

REGINA COELI PACINI DE MORAES FORJAZ

CRISE DO DIREITO OU DOS DIREITOS?

Uma reflexão sobre o formalismo no processo civil e o acesso à Justiça

Dissertação de Mestrado apresentada à
Área de Direito Político e Econômico da
Faculdade de Direito da Universidade
Presbiteriana Mackenzie, como requisito
para obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. José Francisco Siqueira Neto

São Paulo
2007

Universidade Presbiteriana Mackenzie. Decanato de Pesquisa e
Pós-Graduação. Sistema de Bibliotecas

Forjaz, Regina Coeli Pacini de Moraes, 1953 -

Crise do Direito ou dos direitos? Uma reflexão sobre o formalismo no processo civil e o acesso à justiça – Regina Coeli Pacini de Moraes Forjaz - Dissertação de Mestrado. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, abr.2007. 116 p.

Teoria Geral do Direito: Direito Processual. Direito Processual Constitucional. Acesso à Justiça. Formalismo Jurídico

CDU 306.34

REGINA COELI PACINI DE MORAES FORJAZ

CRISE DO DIREITO OU DOS DIREITOS?

Uma reflexão sobre o formalismo no processo civil e o acesso à Justiça

Dissertação de Mestrado apresentada à
Área de Direito Político e Econômico da
Faculdade de Direito da Universidade
Presbiteriana Mackenzie, como requisito
para obtenção do título de Mestre.

Aprovada em maio de 2007.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. José Francisco Siqueira Neto (Orientador)
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. Gianpaolo Poggio Smanio
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

A minha mãe, que me ensinou o valor do conhecimento.

A meus filhos Thiago e Pedro, amigos de todas as horas, amores de todos os segundos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, Doutor José Francisco Siqueira Neto, ilustre Orientador deste trabalho, o maior aliado para sua concretização.

À Prof^a. Maria Lucila Ujvari de Teves, pela capacidade de doação, pela colaboração e pelo incentivo.

Aos céus, que me abençoam;

À terra, que me sustenta

Ao mar... ah! o mar, que me energiza!

“Pode parecer ridículo, mas insistimos numa coisa que nos preocupa. O Poder Judiciário de nosso país e, por contaminação, o Poder Legislativo, sob o impacto da autoridade (intelectual e funcional) de alguns doutrinadores que se tornaram arautos da celeridade, efetividade, desformalização e tudo o mais, fizeram do réu o objeto de seu ódio. E todos aqueles princípios, tão verdadeiros e tão merecedores de atenção e de disciplina, por força dessa deformação cabocla, tornaram-se os carrascos do réu, vitimado para possibilitar relatórios judiciais reveladores de altos índices de produtividade, mortalhas com que são envolvidos os cadáveres das garantias do devido processo legal. E o pior, como apontado, é que aqui se emprestou desvalia ao réu, em detrimento, justamente, do princípio da celeridade. Antes de tudo ser mais rápido e racional se faz mais lento e totalmente irracional”. (J. J. Calmon de Passos, ao comentar o artigo 296 do CPC)

RESUMO

Este trabalho é fruto de pesquisa efetuada na doutrina jurídica nacional e alienígena, nas áreas da História do Direito, Teoria Geral do Direito, Direito Constitucional e Direito Processual Civil. Uma vez diagnosticada a crise generalizada por que passam as instituições jurídicas, objetivou-se demonstrar que os princípios constitucionais da ampla defesa, do devido processo legal e do contraditório já não mais atendem à garantia de pleno acesso à justiça. A doutrina hodierna, imbuída do propósito de oferecer soluções que garantam a efetividade do processo e da tutela jurisdicional, que permita, a um só tempo maior celeridade, sem comprometer a segurança jurídica, se debate entre os que defendem o formalismo jurídico e os adeptos da sua flexibilização. Essa tarefa cabe, não apenas aos operadores do Direito, mas a toda a sociedade civil, já que demanda ampla reformulação institucional, legislativa e ética, pois o processo judicial representa, um instrumento decisivo para o pleno exercício da cidadania em nosso País.

Palavras-chave: Teoria Geral do Direito: Direito Processual. Direito Processual Constitucional. Acesso à Justiça. Formalismo Jurídico.

ABSTRACT

This work was the result of a national and worldwide juridic research in many branches of juridic knowledge, as Law's History, Law's General Theory, Constitutional Law and Civil Process Law. Based in the generalized crisis diagnose which affects the Brazilian Judiciary Institution, we intend demonstrate that the constitutional principles as large defense, due process of law do not guarantee justice access. Offering solutions in the direction of process effectiveness and juridical protection is modern doctrine purpose, in order to reach celerity, without compromise juridical-insurance. The polemics is torned between Civil Process Law formalism followers and those who wants it more flexible. This task is directed not only to Law Society but also to the Brazilian Civil Society as a whole, once it demands both institutional, legislative and ethical behaviors changes, concerning to legal proceedings because it is an important citizenship instrument.

Keywords: Law General Theory: Processual Civil, Constitutional Law. Law Access. Law Formalism.

SUMÁRIO

Introdução.....	10
1 A crise no Direito.....	12
2 Direito e igualdade.....	19
2.1 Referências históricas a princípios igualitários.....	19
2.2 Igualdade perante a lei e igualdade na lei.....	21
2.3 Parâmetros associados à aplicação de princípios igualitários.....	23
2.4 Direito de propriedade e princípios igualitários.....	24
2.5 Justiça e princípios igualitários.....	25
3 Evolução histórica do processo civil.....	28
3.1 O processo privatístico: contrato ou quase-contrato.....	29
3.2 O processo como relação jurídica.....	31
3.3 A escola instrumentalista do processo como relação jurídica.....	34
3.4 O processo como situação jurídica.....	35
3.5 O processo como instituição.....	37
3.6 O processo como procedimento em contraditório.....	38
3.7 Teoria constitucionalista do processo.....	40
4 A constitucionalização do processo civil.....	42
4.1 O processo civil e os novos paradigmas constitucionais.....	45
4.2 Processo civil e jurisdição constitucional.....	50
4.3 A ordem jurídica justa: o justo processo.....	54
5 O problema do acesso à Justiça.....	56
5.1 Acesso à Justiça: um direito fundamental.....	58
5.2 As acepções da expressão “acesso à Justiça”.....	59
5.3 Acesso à Justiça e o Poder Judiciário.....	61
6 Do formalismo no processo.....	63
6.1 Formalismo e poder estatal.....	68
6.2 O formalismo processual e suas conseqüências na realização do Direito.....	70
6.3 Processo como técnica e ética a serviço do Direito.....	71
6.4 Processo, formalismo e Justiça.....	75

7 Da flexibilização da vocação formalística do processo.....	83
7.1 Instrumentalidade do processo.....	83
7.2 Efetividade do processo e da tutela jurisdicional.....	86
7.3 O ativismo judicial.....	87
8 A universalidade da crise do direito processual: considerações finais.....	94
Conclusões.....	97
Bibliografia.....	98
Anexo A.....	106

Introdução

A grita generalizada seja dos operadores de Direito, seja dos consumidores dos serviços jurisdicionais contra sua ineficiência, morosidade, parcialidade, para falar apenas de alguns dos atributos negativos que seguem colados ao Poder Judiciário, aliada à experiência diária vivida nas hostes forenses e aos resultados pífios (para não dizer, perigosos) oriundos das alardeadas reformas do Código de Processo Civil implementadas nos últimos anos, sugeriram o tema deste trabalho.

O estudo do formalismo jurídico processual, tema básico aqui abordado está indissoluvelmente associado a várias áreas do Direito, que não o Direito Processual Civil propriamente dito.

