

<sup>121</sup> Esclarece o sociólogo que coordenou a pesquisa da AMB, que “apesar dos riscos, a proposta vem em benefício da democracia”. Todavia não nega que “em princípio, a idéia é problemática, pois há o risco de ocorrer um processo de partidarização política nos tribunais, com a supremacia de pequenos interesses corporativos dos que estão no topo da carreira. Fonte: **AMB luta no Senado por eleições diretas nos tribunais**. Jornal do Magistrado, ano XI, n. 59, julho/agosto de 2000, p. 08.

zelando pela observância dos direitos e garantias constitucionais da magistratura e dos direitos e garantias dos servidores Judiciários.”<sup>122</sup>

O certo é que o debate travado em torno da questão criou uma convicção acerca da necessidade da instituição de um órgão nacional de autogoverno com feição que lhe conferirá a Reforma Constitucional em trâmite no Congresso Nacional<sup>123</sup>.

Pensamos, todavia, que seria nefasta para o Judiciário, a coexistência desse Conselho com o chamado controle interno verticalizado. É bom ter presente a advertência de ZAFFARONI<sup>124</sup>, quanto a possibilidade de retrocesso para o modelo empírico, pois os

---

<sup>122</sup> Relatório setorial à Reforma do Poder Judiciário: Controle e Fiscalização do Poder Judiciário - Deputado Marcelo DÉDA (PT/SE) ao propor a criação de um Sistema Nacional de Planejamento e Avaliação do Poder Judiciário - composto por um Conselho Nacional e por Conselhos Estaduais de Justiça instituídos em cada um dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal composto o primeiro por 20 e os demais por 11 membros eleitos por mandato de quatro anos. A vantagem da proposta consiste em delimitar a atribuição dos Conselhos, mas não nos parece necessário a criação de conselhos no âmbito dos Estados, pois a política de planejamento e controle administrativo das atividades do Judiciário ficaria melhor se entregue a um único órgão nacional.

<sup>123</sup> O Deputado José GENUÍNO ao propor o Controle externo do Poder Judiciário, argumentou que O Poder Legislativo deve estabelecer “o controle sobre os órgãos responsáveis pela aplicação das leis, ou seja, o Executivo e o Judiciário. A firma que “pretender que o Judiciário tenha uma independência absoluta sem nenhum tipo de controle administrativo e de fiscalização, expressa uma noção antidemocrática do poder. O sistema democrático pressupõe, portanto, a distribuição e a interdependência dos Poderes. Resguardada autonomia de cada poder, ela está, no resto, relativizada pelas relações dos poderes entre si e pela relação de cada poder com a sociedade. As eleições periódicas, tanto no Executivo como no Legislativo, constituem eficiente mecanismo social de controle e renovação desses poderes. A emenda apresentada, ao propor a criação dos Conselhos de Justiça veda a interferência destes no “mérito das decisões proferidas e nas atividades jurisdicionais”. **Controle externo do Poder Judiciário.** *Jornal da Ajuris* n.º45. No nosso sentir, a atividade jurisdicional é controlada pela lei, pelas Corregedorias, pela fiscalização do Ministério Público, pelos advogados, pelas partes, pela obrigatoriedade da fundamentação das sentenças, da publicidade dos atos processuais e administrativamente controlada pelo Tribunal de Contas. Cf. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Poder judiciário: flagrantes Institucionais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 99.

<sup>124</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 126.

grupos interessados são sagazes e podem intercalar mecanismos que comprometam a independência da magistratura.

A preocupação não é desarrazoada, porquanto o Brasil não possui tradição democrática, tanto que o jurista e magistrado Luiz Flávio GOMES<sup>125</sup> revela-se pessimista com o andamento da reforma, pois segundo ele, na “eventualidade de que venha a prosperar a Reforma do Judiciário desenhada no Substitutivo ora em tramitação na Câmara dos Deputados, teremos um dos maiores retrocessos da nossa História...”

A democracia exige transparência nas decisões judiciais, tanto no âmbito jurisdicional, quanto administrativo. Nesse pormenor, é sabido que a magistratura nacional tem envidado esforço em busca desta transparência, canal que permite a passagem do acesso à justiça, que se encontra represado pelo dique da marginalização social. É preciso esmagar o nepotismo, o corporativismo e outros interesses sorrateiros que embaraçam a verdadeira missão institucional do Judiciário brasileiro.

Embora o Judiciário se ressinta de condições materiais para o bom desempenho de seu mister, a magistratura ativa não pode se comportar como uma “longa manus” do legislador, como se recolhesse as migalhas no festim dos poderosos oligopólios, que sabem muito bem aproveitar ocasiões e transformar o Estado em parasita de seus interesses. Uma magistratura independente repugna as leis injustas e fisiológicas, quando afrontosas aos princípios insculpidos na lei fundamental, ainda que de forma implícita. Aliás, o que já vem sendo feito por razoável parcela da judicatura nacional em todos os níveis.

---

<sup>125</sup> GOMES, op. cit., p. 21.

Um Judiciário desordenado não acompanha a dinamicidade dos fatos sociais, tornando-se lento, vagaroso e inapto para seguir a rota traçada pela coletividade. Portanto, para desvencilhar-se dessa teia que atravança sua capacidade operativa é necessário romper com esse emaranhado que controla sua marcha e revela sua fragilidade.

É claro que não estamos mais no tempo em que o conflito deveria ser dirimido em consonância com o interesse do “rei” ou do governante.

Aliás, o art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem, enuncia que “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”, estabelecendo assim, a uniformidade do direito aplicável a todos os homens. “Está nisto, sem dúvida, uma das principais revoluções da Revolução Francesa”.<sup>126</sup>

A “fortiori”, somente uma magistratura pluralista, democrática e confiável, pode desempenhar sem desvio de rota, a nobre função típica de resolver conflitos, de controlar os demais poderes, através do controle político de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público e, sobretudo, tutelar os direitos e garantias fundamentais que foram sendo constitucionalizados após a Segunda Guerra Mundial.

Em face da expectativa criada em torno desses direitos, caracterizados por um conjunto de garantias que são classificados por Luiz Flávio GOMES<sup>127</sup>, como não jurisdicionais (constitucionalização, eficácia direta e imediata, vinculação, inclusive horizontal) e

---

<sup>126</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2. ed. 1998, p. 27.

<sup>127</sup> GOMES, op. cit., p. 21.

jurisdicionais (tutela ordinária, extraordinária e internacional)”, a tutela jurisdicional passa a agregar o rol de garantias dos direitos fundamentais e sem ela, a cidadania ficaria comprometida.

A Carta Magna vigente (art. 1º) optou pelo Estado Constitucional e Democrático de Direito, tendo sido o Judiciário erigido a categoria de guardião desse modelo, posto que o constitucionalismo e a democracia são ingredientes resultantes do liberalismo político que se escoram no Judiciário, tanto que “onde se aniquilou a Magistratura (Peru, por exemplo), também afundou o sistema democrático”<sup>128</sup>.

#### **2.4 Pressupostos da função política de julgar.**

A independência do juiz deve ser preservada das pressões de qualquer natureza, especialmente, da oriunda de corte superior a que esteja vinculado, dado não tratar-se de órgão administrativo de estrutura hierarquizada.

A propósito, a pressão interna é mais grave do que a externa. O ferrete da pressão deixa marca indelével e tal lesão pode minar o organismo Judiciário e arrefecer a moral de seus integrantes.

Na opinião abalizada de ZAFFARONI<sup>129</sup>, quando órgãos colegiados dos tribunais “exercem uma ditadura interna” e “aterrorizam” seus colegas cometem abuso de poder. E o que é pior, às vezes para a satisfação de sentimentos pessoais. Acrescenta, o referido jurista que

---

<sup>128</sup> GOMES, op. cit., p. 21.

<sup>129</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 89.

“através deste poder vertical satisfazem seus rancores pessoais, cobram dos jovens suas frustrações, reafirmam sua titubeante identidade, desenvolvem sua vocação para as intrigas, desprendem sua egolatria etc., mortificando os que, pelo simples fato de serem juízes de diversa competência, são considerados seus inferiores”.<sup>130</sup> Deste modo, desenvolve-se uma incrível rede de pequenez e mesquinhas vergonhosas, das quais participam os funcionários e auxiliares sem jurisdição. E continua,

“a maledicência é convertida em moeda corrente, faz-se presa de todos e substitui as motivações racionais dos atos jurisdicionais: as sentenças não são confirmadas, revogadas ou anuladas por razões jurídicas, mas por simpatia, antipatia, rancor, ciúme do colega. Se os operadores de um poder Judiciário verticalizado decidissem um dia deixar de praticar a maledicência relativamente a seus colegas, reinaria nos edifícios de seus tribunais maior silêncio do que nos templos.”<sup>131</sup>

A pressão externa sofrida pelos juízes pode ser controlada eficazmente pela liberdade de expressão e crítica, mas a interna é “muito mais contínua, sutil, humanamente deteriorante e eticamente degradante.”<sup>132</sup>

A tirania interna só pode ser combatida com resultados, com uma estrutura judiciária horizontal que “reconheça igual dignidade a todos os juízes, admitindo como únicas diferenças jurídicas aquelas derivadas da diversidade de competência”, pois, tanto a independência externa quanto a interna constitui pressuposto para uma efetiva

---

<sup>130</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 89.

<sup>131</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 89.

<sup>132</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 89.

independência moral do juiz, condição sem a qual não há falar em imparcialidade, que é a essência a jurisdição.<sup>133</sup>

Interessante ponderação de ZAFFARONI acerca da independência, ao concluir que ela não deriva do princípio da separação de poderes, que é segundo entende, uma exceção dentro do Estado - “cujas funções se caracterizam pela independência e que, ao definir-se ou demandar-se em razão da essência mesma da atividade jurisdicional, deve-se reconhecer que este mesmo conceito erradica qualquer pretensão de <independência absoluta> do juiz com o sistema, o que seria um absurdo”. Por fim, diz que a “pretensão de <poder separado> total, que chega a ser concebido como separação do sistema político mesmo, conduz a um paradoxo aberrante quando o Judiciário se sente tão estranho aos demais poderes, que inclusive é reconhecido aos usurpadores, porque estes lhe oferecem <garantia de independência>, como ocorreu no Chile e no Peru”.<sup>134</sup>

A independência institucional da magistratura é impositivo de ordem política que permite ao juiz exercício da judicatura com segurança e responsabilidade.

A liberdade de julgar, sem receio de intervenção estranha, é pressuposto para a garantia do cidadão, de modo que a vigilância levada a efeito por órgão externo, poderá interferir na autoridade do julgador, no que diz respeito à formação de sua convicção, pois o magistrado sujeito a controle exacerbado, equipara-se a funcionário desqualificado e sem condições para decidir com imparcialidade, comprometendo, assim, o Estado Democrático de Direito.

---

<sup>133</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 89-90.

<sup>134</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 89-90.

## **2.5 Funções da magistratura.**

O Judiciário, como qualquer instituição, possui multiplicidade de funções, destacando-se pelo menos quatro: a primeira função, a de dirimir conflitos, mas que não se constitui em exclusividade, porque outros órgãos estatais também o fazem, embora não com força de coisa soberanamente julgada, posto que a última palavra compete ao Judiciário, em face do princípio da ubiqüidade da justiça. A segunda função diz respeito ao autogoverno, que consiste, fundamentalmente, na garantia da autonomia administrativa e financeira, como pressuposto para realização da função decisória. A terceira função consiste na chamada “Justiça Constitucional”, cujo núcleo é o controle de constitucionalidade das leis e a proteção dos direitos e garantias fundamentais. A quarta função concerne ao controle recíproco dos poderes em face do princípio da tripartição dos poderes.

### **2.5.1 Resolução de conflitos.**

O estado desordenado da justiça na França, que encontrava-se controlada por um legislativo indiferente aos anseios populares, transformou-a em burocracia hierarquizada e dependente do executivo.

Engendraram uma carreira subordinada aos interesses dos detentores do poder, para que não se tornasse empecilho à sua ascensão política.

Buscando superar o servilismo Judiciário, quer nos Estados Unidos ou Europa, instituiu-se um modelo horizontalizado com divisão orgânica de suas funções.<sup>135</sup>

A questão judiciária, historicamente, sempre se revestiu das matizes das correntes políticas predominantes em dado momento. Antes da Revolução Francesa o Judiciário curvava-se às orientações das elites governantes e posteriormente às ditaduras da farda. Atualmente ninguém nega a interferência marcante das oligarquias de toda espécie, comerciais, fundiárias, industriais, bancárias e burocráticas, cujos interesses não coincidem com o da coletividade, embora, por conveniência, encampem slogan como a liberdade, igualdade e a fraternidade, cujos valores conquistados pela civilização contemporânea com esforço e denodo, perdem-se no vazio das idéias abstratas, principalmente, diante da realidade que retrata a opressão perpetrada a indivíduos e povos.

Notamos no presente, a preocupação em politizar ou jurisdicionalizar os conflitos, transferindo sua resolução para outros órgãos alheios ao Judiciário, como acontece com os conselhos de conciliação, arbitramento e tribunais administrativos que se esbatem com a função típica do Judiciário.

Ao que parece sobrepaira uma onda social que vem varrendo o Judiciário, retirando atribuições históricas e entregando-as a outros entes representativos da sociedade ou organismos estatais, funções de solucionar conflitos, outrora exclusividade do Judiciário. A legislação processual mais recente vem conferindo força executiva a acordos

---

<sup>135</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 79.

referendados pelo Ministério Público, ou acordos realizados extrajudicialmente pelos interessados, quando assistidos por advogados.

Isso tudo sinaliza uma mudança política que deve refletir na estrutura judicial existente.

Porém, sem criticarmos as formas alternativas de resolução de conflitos, que em si nada tem de mal, e até devem ser incentivadas, precisamos ter em conta, a subjacência política que sopra tal onda, de modo a conter seus influxos negativos sobre o poder, adotando uma estratégia adequada para determinar a área de atuação de cada poder ou agente social de forma prática e objetiva, sob pena de retornarmos a multiplicidade de jurisdição que, ao invés de contribuir para a eficiência, pode acarretar transtornos e prejuízos a administração da justiça.

A experiência demonstra que “remendo novo em roupa velha esgarça,<sup>136</sup>” tornando inútil todo o esforço despendido no afã de resolver a questão judiciária, quando, na verdade, todo o problema reside na necessidade de reestruturação organizacional e procedimental do sistema Judiciário, montado para atender um formalismo jurídico que não mais condiz com a realidade social do momento e da moderna democracia.

A manutenção do Judiciário com atribuições políticas de resolver conflitos parece ser ainda fundamental para a estabilidade constitucional e democrática do país. Para tanto, é necessário reconhecer a deficiência dos mecanismos tradicionais postos à disposição do Judiciário, e instituir modelos jurídicos mais versáteis como já sinalizados pela criação dos Juizados Especiais e a possibilidade do manejo das ações

---

<sup>136</sup> Provérbio popular.

coletivas por entidades variadas que demonstrem interesses peculiares nas questões em jogo.

### **2.5.1.1 Conflitos sociais e mecanismos para sua resolução.**

Boaventura de Souza SANTOS diz que nos estudos que realizou nas favelas do Rio de Janeiro, no início da década de 70, detectou a existência de “um direito informal não oficial, não profissionalizado, centrado na associação de moradores que funcionava como instância de resolução de litígios entre vizinhos, sobretudo, nos domínios da habitação e da propriedade da terra”.<sup>137</sup>

Destaca o mencionado autor lusitano que, isto indica que “o Estado contemporâneo não tem o monopólio da produção e distribuição do direito”, embora o direito estatal seja dominante com ele “coexiste na sociedade outros modelos de juridicidade, outros direitos que com ele se articulam de modos diversos”.<sup>138</sup>

Assim sendo, impende, não só a criação de meios alternativos de solução de conflitos, mas também a atribuição de maior discricionariedade ao juiz na produção da prova, simplificando-se os procedimentos com preponderância da oralidade, concentração e imediatidade, propiciando, assim, a aproximação horizontal entre os sujeitos processuais, de modo a incentivar a efetiva participação das partes e testemunhas, como já acontece na Alemanha com o chamado “Stuttgart Modell” e os Tribunais de grande instância de Paris.

---

<sup>137</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1997, p.175.

<sup>138</sup> SANTOS, **Pela mão...**p.175.

Na verdade a criação de meios alternativos de resolução de conflitos constitui política judiciária que deve ser fomentada, com prioridade para a conciliação supervisionada pelo juiz que, para tanto, deve contar com o auxílio de leigos, dispensando-se a presença de advogados como já acontece nos Juizados Especiais, de forma a maximizar o acesso à justiça através de serviços minimamente regulamentados.

A democratização judiciária, no pertinente à administração da justiça, necessariamente, implica em efetiva participação popular; mudanças substanciais na legislação que venham a contemplar, particularmente, a transformação procedimental, a extensão da legitimidade e do interesse de agir e, sobretudo, maior poder do juiz na direção e condução das provas.

Este desiderato só pode ser alcançado através de uma política de esclarecimento dos cidadãos a respeito dos seus direitos, fomentando ampla publicidade, ações culturais e educativas pelos meios de comunicação disponíveis, além da promoção de campanhas permanentes nos locais de trabalho, nas escolas, nas igrejas, nos terminais rodoviários, nos clubes de serviços, inclusive, com a distribuição de cartilhas à população em pontos estratégicos, aliás, como procedeu no Paraná, a Associação dos Magistrados, ainda que timidamente, com apoio da Associação dos Magistrados Brasileiros.<sup>139</sup>

É claro que, numa sociedade pluralista, ninguém é tão ingênuo a ponto de acreditar que todos os obstáculos serão suplantados

---

<sup>139</sup> Associação dos Magistrados Brasileiros. Cartilha do Poder Judiciário: **Todos nos temos direito**. Brasília: Imprensa Oficial, 1995. Associação dos Magistrados da Bahia. Cartilha do Poder Judiciário : **Justiça ao alcance de todos**. Bahia, 1995. Associação dos Magistrados do Paraná. Cartilha do Poder Judiciário : **Justiça se aprende na escola**. Curitiba, 1997.

simplesmente com a democratização da administração da justiça, mas é certo, que pelos menos contribuirá para a diminuição percentual do número de marginalizados que não recorrem ao Judiciário por ignorância, ou impossibilidade absoluta de acesso a esse organismo estatal.

Temos que as medidas sugeridas, ainda que singelas, contribuirão para amainar a desigualdade que impera no sistema de proteção dos direitos dos diferentes seguimentos sociais, e por certo concorrerá para a igualização dos mecanismos de proteção dos direitos entre os desiguais, o que já é algo a ser considerado.

Todavia, não se pode perder de vista que “quanto mais caracterizadamente uma lei protege os interesses populares e emergentes maior é a probabilidade de que ela não seja aplicada”.<sup>140</sup>

A propósito, mesmo o formalismo jurídico, na esteira de Kelsen, admite que uma norma que não tenha o mínimo de eficácia social não pode ser considerada válida ou vigente. Porém, a observância e a aplicação pelos tribunais constituem condição de validade da lei.<sup>141</sup>

---

<sup>140</sup>SANTOS, *Pela mão...*, p. 178. A propósito ERASMO de Rotterdam em sua clássica obra o *Elogio da Loucura*, aduz que reinando os bons costumes, não haveria necessidade dos legisladores e na nota de rodapé sob n.º 65 atribui-se a Tácito uma frase de conteúdo irrefutável, verbis: “que a quantidade das leis é a prova de um mau governo e da decadência de uma nação, porque são os maus costumes que colocam os homens na contingência de fazer leis”. *Os pensadores*. Trad. Paulo M. Oliveira. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988, p. VII et. seq.

<sup>141</sup>Quer isto dizer que a simples capacidade de produção de efeito já é o bastante para a validade formal, pois é comum encontrarmos normas, que embora rejeitada socialmente, portanto, sem eficácia social, continuam existindo no ordenamento, podendo, a qualquer tempo vir a ser aplicada pelos tribunais. É preciso compreender que a tríade da validade normativa é composta pela validade formal, validade social e validade ética. A PRIMEIRA significa que a norma foi produzida em consonância com o procedimento previamente estabelecido pelo ordenamento jurídico. A SEGUNDA refere-se à validade social, eficácia ou efetividade da norma e pressupõe aceitação social, isto é, quando a norma é aplicada e respeitada, gozando, portanto, da capacidade de produzir efeitos jurídicos. Assim, uma norma isoladamente considerada, mesmo ineficaz, pode continuar existindo no ordenamento jurídico e após longo período de ineficácia vir a ser aplicada e observada pelos tribunais. Noutras palavras, a eficácia diz respeito se os comportamentos dos destinatários se ajustam ou não aos comandos

Não obstante, é comum a edição de leis que ofendem a consciência coletiva e provocam reação da sociedade, pois não correspondem a valores básicos da sociedade, mas mesmo assim vigoram. O Direito reconhecido pela sociedade é incorporado e integra a maneira de ser e agir da coletividade. A eficácia refere-se à aplicação e execução da regra jurídica. Aliás, o reconhecimento “feito ao nível dos fatos, pode ser o resultado de uma adesão racional deliberada dos obrigados, ou manifestar-se através do que Maurice Hauriou sagazmente denomina “assentimento costumeiro”, que não raro resulta de atos de adesão aos modelos normativos em virtude de mera intuição de sua conveniência ou oportunidade. O Direito autêntico não é apenas declarado mas reconhecido, é vivido pela sociedade, como algo que se incorpora e se integra na sua maneira de conduzir-se. A regra de direito deve, por conseguinte, ser formalmente válida e socialmente eficaz.<sup>142</sup>

---

jurídicos. A norma embora editada por órgão competente, não é cumprida a não ser compulsoriamente, pois embora, vigente sua eficácia não é espontânea. Vigência não se confunde com eficácia. A TERCEIRA forma de validade diz respeito ao fundamento ético, pois a razão de ser da norma jurídica é a realização da justiça. A norma é o meio necessário para atingir a finalidade de justiça requerida pela sociedade. Não é valor, mas meio de sua expressão. A idéia de justiça contida na norma, além de ser um valor, é ideológica, por não poder subsistir desconectada da história. Cada época apresenta uma concepção de justiça dependente das condições sociais de certo tempo e lugar. A norma, em si, não pode ser justa ou injusta, depende do ângulo histórico sob o qual se a julga. Por isso, a justiça deve ser subjetiva e objetiva, como ensina Miguel Reale, envolvendo em sua dialeticidade o homem e a ordem justa que ele instaura. Portanto, para que uma norma jurídica se torne legitimamente obrigatória, são necessárias a presença de três elementos de validade: vigência, eficácia e fundamento axiológico ou validade ética, pois há na norma uma relação necessária entre validade formal, fática e ética. Por fim, pode-se afirmar que a validade está simultaneamente na vigência, ou obrigatoriedade formal dos preceitos jurídicos; na eficácia, ou efetiva correspondência dos comportamentos sociais ao seu conteúdo, e no fundamento, ou valores capazes de legitimar a experiência jurídica numa sociedade de homens livres. Cf. Miguel REALE. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.105 et seq.; Maria Helena DINIZ. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 384 et seq.

<sup>142</sup> REALE. **Lições...**, p. 112-113.

Se é certo que as classes com menor poder aquisitivo<sup>143</sup> tendem a não recorrer ao Judiciário, também é certo, que as classes mais abastadas propendem a resolver suas demandas fora do Judiciário<sup>144</sup>.

A tendência do pluralismo jurídico, expressado por entes neocorporativistas, é servir-se de outras formas de solução de litígios sociais e globais, sem os percalços da exposição a que estariam sujeitos perante o Judiciário<sup>145</sup>.

Conforme alerta Boaventura dos SANTOS, parece difícil que o Estado venha a absorver estas formas de composição de litígio e vaticina que é possível que tais entes neocorporativistas adquiram poder político suficiente para impor tutelas jurisdicionais diferenciadas mais de acordo com seus interesses<sup>146</sup>. Esses mecanismos não afrontam a democracia, muito pelo contrário, favorecem a democratização da sociedade.

---

<sup>143</sup> Na expressão do ex presidente Fernando Collor de MELLO, seriam os “descamisados e pés descalços”, aí incluídos os desempregados, os sem teto, os sem terra, os sub-empregados e os aposentados que sobrevivem com salário mínimo, os quais constituem a grande massa dos desamparados que povoam o Brasil e, em consequência menos protegidos pelo ordenamento jurídico formal.

<sup>144</sup> Em notícia transmitida pela Rádio CBN, no programa Marcos Aurélio, no dia 08 de maio de 2000, às 15:00 horas foi divulgado que o presidente da pastoral da terra Dom Tomás, defende a invasão de terras pelo movimento dos “colonos sem terra” como forma sadia de renovação fundiária, uma vez que este regime funda em sistema mercantilista. Interpretação livre.

<sup>145</sup> A propósito esclarece Boaventura de Sousa SANTOS: “A composição particularista e secreta de interesses econômicos que, pela envergadura destes, afeta significativamente os interesses sociais globais, é feita muitas vezes com a conveniência e a ratificação dos aparelhos políticos e administrativos do Estado, mais fora do escrutínio público a que a justiça civil os exporia. Este particularismo é, aliás, um dos fatores de emergência de novas formas de pluralismo jurídico nas sociedades capitalistas avançadas, formas que constituem a expressão sócio-jurídica de que em sede de ciência política se tem vindo a designar por neocorporativismo”. **Pela mão...**, p. 179.

<sup>146</sup> SANTOS, **Pela mão...**, p. 179.

Contudo, é possível que o informalismo possa causar alguns danos à parte mais fraca, dada a ausência das garantias processuais e a falta de assistência de advogado, vindo com isto, contribuir para a concretização da desigualdade. Mas o dilema poderia ser contornado com o aumento de poderes dos juízes togados ou leigos.<sup>147</sup>

Sobejam as classes médias constituídas de pequenos e médios credores, que afora instituições financeiras, são as que mais recorrem ao Judiciário<sup>148</sup>.

### 2.5.1.2 Tutela jurisdicional dos direitos difusos e coletivos.

A complexidade de uma sociedade de produção e de consumo, gera conflitos de massa, cujas peculiaridades exige novo perfil de processo, próprios das violações de massa.<sup>149</sup>

---

<sup>147</sup> SANTOS, op. cit., p. 180. Como normalmente as cortes informais não dispõem de poder sancionatório, o problema se torna de difícil solução, o que não acontece com os juizados especiais instituídos pela Lei 9.099/95, cujas decisões podem ser coercivamente executadas. Porém o autor lusitano exemplifica que a instituição do Tribunal de Habitação de Nova York, cuja função é resolver conflitos entre locatário e locador, aumentou o número de despejos, porque os inquilinos deixaram de contar com a assistência de advogado que com sua atuação desencoraja o despejo.

<sup>148</sup> Segundo informa o autor lusitano referido, na Itália e nos Estados Unidos são as classes intermédias, pequenos e médios credores e proprietários que mais recorrem aos tribunais, fundando a sua assertiva em estudo realizado pela Universidade de Wisconsin-Madison. **Pela mão...**, p. 178-179 e nota de rodapé n.º 24.

<sup>149</sup> José Celso de MELLO FILHO aponta que é marcante a presença desses interesses em todas as formações sociais: “o direito à saúde, o direito à habitação, o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado, o direito a uma qualidade superior de vida, o direito ao aproveitamento racional dos recursos naturais, o direito à conservação da natureza, o direito à publicidade comercial honesta, o direito à utilização adequada do solo urbano e rural, o direito à intangibilidade do patrimônio cultural da Nação”. Constituição federal anotada. São Paulo: Saraiva, 2. ed., 1986, p. 433-434. De fato, determinados direitos e interesses difusos pertencem a toda a coletividade, de modo que, poder-se-ia pensar que a ninguém pertencem. Mas tal assertiva de nítida inspiração individualista, fruto da corrente liberal do séc. XIX, levaria à idéia de que muitos direitos não poderiam ser realizados. Todavia não é assim, pois há direitos que pertencem a todos, e portanto, a cada um, e não podem deixar de ser protegidos por não terem todos atuado, consoante anota Luiz Guilherme MARINONI. **Novas linhas de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 39.

Como dilucida MARINONI com apoio em CAPPELLETTI, o intrincado desenvolvimento das relações econômicas, dá lugar a situações nas quais determinadas atividades podem causar prejuízo aos interesses de um grande número de pessoas, fazendo surgir problemas ignorados às demandas meramente individuais.<sup>150</sup>

Para salvaguarda desses interesses gerais e difusos, verifica-se um alargamento do conceito de legitimidade processual e de interesse de agir.<sup>151</sup> Mas a regra não resolve a questão da legitimação para a tutela dos direitos transindividuais. É preciso novas alternativas para possibilitar a dedução de pretensões envolvendo esses direitos em juízo, pois, como vimos, a estrutura tradicional do processo civil idealizado em meados do século passado, visivelmente influenciado pelos princípios liberais do individualismo que caracterizaram as codificações do séc. XIX, não se aplicam aos direitos transindividuais, pois a legitimação para a causa como instituto ligado ao direito material não pode ter o mesmo enfoque quando se fala de direitos difusos, cujo titular é indeterminado. Parte da doutrina busca explicar a tutela jurisdicional dos direitos difusos, segundo as regras de legitimação vinculada à titularidade do direito material invocado em juízo, tentando justificar a legitimação do Ministério Público como extraordinária, e identificando-a com a substituição processual, como mostra Nelson NERY.<sup>152</sup>

---

<sup>150</sup> CAPPELLETTI. "Formazioni Sociali e Interessi di Gruppo davanti alla Giustizia Civile". *Rivista di diritto processuale*, 1975, p.365.

<sup>151</sup> Ninguém pode vir a juízo, pleitear direito alheio, salvo quando autorizado por lei (CPC., Art. 6º).

<sup>152</sup> Para o autor, a questão deve ser encarada à luz da chamada legitimação autônoma para a condução do processo, "destinado a fazer valer em juízo os direitos difusos, sem que se tenha que recorrer aos mecanismos de direito material para explicar referida legitimação". NERY JÚNIOR, *Princípios...*, p. 107-108.

Por outro lado, o acesso ao Judiciário, não é apenas um direito social fundamental e crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.<sup>153</sup>

Com efeito, em virtude da inércia que prepondera no nosso sistema jurídico, a garantia da jurisdição associa-se à idéia de legitimação para agir, quer dizer, depende da extensão em que se concebe a legitimidade, para que se alcance a tutela jurisdicional almejada.<sup>154</sup>

De qualquer modo, é impossível dissociar a tutela coletiva da noção de participação popular, vista sobre o prisma da participação do povo no poder.<sup>155</sup>

Neste contexto, a Ação Civil Pública se insere como mecanismo ágil que encerra pronto e eficaz resguardo aos interesses difusos, além de ensejar a participação na gestão do bem comum, dada a sua “larga area de conflittualità”, o que conduz sempre o Poder Judiciário a uma “opção política”, sem melindrar o princípio da separação dos poderes.<sup>156</sup>

---

<sup>153</sup> CAPPELLETTI, Mauro ; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 13.

<sup>154</sup> Nesse sentido a tese defendida por Moniz de perante a VII Conferência Nacional da OAB: **O Estado de direito e o direito de ação**. (a extensão do seu exercício). Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, v. 19, p.243-62; RAMOS, op. cit., p. 159.

<sup>155</sup> RAMOS. Elival da Silva. **A ação popular como instrumento de participação política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 63; MELLO FILHO, considera a legitimação das associações na defesa de interesses difusos, uma forma de participação na dinâmica do poder. Op. cit., p. 434.

<sup>156</sup> Massimo VILLONE. **La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato**. Milano: Giuffrè, 1976, p. 73.

A Ação Civil Pública, suprindo a lacuna da lei, surgiu como instrumento que tutela o meio ambiente, o consumidor e o patrimônio histórico-cultural da nação.<sup>157</sup>

Realmente, a legitimação para a Ação Civil Pública é concorrente, podendo ser aforada pelo Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios e respectivas Autarquias, os entes públicos, desde que destinados à tutela dos interesses protegidos pela lei que disciplina a ação, como os Procons, e as associações civis que tenham por finalidade a proteção e a preservação dos interesses difusos<sup>158</sup>, coletivos<sup>159</sup> e individuais.<sup>160</sup>

O Ministério Público assume posição de relevo, “no seio de uma sociedade que emerge, após anos de práticas autoritárias, para a experiência concreta de uma vida democrática.”<sup>161</sup> Para promoção da

---

<sup>157</sup> A gênese do instituo remonta a roma:...” “actiones” populares como o instrumento original de proteção aos interesses difusos”. A construção doutrinária no Brasil é recente (1976). MELLO FILHO, op. cit., p. 433.

<sup>158</sup> “Difusos são direitos cujos titulares não se pode determinar. A ligação entre os titulares se dá por circunstâncias de fato. O objeto desses direitos é indivisível, não pode ser cindido. É difuso, por exemplo: o direito de respirar ar puro; o direito do consumidor de ser alvo de publicidade não enganosa e não abusiva”. Nelson NERY JÚNIOR e Rosa Maria Andrade NERY. **Código de processo civil comentado**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 1075. Por sua vez, Mauro CAPPELLETTI e GARTH, Bryant., afirmam que os interesses difusos são interesses fragmentados ou coletivos, tais como o direito ao ambiente saudável, ou à proteção do consumidor. Temos que os múltiplos interesses difusos, pela sua complexidade, não permitem sua discriminação ou identificação pela lei, considerando que não constituem “numerus clausus”, tendo em vista que a cada momento, o dinamismo da sociedade moderna altera os valores e exige tutelas adequadas, para resguardar interesses de microgrupos que compõem a macrosociedade. Por isso mesmo, os interesses difusos são inominados, embora se vislumbrem alguns mais salientes, como os referentes aos direitos do consumidor, o patrimônio histórico, artístico e cultural. **Acesso...**, p. 26.

<sup>159</sup> Nos direitos coletivos, “os titulares são indeterminados, mas determináveis, ligados entre si, ou como a parte contrária, por relação jurídica base. Assim como nos direitos difusos, o objeto desse direito também é indivisível. É coletivo, por exemplo: o direito dos alunos de determinada escola de ter assegurada a mesma qualidade de ensino em determinado curso”. NERY JÚNIOR, **Comentários...**, p. 175.

<sup>160</sup> Cf. MELLO FILHO, op. cit., p. 434; MARINON, **Novas linhas...**, p. 57.

<sup>161</sup> MELLO FILHO, op. cit., p. 434.

ação, a lei lhe conferiu amplos poderes instrutórios, destacando-se a prerrogativa de fazer instaurar, sob sua presidência, o Inquérito Civil, que se reveste de finalidade investigatória, destinado a fornecer elementos de convicção para fundamentar a ação tutelar na defesa de valores, direitos e interesses metaindividuais.<sup>162</sup>

Julgada procedente a Ação Civil Pública, o réu poderá ser condenado a “fazer ou prestar a atividade devida, ou então, a não fazer ou abster-se do comportamento prejudicial, ou finalmente, pagar, a título de indenização, importância em dinheiro”. Na última hipótese, o valor da indenização reverterá em favor de um Fundo gerido por um Conselho Federal ou Conselhos Estaduais, onde terão assento o Ministério Público e representantes comunitários, cujos recursos serão destinados à reconstituição dos bens lesados, possibilitando a recomposição ou restauração do patrimônio ecológico, natural e cultural ofendido.<sup>163</sup>

A respeito esclarece Hely Lopes MEIRELLES que, a imposição judicial de fazer ou não fazer é mais racional que a condenação pecuniária, porque na maioria dos casos o interesse público é o de obstar a agressão ao meio ambiente ou obter a reparação direta e «in specie» do dano, do que receber qualquer quantia em dinheiro para a sua recomposição, mesmo porque quase sempre a consumação da lesão ambiental é irreparável, como ocorre no desmatamento de uma floresta natural, na destruição de um bem histórico, artístico ou paisagístico, assim

---

<sup>162</sup> MELLO FILHO, op. cit., p. 435.

<sup>163</sup> Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. **A tutela jurisdicional dos interesses difusos**. Revista Forense n.º 268, p.45; NERY JÚNIOR, Nelson e outros. **Ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos**. São Paulo: Saraiva, 1984; MELLO FILHO, op. cit., p. 435. Os limites da coisa julgada, como na Ação Popular, produz efeito "erga omnes", exceto se julgada improcedente por deficiência de provas, (Lei 7.347, de 24.07.85, Art.16).

como no envenenamento de um manancial com a mortandade da fauna aquática.<sup>164</sup>

Sem dúvida, tal circunstância “traduz um aspecto expressivo do momento político que vivemos, precisamente por ensejar, através dessa nova via processual, a participação democrática na gestão e proteção dos bens e valores coletivos”.<sup>165</sup>

A Ação Civil Pública se estende a todos os interesses coletivos, assumindo o perfil que melhor atenda à tutela dos direitos que visa proteger, de modo que, em muitas hipóteses, a Ação Civil Pública pode substituir a Ação Popular, já que através dela poderá ser postulada, v.g., a anulação de um contrato que atente contra o patrimônio público.<sup>166</sup>

Salientamos ainda, que o Código de Defesa do Consumidor criou a ação coletiva para a tutela dos direitos individuais homogêneos<sup>167</sup>, ou seja, “direitos subjetivos divisíveis, titularizados nas mãos de pessoas determinadas, tradicionalmente tratados apenas a título individual....e agora passíveis de reunião num único processo, em virtude de sua homogeneidade, decorrente de uma origem comum, consoante estabelece o art. 81,III do Código de Defesa do Consumidor”.<sup>168</sup>

---

<sup>164</sup> **Mandado de segurança, ação popular e ação civil pública**, 11.ed, São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1987,p.122 e 123.

<sup>165</sup> MELLO FILHO, op. cit., p. 434.

<sup>166</sup> MARINONI, op. cit., p. 59.

<sup>167</sup> Direitos individuais homogêneos são aqueles “cujo titular é perfeitamente identificável e cujo objeto é divisível e cindível. O que caracteriza um direito individual comum como homogêneo é sua origem comum. A grande novidade trazida pelo CDC no particular foi permitir que esses direitos individuais pudessem ser defendidos coletivamente em juízo. Não se trata de pluralidade subjetiva de demandas (litisconsórcio) mas de uma única demanda, coletiva, objetivando a tutela dos titulares dos direitos individuais homogêneos. A ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos é, grosso modo, a class action brasileira”. Nelson NERY JÚNIOR, **Comentários...**, p. 175.

<sup>168</sup> GRINOVER, **Ação coletiva fortalece a proteção**. Jornal Gazeta do Povo. Curitiba, 23 de dezembro de 1991, p. 15.

O conceito evoluiu em face do Art. 81, § único do mencionado código, ao enunciar no “caput” do artigo que a defesa do consumidor em juízo pode ser feita individual ou coletivamente. O § único dita que a defesa coletiva do consumidor em juízo poder ser efetivada através da tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Entende Nelson NERY que, “a norma define esses direitos caracterizando os difusos como os transindividuais de natureza indivisível, cujos titulares seja indetermináveis, ao passo que os direitos coletivos seriam aqueles transindividuais de natureza indivisível, de que sejam titulares grupos, categorias ou classes. Por fim, os direitos individuais homogêneos, na linguagem do CDC são aqueles de origem comum.”<sup>169</sup>

Acrescenta “para tutela dessas três categorias de direitos, o CDC prevê a ação coletiva sendo que para a hipótese do art. 81, § único, III (direitos individuais homogêneos), o CDC criou a primeira «class actions» brasileira (arts. 91 e ss CDC), já que o direito por ela objetivado é individual e não difuso ou coletivo, que já eram protegíveis juridicamente por meio da Ação Civil Pública da Lei n.º 7.347/85.”<sup>170</sup>

Ada Pellegrini GRINOVER esclarece que “a nova Ação Civil Pública, no campo ambiental, poderá visar à reparação dos danos pessoalmente sofridos pelas vítimas de acidentes ecológicos, tenham estes afetado, ou não, ao mesmo tempo, o ambiente como um todo” sendo que a “ação coletiva de responsabilidade civil pelos danos ambientais seguirá os parâmetros dos artigos 91/100 CDC, inclusive

---

<sup>169</sup> Op. cit., p. 111.

<sup>170</sup> Op. cit., p. 111.

quanto à previsão da preferência da reparação individual sobre a geral e indivisível, em caso de concurso de créditos (CDC., art. 99)”.<sup>171</sup>

Neste compasso, a Constituição outorgou titularidade ao Ministério Público para promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, enquanto, o legislador ordinário (CDC., Art.82) ampliou sua atribuição à tutela dos interesses individuais homogêneos, por meio de ação coletiva que vise proteger tais interesses.

Não é o fato da titularidade do Ministério Público que confere caráter público a ação civil. O critério determinante para caracterizá-la é o objeto, ou seja, “a dedução por meio de ação coletiva, de pretensão metaindividual (individual homogênea, coletiva ou difusa)”.<sup>172</sup>

O objeto tutelado na Lei 7.347/85 (art. 1º), compreende o meio ambiente, o consumidor, os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico ou qualquer outro interesse difuso ou coletivo e, portanto, é mais abrangente do que o da Ação Popular.

A existência simultânea dessas duas figuras processuais, não caracteriza um “bis in idem”, pois cada qual, tem finalidade específica e própria.<sup>173</sup>

A responsabilidade em matéria de interesses difusos deve ser objetiva ou do risco integral, visto ser a única capaz de assegurar sua

---

<sup>171</sup> Op. loc. cit. p. 15.

<sup>172</sup> NERY JÚNIOR. **Princípios** ..., p. 110.

<sup>173</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Ações coletivas** ..., p. 193.

proteção. Assim, não há necessidade do autor demonstrar a culpa do réu, bastando a comprovação do dano e que esse fora causado pelo réu.

A defesa do réu se restringe a alegação de que não fora responsável pela lesão ao meio ambiente ou ao consumidor e que o ato danoso não aconteceu ou que sua conduta é legal ou está amparada por ato da autoridade competente.<sup>174</sup>

A Ação Civil Pública, deve ser proposta no foro onde ocorrer o dano (Lei 7.347/85, art. 2º). O rito é o ordinário e admite liminar, quando solicitada pelo autor, com ou sem justificação prévia (arts. 4º e 12 da Lei 7347/85).

Preleciona Ada Pellegrini GRINOVER que a procedência do pedido em ações coletivas produzirá a coisa julgada “erga omnes” e “ultra partes”, mas a rejeição da demanda, não impede que os interessados pleiteiem pessoalmente, os danos sofridos e oriundos da lesão não reconhecida pela sentença. Diz, que nenhuma exceção há à teoria clássica da coisa julgada, pois não se tratam de ações idênticas, ante a diversidade de objetos. A coisa julgada, no caso, atuará normalmente “inter partes”.<sup>175</sup>

O resultado da ação coletiva aproveita a todos os beneficiários, sem necessidade de nova sentença condenatória, face a

---

<sup>174</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Participação e processo: ação civil pública - instrumento de participação na tutela do bem comum**. Coordenação: Ada Pellegrini GRINOVER, Cândido Rangel DINAMARCO, Kazuo WATANABE. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.108-109, 170.

<sup>175</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1992, p. 585-589.

extensão subjetiva do julgado e a ampliação do objeto “opes legis”, de modo a considerar o dever de indenizar como parte do pedido<sup>176</sup>.

Não se deve olvidar que a extensão da coisa julgada - a quem não foi parte no processo, mas foi adequadamente representado pelo portador dos interesses interindividuais ou direitos coletivos - não seria, em última análise, uma verdadeira ampliação ultra partes.<sup>177</sup>

Na fórmula da “representação adequada” a parte ideológica leva a juízo o interesse metaindividual, representando concretamente a classe, que terá exercido seus direitos processuais através das garantias da defesa e do contraditório asseguradas ao representante.

O mecanismo baseia-se na concepção de que o esquema representativo é apto a garantir aos membros da categoria a melhor defesa judicial, a ponto de afirmar-se que nesse caso o julgado não atuaria propriamente “ultra partes”, nem significaria real exceção ao princípio da limitação subjetiva do julgado, mas configuraria antes um novo conceito de representação substancial e processual, aderente às novas exigências da sociedade.<sup>178</sup>

Todavia, o ordenamento brasileiro não acolheu o sistema da “representatividade adequada” e, se satisfaz apenas, com a constituição legal das associações legitimadas às ações coletivas.<sup>179</sup> Adotou-se, porém, o sistema da coisa julgada “secundum eventum litis” para as ações que tratam de interesses individuais homogêneos.

---

<sup>176</sup> GRINOVER e outros, op. cit., p. 585-589.

<sup>177</sup> GRINOVER e outros, op. cit., p. 570.

<sup>178</sup> GRINOVER e outros, op. cit., p. 570.

<sup>179</sup> GRINOVER e outros, op. cit., p. 572.

A jurista supracitada, não nega que a extensão subjetiva do julgado “secundum eventum litis” se restrinja aos casos de acolhimento da demanda, porém, não há ofensa ao contraditório, porquanto, o réu integrou a relação processual e exerce a defesa em toda a plenitude e, pelo contrário, na técnica da pura e simples extensão subjetiva dos efeitos da coisa julgada, o mesmo não se pode dizer em relação àqueles que em juízo, tenham, porventura, sido inadequadamente representados.<sup>180</sup>

De fato, o demandado sabe que se ganhar, só ganhará em relação ao autor coletivo, mas se perder, perderá com relação a todos.<sup>181</sup>

E mais, na técnica do Código de Defesa do Consumidor, a sentença da ação coletiva, que beneficiará as pretensões individuais, só reconhece o dever genérico de indenizar, dependendo, ainda, cada litigante de um processo de liquidação, e, portanto, de conhecimento, em que haverá ampla cognição e completa defesa do réu, não só sobre o “quantum debeatur”, mas, também, quanto à própria existência do dano individual e do nexó etiológico com o prejuízo globalmente causado “an debeatur”.<sup>182</sup>

A demanda não pode ser repetida a título coletivo e a coisa julgada que se formar, restringe-se às partes.<sup>183</sup>

Ademais, as ações coletivas não induzem a litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada, só beneficiarão os autores das ações individuais, se requerida sua suspensão em 30 dias, a

---

<sup>180</sup> GRINOVER e outros, op. cit., p. 573-574.

<sup>181</sup> GRINOVER e outros, op. cit., p. 574.

<sup>182</sup> GRINOVER e outros, op. cit., p. 574-575.

<sup>183</sup> GRINOVER e outros, op. cit., p. 576.

contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva (CDC., art. 104).<sup>184</sup>

Em suma, o sistema atinge aquele que não foi parte no processo, mas integra a classe beneficiada pela sentença que lhe fora favorável “in utilibus”.<sup>185</sup>

Embora as estruturas judiciárias tenham sido ampliadas, contudo, não foram realizadas as transformações qualitativas necessárias para adaptá-las às novas formas de conflito que devem enfrentar, não obstante tais demandas sejam universalmente reconhecidas<sup>186</sup>.

Podemos dizer, que já foram feitas algumas adaptações para propiciar a veiculação de interesses coletivos e difusos, mas não são suficientes, nem muito menos esgotam as novas tendências do direito processual. Algumas situações demonstram a veracidade das assertivas, p. ex. a coletividade de fato, portanto, não organizadas juridicamente, não tem legitimidade e parece que não há como responsabilizá-la em caso de má fé, a não ser pelo método tradicional. É verdade que a coletividade de fato, embora não esteja juridicamente organizada, possui ideal coletivo, uma verdadeira alma coletiva e neste caso é uma realidade, v.g., os movimentos dos colonos sem-terra. Considerando que a comunidade de fato seja uma realidade, não há como desconhecê-la ou deixar de demandá-la ou veicular seus direitos em juízo, de modo que em futura reformulação processual não se possa olvidar a problemática da tutela dos direitos coletivos informais.<sup>187</sup>

---

64.

<sup>184</sup> GRINOVER e outros, op. cit., p. 591-592; MARINONI, op. cit., p.

<sup>185</sup> NERY JÚNIOR, **Princípios...**, p. 115.

<sup>186</sup> ZAFFARONI, **Poder...**, p. 25.

<sup>187</sup> PORTO, Sérgio Gilberto. **O processo civil contemporâneo : da**

## 5.2 Autogoverno.

A independência do Judiciário constitui um anteparo às naturais pressões dirigidas por entes públicos e privados contra a magistratura. A autonomia da magistratura pressupõe o autogoverno, com desvinculação total do poder político.

No absolutismo era fácil identificar a dependência dos juízes-funcionários, posto que a administração da justiça integrava a “unidade burocrática governamental”.

No Estado Moderno, porém, embora com outra indumentária, a magistratura continuou como braço do poder estatal, de maneira que sob o manto da legalidade concorreu para a consolidação do poder político. Desta forma, podemos afirmar que, historicamente, a atuação dos juízes, sempre propendeu para amparar interesses da minoria dirigente.<sup>188</sup>

---

tutela coletiva e do código de processo civil. Curitiba: Juruá, 1.994, p.80. Nesse particular, como refere Mauro CAPPELLETTI, em Conferência proferida no Congresso Brasileiro de Direito Processual Civil, realizado nos dias 18 e 20 de novembro de 1991 em Curitiba, não é suficiente a legitimação individual para realizar o direito, pois em certas situações, o consumidor ou mesmo o ambientalista encontra-se em desvantagem diante do empresário ou da grande indústria que provoca poluição. A estrutura massificada da economia moderna atinge categorias inteiras e somente por meio de entes organizados, e unindo as forças poderão os consumidores de um mesmo produto ou vítimas de uma poluição ambiental, contrapor à potência dos empresários e dos grandes poluidores. Cf. Relatório do Congresso Brasileiro de Direito Processual Civil de Curitiba, Curitiba, Juruá, 1992. Além do Ministério Público, existem associações, com legitimidade para exercer a defesa coletiva” dos interesses e direitos difusos e coletivos (CDC., art. 81), como por exemplo, SINDICATOS, IDEC, XAMA, IDS. Embora CDC e CPC não reúnam condições para resolver várias questões de natureza coletiva, porquanto não esgotam as novas tendências do direito processual, porém, é inegável que o Código do Consumidor trouxe várias inovações no âmbito dos direitos difusos e coletivos.

<sup>188</sup> GOMES, A *dimensão...*, p. 81.

Neste pormenor, assiste razão a Luiz Flávio GOMES<sup>189</sup>, ao propor a extirpação da figura do juiz funcionário governamental como ponto de partida para real independência do Judiciário.

Aderimos à idéia desenvolvida pelo autor, quanto a desvinculação da administração da justiça do poder político, conferindo ao Judiciário autonomia financeira e material e não apenas formal,<sup>190</sup> viabilizando, assim, condições para o pleno exercício da atividade jurisdicional.

Pensamos que uma vez conquistada a autonomia financeira lobrigada pela doutrina da divisão dos poderes, a independência do Judiciário se concretizará, de modo a permitir um controle efetivo entre os poderes.

---

<sup>189</sup> O autor pondera que “saber em que medida esses juízes-funcionários (especialmente os que passam a ocupar cargos judiciais após terem sido selecionados e/ou nomeados pelo Poder Executivo) e esses Tribunais Constitucionais atuam exatamente como foram programados, como se fossem uns manipuláveis robots nas mãos dos que estão no exercício do Poder Político, depende muito do grau de consciência, da personalidade, da independência e muitas vezes da coragem de cada um. De qualquer modo, o ponto de partida da real independência judicial, vale insistir, consiste na eliminação total da condição de funcionário governamental do juiz, que é da tradição da Europa-continental, em sentido oposto à anglo-saxônica, que concebeu o Juiz Profissional do Direito, sem nenhuma preocupação com carreira, sem nenhum problema com sua retribuição etc.”

<sup>190</sup> GOMES explicita ainda que “somente no dia em que for cortado totalmente o vínculo de dependência do Poder Judiciário em relação aos outros poderes é que sua autonomia será realmente efetiva. Por isso, propugnar pela total autonomia financeira e administrativa é postular o autogoverno da Magistratura, que deve ser exercido por um órgão executivo interno (Conselho Superior interno, segundo nosso ponto de vista), composto exclusivamente por juízes (“eleitos”) que representem na maior extensão possível todas as correntes de pensamento da instituição. São os próprios juízes que têm que responder perante o povo pela política judicial, pelo funcionamento do Judiciário, tal como o Legislativo e o Executivo pelas suas políticas específicas. O que se impõe, no entanto, intransigentemente, é transparência absoluta e total desse Conselho Nacional, em todos os seus atos. Mesmo porque, não podemos esquecer, não é a instituição que faz o homem, senão o homem é que faz a instituição”. GOMES, *A dimensão...*, p. 81 et seq.

É incontestado, que após a Segunda Guerra Mundial, verificou-se uma hipertrofia do Executivo, que não reluta em controlar os demais poderes, exercendo cada vez mais influência e interferindo incisivamente no parlamento, editando atos com efeitos de leis, tornando, a um tempo legislador e governante. Por isso, não se justifica mais a manutenção da “administração da justiça ao lado da ação administrativa governamental,” mesmo porque a inaptidão da administração pública para enfrentar os conflitos da sociedade pós-moderna é inquestionável.

Em realidade, a vetusta máquina estatal não acompanhou a dinâmica da sociedade, saltando aos olhos sua total inoperância para atender os reclamos sociais, principalmente, nas áreas da saúde, educação, segurança e por isso mesmo, em atitude desastrosa, esse monstro burocrático acuado, bufa incessantes medidas normativas como se elas bastassem, por si mesmas, para debelar os problemas que afligem a sociedade.

A hegemonia do poder político é vivenciada e sentida nas relações entre os poderes da República, a ponto de um mero rosar ser suficiente para ensurdecer o Judiciário. Embora, seja inconcebível que a voz surda do cão que arreganha os dentes seja o bastante para desviar a rota do Judiciário, certo é que, de posse do bordão da independência, os canichos ainda que ladrem, não serão obstáculos para a passagem da justiça, no afã de tutelar direitos e controlar os demais poderes.

É evidente que, sem o controle jurídico eficiente exercido por um Judiciário independente, a violência cresce, a criminalidade econômica aumenta, tendo como resultado a impunidade. Ninguém nega que a falta de recursos inibe a atuação dos órgãos públicos incumbidos formalmente desse controle, como a Polícia e o Ministério Público, vez que “continuam de um modo ou outro governamentalizados, não obstante a atuação individual independente de muitos dos seus membros”.

Isso tudo contribui para o descrédito dessas instituições, que assistem inertes a violação dos direitos fundamentais, além de estimular atitudes pessimistas da população em relação à incrementação dos direitos consagrados no ordenamento jurídico nacional, com o conseqüente desprestígio, não só das instituições mencionadas, como também, e sobretudo, do legislador que passa a ser visto como incapaz, apesar da avalanche normativa que despeja, às vezes de forma desordenada, principalmente, pelas malfadadas medidas provisórias editadas pelo Presidente da República com a complacência dos demais poderes, que nada fazem para conter o avanço do executivo na seara legislativa<sup>191</sup>.

Talvez a vertente da privatização tenha surgido como uma forma para diminuir o gigantismo estatal, ante o reconhecimento da falência da burocracia oficial, porquanto, nenhuma política dirigida exclusivamente pela planificação estatal pode prosperar. A repulsa da sociedade civil a esse tipo de condução é cada vez mais evidenciada pela “fraude fiscal generalizada, a abstenção cada vez maior nas eleições, o rechaço aos partidos políticos e aos políticos em geral, o incremento do individualismo, a economia paralela ou submergida, a busca de árbitros para resolução de conflitos, os linchamentos, justiça privada etc.”<sup>192</sup>,

---

<sup>191</sup> O editorial da Revista Justiça da Associação dos Magistrados de Minas Gerais (APAMAGIS- MG). **Sucessão sim, herança não**. ano 4, n. 15, janeiro de 2001, p.2, em determinado trecho faz a seguinte indagação: “no Brasil, a democracia é fraca porque o Judiciário não desempenha a contento seu papel, ou o Judiciário está se tornando, fraco pela omissão e incompetência de suas lideranças – políticas ou não -, que debilitam a democracia? E responde: “lamentavelmente, nesse imenso e encantador território, a independência e a harmonia dos poderes constituem tão somente uma vergonhosa farsa. À medida que o Executivo, através da reiteração das medidas provisórias, usurpa do Legislativo a função legiferante, cria incerteza; à medida que não dá ao Judiciário os recursos indispensáveis a uma prestação jurisdicional ágil e eficaz, fere sua independência e acarreta a demolidora insegurança jurídica”.

<sup>192</sup> GOMES, op. cit., p.85.