Esta a razão da abordagem, *de início*, dos princípios igualitários, com conteúdo fundamentalmente jurídico, mas alicerçado, principalmente em bases históricas, sociológicas, filosóficas, ideológicas, porquanto são eles o alicerce do Direito substancial e do Direito Processual Constitucionalizado.

A senda percorrida pelo processo civil, na história, narrada no terceiro capítulo configura um instrumento de compreensão dos movimentos helicoidais empreendidos pelo direito processual, numa alternância de maior ou menor formalismo, quanto mais ou menos autoritários fossem os regimes em que atuaram.

Daí, que o processo constitucionalizado refletiu a carga dos demais princípios igualitários e de direitos e garantias sociais, consolidado pelo formalismo do devido processo legal, da inafastabilidade do poder judiciário e do acesso à justiça, para citar apenas alguns.

O direito de todos à prestação jurisdicional, via da garantia constitucional do acesso à justiça mereceu uma análise mais detida, visto que continente dos demais princípios processuais, de natureza constitucional.

Esse lastro teórico preparou o ambiente necessário para situar o formalismo

processual e suas relações com o poder estatal e com a justiça, estabelecendo suas conseqüências para a realização do direito.

No capítulo sete traz-se a lume a polêmica travada pela doutrina acerca do formalismo jurídico, erigido ou como o algoz da efetividade e celeridade da justiça ou como o garantidor da igualdade das partes e inibidor do arbítrio judicial .

Procurou-se, ainda, demonstrar, que a crise do direito processual não se circunscreve ao Brasil, trazendo, para tanto, a experiência do direito processual alienígena, que o comprova.

Desta forma, os assuntos aqui apresentados exigem uma postura crítico reflexiva, além do normativismo puro, mas associada a uma ação participativa, buscando-se que o analista desempenhe um papel ativo no enfrentamento da crise que assola o Direito Processual, mediante a utilização crescente de meios alternativos de realização da Justiça, colocados à disposição, com maior flexibilidade e menor solenidade.

1 A crise no Direito

Em agosto de 1879, a sociedade francesa vivenciou, com euforia, a aprovação, pela Assembléia Constituinte, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão:

“Os representantes do Povo Francês, constituídos em Assembléia Nacional, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos governos, resolveram expor numa Declaração solene os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que essa Declaração, constantemente presente a todos os membros do corpo social, lhes recorde incessantemente seus direitos e deveres; a fim de que os atos do poder legislativo e os do poder executivo, podendo ser comparados a todo instante com a finalidade de cada instituição política, sejam mais respeitados; a fim de que as reclamações dos cidadãos, baseadas daqui por diante em princípios simples e incontestáveis, redundem sempre na manutenção da constituição e na felicidade de todos.” (g.n.)

Estava fincada a pedra inaugural do edifício de princípios e garantias dos direitos individuais.

Na medida em que as sociedades do Estado liberal cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos foi se transformando radicalmente, deixando para trás a visão individualista dos direitos, para, então, no dizer de Cappelletti¹, reconhecer os 'direitos e deveres sociais' dos governos, comunidades, associações e indivíduos. Esses novos direitos humanos, exemplificados pelo preâmbulo da Constituição Francesa de 1946², são, antes de tudo, os necessários para tornar efetivos, quer dizer, realmente acessíveis a todos, os direitos antes proclamados.

E prossegue Cappelletti³:

“Entre esses direitos garantidos nas modernas constituições estão o direito ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação. Tornou-se lugar comum

¹ CAPPELLETI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988, p.10

² Que reconhece que o acréscimo de novos direitos “sociais” e “econômicos” aos direitos civis tradicionais é particularmente necessário em nosso tempo.

³ CAPPELLETI, op. cit., p.11.

observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos. Não é surpreendente que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do welfare state têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos. De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como 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. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.” (g.n.)

Hialina a percepção de que o desenvolvimento não pode ser alcançado sem a plena garantia de acesso à Justiça, a bem da segurança e coesão social dos cidadãos.

Vale dizer, o acesso à Justiça, regulado, em termos amplos, no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, é um dos caminhos para reduzir as desigualdades sociais e a pobreza, por meio da promoção da equidade econômica e social.

No Brasil, infelizmente, vários obstáculos à efetivação desse fundamental direito-garantia individual e coletivo – o acesso à justiça – têm sido diagnosticados. Alguns, no passado, se encontram resolvidos⁴, enquanto outros, longe ainda da solução, vêm sendo detectados, gerando grande polêmica no meio jurídico.

Prova disso é que, em 2004, o Ministério da Justiça apresentou um diagnóstico do Poder Judiciário, no qual dados consistentes dão conta da grave situação vivenciada pelo Poder Judiciário, com o enorme aumento de demandas recepcionado nos últimos quinze anos, sem o correspondente acompanhamento de medidas que preparassem a estrutura judiciária do país para prestar um serviço eficiente para a sociedade, culminando na assinatura pelos três poderes da República, em fins do mesmo ano, do “Pacto de Estado por um Judiciário mais Rápido e Republicano”.

Entretanto, é o próprio Ministro da Justiça, Márcio Thomaz Bastos quem, na apresentação do Relatório de Governo Acesso à Justiça por Sistemas Alternativos de

⁴ Ressalte-se a assistência judiciária prestada pelo Estado, corrente na tradição constitucional brasileira desde 1934, ampliada pela assistência jurídica integral ao necessitados, garantida pelo inciso LXXIV do artigo 5º da CF/88, e pela criação da Defensoria Pública (arts. 134 e 135).

Administração de Conflitos – mapeamento nacional de programas públicos e não-governamentais afirma:

“No entanto, olhando com atenção o problema do Judiciário brasileiro, percebe-se que a simples reforma legislativa não será suficiente para torná-lo mais célere e democrático. É preciso uma verdadeira revolução institucional, por meio da qual aquele poder se imbrigue de uma nova cultura, adotando modos diversos de soluções de conflitos.”

Ora, a atual “crise” do Direito – e das instituições responsáveis por sua operação – nada mais é do que o reflexo das contradições dos movimentos da História, de cujas tensões floresce a evolução dos povos.

Constata-se que ora aqui, ora acolá, espocam manifestações que expressam inconformismos com o direito posto, premonindo-lhe, até mesmo, a morte. Com esse prognóstico soturno, merece relevo citar o grande juriconsulto Carnelutti, que previu, em conferência proferida, *La morte del diritto*, no seguintes termos:

“O ponto máximo da crise do Direito positivo e do Direito natural é assinalado pela presença do comunismo, como se deve ter a coragem de reconhecer”. (...) O comunismo se resolve. Historicamente, no regresso aos tempos primitivos; que logicamente, constitui o oposto e, por isso, o igual da escravidão; que, espiritualmente, é nutrido de materialismo; que, politicamente, destrói a democracia, pois fornece aos pobres, que antes se calavam, o pretexto para que, em massa, alteiem a voz, e aqueles que gritam hão de ser escutados”.

E conclui:

“Ou se demonstra que o Direito natural tem a chave para resolver a questão dos ricos e dos pobres e, com ela, estabelecer a igualdade entre eles, ou fica demonstrada, ao contrário, a sua impotência.”

Orlando Gomes⁵ descreve, com maestria, o seu sentir, nos idos de 1958:

“Nestes últimos tempos, uma onda de pessimismo se espalha sobre as areias da juridicidade. A tristeza toma conta da alma dos grandes juristas. Nas reflexões a que se entregam sobre o futuro do Direito não vibram notas de esperança. São

⁵GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 101-115.

lamentações plangentes e lucubrações taciturnas que assinalam o discurso dos doutores. Prognósticos sombrios se fazem, em tal tom e convicção, que até as mentalidades otimistas vacilam. Na França, Ripert, um jurista de projeção universal, que vem analisando, com acuidade de espírito, os aspectos fundamentais da ordem jurídica superposta do regime capitalista da produção, procura, no fim da vida, demonstrar a decadência do Direito, numa obra repassada de profunda melancolia, que ecoou como um brado de alarme nos arraiais angustiados do pensamento jurídico ocidental. Pouco faz que ratificou, em conferência pronunciada na Itália, as teses pessimistas de seu livro sobre o declínio do Direito. Tratando da evolução e progresso do Direito, condena a atual abundância de leis, para sustentar que provam o seu ocaso, porque se afastam do ideal de justiça afirmado pelos romanos no preceito de que deve se dar a cada um o que é seu. O progresso jurídico não passaria de ilusão, vã e perigosa, em que se não deve crer.”

Cabe, neste ponto, uma exortação: a quem interessa a morte do Direito – a um só tempo, balizador e apaziguador dos ânimos dos atores sociais em conflito, bem como origem de aspirações e pleitos dos que se sentem injustiçados - ou, ao menos, quem luta por seu declínio?

A História registra momentos em que o Direito, em sua função pura de equalizador das diferenças, foi vilipendiado. Se não em todos eles, pelos menos em sua grande maioria, o enfraquecimento do Direito serviu a ideologias, no mínimo, autoritárias.

Impelida por fatores de diversas ordens, a evolução social resulta de transformações (ou contradições), que se processam com incrível rapidez, sem que o Direito as possa acompanhar, pelo menos na mesma velocidade.

Para o filósofo e sociólogo francês Lévy-Bruhl⁶, o drama do Direito pode ser compreendido, a partir da constatação da contínua e perpétua transformação do meio social.

De outra banda, as relações entre os homens, disciplinadas pelo Direito, regulam-se por leis que devem possuir o mínimo de precisão e rigidez, indispensáveis a sua segurança.

Manifesta-se, daí, um conflito permanente, entre a imobilidade das normas jurídicas e o dinamismo da vida. Quanto mais “acelerada” se comporte a História, tanto mais agudo e violento seu conflito com o Direito. À medida que a sociedade evolui (entendido o termo

⁶ De 1879 a 1882, lecionou filosofia no liceu de Poitiers e depois, entre 1882 e 1885, no liceu de Amiens. Doutorou-se em filosofia em 1884 com a tese *A idéia de responsabilidade*. No ano seguinte passou a lecionar no liceu Louis le Grand, de onde saiu em 1895. Foi nomeado diretor de estudos na Sorbonne em 1900. Dois anos depois, substituiu Émile Boutroux na cadeira de história da filosofia. Sob influência da teoria sociológica de Émile Durkheim, Lévy-Bruhl procurou elaborar uma ciência dos costumes. Acreditava que a moral era determinada pelas épocas históricas e pelos grupos sociais. Assim, afirmava que ela era relativa, passível de ser aceita ou não pelos homens, constituindo um meio – variável de acordo com as diferentes culturas – que os homens utilizam para relacionar-se com o mundo.

evolução, como simples caminhar para a frente, sem qualquer juízo de valor), o pensamento e o sentimento mudam, mas as mudanças, hodiernamente, se verificam até mesmo no período de uma só geração. Por isso o conflito assume uma feição patética, a tal ponto que, como observa o filósofo, muitas ilegalidades de hoje prefiguram o direito do futuro.

Isso porque, embora paradoxal possa parecer, a contradição existente entre a dinâmica da vida e a aparente morosidade do Direito em acompanhá-la não é inconciliável.

O Direito sobrevive às crises, e a partir delas se renova, impulsionado pelas aspirações coletivas.

No dizer de Orlando Gomes⁷:

“Em toda aspiração coletiva, que pode mudar o curso da História, perpassa o sopro da juridicidade, que em essência atua como elemento de fixação, destinado a instaurar a ordem no tumulto, a paz na guerra.”

Assim, já no início da segunda metade do século XX, advertia:

“É a consciência jurídica que cabe propor as normas que o solucionem, condensando as representações coletivas que começam a expressar a aspiração de restabelecer a paz social – suprema finalidade do Direito, o que não quer dizer que se preste a calar o clamores. Essa aspiração vem carregada de eletricidade jurídica, de alto teor humano. Por esse motivo, o pessimismo dos que apregoam a morte do Direito deve ser substituído pelo otimismo dos que anunciam o nascimento do Direito. Já se notam, nos diversos ordenamentos jurídicos, sinais do aparecimento de uma ordem nova, indecisa, indefinida, mas já se agitando.”

Nada mais atual.

Nesse constante renascer, exsurge inafastável, proclamado pelas cartas políticas das nações que preservam a liberdade, a exemplo do Brasil, o exercício da cidadania, mediante o acesso à justiça, regulado pelas normas processuais, as quais embora refertas de formalismo excessivo, são, ainda, a elogiável intenção de implementação do direito de todos ao exercício da cidadania, associado às demais liberdades públicas garantidas pela carta política.

⁷ GOMES, op. cit., p. 105.

Por que, então, malgrado todo o status de megaprincípio constitucional de que se acha investido o acesso à justiça, sua garantia a todos é de tão difícil concretização?

Por que, sendo unânime o entendimento de sua imprescindibilidade para a garantia e aperfeiçoamento das instituições democráticas, não se nota efetiva vontade política que atue diretamente na chaga do ranço autoritário do jogo do poder, que tem origem nas raízes do Brasil?

Por mais que juristas e legisladores se esforcem por aperfeiçoar as leis de processo, a censura da sociedade ao aparelhamento judiciário parece sempre aumentar, dando a idéia de que o anseio de justiça das comunidades se esvai numa grande e generalizada frustração.

Para tentar compreender esse fenômeno, devemos lembrar o que se passou de inovação nos últimos 200 anos, não apenas em torno das instituições processuais, mas da própria estrutura política das nações.

De velhas e arraigadas concepções aristocráticas e autoritárias, no desempenho do poder público, a humanidade caminhou em direção à democracia e à república, fundada, primeiro, nas solenes declarações de direitos fundamentais, e, finalmente, na inclusão dentre os deveres estatais o de tornar efetivos os declarados direitos fundamentais.

Os direitos dos cidadãos, em nosso tempo, saíram do âmbito das meras declarações solenes para entrarem no campo das missões práticas que ao Estado cumpre implementar.

Dentre todas as mazelas que acometem a estrutura jurisdicional do País, muitas vezes se levantam contra o formalismo processual atávico que dirige o processo civil brasileiro, presente, com fanatismo, no Direito romano, de onde tiramos nossas raízes. A ele é imputada grande parte da culpa pelo caos em que vemos mergulhada a jurisdição, nos quatro cantos do País.

Outros brados apontam com veemência para o perigo da informalização do processo, consubstanciado na ampliação do poder discricionário dos julgadores, alertando para o fato de que, sendo seres humanos, a flexibilização das formas ensejaria a arbitrariedade judicial, fulminando o princípio da imparcialidade.

Palavras de ordem como celeridade, instrumentalidade das formas, efetividade processual, informalização, ativismo judicial, formas alternativas de solução de conflitos ecoam, com quase obsessão, diuturnamente, no ambiente jurídico.

Porque o acesso à justiça é a garantia da dignidade da pessoa humana.

Ou, nos dizeres de Capelletti:

“O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.”

Mas, de que justiça falamos? Que justiça queremos?