Assistimos a um crescente desinteresse da coletividade pelo público, embora o Estado ainda esteja presente, o caminho traçado indica o surgimento de uma sociedade livre, submetida a um ordenamento jurídico que incremente a proteção dos direitos fundamentais, onde os poderes públicos se sujeitem as ordenanças e limites constitucionais e o juiz independente possa garantir a efetivação desses direitos.

Nesta linha de pensamento, o Judiciário continua estatizado, porém, sem se caracterizar num seguimento governamental. Contudo, não há como prescindir de outros meios alternativos de resolução de litígios, como a arbitragem.

Como vimos, a independência do Judiciário requer a sua desvinculação do governo.

Poder-se-ia indagar, como implementar a reconstrução desse Judiciário? Com a resposta o jurista Luiz Flávio GOMES, para quem quatro são os pontos fundamentais para a reconstrução do Judiciário:

dois vinculados com sua independência e autonomia e dois atrelados à sua modernização. São eles: 1. desvinculação governamental total do Juiz, que não pode continuar com o status de funcionário público (ainda que muito qualificado), vinculado (sobretudo em termos de vencimentos) à unidade administrativa centralizada, senão com o status de árbitro imparcial que necessita de total independência para o exercício imparcial da função jurisdicional; 2. desvinculação governamental total da Magistratura, que deve contar com seu pleno autogoverno, sobretudo econômico e administrativo, sem nenhuma dependência ou interferência externa, especialmente do Poder Político (mas prestando contas, evidentemente, de tudo que gasta, onde gasta etc., por força do princípio da *accountabilny*); 3. constitucionalização da jurisprudência, com o abandono necessário do modelo legalista-positivista, é dizer, a construção do ordenamento jurídico deve ser fruto da atividade legislativa do Poder Político, bem como da atividade interpretativa dos juízes (daí sua necessária participação no “centro de produção normativa”), tendo ambos como limite máximo as normas, princípios e valores constitucionais, que constituem a base do Direito entendido como o reto segundo a medida do justo; 4. desburocratização da Justiça, que significa promover soluções judiciais mais rápidas e flexíveis, por meio de juizados informais, sem prejuízo

dos direitos fundamentais. Para a concretização das duas primeiras metas, de modo imediato, cabe esgotar até o limite máximo possível todas as possibilidades constitucionais atuais vinculadas com a independência judicial e, em segundo lugar, uma vez esgotadas todas essas possibilidades, lutar politicamente, de lege ferenda, para a concretização nas Constituições dos ideais independentistas. Só assim poderá o Poder Judiciário cumprir legitimamente suas tarefas básicas, dentre outras, como várias vezes acentuamos, de controlar os demais poderes juridicamente, de proteger os direitos fundamentais e de assegurar a estabilidade democrática<sup>193</sup>.

O autor supracitado complementa sua idéia, afirmando que o autogoverno da Magistratura só será possível quando a Constituição assegurar autonomia administrativa e financeira plena ao Poder Judiciário e não só formalmente como faz no seu art. 99.

Alvitra, GOMES, que para a materialização da autonomia financeira é necessário que a própria Constituição destine expressamente determinado percentual “da receita pública em favor do Poder Judiciário que será, ele mesmo, o encarregado de elaborar, dentro deste limite, sua proposta orçamentária, enviando-a ao Poder Legislativo para apreciação”<sup>194</sup>.

A propósito, lembra já referido autor, que a proposta da AMB é no sentido de que 6% da receita da União e 12% da receita dos Estados sejam reservados ao Judiciário.

Com isso

o Judiciário (no aspecto econômico) se desvinculará total e definitivamente do Poder Executivo, cuja tarefa única, neste âmbito, será a de repassar a parcela (da receita) devida ao Poder Judiciário na forma e data estabelecidas, sob pena de responsabilidade, inclusive penal. De qualquer modo, onde já está assegurada formalmente essa autonomia, como diz Régis Fernandes de Oliveira, devem ser

---

<sup>193</sup> GOMES, op. cit., p. 86-87.

<sup>194</sup> GOMES, op. cit., p. 88.

esgotadas todas as possibilidades legais e constitucionais para transformá-las em realidade<sup>195</sup>.

Prossegue dizendo que no plano jurídico, o autogoverno do  
Judiciário

faz-se necessário um órgão executivo para dele se encarregar. Esse órgão executivo deve ser o Conselho Superior (interno) da Magistratura, em cada setor da Justiça; em nível nacional, o Conselho Nacional da Magistratura. Ambos devem ser internos, isto é, devem ser compostos exclusivamente por juizes (com isso é lícito esperar um controle totalmente livre de qualquer ingerência externa, sobretudo do Poder Político); ser interno, no entanto, não significa ser secreto. Por isso, urge a presença de representantes da OAB e da Procuradoria-Geral da República que venham a atuar (como custos legis) junto ao Conselho Nacional.<sup>196</sup>

Dilucida que cada órgão de governo da Magistratura encarregar-se-á da política judiciária, bem como de todas as questões concernentes aos juizes e aos funcionários judiciais e a administração da justiça, que deverá responsabilizar-se pela seleção, formação, nomeação<sup>197</sup> e disciplina dos magistrados e funcionários judiciais, assumindo, também, todas as tarefas com “a estrutura humana da Administração Judicial (instalações judiciais, segurança dos seus edifícios, condições laborais, modernização da sua estrutura,

---

<sup>195</sup> GOMES, op. cit., p.88. O autor propõe ainda que para a criação e manutenção dos Juizados Especiais (CF, art. 98) é aconselhável que também uma parcela da receita municipal seja destinada ao Poder Judiciário.

<sup>196</sup> GOMES, op. cit., p.88.

<sup>197</sup> GOMES não admite a interferência do Executivo, na seleção, formação e nomeação de juizes, a não ser com referência ao a Corte Constitucional que deve ser composta paritariamente por juizes indicados pelo próprio STF, dentre juizes do país, pela OAB, pelo Ministério Público e pela Câmara dos Deputados. Formada a lista tríplice o Presidente escolheria um nome, que seria imediatamente submetido à apreciação do Senado, pois o sistema de . O sistema de “cooptação”, hoje vigente é totalmente desaconselhável, constituindo um dos pontos marcantes do Judiciário empírico-primitivo.

informatização, aperfeiçoamento profissional, produtividade, desburocratização etc.)”<sup>198</sup>

Dentre as funções desse Conselho Superior, destaca a apuração da responsabilidade penal e administrativa dos membros do próprio Poder Judiciário, aplicando as sanções cabíveis<sup>199</sup>. Argumenta que o controle interno não significa impunidade e imunidade ao juiz, porquanto trata-se de um controle obrigatório e inevitavelmente corporativo, tais como são os conselhos disciplinares dos que integram os Poderes Executivo e Legislativo e algumas profissões liberais, como advogado, médico, etc.. E arremata, quando se fala em autogoverno da Magistratura, pensa-se, sobretudo no controle jurídico dos demais poderes e de proteção dos direitos fundamentais<sup>200</sup>.

A independência do Poder Judiciário ainda só será plena com a mudança da forma de provimento de Ministros do Supremo Tribunal Federal, de modo a reduzir a nefasta influência política na nomeação dos juízes que compõe a Suprema Corte<sup>201</sup>.

---

<sup>198</sup> GOMES, op. cit., p. 89. Fala ainda o autor que caberá ao Conselho Nacional da Magistratura, a disciplina dos juízes (sempre em grau de recurso), bem como o controle da qualidade da prestação do serviço judicial (é o controle de qualidade, de que fala o Ministro Carlos Mário da Silva VELLOSO). Será um órgão recursal-disciplinar e ainda deve se encarregar do controle de qualidade dos vários setores da Justiça, estabelecendo programas político-judiciais, planejando sua execução etc. A criação dos Juizados Especiais pelas Justiças Estaduais, por exemplo, veio revelar a imperiosa necessidade de um órgão nacional de controle do Judiciário, que imponha a concretização da vontade do legislador constituinte. Muitos Estados, até hoje, recusam a criação ou instalação dos Juizados. Isso por falta de uma política nacional, fixada por órgão competente.

<sup>199</sup> GOMES, op. cit., p. 90. No sistema anglo-saxônico o juiz possui imunidade, porém pode ser afastado das funções por resolução do parlamento, quando há provas de alguma conduta lesiva ao “good behaviour”, mas o nosso sistema se caracteriza pela responsabilidade penal, civil e administrativa, devendo tal órgão de governo se encarregar da responsabilidade penal e administrativa.

<sup>200</sup> GOMES, op. cit., p. 90.

<sup>201</sup> A supra Corte americana delibera a respeito de questões relevantes para a nação, “sendo conhecidos os precedentes relativos à invalidação de leis

Como assevera Adroaldo Furtado FABRÍCIO, a forma de provimento de Ministros da Suprema Corte do País através da indicação unipessoal pelo Presidente da República é tirânica e não proporciona nenhuma garantia de que o Supremo se componha de acordo com os superiores interesses da Nação, pois tal sistema é absolutamente equivocado e “traduz uma das manifestações, que tem sido tantas vezes e tão intensamente destacadas, da supremacia do Poder Executivo”<sup>202</sup>.

---

segregacionistas, discussão sobre o aborto, pena de morte, direitos da mulher e minorias, federalismo, etc. Ou seja, quase nenhum assunto de relevo escapa de seus veredictos.” Assim, como nos EUA, a escolha do ministro do STF é feita pelo Presidente, sendo empossado após a aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal (CF., art. 101). Mas aqui nunca foi recusada uma indicação e a o Poder Legislativo e a sociedade não tem debatido abertamente a questão (EUA, já foram refutadas 20% das indicações presidenciais) e outras vezes a indicação não chegou a ser efetivada. No Brasil, os últimos juízes indicados para o STF (Paulo Brossard, Maurício Correa, Francisco Rezek e Nelson Jobim) foram ex ministros. O articulista noticia que a AJUFE promoveu consulta entre os associados para viabilizar a indicação de pelos menos nomes de juristas brasileiros aptos a serem escolhidos pelo Presidente da República, ao mesmo tempo em que sugeriu a outras entidades representativas que também realizem em seus respectivos âmbitos consultas semelhantes. Diz que isto “visa subsidiar o Presidente da República de nome de consenso nacional para ocupar uma vaga na nossa mais alta Corte de Justiça. O ideal seria que na proposta de EC, relativa à reforma do PJ, que se acha no Senado Federal, fosse criado mecanismo mais eficaz de preenchimento de vagas, seja pela elaboração de listas sêxtuplas de nome pelo próprio STF; seja pela criação de um quorum privilegiado (dois terços, por exemplo) para aprovação do escolhido pelo Senado; seja ainda, pela imposição de “quarentena” aos ocupantes de cargos políticos para que possam ser indicados. Afirma que “enquanto não se logra a obtenção, pela via democrática da reforma constitucional, de melhores critérios de seleção dos novos ministros, deve a sociedade organizar-se para influir na escolha. Delibera o Pretório Excelso, com guardião da Constituição Federal, sobre constitucionalidade dos mais diversos assuntos, destacadamente a validade de MPS; a criação de novos tributos, como a CPMF; os efeitos do mandado de injunção; a incidência, ou não dos expurgos no saldo das contas FGTS; a aplicação dos juros constitucionais de 12% entre outros temas. Além disso, pode – e acredito que deve - o nosso Tribunal Constitucional adotar postura de ativismo judicial, influenciando decisivamente nas políticas públicas, a exemplo do que foi feito pela famosa Corte de Warren, nos Estados Unidos da América, nas décadas de 60 e 70. A conscientização e participação da sociedade nos grande temas nacionais são imperativos categóricos de um Estado democrático de Direito. A liberdade de escolha que a Constituição Federal confere ao presidente da República é limitada, devendo atender aos princípios constitucionais, destacadamente os da impessoalidade, da moralidade e da capacitação técnica para o exercício da função (notável saber jurídico), não se olvidando que todo o poder emana do povo, devendo, portanto, a escolha, estar respaldada pelo pretendido debate nacional sobre o tema”. João Pedro GEBRAN NETO, Presidente da Associação Paranaense dos Juizes Federais. **A escolha para a Suprema Corte.** Jornal o Estado do Paraná, Curitiba, 27 de outubro de 2000. Editoria Opinião.

<sup>202</sup> Palestra proferida pelo juiz Adroaldo Furtado FABRÍCIO no Seminário Reforma constitucional e poder político, promovida pela comissão de constituição e Justiça da Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul, em 06 de junho

É notório que a composição do Tribunal vêm ocorrendo através da “transferência de um Ministro de Estado para uma das cátedras do Supremo Tribunal Federal”, revelando que os critérios de recrutamento da magistratura deveriam assumir maior “relevância quando se cuida da mais alta investidura judiciária”, especialmente quando o “Presidente da República vê o novo Ministro do Supremo Tribunal Federal como “o líder do governo” naquela Egrégia Corte”<sup>203</sup>, colocando “a nu a fragilidade intrínseca do Poder Judiciário e sua extrema debilidade diante do imperialismo presidencialista”<sup>204</sup>

A importância do Supremo é sobranceira, pois concentra o controle de constitucionalidade das leis, de maneira que a indicação unipessoal pelo Chefe do Poder Executivo não é de modo algum, a melhor forma, pois por vezes, o “fator determinante da escolha é o apadrinhamento político”<sup>205</sup>, quando não a amizade pessoal ou parentesco”, e, em regra, o “exercício de um cargo de confiança no Poder Executivo é estágio indispensável para o acesso às cátedras do mais alto pretório”, sendo incomum a oportunidade de acessão à Corte Suprema de um “juiz profissional, formado e curtido na dura escola das instâncias inferiores”.<sup>206</sup>

---

de 1997. **Poder judiciário: flagrantes institucionais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.95 et. seq.

<sup>203</sup> Publicado no Jornal Zero Hora, Porto Alegre, 11 de abril de 1997.

<sup>204</sup> FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Poder judiciário: flagrantes institucionais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.102.

<sup>205</sup> Segundo notícia Adroaldo Furtado FABRÍCIO, referindo-se ao comentário do Professor ZAFFARONI, em conferência realizada na Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul: “O Presidente da República Argentina quase duplicou o número de membros da Suprema Corte de lá, nomeando para os novos cargos gente sua, inclusive dois juristas da obscura Província de La Rioja, que ninguém sabia que existia, nem quem eram”. Op. cit., p. 105.

<sup>206</sup> Segundo Adroaldo Furtado FABRÍCIO “um só dos onze Ministros do Supremo é juiz concursado”. Op. cit., p.60.

Esta questão de real autonomia do Poder Judiciário para compor sua Corte Suprema, sorrateiramente camuflada, assume relevo especial diante da ameaça à sobrevivência do Estado de Direito pelo “agigantamento desmedido do Poder Executivo”, que inquieta a “cidadania pela crescente fusão entre governo e poder econômico”. Quando das “casas legislativas nenhuma reação ou resistência se pode mais esperar, é o Poder Judiciário, mais do que em qualquer outra circunstância, o refúgio derradeiro com o qual, talvez, ainda possa contar o cidadão”<sup>207</sup>.

Para garantir a preservação da própria independência, apesar da credibilidade e democratização que granjeou, o Judiciário só poderá sobreviver e continuar cumprindo o seu papel, bem próximo ao jurisdicionado, se a sua independência for defendida pela Corte Suprema, e para que esta “não apenas seja, mas também pareça ser a campeã dessa causa, é imprescindível que se reformulem os critérios de provimento de seus cargos”.<sup>208</sup>

### **2.5.3 Tutela constitucional.**

Vimos que a terceira função da magistratura consiste na chamada “jurisdição constitucional”, cujo núcleo é o controle de constitucionalidade das leis e a proteção dos direitos e garantias fundamentais, dos quais trataremos nas seções seguintes.

#### **2.5.3.1. Gênese e desenvolvimento do controle de constitucionalidade das leis.**

---

<sup>207</sup> FABRÍCIO, op. cit., p. 61.

<sup>208</sup> FABRÍCIO, op. cit., p.61.

A edição de leis arbitrárias para indivíduos ou classes não condiz com a natureza legislativa e fere a consciência jurídica.

A lei pode, sem perder seu caráter universal, estabelecer distinções, dirigir-se a grupos de pessoas, contemplar situações excepcionais em que se colocam indivíduos, tendo em vista as contingências sociais que orientam as ações governamentais, visando as resoluções dos mais diversos problemas, dentre os quais os habitacionais, de saneamento, agrário, urbano, ambiental e até econômico, realizando bloqueios de preços de um produto e a liberação de outros, como estamos cansados de assistir.<sup>209</sup>

A via normal para a implementação da política governamental é o Legislativo, mas o Legislativo pode fazer leis de exceção, para atender situações particulares.

Mas como controlar o arbítrio do legislador?

Desde os primórdios do regime constitucional, se impôs limitação à função legislativa e, em países como os Estados Unidos da América e França, sentiu-se a necessidade de controlar o arbítrio do legislador, criando-se mecanismos capazes de invalidar os atos infringentes à Constituição, de modo a excluir do sistema jurídico as leis que não podem ser feitas ou se feitas, negar aplicação.<sup>210</sup>

Nos Estados Unidos, o controle da lei pelo Judiciário foi o instrumento constitucional empregado para limitação do legislador.

---

<sup>209</sup> Cf. DANTAS, San Tiago. **Igualdade Perante a Lei e due process of law** : contribuição ao estudo da limitação constitucional do poder legislativo. Revista Forense, n. 116, 1948, p. 357.

<sup>210</sup> DANTAS, op. cit., p. 358.

O alicerce do controle jurisdicional ianque, assenta no “Due Process of Law”, que serviu de base à construção de uma jurisprudência de proteção aos direitos individuais, especialmente, as garantias processuais na Inglaterra e Estados Unidos.

Depois a cláusula passou a assegurar igualdade de tratamento por qualquer autoridade.

A 5ª emenda (EUA, 1791) declarou que “ninguém será privado da vida, da liberdade ou da propriedade” sem o devido processo legal, estendidas aos Estados pela 14ª emenda.

Enquanto na Inglaterra não se concebia sua invocação contra o parlamento, nos Estados Unidos constituía um dos “standarts” jurídicos, em que a corte suprema controla a constitucionalidade das leis.

Essa compreensão da restrição ao arbítrio do Legislativo, “atinge maturação doutrinária na mesma época, em que o princípio se incorpora às restrições feitas ao poder dos Estados, na 14ª Emenda Constitucional (1868)”.<sup>211</sup>

O ato legislativo, para se enquadrar na cláusula “due process of law”, no seu conteúdo normativo, deve revestir-se de caráter geral, próprio da norma jurídica, “o que exclui a validade de uma lei “ad personam”, “a menos que seja conforme às normas jurídicas em vigor.”<sup>212</sup>

---

<sup>211</sup> DANTAS, op. cit., p. 358.

<sup>212</sup> DANTAS, op. cit., p. 362.

De outro lado, a generalidade da lei é a primeira limitação constitucional à função legislativa, no Estado de Direito. Existem atos legislativos particulares, mas sendo leis, devem se conformar a elas. A generalidade se harmoniza com a extrema especialidade.<sup>213</sup>

A lei disciplina as necessidades da vida social, mas em face da sua variedade, raramente tem condições de ditar preceitos endereçados a todos os cidadãos.<sup>214</sup>

Hoje a lei, “mais do que ontem, é a medida de contrastes e de exceção, que se dirige a grupos de pessoas, de bens ou de relações jurídicas (class legislation), dando-lhes um tratamento diferenciador.”<sup>215</sup>

Por mais particularizada que seja a situação, não é difícil reconhecer o requisito da generalidade. “A lei é geral, sempre que o seu preceito se aplica a qualquer indivíduo, que se venha a encontrar na situação típica, nela considerada.”<sup>216</sup>

Todavia, é inegável que o constitucionalismo Americano exerceu marcante influência nos constituintes de 1891, cuja experiência fora transplantada para o direito brasileiro.

Ora, a partir da célebre decisão de Marshall, no caso *Madison v. Marbury* (1803), a Suprema Corte chamou a si o poder de controlar os atos do Legislativo e Executivo, estabelecendo-se relevante

---

<sup>213</sup> DANTAS, op. cit., p. 365.

<sup>214</sup> DANTAS, op. cit., p. 365.

<sup>215</sup> DANTAS, op. cit., p. 366.

<sup>216</sup> DANTAS, op. cit., p. 366.

conquista do direito, onde as Cortes poderiam declarar a inconstitucionalidade dos atos desses poderes.

A doutrina encabeçada por Marshall, trouxe perplexidade doutrinária, quanto ao direito das Cortes declararem a nulidade de leis, pois muitos entendiam - nessa hipótese uma superioridade do Judiciário sobre o Legislativo.

Por outro lado, busca-se associar a competência do Poder Judiciário, no exercício do controle da constitucionalidade, na doutrina de Eduardo Coke (1552/1634), pois defendia na Inglaterra a supremacia da "common law" sobre a lei, além de rejeitar o ilimitado poder conferido ao parlamento, cuja determinação contrária a "common law" reputava nula.<sup>217</sup>

Entrementes, o legislador português, já se preocupava com a supremacia das Ordenações, em face dos éditos municipais sempre que houvesse colidência, cuja experiência fora realçada por Alfredo BUZAID<sup>218</sup> ao expressar que,

os juristas portugueses do século XVII também tiveram uma clara compreensão desse problema. Ocorrendo antagonismo entre uma ordenação do Reino e uma lei municipal, cabia ao corregedor das comarcas decretar a nulidade desta, a fim de salvar a autoridade daquela. Em textos altamente expressivos, afirmou o gênio lusitano, dois séculos antes dos norte-americanos, a invalidez das leis, incompatíveis com as Ordenações. No Código Filipino (livro I, Tit. 58, n.º 17) lê-se: "E informar-se-á "ex officio", se há nas Câmaras algumas posturas prejudiciais ao povo e ao bem comum, posto que sejam feitas com a solenidade devida, e nos escreverá sobre elas com seu parecer. E achando que algumas não foram, guardadas a forma de ordenações, as declarará por nulas, e mandará que se não guardem". Este dispositivo legal sugere duas idéias marcantes, relativamente às quais o legislador

---

<sup>217</sup> POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro : Forense, 1985, p. 29.

<sup>218</sup> **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo : Saraiva, 1958, p. 19-20.

filipino revelou uma intuição notável: a) a existência de uma hierarquia de leis, de modo que a inferior ceda ao império e autoridade da superior; b) a competência, atribuída a um órgão Judiciário, de decretar a nulidade de lei incompatível com as Ordenações.

Entretanto, notamos que num sistema de rigidez constitucional, subsistem diferentes escalões normativos, onde a Constituição situa-se no vértice do sistema e, conseqüentemente, nenhum ato contrário à Lei Maior pode ser válido.

Nessa hipótese, podemos falar na existência de uma jurisdição constitucional, que compreende o pronunciamento do Judiciário quanto à inconstitucionalidade, quer declarada incidentalmente ou por via direta.

Observa José Frederico MARQUES que "o reconhecimento da inconstitucionalidade, embora feito "incidenter tantum", não consiste em mero exercício de mera "cognitio" pelo juiz e sim em prestação jurisdicional específica, mediante sentença, oriunda da jurisdição constitucional".<sup>219</sup>

Aliás, a interpretação das leis compete ao Judiciário e a Constituição deve ser vista pelos juízes como uma lei fundamental.

Noutras palavras, a Constituição há de ter prevalência sobre os demais atos normativos. Logo, o fato do Judiciário negar a aplicação a uma lei conflitante com a Carta Magna, não implica numa superioridade.

---

<sup>219</sup> **A Reforma do Poder Judiciário**. 1 v. São Paulo : Saraiva, 1979, p. 36; TEIXEIRA FILHO. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis e dos Atos Normativos do Poder Público**, 1.ed. São Paulo: LTR, 1985.

Marcello CAETANO<sup>220</sup> enuncia que, com a decisão Marshall veio uma idéia nova, desconhecida na Inglaterra, a de que a Constituição limita os poderes dos órgãos da soberania. E acrescenta:

As próprias leis só são válidas quando elaboradas de acordo com a Constituição. Uma lei em desacordo com a Constituição é inconstitucional; os tribunais podem recusar-se a aplicá-la porque, vendo-se entre duas normas em contradição - uma que está contida na constituição e outra numa lei ordinária - têm de optar pela primeira, em virtude da supremacia da Constituição escrita sobre as restantes leis.

Luiz Pinto FERREIRA, considerando o princípio da supremacia da Constituição como pedra angular do edifício moderno do direito político, acentua: "As regras constitucionais são dotadas de uma superioridade profunda em relação às demais normas jurídicas. Essa hierarquia se justifica, a fim de se melhor manter a estabilidade social do grupo, estabelecendo-se um sistema de preceitos básicos a que se submete a consciência coletiva".<sup>221</sup>

Para Hans KELSEN, uma norma somente é válida quando assenta numa norma maior que lhe dá sustentação. E conclui, a norma que regula a produção é superior, conquanto, a ordem jurídica não é um sistema de normas ordenadas num mesmo plano, situadas uma ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas.<sup>222</sup>

A unidade e validade de uma norma pressupõe a fundamental, que para ele, representa o escalão de Direito Positivo mais

---

<sup>220</sup> **Manual de ciência política e direito constitucional.** Coimbra : Almedina, 1983, p. 89.

<sup>221</sup> **Princípios Gerais do Direito Constitucional.** 5. ed. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 132; Rosah RUSSOMANO **O poder legislativo na república.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, p. 2.

<sup>222</sup> **Teoria pura do direito.** 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 240 et seq. e 287 et seq.

elevado que pode ser entendido como a Constituição que, em última análise, regula a produção das normas gerais.<sup>223</sup>

No Brasil, como se assegurou, o controle jurisdicional da constitucionalidade fora absorvido pelo ordenamento jurídico, com o advento da República, sendo que a Constituição de 1824 fora omissa à respeito; estatuindo apenas, que competia à Assembléia Geral velar na guarda da Constituição.

Já a Constituição de 1891, inspirada no direito norte-americano, admitia recursos para Supremo Tribunal Federal, quando se contestasse a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados, em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidas esses atos, ou essas leis impugnadas (art. 59, § 1º, a e b).<sup>224</sup>

Manoel Antonio TEXEIRA FILHO<sup>225</sup>, destaca algumas regras que exsurge-se da lei supracitada, verbis:

a) Os regulamentos deveriam amoldar-se às leis; b) estas, por sua vez, não poderiam exceder dos limites de poderes concedidos pela Constituição; c) qualquer pessoa poderia provocar o exercício da função jurisdicional do Estado-juiz para obter uma declaração de inconstitucionalidade de lei ou de outros atos, como os regulamentos; d) dessa declaração tanto poderia ser efetuada por órgão colegiado (tribunal), quanto monocrático (singular); e) os efeitos da declaração ficariam circunscritos ao caso concreto, onde ela ocorreu; f) ao Judiciário não incumbia revogar leis, mas apenas reconhecer-lhes o caráter infenso à letra e ao espírito constitucionais.

---

<sup>223</sup> KELSEN, Teoria..., p. 240 et seq.

<sup>224</sup> ALVES, José Carlos Moreira. **As garantias do cidadão na justiça**: a evolução do controle da constitucionalidade no Brasil. Coordenador: Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 1.

<sup>225</sup> Op. cit., p. 27-28.

A Constituição de 1934, admitia recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, quando se questionasse a vigência ou validade de lei federal em fase da Constituição (art. 76, III, "b" "c"). E no art. 91 impunha a suspensão pelo Senado Federal, da execução de lei e demais atos declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário, exigindo ainda a maioria absoluta de votos dos membros dos tribunais, para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público (art. 179), mantendo o controle de constitucionalidade das leis infraconstitucionais. Atribuía-se à suspensão, eficácia «erga omnes» à declaração judicial de inconstitucionalidade no caso concreto. Essa Constituição introduziu no sistema jurídico brasileiro uma ação direta de inconstitucionalidade. Houve a possibilidade do Supremo Tribunal Federal, mediante provocação do Procurador-Geral da República, pronunciar-se a respeito da constitucionalidade de lei estadual, para efeito de intervenção (art. 12, V e § 2º).<sup>226</sup>

A Carta outorgada em 1937 manteve as regras da Constituição de 1891, porém exigiu “quorum” qualificado para a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais (art. 96). Nota-se que o § único desse artigo inovou, ao permitir que o Presidente da República submetesse ao Parlamento o reexame da lei declarada inconstitucional e na hipótese de sua proposição ser confirmada por 2/3 dos votos, ficaria sem efeito a decisão do tribunal.

A Constituição de 1946, também, manteve o controle por via de exceção (art. 101 "b" "c") e a maioria absoluta do tribunal, para declaração da inconstitucionalidade (art. 200). Voltou a atribuir ao Senado Federal, competência para suspender execução de leis ou decretos declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal

---

<sup>226</sup> ALVES, op. cit., p. 3.

Federal (art. 64). Subsiste a possibilidade de intervenção federal nos Estados, mediante argüição do Procurador-Geral, perante o Supremo (art. 7º, VII, "a/g" c.c. art. 8º, § único).

Segundo Lúcio BITTENCOURT, com essa Carta Política, o sistema constitucional brasileiro retoma à plenitude da doutrina americana, de que falava Rui Barbosa, em que na ordem de autoridade o Supremo Tribunal está acima de tudo".<sup>227</sup>

A Emenda Constitucional n.º 16, introduziu alteração no sistema de controle jurisdicional e conferiu ao Supremo Tribunal Federal competência para processar e julgar representação contra inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo federal e estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República. Adotou essa o controle concentrado que abrange só atos normativos federais e estaduais, concomitante ao difuso que abarca os atos normativos, incluindo os municipais. A referida Emenda não aludiu aos atos municipais e por isso, a jurisprudência do Supremo entendeu inadmissível a representação de inconstitucionalidade em face da Constituição Federal ou Estadual, por falta de previsão legal, quer perante o Supremo ou Tribunal de Justiça.<sup>228</sup>

A Constituição de 1967 não altera a competência do Supremo Tribunal Federal (art. 114, III, "a, b, c"), deslocada para o art. 119, pela Emenda Constitucional n.º 1 de 1969. Observamos que a Constituição Federal de 1967, transferiu para o Presidente da República o poder de suspender o ato ou lei declarados inconstitucionais, pelo Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>227</sup> **O Controle jurisdicional da constitucionalidade das leis.** Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 31.

<sup>228</sup> ALVES, op. cit., p. 5-6.

A Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, “admitiu o controle de constitucionalidade de lei municipal, a ser feito pelo Tribunal de Justiça do Estado, perante os princípios sensíveis indicados nas Constituições estaduais, para fins de intervenção do Estado no Município”.

Por fim, a Constituição de 1988 manteve a declaração de inconstitucionalidade por via de exceção (art. 102, III, "a"), preservando a ação direta interventiva (arts. 34/36), cuja execução é atribuída ao Presidente da República. Inova a atual Carta, ao acolher a inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º) e a possibilidade de os Estados-membros instituírem a ação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, estaduais ou municipais, em fase da Constituição Estadual (art. 125).

Na verdade, o ordenamento jurídico é sistematizado de forma escalonada com a supremacia da Constituição, impondo-se destarte, a conformação das normas inferiores com a lei fundamental do Estado brasileiro.

Logo, a inconstitucionalidade por ação resulta do confronto de uma norma ou ato do Poder Público com a lei maior, tendo em vista que as leis ordinárias não podem afrontar a Constituição, pois esta é o “assento fundamental da Ordem Jurídica do Estado, a norma de todas as outras normas, o fundamento da autoridade de todos os poderes constituídos; logo, uma lei que não respeite a Constituição carece de força obrigatória, não é válida”, conforme ministra Marcello CAETANO,<sup>229</sup> pois, na verdade, a inconstitucionalidade é “o vício das leis que provenham de órgão que a Constituição não considere competente, ou que

---

<sup>229</sup> CAETANO, *Manual...*, p. 344.

não tenham sido elaboradas de acordo com o processo prescrito na Constituição ou contenham normas opostas às constitucionalmente consagradas”.<sup>230</sup>

Observamos que as leis perdem a validade quando revogadas, mas a própria Constituição prevê processo especial para sua invalidação, quando constatada a inconstitucionalidade, quer na produção legislativa ou administrativa, resultante da incompatibilidade das leis e atos do Poder Público formal ou material - a primeira decorre da incompetência da autoridade ou inobservância de formas procedimentais previstas na Constituição Federal - a segunda quando o conteúdo das leis ou dos atos contraria preceito ou princípios constitucionais.<sup>231</sup>

Expressa Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, que a violação à Constituição, ocorre quando há descumprimento a seus preceitos formais ou materiais ou omissão a uma norma programática.<sup>232</sup>

A possibilidade de declaração de inconstitucionalidade das leis é uma construção jurídica que determina o limite de validade de uma lei.

A teoria da inconstitucionalidade constitui um adinículo ao legislador e traça seus limites, dentro do qual ele pode desenvolver sua tarefa e constitui a chamada tutela constitucional das liberdades.

---

<sup>230</sup> CAETANO, **Manual...**, p. 344.

<sup>231</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 6.ed. São Paulo : Revistas dos Tribunais, 1990, p. 46.

<sup>232</sup> **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 35.

A tarefa do juiz é verificar se a lei se enquadra no parâmetro constitucional.<sup>233</sup> Daí a plausibilidade da existência de órgãos incumbidos de controlar a interpretação das normas constitucionais, que no Brasil é difundido entre os diversos órgãos Judiciários.

De fato, o controle de constitucionalidade, consiste na verificação da adequação de um ato normativo à Constituição, pressupondo a existência de uma lei maior e a existência de um órgão, com competência para decidir a adequação da norma à Carta Magna.<sup>234</sup>

A rigidez da Constituição e a garantia contra a inconstitucionalidade das leis é o mais engenhoso sistema idealizado para limitar o poder dos governantes. Assenta-se, no dogma da Separação dos Poderes, e supõe a independência do Judiciário, respeitada a sua autoridade como emanção do direito.

Se a prática não corresponde à teoria, segundo Marcelo CAETANO<sup>235</sup>, é porque: "Nenhuma instituição ou sistema pode produzir frutos numa sociedade se não for servida por homens dignos, com autoridade moral, competência profissional e total devoção à tarefa que lhes é confiada e se nessa sociedade não houver a convicção da

---

<sup>233</sup> "No existe una teoría general de la tutela constitucional del proceso, en el sentido de enumeración conclusiva de soluciones. La tesis sentada para un derecho positivo, puede no tener validez para otro. En todo caso, esta teoría consiste en determinar la relación entre el ámbito de validez de una Constitución, en sentido positivo, y la forma dada a un proceso por una ley dictada dentro de ese mismo derecho positivo. Existe, en este orden de cosas, en la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos, una importante casuística que puede servir de ejemplo acerca de una prolongada experiencia histórica de vigilancia constitucional sobre el proceso". COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires: Depalma, 1981, p. 153.

<sup>234</sup> FERREIRA FILHO, **Curso...**, p. 30.

<sup>235</sup> CAETANO, **Manual...**, p. 349.

necessidade e da utilidade da instituição ou do sistema, traduzida em respeito geral e em geral colaboração”.

E prossegue o jurista lusitano:

Os textos, as doutrinas, os princípios, tudo vale pouco se não for vivido. A primeira realidade política é o homem. Por isso, constituições eloqüentes e majestosas declarações de direitos, os parlamentos e os tribunais, serão processos vãos se não corresponderem a crenças, convicções e necessidades que os tornem efetivos e respeitados. Como já atrás dissemos, as melhores constituições não são as mais bem pensadas e mais bem escritas, mas as que mais exatamente correspondam à feição de um Povo, demonstrada por uma longa e sincera experiência coletiva.<sup>236</sup>

#### **2.5.3.1.1. Sistemas de controle da constitucionalidade.**

A doutrina aponta que, costumeiramente, o controle da constitucionalidade é disciplinado nos diversos ordenamentos jurídicos, pelos critérios subjetivo e formal<sup>237</sup>.

No controle político a verificação é confiada a um órgão não pertencente ao Poder Judiciário, como acontece na França, onde o Conselho Constitucional tem incumbência de exercer um controle prévio, conquanto, o Presidente da República, o 1º Ministro, o Presidente da Assembléia Nacional ou do Senado, podem pedir que o Conselho se pronuncie sobre a constitucionalidade da proposição, isto após a elaboração do texto pelo parlamento e antes da promulgação.<sup>238</sup>

---

<sup>236</sup> CAETANO, op. cit., p. 349.

<sup>237</sup> No controle formal a questão constitucional é apresentada incidentalmente - por via de exceção no curso da demanda (próprio do controle difuso) ou - abstratamente por via de ação direta (próprio do controle concentrado ou principal).

<sup>238</sup> CORRÊA, Oscar Dias. **O supremo tribunal federal corte constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 87.

O controle político é ineficaz, pois dificilmente um órgão vinculado ao poder legiferante, acoimará de inconstitucional uma lei por ele elaborada.

No Brasil o chamado controle preventivo é efetivado antes da promulgação da lei e é exercido tanto pelo legislativo, quando as comissões emitem parecer sobre a constitucionalidade de projetos de lei que podem resultar em sua rejeição (CF, art.58) - quanto pelo Executivo quando o Presidente, Governador ou Prefeito vetam os projetos de lei (CF, art.66, § 1º). É o mesmo enquadrado no controle político por alguns autores. Na verdade, os projetos não são atos acabados e a Constituição apenas se refere à lei ou ato normativo, pelo que, ainda que convertido em Lei, esta poderá ser contestada em face da Constituição e submetida ao controle jurisdicional, através do chamado controle posterior, que no Brasil é realizado pelos sistemas difuso-incidental ou principal.

No controle jurisdicional, entrega-se ao Judiciário a verificação ou não da ofensa à Constituição, integrado pelos modelos:

(a) - difuso, que corresponde ao modelo norte-americano, onde o controle é exercido por todos os juízes e tribunais que podem examinar a constitucionalidade das leis e, conseqüentemente, deixar de aplicá-las ao caso concreto quando constatar-se que a norma ou ato do Poder Público fere a Constituição. Trata-se de processo de fiscalização concreto e incidental, que se traduz na possibilidade do juiz examinar a desconformidade material e formal de uma norma à Constituição e decidir se ela (norma) viola princípios constitucionais, e de conseqüência, negar-lhe aplicação<sup>239</sup>.

---

<sup>239</sup> Este sistema toma impulso com a difusão das idéias de Marshall, em notável decisão, pois para ele é mera questão de lógica jurídica, sendo inadmissível que uma lei inferior contrarie uma superior. É importante lembrar que o juiz não anula nem revoga lei inconstitucional, mas apenas declara a inconstitucionalidade, deixando

(b) - Concentrado, (modelo Austríaco), surgiu em 1.920 por inspiração de Kelsen, que propôs a criação de uma Corte Constitucional. Para ele, quando o juiz se pronuncia a respeito da inconstitucionalidade da lei, legisla negativamente, por isso o controle não pode ser entregue a um órgão monocrático (juiz), mas a um órgão de cúpula, dada a importância do ato. Esta tese vingou e foi adotada na Áustria, onde à Corte Constitucional incumbe examinar a constitucionalidade de qualquer norma de categoria inferior, e ao constatar a afronta à Lei Maior, decretar sua nulidade com efeito "erga omnes".<sup>240</sup> Tal controle pode ou não partir do caso concreto, e, nessa hipótese o juiz suspende o processo e submete os autos à Corte Constitucional, para decidir a questão constitucional argüida.

O nosso sistema de controle é o misto<sup>241</sup>, onde a questão constitucional é apresentada incidentalmente por via de exceção. Trata-se do controle difuso-incidental<sup>242</sup>, exercido por todos os juizes no curso da

---

de aplicá-la ao caso concreto. Aliás, não se postula a inconstitucionalidade da norma, mas reivindica-se um direito. Portanto, trata-se de controle "a posteriori", carecendo de provocação do interessado, que teve seu direito violado. A desvantagem do modelo, reside no fato de que vários juizes são chamados para decidir uma mesma questão constitucional, com a possibilidade de decisões divergentes ou contraditórias.

<sup>240</sup> A Corte pode fixar a data da terminação da lei e restaurar a vigência doutras, e aí - legisla positivamente.

<sup>241</sup> José Carlos Moreira ALVES desdobra em três: (a) controle difuso; (b) direto para fins concretos de intervenção da União nos Estados-Membros e (c) controle direto, em abstrato, dos atos normativos federais e estaduais. Op. cit., p. 4.

<sup>242</sup> Diz Lúcio BITTENCOURT que na carta de 1946, encontram-se as regras básicas do controle difuso de constitucionalidade, a saber: "O Poder Judiciário só se pronuncia em face de um "caso concreto" para cuja decisão seja mister o exame da constitucionalidade da lei aplicável à espécie; - presumem-se constitucionais os atos do Congresso; - na dúvida, decidir-se-á pela Constitucionalidade; - o juiz deve abster-se de se manifestar sobre a inconstitucionalidade, toda vez que, com isso, possa julgar a causa e restaurar o direito violado; - sempre que possível, adotar-se-á a exegese que torne a lei compatível com a Constituição; - a tradicional aplicação dos princípios constantes de uma lei sem que se ponha em dúvida a sua constitucionalidade, é elemento importante no reconhecimento desta; - não se declaram inconstitucionais os motivos da lei. Se esta, no seu texto, não é contrária à Constituição, os tribunais não lhe podem negar eficácia; - na apreciação da inconstitucionalidade, o Judiciário não se deixará influenciar pela justiça, conveniência ou oportunidade do ato do Congresso". - se, apenas, algumas

demanda, cuja declaração de inconstitucionalidade se faz “*incidenter tantum*”, nos conflitos intersubjetivos de interesses levados à cognição do Judiciário, ou pelo controle concentrado-principal que se exerce por meio de ação direta de inconstitucionalidade<sup>243</sup> que pode resultar na anulação da lei, cuja decisão produz efeito “*erga omnes*”<sup>244</sup>, perdendo a norma, neste caso, a sua validade independentemente de comunicação ao Senado<sup>245</sup>.

---

partes da lei foram incompatíveis com a Constituição, estas serão declaradas ineficazes, sem que fique afetada a obrigatoriedade dos preceitos sadios; e - a inconstitucionalidade é imprescindível, podendo ser declarada em qualquer tempo”. Trata-se do controle difuso-incidental. **Controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Forense: Rio de Janeiro, 1949, p. 111, 113, 115, 116, 118, 120, 121, 124 e 129.

<sup>243</sup> Inconstitucionalidade por ação ou omissão ou ação interventiva.

<sup>244</sup> A eficácia é “*ex tunc*”. Pode-se conceder liminar diante da ocorrência de relevância e perigo “*in mora*”. Na declaração de inconstitucionalidade “*incidenter tantum*”, a suspensão da lei é conveniência política do Senado (CF/88, art. 52, X), sendo que a resolução do Senado Federal generaliza a eficácia da decisão de inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal. Também, os Tribunais de Justiça dos Estados podem declarar a inconstitucionalidade dos atos normativos estaduais e municipais, (CF/88, art. 125, § 2º). A Constituição permite o aforamento de Ação Declaratória de Constitucionalidade (CF., art. 102, I “a”) como instrumento de unificação jurisprudencial, cuja finalidade básica é evitar a demora e as contradições em relação a questões constitucionais de alta relevância, que se não forem resolvidas rapidamente, podem ensejar um verdadeiro caos jurídicos, prejudicando a economia nacional e o próprio desenvolvimento do país. Devidamente regulamentada de modo a não infringir o princípio do Devido Processo Legal será eficaz para a rápida solução de questões polêmicas, permitindo interpretação uniforme e definitiva de questões constitucionais.

<sup>245</sup> Entendemos que a instituição no direito brasileiro do efeito vinculante e da eficácia “*erga omnes*” das decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle de constitucionalidade, no concernente aos órgãos do Poder Público, é salutar, pois além de fortalecer a Corte Suprema, concorre para a celeridade e economia processuais, resolvendo questões análogas e descongestionando a justiça. Tanto na Ação Direta de Inconstitucionalidade quanto na Declaratória de constitucionalidade, a decisão do Supremo Tribunal Federal opera a nulidade “*ex tunc*” com efeito geral e imediato e efeito vinculante relativamente aos órgãos do Poder Judiciário e Executivo (CF., art. 102, § 2º, EC n.º 3/93). As Medidas Provisórias, como os demais atos normativos estão sujeitos ao controle jurisdicional pelo Poder Judiciário, que incide sobre as medidas e leis de conversão. O Supremo Tribunal Federal já assentou que, a Medida Provisória é ato normativo com força de lei, sujeitando-se, inclusive, à ação direta de inconstitucionalidade. O campo de atuação das Medidas Provisórias é amplo, e os tribunais vêm aceitando medidas provisórias com as mais variadas matérias, isto porque o art. 62 da Constituição não delimita a matéria que deve ser tratada pela medida. O “Judiciário sempre poderá se pronunciar conclusivamente ante os casos de “certeza negativa” ou “positiva”, tanto como reconhecer que o Presidente não excedeu os pressupostos e limites constitucionais, mas a declaração de

### 2.5.3.2. Tutela dos direitos fundamentais.

As garantias do cidadão em relação ao Estado e aos governantes, certamente, estão dentre as mais auspiciosas razões de uma Carta Política. Bem por isso é que vemos que foi justamente a busca de salvaguarda dos direitos do cidadão comum contra as investidas da realza gananciosa que deu origem ao constitucionalismo, na remota aurora do Direito Constitucional em terras do Velho Mundo.

No último quartel deste século percebeu-se um nítido avanço do constitucionalismo com preeminência para os direitos fundamentais.

No Brasil com o advento da Constituição de 1988, houve uma intensificação dos direitos e garantias fundamentais, deixando, portanto, de ser a Constituição apenas instituidora dos poderes do Estado, para tornar-se definidora de tais direitos fundamentais.<sup>246</sup>

---

urgência pode ser questionada perante o Poder Judiciário. É que a relevância e a urgência exprimem noções vagas de contornos indeterminados, podendo resultar em determinadas situações duvidosas, nas quais não se poderá dizer se, efetivamente, retratam ou não hipóteses que se enquadram na previsão do art. 62. O vício de origem da Medida Provisória não é convalidado pela lei de conversão, de forma que, se a medida for inconstitucional desde sua adoção, a conversão ocorrerá tendo em si algo nulo, podendo ser reconhecido pelo Judiciário.

<sup>246</sup> A consagração constitucional dos direitos supõe a existência de direitos básicos da pessoa humana, os quais pairam acima do Estado, que tem por fim garantir esses direitos. As posições filosóficas que inadmitem no direito qualquer conteúdo de valor ou recusam o direito natural, negam direito acima do Estado ou da ordem jurídica estabelecida, já que entendem que os direitos individuais são apenas os garantidos pela Constituição em dado momento histórico e dado lugar, não podem ser aceitas, porquanto o direito não pode ser entendido, senão em função da realização de valores, no centro dos quais se encontra o valor da pessoa humana, pois do contrário, a ordem jurídica não teria sentido. Logicamente, o valor da pessoa humana antecede o próprio direito positivo, condiciona-o e dar-lhe razão de existir. GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1988, p 15-17.

Esta vertente vitoriosa cria um sistema jurídico fincado nos direitos fundamentais e que ao serem constitucionalizados transborda para todos os demais ramos do direito, a ponto de Bertrand MATHIEU<sup>247</sup> vaticinar que a totalidade das questões jurídicas que refletem uma realidade social, podem no futuro, se impor, ao menos em parte, em termos de direitos fundamentais. E exemplifica que os instrumentos jurídicos referentes à bioética, “são aqueles dos direitos fundamentais, mais do que os do Direito Civil”.

Não é sem razão que o professor de Sorbonne afirma que os direitos fundamentais influenciam a própria organização política do Estado, a ponto de deslustrar a doutrina da divisão dos poderes, pois segundo entende, hoje o juiz tornou-se a figura central da organização do poder, porquanto este desvinculado de qualquer ideologia política, representa o sistema regulador por excelência.

Este posicionamento revela que a legitimidade do poder político pede uma nova leitura, quanto a seus fundamentos, mas a democracia majoritária em que assenta “a ordem constitucional” permanece incontestada, embora possa ser questionada.

A ponderação de que o poder emana do povo, significa que este quando se manifesta explícita ou implicitamente em sentido contrário ao texto constitucional, por constituir um ato de soberania, deveria ser recepcionado como revisão.<sup>248</sup>

Sabemos que a constituição só reconhece os direitos e

---

<sup>247</sup> **Direito constitucional.**: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO. Reflexões sobre o Papel dos direitos fundamentais na ordem jurídica constitucional. Trad. por Elizabeth Lopes e Ana Marta Cattani de Barros Zilveti. p. 23 et seq.

<sup>248</sup> MATHIEU, op. cit., p. 23 et. seq.

princípios por ela consagrados. Nesta hipótese, existiria um direito não fundamentado no poder soberano do povo e, logicamente, o povo não seria mais o canal de expressão, pela simples razão de que o poder soberano ilimitado não poderia ser condicionado.

Para esta doutrina, o juiz ao determinar o sentido e alcance do texto constitucional, situa-se fora do alcance de outra autoridade, constituindo-se, quiçá, no guardião dos princípios imutáveis<sup>249</sup>.

Considerada sob tal ângulo, a soberania popular seria deslocada do povo para o juiz e nesse sentido a Constituição não seria mais a norma suprema, mas apenas mais uma via de expressão dos direitos fundamentais.<sup>250</sup>

Nesta linha de pensamento, parece óbvio, que a Constituição, não contendo todos os direitos fundamentais, perderia seu foco central, que seria transmudado para o sistema que gira em torno dos direitos fundamentais, com maior relevância para o substancial, ao invés do formal<sup>251</sup>.

Salientamos que a universalização do sistema jurídico positivo, voltado para a primazia dos direitos humanos, permitiu a reanálise de princípios transcendentais que indicam a correlação entre o direito natural e direitos fundamentais, agora com suporte em novos fundamentos, onde o juiz é transformado em intérprete e depositário.<sup>252</sup>

---

<sup>249</sup> MATHIEU, op. cit., p. 23 et seq.

<sup>250</sup> MATHIEU, op. cit., p. 23 et seq.

<sup>251</sup> MATHIEU, op. cit., p. 23 et seq.

<sup>252</sup> MATHIEU, op. cit., p. 23 et seq.

Acreditamos que a distribuição de competência a órgãos Judiciários diversos de estrutura hierarquizada própria da nossa organização judiciária, que por sua vez, operam um sistema normativo extremamente complexo e escalonado, não inibe a implementação dos direitos substanciais de modo satisfatório. Não obstante, todo esse aparato de normas, elas servem de supedâneo para a realização dos direitos fundamentais do homem e acaba por justificar a ordem jurídica, mesmo porque as leis não existem por si só.

Não existe, a rigor, Estado de Direito sem fortes e respeitadas garantias individuais. Prova disso é que, nos momentos de prevalência histórica da democracia e da pluralidade, foram esses direitos ampliados, assegurados e defendidos; nos períodos, de triste memória, em que a nação foi sufocada pela ditadura, pelo arbítrio e pelo autoritarismo, aqueles direitos foram suspensos, retirados, desrespeitados e aviltados.

Ressaltamos que na Constituição de 1988, o princípio da dignidade humana (art. 1º,III) assume lugar de destaque dentre os princípios fundamentais inseridos no Título I, robustecido pelo princípio da prevalência dos direitos humanos, inclusive, em nível de relação internacional (art. 4º), o que denota sua diretriz política e social voltada para os direitos fundamentais esmiuçados no Título II.

Neste desiderato, nossa Carta Política é pródiga em insculpir garantias aos direitos fundamentais, sobressaindo, dentre outros, o mandado de segurança individual e coletivo, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data e habeas corpus, que entremostam sua verdadeira magnitude: escudo do homem do povo contra a agressão, ilegal ou abusiva, praticada contra seu direito pelo ente público.

---

### **2.5.3.2.1. Tutela dos direitos fundamentais em face do direito internacional.**

O Tratado da União Européia coíbe a discriminação em razão da nacionalidade, assegurando a igualdade entre cidadãos, impõe a obrigação de respeitar a ordem jurídica por ocasião da adesão ao pacto.

“O Parlamento Europeu, o Conselho, a Comissão e o Tribunal de Justiça exercem suas atribuições e competências nas condições e de acordo com os objetivos previstos, por um lado, nas disposições dos Tratados que instituem as Comunidades Européias e dos Tratados e atos subseqüentes que os alteraram ou complementaram e, por outro, nas demais disposições do presente Tratado”<sup>253</sup>.

Os Estados-membros são regidos por normas comuns, observando-se a supremacia do direito comunitário sobre o interno, de modo a permitir que os particulares possam invocar sua aplicabilidade direta, produzindo os efeitos na órbita do Estado-membro, consoante art. 177 do Tratado de Maastricht, cujo objetivo é uniformização da interpretação e aplicação do Direito, tanto que o juiz nacional pode recorrer ao Tribunal das Comunidades Européias quando tiver dúvidas quanto à aplicação do Direito Comunitário.<sup>254</sup>

Se os participantes da União mostrarem-se ineficazes na implementação das diretrizes do tratado de adesão, vindo, com isso, a refrear o desenvolvimento sócio-econômico e cultural, bem como na hipótese infringência aos direitos fundamentais preconizados pela ordem

---

<sup>253</sup> ALMEIDA, Elizabeth Accioly Pinto de. **Mercosul & união européia: estrutura jurídico-institucional**. Curitiba: Juruá, 2. ed. 1999, p. 62.

<sup>254</sup> ALMEIDA, **Mercosul...**, p. 64.

jurídica internacional, autoriza a intervenção da comunidade no Estado remisso.

Com adesão ao pacto, o conceito de soberania dos Estados participantes sofre mutação de acordo com o grau de intervenção do poder político da comunidade, sem perder, contudo, as características inerentes à soberania.

Na sua origem a União Européia buscava a integração das economias, como enunciava o preâmbulo do Tratado de Roma, ao referir-se à necessidade de "reforçar a unidade das economias dos Estados membros." Removidas as barreiras seculares, possibilitou a criação de políticas comuns, muitas vezes em detrimento das nacionais, objetivando a consolidação do pacto<sup>255</sup>.

Com advento do Tratado de Maastricht, em 1992, o mercado comum deixa de ser unicamente de natureza econômica para açambarcar uma união política, social e econômica, conferindo aos povos da comunidade uma cidadania comum, com correlação de direitos e deveres, fortalecendo, assim, os avanços sociais no continente europeu.

O direito internacional influencia a elaboração de uma constituição em muito, bastando referir que o direito internacional explicita, por exemplo, que o Estado é soberano e que não pode existir autoridade superior ao do Estado. Neste contexto, a soberania do Estado sofre limitação decorrente do direito internacional?

Antes de responder a indagação, é preciso salientar que existem certas situações que merecem reflexão.

---

<sup>255</sup> ALMEIDA, op. cit., p. 66.

Uma, existem situações como veremos, que se impõe à obrigatoriedade de conformação entre as normas de direito internacional e as constituições nacionais, integrando-as. A outra hipótese, diz respeito à necessidade de compatibilização entre regras de direito internacional e as constituições nacionais.

De qualquer modo, cobra-se a harmonização entre normas internacionais e as constituições.

Pensa-se, ainda, na hipótese das regras de direito internacional substituir totalmente o poder constituinte. Conforme esclarece Didier MAUS<sup>256</sup>, o exemplo mais recente e mais significativo é o da Bósnia-Herzegovina. A Constituição atualmente em vigor, e aplicada com altos e baixos, é diretamente extraída dos acordos negociados em Dayton e assinados em Paris em 14 de dezembro de 1995. A constituição é mencionada no art. 5º do acordo geral da seguinte forma: “As partes acolhem com satisfação e aprovam os acordos concluídos no que se refere à Constituição de Bósnia-herzegovina, tais como enunciados no anexo 4. As partes respeitarão integralmente os compromissos aqui assumidos e promoverão a execução dos mesmos”. O anexo 4 contém preâmbulo e 12 longos artigos. Mesmo que o conteúdo desta Constituição se pareça com uma constituição contemporânea, com reserva de acrescentar o anexo 6, sobre o direito dos homens, seu modo de elaboração e de adoção se diferencia, de maneira radical, dos procedimentos adotados nos outros Estados do antigo bloco comunista.

Sabemos que os acordos internacionais podem, efetivamente, trazer modificações ao direito interno. Com relação à União

---

<sup>256</sup> **Direito constitucional** : estudos em homenagem a Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO. Influência do direito internacional contemporâneo sobre o exercício do poder constituinte. Trad. por Elizabeth Lopes e Ana Marta Cattani de Barros Zilveti. p. 69 et seq.

Européia, a partir do tratado de Maastricht de 1992, abriu-se a possibilidade da obrigatoriedade e conformação entre os tratados europeus e as constituições.