2 Direito e igualdade

2.1 Referências históricas a princípios igualitários

Um dos primeiros tratamentos fundamentais sobre igualdade refere-se a Platão⁸, que distinguiu dois tipos de igualdade: a igualdade absoluta, que implica nas mesmas oportunidades de acesso aos cargos públicos, e a igualdade proporcional, pela qual o provimento de cargos no governo seria feito de acordo com os méritos de cada um. O conteúdo filosófico do pensamento de Platão certamente contribuiu significativamente para o avanço das idéias sobre a igualdade entre os seres humanos. No entanto, considerando-se a existência de castas, classes e estamentos sociais⁹ nas comunidades da época em que Platão viveu, os princípios da igualdade de oportunidades e a valorização dos méritos de cada um eram de aplicação restrita a uma minoria de pessoas dotadas de cidadania, que não constituíam uma amostra quantitativamente significativa da sociedade daqueles tempos. No entanto, a idéia da valorização dos méritos de cada um assegurava o princípio pelo qual, dentro de certos limites, todos poderiam ir até onde lhes permitissem as próprias forças, a iniciativa, a perseverança e a capacidade de trabalho, qualidades que possibilitavam que alguns progredissem mais do que outros.

No pensamento de Aristóteles¹⁰, é justa a igualdade de iguais tanto quanto o é a desigualdade de desiguais. Essa idéia, consistente na admissão de que é injusto tratar igualmente a pessoas desiguais como tratar desigualmente a pessoas iguais, conduz, basicamente, ao problema de se definirem procedimentos que efetivamente dêem às pessoas um tratamento paritário ou desigualitário e deve ser complementado, em sua aplicação, pela escolha de critérios diferenciais¹¹.

⁸ Apud DUNNING, William Archibald. *A History of Political Theories. Ancient and Mediaeval*. New York: Mcmillan, 1919 (p 40-41).

⁹ As castas representavam uma atividade específica, uma atitude religiosa, uma ética que valorizava o sagrado, derivando daí o conjunto de normas e valores, padrões culturais e etiquetas, usos e costumes, símbolos e signos sociais que compunham as regras ritualísticas que definiam os sentidos subjetivos e as relações sociais. Os estamentos correspondiam à distribuição do poder dentro de uma comunidade, ou seja, as situações de status. As classes se referiam a um certo número de pessoas que tinham em comum um componente causal específico em suas oportunidades de vida, onde esse componente era representado pelos interesses econômicos ou pelas funções que exerciam no universo social

¹⁰ ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Tecnoprint, 1972, p. 117

¹¹ Tudo indica que um critério diferencial a ser aplicado não pode ser uma característica tão específica que particularize, para sempre, a pessoa abrangida por este parâmetro diferenciador e que, além disso, a característica diferenciadora deve estar na pessoa, nunca fora dela.

Os procedimentos para implementação de tratamento igualitário e os critérios empregados para a diferenciação entre os membros da sociedade do Mundo Antigo foram quase sempre discriminatórios, em razão da existência de castas, classes e estamentos sociais naquela época, o que, por outro lado, dificultava e até impossibilitava a mobilidade social.

Para Lindsay, também, o papel desempenhado pelo cristianismo foi marcante na consolidação do princípio da igualdade; desenvolvendo-se e penetrando em extensas áreas geográficas, acabou por reforçar a defesa dos princípios igualitários de forma universalizada, considerando-se a igualdade de todos os homens, fato que influenciou significativamente os alicerces do estado democrático moderno. Lindsay¹² afirma que “um elemento especial do conceito cristão de igualdade é a universalidade. O cristianismo defende a igualdade, não de todos os membros desta ou daquela comunidade, mas de todos os homens”. Desse conceito de igualdade universal, o pensamento democrático tirou marcante contribuição.

Rousseau¹³, entre outros, estudou as desigualdades entre os homens, classificando-as em duas modalidades: a desigualdade natural ou física, estabelecida pela natureza e que consiste na diferença das idades, da saúde e das forças do corpo e das qualidades do espírito ou da alma; a outra, por ele denominada desigualdade moral ou política, dependente de uma espécie de convenção estabelecida ou, pelo menos, autorizada pelo consentimento dos homens. Esta consiste nos diferentes privilégios que alguns usufruem em prejuízo de outros, como serem mais ricos, mais reverenciados e mais poderosos, ou mesmo em se fazerem obedecer. Ao considerar a existência da desigualdade política, deve-se atentar para o fato de que Rousseau já relacionava o poder de mando dos ricos e reverenciados como convenção aceita pela sociedade. O mesmo não ocorrendo com os desfavorecidos. Por outro lado, os

¹² LINDSAY, A.D. *O Estado Democrático Moderno*. Rio de Janeiro: Zahar, 1964, p. 213

¹³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos das desigualdades entre os homens*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 159.

poderosos se apoiavam em componentes políticos, nobiliárquicos e, principalmente, econômicos.

2.2 Igualdade perante a lei e igualdade na lei

As desigualdades entre os seres humanos influenciam os sistemas normativos e consagram, como instrumentos reguladores da vida social, que a lei deve tratar de forma eqüitativa os cidadãos desiguais e não deve ser fonte de perseguições ou privilégios, entendidos como direitos, vantagens, prerrogativas, válidos apenas para um indivíduo ou um grupo, em detrimento da maioria. O direito de igualdade perante a lei não prejudica, portanto, o reconhecimento da desigualdade relativamente à natureza singular ou especial do homem. É fundamental o entendimento de que, embora a lei defina, para todos, tratamento igualitário perante a lei, admite a desigualdade como fato que, em tese, é irrelevante para o tratamento paritário entre os homens. O âmbito de proteção do princípio da igualdade perante a lei abrange, portanto, diferentes dimensões, como a proibição do arbítrio e da discriminação, além da obrigação de diferenciação.

Alaor Caffé Alves¹⁴ concluiu que “ao submeter a regras iguais pessoas economicamente iguais, o Estado não faz outra coisa senão reafirmar as desigualdades reais. A lei que proíbe tanto ao rico como ao pobre dormir sob as pontes, mendigar nas ruas e furtar o pão, não afeta de igual modo a ricos e pobres”. Defendeu assim o mesmo autor, que:

“(…) a igualdade perante a lei ou igualdade jurídico-formal, não só é plenamente compatível com a desigualdade real de natureza econômica, como também o é no exato pressuposto essencial para que a repartição desigual da riqueza social possa ser levada a efeito de forma harmonicamente dissimulada.”

¹⁴ ALVES, A.C. *Estado e Ideologia*. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 336.

Dalmo de Abreu Dallari¹⁵ ressalta que um menino que nasce numa favela é igual ao que nasce numa família rica, e vale o mesmo que este, mas dificilmente o favelado conseguirá boa alimentação e boas escolas, e desde cedo será tratado como um marginal, discriminação que irá acompanhá-lo pela vida inteira. Assim, embora a lei diga que todos são iguais, o não direito à igualdade de oportunidades entre os dois meninos fica evidente.

Alf Ross¹⁶ leciona que a inserção de normas realizadoras de princípios que caracterizam a igualdade perante a lei nos ordenamentos jurídicos, constitui-se numa proibição dirigida principalmente ao legislador para que privilégios antes tolerados não mais o sejam e, assim, prevaleçam princípios igualitários que possam trazer alguma forma de garantia para a sociedade à qual se aplica o direito.

Celso Lafer¹⁷ afirma que, na esfera pública, que diz respeito ao mundo que compartilhamos com os outros, e que, portanto, não é propriedade privada de indivíduos e/ou do poder estatal, deve prevalecer, para se alcançar a democracia, o princípio da igualdade. Este não é dado, pois as pessoas não nascem iguais nas suas vidas. A igualdade resulta da organização humana. Com isso, indica a importância da minimização dos efeitos das desigualdades materiais por meio de medidas implantadas pelas instituições do poder público, como acontece, por exemplo, com os procedimentos específicos da justiça distributiva.