Sem dúvida, isto resulta na necessidade de adaptação das constituições dos países membros a nova realidade, rompendo, conseqüentemente, com obstáculos constitucionais internos existentes, aliás, como condição para instituição da nova ordem.

Nesse passo, a Alemanha procedeu uma revisão constitucional (1992), modificando vários artigos de sua carta, prevendo a participação dos cidadãos alemães no processo de decisão comunitário, permitindo o direito de voto e de elegibilidade dos cidadãos da união européia e tornou possível a criação da união econômica e monetária.

Na mesma esteira, a Espanha, Irlanda, Portugal e França, além da Bélgica e Luxemburgo, procederam modificações constitucionais a fim de compatibilizar, também, suas cartas, às necessidades de implementação da União Européia. A propósito, parece óbvio que a adesão ao pacto fundador do Conselho da Europa repousa na concepção de uma democracia liberal, onde os aderentes se comprometem a observar a Convenção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.

Segundo preleciona Didier MAUS<sup>257</sup>, o 3º parágrafo do preâmbulo indica que os países signatários estão, “incontestavelmente ligados aos valores espirituais e morais que são o patrimônio comum de seu povo e que são a origem dos princípios de liberdade individual, de liberdade política e de primazia do direito sobre os quais se funda toda

---

<sup>257</sup> Didier MAUS, *Influência...*, p. 67 et seq.

verdadeira democracia.” O parágrafo seguinte destaca que o objetivo dos participantes é “proteger e fazer progressivamente esse ideal.

A adesão ao Conselho da Europa importa na aceitação da concepção da democracia pluralista e dos direitos do homem, consoante determina o Art. 3º que “todo membro do Conselho da Europa reconhece o princípio da primazia do direito e o princípio em virtude do qual toda pessoa colocada sob sua jurisdição deve gozar dos direitos do homem e das liberdades fundamentais”, sendo condição de adesão ao Conselho da Europa, a vontade de se adequar a tais objetivos, conforme exige o art. 4º.

Na declaração de Viena (09/10/1993) foram fixados os princípios para a adesão, afirmando que “a adesão pressupõe que o Estado candidato coloque suas instituições e sua ordem jurídica em conformidade com os princípios basilares do Estado democrático”.

Logo, não é possível tornar-se membro do Conselho da Europa se o sistema constitucional nacional não está em harmonia com os princípios basilares da Comunidade Européia.

Concretamente, extrai-se dois aspectos essenciais nesse ambiente da apregoada democracia pluralista: (a) eleições livres e sufrágio universal e (b) separação de poderes (Judiciário, independente do legislativo e executivo).

Quanto a harmonia, estima-se que as pressões internacionais, conjugadas às fortes pressões internas, pode-se conduzir o processo de harmonização entre as regras de direito internacional, a ponto de influir no conteúdo das constituições ou servir de referência para a edição ou revisão da Constituição pelo poder constituinte originário ou derivado.

#### 2.5.3.2.2. Direito interno e o direito internacional.

A incorporação ao direito interno das normas internacionais referentes aos direitos humanos, constitui “alta prioridade em nossos dias” e sua implementação pelo ordenamento jurídico interno “depende em grande parte o futuro da própria proteção internacional dos direitos humanos”, como exprime Antonio Augusto Cançado TRINDADE.<sup>258</sup>

O Direito Internacional funda-se na vontade comum dos Estados ou no princípio do “pacta sunt servanda”; o Direito Interno é a vontade singular dos Estados. A fonte do Direito Internacional é o tratado, a do Direito Interno é a lei. O destinatário do Direito Internacional são os Estados e do Direito Interno são os indivíduos.

O Direito Interno tem meios e instrumentos para o literal cumprimento de suas normas, enquanto o Direito Internacional não possui qualquer instituição de coação neste sentido.

Caso um Estado descumpra uma regra internacional, a única consequência é a de incorrer em responsabilidade internacional, sem que, por isso, fique prejudicada a validade das normas internas infratoras das normas internacionais.

A corrente monista encabeçada por KELSEN parte do pressuposto que direito internacional e interno constituem uma unidade, pertencendo, pois a um único sistema. Assenta-se referida doutrina, no princípio da subordinação, onde as normas são escalonadas, podendo, nesse caso, optar pela supremacia de uma das ordens e definir quem está

---

<sup>258</sup> A Proteção internacional dos direitos humanos : fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 631 et seq.

no vértice da pirâmide, e, nesse caso, surgiram duas teorias monistas, uma que dá primazia ao direito interno e outra que contempla o direito internacional.

Parece mais lógico, que o monismo justifica-se pela ausência de autoridade supra-estatal internacional, o que autoriza a cada Estado - ao apreciar as suas obrigações internacionais - escolher os meios de execução. “O outro argumento desta corrente está na previsão constitucional de órgãos competentes para assumir obrigações internacionais em nome do Estado, obrigando-o na ordem internacional”<sup>259</sup>.

Entende KELSEN ao construir a teoria piramidal, na qual a norma fundamental se situa no topo do sistema, vindo, posteriormente, a qualificar a regra de direito internacional como sendo norma fundamental e com aplicação imediata, conseqüentemente, esta norma fundamental de direito internacional coloca-se acima do ordenamento jurídico interno, de modo que, constatada a antinomia entre a lei interna em face da norma internacional, aquela seria desconsiderada.

Nesse desiderato, a aplicação pelo Estado de norma interna contrária a norma internacional, implica na responsabilização do Estado.

Não se concebe hoje o tratamento do direito interno dissociado do internacional, diante das transformações verificadas na sociedade.

---

<sup>259</sup> MACHADO, Patrícia Ferreira. **A constituição e os tratados internacionais**. 1. ed. São Paulo: Forense, 1999, p.44.

Chama-nos a atenção a metamorfose ocorrida no leste europeu com repercussão nas constituições dos Estados, visando uma nova ordem jurídica, com ênfase aos direitos humanos.

Fiel a essa nova postura internacional, a Constituição Federal de 1988, norteou o fundamento do Estado de direito com base nos princípios da prevalência dos direitos humanos, (Art. 4º, II) , da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), com todos os mecanismos de proteção enumerados no art. 5º, relativos aos direitos e garantias fundamentais e, indo além, estabeleceu o princípio dos direitos e garantias implícitas, incluindo-se aí os direitos humanos enunciados em tratados internacionais em que o Brasil figure como parte (Art. 5º, § 2º).

Em síntese, a Constituição garante proteção aos direitos enunciados em tratados internacionais, em que o Brasil seja parte, de modo que tais conquistas redundam em proteção à pessoa humana no âmbito do direito interno.

Não resta a menor dúvida de que tal garantia, além de valorar a dignidade humana, dar efetividade às relações internacionais, contribui para a realização no plano material dos direitos dos cidadãos da comunidade internacional, quiçá, em futuro breve. “É alentador que as conquistas do direito internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no direito constitucional enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista.”<sup>260</sup>

A propósito, ensina CANOTILHO,<sup>261</sup>

---

<sup>260</sup> TRINDADE, *A proteção internacional...*, p.631.

<sup>261</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 4. ed.

As constituições, embora continuem a ser pontos de legitimação, legitimidade e consenso autocentrados numa comunidade estadualmente organizada, devem abrir-se progressivamente a uma rede cooperativa de metanormas (“estratégias internacionais”, “pressões concertadas”) e de normas oriundas de outros “centros” transnacionais e infranacionais (regionais e locais) ou de ordens institucionais intermediárias (“associações internacionais”, “programas internacionais”). A globalização internacional dos problemas (“direitos humanos”, “proteção de recursos”, “ambiente”) aí esta a demonstrar que, se a “constituição jurídica do centro estadual”, territorialmente delimitado, continua a ser uma carta de identidade política e cultural e uma mediação normativa necessária de estruturas básicas de justiça de um Estado-Nação, cada vez mais ela se deve articular com outros direitos, mais ou menos vinculantes e preceptivos (hard law), ou mais ou menos flexíveis (soft law), progressivamente forjados por novas “unidades políticas” (“cidade mundo”, “europa comunitária”, “casa europeia”, “unidade africana”).

Neste aspecto, a idéia de Flávia PIOVESAN<sup>262</sup> é irrefutável, pois efetivamente “a abertura à normação internacional passa a ser elemento caracterizador da ordem constitucional contemporânea”.

#### **2.5.3.2.3 Tutela dos direitos fundamentais e a aplicação do direito internacional no ordenamento jurídico constitucional brasileiro.**

A legislação brasileira protege satisfatoriamente os direitos fundamentais por meios de instrumentos eficazes, fiel, em parte, aos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos.

Uma vez inserido no ordenamento jurídico nacional, o direito internacional e o interno se interagem com o escopo de proteger os direitos fundamentais dos indivíduos.

Como vimos, a proteção aos direitos humanos transcende aos interesses de determinado Estado, principalmente diante do fenômeno

---

Coimbra: Almedina, 1993; p.18.

<sup>262</sup> **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, 84.

da globalização, sendo certo que sua expressão cultural, política e social, tanto externa quanto interna, é o bastante para justificar a proteção da pessoa humana.

De qualquer modo, a orientação tradicional não fornece resposta satisfatória à questão da proteção dos direitos humanos, pois sempre se atentou que a matéria relativa ao direito interno nas relações entre os indivíduos, ou entre o Estado e os indivíduos, eram consideradas sob o aspecto da “competência nacional exclusiva”; e tentava-se argumentar que os direitos individuais, reconhecidos pelo direito internacional, não se dirigiam diretamente aos beneficiários, e por conseguinte não eram diretamente aplicáveis.<sup>263</sup>

Entretanto, o Art. 5º, § 2º da Constituição Federal ao estatuir que “Os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados intencionais em que a república federativa do Brasil seja parte”, levou os doutrinadores a um novo redimensionamento sobre os direitos humanos, sediados em tratados internacionais conforme se verifica desta exposição<sup>264</sup>.

O mencionado parágrafo reafirma a interpretação doutrinária de que a enumeração dos direitos fundamentais não constitui um catálogo completo, e, portanto, não exclui outros decorrentes dos princípios e do regime adotados pela Constituição.

---

<sup>263</sup> **Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos.** Revista da procuradoria geral do estado de São Paulo. Centro de Estudos, (14)1997, 16.

<sup>264</sup> Luiz Pinto FERREIRA esclarece que o referido parágrafo inspirado na 9ª Emenda americana, remonta as Constituições de 1891 (art. 78) de 1934 (art. 114), cuja orientação foi seguida pelas cartas de 1946 (art. 144) e 1967 (art. 153, § 35). Comentários à constituição brasileira. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 218.

O preceito busca evitar as transgressões aos direitos humanos<sup>265</sup> que, sem dúvida, permite a colmatação como regra de interpretação, concernente aos direitos e garantias individuais.

Aliás, como dilucida José Celso de MELLO, o preceito “constitui norma de encerramento, que institui as liberdades residuais, inominadas, implícitas ou decorrentes”, pois fluem necessariamente dos princípios e do regime constitucional respeitadores das liberdades<sup>266</sup>. É o que ocorre com a chamada presunção de inocência<sup>267</sup>, que não está expressa na Constituição, porém lhe é implícita. A presunção “*juris tantum*” da inocência favorece o acusado no processo criminal, pois a pessoa só pode ser considerada culpada após sentença penal condenatória irrecorrível<sup>268</sup>.

A enumeração dos direitos fundamentais não é exaustiva e, em consequência, a Constituição reconhece outros direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, incluindo também aqueles que derivam de tratados internacionais, em que a União Federal seja parte, constituindo tal prescrição uma particularidade não contemplada pelas cartas anteriores.

A fórmula adotada pela Constituição portuguesa, ao referir-se à Declaração Universal dos Direitos do Homem, após nomear as

---

<sup>265</sup> FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Direitos e garantias individuais**. São Paulo: Edipro, 1997, p. 694.

<sup>266</sup> FERREIRA, *op. cit.*, p. 694.

<sup>267</sup> Outros exemplos de direitos implícitos como a integridade moral, o direito ao recato, o direito ao segredo a e à identidade.

<sup>268</sup> RTJ 44/322.

regras de Direito Internacional, implica, no entender de CANOTILHO e Vital MOREIRA, na sinalização para

um conceito material e para uma perspectiva aberta dos direitos fundamentais. Assim, além dos direitos fundamentais, formalmente previstos poderia haver outros resultantes de leis e de normas de direito internacional. Como exemplo de direitos fundamentais resultantes de lei, aponta o direito ao nome e o direito geral de personalidade, ambos constantes do Código Civil. Conceitua, ainda, as regras aplicáveis de direito internacional como sendo direitos consagrados no direito internacional geral ou comum, ou no direito convencional, designadamente os pactos internacionais referentes aos direitos do homem e ratificados pelo Estado português<sup>269</sup>.

É fácil concluirmos que a Carta brasileira, não permite “a perspectiva aberta” enunciada por CANOTILHO, visto que não faz menção a direito internacional, mas apenas aos tratados internacionais. Mas “de qualquer sorte, esta referência é de grande importância, porque o Texto Constitucional está a permitir a inovação, pelos interessados, a partir dos tratados internacionais, o que não se admitia, então, no Brasil”<sup>270</sup>.

Além disso, a adoção das normas decorrentes de tratados internacionais pelo direito interno se constitui, hoje, um imperativo moderno do qual um Estado com a projeção do Brasil não pode se furtar.

Entendemos que a natureza e amplitude deste tópico não permitem polemizar a respeito do conteúdo material da Constituição, pois há consenso de que até mesmo matéria nitidamente constitucional pode deixar de ser incorporada na Carta Política pelo Constituinte.

O constituinte agregou direitos humanos proclamados em tratados internacionais, dando-lhe status constitucional, deixando claro

---

<sup>269</sup> FERREIRA, op. cit., p. 696.

<sup>270</sup> FERREIRA, op. cit., p. 696.

que, mesmo os direitos não enunciados, ou seja, os implícitos, gozam do mesmo status constitucional, preenchendo e complementando o catálogo de direitos fundamentais previstos pela lei magna, conforme exprime Flávia PIOVESAN.<sup>271</sup>

Nesta linha, expressa CANOTILHO<sup>272</sup>:

O programa normativo-constitucional não pode se reduzir, de forma positivística, ao “texto” da Constituição. Há que densificar, em profundidade, as normas e princípios da constituição, alargando o “bloco da constitucionalidade” a princípios não escritos, mais ainda reconduzíveis ao programa normativo-constitucional, como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas.

A propósito, a classificação dos direitos fundamentais apresentada pela jurista Flávia PIOVESAN<sup>273</sup>, em três grupos distintos, se harmoniza, perfeitamente, com a dicção modulada pelo texto da Constituição: “a) o dos direitos expressos na Constituição (por exemplo, os direitos elencados pelo texto nos incisos I a LXXVII do art. 5º); b) o dos direitos expressos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte; e finalmente, c) o dos direitos implícitos (direitos que estão subentendidos nas regras de garantias, bem como os direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição)”.

A mesma autora anota que

se os direitos implícitos apontam para um universo de direitos impreciso, vago, elástico e subjetivo, os direitos expressos na Constituição e nos tratados internacionais de que o Brasil seja parte compõem um universo claro e preciso de direitos. Quanto a estes últimos, basta examinar os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil, para que se possa delimitar,

---

<sup>271</sup> **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 2. ed. São Paulo: Max Liminad, 1997, p. 85.

<sup>272</sup> CANOTILHO, *Direito...*, p. 982.

<sup>273</sup> *Op. cit.*, p. 89.

delinear e definir o universo dos direitos internacionais constitucionalmente protegidos.<sup>274</sup>

E por fim conclui que

a Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte, conferindo-lhes natureza de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previsto, o que justifica estender a estes direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais<sup>275</sup>.

Discute-se a recepção das normas de direito internacional na ordem interna e também sua posição hierárquica em relação ao direito interno.<sup>276</sup>

Sabemos que inexistente norma expressa sobre a incorporação dos tratados ao direito interno, mas o texto Constitucional possibilita a sua recepção, independentemente de processo legislativo posterior.

Entretanto, a incorporação definitiva dos tratados ao direito interno, depende de prévio processo legislativo autorizando a sua celebração pelo executivo.

Assim, é imprescindível a adesão formal ao tratado para produção dos efeitos almejados pelo art. 5º, § 2º da Constituição Federal,

---

<sup>274</sup> Op. cit., p. 89.

<sup>275</sup> Op. cit., p. 89.

<sup>276</sup> A redação definitiva já aprovada na Câmara do Deputados acrescenta o § 3º ao Art. 5º da Constituição Federal com a seguinte redação: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais." A matéria depende de exame no Senado Federal. A redação do parágrafo na forma como está exige o mesmo "quorum" da emenda constitucional (CF., art. 60, §2º), e não parece ser a melhor solução, pois diz o óbvio. A melhor solução é a adotada por este trabalho, infra.

visto que a doutrina condiciona a recepção à ratificação do tratado, cuja celebração é precedida de aval do legislativo<sup>277</sup>.

Aliás, a exegese do art. 5º, § 2º consagra a teoria monista de recepção de todos os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, relativos aos direitos humanos, dispensando, destarte, qualquer ato formal para sua aplicação pelos tribunais, ao passo que os demais tratados internacionais, sua incorporação ao direito interno depende de procedimentos legislativos posterior, vigorando assim a teoria dualista<sup>278</sup>.

Quanto a questão da hierarquia das normas internacionais, os direitos fundamentais, sem dúvida, adquirem status constitucional na esfera do direito nacional, sujeitando-se, inclusive, ao controle de sua constitucionalidade, uma vez que qualificados como direitos fundamentais são cobertos pelas cláusulas pétreas, gozando de paridade com os demais direitos fundamentais expressos na constituição, incidindo, em consequência, o princípio da aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º).<sup>279</sup>

Assim, dada a sua natureza especial dos direitos humanos, a doutrina comunga a idéia da superioridade dos tratados em relação aos demais atos internacionais, “formando um universo de princípios que apresentam especial força obrigatória, denominado “jus cogens”.<sup>280</sup>

Ressaltamos que as demais normas de direito internacional se subordinam aos cânones constitucionais, no que tange a hierarquia das

---

<sup>277</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 128.

<sup>278</sup> Op. cit., p. 128.

<sup>279</sup> Op. cit., p. 131.

<sup>280</sup> Op. cit., p. 96.

leis, posto que tais normas externas situam-se horizontalmente no mesmo plano das normas infraconstitucionais (CF., art. 102, III, “b”), aplicando-se, em regra, o princípio de que “lei posterior revoga a anterior que seja com ela incompatível”, ressaltando-se, no entanto, a responsabilidade do Estado no plano internacional.

Abraçamos a corrente que abriga a “máxima efetividade à norma constitucional”, tornando possível a invocação de tratados internacionais referentes aos direitos humanos, dos quais a União seja signatária, sem a necessidade de ato formal editado pelo legislativo, consoante doutrina sustentada por juristas de escol, como CANOTILHO<sup>281</sup>, Jorge MIRANDA<sup>282</sup>, Flávia PIOVESAN<sup>283</sup> e Wolgran Junqueira FERREIRA<sup>284</sup> e para tanto é necessário que o Judiciário nacional seja equipado para o desempenho de tão importante mister, absorvendo tais direitos e dando-lhes plena eficácia.

#### **2.5.4 Controle recíproco dos poderes.**

É bom lembrarmos que na democracia representativa, o povo escolhe os mandatários que se encarregam de decidir os destinos da nação, cujo poder delegado não pode, de forma alguma, ser considerado absoluto, pois as limitações decorrem de garantias instituídas pela própria Constituição, inclusive, referentes às garantias e direitos fundamentais, individuais ou coletivos.

---

<sup>281</sup> Op. cit., p. 227.

<sup>282</sup> **Manual de direito constitucional**. v. 2, 3. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 260

<sup>283</sup> Op. cit., p. 89.

<sup>284</sup> Op. cit., p. 696.

Na acepção de CANOTILHO<sup>285</sup>, os direitos fundamentais cumprem

a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

A Constituição reconhece os direitos fundamentais do homem (art. 5º), mas é na limitação dos poderes que se encontra o instrumento principal de sua realização, que constitui técnica constitucional para garantir as liberdades fundamentais.

A propósito afirmou Francisco CAMPOS<sup>286</sup>, “a garantia das garantias constitucionais, aquela sem a qual as outras nada são, a garantia suprema, o freio dos freios, é, incontestavelmente, o princípio da limitação dos poderes. Se todas as disposições constitucionais são, em última análise, garantias constitucionais, só o são, exclusivamente o são em virtude de serem limitados os poderes”.

A divisão de poderes constitui a estrutura do Estado de direito e da democracia, preordenando a Constituição nacional as atribuições de cada poder, de acordo com regras processuais claras a que se deve submeter cada esfera de poder, de modo a possibilitar a

---

<sup>285</sup> Op. cit., p. 541. Ver MACIEL, Cláudio Baldino. **O juiz independente no estado democrático**. Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros : cidadania e justiça : o direito no século XXI . Ano 4, n. 8. Rio de Janeiro: 2000, p. 67 et seq.

<sup>286</sup> **O direito constitucional, v. 1**. Rio de Janeiro: Freitas, 1956, p. 212; J. Pinto ANTUNES. **Da limitação dos poderes**. Belo Horizonte, 1955, Universidade de Minas Gerais, p. 11.

delimitação das atribuições dos órgãos estatais que integram o poder respectivo.

É claro que o poder estatal é único e a divisão exsurge apenas como critério diretor da constituição. A distribuição de competência tem razões históricas e fora uma conquista a dura penas, tanto que, como adverte CANOTILHO a delegação indiscriminada de competência é uma porta aberta para a dissolução da ordenação democrática das funções, constitucionalmente estabelecidas.<sup>287</sup>

Na verdade, a separação dos órgãos de soberania é fórmula eficiente para proteger os direitos e garantias individuais, tendo em vista a distribuição prévia das competências a órgãos constitucionalmente criados, onde na expressão de CANOTILHO, “obté-m-se se não um controlo recíproco de poder (cheks and balances), pelo menos uma organização jurídica de limites dos órgãos do poder”.<sup>288</sup>

Como afirma Marcelo CAETANO, “o Estado de Direito pecou naquilo que traduziu o exagero do individualismo em que ligou a certos preconceitos políticos do século XIX”. Mas expurgados desses defeitos, e reduzido ao princípio da proteção dos direitos individuais por órgãos judiciais independentes, continua a ser um ideal de alto valor a ordem jurídica e política.<sup>289</sup>

Há, de fato, um entrelaçamento entre as funções que se aproxima de uma espécie de limitação mais vivida do que sentida, mas o que na verdade importa é que, tanto o legislador, a administração e o juiz,

---

<sup>287</sup> Op. cit., p. 322.

<sup>288</sup> Op. cit., p. 322. Na mesma linha Marcelo CAETANO, **Manual...**, p. 320.

<sup>289</sup> CAETANO, op. cit., p. 322.

realizem atos legítimos e é nesse sentido que a função de controle entre os vários órgãos assume relevância.<sup>290</sup>

A doutrina da separação dos poderes tem seu ponto de partida na teoria contratualista, onde o principal artífice ROUSSEAU desenvolveu a idéia de que a vontade geral representada nas leis legitima o pacto social e dá sustentáculo ao Estado de Direito.

O princípio da separação dos poderes pressupõe a garantia da liberdade e evita a concentração do poder nas mãos de um só homem.

O poder detém o poder e, conseqüentemente, garante o funcionamento harmônico dos órgãos do Estado. O legislativo, que faz as leis, não as pode executar e nem tudo que promana do Judiciário é jurisdicional. Quando um poder exerce a função típica do outro é necessário averiguar se houve violação ou não ao princípio, como por exemplo o “impeachment”.

Num regime representativo como o nosso, o povo não governa diretamente - daí a necessidade de mecanismos para assegurar a correspondência entre a vontade popular e a do mandatário.

Nesse pormenor, a discriminação de competência através das três funções do Estado: legislativa, administrativa e jurisdicional, impede a interferência funcional de um poder no âmbito do outro, constituindo técnica constitucional que garante as liberdades e direitos fundamentais. O princípio da igualdade (CF., art. 5º) traça um limite ao legislador, porquanto é a legalidade que mensura os poderes: governo de leis e não de homens.

---

<sup>290</sup> Op. cit., p. 322.

Não defendemos a instituição do “governo dos juízes”, nem muito menos a implantação da “ditadura da toga”, mas, sim, a liberdade de ação institucional, que em última análise constitui o fundamento da democracia. A propósito, o temor de uma “ditadura da toga” é infundado, pois no Judiciário a concentração de poder é diluída pela estrutura hierarquizada que permite o controle de poder por órgãos superpostos.

Pensamos que o receio da concentração do poder em mãos de um só, transformou a ciência do direito numa teorização sobre o direito positivo, baseado unicamente nas noções do primado da lei e plenitude do ordenamento jurídico, sendo que, a ideologia construiu fórmulas inteligentes para justificar o mito do direito como bastante em si, tanto que, predomina no direito contemporâneo o tripé ideológico que apresenta o direito como único, estatal e racional, sobre o qual se estriba o princípio da legitimidade, que por sua vez, pressupõe consenso geral.

Não discordamos de que o poder é sedutor e se não encontra resistência tende a crescer sem limites, tornando-se despótico, de modo que, o freio é fundamental para conter seu avanço desmedido.

Neste pormenor, as normas jurídicas surgem para inibir a tendência totalitária do poder, quer disciplinando condutas, quer impondo regras procedimentais que devem ser observadas na criação e realização do direito.

Neste passo, o processo contribui politicamente para a estabilidade democrática, não podendo ser encarado apenas como instrumento de realização do direito objetivo, pois, sem dúvida, coloca-se num contexto social e político para a manutenção da paz social, mediante a resolução dos conflitos com justiça.

Assim sendo, como instrumento político garante o cumprimento da lei, preserva a ordem pública, limitando os contornos do poder e de seu exercício através do controle jurisdicional (CF., art. 5º XXXV), permitindo ao lesado o acesso à justiça, que não é tão somente a possibilidade de propor demanda, mas acesso a uma ordem jurídica justa.

No Estado de Direito, como já assinalado, o processo é um instrumento constitucional eficiente para amparar lesão e ameaça a direito, sendo acentuada suas características políticas nas ações coletivas, face à amplitude subjetiva e objetiva dos interesses envolvidos, que sempre estimulam a participação política do cidadão no processo.

#### **2.5.4.1. Controle jurisdicional.<sup>291</sup>**

A tutela jurisdicional decorre do monopólio da justiça em mãos do Estado, função própria e exclusiva do Poder Judiciário, que atua por provocação de um dos interessados, ao deduzir sua pretensão em face de outrem. No exercício deste poder soberano, o Estado reconhece e delibera quanto ao direito subjetivo sob sua apreciação e, conseqüentemente, protege os interesses em conflito tutelados pela lei, amparando, destarte, o direito objetivo, porquanto nenhum ato estatal pode suprimir, restringir ou desconhecer direito individual ou coletivo, sob pena de ofender os princípios insculpidos no art. 5º da Constituição Federal<sup>292</sup>.

---

<sup>291</sup> O tema foi desenvolvido amplamente na nossa dissertação de mestrado “Da inafastabilidade do controle jurisdicional”, onde no capítulo 03, com o subtítulo “Do controle jurisdicional dos atos normativos do poder público e da constitucionalidade das leis”, tratamos dos sistemas de controle jurisdicional, como da jurisdição una e dúplice, bem como dos atos sujeitos a controle especial, v.g. atos políticos, legislativos, interna corporis e os atos discricionários e ainda o controle da jurisdicional das medidas provisórias e por fim do controle da constitucionalidade das leis, iniciando pela gênese, sistemas de controle da constitucionalidade, ação direta genérica, interventiva e por omissão, e por último os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

<sup>292</sup>Especialmente, os princípios da: inafastabilidade (XXXV), do

Assim, quando ocorrem situações contenciosas entre o Estado e o administrado, o Judiciário é chamado à resolver o conflito, mas aí, como parte, o Estado encontra-se em condição de igualdade com o indivíduo.<sup>293</sup>

A finalidade do controle é a proteção do indivíduo em face da Administração, pois o contato desta com o indivíduo pode violar direitos, por abuso ou erro na aplicação da lei, e tal controle visa assegurar ao indivíduo o pleno exercício dos seus direitos.<sup>294</sup>

O controle jurisdicional é menos relevante no sistema parlamentar, dado o controle direto do parlamento sobre a Administração, que submete a atividade administrativa à inspeção política, seja pela tradição de cada Estado (Inglaterra), seja por disposição constitucional (CF Suíça, art.102; Constituição Irlandesa de 1922 (arts. 1, 52, 53, 54, 55, 56 e 61), ou por ambos os motivos (como na França), segundo a orientação do legislativo, onde há ponderável equilíbrio funcional entre os poderes e limitação ao poder executivo, embora não se exclua o controle jurisdicional.<sup>295</sup>

No regime presidencial, onde o Executivo se situa acima das intervenções do Legislativo, que só indiretamente influi em sua ação fiscalizadora, cresce a importância da interferência jurisdicional, no exame da atividade administrativa.<sup>296</sup>

---

devido processo legal (LIV), da amplitude da defesa e contraditório (LV).

<sup>293</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 6 ed. São Paulo : Saraiva, 1984. p. 90-91.

<sup>294</sup> Op. cit., p. 92-93.

<sup>295</sup> Op. cit., p. 93.

<sup>296</sup> Op. cit., p. 93.

O Poder Executivo, colocado acima do controle do parlamento, só na atuação jurisdicional pode encontrar limitação eficaz no sentido jurídico, confinando-o à Constituição e às leis.<sup>297</sup>

No Brasil, em virtude da supremacia do Executivo sobre o Legislativo, praticamente, está no Judiciário o único elemento fiscalizador da administração, face vigorar entre nós o sistema de controle jurisdicional da jurisdição única.<sup>298</sup>

---

<sup>297</sup> Op. cit., p. 93.

<sup>298</sup> Na verdade, as espécies de controle jurisdicional são duas : (a) jurisdição única (jurisdição comum) - no âmbito do direito privado e público - se efetua através do Judiciário. (b) jurisdição dúplice (especial) - controle exercido por tribunais instituídos para o contencioso em que é parte a administração. Os atos administrativos não são submetidos ao Judiciário. O sistema do contencioso administrativo difundiu-se da França por toda a Europa, sendo adotado por países como a Finlândia, Grécia, Turquia, Polônia, a Suíça e a Hungria, embora com particularidades e organização própria. Tanto num como noutro sistema, "há pleno controle da Administração. O que difere é a organização dos tribunais incumbidos de exercê-lo", conforme enuncia Miguel Seabra FAGUNDES, **O controle...**, p. 97 e 106. Entende-se por "contencioso administrativo" o sistema de jurisdição em que a Administração tem funções judicantes, autônoma e independente do Poder Judiciário. Mário MASAGÃO define o contencioso administrativo como "o sistema de jurisdição, mais ou menos extensa, atribuída a órgãos estranhos ao Poder Judiciário, para processo e julgamento de litígios entre a Fazenda Pública e os administrados". **Curso de direito administrativo**. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, p. 317. A solução dos litígios em caráter jurisdicional é entregue a Administração Pública, cujas decisões são definitivas. É peculiar ao sistema da jurisdição dúplice, no qual tanto os tribunais judiciais como os administrativos proferem decisões finais definitivas. O sistema vigorou no Brasil no tempo do Império, apesar da oposição sistemática dos adeptos da jurisdição única. Todavia, tal contencioso foi precário e apenas certas questões de interesse da administração pública não comportavam a apreciação judicial e eram resolvidas pela própria administração. José CASTRO NUNES, **José. Teoria e Prática do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1943, p. 14. Demais disso, a existência de uma jurisdição administrativa, além de contrária à tradição brasileira é vedada expressamente pelo texto constitucional. Somente em casos previstos pela Constituição é possível a apreciação de natureza constitucional por órgãos estranhos ao Poder Judiciário. No sistema da jurisdição única, (una lex, una jurisdictio), a justiça administrativa é exercida pelo Poder Judiciário, que julga qualquer espécie de lide, mesmo envolvendo a Administração Pública como parte. Toda função jurisdicional é monopólio do Judiciário e portanto, os tribunais administrativos existentes não proferem decisões definitivas e conclusivas, podendo o Judiciário rever a matéria já apreciada administrativamente, porque a última palavra, tem-na a justiça, conforme profere Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1967 cit.*, v. 5, p. 102. O Judiciário assume um papel fundamental na tutela dos direitos e garantias individuais, pois é através dele que os preceitos genéricos da Constituição e dos demais estatutos menores são "afirmados, positivados e efetivados". WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 21.

## 2.6. Exercício do poder jurisdicional

O poder jurisdicional decorre da soberania do Estado, exercido no processo, visando a efetivação da tutela jurídica, pois como aponta Joaquim Canuto Mendes de ALMEIDA,<sup>299</sup> “Toda atividade supõe uma força ou poder de agir e uma função que é seu fim: ao poder e à atividade - de processar e julgar causas jurídicas - corresponde, por função específica, a jurisdição”, que também se consubstancia num dever, face a proibição da autotutela, dado que “só as vias processuais atendem, na composição de litígios, aos imperativos da vida jurídica que o Estado a todos impõe”<sup>300</sup>. Por isso que, “a tutela jurisdicional às pretensões resistidas ou insatisfeitas é obrigação indeclinável do Poder Público. Se alguém ao formular sua pretensão, através da ação, denuncia que a ordem jurídica foi violada ou está ameaçada de o ser, é dever do Estado estabelecer a paz e a justiça, aplicando os preceitos do Direito em vigor para dar a cada um o que é seu”.<sup>301</sup>

Como salientamos, a jurisdição é um poder, porque somente o Estado, que detém o monopólio de administrar a justiça, pode desempenhar essa atividade, e é um dever, porque ao retirar do indivíduo o direito de fazer justiça pelas próprias mãos, assumiu a obrigação de

---

O sistema é adotado na Inglaterra e Estados Unidos, secundados pela Bélgica (1831), Itália (1865), Romênia, Irlanda de (1922) e o México.

<sup>299</sup> **A liberdade jurídica no direito e no processo.** Estudos jurídicos em homenagem a Vicente Ráo. p. 290. n.4.

<sup>300</sup> MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil.** 1. ed. v. 1. Campinas: Millennium, 2000, p. 265.

<sup>301</sup> Op. cit., p. 265.

prestar a tutela jurídica, todas as vezes que um conflito de interesses é levado à sua apreciação.<sup>302</sup>

Por seu turno, a Jurisdição, que é uma função provocada, se manifesta através de três formas:<sup>303</sup> decisão, caracterizando a tutela jurisdicional de conhecimento; execução, consubstanciada na tutela jurisdicional de execução; e a cautela, consumada na tutela jurisdicional cautelar: a primeira se expressa pela tutela jurisdicional de conhecimento, que adquire forma por meio de decisão, quando a parte pleiteia a solução de um conflito através de sentença. No entanto, para que o Juiz possa decidir torna-se necessário conhecer a amplitude desse conflito, ouvindo as partes nele envolvidas. Sem os elementos fornecidos pelo autor e pelo réu não tem o Judiciário condições de dar direito a quem o tem. Desta forma, antes de decidir, via de sentença, precisa o julgador conhecer, e esse conhecimento se caracteriza pelo fornecimento, por parte dos litigantes, dos fatos, os quais servirão de base para que o Judiciário aplique o direito.

Na segunda forma, a jurisdição se expressa através da execução, pois pode acontecer que, após a decisão, o vencido, na demanda, não cumpra a ordem emanada da sentença, muito embora haja

---

<sup>302</sup> José Ignácio Botelho de MESQUITA, explana que “o direito à administração da justiça... inclui no seu objeto não apenas o dever estatal de decidir, mas o de decidir de um modo que assegure a realização do fim a que o julgamento se destina, ou seja, a eliminação de incerteza sobre seu dever de prestar a atividade jurisdicional.” Explicita que o Estado, tem o dever de recusar a prestação jurisdicional, quando indemonstrada a titularidade do direito subjetivo material por ele exercido. E por fim conceitua a jurisdição como: “atividade produtora de efeitos de fato e de direito, que o Estado exerce a favor dos destinatários da norma, em cumprimento a um dever para com eles, nascido do impedimento legal, em que se encontram, de produzir os mesmos efeitos por seus próprios meios”. **Da ação civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 88-91.

<sup>303</sup> Alfredo ROCCO, exprime que: “la funzione di accertamento del diritto in un caso concreto mediante applicazione a questo della norma generale; la funzione di realizzazione forzata dell' interesse che la norma tutela; la funzione di conservazione dello stato di fatto esistente, in attesa dell' accertamento e della realizzazione”. **La sentenza civile**. Milno, 1962 (rist. 1. ed., 1906), p. 26-7.

utilizado de todos os meios recursais regulados pela lei processual. Se isto ocorrer, nasce para o vencedor o direito de exigir compulsoriamente o cumprimento da sentença, solicitando, novamente, ao Juiz as medidas para a satisfação integral de seu direito, já reconhecido na decisão. Assim agindo, o vencedor desencadeia a tutela jurisdicional de execução, que se caracteriza por atos coercitivos, com a finalidade de obrigar o vencido a cumprir a sentença.

Por fim, a terceira forma de atividade jurisdicional é a cautelar, que se consubstancia numa decisão ou execução provisórias a fim de garantir o resultado útil do processo veiculador da tutela satisfativa, porquanto, a situação pode tornar-se insolúvel, se a providência for intempestiva.

---

### 2.6.1. Processo como meio para a realização do direito<sup>304</sup>

O exercício do poder Jurisdicional é limitado por requisitos formais e pelo devido processo legal, havendo necessidade de provocação dos interessados, participação das partes em todas as fases do processo, determinação da forma dos atos a serem realizados e as restrições quanto à natureza, conteúdo e extensão do provimento, motivação das decisões, publicidade dos atos, e por vezes revisão por órgãos superpostos.

Tais exigências transbordam do princípio do contraditório, que integra o espectro do devido processo legal, cujas

---

<sup>304</sup> Quando falamos dos institutos fundamentais em nossa dissertação de mestrado, preferimos a disposição metodológica que considera a jurisdição, ação, defesa e processo como institutos fundamentais do processo, conforme focalizado por Eduardo Couture, secundado por outros doutrinadores, dentre os quais Cândido Rangel Dinamarco e Luiz Guilherme MARINONI. MAGALHÃES, José Eudeni. **Da inafastabilidade do controle jurisdicional**. Londrina, 1995. Dissertação de Mestrado. Universidade Estadual de Londrina. Não é nossa intenção discutir no âmbito deste trabalho, as nuances doutrinárias. Todavia, apenas para registro, a trilogia estrutural apresenta a jurisdição, ação e processo, como institutos fundamentais, pois não realça o “jus exceptionis”. De qualquer sorte, a trilogia é acentuada pelo jurista argentino Ramiro Podetti, bem como por juristas nacionais como José Frederico Marques, Hélio Tornaghi e Marcos Afonso Borges. Este asseverou categoricamente que: “jurisdição, ação e processo constituem o tripé em que está assentada toda a processualística moderna, ou a trilogia estrutural do direito processual, no dizer do argentino Ramiro Podetti.” Diga-se de passagem que a trilogia prepondera nas obras de autores italianos, como Chiovenda, Calamandrei e Liebman, mais recentemente Crisano Mandrioli. Mas o que importa, na verdade, são as diretrizes políticas traçadas pelo legislador para determinar o grau de poder conferido ao juiz e as faculdades concedidas às partes. O aumento de poder do juiz revela um processo publicista, em que a ação e a defesa se mostram menos influentes no resultado final. Não é possível uma visão teleológica unitária do processo, sem um estudo integrado no plano dos grandes institutos fundamentais, a fim de revelar as linhas convergentes dos objetivos perseguidos. É sobre eles que atuam os grandes princípios constitucionais e a maneira como princípios e garantias influem substancialmente em institutos menores do processo. Pense-se no princípio da igualdade que resulta no equilíbrio entre ação e exceção, no princípio do contraditório que enseja a participação no processo; no princípio da ampla defesa no processo criminal, princípio do juiz natural, que viabiliza o exercício correto da jurisdição, princípio do devido processo legal etc. É lógico que tais princípios influenciam toda a área do direito processual, como no âmbito da prova ou dos recursos, mas em todos eles reflete-se a forma como o sistema legal e constitucional se correlaciona, no processo, a jurisdição, a ação e a defesa. não é exagero “dizer que os quatro institutos fundamentais resumem em si toda a disciplina do direito processual.” Cândido Rangel DINAMARCO, **Fundamentos...**, p. 72 et. seq.

injunções políticas projetam-se na lei ordinária através das normas que regulam o procedimento, de modo que a relação processual engloba todos os direitos, deveres, faculdades e ônus externados numa cadeia de atos resultantes de efetiva participação contraditória dos sujeitos processuais.

Aliás, o processo deve servir de instrumento de integração, mediante a realização do direito material, pois as regras processuais não têm valor absoluto e não podem sobrepujar as do direito substancial e as exigências sociais de pacificação de conflitos.

Desta forma, quando se descortina uma escala de interesses, que orienta o sentido do texto de Código por exemplo, deve o intérprete haurir o interesse superior, porquanto, a finalidade do processo é a resolução dos conflitos.

Aliás, ninguém nega a necessidade de eliminar os excessos e abusos do formalismo processual, tanto que toma pulso a doutrina da instrumentalidade do processo<sup>305</sup>, que vem ao encontro dos anseios do direito moderno, pois no processo publicista o juiz exerce poderes inquisitivos, tanto na instrução, como no próprio impulso e direção do processo, realizando atos preparatórios de impulso e ordenação do procedimento para afinal julgar a pretensão, acolhendo ou rejeitando-a, contando sempre com a cooperação dos demais sujeitos processuais.

A propósito, o diálogo processual deflui da ação e da defesa, onde partes não de gozar de tratamento isonômico, extraindo-se daí a colaboração das partes, que na busca de uma solução favorável, contribuem para a boa qualidade da tutela jurisdicional.

---

<sup>305</sup> Ver a seguir a instrumentalidade do processo.

Assume aí relevância a paridade de armas, ou seja, o equilíbrio das situações que redundam na verdadeira contraposição dialética, em que a igualdade formal extravasa o plano estático para ingressar no dinâmico, estimulando a colaboração das partes no resultado do processo, onde os poderes do juiz surgem para suprir eventuais desequilíbrios.

A comunicação processual revela-se através da informação, como componente do contraditório, em processo de qualquer natureza. A participação no processo se apresenta visível porque a informação é indispensável, tanto que sua falta caracteriza nulidade, pois a possibilidade de reagir deve ser oferecida.

O processo pode ser encarado como o procedimento, em que se desenrola a relação jurídica processual, mediante participação contraditória adequada (CF., Art. 5º, LV) que legitima o exercício da jurisdição e, de conseqüência, o poder estatal. As garantias constitucionais do devido processo legal convertem-se, de garantias exclusivas das partes, em garantia da jurisdição de estrutura cooperatória, em que a garantia da imparcialidade da jurisdição brota da colaboração entre partes e juiz.

A igualdade se projeta no processo civil sob o aspecto do contraditório, onde autor e réu desenvolvem atividades instrutórias, ou por outra, a igualdade das partes (CPC. Art. 125) abrange os poderes e deveres no processo, como se verifica na igualdade de prazos para recorrer e igualdade de oportunidades em geral.

Neste contexto, a defesa apresenta-se como o contraposto negativo da ação, face à dialética do contraditório. A participação do demandado decorre do princípio da igualdade das partes.

A garantia da defesa compreende: a observância do rito adequado; informação necessária e produção de prova.

No processo Civil basta a oportunidade para reagir, e a falta de resposta leva à presunção de verdade, podendo conduzir ao julgamento antecipado da lide.<sup>306</sup>

A efetividade do Contraditório significa: real participação no processo e paridade de armas a fim de resultar em uma tutela adequada, bem como impondo-se a nomeação de curador especial ao revel citado, por edital ou por hora certa.

Em suma, o poder jurisdicional é canalizado por obra da ação judiciária, por meio do processo que constitui instrumento da realização direito material.

### **2.6.2. Instrumentalidade do processo.**

A ciência processual busca contornar os problemas para facilitar o acesso do cidadão ao Judiciário.

Os movimentos de massa impeliram os cultores do direito a encontrar fórmulas para tornar eficazes os direitos e garantias fundamentais assegurados pelas Constituições modernas, incluindo a efetividade da prestação da tutela jurisdicional de modo seguro e célere.

Na verdade, o acesso ao Poder Judiciário, em nosso tempo, passou a constituir preocupação dos cultores do Direito, principalmente pela sua categorização constitucional. Por isso mesmo impõe-se

---

<sup>306</sup> Tratando-se de incapaz o Ministério Público deverá participar do feito (CPC., Art. 82,I).

modificação na estrutura judiciária para possibilitar rápida solução dos litígios, especialmente, no que diz respeito à técnica procedimental.

Neste terreno prospera o estudo de dois princípios: instrumentalidade e efetividade.

O primeiro destaca a instrumentalidade do sistema processual em relação ao direito substancial e os valores sociais e políticos da nação<sup>307</sup>, ensejando, sem dúvida, uma ação transformadora na aplicação do direito material. Esta maneira de pensar afasta a visão puramente tecnicista a fim de proporcionar, a quem tem direito, tudo aquilo que ele tem o direito de obter.

Como exprime Donaldo ARMELIN, “processo tem um custo social e econômico elevado” e quando não produz seus efeitos normais, “deixa de adimplir as suas funções, já que não pode ele tornar-se, sem agressão à sua natureza instrumental ou defeito intrínseco ou extrínseco que lhe tolde a validade ou existência, objeto de si mesmo”.<sup>308</sup>

A instrumentalidade dirige com grande intensidade para a efetividade do processo, que consiste na idéia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais.<sup>309</sup>

É que o processo “não é fim em si mesmo e portanto, as suas regras não têm valor absoluto que sobrepuje as do direito substancial

---

<sup>307</sup> DINAMARCO. Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 378.

<sup>308</sup> **Acesso à Justiça**. Revista da procuradoria geral do estado de São Paulo. n. 31, junho de 1989, p. 176-177.

<sup>309</sup> DINAMARCO, **A instrumentalidade...** p.385.

e as exigências sociais de pacificação de conflitos e conflitantes”.<sup>310</sup> Significa que a via processual deve ser adequada para uma correta e justa prestação jurisdicional.

Tais princípios indicam a necessidade da opção de um caminho menos penoso mais seguro e eficaz para a solução dos conflitos submetidos ao Judiciário.

Entretanto, é necessário não perder de vista a direção que vem tomando o direito processual no final deste século.

CAPPELLETTI, identifica três grandes movimentos processuais, por ele denominados “ondas processuais” cujo escopo é determinar a aproximação do processo do cidadão: o primeiro movimento, procura os meios de facilitar o acesso do cidadão à justiça; o segundo estimula a criação de instrumentos processuais que permitam proteger, de modo eficaz e efetivo, os interesses difusos e coletivos e o último busca instigar a figura do juiz ativo, de um juiz comprometido com a prova processual e voltado, também, para buscar a verdade, quando sentir a inércia da parte.

A primeira onda evidencia a transformação no aspecto doutrinário com relação ao conceito de acesso à justiça. Num primeiro momento o acesso à justiça era visto apenas sob o aspecto formal de ingressar em juízo e defender-se. Porém, ele se estende para ser visto como sendo de “importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação”, pelo que se

---

<sup>310</sup> DINAMARCO, op. cit., p. 379.

transformou em preocupação nuclear da ciência processual contemporânea<sup>311</sup>.

A segunda onda diz respeito à solução de conflitos envolvendo os direitos difusos e coletivos, cuja proteção exige ação coordenada de grupos determinados ou indeterminados. O mundo pós-moderno, volve-se para o coletivo, onde a pressão das massas não pode ser ignorada, nem muito menos a proteção dos direitos universais, isto é, pertencentes a todos como, por exemplo, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, o da preservação da natureza, o da garantia de um consumo sem prejudicar a saúde e a segurança nas relações jurídicas<sup>312</sup>.

A terceira onda do processo é a que defende a mudança do comportamento do juiz na direção do processo, tornando-o um sujeito ativo comprometido com a prova necessária para a imposição da verdade jurídica, como meio de solucionar conflitos. A doutrina brasileira, inspirada no direito italiano e no direito alemão, defende a mudança de mentalidade do juiz, estimulando sua participação ativa com a finalidade de impor a pacificação do litígio com justiça. Neste desiderato, o juiz exerce suas atribuições com toda a plenitude conferida a ele pela norma processual, para viabilizar a celeridade dos atos processuais com o fito de

---

<sup>311</sup> DELGADO José Augusto. **Sistema processual brasileiro e cidadania**. Revista da faculdade de direito de São Bernardo do Campo. v. 1, n. 1, 1984, p. 157 et seq.

<sup>312</sup> Os interesses “difusos” e “coletivos” são considerados como um fenômeno típico da ascensão das massas, portanto, de importância sempre crescente na sociedade dos dias atuais. A adoção de formas para garanti-los, decorre de um processo de transformação pelo qual passa a economia e o conceito de cidadania, influenciados pelo desenvolvimento dos direitos sociais que promovem benefícios para determinados ou até indeterminados estamentos sociais. A influenciá-los, também, há a constatação de que, em certas violações praticadas contra direitos subjetivos individuais, que se estendem a muitas vítimas, como, por exemplo, o lançamento no mercado de uma alimentação congelada contendo produtos maléficos à saúde, a atuação do indivíduo, de modo isolado, é ineficaz, não só pela ausência de pressão a exercer, bem como pelas

buscar a verdade para pronunciar com segurança o julgamento. Assim, deve dirigir o processo voltado para a finalidade maior de entregar a tutela jurisdicional com presteza e credibilidade.

Na verdade, o juiz não é mais um espectador, pois no processo publicista ele exerce poderes inquisitivos, tanto na instrução, como no próprio impulso e direção do processo, dispondo de liberdade para a apreciação da prova, além de deter grande poder cautelar geral destinado a garantir os resultados do processo, e de implementar a tutela preventiva, visando a efetividade dos direitos não patrimoniais<sup>313</sup>.

Neste espectro, pode o juiz determinar, sem a provocação das partes, a conversão do procedimento não adequado, ajustando ao tipo

---

dificuldades que se apresentam para a solução do conflito. DELGADO, op. cit., p.157 et. seq.

<sup>313</sup> A tutela preventiva será desenvolvida no item 4.3, quando trataremos da tutela inibitória. ARRUDA ALVIM, comungando com esse entendimento, ensina: “As primeiras grandes modificações sofridas pelo direito processual civil - em ainda, consideram-se a incorporação ao sistema processual, das ações coletivas - consistiam, fundamentalmente, nos seguintes pontos: 1º) manter, em escala apreciável, o modelo estrutural legado pelo século passado, ainda que com modificações, alteradoras da fisionomia individualista, neste mesmo inseridas: a) o juiz não deve ser um espectador do litígio, senão que deve ser um juiz ativo, o que se traduz na possibilidade de determinar provas para que tenha condições de conhecer a verdade, da mesma forma que ao juiz cabe conduzir o processo; b) o critério, mercê do qual deve o juiz apreciar as provas, é o do seu livre convencimento, o que significa e importa, também modificação do próprio valor que, em outros tempos, aprioristicamente, era atribuído a muitas provas, mercê do que estas deveriam prevalecer, ainda que o juiz, intimamente, pudesse estar convencido de não traduzirem elas a verdade; com isto, afetou-se mais poder ao juiz, com vistas à apuração de uma verdade, dita “verdade real; c) distinguida a relação processual, ou o processo, do seu conteúdo, aquela fica, fundamentalmente sob a fiscalização do juiz, quer no que diz respeito ao respectivo andamento, quer, ainda e principalmente, no que atine com os requisitos gerais de sua formulação, resguardando-se espaço para as partes no que diz respeito ao objeto do litígio, propriamente dito; 2º) se, de uma parte, estas alterações procuraram reequilibrar o processo tradicional, envergando o juiz de maiores poderes, passando e devendo este ser um juiz ativo, de outra parte, todavia, não resolve os problemas maiores, que consistem na possibilidade de equacionar a defesa de várias situações sociais: a) a dos mais enfraquecidos socialmente; b) aqueles que difusamente são os “titulares” de determinados bens, tais como o meio ambiente, os bens estéticos, artísticos, etc., e, mesmo, quaisquer outros “interesses” que possam merecer proteção jurídica; c) ainda, de uma maneira especial, o consumidor, estava inteiramente desprotegido, pelo sistema individualista”. **Manual de direito processual civil**. v.1, 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 84-55.

de ação, determinar a realização de provas importantes para o deslinde da demanda, quando constatada a inércia das partes, impedir a utilização do processo para objetivos ilegais e/ou litigância de má-fé, impulsionar o andamento do processo, verificando a realização dos atos processuais pelas partes, peritos e servidores da justiça e, principalmente, velar para a rápida solução do conflito<sup>314</sup>.

---

<sup>314</sup> a) converter o procedimento não adequado no que deve ser seguido para o tipo de ação proposta; b) Ter a iniciativa de buscar novas provas para instruir a lide, quando estiver convencido da inércia das partes à respeito; c) evitar, de modo severo, que as partes litiguem por má fé ou que se utilizem do processo para obtenção de pretensões ilícitas; d) acelerar a entrega da prestação jurisdicional, exercendo, de ofício, ativa fiscalização no andamento do feito, cobrando a realização dos atos processuais não somente das partes, bem como dos serventuários; e) não ficar jungido ao valor extrínseco das provas, salvo as que já tiverem valoração determinada pela própria lei, pelo que deve exercer a sua liberdade de examiná-las com base nos reflexos produzidos pela sua extensão, mandando-as se completadas quando estiver convencido que a situação de fato não se apresenta devidamente esclarecida; f) apreciar de ofício, acelerando, assim, a entrega da prestação jurisdicional e evitando maiores despesas para as partes, a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, suspendendo, antes o processo, para que, em prazo razoável, seja sanado o defeito (art. 13 do CPC); g) reconhecer, sem qualquer provocação da parte, a sua incompetência absoluta, em qualquer tempo do curso do processo, desde que ela fique devidamente caracterizada (art. 113 do CPC); h) declarar de imediato, por iniciativa própria, em se tratando de direitos patrimoniais a prescrição e a decadência (art. 219, § 5º); i) não retardar a possibilidade de extinguir o processo, atuando sem aguardar qualquer requerimento das partes, antes de proferida a sentença de mérito, quando deparar: I) com a ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo; II) com a perempção, litispendência ou coisa julgada devidamente inconfundíveis no processo; III) com a inexistência de concorrência de quaisquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual (art. 267, § 5º do CPC); (p.163); j) indeferir, de imediato, sem qualquer provocação das partes ou do Ministério Público, a petição inicial: I) quando for rigorosamente inepta, II) quando a parte for manifestamente ilegítima, III) quando o autor carecer de evidente interesse processual, IV) quando verificar, desde logo, sem qualquer dúvida, a presença da decadência do direito alegado ou a força da prescrição a incidir sobre a relação jurídica apresentada como conflitante; V) quando o tipo de procedimento, escolhido pelo autor, não corresponder à natureza da causa, ou ao valor da ação e for impossível a possibilidade de sua adequação ao tipo de procedimento legal, VI) quando não forem atendidas as exigências do art. 39, parágrafo único, primeira parte e 284 do CPC; l) conhecer e decidir, independentemente do pronunciamento do autor ou do réu, antes de julgar o mérito, de matérias caracterizadoras da inexistência ou nulidade da citação; de incompetência absoluta, de inépcia da petição inicial; de perempção, de litispendência; de coisa julgada; de conexão, de incapacidade da parte, defeito na representação ou falta de autorização; carência da ação; falta de caução ou de outra prestação, que a lei exige como preliminar (art. 301, § 4º do CPC); m) determinar, de ofício, o comparecimento das partes (art. 599, I do CPC) no processo de execução, em qualquer momento a fim de tomar esclarecimentos necessários ao bom andamento da causa; m) Mandar intimar, de ofício, as partes para que compareçam, pessoalmente, em juízo, para que sejam interrogadas sobre os fatos motivadores do litígio (art. 342 do

### 3. RACIONALIZAÇÃO DA JUSTIÇA.

#### 3.1 A crise do Estado supõe a crise de seus sistemas de legitimação e, portanto, de utilidade e eficiência.

Luiz Fernando COELHO,<sup>315</sup> em tese elaborada para à obtenção da cátedra de Filosofia do Direito da Universidade Federal do Paraná, desenvolve uma proposta crítica em que vislumbra o direito em suas relações com a sociedade expondo que: “a ontologia do jurídico revela que o direito, definido nos termos da concepção dogmática como direito positivo”, pressupõe uma ideologia que o apresenta como ser real em si, desligado da sociedade concreta e caracterizado por sua unicidade, estatalidade e racionalidade<sup>316</sup>, as quais convergem para fundamentar sua legitimidade”<sup>317</sup>.