Em síntese, o princípio genérico de igualdade perante a lei, destina-se a assegurar uma proteção imparcial a todos os membros da sociedade. Considerando-se as situações extremamente diferentes entre ricos e pobres, no que concerne à desigualdade de oportunidades, na aplicação da lei e no acesso à justiça, esse princípio legal atua de forma tênue e, mesmo, imperceptível na redução das profundas desigualdades existentes entre os

¹⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Moderna, 1999, p. 33.

¹⁶ ROSS, Alf. *Hacia una ciencia realista del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961, p. 352.

¹⁷ LAFER, C. *A Reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia da Letras, 1999, p. 152

universos das classes hegemônicas e das desfavorecidas, o que indica a descaracterização da imparcialidade na aplicação destes princípios igualitários. Entretanto, o princípio de igualdade perante a lei impõe limites aos legisladores que, em última análise, são os principais destinatários das normas jurídicas deste princípio igualitário, o que os impede de criarem leis esdrúxulas que se afastem das condições de razoabilidade.

As expressões igualdade perante a lei e igualdade na lei distinguem, respectivamente, a conformidade com a norma (defina ela ou não um tratamento igualitário) e o próprio tratamento igualitário expresso na lei, excluindo-se, por exemplo, as desigualdades resultantes das diferenças de sexo, raça, cor da pele, credos políticos e religiosos.

A igualdade na lei, neste sentido, opera como complemento ou reforço explícito do texto legal, que considera todos iguais perante a lei. Para Kelsen¹⁸, a igualdade perante a lei pode existir mesmo quando não existir nenhuma igualdade na lei, ou seja, quando a lei não prescrever nenhum tratamento igualitário.

2.3 Parâmetros associados à aplicação de princípios igualitários

A aplicação de princípios igualitários e a inserção das normas realizadoras desses princípios nos ordenamentos jurídicos estão intimamente associadas a diferentes parâmetros vinculados ao interesse jurídico, como o direito de propriedade, os princípios da justiça, a globalização da economia, a qualidade de vida dos membros da comunidade, as conseqüências da miséria humana, o respeito aos direitos humanos, a linha ideológica dominante, os avanços tecnológicos e as formas alternativas de encarar o direito.

Passemos, então, à análise desses parâmetros relevantes na dinâmica da inserção de normas realizadoras dos princípios igualitários nos ordenamentos jurídicos.

¹⁸ KELSEN, Hans. O problema da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 60.

2.4 Direito de propriedade e princípios igualitários

A propriedade assume um papel de relevo, como uma das características mais significativas do poder econômico, além de ser uma marcante fonte geradora de desigualdades materiais. A propriedade constituiu-se num dos primeiros institutos jurídicos, efetivamente consolidado já ao tempo em que as normas religiosas confundiam-se com as regras de direito, formando a trilogia religião, família – propriedade privada. Primitivamente, a idéia de propriedade, principalmente de bens imóveis, estava associada, de um lado, ao poder econômico e, de outro, a uma concepção religiosa, mística, vinculada a sentimentos individualistas que moldaram a consciência jurídica dos povos ocidentais.

No sistema de produção feudal, a propriedade se centrava nos bens imóveis, ou seja, nas terras e o poder dos suseranos estava ligado diretamente à extensão e aos recursos naturais das glebas que constituíam os seus domínios – os feudos –, no qual trabalhavam os vassallos, geralmente em número proporcional às áreas que ocupavam. Assim, no feudalismo, havia uma relação direta entre o poder do senhor e a extensão e recursos naturais de sua propriedade fundiária.

Com o advento do capitalismo ampliaram-se, sobremaneira, as relações de troca de mercadorias, crescendo em importância, como corolário, a propriedade de bens móveis, com diferentes preços e padrões variados, que passou, juntamente com a propriedade fundiária, a ser associada a poder econômico, consolidando-se esse poder em função da quantidade, qualidade e valor monetário desses bens.

No capitalismo, os bens resultantes da atividade humana, produzidos socialmente, são colocados no mercado, segundo critérios de demanda e preço, que se conformam como

algumas das condições para que os usuários tenham acesso a esses produtos que, se cumpridas, criarão, para os adquirentes, a propriedade destes bens móveis. Limitado fica, assim, o acesso aos artigos resultantes da intervenção produtiva da atividade humana.

De outra banda, os produtos naturais, ou seja, aqueles providos pela natureza, e não submetidos à transformação pela atividade humana, não estavam sujeitos a nenhuma barreira, sendo, portanto de livre acesso, dada a gratuidade ínsita aos produtos espontâneos da natureza.

2.5 Justiça e princípios igualitários

A igualdade ou a desigualdade dos seres humanos, considerados em sua natureza ou sob enfoque social, constituem a base do problema essencial da justiça.

Dois princípios básicos da justiça são admitidos no pensamento liberal de Rawls¹⁹, o da prioridade da liberdade e o da prioridade da justiça, sobre a eficiência e o bem-estar. Estes princípios relacionam as liberdades fundamentais e a ordenação das desigualdades econômicas e sociais dos homens. O primeiro princípio estabelece que cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para as outras pessoas. Essas liberdades incluem liberdade política (votar e ocupar cargo público), a liberdade de expressão e de reunião; a liberdade de consciência e de pensamento e as liberdades que protegem os cidadãos contra a agressão física, a opressão psicológica, o direito à propriedade privada e a proteção contra a prisão e detenção arbitrárias.

O segundo princípio da justiça estabelece que as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam, ao mesmo tempo, consideradas como

¹⁹ RAWLS, Jonh. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 64.

vantajosas para todos dentro dos limites do razoável e vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos. Explicando este segundo princípio, Rawls argumenta que a ordenação, à qual se refere, deve trazer o maior benefício possível para os menos favorecidos e que as desigualdades econômicas e sociais sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades.

Com esta explicação, Rawls considera “o maior benefício possível para os menos favorecidos” como uma “vantagem para todos” na ordenação das desigualdades materiais e econômicas da comunidade, o que, partindo da proposição de um pensador liberal, é uma aproximação ideológica com o Estado Social. Pode-se constatar que as desigualdades econômicas e sociais, que devem ser organizadas pelo segundo princípio de forma a que “todos se beneficiem”, conforme Rawls, sucedem às violações de liberdades individuais, protegidas pelo primeiro princípio, que não podem ser justificadas nem compensadas por vantagens econômicas e sociais, por maiores que estas sejam.

Um tema amplamente questionado é o acesso à justiça. Para Faria²⁰, estudos revelam que a distância do cidadão em relação à administração da justiça, é tanto maior quanto mais baixo é o estado social a que pertencem e que essa distância tem como causas próximas não apenas fatores econômicos, mas também fatores sociais e culturais, ainda que uns e outros possam estar mais ou menos remotamente relacionados com as desigualdades econômicas.

Seus estudos demonstraram que as dificuldades no acesso à justiça são diretamente proporcionais ao grau de pobreza do interessado no provimento judicial, ou seja, o poder econômico de quem procura acessar a justiça dá-lhe uma especial vantagem em relação ao cidadão pobre, traduzida em melhor atendimento, na contratação de advogados mais experientes e na obtenção de maiores oportunidades de vencer o litígio.

O formalismo jurídico, nesta seara, pode assumir tanto as feições de herói quanto as de um vilão da concretização do direito perseguido. No primeiro caso, o devido processo legal

²⁰ FARIA, José Eduardo. *Direito e Justiça*. São Paulo. Ática, 1989, p. 48.

e o contraditório atua no sentido de equilibrar as forças das partes litigantes. No segundo, ao converso, impõe ônus e sacrifícios que escancaram a desigualdade das partes, porquanto, para os mais fortes, esses encargos não ensejam maiores esforços.

3 Evolução histórica do processo civil

O processo passou a ter autonomia a partir do século XVIII. Até então, a ação não era vista de forma diferente do direito distinto daquele que a parte deduzia em juízo para reclamar a tutela do Estado. Assim, a ação era apenas o direito subjetivo material do litigante que reagia contra a violação sofrida.

Em outras palavras, o a ação e o objeto da ação eram indissociáveis, não havendo nenhuma diferença teórica ou prática entre eles, o que veio a ocorrer posteriormente. Nesta época, então, o processo consolidou-se num amontoado de formas e praxes do foro para cuidar do conflito submetido ao juiz.

No século XIX, após a observação das demandas, os pandectistas descobriram que, após a eclosão da lide, a parte e o Estado encontravam-se em nova relação jurídica, nascida da violação do direito subjetivo material e do direito de obter um provimento do órgão judicial contra dita violação. A relação material, então, era travada entre as partes de forma direta e pertencente ao direito privado – a relação processual era feita entre parte e Estado, portanto, dizia respeito ao direito público.

Wach e von Bulow transportaram o estudo da relação processual para o ambiente científico ainda no século XIX. A partir daí, foram conceituados os pressupostos, objeto e método do processo. Depois disso, o direito processual obteve autonomia científica. No século seguinte, as doutrinas, principalmente alemã e italiana, construiriam os conceitos informadores do sistema científico do direito processual civil.

Depois da crise político-social da Segunda Guerra Mundial, as atenções voltaram-se aos problemas da prestação jurisdicional, tema ainda não cogitado. Os estudiosos do Direito, então, levaram mais de um século pesquisando as categorias fundamentais do Direito Processual Civil e atentaram para o fato de que a sociedade, como um todo, ansiava, ainda, por uma prestação jurisdicional mais efetiva. Era esperada, pela população, uma justiça que servisse a todo tipo de conflito jurídico e que estivesse ao alcance de todos. A tutela deveria, dessa forma, apresentar-se pronta e mais consentânea com a justa e célere preservação dos direitos subjetivos violados ou ameaçados. Esperava-se, em conclusão, uma Justiça que assumisse, de forma concreta e satisfatória, a função de implementar a lei material, com

custos e prazos os menores possíveis, por meio de órgãos de justiça preparados e muito confiáveis no que diz respeito à ética.

A ciência processual, então, passou a manifestar interesse por temas como a garantia de acesso à Justiça, instrumentalidade e efetividade da tutela jurisdicional, com preferência sobre as categorias que haviam servido de base para a implantação do Direito Processual como ramo diverso do direito material, este integrado solidamente no direito público.

Mas foi no relacionamento com o Direito Constitucional que o processo mais se diferenciou do seu caráter publicístico. Mas não só nisso ficou evidente o processo moderno. Reconhecido desde logo como instrumento de atuação de soberania estatal, aos poucos seu caráter mais marcante foi se deslocando para a sua qualidade cívica, até que a maioria das constituições democráticas passassem a incluir o processo legal como direito fundamental do cidadão.

A partir daí, o processo passou a constituir-se numa garantia de acesso do cidadão à tutela jurídica, declarado e resguardado pelas constituições.

3.1 O processo privatístico: contrato ou quase-contrato

As primeiras formulações acerca da natureza jurídica do processo estavam impregnadas de conceitos oriundos da civilização romana. Baseado na *litiscontestatio*, acordo celebrado pelas partes diante do Pretor, pelo qual pactuavam submeter-se à decisão proferida, o processo é concebido como um contrato, um negócio jurídico pelo qual as partes se submetem, voluntariamente, ao processo e a seus resultados, conforme Cintra *et al.*²¹. De

²¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 277.

origem francesa, teve como um de seus maiores defensores Pothier²², que colocava a vontade individual como única fonte do direito e dever, cabendo ao Estado somente atender aos pactos advindos dos particulares. Para essa teoria, não estavam as partes obrigadas a comparecer em juízo, mas se a tanto fossem, comprometiam-se a cumprir a decisão proferida pelo juiz, esclarece Leal²³.

Por volta de 1850, Savigny²⁴, observando que o processo não tinha características de contrato, defendeu que deveria ser então um quase-contrato, visto que a parte que ingressava em juízo consentia com a decisão judicial, favorável ou desfavorável, ocorrendo um nexo entre autor e juiz, independentemente da adesão espontânea do réu ao debate da lide, assevera Leal²⁵. Partia tal premissa de erro metodológico fundamental, por se querer enquadrar o processo, a todo custo, nas categorias de direito privado, esclarece Cintra *et al.*²⁶.

As críticas lançadas às duas idéias são similares: partes ou autor estão submetidos, coercitivamente, à decisão proferida pelo juiz, que não necessita de prévio assentimento de qualquer daqueles para impor a sentença. Ademais, permanecia o processo no plano do direito material, sem qualquer tratamento científico e confundido com o procedimento, interessando apenas o seu aspecto evolutivo, na seqüência de atos coordenados até a sentença, esclarece Fernandes²⁷.

²² POTHIER, Robert Joseph. 1699 – 1772 – Nota do Autor – Conselheiro do tribunal presidiário da cidade de Orléans, Pothier deixou obra considerável da qual se destacam *Pandectes de Justinien mises dans un nouvel ordre (Pandectas de Justiniano postas em nova ordem)* (1748) e tratados sobre o direito civil, que influenciaram o código civil francês. Em sua obra *Obligations* expõe a idéia de que a coisa julgada é consequência lógica de que as convenções afetam somente os contratantes, e que decorre pois de um contrato judicial, consoante COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Trad. Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Editora Saraiva, 1946, p. 91.

²³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 75.

²⁴ SAVIGNY, Friedrich Karl von. (1779 – 1861) – Nota do Autor – Criou a escola histórica alemã, combatendo a teoria do direito natural e substituindo-a pelo estudo da evolução histórica do direito positivo. Acreditando nessa força evolutiva, combateu a codificação do direito. Sua obra pioneira, *Gechichte des römischen Rechts im Mittelater (História do direito romano na idade média)*, 1815-1831, foi completada pelo *System des heutigen römischen Rechts (Sistema do direito romano atual)*, 1840-1849. Foi profunda e duradoura a sua influência sobre o pensamento jurídico dos tempos modernos.

²⁵ LEAL, R. P. *Op cit.*, p. 76

²⁶ CINTRA, A. C. de A., GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R., *Op cit.*, p. 278.

²⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 33.

3.2 O processo como relação jurídica

Deve-se, a Oskar Von Bülow, a autonomia do processo frente ao direito material, em face da publicação, em 1868, do clássico: Teoria das Exceções Processuais e dos Pressupostos Processuais. Inspirado em Bulgaro, para quem o processo seria ato de três personagens – juiz, autor e réu – Bulow estabeleceu pressupostos de constituição e desenvolvimento do processo por meio da relação entre tais atores, visto que, para a validade e legítima constituição do mesmo, deveriam aqueles cumprir o disposto em lei processual, remetendo o direito disputado para a matéria de mérito. Afirmou o autor, que:

“El proceso es una relación jurídica que avanza gradualmente y que se desarrolla paso a paso. Mientras que las relaciones jurídicas privadas que constituyen la materia del debate judicial, se presentan como totalmente concluidas, la relación jurídica processual se encuentra en embrión. Esta se prepara por medio de actos particulares. Sólo se perfecciona con la litiscontestación, el contrato de derecho público, por el cual, de una parte, el tribunal asume la concreta obligación de decidir y realizar el derecho deducido en juicio, y de otra, las partes quedan obligadas, para ello, a prestar una colaboración indispensable y a someterse a los resultados de esta actividad común.”²⁸

Sistematizando a relação jurídica processual, ordenadora da conduta dos sujeitos do processo em suas ligações recíprocas, Bülow deu realce a duas situações distintas: a de direito material, que se discute no processo; e a de direito processual, que é o continente em que se coloca a discussão sobre aquela. A relação jurídico-processual se distinguiria da de direito material por três aspectos: pelos seus sujeitos (autor, réu e Estado-juiz), pelo objeto (prestação jurisdicional) e pelos seus pressupostos (pressupostos processuais), conforme registro de Cintra *et al*²⁹.