---

CPC); n) Ordenar, mesmo que as partes silenciem a respeito, a exibição de qualquer documento ou coisa e/ou a exibição parcial de livros e documentos que se achem em poder de qualquer uma delas, desde que seja necessário para o esclarecimento da verdade (art. 355 e 382 do CPC); o) Abrir, por decisão própria, o inventário, conforme permite o art. 989 do CPC; p) Fazer qualquer inspeção judicial de ofício, em qualquer fase do processo, para inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa (art. 40 do CPC); Nos procedimentos de jurisdição voluntária, fazer uso da permissibilidade contida no art. 1.107 do CPC, investigando, livremente, os fatos e ordenando, de ofício, a produção de qualquer prova necessária à formação do seu convencimento. Insere-se, no contexto jurídico acima apontado, a figura do juiz ativo. Torna-se necessário que ele assuma, de modo efetivo e eficaz, a “posição de condutor do processo com ampla participação no contraditório desenvolvido pelas partes”, no que “corresponde a tendência unânime da moderna ciência processual. Na perspectiva desenvolvida, cabe a lição de que o retrato da atualidade impõe que se coloque compreensão duvidosa se, realmente, os juízes estão conscientes de que não podem e não devem aguardar atualizações legislativas para manter lado a lado o direito e o fato que se lhes .... DELGADO, op. cit., p. 163-164.

<sup>315</sup> **Teoria crítica do direito**. 1. ed. Curitiba: Saraiva, 1987.

<sup>316</sup> Vimos alhures, que a unicidade ou princípio monista considera que o direito positivo é o único, ou seja, o fenômeno social por excelência e a estatalidade considera que não há direito fora do Estado, ao passo que a racionalidade ressalta o caráter racional do direito, como sistema ordenado e pleno.

---

<sup>317</sup> Ver resumo da tese citada. Para melhor esclarecimento do assunto transcrevo excerto referente à Conferência do Autor publicada nos Anais do 3º congresso brasileiro de filosofia jurídica e social: João Pessoa, 1987 p. 62-67, com o título *Sociedade versus direito: a ideologia da legitimidade*, especialmente o item 1 e parte do item 2, verbis: ... 1. Os pressupostos ideológicos do direito. A concepção dogmática do direito repousa em alguns pressupostos ideológicos, geralmente apresentados como gerais, os quais identificam a positividade, característica do direito considerado objetivamente. Tais pressupostos se manifestam em todos os setores da experiência jurídica, particularmente em relação ao conceito do direito, à ciência do direito e à prática da interpretação e aplicação da lei. Quanto ao conceito do direito, este é apresentado como algo objetivo, espécie de direito-em-si, porém situado acima e além da história de qualidades que o tornam algo inquestionável no plano ético; muito embora a história real do direito desmistifique tal valoração, isto não chega a abalar como sendo "o justo". Quanto à ciência do direito, ela veio a transformar-se numa teorização sobre o direito positivo, baseado, exemplificadamente, nas noções de primado da lei, plenitude do ordenamento, autonomia da vontade, "due process of law", "nullum crimen sine lege", "nemo jus ignorare censetur", e tantos outros brocardos que só vêm confirmar as qualidades éticas do direito. E quanto à hermenêutica jurídica, o saber dogmático pressupõe, entre outros postulados, certa imanência significativa da lei (a lei tem um significado imanente que o intérprete "descobre"), a referenciabilidade semântica da lei (a lei expressa uma vontade, do legislador, do Estado, do povo, da nação ou da própria lei) e o princípio da subsunção (a aplicação da lei é um processo lógico-analítico). Entretanto, todos esses princípios, cuja enumeração não foi de modo algum exaustiva, decorrem de três pressupostos, os quais constituem o tripé ideológico da concepção dogmática do direito: Unicidade, estatalidade e racionalidade. O princípio da unicidade, ou princípio monista, afirma que o direito positivo é o único direito, isto é, o fenômeno social por excelência ao qual se refere o significante "direito". O da estabilidade, que não há direito fora do Estado; e o da racionalidade enfatiza o caráter "racional" do direito positivo, que se objetiva como "ordem", vale dizer, sistemática e plena. É nesses três pressupostos ideológicos que se estriba a legitimidade do direito contemporâneo. 2. O Princípio da legitimidade. Ultrapassada a fase histórica em que se procurava fundar a legitimidade das normas sociais em fatores de caráter religioso, ético ou metafísico, pode-se afirmar que a legitimidade do direito contemporâneo dimana daqueles três pressupostos conjugados, isto é, que o direito positivo se autolegitima como único estatal, devendo ser aceito e obedecido, não em virtude de algum fundamento meta-jurídico, mas precisamente por ser o que é e como é. Todavia, mais do que implicação desse tripé ideológico, o princípio da legitimidade é uma necessidade histórica, pois todo aglomerado social necessita de uma ideologia que estabeleça a coesão de seus membros e justifique suas relações infra-grupais. Ao adquirirem consciência de seu papel social, gozando os benefícios ou sofrendo os malefícios de seu status, os sujeitos sociais enfrentam a necessidade, não somente de compreender as justificativas ideológicas, como principalmente de aceitá-las; o princípio da legitimidade vem a ser então o critério desta aceitação, a medida pela qual a ordem social concreta é aceita pelos sujeitos sociais como correspondendo a um padrão de sociedade construído pela ideologia. O controle social tem, assim, na legitimidade um de seus fundamentos mais poderosos, e a manipulação dos mitos criados pela ideologia tem precisamente o sentido de legitimar a ordem social, inculcando no inconsciente dos indivíduos a imagem de que a situação por eles vivenciada é aceitável. Legitimidade pressupõe consenso generalizado, e legitimação é a tecnologia da obtenção desse consenso; considerando-se a sociedade dividida em classes sociais, onde existem grupos micro-sociais tendendo à hegemonia sobre os demais, a legitimidade articula-se com o poder e a dominação.(...)

Perscrutando a laboriosa obra,<sup>318</sup> pode-se inferir que tal concepção repousa em pressupostos ideológicos consubstanciados em princípios gerais objetivamente caracterizados e que se manifestam em todos os quadrantes do direito positivado.

A legitimidade, outrora fundada em razões de natureza religiosa ou ética, no direito contemporâneo desprende-se de tais fontes, passando a autolegitimar-se como único e estatal, que racionalmente se impõe pelo que é.

A coexistência do grupo social decorre da conscientização do papel de cada um de seus membros, de acordo com os critérios estabelecidos por um padrão formado pela ideologia legitimadora.

Neste pormenor, o controle social assenta-se na legitimidade e serve como instrumento de manipulação dos mitos criados pela ideologia que, por sua vez, legitima a ordem social infundindo no inconsciente dos indivíduos - por que não dizer do coletivo - uma imagem de que a situação vivenciada é plenamente aceitável.

A manipulação ideológica é exercida visando a “manutenção do status da opressão, tanto no plano do direito interno de cada povo quanto no das relações internacionais, o que produz a alienação do indivíduo e das sociedades concretas. A crescente conscientização desses aspectos jurídicos da opressão resulta numa crise de legitimidade da ordem normativa, que se projeta no campo jurídico e político”.<sup>319</sup>

---

<sup>318</sup> Op. cit., p. 351 et. seq.

<sup>319</sup> COELHO, **Teoria**..., resumo da tese.

O jusfilósofo paranaense, noutro capítulo<sup>320</sup>, toma como referência a sociedade real ou histórica, cuja ontologia, segundo entende, é o único fundamento para a compreensão dos problemas humanos e a única hipótese válida para a reconstrução real e conceitual do homem e da sociedade, que pode ser pensada segundo as categorias do senso comum, que se engastam nos fatos naturais, como por exemplo: a família e a tribo, e nas elaborações teóricas como: classes, grupos, partidos e segmentos sociais.

Neste contexto, a simples reunião de seres humanos, entrelaçados por objetivos comuns, forma a sociedade que deixa de ser meros aglomerados de indivíduos.

Assim é possível falar em microsociedade constituída por cada um desses grupos e macrosociedade formada pelo conjunto dos diversos grupos que convivem num determinado espaço histórico, exemplo: povo, nação, sociedade e humanidade.

As relações tanto no plano individual ou grupal “são relações de poder”, que se caracterizam pela existência na sociedade “dos que mandam e dos que obedecem”.

A propósito, a palavra poder dissimula dominação, que se transfigura em opressão e esta enseja reação que, ao atingir certo grau de conscientização, pode ser caracterizada como libertação. A rigor a sociedade só pode ser compreendida em face desse dualismo: dominação versus libertação.

Todavia, a sociedade contemporânea é mais complexa e torna-se mais difícil identificar dominados e dominadores, conquanto,

---

<sup>320</sup> Op. cit., p. 131 et seq.

dentro dos grupos dominantes e dominados, existem subgrupos, respectivamente, dominantes e dominados, os quais se articulam com outros grupos microsociais. Não existe dentro de cada grupo a consciência dessa posição social. Assim, as organizações sociais de dominados podem estar a serviço dos dominantes, mas não é possível estabelecer separação estanque entre os grupos opressores e oprimidos, a não ser em casos de ruptura ou grave conturbação da ordem social.

Portanto, não há falar em grupos totalmente oprimidos ou totalmente opressores, e o que se nota é o entrelaço dialético entre duas tendências – a opressora e a libertadora.

Hoje, as opressões não se restringem às lindes geográficas – existem opressões exercidas por países, pela ciência, pela tecnologia, pela arte e, sobretudo pela globalização. Tal opressão é dissimulada e se infiltra na economia, na política, na educação, na cultura e no direito.

A complexidade da dominação impõe a delimitação do campo de análise à partir de grupos que no meio social estão em situação de inferioridade em relação a outros, mas buscando à ascensão social.

Tal busca é manifestada no seio do grupo através de movimentos sociais organizados com o objetivo de superar alguma forma de opressão e pressupõe uma proposta política de transformação social, consistente num conjunto de princípios que orientam ideologicamente essa proposta, que caracterizando uma forma de articulação dos indivíduos passa a constituir uma ação conscientemente transformadora.<sup>321</sup>

---

<sup>321</sup> Op. cit., p. 131 et seq.

Por fim, essas transformações sociais repercutem incisivamente no Estado Moderno gerando crises, não só legislativas, como também abalando as formas tradicionais de decisões, no âmbito da administração pública em geral e em especial da justiça, foco de nossa reflexão.<sup>322</sup>

Embora permaneçam em aberto questões referentes a abuso de poder, nepotismo ou manutenção de privilégios, temas que infundem grande preocupação à coletividade, o ponto crítico ainda é o leque de necessidades sociais que crescem a cada dia numa sociedade capitalista.

Para responder as necessidades de bem estar social exigem-se técnicas condizentes com a nova realidade dos tempos hodiernos.

Assim, a atuação célere e o emprego adequado das tecnologias modernas são imprescindíveis para a eficiência do Poder Público e, particularmente, da justiça.

No que diz respeito ao modelo utilizado durante décadas para resolução de conflitos individuais, inspirado na ideologia liberal, este modelo vem-se esgotando a cada dia, de modo a não atender, satisfatoriamente, as demandas sociais massificadas<sup>323</sup>, estando, portanto, o Poder Público em débito com a sociedade.

---

<sup>322</sup>CALSAMIGLIA Albert. **Racionalidad e eficiencia del derecho**. 2. ed. México: Fontamara, 1987.

<sup>323</sup> Com relação a resolução dos dissídios individuais, o processo peca por excessiva sofisticação. As demandas deveriam ser submetidas, em sua maioria, a ritos mais simplificados. Com freqüência falamos em conflitos que envolvem massas, distribuição em massa, cultura de massa, comunicação de massa, e porque não, - como sugere José Carlos Barbosa MOREIRA. Ações coletivas citada, - processo de massa? Ora, se na vida moderna, deparamos, freqüentemente, com situações que extravasam o interesse de uma única pessoa ou de pessoas individualmente consideradas, sendo freqüentes os dissídios que envolvem massas, nada obstaria, que as demandas fossem resolvidas de forma global, isto é, através de agrupamentos de causas por sua natureza e

Notamos, hoje, um acirrado conflito ideológico entre a dialética dos defensores do Estado mínimo<sup>324</sup> e do Estado integral<sup>325</sup>. Todavia, há necessidade da busca de um equilíbrio para resguardar os direitos fundamentais da primeira geração (direito e garantias individuais e políticas), segunda geração (direitos sociais) ou da terceira geração (direitos coletivos), sem contudo, afetar a produção de riquezas. A busca de tal equilíbrio tem gerado, em determinadas ocasiões, obstáculos para a fruição dos direitos individuais, violando os ideais de justiça.

---

objeto, sem a exigência de identidade de parte. O Juiz por meio de uma única sentença poderia resolver uma centena de processos idênticos. Tomamos o exemplo de diversas ações individuais propostas por pessoas diferentes, em face de um único ou diferentes réus. No primeiro caso, com a adoção da súmula vinculante a questão será facilmente dirimida. Ex. ações propostas para assegurar, aos aposentados e pensionistas da Previdência Social, reajustamento de benefícios no mesmo percentual do salário mínimo, ou seja, 147,06%, bem como caso do confisco da poupança ou ainda empréstimo compulsório que pelo volume de ações atravancaram a justiça nos últimos tempos. Vamos mais além, nossa proposta contempla a resolução de conflitos, com sujeitos ativos e passivos diferentes, v.g. ações individuais de adjudicação compulsória propostas por diversos compromissários compradores propostas em face de compromissários vendedores diversos.

<sup>324</sup> AZAMBUJA, Darcy ao tratar da competência do Estado, refere-se às diversas correntes, dentre elas, a teoria abstencionista para a qual o “Estado deveria restringir-se à função de manter a ordem externa e interna, e deixar tudo mais à iniciativa individual. É a doutrina que os franceses chamam a do Estado gendarme, do “laissez faire”. Em suma, significa que o Estado não deve promover intervenção estatal nas relações sociais, portanto, detendo o mínimo de obrigações. Trata-se de uma teoria utópica, pois vende uma idéia de liberdade, que na realidade é ilusória, pois se adotada, em sua plenitude, o cidadão ficaria desprotegido. Entretanto, o ideal seria o meio termo, ou seja, o Estado suficiente, que é exatamente a orientação da Teoria Eclética ou Realista, para a qual, nem deixar fazer, como queria a corrente abstencionista, nem fazer, como querem a corrente socialista, mas sim ajudar a fazer, eis o modo de o Estado atingir os seus fins. A competência do Estado é supletiva, isto é, ele só faz quando os particulares não podem fazer. Em síntese, o Estado não faz tudo, mas também, não deixa de fazer. O Estado deve promover condições para que a sociedade faça. Ao invés de dar o peixe, ensina a pescar. **Teoria geral do estado**. 5. ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1973, p.127-128.

<sup>325</sup> AZAMBUJA, op. cit., p.129. Trata-se da teoria socialista para a qual “o indivíduo não pode e não deve encarregar-se de atividades que interessam a toda a sociedade. Esta, por meio do Estado, é que deve fornecer tudo o que o indivíduo precisa: tudo, pois, deve ser socializado, pertencer ao Estado, que em troca dará aos indivíduos os bens materiais e morais necessários”. Em suma, o Estado é totalmente interventor, senhor e proprietário de tudo, toma todas as decisões e também todos os deveres: educação, etc. A crítica que se faz é que essa teoria aniquila a iniciativa privada, pois o Estado se torna totalmente interventor.

A rigor, a administração pública só se legitima através de critérios eficazes na prestação dos serviços que lhe são afetos.

A eficácia consiste em atingir determinado objetivo com o mínimo de custo e sacrifício ao consumidor do direito, a começar pela elaboração de leis que possibilitem a solução de conflitos sociais comprometidos com os valores que orientam e legitimam leis e decisões. Assim, impõe-se a adoção de um modelo jurídico que torne mais simples a administração da justiça sem os ranços do modelo tradicional.

Enfatizamos mais uma vez que a dinâmica da transformação social não vem sendo acompanhada com a mesma velocidade pelo direito e tal descompasso é notado pelas vetustas técnicas de resolução de conflitos.

O surgimento dos novos direitos dissolveu os valores que norteavam os direitos liberais e tornou imprestável o modelo tradicional, como já dissemos anteriormente, gerando uma crise de identidade do Judiciário, que aos olhos do consumidor do direito e da sociedade em geral, caminha a passos largos para um precipício de onde dificilmente se soerguerá. A acefalia desse poder, há muito detectada, extrapolou a esfera interna, sendo hoje evidente a sua ineficiência, principalmente ante a incapacidade de resposta tempestiva e adequada.

Até o advento da revolução industrial, o poder era considerado legítimo se estivesse em consonância com a razão jusnaturalista. Porém, com o aparecimento das sociedades de classes houve um gradativo esvaziamento da ordem tradicional, baseada na razão universal, cedendo lugar a uma visão de utilidade e eficiência.

Após a Revolução Industrial, a legitimação passa a ser influenciada por fatores externos aos legisladores e governantes,

dependendo de “explícita aprovação popular obtida por procedimentos formais, convertendo-se em processo de interação entre os detentores do poder (os legitimados) e o cidadão (legitimantes), resultando de um acordo em torno de valores delineados como modelos de vida de uma comunidade”.<sup>326</sup>

Os pactos assumiram relevante função de disciplinar à participação política dos legitimados e dos legitimantes, vinculando o Poder Público através de procedimentos normativos e judiciais, instituídos para solucionar conflitos na esfera da vida pública ou privada.

Adotou-se, então, mecanismos para a dispersão desses conflitos que surgem na sociedade de forma generalizada, através de normas que tipificam multiplicidade de comportamentos discrepantes, banalizando, desta forma, o dissídio globalizado por meio da individualização de julgamentos.

### **3.1.1 A legitimidade pressupõe comprometimento do juiz com a racionalidade social.**

O papel político desempenhado pela atividade jurisdicional não se compatibiliza com decisão mecânica subjugada à ideologia que procriou a lei. Ao contrário a complexidade do direito transfere parcela de responsabilidade do Legislativo para o Executivo e Judiciário, e este último não pode ficar alheio a nova realidade do direito contemporâneo, sendo imprescindível uma transformação radical, consonante com um novo sistema de legitimação imposto pelas contingências sociais. A jurisdição não pode ser dissociada do contexto social, como se fosse compartimento estanque e impenetrável.

---

<sup>326</sup> FARIA, José Eduardo. **A crise constitucional e a restauração da legitimidade**. Porto Alegre: Fabris, 1985. p.14-15.

Nesse aspecto, o juiz na qualidade de agente do Estado encampa poder, não podendo deixar de atentar para a realidade social na apreciação do caso concreto, tendo sempre em mira o direito como um todo. Sua decisão será legítima, ainda que distanciada da visão tradicionalista, porquanto, é inegável que recebe influência do meio social, não havendo razão plausível que justifique sua clausura, nem cerceamento de sua liberdade criadora, ainda que a pretexto de imparcialidade<sup>327</sup>.

---

<sup>327</sup>Embora reconhecendo a magnitude do normativismo, cujo objetivo é construir uma ciência jurídica pura, uma teoria do direito expurgada de todos os elementos não jurídicos, ou, nas palavras do Hans KELSEN, "purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto. **Teoria Pura do Direito**. 2. ed. Trad. de João Baptista Machado. Coimbra: Armenio Amado Editores., 1962, prefácio. Neste trabalho tomamos posição que se aproxima das correntes culturalistas, perfilhando, especialmente, a teoria tridimensional desenvolvida por Miguel REALE. Antes disso, é bom salientar que, na teoria pura do direito, uma vez eliminados os elementos de natureza ideológica e sociológica, restou, como objeto específico da Jurisprudência, a norma, entendida, não como um imperativo segundo a tradição voluntarista, mas como um juízo, melhor dizendo, uma estrutura hierárquica de juízos. O conhecimento científico do direito é então dirigido às normas jurídicas; KELSEN estabelece assim o conceito de ciência normativa, não a que prescreve normas, mas a que as conhece. Por outro lado, fixando as categorias de conhecimento do "ser" e do "dever ser", fundamenta a concepção de ciência normativa como ciência do "dever ser", cujo objeto é expresso mediante juízos onde a cúpula é o "dever ser" (sollen), e não o "ser"; os juízos do ser expressam as relações necessárias do mundo da natureza. Cf. Luiz Fernando COELHO, **Teoria da ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 59 et seq. KELSEN, porém, explica que a interpretação é a fixação por via cognoscitiva do sentido, ou conteúdo, da norma, de modo que o seu resultado somente pode ser "a fixação de uma moldura legal dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação". Ora, assim é sempre possível mais de uma solução correta, ainda que apenas uma seja escolhida pelo aplicador e, esta será, obviamente, conforme o direito desde que esteja dentro daquela moldura legal. O culturalismo, porém, adiciona o fator axiológico aos elementos histórico, sociológico, teleológico e normativo, conceituando o direito como um objeto criado pelo homem. Acentua-se o fato de ser o direito alguma coisa que existe na história e que se incorpora a outros objetos criados pela atividade espiritual (e dotada de valor), tais como a obra de arte e as conquistas da ciência - que se denomina cultura (precisada pela sociologia, antropologia e história), e entendida como sendo aquilo que opõe à natureza por ser obra do homem em sua ação consciente. Na verdade o culturalismo jurídico enfatiza os valores do direito (plurilaterais) que dizem respeito à coletividade e não a pessoa ou particulares. Alguns desses valores assumem importância (ideológicas) em diferentes épocas. Ex. a segurança social, a justiça social, a paz mundial, a solidariedade, a igualdade, etc. - quando se compreende a conduta humana em função desses valores - esta conduta é parte da cultura, criação do homem, quando compreendido em função de um valor de conteúdo estético, o Belo. Por fim, dado o interesse para compreensão da nossa exposição trazemos a colação das duas teorias culturalistas, a primeira, trata-se da Concepção Tridimensional do Direito de Miguel REALE...."encara o fenômeno jurídico em seu

Aliás, esta cultura jurídica tradicional tem se revelado incapaz de solver conflitos de massas e restabelecer a paz social, a não ser através de ficções intencionalmente inventadas para acobertar pretensa segurança e outros mitos, como se o direito fosse “algo em si”.

É em parte correta a assertiva de que para “mudar a sociedade é necessário mudar o direito”, mas a sociedade só se sujeitará ao direito que for por ela legitimado, já que o fato social constitui fonte real do direito. Percebe-se que a fonte do direito, embora pura em sua origem, tem sido contaminada ao longo do seu percurso por agentes invisíveis e dissimulados que, na ânsia de proteger seus interesses, às vezes nem sempre legítimos, conseguem impor leis que sufocam os interesses dos grupos que integram a macrossociedade.

A lei deve conter um sentido de realização da justiça exigida pela sociedade, mas a idéia de justiça contida na norma, além de ser um valor, é ideológica, por não poder subsistir desconectada da história. Cada época apresenta uma concepção de justiça dependente das condições sociais de certo tempo e lugar. A norma, em si, não pode ser

---

tríplice aspecto: histórico-social, axiológico e normativo. O direito é a realização histórica de um valor bilateral, através de uma norma de conduta. Assim, não há que separar o fato da conduta, nem o valor ou finalidade a que a conduta está relacionada, nem a norma que incide sobre ela, pois o direito é fato, valor e norma. Esta é a tridimensionalidade ôntica do objeto da ciência jurídica, o que o coloca, segundo o emérito brasileiro, naquele campo da experiência humana que decorre da objetivação dos valores - o mundo da cultura. Reale distingue a sua concepção dos tridimensionalismos que considera abstratos e que consistem em encarar o fenômeno jurídico sob três diferentes aspectos. A tridimensionalidade jurídica concreta, de Reale, implica a integração unitária e dinâmica dos aspectos fático, normativo e valorativo" COELHO, *Teoria...*, p. 61. A Segunda diz respeito à Concepção Raciovitalista do Direito: “o direito é não somente uma expressão de vida social, porém, muito mais ainda, é a máxima forma de vida coletiva, em intensidade e plenitude (...) - a norma jurídica revive cada vez que é aplicada... O reviver concreto da regra de direito fundamenta para Recaséns SICHES uma nova hermenêutica jurídica, pois a norma deve experimentar modificações para ajustar-se à nova realidade em que e para que é revivida. Propõe a lógica do razoável, que leva em conta essa permanente adequação do direito à vida. O raciovitalismo permanece fiel ao normativismo, pois o objeto da Jurisprudência são as normas. Mas a concepção da norma como objetivação vital o faz aproximar-se da teoria tridimensional, de Reale. COELHO, *Teoria...*, p.62.

justa ou injusta, depende do ângulo histórico sob o qual se a julga. Por isso, a justiça deve ser subjetiva e objetiva, como ensina Miguel REALE<sup>328</sup>, envolvendo em sua dialeticidade o homem e a ordem justa que ele instaura. Ademais a lei somente alcançará a finalidade colimada, com instrumentos e meios adequados, eficientes e justificáveis.

### **3.2 Visão sociológica da Administração da Justiça.**

A doutrina do direito desenvolvida até a Segunda Guerra Mundial, priorizou a visão normativista e substantivista do direito em detrimento da visão institucional ou organizacional. No século XIX os debates são polarizados entre aqueles que entendiam que o direito realiza a integração social e o bem comum e aqueles que o concebiam como instrumento de dominação econômica e política.

Já no começo deste século esboça-se uma reação buscando deslocar a questão da normatividade abstrata para as decisões concretas do juiz, criando assim condições para uma visão sociológica “centrada nas dimensões processuais, institucionais e organizacionais do direito”.<sup>329</sup>

A obra de WEBER coloca o direito em lugar privilegiado entre as demais ciências sociais, entendendo que, o que caracteriza o direito no capitalismo é o fato de constituir o monopólio estatal, administrado por um corpo de funcionários especializados mediante

---

<sup>328</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.115

<sup>329</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1997, p.163.

processos de racionalidade formal ou técnica em face da abstratividade da lei.<sup>330</sup>

Já no período pós-guerra, embora predominando a visão normativista e substantivista, o direito sente a influência da sociologia, discutindo-se a “discrepância entre o direito formalmente vigente e o direito socialmente eficaz” e o seu papel no desenvolvimento econômico e na transformação social.

À partir das décadas de 50 e 60 surgiram condições teóricas e sociais, destacando-se entre as primeiras a sociologia das organizações, especialmente a organização judiciária; a ciência política no que diz respeito ao seu interesse e pelas instâncias de poder em que se inserem o Judiciário e a antropologia do direito que focalizou sua visão para as instituições, em seus diversos graus de organização e de modelagem de comportamento. Entre as segundas, ou seja condições sociais, constata-se a luta de segmentos sociais diversos por novos direitos, pertinentes à segurança social, habitação, educação, transportes, meio ambiente e melhor qualidade de vida, que, juntamente com as teóricas, ambas “possibilitaram a orientação do interesse sociológico para as dimensões processuais, institucionais e organizacionais do direito”<sup>331</sup>.

Os movimentos sociais ressaltaram na desigualdade do cidadão perante a lei, abalando a legitimidade dos regimes políticos fundamentados na igualdade, demonstrando no âmbito do Judiciário a inacessibilidade à justiça, a não ser para uma diminuta parcela da sociedade.

---

<sup>330</sup> Op. cit., p. 163.

<sup>331</sup> Op. cit., p.165.

A crise da administração da justiça, eclodida nos anos 60, tem como causa eficiente, as significativas conquistas sociais, das relações de trabalho, da segurança social, da saúde, habitação, do aumento do consumo de bens em virtude da admissão da mulher no mercado de trabalho e sua repercussão nas relações familiares, agravada nas últimas décadas pela expansão dos novos direitos sociais que foram juridicizados, gerando uma “explosão de litigiosidade à qual a administração da justiça dificilmente poderia dar resposta”.<sup>332</sup>

Procura-se justificar tal disparate associando à crise financeira do Estado, gerada por períodos de recessão, face à diminuição da capacidade deste de atender compromissos assistenciais relativos às classes menos favorecidas que repercutiu em setores essenciais do serviços público, e em consequência na administração da justiça, que não pode se equipar para prestar adequadamente a tutela jurisdicional.

### **3.2.1 A Desigualdade social e os movimentos sociais no Brasil.**

Já em 1972, Jacques LAMBERT<sup>333</sup> afirmara que "os brasileiros estão divididos em dois sistemas de organização econômica e social, diferentes nos níveis como nos métodos de vida."

O desenvolvimento econômico e tecnológico, a influência da mídia, o êxodo rural para os centros urbanos, o inchaço das cidades, tudo isso favorece os desníveis sociais com todas as suas consequências em todos os recantos do país.

---

<sup>332</sup> Op. cit., p.165-166.

<sup>333</sup> **Os dois brasis**. 7. ed. São Paulo: Cia Nacional, 1972, p.101.

Aliás, o relatório da Comissão Mista do Congresso Nacional, criada com o objetivo de estudar o desequilíbrio brasileiro, realça a situação de excessiva pobreza, principalmente no Nordeste rural e nas grandes cidades, cuja população miserável é estimada em mais de 32 milhões de pessoas. Aponta ainda que “as políticas nacionais, ou seja, setoriais e macroeconômicas, só tem contribuído para aumentar as disparidades regionais, tais os efeitos da proteção tarifária para a substituição das importações e dos incentivos fiscais, cambiais e creditícios às exportações de manufaturados, por exemplo”<sup>334</sup>.

Notamos que o progresso que atingiu o Brasil não foi suficiente para desfazer o desequilíbrio social, muito pelo contrário, vem contribuindo para o distanciamento entre camadas sociais, dada a concentração de riquezas nas mãos de poucos, como constantemente propalado em palanques.

Todavia, não podemos negar, que o processo de cidadania<sup>335</sup> sofre transformação, cuja dimensão é muito maior do que se possa imaginar<sup>336</sup>.

---

<sup>334</sup> Relatório da comissão mista do Congresso Nacional para estudo do desequilíbrio inter-regional brasileiro - Rel. Senador Beni VERAS . v. 3, p. 59-60.

<sup>335</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Direitos políticos - perda, suspensão e controle jurisdicional**. RJ n. 201, julho de 1994, p.118, expõe que o “O capítulo da Constituição sobre “Direitos Políticos”, ... trata de temas como exercício da soberania popular pelo sufrágio e pelo voto... E diz essa variedade temática fornece os elementos para uma compreensão do que sejam os “Direitos Políticos” ou “Direitos de Cidadania” e conceitua como o “conjunto dos direitos atribuídos ao cidadão que lhe permite, através do voto, do exercício de cargos públicos ou da utilização de outros instrumentos constitucionais e legais, ter efetiva participação e influência nas atividades de governo.” Entendemos que o acesso à Justiça constitui um dos fundamentos do estado democrático (CF., art. 1º, II, c/c art. 5º XXXIV e LXXV).

<sup>336</sup> O apego do juiz a um positivismo jurídico que o qualifica pelo domínio das ciências jurídicas, não pode torná-lo insensível ao processo de mudança imposto pela sociedade pós-moderna, onde o direito à cidadania se apresenta como sendo o centro principal da conquista do homem do Século XXI. Deste modo, a jurisprudência que exclui a prisão civil nos casos de depósitos por equiparação nos contratos fiduciários, derroga a legislação de exceção e dá tratamento humano e digno

Neste contexto, o papel dos movimentos sociais organizados é fundamental para a transformação social e diminuição das desigualdades, uma vez que contribui para a conscientização de seus membros, desde que operem num grau de racionalidade determinante de uma dinâmica social libertadora, precedida de ordem e organização, sem as quais não passam de meros amontoados de vozes ocas.

Não é o nosso propósito tratarmos de fenômenos sociológicos e políticos, mas não poderíamos deixar de referir a tais questões, apenas para evidenciar que a crise da justiça é mais profunda, pois deita raízes na própria crise do Estado-Providência que a cada dia torna-se mais fragilizado e impotente diante dos movimentos reivindicatórios e do surgimento de novos movimentos sociais urbanos ou rurais, que pela diversidade são de difícil discriminação. Mas o certo é que movimentos sociais, como as comunidades eclesiais de base, organizadas sobre a chancela da Igreja Católica, os movimentos dos sem-terra e dos favelados, reivindicam a democracia e necessidades básicas; o novo sindicalismo urbano e rural, o movimento feminista, o movimento ecológico, o movimento pacifista, são mais do que reveladores da insatisfação com o sistema capitalista que impera e, sem dúvida, acena com uma forma de emancipação do excesso de regulação social que reina no Estado Moderno.

Reclama-se, portanto, não só medidas suavizadoras das desigualdades por parte dos governantes, mas o exercício corretivo próprio da atividade jurisdicional, a fim de inibir, abusos e privilégios, tendo em vista o equilíbrio social.

### **3.3 Desmistificação da neutralidade ideológica: a formação do novo juiz.**

O mito da neutralidade ideológica do juiz é fruto da Revolução Francesa, onde as primeiras constituições coíbiam o legislador de estabelecer distinções: era o direito de igualdade formal, o qual produzia grandes injustiças.

A colocação da administração da justiça na seara política - considerando o Judiciário como um subsistema do sistema político - insere os juízes no centro da análise, com referência aos seus comportamentos, idade, formação profissional, ideologia política e social e as motivações dos decisórios, vindo, com isto, a desmistificar a idéia da administração da justiça como uma função neutra e eqüidistante dos interesses das partes, conforme aponta Boaventura de Souza SANTOS. Partindo de elementos fornecidos por estudos específicos é possível distinguir-se juízes conservadores e liberais com base em suas decisões, bem como em que medida as características sociais, políticas, familiares, econômicas e religiosas dos magistrados influenciam o sentido da decisão<sup>337</sup>.

É crescente a preocupação com o recrutamento e a formação dos magistrados, a fim de lhes incrementar uma visão interdisciplinar, dotando-os de conhecimentos culturais, sociológicos e econômicos “que os esclareçam sobre as suas próprias opções pessoais e sobre o significado político do corpo profissional a que pertencem, imprescindíveis para o bom desempenho da função jurisdicional numa sociedade cada vez mais complexa e dinâmica<sup>338</sup>”.

---

<sup>337</sup> Op. cit., p.172-173.

<sup>338</sup> Op. cit., p.174.

Todavia, não basta medir o grau de conhecimento técnico do juiz apenas como condição para ingresso à carreira, esquecendo-se da formação e atualização do magistrado após o início do exercício da atividade jurisdicional. As escolas da magistratura, certamente, por falta de dotação se obrigam a focalizar sua preocupação na preparação daqueles que aspiram à magistratura, e deste modo, não cumprem seu papel de formar e/ou atualizar o juiz para o exercício de sua função.

Pensamos que com boa vontade e injeção financeira<sup>339</sup>, tais escolas poderiam transformar-se em instrumento de aperfeiçoamento do magistrado, como também, disponibilizar a todos os juízes o conhecimento interdisciplinar, v.g. sociológicos, econômicos, políticos, e, especialmente, sobre a administração da justiça, pois “é necessário aceitar os riscos de uma magistratura culturalmente esclarecida<sup>340</sup>” que, certamente, se julgaria apta para postular o aumento de poderes decisórios, como tantas vezes proposto no desenrolar deste trabalho.

De qualquer modo, nenhuma reforma processual surtirá os efeitos desejados se não for acompanhada de uma substancial reforma organizacional, sem a qual não é possível falar em democratização da

---

<sup>339</sup> O art. 93, IV da Constituição Federal prevê cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento de magistrados como requisitos para ingresso e promoção na carreira. No Paraná, pelo que sabemos, a Escola da Magistratura é mantida com recursos oriundos das mensalidades dos pretendentes às carreiras jurídicas. Somente após o ingresso do candidato aprovado no concurso público, é que a escola passa a ministrar aulas, por um curto período, não se enquadrando, portanto, nas exigências do texto constitucional. De outro lado, o curso de atualização é ministrado, vez ou outra, por poucos dias e, também, não cumpre a finalidade que seria o aperfeiçoamento do magistrado. Estamos na estaca zero. Sem dotação orçamentária própria e o envolvimento da própria administração do Poder Judiciário, a escola continuará preparando genericamente candidatos ao ingresso às carreiras jurídicas, como forma de suprir as deficiências dos cursos de graduação. Não somos contra a manutenção do curso que já funciona a vários anos, contribuindo, de qualquer forma, para a melhoria dos cursistas, dada a necessidade de manter a estrutura já existente, contudo, não se pode olvidar a finalidade precípua que é a formação e atualização de magistrados, sob pena de cair no vazio o texto constitucional.

<sup>340</sup> Op. cit., p.180.

administração da justiça. Aliás, como dito alhures, a reforma interna deve contemplar, também, a racionalização e divisão do trabalho por meio de uma gestão adequada dos recursos materiais e humanos.

Para tanto, exige-se uma nova postura mental que não traga à tona apenas um programa de reformas, mas também um método de pensamento compatível com os novos direitos individuais e sociais.

### **3.4 Acesso à Justiça.**

O acesso à justiça não pode ser focalizado exclusivamente, sob o ângulo do acesso à justiça, considerada, esta, como primeira grandeza na constelação axiológica que informa o direito, mas sim como acesso à jurisdição, como atividade estatal direcionada à declaração do direito, consoante proclama Donaldo ARMELIN.<sup>341</sup>

Logo, todos devem ter acesso à justiça que emerge do processo, pois acesso à justiça, significa acesso ao processo, que constitui, atualmente, a única via para se obter a tutela jurisdicional postulada.

Por isso que, a organização e exercício da jurisdição vêm regulados em lei (Lei de Organização Judiciária, Código de Processo Civil e algumas leis especiais), mas, também, a Constituição contém certas normas importantes, destinadas a garantir que o processo se realize

---

<sup>341</sup> **Acesso à justiça.** Revista da procuradoria geral do estado de São Paulo. n. 31, junho de 1989, p. 171-172.

de modo "equo", isto é, tendo todos a possibilidade de defender as suas razões, seja como autores, seja como réus.<sup>342</sup>

Entretantes, não se trata apenas de acesso formal à justiça como instituição, onde é assegurado o exame do caso pelo juiz ou tribunal, àqueles que podem suportar a demanda, segundo a filosofia dos Estados liberais dos séculos XVIII e XIX, sem preocupação com as desigualdades econômicas.<sup>343</sup>

Igualdade significa igualdade de oportunidades, mas em tema de acesso à justiça, a nossa realidade indica prognóstico pessimista, de modo que, reclama a adoção de instrumentos processuais que minimizem a desigualdade substancial detectada, pois não é possível dissociar igualdade do efetivo acesso à justiça.

Com as democracias, os direitos sociais e econômicos são alvos da preocupação do Estado, que, atento à realidade, passa a tratar desigualmente os desiguais, a partir da observação de que o acesso à justiça tornou-se privilégio de poucos e busca proteger o cidadão, não da opressão política, mas da econômica.<sup>344</sup>

A proclamação no plano internacional dos direitos e garantias fundamentais e o modo como se hão de fazer os processos obriga duplamente o legislador a instituir e regulá-los com observância

---

<sup>342</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. v. 2. Trad. e notas de Cândido Rangel. DINAMARCO. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 08 et seq.

<sup>343</sup> Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Assistência judiciária e acesso à justiça**. Revista da procuradoria geral do estado de São Paulo. n. 22, janeiro/dezembro de 1984, p.18 ; MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais 1992, p. 22-23.

<sup>344</sup> MARINONI, **Novas...**, p. 23.

dos princípios fixados na Constituição e nesses tratados internacionais, de modo que, o acesso à ordem jurídica justa significa acesso a um processo justo, ao devido processo legal, a uma justiça imparcial, igual, contraditória, que coloque à disposição dos litigantes todos os instrumentos e meios necessários para garantir, não só os direitos tradicionais, mas, sobretudo, os direitos emergentes de titularidade problemática, tais como: os direitos da criança em face da violência na TV; discriminação sexual da mulher; direitos dos consumidores, face produtos defeituosos e poluição ambiental.<sup>345</sup>

O acesso à justiça está jungida à idéia de justiça social e indica opção ideológica desmistificadora da neutralidade do juiz. As primeiras Constituições Liberais coíbiam o legislador de estabelecer distinções, a menos que consonantes com as razões de ordem biológica. Era direito de igualdade formal, o qual produzira injustiças.<sup>346</sup>

Para tanto, requer-se uma nova postura mental, focalizando o sistema jurídico sob a ótica do consumidor, que é o destinatário da norma.

Mas, o que na verdade acontece é a utilização do direito como instrumento de governo para a realização de projetos econômicos, onde predomina a eficiência técnica, em detrimento da equidade e do bem-estar da coletividade.<sup>347</sup>

---

<sup>345</sup> WATANABE, Kazuo. **Participação e processo**: acesso à justiça e sociedade moderna. Coordenação: Ada Pellegrini GRINOVER, Cândido Rangel DINAMARCO, Kazuo WATANABE. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.128.

<sup>346</sup> MARINONI, *Novas...*, p 22.

<sup>347</sup> WATANABE, *op. cit.*, p. 128; MARINONI, *op. cit.*, p. 25-26.

A contrario sensu, “o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação”.<sup>348</sup>

Porém, os custos dos litígios são muito elevados, agravados ainda, pela lentidão dos processos que se tornam mais onerosos para os cidadãos de menos recursos financeiros.

A superação desses obstáculos constitui um problema complexo, pois embora garantido o acesso à justiça no plano constitucional (CF., art. 5º,XXXV), a desigualdade social e cultural (população mais pobre), o custo elevado do processo, as despesas processuais e a produção de certas provas científicas, aliados à excessiva duração do processo (lentidão da justiça), tornam incompatíveis a efetividade do processo, estrangulando, desta forma, os direitos fundamentais do cidadão.

O problema não é de fácil solução, pois além destes fatores, a postulação em juízo deve ser realizada através de advogado, dada a complexidade do direito que exige habilitação técnica específica.

Para contornar tal problemática, não basta apenas a garantia da justiça gratuita, mas a assistência jurídica, consistente na orientação a cargo de órgão estatal, que se desincumbirá, não só propondo ação na defesa dos necessitados, como produzindo provas e provendo

---

<sup>348</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 11-12; MARINONI, **Novas...**, p. 23.

recursos para sustentar a demanda, garantindo assim a paridade de armas.<sup>349</sup>

Também, o direito à informação e a conseqüente proteção jurídica só terá efetividade quando se permitir ao cidadão a informação plena de seus direitos e a adequada assistência jurídica e judiciária (dever do Estado, CF., arts. 5º, LXXIV e 134), sob pena de tornar-se em mero direito formal a garantia constitucional de acesso à uma ordem jurídica justa.

A solução que se apresenta para minorar os problemas, principalmente, a morosidade da justiça, além dos meios alternativos de resolução de litígios, como por exemplo a arbitragem, intermediação e conciliação e a implementação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Comum e Especial, outras são indicadas neste trabalho, dentre as quais a transformação procedimental.

Por oportuno, os Juizados Especiais no Paraná vêm se revelando como meios eficientes para solução de conflitos, além de permitir a participação popular na administração da justiça. A conciliação aproxima o povo do Judiciário e o Juizado caracteriza-se como procedimento ágil, simples e barato. Sua criação demonstra a preocupação com a redução dos custos do processo.

De outro lado, a reforma processual não pode deixar de enfrentar fatores importantes, no afã de resolver a morosidade da justiça, a começar pela distribuição racional dos feitos aos magistrados no âmbito de sua competência. Dentre as causas da lentidão, deve-se investigar em que medida, a atuação do Ministério Público e o exercício da advocacia, e

---

<sup>349</sup> ARMELIN, Donaldo. **Acesso à justiça**. Revista da procuradoria geral do estado de São Paulo. n. 31, junho de 1989, p.179.

principalmente a última, concorrem para os custos ou benefícios decorrentes da lentidão da justiça.

Não se pode prescindir da análise dos obstáculos sociais e culturais ao efetivo acesso à justiça, dentre os quais, salientamos que as pessoas de estado social inferior e as dotadas de menor recursos financeiros tendem a conhecer menos os seus direitos, pois, em regra, terão maiores dificuldades de identificar o problema como sendo de natureza jurídica, inclusive, a ignorar o direito, sua violação e possibilidade de reparação através da propositura de ação, sendo que às vezes, mesmo quando reconhecem o direito, hesitam em ingressar na justiça.

Boaventura de Sousa SANTOS<sup>350</sup> apresenta dados que demonstram a assertiva, referindo-se que pesquisa realizada em Nova Iorque concernente a acidentes vários, 27% da classe baixa nada fazia para obter indenização, em comparação aos 2% da classe alta.

Os fatores que explicam a desconfiança ou resignação de tal seguimento social, podem ser atribuídos a grande diferença qualitativa dos serviços advocatícios prestados às classes baixas, aliado ao temor de represálias em caso de recurso à justiça. A simples identificação do problema jurídico e vontade de recorrer à justiça não bastam, pois existem uma série de fatores socioeconômicos que impedem o acesso do cidadão à justiça.

Por fim, o aperfeiçoamento da organização judiciária é fator preponderante para possibilitar o adequado acesso à justiça, e para tanto, faz-se necessária uma boa infra-estrutura administrativa, dotada de

---

<sup>350</sup> **Direito e justiça:** Introdução à sociologia da administração da justiça. Organizador: FARIA, José Eduardo. São Paulo: Ática, 1989, p.48-49.

recursos humanos e materiais, sempre com a mentalidade voltada para a racionalização da justiça e valorização da primeira instância<sup>351</sup>.

### **3.5 Direito à tempestividade da tutela jurisdicional**

O princípio da ubiqüidade da justiça, consagrado no art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988, engasta o direito à tutela jurisdicional adequada, cabendo analisar, contudo, se tal postulado constitucional contempla o direito à tempestividade da prestação desta tutela.

Para o Professor Luiz Guilherme MARINONI<sup>352</sup>, a resposta é positiva, porquanto não teria sentido a garantia do direito de ação e o acesso à efetiva justiça sem que o cidadão pudesse obter uma resposta do órgão estatal em prazo razoável.

Efetivamente, não basta reconhecer, formalmente, o direito público subjetivo de exercitar a ação, dentro de um esquema tradicional de proteção dos direitos e liberdades públicas, sem se pensar numa reestruturação da administração da justiça e, particularmente do processo, como instrumentos para a realização do direito, através de mecanismos que possibilitem presteza e celeridade do provimento judicial.

---

<sup>351</sup> Já foram feitas algumas adaptações para propiciar a veiculação de interesses coletivos e difusos, mas não são suficientes, nem muito menos esgotam as novas tendências do direito processual.

<sup>352</sup> **Garantias constitucionais do processo civil** : garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. Coordenador: José Rogério Cruz e TUCCI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.207-233.

Assim, a tutela jurisdicional, outrora apenas vista sob o aspecto formal, deve ser concebida hoje como garantia substancial, de modo a traduzir a efetividade e a tempestividade da tutela, como contributo ao princípio da igualdade, previsto no art. 5º da Constituição Federal, como anota Vittorio DENTI<sup>353</sup>, referido por MARINONI, para quem “a tutela jurisdicional somente é efetiva quando é tempestiva.”

Assim, a efetividade da tutela somente pode ser realizada através do processo, que se caracteriza por uma sucessão de atos dentro de um ritmo cronológico visando determinado fim, que é a prestação da tutela jurisdicional postulada pelo consumidor do direito. Entretanto, a experiência revela a ocorrência de múltiplos fatores que acabam frustrando a expectativa de todos os operadores do direito, especialmente da sociedade, porquanto, “a demora na administração da justiça constitui, na verdade, pura denegação de justiça”.<sup>354</sup>

Conforme anota Piero CALAMANDREI, “quando se concebiam os meios processuais para impedir que os litígios se tornassem ‘poene immortales’, o processo era imaginado como um organismo vivo, que nasce, cresce e, por fim, se extingue por morte natural com o julgado”.<sup>355</sup>

O queixume acerca da alarmante lentidão da máquina judiciária é antigo, como revelado em excelente estudo do Professor Cruz

---

<sup>353</sup> **La giustizia civile**. Bologna: Il Mulino, 1989, p. 73.

<sup>354</sup> Neste desiderato é atual a comparação de CAPPELLETTI ao referir-se à justiça italiana como a um relógio quebrado, que deve ser “batido e sacudido para continuar em movimento”. Cf. José Rogério Cruz e TUCCI. **Tempo e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 15.

<sup>355</sup> **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. Trad. por Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 159.

e TUCCI em sua obra *Tempo e Processo*.<sup>356</sup> Aponta este que a partir do Iluminismo a busca pela racionalidade, simplicidade e celeridade processual tornou-se preocupação marcante.

O fator tempo assume significação em todos os quadrantes da vida social<sup>357</sup> e, sem dúvida, com implicações marcantes na área do direito,<sup>358</sup> porquanto, o fato jurídico se reveste de estrutura tipicamente temporal e caracteriza-se como a grande medicina do direito, como revelam os institutos da prescrição, da decadência, da preempção, da preclusão e da coisa julgada.

Neste desiderato, embora a personalidade civil comece com o nascimento, o indivíduo somente adquire a capacidade plena aos 21 anos, sendo que certos direitos somente podem ser exercidos desde que observados os limites de idade estabelecidos pela Constituição Federal e a legislação infraconstitucional.<sup>359</sup>

A cronologia é relevante não só na área cível, cuja importância não pode ser negada, uma vez que marca o indivíduo do nascimento à morte, conferindo capacidade não só para os atos da vida civil, como também, no que diz respeito à sua responsabilização penal, uma vez que a gravidade dos delitos é mais severamente apenada com lapso temporal mais elevado.

---

<sup>356</sup> São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.15.

<sup>357</sup> Ver a respeito: SANTOS JÚNIOR, Francisco Alves dos. **Tempo e direito: reflexos do tempo filosófico e científico no campo jurídico**. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos da Instituição Toledo de Ensino, n. 27, dezembro de 1999 a março de 2000, p. 21-55.

<sup>358</sup> “Tudo tem a sua ocasião própria, e há tempo para todo propósito debaixo do céu”. Eclesiastes 3: 1.

<sup>359</sup> Constituição Federal, arts.14, § 1º, I e II, § 3º, VI; 104, § único; 226, § 6º, dentre tantos outros enumerados na CF/88 e legislação infraconstitucional que atribuem ou restringem direitos.

No campo processual é evidente a repercussão do tempo no esquema procedimental, posto que toda a estrutura do processo gira em torno de prazos preestabelecidos, a começar pelo aforamento da ação, resposta do réu, interposição de recursos e os pronunciamentos dos diversos órgãos judiciais.<sup>360</sup>

É reconhecido por toda sociedade que a delonga da solução do litígio causa frustrações, de modo que, urge a criação de mecanismos de realização do direito de forma efetiva, tempestiva e adequada, conformando o tempo de forma racional no processo, a fim de viabilizar o pronunciamento judicial seguro e célere, em tempo razoável, visto que o direito do indivíduo tende a se esmaecer diante de uma sentença tardia, que passa a assumir conotação injusta.

No escólio de Rafael BIELSA e Eduardo GRAÑA<sup>361</sup>, citado por Cruz e TUCCI<sup>362</sup>, o resultado de um processo

não apenas deve outorgar uma satisfação jurídica às partes, como, também, para que essa resposta seja a mais plena possível, a decisão final deve ser pronunciada em um lapso de tempo compatível com a natureza do objeto litigioso, visto que - caso contrário - se tornaria utópica a tutela jurisdicional de qualquer direito. Como já se afirmou, com muita razão, para que a Justiça seja injusta não faz falta que contenha equívoco, basta que não julgue quando deve julgar!

Convêm lembrar o disposto no art. 6º, 1, da Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950, ao estabelecer que “toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada eqüitativa e publicamente num prazo razoável,

---

<sup>360</sup> Tome-se por exemplo o art. 46 do Código de Processo Penal.

<sup>361</sup> **El tiempo y el proceso**. Revista del Colegio de Abogados de La Plata. La Plata, 55(1994):189.

<sup>362</sup> **Garantias constitucionais do processo civil** : garantia do processo sem dilações indevidas. Coordenador: José Rogério Cruz e TUCCI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 236.

por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra ela dirigida”.

A inobservância dos prazos processuais, sem dúvida, contribui para a demora da tutela jurisdicional. Nesse aspecto a jurisprudência da Corte Européia dos Direitos do Homem, consoante enuncia Cruz e TUCCI, apresenta três critérios que devem ser levados em conta para a apreciação do tempo razoável de duração de um determinado processo. Entrementes, só será possível tal constatação a partir da análise da complexidade do assunto, do comportamento dos litigantes e de seus procuradores e da atuação do órgão jurisdicional.<sup>363</sup>

Conforme lembra o autor mencionado, a Corte Européia não considera como justificativa plausível para a morosidade da prestação jurisdicional o excesso de trabalho ou o número elevado de demandas.<sup>364</sup>

A American Bar Association publicou, recentemente, uma pesquisa apontando o tempo tolerável de duração dos processos nos tribunais ordinários da justiça norte-americana, sendo que nas causas cíveis em geral, 90% dos processos devem ser iniciados, processados e

---

<sup>363</sup> Para maior aprofundamento, conferir as obras do autor “Tempo e processo” e “Garantia do processo sem dilações indevidas”, já citadas.

<sup>364</sup> Segundo noticia Cruz e TUCCI, a Corte Européia dos Direitos do Homem, no julgamento ocorrido em 25 de junho de 1987, condenou o Estado italiano a indenizar uma litigante nos tribunais daquele país pelo dano moral “derivante do estado de prolongada ansiedade pelo êxito da demanda”, cuja íntegra do acórdão encontra-se na obra citada. Também refere-se a um julgado de janeiro de 1985, do Tribunal Constitucional da Espanha, que enunciou que: “O art. 24.2 não constitucionalizou o direito aos prazos, na verdade, constitucionalizou, configurado como um direito fundamental, o direito de toda pessoa a que sua causa seja resolvida dentro de um tempo razoável..”. Igualmente a revisão do Código de Processo Civil português prevê no art. 2-1, o direito a um processo despido de inoportunas procrastinações: “A protecção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar”. **Garantias...**, p. 248.

concluídos dentro de 12 meses; sendo que os 10% restantes, em decorrência de circunstâncias excepcionais, dentro de 24 meses. E nos casos cíveis sumários, processados perante juizados de pequenas causas (small claims), deverão ser finalizados em 30 dias. E nas relações domésticas, 90% destas pendências devem ser iniciadas e julgadas ou encerradas de outro modo no prazo de 30 dias; 98% dentro de 6 meses e 100% em um ano.<sup>365</sup>

Por outro lado, o art. 8º, 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, incorporado ao ordenamento brasileiro (Decreto 678/92), dispõe que toda pessoa tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial.

Apesar da Constituição Federal de 1988 enumerar um rosário de direitos e garantias fundamentais, corolários do devido processo legal, nada dispôs, acerca do direito à tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável.

Contudo, para suprir a omissão, a reforma constitucional do Poder Judiciário, em andamento no Congresso Nacional, acrescenta o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal, assim redigido: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Como o Brasil é signatário do Pacto de San José de Costa Rica, não se justifica a não implementação de reformas do Judiciário,

---

<sup>365</sup> Cruz e TUCCI, *Garantias...*, p. 249.

buscando compatibilizar o direito interno com o disposto no art. 8º do Tratado que goza de “status” constitucional, não sendo suficiente apenas as garantias formais do acesso à justiça, do juiz natural, da plenitude de defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões judiciais, que se tornam vazios sem a prestação de uma tutela judicial dentro de um lapso temporal razoável.

#### 4. PARA UMA MAIOR EFETIVIDADE DO PROCESSO CIVIL

Fomos impulsionados a tratar da questão judiciária, quem sabe pelo fato de exercer a magistratura a quase duas décadas, mas o que mais nos chamou a atenção foi a propalada “crise de credibilidade do Judiciário”, e por isso enveredamos neste caminho, sempre na tentativa de apresentar algumas formulações que possam contribuir para a adoção de uma política judiciária mais sintonizada com as necessidades sociais do nosso tempo.

Não resta dúvida que é necessário incrementar uma ampla reforma no Judiciário, a começar pela reorganização da estrutura judiciária, que por suas implicações administrativa e gerencial, refoge a finalidade deste trabalho. O estudo se cinge, como visto, a formular algumas sugestões no âmbito da reformulação do processo, sempre com o fito de proporcionar a otimização da prestação jurisdicional, reclamada pelos consumidores do direito. Estas propostas, se viabilizadas, poderão a curto, médio e longo prazo contribuir para o desencadeamento de uma mudança de mentalidade das autoridades públicas responsáveis pela política judiciária, materializada pela adequada elaboração de leis, com a participação efetiva das três esferas de poder.<sup>366</sup>

---

<sup>366</sup> O Presidente da OAB, subseção de Curitiba e Região Metropolitana, Nataniel RICCI, em artigo intitulado **Democracia direta já**, publicado no Jornal da OAB. n. 66, setembro de 2000, p. 2, assim se referiu: “sobre o descompromisso da classe política para com os assuntos da Justiça na Capital, pois sem que o Executivo encaminhe e o Legislativo aprove proposta orçamentária, não há verbas para o Judiciário construir e tampouco modernizar suas ferramentas de trabalho.”

#### **4.1. Aperfeiçoamento da organização judiciária e reformulação processual.**

A Carta Magna consagrou um rosário de direitos e garantias individuais e sociais, mas salta aos olhos, que decorridos mais de 10 anos de sua promulgação pouca coisa se fez no sentido de equipar o Judiciário para atender ao número cada vez mais crescente dos mais variados tipos de demanda.

Não obstante a importância atribuída ao Poder Judiciário em termos de proteção dos direitos, o discurso quanto à necessidade de reforma da estrutura judicial assume contornos emocionais, com ataques a magistrados e operadores do direito, às vezes apontando suas mazelas e fraquezas. Estes se defendem, revelando a carência material e a existência de leis antiquadas, mas tudo parece, propositadamente, engendrado para desviar o foco do debate, que é a imprescindível reorganização estrutural do Judiciário.

A atribuição do Judiciário é discriminada pelo sistema legal e não oferece maiores dificuldades, porém “qualquer instituição deve cumprir determinadas funções e sua estrutura otimizada dependerá da clara atribuição prévia dessas funções, quer dizer, a estrutura otimizada de uma instituição será sempre a que a capacite para o melhor desempenho do que a ela será cometido. Quando o que lhe é cometido não for bem definido, ainda menos definidos serão seus modelos estruturais”.<sup>367</sup>

---

<sup>367</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário** : crises, acertos e desacertos. Trad. por Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.21.

A propalada inoperância do Judiciário, na administração da justiça, reflete a frustração e insatisfação do povo que passa a desacreditar na máquina estatal e a propagar a crença na impunidade e em ditos populares de que “o crime compensa” e “só pobre vai para a cadeia”, fatores estes geradores de violência.

Reflete ainda, no Judiciário a insatisfação do povo diante do retardamento das reformas sociais (reforma agrária, habitação, educação, saúde, etc.), “estabelecendo-se um confronto entre o legal e o justo”, esperando-se que o “juiz, em nome da Justiça, resolva os conflitos não à luz da lei mas das necessidades sociais”.<sup>368</sup>

Nesta linha de conduta, a mídia testemunha manifestações de agentes públicos, empresários, etc., que, com frequência, atribuem funções ao Judiciário, como forma de escamotear a verdade acerca de determinada situação. Esse sacrifício vicário transferido ao Judiciário, sem a sua anuência, faz transluzir toda a sua mágoa através de um rosto definhado e triste.<sup>369</sup>

Neste aspecto como ressalta ZAFFARONI<sup>370</sup>, a distância entre o que se “diz” e o que se “faz” chega a ser paradoxal e afeta negativamente a instituição. O disparate pode ser afastado através da aplicação de “uma sadia política institucional” que esclareça as funções específicas do Judiciário.

---

<sup>368</sup> SANTOS, Luiz Carlos Ribeiro dos. **Sociedade, direito e jurisdição**. Revista da faculdade de direito. Faculdades metropolitanas unidas n. 20. Série Nacional. São Paulo, 1998.

<sup>369</sup> Parodiando, Junqueira FREIRE. **Obras Póstumas II**, p. 153.

<sup>370</sup> Op. cit., p. 23.

Sem a pretensão de fazer uma apologia à crise, que é prato cheio para a exploração política, os protagonistas colocam toda uma carga emotiva para dramatizar a inoperância judiciária aos olhos da coletividade e, com isso, disfarçar a verdadeira situação dessa instituição democrática e impedir um correto diagnóstico que viabilize a previsão de soluções adequadas, pois para tais atores dantes referidos, por razões ideológicas, é conveniente a ineficiência do Judiciário.<sup>371</sup>

É de supor que, a imagem transmitida à coletividade transfigura o Judiciário como um objeto protetor de tabus, embora o objetivo dos piagas seja esconder algo falsamente considerado no “mundo das abstrações o qual é propensa a experiência jurídica alienante”.<sup>372</sup>

É que a retórica oficial, às vezes, bela e culta é capaz de deslumbrar até mesmo os mais devotados cultores do direito, mas é preciso resistir a tais encantos, a fim de não embarçar as formulações políticas que consideram a realidade da questão judiciária no Brasil.

A crise existe e não há como “tapar o sol com a peneira<sup>373</sup>”, mas nem por isso, deve o Judiciário tornar-se receptáculo de “demandas provocadas por escaramuças políticas”.

A dinâmica social cria multiplicidade de relações jurídicas, sendo imperativo a incorporação dos novos direitos sociais que, pela peculiaridade, assumem características diversificadas, e apresentam feição contraditória de região para região. Basta atentar para a

---

<sup>371</sup> Op. cit., p. 23.

<sup>372</sup> Op. cit., p. 23.

<sup>373</sup> Provérbio popular.

marginalização e exclusão social de boa parcela da sociedade que está a demonstrar hoje, o disparate da prédica jurídica tradicional.

Somam-se ainda, os constantes planos econômicos, a burocracia desmedida e a “produção legislativa impulsionada unicamente pelo clientelismo político” que eclode em inúmeras demandas, provocando “um maior protagonismo político dos juízes com o conseqüente aumento de suas faculdades discricionárias, ao que se agrega que, em geral, o público parece tender a expressar-se mais violentamente diante dos erros - reais ou supostos - da justiça do que diante dos erros de outros órgãos estatais”.<sup>374</sup>

A democratização do país incentiva a liberdade de expressão, anima a crítica, potencializa a criatividade e acelera as comunicações, inserindo o Judiciário, antes tema de minoria, no seio da opinião pública, dificultando, destarte, a atuação daqueles que sempre viram nele algo que pudesse agasalhar interesses particulares dos apaniguados do poder.

Isto se deve, quiçá, aos longos períodos ditatoriais que imperaram no país, desde o advento da República, que não permitiram a plena maturidade das instituições políticas, e por conseguinte, inibiram a revelação das deficiências estruturais dos entes públicos, e em especial do Judiciário, que permaneceu envolvido pelo seu imenso casulo, como um corpo despercebido da coletividade.

O restabelecimento do regime constitucional pôs à prova as estruturas carcomidas pelos regimes de exceção e mostrou a inidoneidade do Judiciário para responder aos anseios de justiça da sociedade.

---

<sup>374</sup> ZAFFARONI, **Poder...**, p.24, com apoio em Otto Bachof. **Jueces y Constitución**. Madrid, 1985, p. 64.

É preciso tecer nova roupagem para vestir a estrutura judiciária desnudada e que reluta em demonstrar sua incapacidade, quanto à operacionalização dos novos direitos individuais e sociais constitucionalmente consagrados.

É preciso, portanto, reconhecer que o Judiciário não possui compartimentos suficientes para acomodar todos os direitos dinamizados pela nova realidade social, sendo, portanto, imperativo a reestruturação que contemple toda a extensão desses direitos, a fim de evitar que fiquem de fora de sua proteção.

As discussões acerca da crise institucional da justiça não pode prescindir da análise de outros fatores que concorrem para o esfacelamento do Judiciário, pois tal fenômeno não desponta repentinamente, mas vai se sedimentando pelo transcurso dos anos, em razão da despreocupação legislativa, e, sobretudo, da omissão de governantes.

O limite entre o político e o judicial não pode ser definido apenas formalmente no Estado moderno, não havendo como desconsiderar a função política e social da magistratura, que se revela cada dia em típica atuação de “governo”.<sup>375</sup>

Porém, os políticos são mais hábeis do que os juízes na relação com as mídias e manipulação da opinião pública, conseguindo transmitir falsas expectativas de solução de conflitos pelo Poder Judiciário. Os juízes mordem a isca, na pressuposição de que passarão a ser alvo da atenção pública. Entretanto, a frustração de tais expectativas gera desgaste da imagem do Judiciário e pode legitimar ações

---

<sup>375</sup> Op. cit., p. 33.

demagógicas por parte dos agentes políticos, e, em consequência, legitimar qualquer sacrifício das garantias e dos direitos. Aberrações jurídicas como os chamados “juízes sem rosto” são produto desses processos.<sup>376</sup>

A descarga de conflitos sem solução exime a responsabilidade dos caudilhos políticos e afeta a independência judiciária, a ponto de favorecer a imposição de medidas com objetivo de restringir a atuação desse Poder, como vem acontecendo atualmente na Venezuela.

Esta estratégia empregada pelos detentores do poder, com a nítida intenção de neutralizar o poder moderador do Judiciário, pode comprometer a democracia, pois um poder sem capacidade de resolver conflitos dificilmente contribuirá para a limitação do poder, tornando inoperante a regra dos freios e contrapesos, tão cara à democracia.

Um Judiciário enfraquecido e desprestigiado, sem dúvida, “conspira contra uma democracia, porque um componente real dessa democracia deve ser o direito ao desenvolvimento, que se resente quando não existe um Judiciário em condições de garantir certa segurança jurídica aos investimentos produtivos”, além de permitir, que as maiorias de ocasião extrapolem as linhas republicanas, impondo a “demagogia e a força sobre a serenidade e a racionalidade”.<sup>377</sup>

Assim, o Judiciário brasileiro arcaico, dependente e debilitado, não se aparelhou para assumir a solução de litígios oriundos da democracia moderna, principalmente, em vista dos novos direitos

---

<sup>376</sup> Op. cit., p. 33.

<sup>377</sup> Op. cit., p. 33.

sociais, de modo que a reforma deve abarcar todos os níveis do Judiciário, em especial, a primeira instância que é o "front" do campo de batalha, em cujas trincheiras se travam a generalidade dos conflitos.

Tais embates são desenvolvidos, via de regra, com emprego de armamento ultrapassado, com amontoados de papéis, intermináveis pilhas de autos, carimbos, em contraposição à realidade contemporânea da informatização e comunicação instantâneas.

O aperfeiçoamento da organização judiciária é fator preponderante para possibilitar uma adequada tutela jurisdicional, e para tanto se faz necessária uma estrutura administrativa condizente com a realidade atual, dotada de recursos humanos qualificados, com a criação de serviços auxiliares, de acordo com a evolução dos quadros da magistratura. Não basta prover cargo de juiz, sem oferecer as indispensáveis condições materiais e humanas, sem o que, a prestação jurisdicional não passará de mera ilusão.

#### **4.2 Simplificação procedimental: utilização dos meios eletrônicos e dos sistemas de videoteipe e fonográfico para os registros e comunicação dos atos processuais.**

A comissão de reforma do processo civil, vem envidando esforços para aprimorar a legislação processual civil, tanto que, pelo menos 10 anteprojetos foram convertidos em lei<sup>378</sup>.

---

<sup>378</sup> O 12º restou prejudicado em face da Lei 9.756/98, o 11º encontra-se no Congresso aguardando o desfecho da reforma constitucional e os 13º, 14º e 15º, também já foram encaminhados ao Congresso nacional para apreciação, consoante informa o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. **O prosseguimento da reforma processual civil.** Inédito.

Todavia, dos projetos encaminhados ao Congresso Nacional e já convertidos em lei, destacam-se a Lei 8.455/92 que simplifica a produção da prova pericial<sup>379</sup> e a Lei 8.710/93 que instituiu a citação e a intimação pelo correio, como regra. As leis 8.950, 8.951, 8.952 e 8.953, de 13 de dezembro de 1994, introduziram inúmeras modificações ao Código de Processo Civil, dentre as quais salientam-se: a que permite ao juiz limitar o litisconsórcio facultativo, quando o número de litigantes comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa (CPC., art. 46, § único, acrescido pela Lei 8.952); permite ainda, a qualquer tempo, a conciliação das partes (CPC., art. 125, IV, inciso acrescido pela Lei 8.952), com designação de audiência no prazo de 30 dias, sendo esta frustrada e havendo necessidade designar-se-á audiência de instrução e julgamento (CPC., art. 331 e seus parágrafos, redação determinada pela Lei 8.952). A Juntada de documentos e vista obrigatória prescinde de despacho (CPC., art. 162, § 4º acrescido pela Lei 8.952). Autoriza a antecipação da tutela jurisdicional, “desde que, existindo prova inequívoca, o juiz se convença da verossimilhança da alegação, e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”.(CPC., art. 273, incisos I e II, com nova redação dada pela Lei 8.952).

A lei 9.245/95 altera dispositivos do CPC, relativos ao procedimento sumaríssimo, que passa a denominar-se “procedimento sumário, (arts. 275 a 281). As principais alterações referem-se à possibilidade do juiz determinar a conversão para o rito ordinário, quando

---

<sup>379</sup> O Anteprojeto n.º 14, propõe alteração da redação do § único do art. 433, para viabilizar que as partes venham a ser cientificadas da apresentação do laudo pelo perito do juízo, só então decorrendo o decênio para oferecimento dos pareceres pelos respectivos assistentes. Cf. Exposição de motivos. Redação sugerida ao parágrafo pelo anteprojeto: Os assistentes técnicos oferecerão seus pareceres no prazo comum de dez dias, após intimadas as partes da apresentação do laudo.” Venho adotando esta prática nos processos que presido (**grifo meu**).

suscitado em caso de impugnação ao valor da causa ou suscitado a impropriedade do procedimento em face das matérias do (art. 275, II c/c art. 277, § 4º), ou quando diante da necessidade de produção de prova pericial de maior complexidade (art. 277, § 5º). Permite que o réu formule pedido na contestação, desde que este se atenha aos fatos narrados na petição inicial (Cód. Proc. Civil, art. 278, § 1º), atribuindo-se, portanto, caráter dúplice às ações que se processam por este rito, além de possibilitar o julgamento conforme o estado do processo quando desnecessário a produção de prova em audiência (CPC., art. 278, § 2º), estabelece o agravo retido das decisões sobre matéria probatória, ou proferidas em audiência. Por fim, tramita proposta no Congresso Nacional, visando a elevação da alçada para quarenta salários mínimos, admitindo-se, também, a intervenção de terceiro fundado em contrato de seguros.<sup>380</sup>

A Lei 9.139/95 modifica a sistemática do agravo de instrumento<sup>381</sup>, revogando os arts. 522, §§ 1º e 2º, 523, I, II, III, 523, § único, 525, § único; 527, §§ 1º ao 6º e altera os arts. 522 a 527 e 557 e inclui, § único no art. 522, §§ 1º a 4º no art. 523; 524, I, II e III; 525, §§ 1º e 2º, 527, I, II, III e IV; 527, § único. A nova sistemática desestimula a utilização do agravo de instrumento como medida protelatória e evita o

---

<sup>380</sup> O anteprojeto n.º 13 fixa a alçada em quarenta salários mínimos para as causas submetidas ao procedimento sumário (art. 275, I), reparando a incongruência com o procedimento sumaríssimo da Lei 0.099/95, que corresponde ao dobro da do rito sumário. Altera, também, a redação do art. 280, remetendo o agravo retido para a sede própria, art. 523, § 4º. Veda o emprego dos embargos infringentes no procedimento sumário e abre-se oportunidade para a intervenção de terceiro (denúnciação da lide ou chamamento ao processo) nos casos de pretensão regressiva fundada em contrato de seguro. A reforma viabiliza que, em acidentes automobilísticos, a seguradora passe a integrar a lide, permitindo, desde logo, a resolução da pretensão indenizatória e a de reembolso, possibilitando a composição da lide entre a seguradora e o demandante. Cf. Exposição de motivos do anteprojeto do referido anteprojeto.

<sup>381</sup> A nova sistemática desestimula a utilização do agravo de instrumento como medida protelatória e evita o uso anômalo do mandado de segurança. O modelo embora superior, encontrou uma nova realidade forense, porém, já é objeto de nova proposta,

uso anômalo do mandado de segurança. “O modelo, embora superior, encontrou uma nova realidade forense, em conseqüência do aumento de decisões interlocutórias causadas pelo instituto da antecipação da tutela e demais medidas de urgência.”<sup>382</sup> A comissão, embora reconhecendo o excessivo número de agravos, mantém o recurso, argumentando que não é possível eliminar esse tipo de recurso ou admiti-lo apenas na modalidade retida. A solução apresentada permite que o relator converta o agravo de instrumento em agravo retido, quando não houver perigo de lesão grave e de difícil reparação, remetendo os respectivos autos ao juízo da causa, onde serão apensados ao autos principais. Será interposto agravo retido das decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento e das posteriores a sentença<sup>383</sup>, salvo na hipótese de inadmissão de apelação, art. 523, § 4º.

A Lei 8.898, de 29.6.94, dispensou o cálculo do contador, quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, permitindo que o credor instrua a execução com memória discriminada e atualizada. O anteprojeto encaminhado ao Congresso Nacional, prevê a possibilidade do credor solicitar ao juiz a requisição de dados existentes em poder do devedor ou de terceiros, de modo a permitir que o credor elabore a memória discriminada de cálculo. Quando o juiz perceber o descompasso entre a sentença exequenda e a memória apresentada pelo credor ou que se tratar de assistência judiciária poderá valer-se do contador<sup>384</sup>.

---

<sup>382</sup> TEIXEIRA, **O prosseguimento...** Inédito.

<sup>383</sup> Exposição de motivos (Anteprojeto n.º 15), art. 1º, proposta de alteração ao art. 527, com renumeração dos respectivos incisos. A providência visa diminuir o vultoso número de agravos que tramitam nos tribunais de segundo grau. Trata-se, porém, de faculdade, não dever do relator, uma vez que, conforme as circunstâncias, o relator poderá vislumbrar a conveniência em, desde logo, solucionar a questão processual pendente. Pode o relator apenas atribuir efeito suspensivo ao agravo (art. 558), com também, na linha de jurisprudência predominante, dar-lhe o efeito ativo, ou seja, poderá antecipar total ou parcialmente a própria tutela pretendida no recurso.

<sup>384</sup> Exposição de motivos cit. o anteprojeto acrescenta dois parágrafos

A Lei 9.079/95 introduziu o procedimento monitorio, com o objetivo de agilizar a execução no sistema processual brasileiro. Entretanto, a nova reforma avança na consecução desse objetivo ao propor a supressão do processo executivo autônomo, em se tratando das obrigações de dar coisa, certa ou incerta, e das obrigações de fazer ou de não-fazer, o que significa que nessas espécies de obrigações, quando embasada em título judicial, “a execução será uma simples fase, sem possibilidade de embargos do devedor, como já acontece com as ações possessórias, as ações de despejo e com a nunciação de obra nova. Daí o “processo sincrético”, no qual se fundem cognição e execução<sup>385</sup>”.

É indubitoso que o sistema processual brasileiro seja rico em instrumentos de proteção aos direitos fundamentais e aos interesses da sociedade, mas as deficiências são incontáveis, devido ao sistema arcaico da nossa organização judiciária, ultrapassada e despida dos imprescindíveis recursos materiais e humanos, agravada pelo número insuficiente de juízes<sup>386</sup>.

---

contemplando a inovação.

<sup>385</sup> TEIXEIRA, O **prosseguimento...** Inédito. O anteprojeto n.º 13 acrescenta o art. 461-A, dispondo que: “Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. § 1º Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz. § 2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel”. Como se vê elimina-se a execução autônoma, permanecendo, todavia, a execução nos casos de título extrajudicial que consubstancie obrigação de dar. Ademais, a redação dos arts. 621 e 624, relativos à entrega de coisa certa, é adaptada à nova sistemática do art. 461-A, de modo que sua incidência cinja-se aos casos de títulos extrajudiciais. Cf. Exposição de motivos.

<sup>386</sup> Insistimos que, para superar a delonga da tutela jurisdicional é necessário racionalizar a distribuição da carga de trabalho compatível com as possibilidades de cada órgão, que, evidentemente, pode ser aumentada com a gradativa especialização e a criação de novos órgãos jurisdicionais, inclusive, com a descentralização dos órgãos colegiados, a seleção de novos juízes e a criação de serviços auxiliares numa estrutura administrativa moderna e informatizada.

No que tange ao Código de Processo Civil, as reformas operadas não vêm suprindo, como esperado, as várias deficiências apontadas pelos estudiosos, mas se não as fossem feitas, a tutela jurisdicional, hoje, estaria totalmente inviabilizada. Como se pode notar, as tentativas de modificação são realizadas apenas no âmbito processual, mas de forma acanhada e vagarosa, embora seja melhor do que nada, deixa, contudo, muito a desejar no que diz respeito à simplificação e agilização do processo civil.

A eliminação do formalismo excessivo das leis processuais, na compreensão do Ministro Carlos Mário da Silva VELLOSO<sup>387</sup>, concorrerá para a resolução dos problemas mais graves do Judiciário, circunstância que também não escapou a sensibilidade do Min. Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA, que ao concluir a segunda etapa da reforma do Código de Processo (encaminhamento dos anteprojetos 13, 14 e 15) disse com propriedade, que a comunidade processual civil brasileira realiza

mais uma etapa em seus propósitos de contribuir para o aperfeiçoamento do nosso sistema jurídico, sem embargo da ciência que se tem da imprescindibilidade em modificar-se, também profundamente, as normas de cunho processual hoje engessada na Constituição, notadamente nas áreas da competência e do sistema recursal, assim como a própria organização judiciária brasileira, que veste modelo ultrapassado, hermético e sem criatividade, sugerindo-se, a propósito, como iniciativa primeira, a adoção de um órgão nacional de planejamento permanente do Judiciário, que teria, dentre outras funções, a de elaborar anteprojeto de lei, com cientificidade e em atenção às legítimas aspirações e necessidades da sociedade brasileira.<sup>388</sup>

---

<sup>387</sup> ASSOJEPAR. **Reforma no Poder**. Judiciário em foco. ano VIII, n. 12, setembro de 1999.

<sup>388</sup> O prosseguimento da reforma processual civil citado.

É indubitável que o processo civil brasileiro peque por excessiva sofisticação<sup>389</sup>, pois as demandas poderiam ser resolvidas com mais simplicidade, com menos forma e mais conteúdo, a exemplo do que ocorre nos juizados especiais. Há exageros nos mecanismos de segurança jurídica, pois nada obsta que a maioria dos julgamentos encerre-se no próprio Tribunal de Justiça estadual.<sup>390</sup>

Para apressar a desburocratização da justiça e estimular a agilidade do Judiciário, é necessário disponibilizar recursos financeiros para aplicação em programas de qualidade total, reengenharia, informatização ampla e formação continuada de juízes e servidores.<sup>391</sup>

No plano processual, a Lei 8.952/94 ao modificar a redação dos artigos 170 e 417 do Código de Processo Civil,<sup>392</sup> permitindo

---

<sup>389</sup> De qualquer modo, cobra-se no âmbito jurisprudencial, uma postura avessa a um formalismo desvinculado de uma visão instrumental do processo. ARMELIN, *Acesso...*, p. 174-177.

<sup>390</sup> ZAPPA, Sidney. ASSOJEPAR. **Reforma no Poder**. Judiciário em foco. ano VIII, n. 12, setembro de 1999. Aliás, a opção por um processo de resultados nos Juizados Especiais já é um indicativo de que os juízes podem responder aos anseios da coletividade, de maneira que nada obsta sua aplicação na jurisdição ordinária, com a diminuição das formalidades inúteis, que apenas retardam a prestação da tutela jurisdicional. Como enuncia Adroaldo Furtado Fabrício, o “Poder Judiciário é capaz de dar boa resposta, quando provido de meios adequados”, apontando como exemplo o caso dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no Rio Grande do Sul, Estado em que o sistema melhor se desenvolveu, provando ser a redenção da justiça criminal que se encontrava em “estado pré-falimentar”. **Flagrantes...**, p. 102-103.

<sup>391</sup> ZAPPA. A propósito, a Escola Nacional da Magistratura e a Secretaria Nacional da Desburocratização criaram um grupo que estudará meios para tornar mais ágil os serviços judiciais, dentre outras atribuições. Caberá ao grupo consolidar projetos de ponta destinados a modernizar a Justiça, como é o caso da Internet em substituição ao Correio, e aos mandados nas citações e informações. Segundo o Diretor da Escola Nacional da Magistratura Sidnei BENETI, serão analisados vários projetos, como por exemplo a transmissão de hastas públicas pela televisão e Internet em substituição ao sistema tradicional de leilões. Informativo da Associação dos Magistrados do Paraná. ano I, n. 7, setembro de 2000, p.2 .

<sup>392</sup> Redação do art. 417 em vigor: “o depoimento, datilografado ou registrado por taquigrafia, estenotipia ou outro método idôneo de documentação, será assinado pelo juiz, pelo depoente e pelos procuradores, facultando-se às partes a sua gravação”. O Parágrafo único determina que o “depoimento será passado para a versão datilográfica quando houver recurso da sentença, ou noutros casos, quando o juiz o determinar de ofício ou a requerimento da parte. Redação do art. 170 em vigor: “É lícito

o uso da taquigrafia/estenografia ou outro método idôneo de documentação dos atos ocorridos em audiência, deu um passo importante, rumo à agilização da prestação da tutela jurisdicional.

Ora, é inegável que os avanços tecnológicos vem transformando profundamente as atividades humanas, sendo certo que no âmbito do Judiciário, a automação de um grande número de rotinas reduz a burocracia, permitindo maior liberdade de organização e controle da atividade jurisdicional.<sup>393</sup>

Todavia, é imprescindível renovar os métodos para vencer as resistências quanto à implantação das novas técnicas de documentação dos atos processuais, sem as vacilações que ocorreram nas primeiras décadas, em que a jurisprudência discutia, quanto à validade ou não de sentenças datilografadas (e não mais grafadas de próprio punho).<sup>394</sup>

Neste sentido é interessante o pronunciamento do Juiz Francisco de Paula Sena REBOUÇAS, ao realizar a primeira experiência simulada da estenografia no Judiciário, em São Paulo, ao declarar que:

Quem conhece o Judiciário sabe que a sua verdadeira reforma há de implicar no abandono de praxes, sendo imprescindível renovar métodos, aniquilar tabus, romper com as ferrugens do teorismo que, invertendo valores, entrava a realização do direito, mas não se envergonha da chicana. Além disso, é preciso ser prático, isto é, alcançar rapidamente o resultado específico da atividade que se desenvolve, ao menos naquilo que é simples pela própria natureza,

---

o uso da taquigrafia, da estenotipia, ou de outro método idôneo, em qualquer juízo ou tribunal.”

<sup>393</sup> Não nos preocupamos com o estudo da informática jurídica ou o direito informático, ou seja, repercussão da tecnologia no plano normativo, mas sim com a pragmática do uso do computador no setor judiciário, porquanto o uso do microcomputador vem trazendo modificações na prática forense. Ver NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 63 et. seq.

<sup>394</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 7.

realizando o serviço público com prestigiamento do Poder. É necessário intuir, se vedada for a dedução, que o processo judicial não é mera burocracia, não é instrumento da fraude, do dano e do engodo, não é seqüela do Estado cartorário, nem pode ser confundido com sintoma do Estado autocrático. Trata-se de simples extensão, viva e atuante, das garantias constitucionais. Quer na ciência, que no texto do Código, a verdadeira idéia e a única norma de procedimento serão aquelas capazes de impedir essas confusões. .... Em remoto passado, quando na mesma Corte Judiciária de São Paulo se discutia a possível nulidade de um processo, por Ter sido datilografado e não escrito a bico-de-pena, um dos Ministros interferiu nos debates, sugerindo que no lugar de anular o processo, se construísse a estátua de quem havia inaugurado no Foro o sistema datilográfico.<sup>395</sup>

Os tempos mudaram e não se justifica o apego a métodos ultrapassados, tendo em vista que a tecnologia oferece, sem a necessidade de grandes investimentos financeiros, uma perspectiva nova e segura para o registro dos atos processuais.<sup>396</sup>

Na verdade,

A diferença entre a primeira e segunda fase, a anterior com a máquina de escrever e a atual, com o micro, é a mesma entre andar no lombo de um burro e voar num jato. Um abismo. Irreversível. Atualmente, a tarefa de escrever artigo, livro ou tese, emendá-los, ampliá-los, restringi-los, corrigir erros ou mudar títulos é realizada em muito menos tempo. Alguns trabalhos são feitos em minutos; as correções, emendas, supressões etc., em segundos. Terminado um trabalho, como se ele fosse uma estátua e eu o escultor, vou alterando, melhorando, substituindo palavras e frases. Dou-me ao luxo de procurar palavras repetidas no mesmo parágrafo ou na mesma página para substituí-las por sinônimos.<sup>397</sup>

---

<sup>395</sup> **Máquina de escrever e reforma judiciária.** Revista de jurisprudência do tribunal de justiça de São Paulo. v. 71, julho/agosto de 1981, p.13. O episódio da máquina de escrever é citado em crônica de Noé de Azevedo. RT 57/29.

<sup>396</sup> PIMENTEL Wellington Moreira. **Comentários ao código de processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, v. 3, p. 492.

<sup>397</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. **Novíssimas questões criminais: "eu e o computador".** São Paulo; Editora Saraiva, 1998, p.255.

Atentos à necessidade de transformação da forma de registro dos atos processuais, principalmente, em audiência de instrução e julgamento, faremos algumas considerações à respeito dos meios de registro dos atos processuais informados pelos artigos 170 e 417 do Código de Processo Civil, com destaque para o registro fonográfico, por ser o meio mais barato e de fácil implementação nos órgãos judiciários de primeira de instância.

A lei textualmente permite o uso da taquigrafia, estenografia, ou outro método idôneo. Todavia, dada à importância da taquigrafia/estenografia para documentação dos atos processuais - tanto que já empregado com sucesso em órgãos colegiados, como por exemplo, tribunais, câmaras legislativas e na totalidade das comarcas do Estado de São Paulo - faremos ligeiras referências a este método de documentação dos atos processuais.

O registro taquigráfico agiliza as audiências, ensejando ganho de tempo e fidelidade do registro dos depoimentos prestados em audiência. Além disso, o registro taquigráfico estimula os pronunciamentos orais por parte dos operadores do direito, ao contrário da sistemática atual em que as alegações e decisões são digitadas ou datilografadas mediante ditado ao escrivão. O registro datilográfico é contraproducente e acaba prejudicando a oralidade instituída com objetivo de agilizar o andamento do processo, porquanto os advogados e juízes preferem datilografar pessoalmente seus trabalhos forenses, dissipando tempo diante da máquina e/ou microcomputador, quando poderiam produzir peças simples na própria audiência, e, desta forma, acelerando a prestação da tutela jurisdicional.

É claro que a taquigrafia/estenografia apresenta algumas desvantagens: a primeira, não há taquígrafos nem estenotipistas disponíveis no mercado. Não há escolas e cursos para a formação desses

profissionais, pela simples razão de que, com a popularização da gravação fonográfica e do videoteipe, seu ofício tornou-se arcaico e pouco útil, a segunda é que o depoimento registrado pelo taquígrafo não pode ser lido pelos não taquígrafos.<sup>398</sup>

Para nós o registro fonográfico elimina os defeitos da taquigrafia, dentre os quais a possibilidade de erro na transcrição, porque a fita poderá ser repetida várias vezes. O registro fonográfico, como na taquigrafia, é fiel e completo, mas a gravação registra mais do que as palavras: “registra o tom da voz, o gaguejar, o tartamudear, a vacilação, a insegurança, ou a segurança, a convicção, a presteza no responder, o tom, jocoso, rancoroso, apaixonado, displicente ou reverente do falar; registra, portanto, elementos sutis, impossíveis de transcrever em palavras, impossíveis de representar por escrito, mas que são de fundamental importância para formação do convencimento do juiz a respeito da credibilidade do testemunho”.<sup>399</sup>

Sem dúvida que a implantação da gravação fonográfica é simples e econômica, “porque qualquer aparelho comum, adquirido em lojas vem com sistema de cópia rápida das fitas cassete, que permite copiar um cassete com 60 minutos de gravação em apenas 15 minutos; de sorte que os advogados podem sair da audiência com uma cópia da fita “oficial” (ou fazer sua própria gravação, o que o CPC admite expressamente)”.

---

<sup>398</sup> SANTOS, Alberto Luís Marques dos. **O registro fonográfico das audiências e o novo texto do artigo 170 do CPC**. Paraná Judiciário. n. 47, p.14. Estatui o art. 417, § único que só será vertido para a datilografia em caso de recurso ou quando o juiz expressamente o determinar, sendo que na maioria dos casos fica nos autos apenas a versão taquigrafada.

<sup>399</sup> SANTOS, op. cit., p.15-16.

O sistema é simples, barato, e, não depende de conhecimento técnico, pois qualquer pessoa pode transcrever e conferir o conteúdo da fita.

De outro lado, a demora da transcrição do registro fonográfico não é óbice para sua adoção, porque a degravação não depende de profissional especializado, basta conhecer datilografia. Ademais a transcrição só é necessária em caso de recurso ou quando o juiz determinar (CPC., art. 417, § único), de modo que nem todas as audiências serão transcritas.

À parte tal questão, não se pode esquecer que o registro magnético é mais vantajoso para o desempenho da atividade jurisdicional - em comparação aos métodos tradicionais e taquigráfico - não só pelo fato de preservar a fidelidade dos fatos ocorridos em audiência, mas, sobretudo, por permitir maior celeridade aos atos processuais. Aliás, só isto bastaria para justificar sua imediata implantação em todos os órgãos judiciários que ainda continuam presos ao sistema de documentação datilográfica.

Aliás, a gravação em audiência é enaltecida pelo jurista paranaense Renê Ariel DOTTI. Em sua avaliação os resultados são positivos, pois além da absoluta fidelidade do registro da prova oral, a inovação evita as naturais tensões emocionais e viabiliza a celeridade processual. Diz ele que o antiquado método de registro datilográfico da prova mostra que em nosso país no imenso número de fóruns, está atrasado há séculos. A única diferença da documentação feita por serventuários do Império e os da última República está na máquina de escrever, que substituiu a pena de ganso.<sup>400</sup>

---

<sup>400</sup> Breviário Forense. Coluna Direito e Justiça. Jornal Estado do Paraná de 15/10/200.

O sistema de gravação já é empregado, com sucesso no Rio do Sul e em alguns Juízos do Paraná, o que revela tratar-se de meio idôneo tanto quanto à taquigrafia e à estenografia<sup>401</sup>.

Em síntese, o art. 170 do Código de Processo Civil, possibilita o uso de qualquer método idôneo de documentação do depoimento das partes e das testemunhas. A inovação faculta a gravação fonográfica e em vídeo das audiências, bem como o emprego de software que transforma sinal de voz em caracteres alfabéticos.

Ressaltamos que a tendência é a universalização do processamento de dados no âmbito do Poder Judiciário, de modo a atingir todos os atos e termos processuais, o que significa que é possível um dia, a eliminação dos autos, que seriam substituídos por dispositivos de armazenamento de dados, ou disco magnético rígido e/ou flexível, onde as informações seriam registradas e disponibilizadas às partes, facultando-se a elaboração de índices acerca dos atos e termos processuais na contracapa de autuação.

É esta a linha trilhada pela Lei 9.800, ao dispor que no seu Art. 1º que “É permitida às partes a utilização de sistema de transmissão de dados e imagens tipo fac-símile ou outro similar, para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita”. Todavia, a redação do parágrafo acrescentado ao art. 154 do CPC, proposta pelo anteprojeto n.º 14, é mais abrangente ao permitir que “... poderão os tribunais disciplinar, no âmbito da sua jurisdição, a prática de atos processuais e sua comunicação às partes, mediante a utilização de meios eletrônicos”, estimulando, desta forma o emprego do Fax e o correio eletrônico, dentre

---

<sup>401</sup> O termo de audiência, assinado pelo juiz, procuradores e depoentes, apenas faria menção da fita cassete.

outros<sup>402</sup>. A utilização dos meios eletrônicos disponíveis permitirá que a atividade jurisdicional desprenda-se do anacronismo em que se encontra em relação aos novos estágios da tecnologia.

Assim, as partes poderão encaminhar petições e recursos pela via postal, ao lado da correspondência eletrônica e o fax, resguardando a igualdade material para àqueles que não dispõem dos modernos recursos de transmissão de dados, por insuficiência econômica, e que poderão se utilizar dos serviços postais, de custo reduzido e eficiência comprovada.<sup>403</sup>

---

<sup>402</sup> Transmissão de dados por satélite.

<sup>403</sup> CREDIDIO. Georgius Luís Argenti Príncipe. Esboço de alteração do código de processo civil, publicado no site [www.direito.com.br.](http://www.direito.com.br), propõe diversas alterações no Código de Processo Civil. Sugere o autor que “Art. 160 Nos prazos previstos em lei, os pronunciamentos escritos das partes, advogados ou do Ministério Público, inclusive recursos, poderão ser postados no correio sob registro com aviso de recepção, ou, ainda, serão remetidos às varas e aos tribunais por intermédio de fac-símile ou outro meio idôneo de transmissão eletrônica de dados. § 1º Quando a petição for enviada pelo correio, reputa-se que o ato foi praticado na data do registro postal. § 2º O pronunciamento remetido por fac-símile ou por correspondência eletrônica deverá ser ratificado no prazo de cinco dias, contados da interposição, mediante a apresentação da petição original à secretaria da vara ou tribunal. § 3º Recebido o pronunciamento nas formas previstas no parágrafo anterior, o escrivão o submeterá incontinenti ao protocolo, certificando nos autos a data e o horário da transmissão. § 4º Os tribunais manterão protocolos integrados, para a distribuição e o encaminhamento de petições entre as varas. § 5º Poderão as partes exigir recibo de petições, arrazoados, papéis e documentos que entregarem em cartório.”. Propõe a ampliação dos meios de as partes poderão se valer para encaminhar petições e recursos, via postal, correspondência eletrônica etc., justificando que àqueles que não dispõem dos modernos recursos de transmissão de dados, por insuficiência econômica, e que poderão se utilizar dos serviços postais, de custo reduzido e eficiência comprovada; a segunda concerne a outros meios idôneos de transmissão de dados, com largo emprego na atualidade, como, por exemplo, o “correio eletrônico”. No Brasil, as desigualdades econômicas e sociais sempre impõem que se tenha em vista situações extremamente diferenciadas ao aplicar a legislação processual, para que se assegure a igualdade material das partes. Deste modo, a disposição, por um lado, busca assegurar um meio barato e eficiente para aqueles que não contam com os novos meios de comunicação, quer dizer, a via postal; e, por outro, permite a atualização constante dos serviços Judiciários com os avanços da tecnologia das comunicações. Aliás, o Tribunal de Justiça de Brasília, na tentativa de tornar a justiça mais ágil, inaugurou um drive-thur jurídico, disponibilizando um carro para receber as petições dos advogados. *Jornal da OAB*. n. 66, setembro de 2000, p. extraído da *Gazeta do Povo*.

Os registros das audiências poderão ser feitos por meio da datilografia (método tradicional) taquigrafia/estenografia, fonografia, videoteipe, bem como por software que transforma sinal de voz em caracteres alfabéticos (existente no mercado e já empregado em alguns juízos).

Os modernos recursos da comunicação e informática possibilitam, em tempo real, a comunicação entre os diversos órgãos da justiça e estes, com os diversos órgãos da administração pública. Igualmente, tais recursos, viabilizam a rápida comunicação dos atos processuais às partes e à seus procuradores, que poderão ser intimados, em regra, por via “on line”.

Não mais se justifica, por outro lado, a manutenção dos privilégios concedidos à Fazenda Pública em juízo, como por exemplo prazos em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer e a exigência de intimação pessoal de procuradores públicos em plena era da comunicação digital. Tais privilégios ferem o princípio da isonomia. A opção brasileira pelo sistema da jurisdição única coloca a administração pública na mesma condição do particular, tanto que deve submeter-se ao pronunciamento soberano da jurisdição. A administração, na qualidade de litigante, não pode invocar prerrogativas próprias do poder soberano inerentes às funções legislativas administrativas e jurisdicionais, para justificar privilégios descabidos em plena época da comunicação real.

Creemos que a transformação procedimental exige providências concretas através da simplificação dos ritos, permitindo nas demandas de valor não superior a 40 salários mínimos e nas matérias arroladas no art. 275 do Código de Processo Civil, submetidas ao procedimento sumário, a dispensa do registro dos depoimentos e das alegações finais, devendo a sentença mencionar apenas os elementos de

convicção do juiz, com breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensando-se o relatório.

Em complemento a tais proposições, outras ainda são necessárias para a otimização da prestação jurisdicional, urgindo afastar a intervenção do Ministério Público no processo, na qualidade de “custus legis”, especialmente, nos casos de interesse dos entes públicos, pois é sabido que estes, hoje, dispõem de quadro de advogados e procuradores que atuam com qualidade e eficiência a ponto de não mais justificar a atuação ministerial sob o acicate do interesse público. Igualmente, no procedimento de jurisdição voluntária, não se justifica a intervenção do órgão ministerial, pois há uma superfetação com a atuação do juiz. Na verdade, o “juiz já entra como fiscal da regularidade daqueles atos que podiam ser realizados sem sua presença, de forma que acrescer o Ministério Público em todos os casos de jurisdição voluntária é colocar um fiscal para o fiscal”.<sup>404</sup>

Temos que, em termos processuais, a adoção das medidas processuais sugeridas - como por exemplo a instituição de instância única, a simplificação dos ritos, a limitação e eliminação da via recursal<sup>405</sup> de um lado; o investimento na capacitação dos juízes, no pessoal de apoio, em equipamentos e recursos materiais de outro lado - não só prestigiará o juiz de primeira instância, como também fortalecerá a função jurisdicional.

---

<sup>404</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 316.

<sup>405</sup> Como já dissemos os diversos graus de jurisdição concorrem decisivamente para a demora da prestação jurisdicional, pois a utilização dos recursos pelas partes posterga a decisão definitiva da causa, consoante escólio de ARMELIN, **Acesso...**, p. 175. Porém, é preciso coragem e investimentos para obter uma melhoria no sistema Judiciário do país, bem como uma intenso aprimoramento da legislação processual, por meio de mecanismos que aperfeiçoem e racionalizem o sistema recursal, evitando, destarte, a protelação indefinida do cumprimento de decisões judiciais.

#### 4.2.1 Prisão civil por desobediência à ordem judicial legítima.

Não basta conceder poderes ao juiz ou investir na estrutura orgânica do órgão, nada disso vale se não se municiar o juiz com instrumentos capazes e adequados para dar efetividade às suas decisões, pois negar “instrumentos de força ao Judiciário é o mesmo que negar sua existência”<sup>406</sup>

Como admoestava Luiz Machado GUIMARÃES,<sup>407</sup> “não basta conceder poderes ao juiz; cumpre propiciar-lhe os meios de exercer utilmente esses poderes, de desempenhar com segurança e proveito as novas funções que lhe são atribuídas.”

Nesta linha, o Ministro Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA<sup>408</sup> assinala que dentre as propostas de reforma do Processo Civil, o anteprojeto insere no direito brasileiro o que há de melhor no sistema “Common Law” em termos de efetividade e eficácia da tutela jurisdicional, a saber, os institutos da “injunction” e do Contempt of Court”, acrescentando o inciso (V) e parágrafo ao art. 14, competindo às partes e seus procuradores: “V – cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. Parágrafo único. A violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício

---

<sup>406</sup> GRINOVER Ada Pellegrini. **Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias** : o contempt of court”. Palestra proferida no XX Congresso Nacional de Derecho Procesal, San Martin de los Andes, Neuquen, Argentina, 5-9/10/99. Coletânea Doutrinária. Caxias do Sul: Ed. Plenum, 1999.

<sup>407</sup> **Processo arbitrário e regime liberal**. Revista Forense n. 82 , 1940.

<sup>408</sup> **O prosseguimento da reforma processual civil**. Inédito. A “contempt of court”, consiste na possibilidade do juiz impor, tanto a multa, quanto a prisão por desobediência ao mandamento judicial.

da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão, a multa será inscrita como dívida ativa.”

Pelo instituto “Contempt of Court,” que vigora no direito anglo-saxão, a inobservância de decisão do juiz implica em desrespeito à Corte, sujeitando o recalcitrante à prisão em razão do descumprimento de provimento judicial.

Araken de ASSIS<sup>409</sup> esclarece que

a possibilidade de ameaçar o executado com sua prisão, na hipótese de descumprimento, representa o meio mais eficiente de induzi-lo à obediência. A astreinte possui uma fragilidade notória, comprometendo seu emprego vitorioso em vários casos: a ela só se mostram sensíveis os executados que apresentam patrimônio penhorável, ou seja, os ricos e bem-aventurados, os que podem perder algo, incidindo na pena e vindo ela a ser realizada coativamente. Frente àqueles executados desprovidos de patrimônio, a imposição da multa é inócua. Também não atua a pena, eficientemente, perante os administradores de pessoas jurídicas de direito público, sempre tentados a ignorá-la, repassando o encargo aos seus sucessores, fiados na cômoda fila do precatório.

Como vimos, a proposta derivada do instituto da “contempt of court” do direito anglo-saxão peca pela timidez, porquanto ao deixar de estabelecer a prisão civil, para o caso de desobediência injustificada de ordem judicial legítima, perde a oportunidade de instituir um meio mais eficaz para compelir o recalcitrante ao cumprimento do provimento jurisdicional.

---

<sup>409</sup> Execução na ação civil pública. RJ. n. 222, abril de 1996, p. 5.

O recurso ao direito penal continua a ser a opção que não nos parece satisfatória, pois não vemos nenhum empecilho em dotar o juiz cível desse poder, como forma eficiente de obrigar o desobediente a “cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final”.

A propósito, Betina Rizzato LARA<sup>410</sup>, com o apoio de Donaldo ARMELIN<sup>411</sup>, defende a prisão civil para o caso de descumprimento de liminar, sob o fundamento de que é preciso dotar o Judiciário de instrumentos processuais, que permitam alcançar a garantia de uma tutela jurisdicional satisfativa e exaustiva. Entende que não haveria conflito com o art. 5º, LXVII da Constituição Federal, que veda apenas a prisão por dívida. Argumenta que o legislador civil pode impor a pena de prisão, como acontece na hipótese do art. 885 do Código de Processo Civil, que a prevê para os casos em que, ordenada a apreensão de títulos, ficar comprovada sua entrega e recusa na devolução.<sup>412</sup>

Em suma, o legislador não está inibido a utilizar a pena de prisão, justamente porque a Constituição Federal veda apenas a prisão civil por dívida, não por desobediência a ordem judicial legítima.

---

<sup>410</sup> **Liminares no processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p.76-77.

<sup>411</sup> **A tutela jurisdicional cautelar.** Revista da procuradoria geral do estado de São Paulo, 23/136. Luiz Guilherme MARINONI admite a prisão civil, como forma imprescindível para a eficácia e seriedade da função jurisdicional, propugnando, afinal pela introdução em nosso direito do “contempt of court”. **Tutela cautelar e tutela antecipatória.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p.133-137.

<sup>412</sup> Priscila Corrêa da FONSECA. diz que o “contempt of court” apresenta natureza coativa para cumprimento de decisão judicial. Para ela o óbice seria o texto constitucional, mas esclarece que a lei falimentar (art. 186,VI) permite a prisão do falido que deixa de promover a entrega dos livros, sem contar que a própria lei processual autoriza a prisão civil na hipótese prevista no art. 885 já referido. **Suspensão de deliberações sociais.** São Paulo: Saraiva, 1986, p. 132.

Não receamos afirmar que a instituição da prisão civil por desobediência à decisão judicial provisória ou definitiva, a simplificação dos ritos, aliás, como já sinalizado com a criação e instalação dos juizados especiais cíveis e criminais, e a reforma, ainda que tímida do Código de Processo Cível, indica que o caminho, ora trilhado, corresponde ao anseio da comunidade jurídica e em especial o da sociedade.

#### **4.3 Tutela inibitória.**

A questão do acesso à justiça vem ensejando uma transformação do pensamento jurídico, permitindo uma conscientização quanto à necessidade do processo assumir uma postura mais condizente com os problemas sociais e econômicos do nosso tempo, de tal modo que não se possa divorciar do direito material.

Para tanto exige-se a adoção de técnicas processuais mais eficientes que se justaponham à realidade das novas relações jurídicas.

Embora louvável a tentativa de superar a ordinarização procedimental, pela implementação das tutelas cautelar e antecipatória, percebe-se ainda um vácuo quanto à instituição de uma tutela preventiva capaz de impedir que os direitos não patrimoniais sejam transformados em pecúnia com a aplicação do princípio da responsabilidade patrimonial através da expropriação de direitos fundamentais ( CPC. Art. 591 c/c 646).

Isto significa que a classificação das sentenças, concebida pela doutrina tradicional não é suficiente para tutelar adequadamente a tutela preventiva, referente aos direitos não patrimoniais.

---

A introdução no sistema processual brasileiro do art. 461 constitui inegável avanço, pois permite a inibição do ilícito, mas, contudo, continua ainda unificada à idéia de ilicitude e responsabilidade civil, sob o acicarte de que a única tutela contra o ilícito é a reparação do dano.

Assim, é conveniente o enquadramento da tutela inibitória em uma nova classificação que responda às exigências do direito material, de modo a permitir a distinção, ainda que tormentosa, entre ilícito e dano, eixo em que gravita a tutela inibitória.

A doutrina italiana a vários anos vem tratando do tema, destacando a relevância da distinção entre ilícito e dano.

Nesta linha, há de se considerar, pelo menos, dois aspectos fundamentais para distinguir ilícito e dano: quanto ao ilícito a tutela jurídica deve buscar sempre a prevenção ou cessação da conduta humana contra "jus", ao passo que, quanto ao dano, deve averiguar a responsabilidade pelo fato lesivo, ainda que decorrente de uma conduta ilícita.

A distinção é importante para delinear de um lado, a tutela inibitória, que atua sobre a conduta em face de comportamento antijurídico, de modo a evitar a perpetração ou a continuidade do ilícito potencializador do dano, e de outro lado, a tutela ressarcitória que atua sobre fatos ou eventos lesivos.

Os dois termos deste binômio processual designam duas modalidades básicas: a tutela preventiva e a repressiva, e nesta assume singular importância, a imputabilidade, o nexo causal e o dano.

Na verdade, os procedimentos processuais foram desenvolvidos nitidamente com o propósito de veicular a tutela

repressiva, cuja preocupação maior é a restauração do “status quo”, depois de constatada a ocorrência de lesão ao direito, seja pela devolução das coisas ao seu estado anterior, seja pelo ressarcimento pecuniário ou por meios equivalentes dos prejuízos causados<sup>413</sup>.

De qualquer sorte, ao lado da tutela repressiva coexiste a tutela preventiva do ilícito, esta também respaldada na Carta Maior. Nesta, como anota GRINOVER, a “atividade judicial ocorre a “piori” com o objetivo de evitar o dano que deriva da ameaça de lesão a um direito, antes que esta se consuma. Foi justamente salientado que, na tutela preventiva, o interesse de agir não decorre do prejuízo, mas do perigo de prejuízo jurídico: em outras palavras, da ameaça de lesão ou, mais precisamente frente sinais inequívocos de sua incidência.” Acrescenta ainda que “a superioridade da tutela preventiva foi recentemente assinalada frente à inviabilidade freqüente da modalidade tradicional de tutela que consiste na aplicação de sanções, quer sobre a forma primária de restituição ao estado anterior, quer sobre as formas secundárias de reparação ou ressarcimento.”<sup>414</sup>

Considera ainda a autora que, quando se passa das relações jurídicas de caráter patrimonial àquelas categorias não patrimoniais - os direitos da personalidade - a situação é agravada, embora reconheça que o poder geral de cautela, às vezes cobre, provisoriamente, a ausência de formas idôneas de tutela preventiva<sup>415</sup>.

---

<sup>413</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 98 et seq.

<sup>414</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **A tutela preventiva das liberdades: habeas corpus e mandado de segurança**. Repro. 22. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril/junho de 1981, p. 27.

<sup>415</sup> GRINOVER, op. cit., p. 27-28. Ver PISANI, Andrea Proto. **Appunti sulla giustizia civile: inadeguatezza della tecnica del processo ordinario di cognizione ad assicurare tutela ai diritti a contenuto e funzione non patrimoniale**. Bari: Cacucci Editore, 1982, p. 18 et seq. A propósito, os direitos de conteúdo não patrimonial, pode ser eficazmente protegido por meio de uma tutela preventiva que atua

Feito o *discrímen*, não há como confundir tutela inibitória com a ressarcitória, pois a inibitória “não é uma tutela contra o dano, não exigindo, portanto, os mesmos pressupostos da tutela ressarcitória.”<sup>416</sup>

Como já visto, a tutela preventiva assenta em uma iminente ameaça ao direito, em contraposição àquela que se prende à violação de um direito<sup>417</sup>.

Antes de falarmos especificamente da tutela inibitória, parece-nos conveniente recorrer aos argumentos apresentados pelo Professor MARINONI<sup>418</sup>, para quem a classificação trinária oriunda de CHIOVENDA, não mais responde aos valores do direito processual moderno, por supor um direito de ação desvinculado do direito material.

É inegável que a efetividade do processo se dá com a realização dos direitos no plano material, cuja otimização se verifica através do direito constitucional de ação, que deve ser visto, como tantas vezes repetido no bojo deste trabalho, como o direito que garante a tutela adequada ao plano do direito material. Todavia, isto não quer dizer restabelecimento da teoria civilista da ação, pois a doutrina processual do direito abstrato de ação é uma conquista da qual não se pode recuar, pois, tutela adequada ao plano do direito material, significa que o direito abstrato de ação constituirá garantia da atipicidade da tutela apenas dentro

---

sobre interesse específico pelo qual se invoca a tutela, ao invés do ressarcimento pecuniário do dano, como base no princípio do equivalente monetário.

<sup>416</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 26.

<sup>417</sup> GROSSEN, Jacques Michel. **L'azione in prevenzione al di fuori dei giudizi immobiliari**. Rivista di Diritto processuale. Padova : Cedam, 1959, p.418; ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 101.

<sup>418</sup> **Tutela...**, p. 397.

de uma lógica que tome em consideração as relações do processo com o direito material, concebendo-se a tutela jurisdicional como autêntica resposta a suas necessidades<sup>419</sup>.

O autor supracitado reafirma posição doutrinária que sugere uma releitura do art. 75 do Código Civil, onde o processo surge como fator de prestação de uma tutela adequada às várias situações de direito substancial.<sup>420</sup>

Após criteriosa análise de sua doutrina, conclui o autor, que a tutela jurisdicional não se confunde com a sentença, “não só porque a tutela jurisdicional não pode ser compreendida apenas à luz do direito processual, mas também porque a diversidade das situações de direito substancial exige que sejam predispostos meios de tutela adequados a essas diferentes realidades<sup>421</sup>”.

E acrescenta: esses meios de tutela, como é óbvio, não significam apenas sentença, mas concretizam em procedimento (no sentido formal e substancial), sentença e meios de execução adequados às diversas realidades de direito material<sup>422</sup>.

Diz ainda, se a tutela não é apenas sentença, mas verdadeiramente o conjunto de meios de que dispõe o direito processual para atender adequadamente às disposições do direito substancial, o que importa verificar, quando se pensa em uma nova classificação das tutelas,

---

<sup>419</sup> Op. cit., p. 397.

<sup>420</sup> Op. cit., p. 398.

<sup>421</sup> Op. cit., p. 404-405; Andrea Proto PISANI. **Appunti sulla giustizia civile**. Bari: 1982, p.42.

<sup>422</sup> Op. cit., p. 405.

é a repercussão que a tutela jurisdicional efetivamente tem no plano material<sup>423</sup>.

Afirma que a sentença condenatória, embora não satisfaça o direito de crédito é, todavia, um dos componentes da tutela jurisdicional material.

Anota que as tutelas condenatória, mandamental e executiva, ao contrário das tutelas declaratória e constitutiva, necessitam de meios de atuação, que operam no plano fático, para que o direito material seja tutelado<sup>424</sup>.

Contudo, uma tutela somente pode ser definida como condenatória, executiva ou mandamental quando efetiva e adequadamente pode atender o direito material a que deve tutela<sup>425</sup>.