Distingue ainda Bulow³⁰ os conceitos de processo e procedimento. Observa que a relação jurídica processual que considera de natureza pública está em constante movimento e

²⁸ BÜLOW, Oskar Von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Tradução Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1964, p. 1-3.

²⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, e DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., p. 278.

³⁰ BÜLOW, Oskar von, op. cit., p. 3-4.

transformação, fato a que a ciência processual de então dava extrema importância, destacando, unicamente, aquele aspecto que saltava à vista da maioria: sua marcha ou andamento gradual, ou seja, o procedimento, descuidando-se de mostrar a relação processual, como a outra parte do conceito.

Muito ainda se debateu acerca das maneiras de se considerar essa relação processual. Adolf Wach – assevera Tornaghi³¹ – entendia a relação processual entre o juiz e as partes como de direito público, e das partes entre si como de direito privado, graficamente representada como triangular, enquanto Kohler afirmava que a relação ostentava natureza privada, estabelecendo-se somente entre as partes, sendo o juiz mero colaborador e não partícipe, numa perspectiva linear (autor-réu), registra Araújo³².

Tornaghi³³ ensina, ainda, que o sistema concebido por Planck e Hellwig demonstrava que as partes não estavam vinculadas uma à outra, mas ligadas ao juiz, sendo, pois, uma relação exclusivamente de direito público e angular. A idéia linear foi, de plano, descartada, visto que o interesse do juiz no processo é prestar a jurisdição, solucionando a pendenga, e sua participação o insere na relação processual, transformando-a em pública.

Com o acréscimo do conceito de direito subjetivo feito por meio do debate entre Windscheid & Muther³⁴ à teoria da relação jurídica, com importantes reflexos também para a conceituação do direito de ação, esta se aperfeiçoa, sendo conceituada como o vínculo normativo que liga sujeitos, em dois pólos – passivo e ativo –, atribuindo ao sujeito ativo o poder de exigir do sujeito passivo uma determinada conduta, e impondo a este o dever de prestá-la, conforme assevera Gonçalves³⁵.

³¹ WACH, Adolf. *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*. Lipsia, 1885, apud TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 17.

³² ARAÚJO, Sérgio Luiz de Souza. *Teoria geral do processo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 51.

³³ TORNAGHI, Hélio, op cit., p. 23.

³⁴ WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "actio"*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974.

³⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 77.

Hodiernamente, os juristas não discrepam da idéia primeva, vislumbrando, no processo, uma força que motiva e justifica a prática dos atos do procedimento, interligando os sujeitos processuais. O processo pode ser encarado pelo aspecto dos atos que lhe dão corpo e das relações entre eles e, igualmente, pelo aspecto das relações entre os sujeitos. Procedimento, seria o meio extrínseco pelo qual se instaura, se desenvolve e se conclui o processo; é a manifestação extrínseca do processo, sua realidade fenomenológica perceptível. A noção de processo é teleológica, pois se caracteriza por sua finalidade de exercício de poder, como instrumento da jurisdição para eliminar conflitos, e fazer justiça mediante a atuação concreta da lei.

A teoria da relação jurídica é encampada pela maioria dos processualistas brasileiros, inspirando o digesto e a processualística civil por obra de Liebman. Também os penalistas a adotam, pois retira o acusado da condição de mero objeto do processo e o transforma em sujeito de direitos, vinculado às determinações da lei e não à discricção do juiz. As relações entre acusado, acusador e juiz são relações jurídicas com direitos, faculdades, encargos e obrigações específicas.

Observa-se que, em uma concepção democrática, o processo não é instrumento da jurisdição, mas seu validador e disciplinador, mormente porque o direito de ação instaura o procedimento e não a jurisdição. Essa concepção peca, ainda, por não conseguir distinguir o procedimento do processo.

3.3 A escola instrumentalista do processo como relação jurídica

Notadamente, no Direito Brasileiro, a concepção da relação jurídica vem sofrendo constante evolução, através do movimento conhecido como Escola Instrumentalista do

Processo, produzida pela doutrina paulista. Em obra clássica, Dinamarco³⁶ eleva os ensinamentos da escola do processo como relação jurídica, impondo argutas observações. Concebe, o doutrinador, a jurisdição como poder do Estado e centro da teoria processual, numa perspectiva publicista, onde o processo é concebido como instrumento de exercício daquele poder, para cumprimento de seus objetivos. Advém a sua instrumentalidade, por não ser um fim em si mesmo, mas um meio para a consecução dos fins jurisdicionais.

Por estar destituído de uma maior expressão substancial dentro do sistema que integra, uma vez marcado pelo formalismo (aspecto negativo da instrumentalidade), é que o processo não merece ser colocado como fonte substancial de emanção e alvo de convergência de idéias, princípios e estruturas que integram a unidade do direito processual. Portanto, deve ser extraído dele o máximo de proveito quanto à obtenção dos resultados propostos, os escopos do sistema e a efetividade processual (aspecto positivo da instrumentalidade).

O exercício da jurisdição, por meio do processo, deve observar o devido processo legal, mediante o qual é imposta, ao juiz, uma estrutura de oportunidades e respeito a faculdades e poderes processuais, pela Constituição e pela lei. Portanto, a jurisdição não pode ser vista apenas no seu aspecto jurídico, pois sendo expressão do poder estatal, tem implicações com a estrutura política do Estado. Está inserida em um contexto de poder, e não como um poder, devendo ser descortinado o panorama sociopolítico em que inserida sua real função. Passa a ter escopos jurídicos e extrajurídicos (sociais e políticos).

Sendo assim, o principal escopo jurídico do processo seria a atuação da vontade concreta do direito, não pela composição das lides ou o estabelecimento da regra que as disciplina e soluciona, no caso concreto, mas pela efetividade à regra, no caso concreto, que lhes pré-existia.

³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001

Muitas são as críticas formuladas contra essa concepção, visto que permanece a cultura do exercício da jurisdição pelos vínculos de subordinação, comando, autoridade e ordenação, que na prática forense se degeneraram em vínculos de autoritarismo. Sendo o juiz colocado como órgão suprapartes, os sujeitos do processo, verdadeiros interessados, sofrerão os efeitos do provimento final, pois são desprezados, amesquinados, convertendo-se em súditos, pois sujeitos a atos de império emanados do juiz, conclui Araújo³⁷.

3.4 O processo como situação jurídica

Imputa-se a Goldschmidt³⁸ a formulação da teoria do processo como situação jurídica, por volta de 1925.

Utilizando um paralelo entre a guerra e o processo, Goldschmidt ensina que o vencedor da batalha desfruta de situações vantajosas pela simples conquista, tendo ou não direito anterior. O processo seria o direito numa condição dinâmica, mudando estruturalmente: o que era direito subjetivo transforma-se em meras possibilidades (de praticar atos para que o direito seja reconhecido), expectativas (de obter o reconhecimento do direito), perspectivas (de uma sentença desfavorável) e ônus (encargo de praticar certos atos, cedendo a imperativos ou impulsos do próprio interesse, para evitar a sentença desfavorável), conforme registro em Cintra *et al.*³⁹.