Esclarece mais adiante que o

direito à adequada tutela jurisdicional, se compreende o direito ao procedimento, à sentença e aos meios executivos adequados à tutela do direito, configura, no que diz respeito à sentença, o direito a uma sentença que aprecie a pretensão processual e, em caso de procedência, realize ou viabilize a tutela material pretendida pelo autor. A pretensão processual mostra a tutela material pretendida, ou seja, indica o que deve ser feito para o que o direito material seja tutelado.”<sup>426</sup>

Sabe-se que a sentença condenatória enseja a execução forçada, a ação executiva objetiva a satisfação do crédito não pago voluntariamente. Assim, a tutela jurisdicional, ainda que dependente de

---

<sup>423</sup> Op. cit., p. 405.

<sup>424</sup> Op. cit., p. 405-406.

<sup>425</sup> Op. cit., p. 406.

<sup>426</sup> Op. cit., p. 408.

execução, é uma tutela que pode ser classificada de acordo com a pretensão de direito material retratada na sentença de procedência.<sup>427</sup>

O fato da sentença condenatória depender de execução não é em si um problema, pois o que importa é que a sentença condenatória, mesmo que apenas concorrendo para a realização da tutela material, reflita a “ação” que deverá ser realizada para a efetiva tutela do direito substancial e que essa “ação” possa servir de base para outra classificação das tutelas<sup>428</sup>.

Percebe-se que a sentença que condena a uma determinada soma, decreta o despejo e a que inibe a prática do ilícito sempre responde a ação de direito material. Tal construção distingue a tutela executiva da condenatória, permitindo que a tutela seja classificada segundo a pretensão de direito material, de modo que a inibitória é assim classificada, porque também inibe, e não apenas porque declara um determinado efeito jurídico<sup>429</sup>.

Em conclusão, as tutelas podem ser classificadas a partir da “ação” presente em cada uma das sentenças de procedência. Assim, as tutelas são classificadas de acordo com a diversidade das ações de direito material que visam realizar. Isto porque, os resultados, no plano material, refletem na perspectiva das tutelas que devem substituir as tutelas condenatória, mandamental e executiva. Sob esta ótica, afasta-se as tradicionais classificações trinária e quinária, pois o que importa são pontos de confluência dos resultados do processo no plano do direito

---

<sup>427</sup> Op. cit., p. 408.

<sup>428</sup> Op. cit., p. 408.

<sup>429</sup> Op. cit., p. 409.

material, de modo que a partir deles se possa apresentar uma classificação das tutelas aderente ao direito substancial<sup>430</sup>.

Assim torna-se óbvio a necessidade de uma nova classificação das tutelas jurídicas: a primeira, a ressarcitória é a simples tutela que responde a um direito pecuniário equivalente ao valor do dano sofrido ou ainda a tutela alternativa à tutela específica, vale dizer a tutela que visa ressarcir em pecúnia pela impossibilidade da tutela na forma específica,<sup>431</sup> a segunda referente a tutela reintegratória que é aquela que tem por função a supressão do ilícito já ocorrido.<sup>432</sup> Esclarece que trata-se aqui do ilícito, e não mais se cogita do dano causado, como ocorre em relação a tutela ressarcitória. A terceira espécie corresponde a tutela do adimplemento e volta-se para a realização positiva da obrigação contratual assumida.<sup>433</sup> Por fim tem-se a tutela inibitória, que busca evitar que se consume a lesão ao direito, com cunho nitidamente preventiva e dirigida para o futuro.

Neste contorno, a tutela inibitória afigura-se como tutela preventiva e autônoma, inserida no âmbito das tutelas aderente ao direito material, porquanto possui objeto distinto, requisitos e estrutura diversos das medidas cautelares, prescindindo da urgência que é um pressuposto das medidas cautelares e antecipatórias.<sup>434</sup>

Aliás, “a ação inibitória tem completa autonomia , seja porque é uma ação de cognição exauriente, seja porque objetiva um fim

---

<sup>430</sup> Op. cit., p .409.

<sup>431</sup> Op. cit., p. 412.

<sup>432</sup> Op. cit., p. 416.

<sup>433</sup> Op. cit., p.420.

<sup>434</sup> Consulte-se a propósito ARENHART. **A tutela inibitória....**, p.

que nada tem a ver com aquele que pode ser obtido através da ação de reparação de danos. Na realidade, e como é óbvio a tutela preventiva não se confunde com a tutela cautelar nem com a tutela contra o dano,” consoante escolia MARINONI.<sup>435</sup>

A inibitória é dotada de mecanismos apropriados para a solução da demanda, permitindo o pronunciamento judicial provisório e definitivo para a tutela contra o ilícito ou como prefere ARENHART,<sup>436</sup> contra a ameaça de sua ocorrência.

Feita tais considerações passamos a análise do conceito de tutela inibitória, iniciando-se pela definição formulada por MARINONI, verbis:

quando se pensa em tutela inibitória, imagina-se uma tutela que tem por fim impedir a prática, a continuação ou a repetição o ilícito, e não uma tutela dirigida à reparação do dano. Portanto, o problema da tutela inibitória é a prevenção da prática, da continuação ou da repetição do ilícito, enquanto o da tutela ressarcitória é saber quem deve suportar o custo do dano, independente do fato de o dano ressarcível ter sido produzido ou não com culpa<sup>437</sup>.

Conforme enuncia LORENZETTI<sup>438</sup>, a tutela inibitória possui alguns atributos peculiares, destacando-se:

Em primeiro lugar, prescinde da verificação do dano na esfera jurídica do titular, sendo suficiente a ameaça; o ato ilícito se caracteriza normalmente por uma atividade continuada ou por uma pluralidade de atos suscetíveis de repetição, ou pela iminência de um ato ilícito. Este elemento é imprescindível porque faz relação à possibilidade de

---

<sup>435</sup> **Tutela inibitória**...,p. 49-50.

<sup>436</sup> Consulte-se a propósito ARENHART, op. cit., p. 115-116.

<sup>437</sup> MARINONI, **Tutela inibitória**..., p.26. Michele MÒCCIOLA. **Problemi del risarcimento del danno in forma specifica nella giurisprudenza**. Rivista critica del diritto privato.1984, p.367.

<sup>438</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998, p. 344-345; ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida**..., p. 102, NR 14

prevenir; a ação ilícita deve ser suscetível de ser detida em seus efeitos futuros, seja evitando que se produzam novos danos ou diminuindo o já produzido. p. ex. poluição ambiental ou a difusão de notícias; a culpa não tem nenhuma relevância na disciplina inibitória, já que não é possível avaliar o elemento subjetivo de uma conduta antijurídica futura; é habitual que se trate de prejuízos que, ao se concretizarem não são quantificáveis monetariamente. Ainda que esse elemento não seja essencial, é neste campo onde maior desenvolvimento tem apresentado; também é habitual que haja referência a bens não fungíveis, porque neles se revela claramente a necessidade de prevenção.

A tutela inibitória tem assento no art. 5º, inciso, XXXV, ao expressar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

O ordenamento jurídico nacional conhece instrumentos específicos, restritos ao âmbito público, como o Mandado de Segurança, a Ação Civil Pública, a Ação Popular, mas seara dos litígios privados, sejam individual ou coletivos, segundo José Carlos Barbosa MOREIRA<sup>439</sup> são empregados apenas o interdito proibitório (CPC., art. 932) e a nunciação de obra nova (CPC., art. 934), que cingem-se apenas à tutela da posse e da propriedade.<sup>440</sup>

A efetividade da ordem jurídica reclama meios coercitivos adequados, de maneira a encorajar o requerido à prática da conduta almejada.

Neste aspecto, a tutela preventiva foi aviventada, não só

---

<sup>439</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual: tutela sancionatória e tutela preventiva.** São Paulo : Saraiva, 1980, p. 26, 2. parte.

<sup>440</sup> ARENHART, **A tutela inibitória da...**, p. 103. Luiz Guilherme MARINONI elenca ainda a tutela cominatória contra o uso nocivo da propriedade (CC., art. 554) e a cominatória fundada no art. 287 do CPC, ao lado daqueles anteriormente citadas. É possível, também, a inclusão a medida prevista no art. 105 da Lei 9.610/98 que estabelece a tutela preventiva dos direitos autorais. **Tutela inibitória...**, p. 240.

com a incrementação das ações mandamentais e executivas, mas pelo novo panorama estabelecido pela reforma processual de 1994, com a inserção de novas técnicas que permitem vislumbrar mecanismos mais aptos a outorgar uma tutela jurisdicional adequada aos direitos não patrimoniais.

Em regra, para uma eficiente proteção dos direitos não patrimoniais, a concessão da liminar no pórtico da ação é fundamental para reduzir os malefícios do processo de cognição exauriente, uma vez que somente o provimento imediato pode remover os obstáculos que se antepõe a realização dos direitos da personalidade, prevenindo as mazelas oriundas da delonga da prestação da tutela jurisdicional satisfativa e, via de conseqüência, garantir a paz social.<sup>441</sup>

É indubitável que o provimento deva ser idôneo para produzir os efeitos práticos da decisão final, embora fundado na “*summaria cognitio*”, consoante estatui o art. 461 ao dispor que “na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegure resultado prático equivalente ao do adimplemento”.

O fato da norma fazer referência a obrigação específica de fazer ou não fazer, não desautoriza a utilização em direitos não-

---

<sup>441</sup> Aliás, “o Direito não visa exclusivamente a realização da justiça, quer também certeza e segurança nas situações jurídicas criadas sob a sua égide, reconhecidas pelos seus comandos. Há pois necessidade de um remédio ou medida, de uma resolução, de uma providência que ponha termo à situação litigiosa que brotou e restaure a ordem e harmonia nas relações sociais para prestígio do ordenamento jurídico e garantia de sua plena eficácia. Se o homem não consegue amigavelmente ou pelo recurso aos seus próprios meios restaurar a situação anterior ao agravo ou lesão, só lhe resta uma possibilidade: dirigir-se ao poder jurisdicional e solicitar-lhe uma providência que o tranqüilize, restabeleça o império da lei e imponha o respeito pelos interesses ofendidos”. SILVEIRA, José dos Santos. **Processos de natureza preventiva e preparatória**. Coimbra, 1966, p. 9-10.

obrigacionais, tais como os direitos da personalidade, como persevera ARENHART<sup>442</sup>, porquanto as leis processuais em geral partem do pressuposto de que todo o direito, ao ser deduzido no processo, torna-se direito obrigacional. Tal é evidenciado pela constatação de que todos os direitos absolutos, para os quais o código não preveja procedimento especial submetem-se aos termos do processo de execução, assim ocorre com a ação de imissão de posse que “é condenatória e não executiva, com o que sua execução se submete ao processo de execução para a entrega de coisa certa, como ocorre com a reivindicatória”<sup>443</sup> (RJTJERGS 140/201).

O alcance da norma referida extrapola a simples tutela condenatória, emprestando abrigo às mandamentais e executivas lato sensu, permitindo a proteção provisória do direito ameaçado por meio de técnicas coativas que atuam sobre a vontade do requerido.<sup>444</sup>

#### **4.3.1 Tutela inibitória antecipada**

Ficou assente que a tutela inibitória volve-se para o futuro, não podendo ser enquadrada na modalidade de tutela de urgência. Porém, em muitos casos a efetividade da tutela inibitória depende da antecipação da medida, consoante ensinanças de MARINONI, verbis “considerando-se a natureza da tutela inibitória, compreendida como uma tutela voltada essencialmente para o futuro não é difícil perceber que a efetividade desta tutela dependerá, em casos não raros, da possibilidade de sua antecipação.”<sup>445</sup>

---

<sup>442</sup> **A tutela inibitória da vida.....**,p.110-111.

<sup>443</sup> Op. cit., p. 111.

<sup>444</sup> Op. cit., p. 111.

<sup>445</sup> **Tutela inibitória.....**, p.143

O interesse que nasce com a antecipação da tutela inibitória, concerne em prevenir uma situação de emergência, - que na acepção de Pontes de MIRANDA supera a principiologia de que só se executa ou só se restringe poder de outrem, depois da cognição, - princípio da inexecutabilidade antes de completa a cognição; o de que os direitos devem ser protegidos antes e depois de violados, isto é, o princípio da tutela preventiva, que o vulgo exprime no provérbio não-jurídico “mais vale prevenir do que remediar”.<sup>446</sup>

Uma vez fixada a idéia de que medidas provisórias seriam provimentos jurisdicionais limitados no tempo, quer dizer algo definitivo que ainda não aconteceu,<sup>447</sup> poderemos atentar para o alcance da doutrina esposada por MESSINETTI ao ressaltar que

o grau de incidência e de importância da tutela inibitória na via provisória..., pode ser medido através destas considerações: os dois aspectos - aquele definitivo e aquele provisório - têm o mesmo conteúdo e se traduzem nos mesmos efeitos (que são representados pela cessação da atividade da atividade lesiva e pelo conseqüente impedimento dos seus efeitos no futuro). Sob este aspecto o exercício da inibitória tem então a função de antecipar os efeitos da tutela definitiva e final.<sup>448</sup>

---

<sup>446</sup> **Comentários ao código de processo civil.** tomo XII, 1.ed. São Paulo: Forense. 1976, p.16.

<sup>447</sup> PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição de 1967.** v. 5. tomo XII. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976 p. 24.

<sup>448</sup> MESSINETTI, Davide. **Personalità (diritti della).** Enciclopedia del diritto. Milano : Giuffrè, 1983, v. XXXIII, p. 392; Sérgio ARENHART. **A tutela inibitória da vida...**, p.117; Cândido Rangel DINAMARCO afirma que quando a obrigação não for a de dar dinheiro, a antecipação será concedida por ato capaz de conduzir a efetividade do exercício do direito, ... podendo revestir-se da natureza processual que for adequada e suficiente, consistente numa declaração, constituição ou condenação consistentes em comandos e atos satisfativos de asseguramento. Pode ser constitutiva antecipando situações novas, v.g. suspender total ou parcialmente o resultado de uma assembléia societária e mandar ou permitir que outra se convoque para decidir sobre o mesmo tema. Pode ter caráter mandamental, determinando a abstenção de alguma conduta e autorizando medidas coercitivas para a realização do comando. **A reforma do código de processo civil:** tutela jurisdicional antecipada. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 1995. p.142.

A antecipação dos efeitos da inibitória supõe perigo, mas tal circunstância não a faz, necessariamente, provisória, pois como explicita Pontes de MIRANDA, provisório é o que não se faz para sempre. A tutela inibitória previne, segura, e em conseqüência, a eficácia da liminar protraí-se no tempo, tornando-se definitiva, por não ser temporária como sói acontecer com as medidas cautelares, pois não se toma cuidado somente por meio de medida provisória.<sup>449</sup>

A liminar na antecipação da tutela inibitória é sempre preventiva e fundada no perigo. Embora o perigo justifique a urgência, nem sempre o perigo é iminente e por isso mesmo, a tutela preventiva não se caracteriza como tutela de urgência. De qualquer forma, a constrição por meio da liminar invade a esfera jurídica do demandado, alterando, destarte, o “status quo”, pois a especificidade da tutela inibitória é prevenir imediatamente em caráter satisfativo.<sup>450</sup>

Isto se explica porque a inibição ao coibir a prática do ilícito incursiona na esfera jurídica de alguém, não só para assegurar, mas, sobretudo, para a satisfação de um direito substancial potencialmente lesado.

Ao nosso ver, a principal diferença entre a cautelar e a inibição reside no fato de que, em toda tutela satisfativa, nega-se a dependência, por constituir uma tutela bastante em si, conquanto proteja direta e definitivamente o direito no plano material. No caso da tutela inibitória a questão é tão relevante que, numa eventual hipótese de denegação da liminar antecipatória, esvairia o interesse para o

---

<sup>449</sup> Op. cit., p.26.

<sup>450</sup> Op. cit., p.26.

desenvolvimento da relação processual, ou no mínimo impossibilitaria o acolhimento, no futuro, da pretensão veiculada no processo a que trata.

Outra não é a posição de ARENHART<sup>451</sup>, ao afirmar que, em regra, o litigante não dispõe de tempo suficiente para carrear prova do alegado ou para esperar a tramitação regular do processo<sup>452</sup>, de maneira que a única alternativa é a antecipação da tutela como meio para impedir a lesão iminente – tanto que se não fosse, a tutela preventiva lhe seria negada, porquanto inexistente a ameaça de dano nos termos requeridos pela jurisprudência.

A finalidade da tutela inibitória é a realização de um direito, e por ser uma ação de conhecimento “exige um determinado tempo para que possa ser prestada a tutela final de prevenção do ilícito”, despontando a necessidade da antecipação da tutela inibitória, com fundamento no art. 461, § 3º do Código de Processo Civil<sup>453</sup>, cujos contornos são inegavelmente de uma tutela inibitória provisória de cunho satisfativo.

Tutela inibitória e antecipatória são inconfundíveis, uma vez que a antecipação arrimada no art. 273, I, conforma-se com a tutela ressarcitória, como é o caso da antecipação na ação de indenização fundada em ato ilícito. A tutela antecipatória, em outras palavras, apenas poderá ser preventiva<sup>454</sup>.

---

<sup>451</sup> A tutela da vida..., p.117.

<sup>452</sup> “Si tratta di adottare misure di cautela con lo scopo di evitare che il trascorrere del tempo provochi alterazione non più riparabili nello stato di fatto o in quello giuridico dei diritti che sono oggetto di tutela. Il presupposto perché possano invocarsi misure di carattere cautelare è la esistenza di una situazione di pericolo rispetto al diritto che è oggetto di tutela”. MAJO, Adolfo di. **Problemi e metodo del diritto civile**: la tutela civile dei diritti. Seconda edizione. Milano: Giuffrè editore, 1993, p. 145.

<sup>453</sup> MARINONI, **Questões** ...,p.177.

<sup>454</sup> MARINONI, op. cit., p. 179.

A ação comissiva ou omissiva, virtualmente lesiva, reclama atividades positivas ou negativas, no sentido de vedar ou limitar sua atuação, sempre que o ato ou omissão venha a causar dano, caso em que, legitima a antecipação da tutela inibitória postulada, buscando evitar a perpetração ou continuação da conduta potencialmente ofensiva.

A antecipação da tutela inibitória sujeita o obrigado à omissão de abster-se de ato ou da prática de ato ofensivo.

Aqui, assume importância o disposto no art. 461, §3º, do CPC, ao estatuir que: “sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado réu.”

É irrefutável que no sistema processual brasileiro, o art. 461 do CPC constitui o anteparo da tutela preventiva genérica e inominada, viabilizando, de qualquer modo, a antecipação da tutela interna à ação inibitória com fundamento disposto no § 3º supracitado.<sup>455</sup>

A antecipação da tutela requer a conjugação de dois pressupostos: a relevância do fundamento e justificado receio de ineficácia do provimento final.

Muitos equiparam o relevante fundamento ao “fumus boni iuris”, porém Teresa Arruda Alvim PINTO afirma que não há correlação entre eles, porquanto nas cautelares, o juiz contenta-se com a aparência do direito, ao passo que no Mandado de Segurança o direito há de ser líquido e certo, comprovado de plano por meio de prova documental.<sup>456</sup>

---

<sup>455</sup> MAINONI, op. cit., p.118.

<sup>456</sup> **Mandado de segurança contra ato judicial.** São Paulo : Revista

Relevante, diz Betina Rizzato LARA, é tudo aquilo que tem importância, que se destaca, tanto que no caso do “mandamus” se deve demonstrar uma provável procedência da ação. A prova preconstituída enseja maiores chances de confirmação da liminar, ao contrário da cautelar, uma vez que após a instrução, a convicção do juiz pode ser modificada, com probabilidade de revogação da medida.<sup>457</sup>

Parece que a razão assiste Carreira ALVIM<sup>458</sup> ao dizer que parte da doutrina emprega o “fumus boni iuris” (plausibilidade do direito) e “periculum in mora” (risco de dano) como fundamento da antecipação da tutela antecipada lato sensu, manifestando, afinal, sua preferência para aferir a relevância do fundamento e receio de ineficácia, com suporte na probabilidade. Esclarece que a probabilidade não é a própria relevância ou o próprio receio, senão um juízo de valor capaz de revelar a sua existência (ou inexistência) no caso concreto.

Não basta a relevância do fundamento, para que a tutela antecipada seja adiantada, é preciso demonstrar o justo receio de ineficácia do provimento final, pois a denegação de liminar, ensejaria a “inocuidade da sentença futura para restabelecer o estado jurídico agredido.”<sup>459</sup>

---

dos Tribunais, 1989, p. 13-14.

<sup>457</sup> **Liminares no processo civil.** São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993, p. 137-138.

<sup>458</sup> **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer.** Belo Horizonte : Del Rey, 1997, p. 133 et seq. Mais adiante afirma que relevante fundamento é mais do que mera aparência do bom direito, ou seja, significa “relevância” do fundamento do pedido (CPC., art. 282,III) , embora Calmon de PASSOS sustente ser “elemento da causa de pedir”.

<sup>459</sup> DOBROWOLSKI, Sílvio. **Liminar no mandado de segurança.** RDP 75, p. 83.

A providência liminar visa afastar o perigo ou a iminência de lesão e portanto, a lei exige fundado receio<sup>460</sup>.

Como dilucida MARINONI<sup>461</sup> que

o requerente da tutela inibitória antecipada deve demonstrar, em termos de “fumus boni iuris”, a probabilidade da ilicitude. Entretanto, além da probabilidade do ilícito, exige-se o que o § 3º do art. 461 chama de ‘justificado receio de ineficácia do provimento final’. Há ‘justificado receio de que o ilícito (que pode ou não estar associado ao dano) seja praticado no curso do processo de conhecimento, isto é, em momento anterior àquele em que o provimento final pode ser executado.

Quando o pedido refere-se aos direitos da personalidade<sup>462</sup>, v.g. vida, honra, imagem, evidentemente que independem de qualquer comprovação, sendo suficiente para indicar o “fumus boni iuris” a mera afirmação, uma vez que tais direitos são assegurados constitucionalmente<sup>463</sup>.

Parece-nos que em termos de antecipação da tutela inibitória, é bom não perder de vista que o receio de ineficácia do provimento final distingue-se da ameaça de lesão a direito ou ameaça de ocorrência do ilícito, indispensáveis para a viabilização da tutela

---

<sup>460</sup> José Alberto dos REIS, escreve "que justo receio de lesão grave de difícil reparação pressupõe que o titular do direito se encontre perante simples ameaças; se a lesão já está consumada a providência já não tem razão de ser. **Código de processo civil anotado**. 3. ed., v.1, p.634, cf. José dos Santos SILVEIRA, **Processos de natureza...**, p.75. Todavia, não se pode levar às últimas conseqüências tais assertivas, pois a violação de um direito pode justificar providências destinadas a evitar outros danos iminentes e previsíveis, autorizando, destarte, a concessão de medidas adequadas para evitar a produção de outras lesões que possam agravar a situação subjacente.

<sup>461</sup> **Tutela inibitória**....,p. 151-152.

<sup>462</sup> A tutela provisória dos direitos da personalidade é admitida na Itália, com fundamento no art. 700, disposição similar à previsão do art. 798 do nosso Código de Processo Civil.

<sup>463</sup> ARENHART. **A tutela da vida** ...., p.120 .

inibitória, visto que a proteção “initio litis” diz respeito à necessidade de prevenir o dano que pode advir da demora natural da solução do litígio.<sup>464</sup>

No entanto, Cristina RAPISARDA, distinguindo tutela inibitória provisória e inibitória final, exprime que para antecipação da tutela basta o perigo de dano, ao passo que para a final não se cogita do dano, senão da ocorrência do ilícito<sup>465</sup>.

Argumenta que para o manejo da tutela inibitória final, basta o perigo de perpetração ou continuação de conduta antijurídica, sendo irrelevante o advento do dano, pois para o acolhimento da tutela final, basta a potencialidade lesiva da conduta ilícita narrada, seja sob o aspecto da sua intrínseca idoneidade para remediar a situação, seja, e sobretudo, sob o aspecto dos seus pressupostos de expedição.<sup>466</sup>

Reafirmamos mais uma vez que a tutela inibitória provisória não tem caráter cautelar, mas sim antecipatório. Na tutela cautelar, as lides e o objeto são distintos. Há sempre a referibilidade a um direito acautelado e é este que é assegurado cautelarmente. A tutela cautelar aspira à instrumentalidade, não à exaustividade e se caracteriza, sobretudo, pela referibilidade que se traduz na indispensabilidade do processo principal, ao qual se refere a cautelar.<sup>467</sup>

---

<sup>464</sup> ARENHART, op. cit., p. 121. A “ratio essendi” da medida centra-se na necessidade de se evitar a ameaça ou lesão a um direito, resultante do comportamento da parte adversa, cujo perigo só pode ser debelado pela atuação rápida e eficaz decorrente da atuação jurisdicional preventiva, que não pode aguardar a prestação definitiva.

<sup>465</sup> RAPISARDA, Cristina. **Tutela preventiva, inibitoria cautelare ex art. 700. C.P.C. ed inibitoria finale.** Rivista di diritto processuale. Pádova : Cedam, janeiro-março de 1986, p. 143-144. Cf. ARENHART, Sérgio. **A tutela inibitória da vida ...**, p. 121.

<sup>466</sup> RAPISARDA. **Tutela preventiva...**, p. 143-144. Cf. ARENHART, **A tutela inibitória da vida...**, p.122.

<sup>467</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Reforma do código de processo civil: a consagração da tutela antecipada na reforma do CPC.** Coordenador: Sálvio de

Em suma, a tutela cautelar continua a resguardar a eficácia da pretensão manifestada no processo principal, sem, contudo, satisfazer o direito acautelado provisoriamente, porquanto sofre os efeitos do processo principal e não interfere neste, pois qualquer que seja o seu desfecho em nada lhe influirá.

Já as medidas concernentes à antecipação da tutela revestem-se de caráter satisfativo e incidem sobre o próprio direito e não consistem em meios colaterais de ampará-los, como se dá com as cautelares.<sup>468</sup>

Na verdade, a tutela antecipatória adianta os efeitos do provimento final, conquanto já satisfaz o direito da parte, v.g, as liminares nas possessórias, no mandado de segurança ou em alimentos - onde se verifica uma antecipação dos efeitos que serão consagrados na sentença.

A tutela antecipatória é satisfativa, porque satisfaz por antecipação<sup>469</sup>, não se confundindo com a tutela interinal<sup>470</sup> nem

---

Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 118. A tutela cautelar constitui garantia adicional à eficácia da tutela satisfativa, quando vislumbrado a possibilidade da ocorrência de dano grave ou de difícil reparação; é meio de assegurar a própria justiça no processo, com a manutenção do equilíbrio entre os litigantes; busca suprir as deficiências do processo veiculador da tutela satisfativa de cognição plena e demorada, onde o fator tempo é maximizado em prol de uma prova ampla, costumeiramente demorada. ARMELIN, Donaldo. **A tutela jurisdicional cautelar**. Revista da procuradoria geral do estado de São Paulo. n 23, p. 116.

<sup>468</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma do código de processo civil**. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 1995, p. 146.

<sup>469</sup> Crisanto MANDRIOLI ensina que “quando si dice che un fenomeno anticipa un altro non si dice soltanto che l’uno viene prima dell’ altro, ma si dice anche che arriva prima alla stessa meta dell’altro”, ou seja, “quando se diz que um fenômeno anticipa o outro, não se diz somente que vem primeiro que o outro, mas se diz também que atinge primeiro o mesmo objetivo do outro”. **Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinali**. Rivista di diritto processuale. Padova, v. 19, p. 556; Luiz Guilherme MARINONI. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992, p.100.

tampouco com a cautelar, pois, em verdade, a propensão da antecipatória é tornar-se definitiva, enquanto a da cautelar é ser substituída pela principal.

ARENHART<sup>471</sup>, após destacar os aspectos que distinguem a tutela cautelar da antecipatória, salienta as peculiaridades da tutela inibitória provisória e final, enfatizando que embora os requisitos sejam diversos, o objeto é o mesmo, e, portanto, aqueles requisitos devem amoldar-se à necessidade de proteção do objeto que se satisfaz por antecipação. Diz mais,

ora, se a tutela final visa a proteção do ilícito, incongruente seria considerar que a proteção concedida, de forma provisória, tem por objetivo a proteção contra o dano – que é, certamente, eventual e necessariamente concomitante ou posterior à ocorrência do ilícito. O receio de ineficácia do provimento final, a que alude o § 3º do art. 461 do CPC brasileiro, não pode ser equiparado à ocorrência de dano (ainda que marginal) ao direito postulado na ação – pois a ineficácia não decorre da ocorrência do dano, mas sim do ilícito. Assim, adotando-se a visão de Rapisarda será necessário convir que seria incabível a concessão de tutela inibitória provisória quando ocorresse o ilícito que se quer evitar com a tutela final, desde que não resultasse deste nenhum dano. Retira-se, então, todo o valor da tutela inibitória como instrumento de proteção contra o ilícito.<sup>472</sup>

A “fortiori”, o perigo de ineficácia do provimento, não se entrelaça, ao menos de modo imediato, com a superveniência de um dano, pois a tutela inibitória junte-se a proteção contra o ilícito, de maneira que

---

<sup>470</sup> Diz que “os provimentos interinais, situam-se numa zona cinzenta e nebulosa entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória”. Noutras palavras, não satisfaz por antecipação, nem tampouco exerce função assecuratória, dispensando o perigo de dano que sempre acompanha a tutela cautelar. Exemplifica com a regulamentação do direito de visitas, separação de corpos e guarda provisória dos filhos - que se destinam muito mais a regular provisoriamente os interesses do casal que propriamente a assegurar uma pretensão. Tais medidas não se vinculam, obrigatoriamente, a uma situação objetiva de perigo, que acarrete risco de periclitación a algum direito. Portanto, a tutela interinal não antecipa, nem assegura, só conserva. Luiz Guilherme MARINONI. **Tutela cautelar...**, p. 99 et seq.

<sup>471</sup> **A tutela inibitória da vida...**, p. 122.

<sup>472</sup> Op. cit., p. 122.

o “periculum in mora” embute-se na própria possibilidade de ocorrência do ilícito, sem a necessária perquirição sobre a eventual causação do dano conexo<sup>473</sup>.

#### 4.3.2 Momento da concessão da tutela antecipada

Considerando seu ofício preventivo, não há dúvida que pode ser concedida “initio litis”, antes mesmo da citação do réu ou em qualquer fase do processo, tendo sempre em conta que a tutela antecipatória é medida excepcional e só deve ser concedida quando demonstrados os requisitos legais, pois nada impede que a antecipação se dê após a dilação probatória, até mesmo em segunda instância.

É indiscutível que tratando-se de direitos da personalidade, a possibilidade de antecipação “inaudita altera pars” constitui-se na única forma de proteção preventiva do direito ameaçado<sup>474</sup>.

A tutela antecipada deve ser exercida sempre com moderação, mediante criteriosa avaliação dos interesses conflitantes, conferindo-se, proteção àquele que revelar mais provável e relevante, consoante advertência de João Batista LOPES.<sup>475</sup>

MARINONI<sup>476</sup> destaca a importância do princípio da probabilidade, como elemento imprescindível para a formação do juízo decisório, asseverando que justifica-se,

---

<sup>473</sup> Cf. ARENHART, op. cit., p.123.

<sup>474</sup> Op. cit., p. 124.

<sup>475</sup> **O juiz e a tutela antecipada.** Tribuna da magistratura. Caderno de doutrina. junho de 1996, p.19.

<sup>476</sup> **O processo civil contemporâneo: efetividade do processo e tutela antecipatória.** Organização: Luiz Guilherme MARINONI.. Curitiba: Juruá,1994, p. 117, 120 e 121. Nota-se que autor contesta o perigo de irreversibilidade do provimento,

ainda que de forma irreversível, o sacrifício de um direito que pareça improvável em benefício de outro que pareça provável. Do contrário, o direito que tem maior probabilidade de ser definitivamente reconhecido poderá ser irreversivelmente prejudicado. Em resumo, se não há outro modo para evitar um prejuízo irreparável a um direito que se apresenta como provável, deve-se admitir que o juiz possa provocar um prejuízo irreparável ao direito que lhe pareça improvável. Nestes casos deve ocorrer a ponderação dos bens jurídicos em jogo, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, pois quanto maior for o valor jurídico do bem a ser sacrificado, tanto maior deverá ser a probabilidade da existência do direito que justificará o seu sacrifício. É claro, no entanto, que o bem que tem valor jurídico largamente superior ao daquele com quem confronta não poderá ser sacrificado. Realmente, a ética da jurisdição de urgência exige que o princípio da probabilidade seja aplicado à luz do princípio da proporcionalidade.

Assim, patenteado o perigo de irreversibilidade dos efeitos do provimento pedido, não se concede a tutela antecipada. Mas na dúvida quanto a reversibilidade, ou não, do provimento antecipado, recorre-se ao princípio da proporcionalidade que indica qual o interesse a prevalecer.

E mais, o juiz deve buscar o equilíbrio e deixar de conceder a antecipação da tutela que não guarda relação de proporcionalidade com a situação deduzida em juízo ou venha a causar dano ao réu<sup>477</sup>.

É possível a substituição da tutela inibitória provisória, bem como da tutela inibitória final por outra mais adequada para assegurar a eficácia da tutela satisfativa, visto que a tutela inibitória “é permeável à situação jurídica material”, desde que o juiz opte por medida mais apropriada para uma situação que lhe foi posta pelo requerente com o fito de determinar medida mais eficiente para garantir a

---

impeditivo da tutela antecipada, Portanto, para Ele a reversão é compatível com a tutela antecipada, podendo o Juiz assumir o risco. Quanto ao princípio da probabilidade e a questão da irreversibilidade ver do mesmo Autor: **A tutela inibitória...**, p. 153 e 156 et seq.; MAGALHÃES, José Eudeni. **Da tutela antecipada**. *Repro*, 88, p. 266; ARENHART. **A tutela da vida...**, p.124. Na verdade, a satisfação quase sempre é irreversível.

<sup>477</sup> DINAMARCO. **A reforma** ..., p.143.

eficácia da tutela satisfativa ditada pelo direito substancial, sem que isso configure decisão extra petita.<sup>478</sup>

Outro não é o escólio de MARINONI:<sup>479</sup>

se o autor requer, mediante tutela antecipatória, que o juiz ordene, sob pena de multa, a cessação das atividades da empresa ré – que estariam causando danos ao meio ambiente -, nada impede que o juiz ordene, também sob pena de multa, a instalação de um equipamento capaz de neutralizar a poluição. Aliás, da mesma forma que o juiz pode conceder, ao final, tutela de remoção do ilícito quando o autor pede tutela inibitória, está ele autorizado a determinar que um terceiro instale o filtro quando é requerida, sob pena de multa e através de tutela antecipatória, a cessação das atividades que estariam provocando danos ao meio ambiente

Ora, se o autor pode formular pedido de antecipação da tutela com conteúdo diverso da tutela final, pela mesma razão poderá o juiz conceder a medida antecipada, que embora não seja antecipação da ordem que foi pedido como tutela final, desde que seja ela adequada e suficiente para tutelar o direito substancial que se teme ver violado.<sup>480</sup>

Tratando-se de cognição sumária, a revogação é sempre possível, perdurando a validade da medida enquanto não sobrevir mudança na situação fática, uma vez que o fenômeno da preclusão não afeta a decisão provisória.

Fala-se, também, em execução da tutela antecipada, observando-se, no que couber o disposto nos incisos II e III do art. 588,

---

<sup>478</sup> Preleciona ARENHART que o juiz não fica vinculado ao pedido de antecipação formulado pelo autor, podendo conferir, segundo as circunstâncias, o mais adequado para a satisfação da pretensão urgente manifestada. **A tutela inibitória da vida .....**, p. 128.

<sup>479</sup> **Tutela inibitória...**, p. 159.

<sup>480</sup> Op. cit., p. 159.

desde que não abranjam atos que importem alienação do domínio, pois o princípio da execução provisória somente será aplicado em sede de antecipação de tutela, quando não inviabilizar a proteção jurídica que se pretende outorgar com a medida, ficando, em consequência, sem efeito, quando sobrevém sentença que modifique ou anule o que foi objeto da execução, restituindo as coisas ao estado anterior.<sup>481</sup>

Caso vingasse a orientação da irreversibilidade fática da tutela antecipada, prefigurada no § 2º do art. 273, não seria possível a liminar quando envolvesse direitos da personalidade, a não ser em raríssimas hipóteses<sup>482</sup>.

A matéria é desenvolvida com habitual maestria por ARENHART<sup>483</sup>, sustentando, inclusive, aplicação analógica do art. 811 do CPC, quando verificado ao final a inexistência do direito protegido. O que não se admite é a negação da tutela “initio litis”, quando patenteada a plausibilidade do interesse, unicamente com o fim de preservar o dogma da irreversibilidade do provimento. A propósito, segundo lição de Nelson

---

<sup>481</sup> A respeito do tema, já manifestou-se MARINONI nos seguintes termos: “justamente porque é possível que o juiz, em casos excepcionais, provoque um risco de prejuízo irreversível ao réu é que o § 3º do art. 273 afirma que a execução da tutela observará, ‘no que couber, os incisos II e III do art. 588. De fato, se entendermos que, por exemplo, o inciso III jamais poderá deixar de ser observado, a tutela antecipatória nunca poderá provocar prejuízos irreversíveis. Ora como já demonstrou Ovidio Baptista da SILVA, ... o art. 273 não pode impedir a antecipação apenas porque a tutela pode provocar prejuízos irreversíveis. .... casos há de urgência urgentíssima, em que o julgador é posto ante a alternativa entre prover ou perecer o direito que, no momento, apresenta-se apenas como provável, ou confortado com a prova de simples verossimilhança. Em tais casos, se o índice de plausibilidade do direito for suficientemente consistente aos olhos do julgador – entre permitir sua irremediável destruição ou tutelá-lo como simples aparência – esta última solução torna-se perfeitamente legítima.” **A antecipação da tutela antecipatória na reforma do processo civil**. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 1996, p. 90. Cf. ARENHART. **A tutela inibitória...**, p. 130.

<sup>482</sup> Op. cit., p.130-131.

<sup>483</sup> Op. cit., p. 130-131

NERY JÚNIOR<sup>484</sup> o provimento nunca é irreversível, porque provisório e revogável. O que pode ser irreversível são as conseqüências de fato ocorridas pela execução da medida, ou seja, os efeitos decorrentes de sua execução, mas essa Irreversibilidade não é óbice intransponível à concessão do adiantamento, máxime, quando se permite a indenização dos prejuízos experimentados pela parte adversa.

#### **4.4 Valorização do juiz de primeira instância.**

Na verdade, a cultura processual brasileira superestimou o duplo grau de jurisdição, compreendido como direito de revisão da decisão “a quo”, dogmatizando-o a ponto de sufocar o acesso à justiça, prejudicando a celeridade e a adequada tutela jurisdicional, através de juízos repetitivos à cerca de direitos já declarados.

Como sustenta MARINONI, o princípio do duplo grau de jurisdição retrata “uma idéia hierárquico-autoritária da jurisdição e do Estado” gerando uma profunda desvalorização dos juízos de primeiro grau.<sup>485</sup>

Num sistema em que predomina a regra da revisão das sentenças por um órgão de superposição, a figura do juiz de instância inferior é relevada a um plano secundário, descaracterizando a qualificação da decisão como modificadora da vida dos jurisdicionados.

---

<sup>484</sup> **Código de processo civil comentado.** São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996, p. 694.

<sup>485</sup> **Tutela antecipatória:** julgamento antecipado e execução imediata da sentença. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.214.

O mecanismo da revisão, para todas as decisões do juiz, ao contrário do que parece, transmite a impressão de falta de confiança na capacidade decisória do magistrado singular.<sup>486</sup>

CHIOVENDA<sup>487</sup> questiona a razoabilidade da pluralidade de graus de jurisdição, asseverando que

não se conhecia nos tempos primeiros a pluralidade das instâncias; então, administrava diretamente a justiça o povo ou o rei. Quando, em lugar do povo, passaram a sentenciar determinados juízes, a tendência de quem perdia lastimar-se do insucesso, exacerbado, ademais, pela efetiva possibilidade de erro e pela má-fé, assumiu, conforme o lugar, a forma de um ataque pessoal aos juízes ou procurou estorvar, por outros meios, a execução da sentença. Com a instituição, porém, da hierarquia própria dos regimes monárquicos, afigurou-se natural que a sentença do funcionário dependente sofresse impugnação perante superior, até ao rei, a quem todos respondiam. Daí uma série, freqüentemente numerosa, de instâncias: conflitos, questões, inconvenientes ao infinito. Ao mesmo tempo, no entanto, o apelo ao rei constituiu poderoso instrumento de formação do direito (em Roma, na Alemanha, na França, na Inglaterra, como a apelação ao Papa na Igreja). No Estado Moderno, não é possível a pluralidade das instâncias fundar-se na subordinação do juiz inferior ao superior, por não dependerem os juízes, quanto à aplicação da lei, se não da lei mesma.

O duplo grau reflete um desprestígio da primeira instância,

na medida em que a possibilidade de qualquer decisão, principalmente as sentenças, ser impugnada, perante um órgão de segunda instância que prolate uma decisão substitutiva, faz com que os resultados obtidos em primeira instância não tenha qualquer valor. Na verdade, o julgador de primeira instância atua somente para instruir o processo, presidindo a produção de provas, opinando a respeito da matéria de direito, questões estas que serão definitivamente analisadas. Ao lado deste desprestígio surgem mais duas vantagens do duplo grau de jurisdição,

---

<sup>486</sup> Cf. Luiz Guilherme MARINONI. **Questões do novo direito processual civil brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2000, p. 318. Para Mauro CAPPELLETTI, o primeiro defeito essencial do duplo grau, “que no se encuentra ni en los países socialistas, ni - especialmente por lo que concierne al proceso civil - en los anglosajones, es la profunda desvalorización del juicio de primer grado, con la conexas glorificación, si así puede decirse, de los juicios de gravamen”. **Dictamen iconoclastico sobre la reforma del proceso civil italiano**. Proceso, ideologias, sociedad. Buenos Aires: Ejea, 1974, p.278. ,

<sup>487</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v.2. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 98.

que são a inutilidade da atividade do segundo grau, se mantiver a decisão de primeira instância e a prova de divergência, se reformar.<sup>488</sup>

A sistemática atual induz a acreditar que o juiz de primeira instância não passa de mero instrutor,<sup>489</sup> não compreendendo o leigo o fato de uma decisão não poder ser imediatamente executada.

A veneração ao duplo grau de jurisdição, sem dúvida, vem transformando as sentenças de primeira instância em meras decisões interlocutórias, uma espécie de saneador proferido apenas como sinal para passar adiante o procedimento.

Neste contexto, continua atual a lição de CHIOVENDA<sup>490</sup> ao ensinar que

a sentença de primeiro grau – que é por si autônoma, não encerra nenhum valor atual, enquanto seja possível recurso, mas simplesmente apresenta o valor de um ato, que pode converter-se em sentença, se o recurso não sobrevier. E, se interposto o recurso tem apenas o valor de um ato que pode converter-se em sentença, se o recurso for renunciado ou perempto. A sentença de primeiro grau, portanto, constitui mera “possibilidade de sentença”, mera “situação jurídica”; e, não, efetivamente, um ato jurídico sob condição resolutiva.

Alguns doutrinadores repudiam a pluralidade de jurisdição, pois não concebem que o juiz superior julgue melhor do que o inferior, porque se assim fosse, a decisão do litígio deveria ser-lhe entregue. Para outros, afigura-se falaz o argumento a favor da manutenção da existência de graus de jurisdição, simplesmente com fundamento na maior confiança que inspira à opinião pública. Igualmente é repugnável a manutenção do

---

<sup>488</sup> LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo grau de jurisdição no direito processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 115.

<sup>489</sup> Na realidade, se o juiz que preside a instrução tem contato direto com as partes e profere uma decisão que, para produzir efeitos, necessariamente tem que passar pelo crivo de um colegiado, o juiz singular não é propriamente um julgador, porém mais precisamente um instrutor. A sua decisão pode ser vista, no máximo, como um projeto da única e verdadeira decisão, que é a do tribunal”. Luiz Guilherme MARINON, **Questões...**, p.317.

<sup>490</sup> **Instituições...**, p.99-100.

duplo grau como forma de controle da atividade do juiz de instância inferior, sendo inaceitável, a assertiva da manutenção, sob o indumento de que constitui um estímulo à qualidade da sentença prolatada pelo juiz de grau inferior.<sup>491</sup>

Na verdade, a postura tradicional não busca desprender-se da idéia hierárquico-autoritária da jurisdição e do Estado, herdada e transmitida de geração em geração, e, por conseguinte, reluta em adotar uma postura, digamos, que favoreça a instrumentalidade do direito processual ao material, como diretriz a ser considerada pelos operadores do direito, para que não seja subvertida a ordem das coisas, nem feito injustiças em nome de um injustificável culto a um inútil duplo juízo sobre o mérito, que, ao invés de contribuir para a efetividade do direito, erige-se em expediente metodológico desenvolvido sob o manto de uma suposta segurança jurídica.

Neste desiderato, é louvável a consciência metodológica de certos doutrinadores alienígenas e nacionais, que comprometidos com princípios norteadores da efetividade, buscam a reformulação do processo, propondo, p. ex. a instituição de instância única para determinados casos, com a eliminação do duplo juízo sobre o mérito e a restrição de recursos, como veremos noutro tópico.

Para tanto, é imprescindível o conhecimento da realidade do processo que geram os provimentos jurisdicionais, pena de abortar a eficiência e tornar inadequada e inútil as soluções alcançadas, um provimento tardio, ainda que correto, é o mesmo que negar a justiça.<sup>492</sup>

---

<sup>491</sup> Op. cit., p. 98.

<sup>492</sup> Até o leigo não discute que Justiça tardia é injustiça. "Justiça que não é feita a tempo destrói o caráter prático do direito e prejudica a defesa de direitos," causando lesões aos direitos e garantias individuais.

Como ensina o mestre DINAMARCO, o valor do direito processual e de seus institutos é dimensionado, - pela medida do valor que possam ter na sociedade e perante o direito substancial para dirimir litígios, para atuar o direito e assim constituir-se em fator de pacificação. Toda ciência é imprescindível a investigação das causas, e nessa mostra-se importante, também “a integração da causa com o fim”(Carnelutti). Busca-se a visão do conjunto e a noção teleológica do valor social, jurídico e político do processo, pena de renunciarmos ao progresso da ciência processual, desde da polêmica Windscheid e Müther em torno da “actio romana” e do seu correspondente sistema jurídico contemporâneo, graças à obra de Von Bülow.<sup>493</sup>

Afinal, nos anima a proposta de MARINONI, quanto a eliminação do duplo grau de jurisdição, em determinados casos, como forma de o Estado garantir ao cidadão o direito a uma tutela jurisdicional tempestiva e adequada, além de concorrer para o prestígio da função do juiz de primeiro grau, resgatando a sua importância no seio da comunidade e do Estado. Isto seria possível com a fomentação da oralidade.<sup>494</sup>

Além disso, a concessão de poder ao juiz na investigação da verdade dos fatos, exercido com colaboração dos interessados (participação, cooperação comprometida com o interesse de cada um) é fator relevantíssimo para o aprimoramento da própria jurisdição como

---

<sup>493</sup> DINAMARCO, *Fundamentos...*, p. 41.

<sup>494</sup> Observa o autor arrimado em Bruno Lasagno (**Esecuzione provvisoria**. Le riforme del processo civile. Bologna: Zanichelli, 1992, p. 337) e Andrea Proto Pisani, (**La nuova disciplina del proceso civile**. Napoli: Jovene, 1991, p.193), que argúcia merece transcrição literal para cotejo: “Lembre-se que a doutrina italiana mais atual, após a recente alteração do artigo 282 do Código de Processo Civil italiano, que transformou a execução imediata da sentença em regra, reconhece que um dos principais objetivos do legislador foi o de resgatar a importância do juiz de Grau.; MARINONI, *Questões...*, p. 318-319.

função pública e, conseqüentemente, para a obtenção do ideal da justiça, consoante enuncia DINAMARCO.<sup>495</sup>

#### **4.5 Duplo grau de jurisdição e limitação dos recursos.**

##### **4.5.1. Escorço histórico.**

O princípio do duplo grau liga-se à idéia de apelação que surgiu com o direito romano, pois nas civilizações antigas aplicava-se um direito rudimentar, normalmente exercido pelo soberano ou sacerdote.

Na legislação antiga a justiça era encarada como forma de vingança, normalmente, com grande carga religiosa, onde a punição era encarada como manifestação divina e, conseqüentemente, com poucas possibilidades de revisão do juízo estabelecido pelos reis ou pelos sacerdotes, que falavam em nome de Deus.

O Código de Hamurabi<sup>496</sup> já antevia a possibilidade de erro Judiciário com a imposição de sanção ao juiz, contudo sem indicar a forma para sua constatação, nem tampouco a possibilidade de interposição de recurso pela parte prejudicada.

Na Grécia antiga, era no conjunto de leis atenienses que se encontrava a previsão de um sistema recursal.

---

<sup>495</sup> DINAMARCO, **Fundamentos...**, p.67.

<sup>496</sup> Dispunha o art. 5º que: “Se um juiz dirige um processo e profere uma decisão e redige por escrito a sentença, se mais tarde o seu processo se demonstra errado e aquele juiz, no processo que dirigiu, é convencido de ser causa do erro, ele deverá então pagar doze vezes a pena que era estabelecida naquele processo e se deverá publicamente expulsá-lo de sua cadeira de juiz. Nem deverá ele voltar a funcionar de novo como juiz em um processo”.

Igualmente no direito romano primitivo vigorou a *ordo judiciarum privatorum*, ou seja, um sistema de justiça privada, inicialmente manifestado pelas *legis actionis* (ações da lei), cuja expressão máxima era a Lei das XII Tábuas, que se caracterizava pelo rigor da forma, depois pelo sistema *per formulam* (formulário), e por fim, o *cognitio extra ordinem*<sup>497</sup> (processo extraordinário), já com a presença do magistrado oficial (funcionário do Estado), em substituição ao juiz privado, cujo processo foi entregue a um único juiz, que procedia o julgamento com observância das fórmulas, cuja sentença poderia ser impugnada mediante recurso.

Foi nesse período (*cognitio extra ordinem*) que surgiu o recurso de apelação<sup>498</sup>, recebido com efeito suspensivo, como forma de impugnação das sentenças definitivas.

Tal recurso, embora viabilizasse a revisão das decisões como forma de tutelar o direito dos indivíduos, se caracterizava como forma política eficiente dos imperadores exercerem controle, cada vez maior, da esfera administrativa do império<sup>499</sup>, pois a concentração do poder recursal nas mãos do imperador garantia a unificação e a uniformização das decisões.

Com o decorrer do tempo, outros juízes de instância superior foram encarregados do julgamento das decisões impugnadas que

---

<sup>497</sup> O sistema de justiça pública romano, ou da “*cognitio extra ordinem*”, vigorou de 342 a. C. até a morte de Justiniano, em 568 d. C. Consulte-se, a propósito José Rogério Cruz e TUCCI e Luiz Carlos de AZEVEDO. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 39 et. seq.

<sup>498</sup> SÁ, Djanira Maria Radamés. **Duplo grau de jurisdição: conteúdo e alcance constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999, p.80.

<sup>499</sup> LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo grau de jurisdição no direito processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.41-42.

contrariassem o direito em vigor, ressalvada a irrecorribilidade das decisões proferidas pelo imperador, senadores e magistrados que julgassem por delegação do imperador<sup>500</sup>.

O sistema recursal romano permitia multiplicidade de instâncias e o manejo de mais de uma apelação para revisão das decisões, existindo, contudo, limitação ao direito de recorrer em face “do grau hierárquico do prolator da sentença”.

Com a queda do Império Romano, pelas invasões bárbaras, seguiu-se um processo rudimentar, inteiramente oral, onde os juízes limitavam-se a dirigir os debates, as provas e as assembléias, orientando quanto à matéria de direito e sugerindo a decisão. Em matéria de prova, predominavam as ordálias e juramentos, sendo irrecorríveis as sentenças.

O choque entre o sistema romano e o bárbaro resultou num sistema misto com a incorporação de princípios do direito romano .

O direito brasileiro, por força da colonização portuguesa, historicamente deita raízes no Direito Visigodo, que transmitiu à Portugal, com a invasão da Península Ibérica, a estrutura judiciária assimilada do fim do império romano do ocidente.

Antes da invasão Moura à Península Ibérica, o direito visigótico admitia o recurso de apelação, como regra. Algumas legislações visigóticas impediam o recurso de apelação quando a sentença tinha como base juramento de parte ou algumas condenações por dívidas, havendo, contudo, no édito de Teodorico, previsão de punições aos juízes que tentassem impedir apelações às suas decisões, que eram

---

<sup>500</sup> LASPRO, op. cit., p 42-43.

recebidas no efeito suspensivo, e uma vez confirmada a decisão, o apelante vencido sujeitava-se ao pagamento do quádruplo das despesas processuais, além de poder sofrer confisco, prisão, entre outras penas.<sup>501</sup>

A reação à invasão árabe, que tomou dos visigodos a Península Ibérica, resultou na criação do Reino de Leão, surgindo condados, dentre os quais o Condado Portucalense, cujo direito se baseava no Código Visigótico, no direito canônico, nos costumes e nos forais, vindo, posteriormente, a originar o Reino de Portugal, cuja independência foi proclamada por D. Henrique. Passou então, o direito a arrimar-se nas concórdias (acordos entre o rei e o clero), nos forais (documentos de regulamentação feudal) e nas leis gerais esparsas.

Essa mesclagem entre o direito visigótico, canônico e costumeiro não assegurava o direito à revisão das sentenças.

Porém, a partir do século XI, com a criação da universidade de Bolonha, na Itália em 1088, fora instituída a cátedra de direito romano, originando as escolas dos glosadores e humanistas, ao tempo em que se vislumbrou a divisão da jurisdição em temporal e espiritual, surgindo o interesse pela análise do direito como regulador das relações sociais.<sup>502</sup>

A intensificação do estudo do direito romano a partir do Corpus Juris Civilis, que juntamente com o germânico e o canônico faz surgir o direito comum, difundiu-se por toda a Europa, tendo sido recepcionado por Portugal, por meio de textos vertidos para o castelhano, já que as obras acadêmicas eram produzidas em latim.

---

<sup>501</sup> LASPRO, op. cit., p. 51-52.

<sup>502</sup> LASPRO, op. cit., p. 59.

Em Portugal, D. Diniz (1279 – 1325) determinou a tradução das “Siete Partidas”, que passaram a servir de fonte subsidiária ao direito português, inclusive prevendo o direito de recorrer, regulado no título XXIII da Terceira Partida. Porém, antes disto, já se adotava no Reino a apelação como forma recursal para as sentenças definitivas<sup>503</sup>.

No período das Ordenações do Reino (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas) as Ordenações Afonsinas não trouxeram grandes inovações em matéria recursal, consoante enuncia Marcello CAETANO<sup>504</sup>, sendo mantido o agravo e a apelação. Pevia o Título LXXV a possibilidade da reformatio in pejus e do ius novorum, bem como as restrições postas ao recurso de apelação, principalmente, quanto à questão de alçada. Já o Título LXXVIII dispunha que a sentença poderia ser reformada por falta de citação, por ofensa à coisa julgada, por suborno do juiz, ou quando baseada em prova falsa ou proferida por juiz incompetente.

As Ordenações Manuelinas, atualizaram as Afonsinas, ao passo que as Filipinas refletiam a atualização das anteriores, não alterando, em substância, o sistema recursal.

As Ordenações do Reino foram adotadas pelo Brasil colonial e vigoraram mesmo após a independência à medida em que eram editadas normas que passaram a formar um direito processual autônomo, passando as Ordenações Filipinas a vigorar como um verdadeiro código.

Em matéria recursal, o art. 158 da Constituição do Império de 1824, dispunha que “para julgar as causas em segunda e

---

<sup>503</sup> S Á, **Duplo grau...**, p. 84 ; LASPRO, **Duplo grau...**, p.62-63.

<sup>504</sup> **História do direito português (1140-1495)**. Lisboa: Editorial Verbo, 1981, p. 529 et seq.

última instância haverá nas províncias do Império as relações que forem necessárias para commodidade dos Povos”, instituindo desta forma o duplo grau de jurisdição no Brasil.

Com o advento do Código Comercial do Império (1850), elaborou-se o Regulamento n.º 737 de 25.11.1850 aplicáveis apenas às causas comerciais, criando assim, uma dualidade processual, porquanto as causas cíveis continuaram a serem reguladas pelas Ordenações Filipinas e leis complementares até a edição do Regulamento n.º 763 de 1890, que estendeu a aplicação do Regulamento n.º 737 também às causas cíveis, disciplinando no art. 639 e seguintes a matéria recursal com previsão dos embargos, das apelações, da revista e dos agravos.

Os Códigos de Processo Civil dos Estados foram aparecendo à partir de 1915, surgindo em 1939 o Código de Processo Civil e, por fim, em 1973 o atual Código de Processo Civil, com as alterações introduzidas a partir de 1994.

#### **4.5.2 Duplo Grau de jurisdição: a necessidade de limitação da via recursal no Brasil, eliminação do duplo grau obrigatório e dos embargos infringentes, adoção da modalidade retida dos recursos extraordinário e especial e aplicação efetiva do art. 557 do CPC.**

O Poder Judiciário é uno, composto de estruturas verticais através de órgãos singulares (primeiro grau) e de colegiados (segundo grau) dotados, estes últimos, de competência de derrogação.

Salvo exceções (Lei 6.830/80, art. 34, Lei 9.099/95, art. 43), as decisões comportam reexame necessário por outro órgão, quer do mesmo Tribunal (CPC, § 1º do art. 557), quer entre instâncias diversas

---

(CPC, art. 513), havendo expressa previsão de recursos no art. 496 do CPC.

Assim, paralelamente ao interesse de agir (CPC, art. 2º), existe o interesse de recorrer do ato judicial decisório, que poderá provocar prejuízo à uma das partes (sucumbência).

Predomina o entendimento de que a revisão das decisões do juiz de primeiro grau deve ser feita por um órgão hierarquicamente superior, como forma de controle da atividade do juiz e como medida de segurança jurídica.

Deste modo, o duplo grau de jurisdição consiste na possibilidade do reexame da decisão por dois órgãos do Poder Judiciário, ou seja um duplo juízo sobre o mérito.

Entretanto, a atual Carta Magna não garante o duplo grau de jurisdição indefinidamente, nos moldes da Constituição do Império de 1824. O objetivo do duplo grau de jurisdição é adequar a realidade social e o direito à segurança e à justiça das decisões, garantia constitucional de todo o cidadão.<sup>505</sup>

O argumento de que os juízes de segundo grau são dotados de maior experiência e, conseqüentemente, que suas decisões seriam mais adequadas não pode ser considerado, principalmente pelo fato de que eles não mantêm contato direto com as partes e nem realizam a coleta das provas.

A circunstância de tratar-se de profissional mais antigo não significa que tenha a última palavra em todas as questões.

---

<sup>505</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais** : teoria geral dos recursos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p.124.

Costuma-se também argumentar que a possibilidade de revisão por outro órgão do Judiciário influencia psicologicamente o juiz, incentivando a qualidade da prestação jurisdicional.

Os argumentos apontados em favor da manutenção do duplo grau de jurisdição não são convincentes pois parte de premissas equivocadas, primeiro porque um duplo juízo, sobre a mesma questão decidida, não significa, necessariamente, segurança jurídica; segundo porque a circunstância do reexame se realizar por órgão composto por juízes mais antigos não quer dizer que a decisão seja a mais escorreita e terceiro, a possibilidade de revisão, por instância superior, não garante a qualidade da prestação jurisdicional, pois é sabido que a qualidade do trabalho forense desenvolvido pelo magistrado de qualquer instância depende de condições pessoais e da conscientização quanto ao dever e a responsabilidade social decorrente da função de dizer o direito.

A propósito, esclarece MARINONI,<sup>506</sup>

que a cada dia torna-se mais premente a necessidade de se conferir maior poder ao juiz. O problema, portanto, é o de se exigir uma maior responsabilidade do juiz de primeiro grau, sendo completamente descabido aceitar que o juiz somente exercerá com zelo e proficiência as suas funções quando ciente de que a sua decisão será revista. Esse raciocínio despreza a importância da figura do juiz de primeiro grau, que deve ter maior poder e, portanto, maior responsabilidade para que a função jurisdicional possa ser exercida de forma mais racionalizada e efetiva. Dar ao juiz poder para decidir sozinho determinadas demandas é imprescindível para a qualidade e efetividade da prestação jurisdicional.

Todavia, parece que a finalidade do duplo grau é possibilitar ao vencido a revisão do julgado, nada tendo a ver com controle da atividade do juiz, conquanto, não existe, em nosso direito, subordinação entre os órgãos Judiciários.

---

<sup>506</sup> **Garantias constitucionais do processo civil** : garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. Coordenador: José Rogério Cruz e TUCCI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 210.

Os argumentos expendido pelo Professor Luiz Guilherme MARINONI<sup>507</sup>, são mais consentâneos com a realidade social que reclama maior efetividade da prestação jurisdicional e, portanto, mais próximo do princípio fundamental de justiça, que repudia a preservação do duplo grau de jurisdição, em todo conflito submetido à apreciação do juiz.

A propósito, a oralidade<sup>508</sup> propicia um contato imediato do juiz com as partes e as provas, permitindo ao magistrado que tenha presidido a coleta das provas melhores condições de aquilatar o conjunto probatório e proferir a sentença, tanto que o art. 132 do CPC, fiel ao princípio da imediação, determina que o juiz que concluir a audiência julgará a lide.

Não obstante a louvável modificação introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com a criação dos Juizados Especiais, para as causas de menor complexidade, - cujo procedimento é expedito, orientado pelos critérios da oralidade, simplicidade, economia processual e celeridade, que viabiliza a conciliação e transação, - não se compreende a previsão de duplo juízo sobre o mérito<sup>509</sup> que, na acepção de MARINONI<sup>510</sup>, “a necessidade de um duplo juízo sobre o mérito simplesmente anula a principal vantagem da oralidade. É contraditório falar em benefícios da oralidade e pensar em um juízo repetitivo sobre o mérito, proferido por juízes que não tiveram qualquer contato com as partes e com a prova”.

---

<sup>507</sup> **Garantias...**, p.210 et seq.

<sup>508</sup> CHIOVENDA, **Instituições...**, p. 53.

<sup>509</sup> O art. 41 da Lei 9.099/95 dispõe que: “da sentença, excetuada a homologatória de conciliação ou laudo arbitral, caberá recurso para o próprio Juizado”, que “será julgado por uma turma composta por três Juízes togados, em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado”

<sup>510</sup> **Garantias...**, p. 211.

De fato, a contradição sobressai ao cotejar o art. 36 e o parágrafo 3º do art. 13 da Lei 9.099/95 que estabelecem que a prova oral não será reduzida a escrito, devendo a sentença referir, no essencial, os informes trazidos nos depoimentos, sendo que o último dispositivo enuncia que somente os atos considerados essenciais serão registrados resumidamente.

Não resta dúvida que a vontade do juiz interfere no resultado da instrução, uma vez que ao presidir a coleta da prova, seu livre convencimento vai sendo consubstanciado através de um juízo de valor que redundará no julgamento do mérito, com base nos elementos carreados ao processo, sendo, portanto, o único capaz de aferir a extensão da prova pessoalmente colhida.

É viável, sem dúvida, a supressão do duplo juízo nas causas de menor complexidade, tanto no âmbito dos Juizados Especiais como da Justiça Comum, como forma de contribuição para a celeridade da prestação jurisdicional, porquanto, sabe-se que nas causas singelas dificilmente o órgão revisor modifica as decisões tomadas pela primeira instância, em tais circunstâncias.

Na maioria dos casos os recursos são empregados apenas como meio de protelar a entrega da tutela jurisdicional, sendo, portanto, recomendável a eliminação do duplo juízo que, em regra, somente beneficia quem não tem razão, redundando em insegurança jurídica, embora o fundamento que enseja o manejo do recurso seja contraditoriamente a segurança jurídica.

Na verdade o duplo grau permite uma injustificável delonga na prestação da tutela jurisdicional, retirando “do Poder

Judiciário a oportunidade de responder mais pronta e efetivamente aos reclamos do cidadão”.<sup>511</sup>

Não é suportável a subsistência do duplo grau de jurisdição em todas as causas que são submetidas ao Judiciário, máxime, nas de menor complexidade, que podem ser resolvidas, mais rapidamente por meio de ritos concentrados, especialmente pela implementação da oralidade. Todavia, em algumas demandas de natureza mais complexa, não há como dispensar o duplo juízo, porém, como propõe MARINONI, a solução seria instituir, “como regra, a execução imediata e completa da sentença na pendência do recurso de apelação, dando-se ao juiz ou ao tribunal a possibilidade de suspender a eficácia da sentença ou a sua execução”, a fim de viabilizar a realização da justiça, evitando-se prejuízos ao jurisdicionado, que se vê na contingência de realizar transações nem sempre almejadas, com o fito de contornar a delonga do processo.

Na verdade, a cultura processual brasileira superestimou o duplo grau de jurisdição, compreendido como direito de revisão da decisão “a quo”, dogmatizando-o, a ponto de sufocar o acesso à justiça, prejudicando a celeridade e a adequada tutela jurisdicional, através de juízos repetitivos à cerca de direitos já declarados.

Como sustenta MARINONI, o princípio do duplo grau de jurisdição retrata “uma idéia hierárquico-autoritária da jurisdição e do Estado” gerando uma profunda desvalorização dos juízos de primeiro grau.<sup>512</sup>

---

<sup>511</sup> Op. cit., p. 214.

<sup>512</sup> **Tutela antecipatória:** julgamento antecipado e execução imediata da sentença. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.214.

A sistemática atual induz a acreditar que o juiz de primeira instância não passa de mero instrutor, não compreendendo o leigo o fato de uma decisão não poder ser imediatamente executada.

A veneração ao duplo grau de jurisdição, sem dúvida, vem transformando as sentenças de primeira instância em meras decisões interlocutórias, uma espécie de saneador proferido apenas como sinal para passar adiante o procedimento.

Ademais, a disparidade de decisões por órgãos superpostos, um reconhecendo o direito e outro denegando à respeito da mesma situação, é um contributo para o descrédito da justiça.

MARINONI, após apresentar as vantagens e desvantagens do duplo grau de jurisdição, conclui, com acerto, que o princípio do duplo grau de jurisdição não traduz maior qualidade da prestação jurisdicional e, como garantia, pode subtrair muita coisa do cidadão envolvido do processo.<sup>513</sup>

Como vimos, o princípio do duplo grau de jurisdição não é previsto expressamente pela constituição vigente, podendo, perfeitamente ser atenuado para atender ao princípio maior do acesso à justiça, não se negando, destarte, a possibilidade do manejo da via recursal para corrigir a injustiça de uma decisão, a não ser que a pretensão recursal envolva apenas o exame de questão de fato, caso em que não se admite a revisão, como já acontece nas vias extraordinárias.<sup>514</sup>

---

<sup>513</sup> Tutela antecipatória..., p.216.

<sup>514</sup> A Súmula 279 do STF estabelece que: “ para simples reexame de provas não cabe recurso extraordinário”. CHIOVENDA já traçava a distinção entre questão de fato e de direito, pois a primeira consiste na verificação, pelo juiz, de circunstâncias que o levem a determinar os fatos concretos, ao passo que a segunda diz respeito à existência da norma abstrata no ordenamento jurídico . O STF já manifestou-

Desta forma, reclama-se a prestação da tutela jurisdicional em prazo razoável, consoante expressa o art. 8º da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos<sup>515</sup>, ensejando a estabilização do poder e a racionalização do uso do duplo grau de jurisdição.

A inoperância do duplo grau de jurisdição é retratada pela delonga do processo e se contrapõe à efetividade da tutela jurisdicional, além de constituir um prêmio a quem não tem razão, em detrimento do legítimo interesse do autor.

Na verdade, a efetividade da tutela dos direitos não condiz com a morosidade do processo que, segundo MARINONI “é fator potencializador das disparidades entre as partes”.

Como ensina o autor, “a demora excessiva é fonte de injustiça social, por que o grau de resistência do pobre é menor do que o grau de resistência do rico; este último, e não o primeiro, pode sem dano grave esperar uma justiça lenta. Na realidade, a demora do processo é um benefício para o economicamente forte, que se torna, no Brasil, um litigante habitual em homenagem à inefetividade da justiça”.

De fato, “uma das garantias fundamentais do cidadão dever ser a de uma resposta jurisdicional em um prazo razoável. Com efeito, não é, nem de longe, devido processo legal aquele que se arrasta por longos anos para dar resposta ao jurisdicionado”.<sup>516</sup>

---

se à respeito, assentando que a questão de fato refere-se ao processo de livre convencimento do juiz (RTJ 46/821, 47/276). Na mesma esteira a Súmula 7 do STJ que estabelece que “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

<sup>515</sup> Entendemos mais conveniente desenvolver a matéria da duração do processo em seção própria.

<sup>516</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O processo civil contemporâneo : efetividade do processo e tutela antecipatória**. Curitiba: Juruá, 1994. p.116.

A multiplicidade desordenada de recursos tem assento na preocupação política de centralizar as demandas com objetivo de diminuir o poder das senhorias feudais.

Ressaltamos ainda, que até o final do século XVIII, na França e Europa, os ofícios judiciais foram contagiados pela venalidade, exurgindo-se os recursos como forma de debelar tal mal.

Felizmente nos dias de hoje são raros os casos de corrupção no meio Judiciário, o que favorece, politicamente, a eliminação de vias recursais incompatíveis com as exigências dos tempos modernos, principalmente, tendo em conta a instantaneidade da comunicação e da possibilidade da fiscalização efetiva dos atos processuais pela sociedade.

A reformulação da via recursal é imperativo de ordem para sobrevivência do sistema jurídico brasileiro, que não pode conviver com técnicas jurídicas que foram imaginadas em épocas, onde o acesso à justiça era restrito a uma pequena camada da sociedade.

Ora, a admissão indiscriminada de recursos é uma arma poderosa à disposição do litigante de má-fé e dos maus pagadores, que obriga a parte contrária a despender enormes quantias para suportar a demanda, além de experimentar desgastes psicológicos, em razão da demora da solução da demanda.

O “recorrismo brasileiro”, além de iníquo, perverso e elitista é causa eficiente da desmoralização do Poder Judiciário.<sup>517</sup>

---

<sup>517</sup> Estatística.

O contexto atual é campo fértil para a implantação de uma nova sistemática que contemple a eliminação da revisão da sentença “a quo” pela instância superior, quando o valor da condenação for inferior a 40 salários mínimos ou tratar-se de matéria de menor complexidade submetida ao rito sumário.

Na hipótese de condenação em valor superior à alçada de 40 salários mínimos, impõe-se prévio depósito recursal do valor de 50% da condenação, não podendo ser inferior ao valor de alçada, como um dos requisitos de admissibilidade do recurso. Após transitada em julgado a decisão recorrida ordenar-se-á o levantamento imediato da importância do depósito, em favor da parte vencedora, por simples despacho do juiz, prosseguindo-se a execução quanto a quantia remanescente.<sup>518</sup>

Poder-se-ia inquirir acerca da constitucionalidade da limitação de recurso e/ou instituição de alçada como condição do exercício do duplo grau de jurisdição.

A priori, questiona-se quanto à existência de um direito fundamental ao reexame das decisões judiciais por um órgão de segundo grau.

Pela leitura da Constituição, especialmente, do art. 5º, encontra-se a enunciação de diversos direitos fundamentais, mais dentre eles não se vislumbra, de forma expressa, a garantia do duplo grau de jurisdição. Embora alguns entendam que o duplo grau é concebido de forma implícita, em decorrência do inciso LV c.c § 2º do art. 5º da CF/88,

---

<sup>518</sup> A proposição não é inédita no direito brasileiro, uma vez que o art. 899 e §§ da CLT já estabelece a regra, com valores prefixados. Parece-nos que valores tão ínfimos são insuficientes para inibir o ímpeto recursal inerente à justiça comum, especialmente, na esfera cível. Por isso, ousamos apresentar, como singelo contributo, uma forma mais audaciosa para a contenção do “recorrismo” do sistema processual brasileiro.

não há como considerá-lo como direito materialmente fundamental, não obstante o argumento histórico de que o recurso é inerente à natureza humana.

Porém, ainda que se advogue, com arrimo na Constituição e no ordenamento jurídico, o exercício do duplo grau não pode constituir-se em obstáculo a uma ordem jurídica justa, pois como argumenta Oreste Nestor LASPRO<sup>519</sup>, o duplo grau, além de ofender o acesso à justiça, reflete um desprestígio da primeira instância, pois “se é mantida a decisão em segundo grau é inútil, se reforma demonstra divergências, dificulta a produção de provas além de ofender a oralidade”.

Sopesando as vantagens e desvantagens da manutenção do duplo grau, resulta incontestemente a necessidade de modificação do instituto, pois segundo o autor supramencionado, “trata-se de mecanismo adotado sem maior reflexão, com base mais em aspectos – políticos que jurídicos, no mais das vezes com base em uma alegada tradição. Representa obstáculo à eficiência da organização judiciária, na medida em que não se pode demonstrar, cientificamente, que atinja de modo eficaz a única meta para ser mantido, qual seja, a de que a decisão de segundo grau é ‘melhor’ que a de primeiro”.<sup>520</sup>

A teoria do acesso à justiça, desenvolvida por CAPPELLETTI, ensejou a discussão quanto a eliminação, por ele defendida, do recurso de apelação na Itália, por considerar que a manutenção do duplo grau ofende o princípio do acesso à justiça.

---

<sup>519</sup> Op. cit., p. 114.

<sup>520</sup> Op. cit., p. 117. O autor arrima-se em diversos doutrinadores, indicados em notas de rodapé.

O mestre peninsular propugna pela eliminação sumária do apelo ou pelo menos, sua limitação com emprego somente aos casos de “error in iudicando”, em que, eventualmente tenha incorrido o juiz de primeiro grau. Assim, noutras palavras, não admite o abuso do direito à impugnação e a multiplicidade de órgãos colegiados que somente servem para retardar a prestação da tutela jurisdicional.<sup>521</sup>

A fixação de um valor de alçada, como forma de limitação de recursos não é inconstitucional, pois, a nosso ver, não há delimitação ao direito fundamental do cidadão ao acesso à justiça, conquanto, persevera, em lapidar lição de Ingo Wolfgang SARLET<sup>522</sup>:

nenhum direito fundamental consagrado na Constituição se encontra imune a restrições, mesmo que se trate de direito que não se encontra sob a reserva ( simples ou qualificado) de lei, isto é, que não pode ser objeto de restrições pelo legislador ordinário. De acordo com a mais moderna doutrina, a noção de limites é inerente à natureza das liberdades, mesmo das consagradas e garantidas pelas normas de direitos fundamentais. Todo e qualquer direito fundamental contém limites denominados de ‘imanescentes’, decorrentes da ordem constitucional. Via de regra, são apontadas duas espécies de limites imanescentes: a) a existência de uma colisão entre direitos fundamentais; ou b) entre esses e outros valores constitucionais. No mais, nos casos em que incide a reserva legal, a restrição é viável apenas através da lei ou com base em lei. Em qualquer caso, vigora o princípio consagrado da proporcionalidade da restrição, segundo o qual, a interferência limitadora no âmbito de proteção de um determinado direito fundamental, deve obedecer a três requisitos: a) necessidade da restrição, ou seja, a utilização do meio menos gravoso ( aquele que menos limita a liberdade); b) a sua pertinência (adequação), no sentido da sua possibilidade de atingir o resultado almejado; e c) proporcionalidade em sentido estrito, que outra coisa não que dizer senão a observância do equilíbrio na relação entre o meio e o fim. Ademais, apenas uma finalidade constitucionalmente legítima autoriza uma restrição a um determinado direito fundamental.

---

<sup>521</sup> S Á, **Duplo grau...**, p.92-93.

<sup>522</sup> Valor de Alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição: problematização em nível constitucional, à luz de um conceito material de direitos fundamentais. *Ajuris* n.66, p.120-121.

Na esteira do constitucionalista e magistrado gaúcho não há como negar que numa colisão entre direitos ou entre valores constitucionais há que preponderar, sempre, a busca da otimização entre os direitos e valores em jogo, impondo a compatibilização da aplicação das normas, sem contudo sacrificar o direito material fundamental.

A “fortiori”, é possível o estabelecimento de restrições ao duplo grau, quer quanto ao direito de recorrer para uma instância mais elevada, quer quanto à fixação de alçada como condição para tal exercício.

A doutrina dominante defende a idéia de que o recurso é continuação do procedimento que funciona como modalidade do direito de ação, realizável dentro do mesmo processo. É inegável a existência de pressupostos e condições para o exercício do direito de ação. Com maior razão se justifica as proposições deste trabalho, visando a mudança procedimental para nela inserir limitação ao exercício do duplo grau, especialmente quanto ao depósito prévio do valor da condenação, que passaria a constituir um requisito indispensável para a interposição de recursos, ao lado dos requisitos de admissibilidade já previstos pela legislação vigente.

De qualquer modo, o recurso é sempre possível quando constatada ofensa à Constituição Federal, ou quando patenteada a injustiça da decisão “a quo”, cujo juízo de admissibilidade caberia à instância revisora.

Entrementes, pela linha desenvolvida por este trabalho, não há como admitir o cabimento de recurso quando a decisão “a quo” fundar-se em súmula vinculante do STF, a não ser que o recorrente efetue o depósito integral do valor da condenação ou preste caução idônea nos casos em que a condenação não envolva valor pecuniário, competindo,

nestas hipóteses, ao juízo de primeiro grau a admissibilidade ou não do recurso.

Não obstante, seja como for, aplica-se o disposto no art. 557 do CPC, que autoriza o relator a negar seguimento a qualquer recurso, quando entender manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STF ou STJ.

Ainda em relação aos recursos, são injustificáveis a manutenção dos embargos infringentes, porquanto é ilusória a idéia “de que quanto mais se decide sobre uma causa mais perfeita é a tarefa da jurisdição<sup>523</sup>.” É certo que referidos embargos revelam a “insensibilidade à necessidade de celeridade da justiça”, colidindo com o interesse social que exige eficiência e rapidez.

Ao analisar os embargos infringentes, Alfredo BUZAID<sup>524</sup> lembra que

um recurso deve ser criado ou mantido na media em que ele aperfeiçoa a decisão, sem retardar a administração da justiça. Os embargos pressupõem um julgado, proferido em grau de apelação, por juízes, a quem não se pode negar notório saber jurídico, vasta experiência e reputação ilibada. A existência de um voto vencido, não basta por si só para justificar a criação de tal recurso; porque, pela mesma razão, se deveria admitir um segundo recurso de embargos toda vez que houvesse mais de um voto vencido; desta forma poderia arrastar-se a verificação por largo tempo, vindo o ideal de justiça a ser sacrificado pelo desejo de aperfeiçoar a decisão.

---

<sup>523</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória**: julgamento antecipado e execução imediata da sentença., 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 223.

<sup>524</sup> **Estudos de direito I**. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 111.

Também deve ser rejeitada a manutenção do duplo grau obrigatório em todas as hipóteses previstas no art. 475 do Código de Processo Civil.

O reexame necessário teria surgido no Brasil através de uma Lei de 4 de outubro de 1831, artigo 90, que impunha ao juiz o dever de recorrer, quando a sentença fosse contrária à Fazenda Nacional, tendo sido ampliado para outras hipóteses, e consagrado como recurso no Código de Processo Civil de 1939, dispondo seu art. 822 que: “a apelação necessária ou ex officio será interposta pelo juiz mediante simples declaração na própria sentença”, consoante noticia Alfredo BUZAID.<sup>525</sup>

As razões para a introdução do recurso ex officio no sistema processual brasileiro foram expostas por Clemente Ferreira, da seguinte forma:

a melhor maneira de verificar a responsabilidade dos empregados que não são vitalícios é uma incansável e nunca interrompida vigilância das autoridades superiores sob sua conduta e a sua admissão, logo que ha suspeitas vehementes de que são prevaricadores. Mas nem por isso o corpo legislativo deve deixar de prevenir os abusos conhecidos, fazendo leis oportunas que fação cessar a sua causa: e é o que faz o artigo em discussão: está conhecido que os procuradores fiscaes prevaricão, deixando de appellar de sentenças injustas contra a fazenda nacional: o remédio é obrigar os juizes a appellar de officio e ficará cessando a occasião de um tal abuso.<sup>526</sup>

Contudo, na mesma sessão o deputado Gomes de Campo combatia veementemente o projeto por entender que era injusto instituir um privilégio em favor da Fazenda Pública e impor aos demais litigantes uma condição de inferioridade.<sup>527</sup>

---

<sup>525</sup> Estudos..., p. 236 et seq.

<sup>526</sup> Anais do parlamento brasileiro, sessão de 11 de setembro, 1938, II, p. 491. Cf. Alfredo BUZAID. Estudos..., p. 238.

<sup>527</sup> BUZAID, Estudos..., p. 238.

Embora o instituto já tenha ultrapassado um século de existência no direito pátrio, hoje não mais se justifica sua manutenção no sistema processual brasileiro, primeiro porque não se trata de recurso, pois lhe falta dialeticidade, voluntariedade, legitimidade, tempestividade, interesse de recorrer e o preparo, que são pressupostos essenciais de admissibilidade dos recursos<sup>528</sup>. Segundo porque as razões históricas que justificavam sua existência não mais subsistem, tendo em vista que a apelação ex officio do direito português surgiu para contrabalancear os poderes onipotentes do juiz no processo criminal inquisitório<sup>529</sup>, de feição oral e secreto,<sup>530</sup> e terceiro, porque o duplo grau obrigatório, instituído à favor da Fazenda Pública afronta ao princípio da isonomia.

BUZAID já denunciava a quantidade excessiva de meios de impugnação das decisões judiciais<sup>531</sup>, que foram substancialmente diminuídos com Código de Processo Civil de 1973, mas mesmo assim, o sistema processual reúne um número excessivo de recursos, previstos no Código de Processo Civil e legislação esparsa.<sup>532</sup>

---

<sup>528</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais**: teoria geral dos recursos. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.58 . A doutrina dominante entende que não se trata de recurso, mas sim de condição de eficácia da sentença.

<sup>529</sup> Hoje, não se discute que o processo é dispositivo, embora as legislações modernas admitam a fusão entre os princípios inquisitivo e dispositivo, com excelentes resultados práticos em favor de uma tutela jurisdicional mais efetiva, que a orientação seguida pelo nosso Código, no seu art. 262.

<sup>530</sup> BUZAID, **Estudos...**, p. 214 e 222.

<sup>531</sup> Devemos observar a divisão clássica entre os meios de impugnação das decisões judiciais: a) recursos – exercitáveis dentro da mesma relação processual, contra decisões ainda não transitadas em julgado, e b) ações autônomas de impugnação – voltadas, principalmente contra as decisões já acobertadas pela autoridade da coisa julgada.

<sup>532</sup> Sistema recursal do CPC: apelação, agravo (retido nos autos, por instrumento e interno aos autos), embargos infringentes, embargos de declaração, recurso ordinário (STJ), recurso especial, recurso extraordinário, embargos de divergência (em recurso Especial e Extraordinário) e recurso adesivo (na apelação, nos embargos infringentes, no recurso especial e no recurso extraordinário). Verifica-se que fora do sistema do CPC e estipulados em Lei Federal coexistem: embargos infringentes

Embora constatada a simplificação das impugnações dos pronunciamentos judiciais de primeira instância, pelo Código Civil de 1973, por influência de Alfredo BUZAID, a realidade de hoje, reclama, com maior razão, não só o enxugamento das vias recursais, com eliminação da remessa obrigatória, dos embargos infringentes, mas sobretudo a racionalização da esfera recursal, com a limitação dos recursos, na forma proposta por este trabalho.

Na busca desta racionalização recursal, há de se ressaltar a louvável modificação introduzida pela Lei 9.756/98 ao estabelecer a interposição dos recursos extraordinário e especial na modalidade retida, quando manejados contra decisões interlocutórias nos processos de conhecimento, cautelar ou de embargos à execução.<sup>533</sup>

A nova sistemática é enaltecida pelo Ministro Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA, porquanto o recurso retido evita que processos, “nos quais ainda não proferida decisão final, nas instâncias ordinárias, subam uma ou mais vezes ao Supremo Tribunal Federal e/ou Superior

---

(art. 34 da Lei 6830/80), agravo inominado da decisão que suspende execução da medida liminar concedida em Mandado de Segurança e em Ação Civil Pública, a pedido de entidade de direito Público (art. 4º da L. 4.348/64 e art. 12, § 1º da L. 7.347/85), recurso inominado, no âmbito dos juizados especiais (art. 41 da Lei 9.099/95), recursos previstos pelo CPC, com algumas adaptações previstas nos incisos I a VIII do art. 198 da Lei 8.069/90, no âmbito do ECA. Contudo, existem alguns remédios que, por absoluta falta de previsão legal não são considerados como recursos, porém tendo em vista a finalidade para a qual foram criados, fazem as vezes destes, sendo denominados de seus sucedâneos: como por exemplo o pedido de reconsideração, a correção parcial ou reclamação, a remessa obrigatória – apelação “ex officio”, a arguição de relevância no recurso extraordinário, a ação rescisória, o agravo regimental e o habeas corpus (contra decreto de prisão civil).

<sup>533</sup> Art. 542, § 3º do CPC, com redação introduzida pela Lei 9.756/98, verbis: “O recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões”.

Tribunal e Justiça para a definição de questões concernentes à decisões interlocutórias”.<sup>534</sup>

Sem dúvida que a interposição do recurso extraordinário e especial na modalidade retida contribuirá para a agilidade do sistema recursal, evitando-se a procrastinação dos feitos, ampliando, destarte, os poderes do relator e a eficácia das decisões dos Tribunais Superiores com a valorizando da jurisprudência sumulada, uniforme ou dominante, passando, de forma indireta, o pronunciamento do STF, sob questão de constitucionalidade das leis, ter efeito vinculante (CPC, art. 481, § único).<sup>535</sup>

A instância revisora pode adotar julgamento simplificado do recurso, com adoção plena da concentração total dos atos processuais, constando apenas da ata a identificação suficiente do processo, fundamentação sucinta e parte dispositiva, sendo que no caso de confirmação da sentença pelos seus próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão, não cabendo embargos infringentes, ainda que haja voto vencido.<sup>536</sup>

A concentração de ato processual e decisão sucinta não violam postulado constitucional. A fundamentação sucinta não conduz à nulidade do julgamento, pois conforme já decidiu o STF, “não é nula a sentença fundamentada sucintamente,” bastando a análise dos aspectos fundamentais, embora resumidamente, pois o que a Constituição impõe é

---

<sup>534</sup> TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/9** : a Lei 9.756/98 e suas inovações. Coordenação: Teresa Arruda Alvim WAMBIER e Nelson NERY. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 544-545.

<sup>535</sup> TEIXEIRA, A Lei..., p. 544.

<sup>536</sup> Serve de paradigma o art. 46 da Lie 9.099/95.

que o juiz ou tribunal dê as razões de seu convencimento,<sup>537</sup> nada obstando a manifestação oral registrada magneticamente ou através de outro meio idôneo.

A rigor, as decisões da instância revisora não necessitarão de fundamentação, sobretudo nos casos de confirmação do julgado, ou quando consonante com uniformização do próprio tribunal<sup>538</sup> ou súmula vinculante.<sup>539</sup>

#### **4.6 Uniformização da jurisprudência e adoção da súmula com efeito vinculante.**

O Judiciário se caracteriza por aplicar, primordialmente, as normas jurídicas aos casos concretos.

---

<sup>537</sup> STF – 2. turma. AI 162.089-8-DF-AgRg. rel. Min. Carlos Mário da Silva VELLOSO. J. 12.12.95. DJU 15.3.96, p. 7209.

<sup>538</sup> Fiel aos ditames do art. 557 do CPC, o juiz relator Vladimir FREITAS, do TRF da 4ª Região, ao examinar Remessa “ex officio” n.º 97.04.05192-1/PR, por despacho, negou seguimento à remessa através de fundamentação sucinta, verbis: “Trata-se de ação ordinária que visa à restituição das quantias indevidamente recolhidas a título de empréstimo compulsório sobre combustíveis, criado pelo Decreto-lei n.º 2.288/86, cuja exigência foi declarada inconstitucional por este Tribunal (súmula 13), tendo o STF se pronunciado no mesmo sentido. O consumidor do combustível é parte legítima para postular a devolução, correspondendo os valores a restituir à média presumida de consumo (art. 16, § 1º do DL 2.288/86), segundo orientação das Turmas Reunidas deste Tribunal e do STJ (Resp. n.º 42.705-3/SC, Rel. Min. Garcia Vieira, julg. 07-03-94, publ. 11-04-94, p. 7610). Inexiste diferença entre ação de repetição de indébito e a ação de cobrança e, tratando-se de tributo sujeito a homologação, incorreu a decadência nos termos da jurisprudência pacífica do STJ (Resp. 44221, Rel. Min. Pádua Ribeiro, DJ 23-04-94, p. 12.595). Os juros de mora, a correção monetária e os honorários advocatícios encontram-se em conformidade com as disposições do CTN, a Súmula 46-TFR e os precedentes desta Turma. Não destoando a sentença deste entendimento, nego seguimento à remessa oficial, com base no art. 557 do CPC. Intimem-se. Após, remetam-se os autos ao juízo de origem. Porto Alegre, 27 de fevereiro de 1997”.

<sup>539</sup> “Decisão que invoca súmula está fundamentada, pois basta o interessado examinar os arestos em que esta se estriba para saber quais os fundamentos do enunciado da súmula.” (STF-RT 735/204; no mesmo sentido, STJ – 2. turma. AI 105.409-MG-AgRg. rel. Min. Ari Pargendler. J. 27.6.-96. DJU 26.8.96, p. 29.679).

No desempenho deste mister se faz necessário a interpretação que redunda na subsunção da conduta ou evento ao modelo jurídico, preestabelecido pelo ordenamento jurídico, que não pode prever todas as hipóteses ocorrentes em razão da multiplicidade de condutas no universo social.

A tarefa é espinhosa e exige preparo, pesquisa e dedicação do aplicador do direito, que tem a incumbência de resolver a lide social, parcialmente deduzida em juízo (“res deducta in juízo”).

Na verdade, em certos casos, a dogmática tradicional não fornece todos os elementos para a escorreita aplicação do direito, e isto é reconhecido pelo próprio legislador, ao permitir a colmatação das lacunas pelo juiz.

A transferência de responsabilidade ao juiz decorre da necessidade de entregar a um órgão estatal o dever de compor a lide com justiça, uma vez que o Estado ao assumir o monopólio da tutela jurisdicional, necessariamente, outorgou ao estado-juiz a missão de dizer o direito.

Logo, a hermenêutica objetiva descobrir o direito contido na lei, ou seja o conteúdo normativo inserido nas formas de expressão do direito.

E a interpretação não se cinge à mera leitura do texto legal, exige-se que se vá adiante para haurir o verdadeiro sentido da norma.

A dificuldade da interpretação das leis decorre, não só da variedade das normas vigentes, como também da postura ideológica do intérprete e dos critérios diferenciados, empregados pelos órgãos

jurisdicionais, que conduzem à divergência na aplicação de determinada norma.

A postura política brasileira, inspirada na doutrina da separação dos poderes, possibilitou a adoção do sistema da jurisdição única que confia ao Judiciário o monopólio da jurisdição.

Em decorrência disto, assume a responsabilidade pela resolução dos conflitos entre os particulares e entre os particulares e o Estado, resultando na multiplicidade de demandas, diluídas pelos diversos órgãos Judiciários, independentes e superpostos em instâncias, sendo natural a existência de diversidades de decisões, por vezes contraditórias, e até mesmo em casos análogos e idênticos.

A técnica jurídica engendrou a solução lógica capaz de contornar e harmonizar as discrepâncias das decisões, através do singelo princípio da prevalência da decisão do órgão superior sobre a decisão do órgão inferior.

Tal técnica revisional, que por longo tempo cumpriu relevante papel na distribuição e segurança da justiça, corrigindo desacertos e eventuais distorções de órgãos inferiores, tomou um rumo inesperado, contribuindo para o emperramento do aparelho judicial e concorrendo, de forma substancial, para a delonga da prestação jurisdicional.

A forma adotada pelo sistema recursal brasileiro, transformou a jurisprudência pátria em marcante fator de atravancamento da máquina judiciária, porquanto, permite chicanas processuais que retardam a solução do litígio.

Não obstante, como veremos mais adiante, não há como

prescindir da jurisprudência no Estado Democrático de Direito, todavia, a questão merece reflexão, não só pelos operadores do direito, mas, sobretudo, no âmbito legislativo, através leis que contemplem a realidade social contemporânea, evitando-se assim, o descrédito da instituição.

Aliás, a jurisprudência resulta das decisões uniformes dos juízes e tribunais e constitui-se de normas gerais criadas pela prática consuetudinária do Poder Judiciário, formada à partir de casos concretos, distinguindo-se da lei, por sua maior flexibilidade, a ponto de ser considerada fonte subsidiária e integradora do direito, como já tivemos oportunidade de dizer.

Numa instituição composta por milhares de agentes, que quotidianamente aplicam o direito recorrendo aos mecanismos fornecidos pelo sistema legal, é inegável o surgimento de decisões antagônicas na apreciação dos casos concretos, razão pela qual o dissenso jurisprudencial é inevitável em determinadas questões não amadurecidas.

Logo, a uniformização da jurisprudência é instrumento fundamental para unificar as várias correntes de pensamento, de modo a facilitar a aplicação da lei em todas as esferas de poder, já que a jurisprudência constitui fonte de formação do direito.

É notória a influência da jurisprudência na transformação do direito, quer suscitando a mudança de comportamento do intérprete, em relação à determinada matéria, quer compelindo o legislador à edição de norma convergente com a orientação jurisprudencial dominante.

Assim, a difusão do dissenso jurisprudencial enseja a uniformização de jurisprudência que se consubstancia na edição de

súmula, que traduz o resumo da jurisprudência sedimentada através de inumeráveis decisões uniformes dos tribunais pátrios.

A jurisprudência, mormente a sumulada, exerce papel relevante na medida em que sinaliza a interpretação predominante em casos análogos, fornecendo elementos para uma aplicação isonômica e justa, além de concorrer para a atualização e vivacidade do direito objetivo, tendo em vista que a lei a cada dia que passa envelhece, perdendo o sentido e alcance originais.

#### **4.6.1 Súmula com efeito vinculante.**

##### **4.6.1.1 Stare decisis como paradigma para adoção da súmula com efeito vinculante.**

É inegável a força da jurisprudência e sobretudo das súmulas como contributo à interpretação e aplicação do direito.

Com inspiração na “stare decisis” do direito anglo-saxão, a cada dia alinham-se os defensores da adoção do primado da força vinculante dos precedentes, em nosso direito, como forma de agilização da prestação da tutela jurisdicional.

A regra da “stare decisis” como fundamento do “common law” permite ao juiz recorrer à experiência de seus antecessores, e nesse aspecto contribui para a segurança jurídica, face à uniformização da aplicação do direito, decorrente da previsibilidade das decisões.<sup>540</sup>

---

<sup>540</sup>DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** Trad. por Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.391.

Segundo Edward d. RE,<sup>541</sup> a referida doutrina,

cuja formulação é *stare decisis et non quieta movere* (mantenha-se a decisão e não se perturbe o que foi decidido), tem raízes na orientação do *common law*, segundo a qual um princípio de direito deduzido através de uma decisão judicial será considerado e aplicado na solução de um caso semelhante no futuro. Na essência, esta orientação indica a probabilidade de que uma causa idêntica ou assemelhada que venha a surgir no futuro seja decidida da mesma maneira. (...) É preciso compreender que o caso decidido, isto é, o precedente, é quase universalmente tratado como apenas um ponto de partida. Diz-se que o caso decidido estabelece um princípio, e ele é na verdade um principium, um começo, na verdadeira acepção etimológica da palavra. (...) Um princípio é uma suposição que não põe obstáculo a maiores indagações. Como ponto de partida, o Juiz no sistema do *common law* afirma a pertinência de um princípio extraído do precedente considerado pertinente. Ele, depois, trata de aplicá-lo moldando e adaptando aquele princípio de forma a alcançar a realidade da decisão do caso concreto que tem diante de si. O processo de aplicação, quer resulte numa expansão ou numa restrição do princípio, é mais do que apenas um verniz; representa a contribuição do Juiz para o desenvolvimento e evolução do direito.

A regra do “*stare decisis*” não dispensa o emprego das leis, mas o precedente é fundamental à subsunção do caso concreto ao direito aplicável, de modo que, o julgador deve perquirir se o precedente tem força vinculativa ou meramente persuasiva, sendo que na primeira hipótese “será aplicado e definirá o caso em julgamento. Se, pelo inverso, for somente persuasivo, desafia toda uma gama de outros elementos, que, em conjunto, definirão a aplicação e a extensão do precedente”.<sup>542</sup>

A crítica aponta que a “*stare decisis*” pode “introduzir um indesejável elemento de rigidez no ordenamento jurídico e propiciar o estabelecimento de cerebrinas e diáfanas distinções entre decisões semelhantes”<sup>543</sup>, bem como poderia conduzir a uma estagnação da tutela

---

<sup>541</sup> RE, Edward D. **Stare Decisis**. Trad. por Ellen Gracie Northfleet. Revista Jurídica, 198, abril de 1994, síntese, p. 25-35.

<sup>542</sup> RE, **Stare...**, p. 27.

<sup>543</sup> RE, **Stare...**, p. 25.

jurisdicional e firmar a autoridade de um julgamento, eventualmente errôneo.

Entretanto, a idéia de que a “*estare decisis*” poderia levar a uma paralisação da evolução do direito é rebatida pelo autor, porquanto “não se exige obediência cega a decisões passadas. Ela permite que os Tribunais se beneficiem da sabedoria do passado, mas rejeitem o que seja desarrazoado ou errôneo”, pois a Corte pode restringir o princípio aplicando precedentes diversos. (...) “suas restrições e limitações inerentes bem como os fatores que determinam a inaplicabilidade de decisões anteriores tornam possível a necessária flexibilidade, indispensável para a mudança e o progresso”.<sup>544</sup>

Como é sabido, o ordenamento jurídico brasileiro, de tradição romanística, filia-se ao “*civil law*”, já tendo, historicamente, sentido a influência do “*stare decisis*” e com freqüência ensaia incursões pela pragmática, afastando-se das bases que lhe dá sustentação.

No período colonial a Coroa Portuguesa instituiu os Assentos, firmados nas Ordenações do Reino e, posteriormente, na Lei da Boa Razão com intuito político de controlar as decisões judiciais, conforme noticia Djanira Radamés de S.Á.<sup>545</sup>

Assim, a interpretação fixada nos Assentos, pela Casa da Suplicação, tinha efeito subordinante, caracterizando-se como precedentes vinculativos, por constituírem interpretação autêntica com força de lei.

---

<sup>544</sup> RE, *Stare...*, p. 30. Quanto à possibilidade de mudança da jurisprudência e o alcance da regra e outros aspectos da “*common law*” no direito americano. Cf. René DAVID. *Os grandes sistemas...*, p. 391-393.

<sup>545</sup> **Súmula vinculante**: análise de sua adoção. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 66.

Com a Proclamação da Independência, as idéias liberais da Revolução Francesa e da Constituição Americana influenciaram e determinaram o posicionamento da Casa da Suplicação, compelindo-a a abandonar a atividade normativa, que pela nova ordem fora cometida ao poder legislativo.

Posteriormente, houve tentativas de uniformização da atividade jurisdicional, por meio de decretos imperiais e pela Consolidação Ribas (art. 156, § 3º), tendo sido em 1923 introduzidos os institutos da revista, do prejudgado e do recurso extraordinário, pelo Decreto n.º 16.273. Com o advento do Código de Processo Civil de 1939 (art. 861) foi acolhido o prejudgado “instituto permissivo do pronunciamento prévio do tribunal sobre a interpretação de norma jurídica na ocorrência real ou mera possibilidade de ocorrência de interpretação conflitante”.<sup>546</sup> Todavia, referido instituto buscava tão somente a uniformização da jurisprudência e a celeridade processual.

Os prejudgados do TST, dotados de força vinculante, foram amplamente empregados na justiça do trabalho, até que o STF declarou sua inconstitucionalidade, por entender que os prejudgados invadiam a esfera legiferante do poder legislativo.

Alfredo BUZAID, autor do anteprojeto do atual Código de Processo Civil de 1973, tentou reintroduzir os Assentos com força vinculante no sistema brasileiro, não tendo sido acolhida a sua proposição, por se entender que invadiria a esfera do poder legislativo, acabando o código por abrigar o instituto da uniformização da

---

<sup>546</sup> SÁ, *Súmula...*, p.68. O CPC português de 1939 recuperou os Assentos da Casa da Suplicação divergindo do CPC brasileiro de 1939 quanto ao força atribuída à interpretação jurisprudencial.

jurisprudência, com a possibilidade de edição de súmula persuasiva, como acontece atualmente.

#### **4.6.1.2 Adoção da súmula e decisões com efeito vinculante**

É reconhecida a relevância da jurisprudência predominante das Cortes superiores, principalmente do STF, na estabilização e simplificação da aplicação do direito, pelos tribunais tanto em nível interno, como externamente pelos demais juízes, que tendem, de maneira racional, a observar as decisões reiteradas dessas Cortes, consubstanciadas em súmulas de caráter persuasivo, sendo inconteste que tais enunciados expressam o direito. Essa seqüência de julgados assume um caráter supletivo da própria legislação, tanto que, ao lado das súmulas persuasivas, já existem no Brasil, decisões vinculantes do STF em matéria de declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, decisões estas de caráter obrigatório e geral.

A propósito, tais súmulas persuasivas foram instituídas pelo STF, por emenda ao Regimento, publicada em 30.08.1963, dada iniciativa do Ministro Victor Nunes LEAL,<sup>547</sup> sendo que as primeiras 370 ementas foram aprovadas na sessão plenária de 13 de dezembro do mesmo ano.

Porém, a intensificação das demandas, à partir da Constituição de 1988, principalmente, em razão da desordem administrativa e confusão legislativa na gestão dos negócios públicos, resultou numa avalanche de causas que estrangularam o Poder

---

<sup>547</sup> **Passado e futuro da súmula do STF.** Discurso proferido pelo Ministro Victor Nunes LEAL, em 04.09.81, no Instituto dos advogados de Santa Catarina. Revista de direito administrativo 145:1-20. Rio de Janeiro, julho/setembro de 1981, p. 1.

Judiciário, surgindo, assim, a discussão acerca da adoção da súmula vinculante<sup>548</sup> como uma das alternativas para desafogar as instâncias judiciárias que se encontram, totalmente, congestionadas.<sup>549</sup>

Neste compasso surgiram posições contrárias e à favor da instituição da súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro, tomando como base a “stare decisis” do direito alienígena.

A corrente de pensamento que repudia a adoção da súmula vinculante sustenta que o juiz não deve, no exercício da atividade jurisdicional, desprender-se da lei e da consciência jurídica, em nome de uma celeridade processual, sendo inconcebível a substituição da produção legislativa por regras e/ou princípios criados pelo próprio Judiciário.

Afirmam que o Judiciário não pode desvincular-se da lei e da Constituição, para seguir sua própria orientação, sob pena de colocar em risco o princípio da separação dos poderes, perdendo, com isto, a legitimidade democrática para dizer o direito.<sup>550</sup>

---

<sup>548</sup> A AMB propugnou pela instituição da súmula impeditiva de recurso, a princípio acolhida pelo relatório da deputada Zulaiê COBRA, e não contemplada na redação final da Reforma do Judiciário aprovada pela Câmara dos Deputados, e que se encontra pendente no Senado. A súmula impeditiva de recurso consiste em que a decisão da instância superior, ao contrário da súmula vinculante, não é obrigatória, ficando a critério do juiz de primeiro grau aceitar ou não a súmula. Na hipótese de aceitação da súmula o recurso não seria admitido ou a revés, mediante decisão fundamentada admitiria o recurso, permitindo o reexame da questão pelas instâncias superiores.

<sup>549</sup> STF, em 1994, com apenas 11 Ministros julgou 29.112 feitos. Cf. Dínio de Santis GARCIA. RT 734/40-47.

<sup>550</sup> CARVALHO, Ivan Lira de. **Súmula vinculante**. RT 745/48-58. Dalmo de Abreu DALLARI, se mostra radicalmente contrário ao efeito vinculante, argumentando que “o Supremo Tribunal Federal, cuja maioria tem sido condescendente com as inconstitucionalidades do governo, dirá que a medida tomada pelo executivo é constitucional. E fará essa decisão ser uma das que os juízes de todo o Brasil serão obrigados a respeitar como se fosse lei, mesmo que estejam convencidos de que ela é contrária à Constituição e injusta.” Com o efeito vinculante os juízes não poderão acolher as inúmeras ações, cujas pretensões são contrárias as deliberações o STF nem

Tais sectários desse pensamento, perseveraram que a adoção de súmula com efeito vinculante diminui o livre convencimento dos juízes na apreciação do caso concreto que lhe é submetido, afetando, conseqüentemente, sua independência funcional, pois os magistrados passariam a cumprir os ditames do Tribunal, com ferimento à sua consciência jurídica.<sup>551</sup>

Sustentam ainda, que a súmula criaria julgamento pético<sup>552</sup> e as sentenças retratariam apenas a vontade dos tribunais superiores, comprometendo, irremediavelmente princípios constitucionais, como o devido processo legal, inafastabilidade do controle jurisdicional, duplo grau de jurisdição, ampla defesa, dentre outros.

A contrário sensu, os defensores da adoção da súmula com efeito vinculante<sup>553</sup> sustentam que, em casos semelhantes, a aplicação da súmula evitaria inúteis repetições e procrastinação dos processos.<sup>554</sup>

---

dar seguimento aos recursos, devendo apenas apor um carimbo com o número da súmula e mandando o caso para o arquivo. Para Ele o juiz seria transformado num autômato carimbador, sem vontade e sem consciência. E mais, é a jurisprudência que não se renova é o Direito que se mumifica, mesmo que o STF esteja consagrando um erro jurídico. Por fim, segundo o jurista supracitado, existem instrumentos legais para a redução substancial de ações e recursos judiciais, como o previsto no decreto federal 1601, de 23/08/95, que permite que o Procurador-geral da Fazenda, estabeleça parecer fundamentado, aprovado pelo Ministro da Fazenda, dispensando a propositura e interposição de recursos, quando a matéria for pacífica nos tribunais superiores, já que a Fazenda Nacional é responsável por 80% dos casos repetitivos, segundo conferência do ministro Sepúlveda PERTENCE. **Adeus aos direitos** ( Matéria publicada na Folha de São Paulo no dia 31 de julho de 1997).

<sup>551</sup> O Presidente da Associação de Juízes para a Democracia, Urbano RUIZ, afirma que “a criação do efeito vinculante impediria que o juiz decidisse livremente” (Justiça poderia evitar 90% dos processos. Matéria publicada na Gazeta Mercantil no dia 12 de fevereiro de 1997).

<sup>552</sup> Adroaldo Furtado elucida o magistrado que os contrários à tese da súmula vinculante asseveram que o resultado da sua adoção amordaçaria a consciência dos juízes engessando a jurisprudência, não havendo por parte do tribunal nenhuma iniciativa de rever sua própria jurisprudência, “senão sob a pressão das instâncias inferiores, que por hipótese deixaria de existir.” **Poder judiciário...**, p.102.

<sup>553</sup> Muitos outros estudiosos do Direito também empunham a bandeira do efeito vinculante. Nesse sentido já se manifestaram: Mm. José Paulo Sepúlveda

O cientista político Rogério ARANTES, justifica o efeito vinculante, sob o estímulo de que “esse instrumento determina que os demais órgãos do Judiciário e do Executivo sigam as decisões sobre matéria constitucional e de mérito aprovados por pelo menos 8 dos 11 ministros do STF”.<sup>555</sup>

Adroaldo Furtado FABRÍCIO<sup>556</sup> admite com ressalva o efeito vinculante da súmula, segundo ele, a bem da praticidade da realização da justiça, a fim de “evitar a repetição infundável de processos

---

Pertence, Presidente do STF, Mm. Carlos Mário da Silva Velloso, também do E. STF, Juiz Mauro Leite Soares, Presidente do TRF da 1ª Reg., José Emmanuel Burle Filho, Procurador-Geral da Justiça de São Paulo, Min. Ajuricaba da Costa e Silva, Presidente do TST, Milton Riquelme de Macedo, representante da Confederação Nacional do MP — CONAMP, Nelson Jobim, Min. de Estado da Justiça e o Professor Miguel Reale Júnior. Todas estas autoridades foram ouvidas na Câmara dos Deputados, em sucessivas reuniões plenárias realizadas desde agosto de 1995, conforme constam das Propostas de Emendas à Constituição 96, de 1992, e 112, de 1995, condensadas no substitutivo relatado pelo Deputado Jairo Carneiro, lido em 26.06.1996 no plenário daquela Augusta Casa. Cf. Marco Antonio de BARROS. **Anotações sobre o efeito vinculante.** RT 735/100-106.

<sup>554</sup> Rodrigo da Cunha PEREIRA referindo-se ao efeito vinculante, reporta-se a declaração do Ministro do STF Carlos Mário da Silva Velloso, de “que 85% do total dos recursos que chegam ao Tribunal, são mera repetição”. Matéria publicada na Folha de São Paulo no dia 10 de outubro de 1998,.

<sup>555</sup> **Maioria reprova efeito vinculante.** Matéria publicada na Folha de São Paulo no dia 03 de junho de 1998. A idéia esposada no artigo é repelida por juristas do porte de Eros Roberto Grau, que se manifesta contrariamente por entender “isso fecha a porta do Poder Judiciário para existir apenas o Supremo; Bandeira de Mello, para quem o nível de confiança da população em relação ao Judiciário deve decrescer à medida que sobem as instâncias. Arantes firma que o efeito vinculante não “significaria uma carta branca para os ministros do Supremo, e, muito ao contrário, “o processo de escolha dos ministros do STF ganharia visibilidade e o tribunal se valorizaria”. A matéria registra a posição favorável de Ives Gandra MARTINS, quanto ao efeito vinculante nas decisões reiteradas do Supremo.

<sup>556</sup> **Flagrantes institucionais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 102. E exemplifica dizendo que “ se julgamos dezoito mil vezes se o prato de comida servido na mesa do restaurante paga, ou não paga, ICMS, depois de julgarmos dezoito mil vezes, vamos escrever definitivamente que paga ou não paga, e não mais se discute”. O autor gaúcho receia que: “aberta essa porteira e iniciada a adoção de súmulas vinculantes, a tentação de aplicá-las será irresistível para os tribunais superiores, sempre assoberbados e esmagados por uma carga de trabalho absolutamente invencível, como de resto todo o Poder Judiciário.”

com idêntico objeto.” Porém os prejudgados vinculativos só podem ser admitidos em temas restritos, especialmente em matéria constitucional.

O Procurador-Geral da República, Geraldo BRINDEIRO,<sup>557</sup> manifestou-se favorável ao efeito vinculante da súmula, não só para evitar o acúmulo de processos nos tribunais superiores “onde as questões jurídicas já foram anteriormente decididas inúmeras vezes, prejudicando o acesso ao Judiciário e a qualidade da prestação jurisdicional, mas também, e principalmente, em respeito ao princípio constitucional da isonomia, pois é inaceitável dar-se tratamento diferenciado, com base na mesma lei, a pessoas em situações jurídicas absolutamente idênticas”.

Mais adiante acrescenta que “na verdade, os recursos especiais e extraordinários passaram a ter apenas o nome, porque todas as matérias decididas na primeira instância e nos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, em todo País, pelo singelo fato de que praticamente toda a legislação brasileira é federal, termina chegando ao STJ ou ao STF e dessa forma acabam tornando-se os recursos mais comuns”.

A discussão travada em torno do assunto, pelos cultores do direito, na mídia e, principalmente pelo Parlamento, revela a importância do tema que vem se constituindo no carro-chefe da reforma do Poder Judiciário, que tramita no Congresso Nacional, cujo texto, já aprovado na Câmara dos Deputados, apresenta a seguinte redação final.<sup>558</sup>

---

<sup>557</sup> Palestra proferida na Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas — FMU. Tribuna do Direito. n. 38, junho de 1996, p. 15.

<sup>558</sup> PEC 96-A/92, art. 14.

Art. 103A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos Judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Em trabalho de fôlego Rodolfo de Camargo MANCUSO<sup>559</sup>, após ponderar os prós e contras da adoção da súmula vinculante, acaba sintetizando sua posição à favor da instituição desta técnica do precedente jurisprudencial obrigatório, argumentando que a súmula vinculante não infringe o postulado constitucional insculpido no § 4º do art. 60 da Carta Magna, especialmente quanto à separação dos poderes e os direitos fundamentais, porquanto a separação rígida de antanho não mais subsiste nos tempos modernos, face à interdependência entre as funções estatais que se complementam mutuamente, com escopo de atingir uma finalidade social, sempre visando o bem comum, de modo que a função jurisdicional acaba por integrar e aperfeiçoar a função legiferante, transformando o formal em real, através do caso concreto. Também sob sua ótica, a súmula vinculante não afeta o devido processo legal, sendo garantido o acesso à justiça em caso de ameaça ou lesão à direito. Rechaça a idéia de que a súmula vinculante possa afetar a capacidade interpretativa do juiz,

---

<sup>559</sup> **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.313 et seq.

admitindo, porém, que agora pode abranger um precedente judicial obrigatório, que não dispensa interpretação para alcançar um resultado significativo, inclusive quanto à sua adequação ao caso concreto.

Apesar de calorosos debates acerca da súmula com efeito vinculante, não vislumbramos óbice à sua adoção no direito brasileiro<sup>560</sup>, desde que limitada à matéria constitucional<sup>561</sup>, previdenciária<sup>562</sup>, tributária<sup>563</sup> e econômica<sup>564</sup>, sujeitando, principalmente o poder público,

---

<sup>560</sup> A edição da súmula vinculante deve ser constitucionalmente regulada, permitindo ao tribunal a adoção de enunciados com eficácia subordinante "erga omnes," como sugere Saulo RAMOS, ao defender o efeito vinculante de decisões de tribunais superiores, no XIV Congresso de Magistrados Brasileiros, realizado, em Fortaleza, em setembro de 1995. RBCCrim. 13/148.

<sup>561</sup> Constitucional. Recurso extraordinário: não cabimento. I. - A única questão constitucional posta no acórdão - a questão dos juros reais do par. 3. do art. 192 da Constituição - já foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal em sentido contrário a pretensão do recorrente (ADIn n. 4-DF). II. - R. E. inadmitido. Agravo não provido. Publicação: DJ de 20-04-95, p. 9952 .

<sup>562</sup> Como por exemplo, decisão determinando ao INSS a equiparação dos trabalhadores rurais aposentados aos da ativa (CF/88, art. 201, § 5º).

<sup>563</sup> Como por exemplo as ações de repetição de indébito resultantes do confisco: "constitucional. tributário. empréstimo compulsório (veículos automotores). decreto-lei n. 2.288/86, artigo 10. restituição do indébito: correção monetária e juros. I. - inconstitucionalidade do empréstimo compulsório instituído pelo decreto-lei n. 2288/86, art. 10. STF, Pleno, RE 121.336-ce, Min. Sepúlveda. Pertence, 11.10.90. II. - restituição do que foi pago, indevidamente, com correção monetária a partir do pagamento indevido e juros da mora de 1% ao mês a partir do trânsito em julgado da decisão que determina a restituição. CTN, art. 167, § único. verba honorária de 5% (cinco por cento) da liquidação. III. - ação cível originária de restituição do indébito julgada procedente".

<sup>564</sup> Como por exemplo, as decisões relativas à correção monetária do Plano Collor: processo civil e administrativo. "Correção monetária. Cruzados novos retidos pelo Banco Central do Brasil. Medida provisória n.º 168/90 e lei n.º 8.024/90. 1. Decisões reiteradas da Primeira Seção desta Corte Superior no sentido de que o Banco Central do Brasil, por ser a instituição responsável pelo bloqueio dos ativos financeiros (cruzados novos) e gestor da política econômica que implantou o chamado "Plano Brasil Novo", é parte passiva legítima "ad causam". 2. É devida a incidência dos percentuais do Índice de Preços ao Consumidor - IPC, auferido pela Fundação IBGE, nas contas de poupança do(s) autor(es) para a atualização monetária sobre os ativos bloqueados (cruzados novos), retidos pelo Banco Central, em decorrência da Medida Provisória n.º 168/90, convertida na Lei n.º 8.024/90 (Plano Collor). 3. Ressalva do ponto de vista do relator. Homenagem à função estabilizadora de lei federal exercida pelo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n.º 124864/PR, relator para o acórdão o eminente Ministro Demócrito Reinaldo, enviado para julgamento pela Primeira Seção, em razão da relevância da matéria, tendo-se decidido, por maioria, que o índice aplicável

pois este é o maior responsável pela reiteração de recursos idênticos, meramente protelatórios, que acabam abarrotando as instâncias recursais, inclusive a Suprema Corte.

Desde logo, fica afastada a idéia de invasão da esfera legislativa, como demonstra a prática forense dos países da “common law”, onde o costume Judiciário esquadrinha a prestação jurisdicional, sem que com isto signifique diminuição do poder legislativo, nem muito menos ofensa ao princípio da tripartição dos poderes. Parece-nos irreversível a manifestação política de inserir no ordenamento jurídico brasileiro a súmula de efeito vinculante, como se constata do PEC/ 92-A-92 já referido, pois o legislativo está investido de poder reformador<sup>565</sup>, sendo legítima sua atuação ao outorgar ao STF a possibilidade de dizer o direito, em determinadas matérias, de forma vinculativa à outros órgãos do Estado e, sobretudo, aos juízes das instâncias inferiores, como já ocorre com a ADIn.

---

para a correção monetária dos cruzados bloqueados pelo Plano Collor é o BTNF, no percentual de 41.28%. 4. Recurso provido”. Fonte: DJ de 26/10/1998, p.10.

<sup>565</sup> Rodolfo de Camargo MANCUSO assevera que “a súmula vinculativa sem inserida pelo procedimento de emenda à Constituição (Congresso Revisor, poder constituinte derivado) e, portanto, não agride, senão que antes se acomoda ao pacto jurídico-político que rege o país, assim se aplicando, indistintamente, a todos os brasileiros, em modo impositivo, geral, impessoal e abstrato”. Acrescenta mais adiante que “a ampliação do espaço reservado à súmula vinculativa, em nosso ordenamento, não é bastante para implicar uma transmutação em nossa tradicional filiação à família jurídica romano-germânica, cujo primado está no direito escrito”. (...) “de sorte que, ao aplicar a súmula vinculativa, o juiz, em última análise, está preservando – e não agredindo – o princípio da reserva legal, já que é no próprio pacto fundamental que se encontra a autorização para o emprego, em certos casos, do precedente Judiciário obrigatório. A hipótese não difere, pois, essencialmente, do efeito expansivo determinado pela Constituição Federal às decisões de mérito do STF na ADCon (art. 102, § 2º, Cf. EC n.º 03/93), em que o julgado passa, obrigatoriamente, a ser aplicado aos demais casos ali subsumidos, e isso tanto no âmbito do Judiciário como do Executivo. Em suma, ao dar aplicação in concreto à súmula vinculante, o juiz dá cumprimento ao texto constitucional que a prevê e assim, lhe confere legitimidade”. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 314-315.

Assim arreda-se a propalada superposição de funções estabelecidas na CF/88, pois uma coisa é criar a lei, outra é interpreta-la, pois na verdade, a lei propõe e a jurisprudência compõe.

Na verdade, o legislador ao reconhecer a sua incapacidade de prever todas as hipóteses fático-sociais, autoriza o recurso à outras fontes subsidiárias de expresse do direito (LICC, art. 4º - analogia, costume, equidade e princípios gerais) além de estimular a interpretação sociológica (LICC, art. 5º), nada obstando que sejam integradas ao ordenamento jurídico a súmula vinculante.

O próprio exercício do direito público subjetivo de ação é condicionado a determinados requisitos (CPC., art. 267, VI), sendo que as decisões judiciais devem ser fundamentadas (CF., art. 92, IX), estando o juiz adstrito ao pedido (CPC., arts. 2º, 128, 460). É certo que a técnica interpretativa não é mera subsunção a uma determinada norma jurídica, mas resultado de uma interpretação sistemática que, necessariamente, implica num trabalho mental criativo que vai além da norma, para atingir fato e valor.

Acreditamos que o princípio da persuasão racional (CPC., art. 131) não sofreria nenhum abalo com a adoção da súmula com efeito vinculante, pois a legislação já permite que o juiz decida afastando-se da legalidade estrita (CPC., art. 127, 1.109; CC., art 1.515, § 2º ; L. 9.099/95, art. 6º).

Desta forma, cremos que a súmula vinculante deve subsistir ao lado das súmulas persuasivas já existentes, respeitando sempre a tradição brasileira de independência dos Juízes e Tribunais, pois

do contrário, estaríamos colocando em risco a credibilidade do sistema jurídico.<sup>566</sup>

Assim, a súmula deverá vincular a administração pública e o Poder Judiciário, sendo que em relação ao último, as instâncias inferiores poderão examinar com liberdade a aplicabilidade da súmula, como ocorreria com a interpretação de qualquer norma jurídica, cujo trabalho hermenêutico pode resultar na não subsunção da regra ao caso concreto submetido à apreciação do juiz, sem que com isto, possa incorrer em ameaças de punição, o que seria desastroso e desalentador para a função jurisdicional.<sup>567</sup>

De qualquer forma, a súmula com efeito vinculante somente poderia ser aprovada pela Corte Suprema com observância de “quorum” qualificado de 4/5 dos seus membros (8 votos), “após reiteradas decisões sobre a validade, a interpretação e eficácia de normas

---

<sup>566</sup> Como salienta Marco Antonio de BARROS, o efeito vinculante não engessa a atividade dos juízes e tribunais inferiores, pois a súmula não esgotará todas as nuances do caso concreto submetida ao julgador, tendo ele plena liberdade para firmar seu convencimento, sob todos os pontos do processo, não abarcado pelo entendimento manifestado pelo STF. Marco Antonio de BARROS. **Anotações sobre o efeito vinculante**. RT 735/100 et seq.

<sup>567</sup> Acaso prevalente a redação do PEC 96-A/92, o temor esposado por Luiz Fernando Ribeiro de CARVALHO, ex Presidente da AMB, a princípio queda arredado, porquanto a adoção de súmula vinculante na reforma do Judiciário, na forma sugerida não teria, a nosso ver, a extensão dos Assentos das Casas de Suplicação, considerados inconstitucionais pelo STF. Pela atual redação não nos parece possível a incriminação do Magistrado, por crime de prevaricação ao negar aplicação à súmula de efeito vinculante. Para cotejo, transcrevemos a crítica formulada pelo insigne magistrado carioca: “Propõe-se a adoção de súmula vinculante na reforma do Judiciário, ressuscitando os Assentos das Casas de Suplicação, considerados inconstitucionais pelo STF desde a fundação da República. Como pontificava Ruy Barbosa — Lembrado por Evandro Lins e SILVA em artigo publicado no Jornal do Brasil de 16 de setembro —, na defesa (em 1895) do Juiz de Direito do Rio Grande do Sul Alcides de Mendonça Lima, que, por considerá-la inconstitucional, negou aplicação a uma lei estadual que abolira características essenciais à instituição do júri e acabou processado em seu próprio Tribunal (que firmou posição contrária acerca do tema) por crime de prevaricação e condenado à pena de nove meses de suspensão, tal entendimento criava o crime de hermenêutica” (Uma questão de incompatibilidade de gênios, publicado na home page da AMERJ em 13.02.1997). Cf. Ivan Lira de CARVALHO, **Súmula vinculante...**, p.55.

ou matérias específicas e determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos Judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos, sobre questão idêntica, sujeitas, ainda, ao controle de constitucionalidade”.<sup>568</sup>

Porém, jamais a súmula vinculante poderá atingir as pretensões e direitos e garantias individuais, mola mestra da Constituição Federal, pena de comprometer a credibilidade da ordem jurídica.

Em conclusão, não resta dúvida, que “na atual conjuntura experimentada pelo Poder Judiciário do Brasil, a edição da súmula vinculante constitui sério instrumento para imprimir maior velocidade e melhor racionalização na atividade jurisdicional sem que isso macule a independência e a capacidade criativa dos juízes subordinados aos tribunais editores, principalmente se forem adotados mecanismos de revisão ágeis e democráticos”.<sup>569</sup>

---

<sup>568</sup> **AMB e a súmula vinculante.** Matéria publicada no *Jornal do Magistrado*, ano 7, n. 39, dezembro de 1996, p.12.

<sup>569</sup> CARVALHO, *Súmula...*, p. 100 et seq.

## 5. CONCLUSÕES.

É inegável a necessidade de se incrementar uma ampla reforma no Poder Judiciário, a começar pela reorganização da estrutura judiciária. Entretanto, dado suas implicações administrativa e gerencial, o estudo da matéria foge à finalidade deste trabalho, cujo estudo cinge-se a formular algumas sugestões no âmbito da reformulação do processo civil, sempre com o fito de proporcionar a otimização da prestação jurisdicional, reclamada pelos consumidores do direito. Estas propostas, se viabilizadas, poderão a curto, médio e longo prazo contribuir para o desencadeamento da mudança de mentalidade das autoridades públicas responsáveis pela política judiciária, materializada pela adequada elaboração de leis, com a participação efetiva das três esferas de poder.

Antes, porém, parece-nos necessário apontar alguns aspectos que servem de base para a formulação das principais sugestões a que chegamos:

1. A judicatura nacional enquadra-se no modelo tecno-burocrático e se distancia do modelo democrático contemporâneo, porquanto a autoeleição de um grupo reduzido de magistrados, contraria o princípio fundamental de organização do Estado. A migração para um modelo democrático exige uma reestruturação organizacional que contemple um governo interno horizontalizado, em substituição ao governo verticalizado e aristocrático.

2. No Estado moderno, o Judiciário continuou como braço forte do poder estatal, embora sob o manto da legalidade. Desta forma,

pode-se afirmar que, historicamente, a atuação dos juízes sempre propendeu para amparar interesses da minoria dirigente.

3. A independência do Judiciário constitui um anteparo às naturais pressões dirigidas por entes públicos e privados contra a magistratura. A autonomia plena do Judiciário será atingida com a desvinculação da administração da justiça do poder político, conferindo-se-lhe autonomia financeira real e não apenas formalmente como o faz o art. 99 da Constituição Federal.

4. É necessário que a própria Constituição destine determinado percentual da receita pública ao Poder Judiciário, que se encarregará de elaborar a proposta e encaminhar ao Poder Legislativo para apreciação. Afigura-se razoável a proposta da AMB no sentido de dotar 6% e 12% da receita da União e Estados para o Judiciário, que serão obrigatoriamente repassados pelo Poder Executivo, pena de responsabilidade.

5. A independência do Poder Judiciário, ainda, só será plena com a mudança da forma de provimento de Ministros do Supremo Tribunal Federal, de modo a reduzir a nefasta influência política na nomeação dos juízes que compõem a Suprema Corte.

6. A indicação unipessoal dos ministros do Supremo Tribunal Federal traduz a hipertrofia do Poder Executivo. Tal critério de escolha não proporciona nenhuma garantia de que a Suprema Corte se componha de acordo com os superiores interesses da nação.

7. É inadmissível que o Poder Judiciário não participe da indicação dos juízes que irão compor a Corte Suprema. A preservação da autonomia do Judiciário depende, também, do concurso do Supremo Tribunal Federal, sendo, portanto, relevante a forma de provimento do

cargo da mais alta corte do país, inclusive, para a sobrevivência do Estado Democrático de Direito.

8. Também a escolha da direção do Poder Judiciário por um grupo de juízes, que se autoelegem, contradiz o princípio fundamental de organização do Estado, devendo ser substituída pela eleição direta, com a participação de todos os juízes vitalícios.

9. A inovação traria a democratização ao Judiciário, concorrendo para a construção de um governo horizontalizado e pluralístico, separado das instâncias mais elevadas, repudiando-se, desta forma, a verticalização.

10. Deve ser criado, para cada setor da justiça, um Conselho Nacional da Magistratura, encarregado de velar por um sistema de planejamento, supervisão e controle da atividade administrativa do Poder Judiciário e disciplinares dos magistrados e servidores da justiça. O órgão deverá ser composto apenas por juízes, permitindo-se a atuação, junto ao Conselho, de representantes da Ordem dos Advogados do Brasil e do Ministério Público.

11. Na seleção e formação do juiz deve ser estimulada uma visão interdisciplinar, a fim de que seja viabilizado o aumento dos poderes decisórios da magistratura, pois o Judiciário como guardião dos direitos fundamentais obriga-se a prestar uma tutela jurisdicional, através de um corpo de juízes aprimorado tecnicamente e inserido no contexto social.

12. O controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público e a proteção dos direitos e garantias fundamentais refletem a realidade social e evidenciam a tendência moderna da implementação de um sistema jurídico fundado nos direitos

fundamentais. A crescente constitucionalização desses direitos transborda para todos os ramos do Direito. Este espectro realça a função do juiz na tutela dos direitos fundamentais, com maior relevância para o substancial ao invés do formal.

13. As deficiências do sistema Judiciário brasileiro são reconhecidas pelos políticos, operadores e consumidores do direito. A questão judiciária deve ser encarada com prioridade, exigindo-se da administração pública investimentos materiais e humanos.

14. A reforma constitucional, em trâmite no Congresso Nacional não busca mecanismos para o aperfeiçoamento do aparelho Judiciário, nem tampouco preocupa-se com a racionalização do sistema recursal, que permite a protelação indefinida do cumprimento das decisões judiciais.

15. A prestação da tutela jurisdicional, como qualquer serviço público essencial, deve ser ágil e célere, pois o cidadão tem direito à tempestividade da tutela jurisdicional. Aliás, o direito a uma razoável duração do processo, engasta o direito à tutela jurisdicional adequada, porquanto não teria sentido a garantia do direito de ação e o acesso à efetiva justiça sem que o cidadão pudesse obter uma resposta do órgão estatal em prazo razoável.

16. O emprego da técnica da simplificação dos procedimentos e das decisões judiciais, a supressão do duplo juízo nas causas de menor complexidade, tanto no âmbito dos Juizados Especiais como da Justiça Comum, a limitação da via recursal, a eliminação do duplo grau obrigatório e dos embargos infringentes, são formas eficazes para se alcançar a celeridade processual e a efetividade do processo civil.

17. O sistema processual brasileiro permite a revisão de

todas as decisões proferidas no processo, através de uma gama de artifícios recursais, que as transformam em um projeto de sentença.

18. Quando o valor da condenação for igual ou inferior a quarenta salários mínimos ou tratar-se de matéria de menor complexidade submetida ao procedimento sumário, não se sujeitará a revisão pela via recursal ordinária.

19. Quando imposta condenação superior à alçada, de quarenta salários mínimos, impõe-se prévio depósito recursal do valor de 50% da condenação, não podendo ser inferior ao valor de alçada, como um dos requisitos de admissibilidade do recurso. Depois de transitada em julgado a decisão recorrida ordenar-se-á o levantamento imediato da importância do depósito, em favor da parte vencedora, por simples despacho do juiz, prosseguindo-se a execução quanto a quantia remanescente.

20. A fixação de um valor de alçada, como forma de limitação de recursos não fere direito fundamental do cidadão ao acesso à justiça.

21. Eventual colisão entre os direitos e/ou valores constitucionais, há de preponderar sempre a busca da otimização entre os direitos e valores em jogo, impondo a compatibilização da aplicação das normas, sem, contudo, sacrificar o direito material fundamental.

22. É possível o estabelecimento de restrição ao duplo grau, quer quanto ao direito de recorrer para uma instância mais elevada, quer quanto à fixação de alçada como condição para tal exercício.

23. O recurso é sempre possível quando constatada ofensa à Constituição Federal, ou quando patenteada a injustiça da decisão “a quo”, cujo juízo de admissibilidade caberá à instância revisora.

24. Inadmite-se recurso quando a decisão recorrida fundar-se em súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, a não ser que o recorrente efetue o depósito integral do valor da condenação ou preste caução idônea nos casos em que a condenação não envolva valor pecuniário, competindo, nestas hipóteses, ao juízo de primeiro grau a admissibilidade ou não do recurso.

25. Em qualquer caso, aplica-se o estatuído no art. 557 do Código de Processo Civil, que autoriza o relator negar seguimento a qualquer recurso, quando entender manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal.

26. Não se justifica a manutenção dos embargos infringentes, porquanto é ilusória a idéia “de que quanto mais se decide sobre uma causa mais perfeita é a tarefa da jurisdição.” É certo que referidos embargos revelam a “insensibilidade à necessidade de celeridade da justiça”, colidindo com o interesse social que exige eficiência e rapidez.

27. Também deve ser rejeitada a manutenção do duplo grau obrigatório em todas as hipóteses previstas no art. 475 do Código de Processo Civil.

28. A interposição dos recursos extraordinário e especial na modalidade retida, - manejados contra decisões interlocutórias nos processos de conhecimento, cautelar ou de embargos à execução -

contribui para a agilização da via recursal e evita a procrastinação dos feitos.

29. A instância revisora poderá adotar julgamento simplificado do recurso, com adoção plena da concentração total dos atos processuais, constando apenas da ata a identificação suficiente do processo, fundamentação sucinta e parte dispositiva, sendo que no caso de confirmação da sentença pelos seus próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão. A rigor, as decisões da instância revisora não necessitarão de fundamentação, sobretudo nos casos de confirmação do julgado, ou quando consonante com a uniformização do próprio tribunal e/ou súmula vinculante.

30. Não mais se justifica a manutenção dos privilégios concedidos à Fazenda Pública em juízo, como por exemplo, prazos em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer e a exigência de intimação pessoal de procuradores públicos em plena era da comunicação digital.

31. Os modernos recursos da comunicação e informática possibilitam, em tempo real, a comunicação entre os diversos órgãos da justiça, e estes, com os diversos órgãos da administração pública. Igualmente, tais recursos viabilizam a comunicação às partes e seus procuradores, que poderão ser intimados, em regra, por via “on line”.

32. É possível a prática de atos processuais e a sua comunicação às partes, mediante a utilização de meios eletrônicos, como o fax , o correio eletrônico e transmissão de dados por satélite.

33. A permissão legal do uso da taquigrafia e outros meios idôneos de documentação dos atos processuais traduz preocupação com a

efetividade do processo. A automação reduz a burocracia, permitindo um controle mais eficaz da atividade jurisdicional.

34. O registro fonográfico revela-se de meio idôneo tanto quanto a taquigrafia e a estenotipia, preservando a fidelidade dos fatos ocorridos em audiência e maior celeridade dos atos processuais.

35. A inovação introduzida pela reforma do Código de Processo Civil possibilita o uso de qualquer método idôneo de documentação do depoimento das partes e das testemunhas, facultando a gravação fonográfica e em vídeo das audiências, bem como o emprego de software que transforma sinal de voz em caracteres alfabéticos.

36. A universalização do processamento de dados no âmbito do Poder Judiciário possibilitará, no futuro, a eliminação dos autos, que seriam substituídos por dispositivos de armazenamento de dados, ou disco magnético rígido e/ou flexível, onde as informações seriam registradas e disponibilizadas às partes, facultando-se a elaboração de índices acerca dos atos e termos processuais na contracapa de autuação.

37. A Constituição não veda a instituição da prisão civil por desobediência à ordem judicial legítima. A possibilidade de ameaçar o recalcitrante com sua prisão, na hipótese de descumprimento de ordem judicial, representa o meio mais eficiente de induzi-lo à obediência.

38. Nas demandas de valor não superior a 40 salários mínimos e nas matérias arroladas no art. 275 do Código de Processo Civil, submetidas ao procedimento sumário, dispensa-se o registro dos depoimentos e das alegações finais, devendo a sentença mencionar apenas os elementos de convicção do juiz, com breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, prescindindo-se o relatório.

39. Os direitos dotados de conflituosidade intrínseca, tais como os direitos da personalidade, o direito à imagem ou ao meio ambiente saudável não podem ser tutelados adequadamente pela técnica tradicional, dada suas características não patrimoniais, mas podem ser protegidos, eficazmente, por meio de uma tutela preventiva (inibitória) que atue sobre o interesse específico pelo qual se invoca a tutela, ao invés de se reivindicar o ressarcimento pecuniário do dano.

40. Nas obrigações continuativas de não fazer ou de obrigações de fazer infungíveis, é absoluta a impossibilidade do provimento condenatório para compelir alguém a adimplir a obrigação, pois a condenação apenas viabiliza a execução forçada, sem se revestir em um mandamento para que o obrigado deixe de fazer ou faça algo de caráter infungível, nem muito menos previne o ilícito. O comportamento ilícito se caracteriza normalmente como atividade de natureza continuativa ou como pluralidade de atos suscetíveis de repetição; basta se pensar nos fenômenos de poluição ambiental, de venda de produtos danosos, ou mesmo de difusão de notícias lesivas à personalidade. A tutela destes direitos, portanto, depende de um tipo de provimento que permita a imposição de meios coercitivos capazes de convencer o obrigado a não fazer ou a cumprir uma obrigação de fazer infungível,<sup>570</sup> ou seja, a tutela inibitória.

41. A adoção de decisões e súmulas vinculantes, para os pronunciamentos definitivos do Supremo Tribunal Federal, concorrerá para a solução da Crise do Poder Judiciário e a efetividade do processo civil. Todavia, a súmula vinculante deverá ser limitada à matéria constitucional, previdenciária, tributária e econômica, sujeitando, principalmente, o poder público a seus efeitos.

---

<sup>570</sup> MARINONI, Questões..., p. 173.

42. A súmula com efeito vinculante somente poderá ser aprovada pela Corte Suprema com observância de “quorum” qualificado de 4/5 dos seus membros, com possibilidade de revisão e de cancelamento, após reiteradas decisões.

43. A instituição da súmula vinculante não afeta a independência e a capacidade interpretativa do juiz, pois o fato de tratar-se de um precedente judicial obrigatório, não dispensa interpretação para alcançar um resultado significativo, inclusive quanto à sua adequação ao caso concreto.

44. A súmula vinculante deve subsistir ao lado das súmulas persuasivas já existentes, respeitando sempre a tradição brasileira de independência dos Juízes e Tribunais. Não poderá atingir as pretensões, direitos e garantias individuais, mola mestra da Constituição Federal, pena de comprometer a credibilidade da ordem jurídica.

45. A adoção da súmula vinculante não infringe o postulado constitucional insculpido no § 4º do art. 60 da Carta Magna, especialmente quanto à separação dos poderes e os direitos fundamentais, porquanto a separação rígida de antanho não mais subsiste nos tempos modernos, face a interdependência entre as funções estatais que se complementam mutuamente, com escopo de atingir uma finalidade social, sempre visando o bem comum, de modo que a função jurisdicional acaba por integrar e aperfeiçoar a função legiferante, transformando o formal em real, através do caso concreto. Não há, portanto, nenhuma ofensa ao princípio do devido processo legal, porquanto, é garantido ao cidadão o acesso à justiça, em caso de ameaça ou lesão a direito.

46. O sistema processual brasileiro peca pelo excessivo formalismo das leis processuais, mas é possível que as questões deduzidas em juízo sejam examinadas com maior simplicidade, com menos forma e

mais substância, afastando-se os exageros dos mecanismos de segurança jurídica. A maioria dos julgamentos poderá encerrar-se em instância única ou tribunais de segunda instância, prestigiando-se, assim, a decisão de primeiro grau.

## **6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.**

ALMEIDA, Elizabeth Accioly Pinto de. **Mercosul & união européia** : estrutura jurídico-institucional. 2. ed. Curitiba : Juruá, 1999.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Estudos jurídicos em homenagem a Vicente Ráo**: a liberdade jurídica no direito e no processo.

ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos direitos dos povos**. 5. ed. São Paulo: Ícone, 1989.

ALVES, José Carlos Moreira. **As garantias do cidadão na justiça**: a evolução do controle da constitucionalidade no Brasil. Coordenador: Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA. São Paulo: Saraiva, 1993.

ALVIM, J. E. Carreira. **Reforma do código de processo civil** : a antecipação da tutela na reforma processual. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coordenador). São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_, **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer**. Belo Horizonte : Del Rey, 1997.

AMB Informa. São Paulo, n. 12, março de 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

ANTUNES, J. Pinto. **Da limitação dos poderes**. Belo Horizonte, Universidade de Minas Gerais, 1955.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. VII Conferência Nacional da OAB: **O Estado de direito e o direito de ação**. (extensão do seu exercício). Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, v. 19.

ASSIS, Araken de. **Execução na ação civil pública**. RJ. n. 222, abril de 1996.

Associação dos Magistrados da Bahia. Cartilha do Poder Judiciário : **Justiça ao alcance de todos**. Bahia, 1995.

Associação dos Magistrados Brasileiros. Cartilha do Poder Judiciário: **Todos nos temos direito**. Brasília: Imprensa Oficial, 1995.

Associação dos Magistrados do Paraná. Cartilha do Poder Judiciário : **Justiça se aprende na escola**. Curitiba, 1997.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ARMELIN, Donaldo. **Reforma do código de processo civil** : o processo de execução e a reforma do código de processo civil. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coordenador). São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_, **Acesso à justiça**. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. n. 31, junho de 1989.

\_\_\_\_\_, **A Tutela jurisdicional cautelar**. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. n 23.

ARRUDA ALVIM. **Manual de direito processual civil**. v.1. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. **Racionalidade técnica: os sentidos da “razão instrumental”**. Escola de Frankfurt no Direito. EDIBEJ, 1999.

AZAMBUJA, **Teoria geral do estado**. 5. ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1973.

AZEVEDO, Noé de. RT 57/29.

BARROS, Marco Antônio de. **Anotações sobre o efeito vinculante**. RT 735/100.

BITTENCOURT, Lúcio. **O Controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

BUZUID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958.

\_\_\_\_\_, Estudos de direito I. São Paulo: Saraiva, 1972.

CABRAL, Fernando Marques de Campos. **Razões da demora**. Jornal o Globo. Editoria Opinião. Data: 04/11/2000.

CAETANO, Marcello. **História do Direito Português (1140-1495)**. Lisboa: Editorial Verbo, 1981.

\_\_\_\_\_, **Manual de ciência política e direito constitucional**. Coimbra : Almedina, 1983.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. Trad. por Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_, **Direito processual civil** : estudos sobre o processo civil. vol. I. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. São Paulo: Boolseller, 1999.

CALSAMIGLIA Albert. **Racionalidad e eficiencia del derecho**. 2. ed. México: Dist. Fontamara, 1987.

CAMPOS, Francisco Luiz da Silva. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro ; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

\_\_\_\_\_, **Tutela dos interesses difusos**. Revista Ajuris, n. 33.

\_\_\_\_\_, **Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile**. Rivista di diritto processuale, 1975.

\_\_\_\_\_, Conferência proferida no Congresso Brasileiro de Direito Processual Civil, realizado nos dias 18 e 20 de novembro de 1991 em Curitiba.

\_\_\_\_\_, **Proceso, ideologias, sociedad** : dictamen iconoclastico sobre la reforma del proceso civil italiano. Buenos Aires: Ejea, 1974.

CARVALHO, Ivan Lira de. **Súmula vinculante**. RT 745/48-58.

CASTRO NUNES, José. **Teoria e Prática do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil : a relação processual ordinária de cognição : as relações processuais**. v. II. São Paulo: Saraiva, 1965.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, Ada Pellegrini GRINOVER, Cândido Rangel DINAMARCO. **Teoria geral do processo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. 1. ed. Curitiba: Saraiva, 1987.

\_\_\_\_\_, **Teoria da ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1974.

CORRÊA, Oscar Dias. **O supremo tribunal federal corte constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires: Depalma, 1981.

CREDIDIO. Georgius Luís Argenti Príncipe. **Esboço de alteração do código de processo civil**. Publicado no site [www.direito.com.br](http://www.direito.com.br).

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Adeus aos direitos**. Folha de São Paulo de 31 de julho de 1997.

DANTAS, San Tiago. **Igualdade Perante a Lei e due process of law : contribuição ao estudo da limitação constitucional do poder legislativo**. Revista Forense, n. 116, 1948.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DÉDA, Marcelo. Relatório setorial à Reforma do Poder Judiciário: **Controle e Fiscalização do Poder Judiciário**.

DELGADO José Augusto. **Sistema processual brasileiro e cidadania**. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. v. 1, n. 1, 1984.

\_\_\_\_\_, **O culto da deontologia pelo juiz**. RJ n. 214, agosto de 1995.

DENTI, Vittorio. **Le Azioni a Tutela di interessi collettivi**. Rivista di Diritto Processuale: Padova, Cedam, 1974, ano XXIX, 4/539.

DINAMARCO. Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

\_\_\_\_\_, **Reforma do código de processo civil : nasce um novo processo civil**. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coordenador). São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_, **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

DOBROWOLSKI, Sílvio. **Liminar no mandado de segurança**. RDP 75.

DOTTI, Renê Ariel. Breviário Forense. Coluna Direito e Justiça. Jornal Estado do Paraná de 15/10/200.

ERASMO de Rotterdam. **Os pensadores: elogio da loucura.** Trad. Paulo M. Oliveira, 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1998.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Flagrantes institucionais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos atos administrativos pelo poder judiciário.** 6 ed. São Paulo : Saraiva, 1984.

FALCÃO, Joaquim. **Há como o Judiciário dirimir a pendência sobre o pagamento do saldo do FGTS? Hoje não: amanhã, talvez.** AMB Informa. São Paulo, n. 12, março de 2001.

FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso Fernandes. **A sociologia jurídica no Brasil.** Porto Alegre: Fabris, 1991.

FARIA, José Eduardo. **A crise constitucional e a restauração da legitimidade.** Porto Alegre: Fabris, 1985.

FERREIRA, Luiz Pinto. **Princípios Gerais do Direito Constitucional.** 5. ed. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

\_\_\_\_\_, **Comentários à constituição brasileira.** v. 3. São Paulo: Saraiva, 1992.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_, **Curso de direito constitucional.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Direitos e garantias individuais**. São Paulo: Edipro, 1997.

FONSECA, Priscila Corrêa da. **Suspensão de deliberações sociais**. São Paulo: Saraiva, 1986.

GARCIA, Dínio de Santis. RT 734/40-47.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A escolha para a Suprema Corte**. Jornal o Estado do Paraná. Curitiba, 27 de outubro de 2000. Editoria Opinião.

GENUÍNO José. **Controle externo do Poder Judiciário**. Jornal da Ajuris n.º45.

GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da magistratura: no estado constitucional e democrático de direito: independência judicial: controle Judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1988.

GRINOVER, Ada Pellegrini **A tutela dos interesses difusos: a problemática dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonad, 1984.

\_\_\_\_\_, **A tutela jurisdicional dos interesses difusos**. Revista Forense n. 268.

\_\_\_\_\_, **Ação coletiva fortalece a proteção**. Jornal Gazeta do Povo. Curitiba, 23 de dezembro de 1991.

\_\_\_\_\_, **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária.

\_\_\_\_\_, **Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias : o contempt of court**". Palestra proferida no XX Congresso Nacional de Derecho Procesal, San Martin de los Andes, Neuquen, Argentina, 5-9/10/99. Coletânea Doutrinária. Caxias do Sul: Ed. Plenum, 1999.

\_\_\_\_\_, **A tutela preventiva das liberdades: habeas corpus e mandado de segurança**. Repro. 22. São Paulo: Revista dos Tribunais. abril/junho de 1981.

\_\_\_\_\_, **Assistência judiciária e acesso à justiça**. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. n. 22, janeiro/dezembro de 1984.

\_\_\_\_\_, **A tutela dos interesses difusos: a problemática dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonad, 1984.

GROSSEN, Jacques Michel. **L'azione in prevenzione al di fuore dei giudizi immobiliari**. Rivista di Diritto Processuale. Padova : Cedam, 1959.

GUIMARÃES, Luiz Machado. **Processo arbitrário e regime liberal**. Revista Forense n. 82, 1940.

GUIMARÃES, Mário. **O juiz e a função jurisdicional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

Informativo da Associação dos Magistrados do Paraná. ano I, n. 7, setembro de 2000.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Novíssimas questões criminais**: “eu e o computador”. São Paulo; Editora Saraiva, 1998.

Jornal do Magistrado, ano 7, n. 39, dezembro de 1996: **AMB e a súmula vinculante**.

Jornal do Magistrado, ano XI, n. 59, julho/agosto de 2000: **AMB luta no Senado por eleições diretas nos tribunais**.

Jornal da OAB. n. 66, setembro de 2000.

Jornal Zero Hora, Porto Alegre, 11 de abril de 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes Editora, 1987.

LAMBERT, Jacques. **Os dois brasis**. 7. ed. São Paulo: Cia Nacional, 1972.

LARA, Betina Rizzato. **Liminares no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo grau de jurisdição no direito processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_, **Garantia do duplo grau de jurisdição** : garantias constitucionais do processo civil. TUCCI, José Rogério Cruz e. (coordenador). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LEAL, Victor Nunes. Revista de direito administrativo 145. Rio de Janeiro, julho/setembro de 1981: **Passado e futuro da súmula do STF**.

LENZA, Vítor Barboza. **Magistratura Ativa**. Goiânia: AB Editora, 2000.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. v. 2. Trad. e notas de Cândido Rangel. DINAMARCO. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985 **Processo de execução**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos recursos cíveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

LIPPMANN Júnior, Edgard Antonio. **Do direito do jurisdicionado à prestação jurisdicional rápida**. Revista Jurídica. Faculdade de Direito de Curitiba, ano IX, n.7, 1993.

LOPES, João Batista. **O juiz e a tutela antecipada**. Tribuna da magistratura, junho de 1996. Caderno de doutrina.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.

LUDWIG, Celso Luiz. **Formas da razão: racionalidade jurídica e fundamento do direito**. Curitiba. 1997. Tese de doutorado. Universidade Federal do Paraná.

MACIEL, Cláudio Baldino. **O juiz independente no estado democrático**. Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros : cidadania e justiça : o direito no século XXI . Ano 4, n. 8. Rio de Janeiro: 2000.

MACHADO, Patrícia Ferreira. **A constituição e os tratados internacionais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

MAGALHÃES, José Eudeni. **Da inafastabilidade do controle**

**jurisdicional**. Londrina, 1995. Dissertação de Mestrado. Universidade Estadual de Londrina.

\_\_\_\_\_, Da tutela antecipada. Repró 88.

MAJO, Adolfo di. **Problemi e metodo del diritto civile: la tutela civile dei diritti**. Seconda edizione. Milano: Giuffrè editore, 1993.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_, **Recurso extraordinário e recurso especial**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_, **Participação e processo: ação civil pública - instrumento de participação na tutela do bem comum**. Coordenação: Ada Pellegrini GRINOVER, Cândido Rangel DINAMARCO, Kazuo WATANABE. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MANDRIOLI, Crisanto. **Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinali**. Rivista di Diritto Processuale, Padova, v. 19.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. vol. I, 1. ed. atual. Campinas: Millennium, 2000.

MARINHO, Inezil Penna. **Introdução ao estudo da história da filosofia do direito**. Brasília, 1983.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória : julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_, **Efetividade do processo e tutela antecipatória** : O processo civil contemporâneo. Curitiba: Juruá, 1994.

\_\_\_\_\_, **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Fabris, 1994.

\_\_\_\_\_, **Novas linhas do processo civil** : o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

\_\_\_\_\_, **Questões do novo direito processual civil brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2000.

\_\_\_\_\_, **A antecipação da tutela na reforma do processo civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

\_\_\_\_\_, **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

\_\_\_\_\_, **Tutela Inibitória : individual e coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998

\_\_\_\_\_, **Tutela Específica** : arts. 461, CPC e 84, CDC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_, **Reforma do código de processo civil** : a consagração da tutela antecipatória na reforma do CPC. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coordenador). São Paulo: Saraiva, 1996.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **O sistema legal e Judiciário brasileiro**. São Paulo: LTr, 2000.

MASAGÃO, Mário. **Curso de direito administrativo**. 3 ed. São Paulo: Max Limonad.

MATHIEU, Bertrand. **Direito Constitucional**: reflexões sobre o papel dos direitos fundamentais no ordem jurídica constitucional. Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO. Trad. de Elizabeth Lopes e Ana Marta Cattani de Barros Zilveti.

MAUS, Didier. **Direito Constitucional**: a influência do direito internacional contemporâneo sobre o exercício do poder constituinte. Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO. Trad. Adaiza Le Roch Hemmem e Ana Marta Cattani de Barros Zilveti.

MEIRELLES, Hely Lopes **Mandado de segurança, ação popular e ação civil pública**, 11.ed, São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1987.

MELLO, Aymoré Roque Pottes de. **A aplicação do efeito vinculante/súmula vinculante no sistema de controles da constitucionalidade brasileiro**: as PECs n.º 500/97 (PECs 54/97 – SF) e 517/97, Revista Ajuris, n.º 72, março de 1998.

MELLO FILHO José Celso. **Constituição federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2. ed., 1986.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. **Judiciário - uma visão realista**. Jornal do Magistrado, ano XI, julho/agosto de 2000.

MESSINETTI, Davide. **Personalità (diritti della)**. Enciclopedia del diritto. Milano : Giuffrè, 1983, v. XXXIII.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **Da ação civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. v. 2, 3. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

MÒCCIOLA, Michele. **Problemi del risarcimento del danno in forma specifica nella giurisprudenza**. Rivista Critica Del Diritto Privato.1984.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: a ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados "interesses difusos". São Paulo: Saraiva 1977.

\_\_\_\_\_, **Temas de direito processual**: tutela sancionatória e tutela preventiva. São Paulo : Saraiva, 1980, 2. parte.

\_\_\_\_\_, Participação e processo: **a participação do juiz no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

\_\_\_\_\_, Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros. **Cidadania e justiça** : o direito no século XXI : o futuro da justiça - alguns mitos. Ano 4 n. 8. Rio de Janeiro: 2000.

NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de história do direito**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

NEQUETE, Lenine. **O poder judiciário no Brasil a partir da independência** : império. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1973.

\_\_\_\_\_, **O poder judiciário no Brasil a partir da independência** : república. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1973.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais**: teoria geral dos recursos. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_, **Princípios do processo civil na constituição federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

\_\_\_\_\_, **Atualidades sobre o processo civil** : a reforma do código de processo civil brasileiro de 1994 e de 1995. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

\_\_\_\_\_, **Princípios fundamentais** : teoria geral dos recursos. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

NERY JÚNIOR, Nelson e outros. **Ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos**. São Paulo: Saraiva, 1984.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo : Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **O juiz na sociedade moderna**. São Paulo: FTD, 1997.

\_\_\_\_\_, **Boletim Informativo Novos Rumos**. Associação dos Magistrados do Paraná. Curitiba, ano 2, n. 3, julho de 1990.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Maioria reprovava efeito vinculante**. Folha de São Paulo. São Paulo, 10 de outubro de 1998.

PIMENTEL Wellington Moreira. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

PINTO, Teresa Arruda Alvim. **Mandado de segurança contra ato judicial**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1989.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

PISANI, Proto. **La nuova disciplina del proceso civile**. Napoli, Jovene, 1991.

\_\_\_\_\_, **Appunti sulla giustizia civile**. Bari: Cacucci Editore, 1982.

POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro : Forense, 1985.

PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição de 1967**. v. 5. tomo XII. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

\_\_\_\_\_, **Comentários ao código de processo civil**. tomo XII, 1.ed. São Paulo: Forense. 1976.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Da tutela coletiva e do código de processo civil** : O processo civil contemporâneo. Curitiba: Juruá, 1994.

RAMOS, Elival da Silva. **Participação e processo**: direito de ação como direito político. Coordenação: Ada Pellegrini GRINOVER, Cândido Rangel DINAMARCO, Kazuo WATANABE. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

\_\_\_\_\_, **A ação popular como instrumento de participação política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

RAMOS, Saulo. **O efeito vinculante de decisões de tribunais superiores**, XIV Congresso de Magistrados Brasileiros. Fortaleza, setembro de 1995. RBCCrim. 13/148.

RAPISARDA, Cristina. **Profili della tutela civile inibitoria**. Padova: Cedam, 1987.

\_\_\_\_\_, **Tutela preventiva, inibitoria cautelare ex art. 700. C.P.C. ed inibitoria finale**. Rivista di Diritto Processuale. Pádova : Cedam, janeiro-março de 1986.

RE, Edward D. **Stare Decisis**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. In Revista Jurídica, 198, abril de 1994.

REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. São Paulo: Saraiva, 1990.

\_\_\_\_\_, **Horizontes do direito e da história** : estudos de filosofia do direito e da cultura. São Paulo: Saraiva, 1956.

\_\_\_\_\_, **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

REBOUÇAS, Francisco de Paula Sena. **Máquina de escrever e reforma judiciária**. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo. v. 71, julho/agosto de 1981.

Revista Justiça da Associação dos Magistrados de Minas Gerais (APAMAGIS- MG), ano 4, n. 15, janeiro de 2001: **Sucessão sim, herança não**.

ROCCO, Alfredo. **La sentenza civile**. Milão: Giuffrè, 1962 (reimpressão).

ROCHA, José de Albuquerque. **Democratização do Judiciário**. Tribuna da Magistratura, setembro de 1999. Caderno de Doutrina.

RUIZ, Urbano. Gazeta Mercantil no dia 12 de fevereiro de 1997: **Justiça poderia evitar 90% dos processos**.

RUSSOMANO, Rosah. **O poder legislativo na república**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

SÁ, Djanira Maria Radamés. **Duplo grau de jurisdição: conteúdo e alcance constitucional**, São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_, **Súmula vinculante: análise de sua adoção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SANTOS, Alberto Luís Marques dos. **O registro fonográfico das audiências e o novo texto do artigo 170 do CPC**. Paraná Judiciário. n. 47.

SANTOS, Boaventura de Souza; FARIA, José Eduardo (organizador). **Direito e Justiça : Introdução à sociologia da administração da justiça**. São Paulo: Ática, 1989.

\_\_\_\_\_, **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**, 4. ed. São Paulo: Cortez, 1997.

SANTOS JÚNIOR, Francisco Alves dos. **Tempo e direito: reflexos do tempo filosófico e científico no campo jurídico**. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos da Instituição Toledo de Ensino, n. 27, dezembro de 1999 a março de 2000.

SANTOS, Luiz Carlos Ribeiro dos. Revista da Faculdade de Direito. Faculdades Metropolitanas Unidas n. 20. Série Nacional . São Paulo, 1998.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. 1., atual. por Aricê Moacyr Amaral SANTOS. São Paulo: Saraiva, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

\_\_\_\_\_, **Valor de Alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição**: problematização em nível constitucional, à luz de um conceito material de direitos fundamentais. *Ajuris* n.66.

SILVEIRA, José dos Santos. **Processos de natureza preventiva e preparatória**. Coimbra: LAEL, 1966.

SIDOU, J. M. Othon. **Processo civil comparado (histórico e contemporâneo) à luz do código de processo civil brasileiro modificado até 1996**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 6.ed. São Paulo : Revistas dos Tribunais. 1.990.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis e dos Atos Normativos do Poder Público**,1.ed. São Paulo: LTR,1985.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do código de processo civil**: a reforma processual na perspectiva de uma nova justiça. (coordenador) São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_, **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/9 : a Lei 9.756/98 e suas inovações.** Coordenação: Teresa Arruda Alvim WAMBIER e Nelson NERY. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_, **O prosseguimento da reforma processual civil.** Inédito.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Proteção internacional dos direitos humanos:** fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

\_\_\_\_\_, **Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos.** Revista da procuradoria geral do estado de São Paulo. Centro de Estudos, (14)1997.

TUCCI, José Rogério Cruz e ; Luiz Carlos de Azevedo. **Lições de história do processo civil romano.** São Paulo: RT, 1996.

TUCCI, José Rogério Cruz e. (coordenador) **Garantias constitucionais do processo civil :** garantias do processo sem dilações indevidas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_, **Tempo e processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TUCCI, Rogério Lauria ; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Devido processo legal e a tutela jurisdicional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

\_\_\_\_\_, **Direito processual civil e direito privado :** ensaios e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1989.

VERAS, Beni. Relatório da Comissão Mista do Congresso Nacional, v. 3: **Estudo do desequilíbrio inter-regional brasileiro.**

VIANNA, Luiz Wernneck ; CARVALHO, Maria Alice Rezende de ; MELO, Manuel Palacios Cunha ; BURGOS, Marcelo Baumann. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

VILLONE, Massimo. **La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato**. Milano: Giuffrè, 1976.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Tutela jurisdicional das liberdades públicas**. Curitiba: Juruá, 1991.

\_\_\_\_\_, **Anotações sobre o princípio do devido processo legal**. In: RT 649/33.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidade do processo e da sentença**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JÚNIOR, Nelson (coordenadores). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

WATANABE, Kazuo. **Participação e o processo: acesso à justiça e sociedade moderna**. Coordenação: Ada Pellegrini GRINOVER, Cândido Rangel DINAMARCO, Kazuo WATANABE. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1988, p. 128.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário crise, acertos e desacertos**. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_, **Estructuras judiciales**. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financeira, 1994.

ZAPPA, Sidney. ASSOJEPAR. Judiciário em foco. ano VIII, n. 12, setembro de 1999: **Reforma no Poder**.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Reforma do código de processo civil : antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais..** TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coordenador). São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_, **Direitos políticos - perda, suspensão e controle jurisdicional**. RJ n. 201, julho de 1994.

## 7. OBRAS CONSULTADAS

AGUIAR, Roberto A. R. de. **Direito, poder e opressão**. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1984.

ALKMIM, Gustavo Tadeu ; MELHADO, Reginaldo. **Reforma entre aspas: um desfecho melancólico**. Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros Cidadania e Justiça : o direito no século XXI. Ano 4. N. 8. Rio de Janeiro: 2000.

ALVIM, Arruda. **Reforma do código de processo civil : tutela antecipatória : algumas noções, contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas**. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coordenador). São Paulo: Saraiva, 1996.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. O processo civil no limiar de um novo século. Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros : cidadania e justiça : o direito no século XXI. Ano 4/N.º 8. Rio de Janeiro: 2000.

\_\_\_\_\_, Reforma do código de processo civil : alterações no código de processo civil : tutela antecipada, perícia. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coordenador). São Paulo: Saraiva, 1996.

ARAGÃO, Lucia Maria de Carvalho. **Razão comunicativa e teoria social crítica em Jürgen Habermas**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1992.

ARGUELLO, Katie Silene Cáceres. **Weber e o direito** : racionalidade e ética. Florianópolis, 1995. Dissertação de Mestrado em Ciências Humanas. Universidade Federal de Santa Catarina.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Justiça distributiva e aplicação do direito**. Porto Alegre: Fabris, 1983.

\_\_\_\_\_, **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1989.

BATALHA, Wilson de Souza Campos ; RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina L. Batalha de. **Filosofia jurídica e história do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BERMUDES, Sérgio. **Reforma do código de processo civil** : conciliação, transação e título executivo. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coodenador). São Paulo: Saraiva, 1996.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade** : para uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

\_\_\_\_\_, **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo: Editora Polis, 1989.

BORGES, Marcos Afonso. **Embargos Infringentes**. 3. ed. Goiania: AB Editora, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Porto Alegre: Fabrís, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. vol.I. Trad. Adrián de Witt Batista. São Paulo: Servanda, 1999.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Magistratura e direito alternativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Luan, 1996.

CENEVIVA, Walter. **Reforma do código de processo civil** : conciliação no processo civil brasileiro. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coodenador). São Paulo: Saraiva, 1996.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre: Fabris, 1997.

CRUZ, José Raimundo Gomes da. **Estudos sobre o processo e a constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O renascer do direito**: direito e vida social, aplicação do direito, direito e política. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

DINAMARCO. Cândido Rangel. **Execução civil**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

ESPÍNDOLA, Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FARIA, José Eduardo (organizador). **Direito e justiça**: a crise do Judiciário e a formação do magistrado. São Paulo: Ática, 1989.

\_\_\_\_\_, **Justiça e conflito**: os juízes em face dos novos movimentos sociais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à constituição brasileira**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

FERREIRA, William Santos. **Tutela antecipada no âmbito recursal : recursos no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 11. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

GOLDSCHMIDT, James. **Teoria general del proceso**. Madrid: Editorial Labor S.A., 1936.

GOMES, Luiz Flávio. **A questão do controle externo do poder Judiciário : natureza e limites da independência judicial no estado democrático de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

HERKENHOFF, João Baptista. **Para onde vai o direito: reflexões sobre o papel do direito e do jurista**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

LACERDA, Arthur Virmond. **História breve das codificações jurídicas**. Curitiba: Juruá, 1997.

LARA, Tiago Adão. **Caminhos da Razão no ocidente: a filosofia ocidental, do renascimento aos nossos dias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1986.

LARENZ, Karl. **Derecho justo**: fundamentos de etica juridica. Trad. Luiz Diez-Picazo. Madrid: Civitas, 1993.

LASSALE, Ferdinand. **Que é uma constituição?**. Rio de Janeiro: LAEMMERT, 1969.

\_\_\_\_\_, **A essência da constituição**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

\_\_\_\_\_, **Eficácia e autoridade da sentença** : e outros escritos sobre a coisa julgada. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MACEDO, Silvio de. **História do pensamento jurídico**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982.

MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de Quem? Qual Racionalidade?**. Trad. Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Edições Loyola, 1991.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Reforma do código de processo civil** : tutela antecipada : uma interpretação do art. 273 do CPC, na redação conferida pela Lei Federal 8,952, de 13-12-1994. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coordenador). São Paulo: Saraiva, 1996.

MARQUES, José Frederico. **A Reforma do Poder Judiciário**. 1 v. São Paulo : Saraiva, 1979.

MARTIN, Nuria Belloso. **El control democrático del poder judicial en España**. Impressão no Brasil. Curitiba: Moinho do Verbo Editora, 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Reforma do código de processo civil : a uniformização da jurisprudência no contexto da reforma do código de processo civil**. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coordenador). São Paulo: Saraiva, 1996.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O futuro da Justiça: alguns mitos**. Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros Cidadania e Justiça : o direito no século XXI. Ano 4. N. 8. Rio de Janeiro: 2000.

NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

NORONHA, Carlos Silveira. **Sentença civil : perfil histórico-dogmático**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Reforma do código de processo civil : da antecipação da tutela**. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coodenador). São Paulo: Saraiva, 1996.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

\_\_\_\_\_, **Motivações ideológicas da sentença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1992.

RAMOS FILHO. **O fim do poder normativo e a arbitragem**. São Paulo: LTR, 1999.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Crimes de responsabilidade de magistrados**. Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros Cidadania e Justiça : o direito no século XXI. Ano 4. n. 8. Rio de Janeiro: 2000.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **A reforma do Poder Judiciário**. Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros : cidadania e justiça : reformas em debate. Ano 2, n. 4. Rio de Janeiro: 1998.

ROSA, André Vicente Pires ; MELLO, Aymoré Roque Pottes de ; BICUDO, Hélio ; LIMA, Jarbas ; GENOINO, José ; SANTOS, Pedro Sérgio dos ; KREBS, Fernando Aurvalle (organizador). **A reforma do poder judiciário**. Curitiba: Juruá, 1998.

ROSAS, Roberto. **Direito processual constitucional** : princípios constitucionais do processo civil. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

RUIZ, Gregório. **Federalismo judicial** : el modelo americano. Madrid: Civitas, 1994.

SALDANHA, Nelson. **Teoria do direito e crítica histórica**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

SALGADO, Plínio. **Direitos e deveres do homem**. Rio de Janeiro: Livraria Clássica Brasileira, 1950.

SCHWARZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial**. São Paulo: Perspectiva, 1979.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Reforma do código de processo civil** : a antecipação da tutela na recente reforma processual. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coordenador). São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. **Poder constituinte originário e sua limitação material pelos direitos humanos**. 1. ed. Campo Grande: Solivros, 1999.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A formação do juiz contemporâneo**. Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros : cidadania e justiça : reformas em debate. Ano 2, n. 4. Rio de Janeiro: 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O processo civil brasileiro no limiar do novo século**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Poder Judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico**. Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros : cidadania e justiça : reformas em debate. Ano 2, n. 4. Rio de Janeiro: 1998.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

\_\_\_\_\_, **Reforma do código de processo civil : tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer**. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coordenador). São Paulo: Saraiva, 1996.

WOODWARD, Bob ; ARMSTRONG, Scott. **Por detrás da suprema corte**. Trad. Torrieri Guimarães. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

WOLKMER, Antonio Carlos; PAIXÃO, Cristiano; NOGUEIRA, Jenny Magnani de O; GASSEN, Valcir; MOREIRA MARTINS, Argemiro Cardoso; NASPOLINI, Samyra Haydêe; CARVALHO, Salo de; MOREIRA DA SILVA E FILHO, José Carlos; CRISTIANI, Claudio

Valenti,; KOZIMA, José Wanderley; LOPES, José Reinaldo de Lima.  
**Fundamentos de história do direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

\_\_\_\_\_, **Fundamentos de História do direito** : o direito nas sociedades primitivas. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

\_\_\_\_\_, **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito.  
2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1997.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade.** São Paulo: Malheiros, 1993.