Significou o rompimento com a idéia de relação jurídica. Constituída, a situação jurídica passa a ser o complexo de direitos e deveres de uma pessoa, vistos concretamente na

³⁷ ARAÚJO, Sérgio Luiz de Souza, op cit., p. 124.

³⁸ GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso*. Barcelona, 1936

³⁹ CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R., op cit., p. 279.

perspectiva de determinado sujeito, esclarece Gonçalves⁴⁰. Logo, o fato ou ato jurídico produzido pela norma determinaria a situação do sujeito no processo, conferindo-lhe um complexo de direitos e deveres. A situação jurídica de filho é que daria, ao sujeito, o direito de pleitear alimentos dos ascendentes, exemplifica o mesmo autor.

Mal comparando, o processo, como situação jurídica, assemelha-se a uma luta de boxe, em que o juiz apenas afere qual dos boxeadores foi melhor na contenda, na utilização dos meios lícitos postos a seu dispor. Daí advêm as maiores críticas à teoria, visto que o direito subjetivo migrou para a atividade jurisdicional do juiz, esclarece Leal⁴¹. Também argumenta pela exceção, utilizando-se como regras as deformações do processo, sendo este um complexo de situações jurídicas, que seriam os compostos da relação jurídica. Ademais, o que é posto em dúvida, não é o processo, mas o direito subjetivo material.

Embora pouco adotada pelos doutrinadores, esclareceu tal doutrina as idéias de ônus, sujeição e relação funcional do juiz com o Estado, esclarece CINTRA *et al.*⁴².

3.5 O processo como instituição

Essa teoria não tem inspiração jurídica, mas sociológica, foi desenvolvida pelo espanhol Guasp⁴³ por volta de 1940, e tem seu relevo e citação nos manuais jurídicos, em

⁴⁰ GONÇALVES, A. P., op. cit., p. 88

⁴¹ LEAL, R. P., op cit., p. 78.

⁴² CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R., op. cit., p. 280.

⁴³ GUASP, Jaime. *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*. Madrid, 1943.

razão de sua adoção por Couture⁴⁴ que logo a abandonou, para integrar a escola do processo como relação jurídica.

No dizer de Guasp, instituição seria:

“(…) um complexo de atividades relacionadas entre si pelo vínculo de uma idéia comum objetiva, à qual surgem ligadas, seja ou não aquela a sua finalidade específica, as diversas vontades individuais dos sujeitos, dos quais procede a referida atividade.”⁴⁵

Assim, a instituição se compõe de uma idéia objetiva, fora da vontade dos sujeitos e acima dela, e do conjunto das vontades que se vinculam àquela idéia. Aplicando o conceito ao processo, a idéia objetiva comum que nele aparece é a afirmação ou a negação da pretensão, as vontades ligadas a essa idéia são as dos diversos sujeitos que figuram no processo, entre os quais, a idéia comum cria uma série de vínculos de caráter jurídico. Ao encampar tal teoria, Couture conceitua o processo como uma instituição submetida ao regime da lei, a qual regula a condição das pessoas, a situação das coisas, e o ordenamento dos atos que tendem à obtenção dos fins da jurisdição⁴⁶ considerando que da mesma forma que a família, a associação, a comuna, entram pela multiplicidade de suas relações na categoria de instituições, também é acertado incluir, no gênero, o processo.

Essa teoria concebe o processo como uma instituição histórico-cultural (e, portanto, existente na realidade sociológica), um complexo de atos, um método, um modo de ação unitário que é regulado pelo direito, para obter um fim, esclarece Leal⁴⁷. Porém, por seu fundo sociológico e sua concepção primária, ela foi afastada por Couture, com a ressalva de que o fazia, até o dia que a concepção institucional do direito projetasse suas idéias em planos mais rigorosos, explica Assis⁴⁸.

⁴⁴ COUTURE, E. J., op. cit., p. 103.

⁴⁵ GUASP, J., op. cit., p. 22. apud. COUTURE, E. J. op. cit., p. 101.

⁴⁶ COUTURE, E. J., op. cit., p. 103.

⁴⁷ LEAL, R. P., op. cit., p. 79.

⁴⁸ ASSIS, Jacy. *Couture e a teoria institucional do processo*. Uberlândia: Faculdade de Direito de Uberlândia, 1959. Apud. LEAL, R. P., op. cit., p. 79.

3.6 O processo como procedimento em contraditório

A distinção entre processo e procedimento sempre representou uma árdua tarefa para os processualistas.

Para os adeptos da escola da relação jurídica, um permanecia no campo metafísico, e outro, no campo naturalístico, o que representava, muitas vezes, conceitos antinômicos.

Coube a Fazzalari⁴⁹ a correta individuação dos conceitos, criticando o inadequado “clichê” pandetístico da relação jurídica processual, e amparando-se em estudos de administrativistas, gravar o contraditório como característica própria do processo, explica Nassif⁵⁰, representando marco evolutivo daquela ideação, como se pode constatar na obra Gonçalves⁵¹.

Concebida Fazzalari o procedimento, como uma série de atos normatizados, que levariam a um provimento final dotado de imperatividade. Em tal seqüência normativa, o ato só é validado, se baseado na norma, ou seja, se atendido seu pressuposto, que é um ato anterior válido. O provimento, ato final do procedimento, só é válido se amparado neste, pois este é o meio de sua preparação. A noção de processo começa a ser construída com a participação dos interessados na preparação do provimento, considerados estes, como aqueles em cuja esfera particular o provimento interferirá. Mas tal participação deve ser em contraditório entre as partes, com simétrica paridade. Parte, pois, da noção de procedimento como gênero, e do processo como espécie daquele, gravado pela característica do contraditório. Logo, o processo é um procedimento.

⁴⁹ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Ottava Edizione, Milano: CEDAM, 1996, p. 75-76.

⁵⁰ NASSIF, E. N. op. cit., p. 111.

⁵¹ GONÇALVES, A. P., op cit., p.102-132.

Partindo desse conceito, pode haver processo administrativo, legislativo e judicial, como também procedimentos nessas esferas. O pedido de licença de porte de arma ou o pleito de jurisdição voluntária se incluem nesta última exegese. Mas, se porventura, surgir o contraditório em um pedido de tutela, por exemplo, instalar-se-á o processo (nesta hipótese, a matéria administrativa deve estar submetida à jurisdição). Assim, o processo é um procedimento, do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a produzir efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato final não possa obliterar a atividade deles, enfatiza Fazzalari⁵².

Melhor explicitando, o procedimento equivale a uma estrutura técnica normativa, sendo construído pelas partes, em contraditório, com vistas a uma sentença – consequência e expressão jurídica racionalizada e conclusiva dos atos realizados. A preocupação atual atendida por tal teoria, que a dota de extraordinária legitimidade, é que a sociedade não quer apenas que as decisões sejam justas, mas que também haja justiça no processo. A relação jurídica processual é retirada do conceito de processo, inserindo-se o módulo processual representado pelo procedimento realizado em contraditório.

Tal argumentação vem merecendo aquiescência dos adeptos da idéia do processo como relação jurídica, que, não se afastando desta, adotam o conceito de procedimento aqui explicitado como um modo distinto de se ver a mesma realidade⁵³. Isso porque, afirma Dinamarco⁵⁴, a introdução do contraditório é uma exigência política, para a instrumentalização jurídica da relação processual.

3.7 Teoria constitucionalista do processo

⁵² FAZZALARI, E., op cit., p. 82. Apud. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Tutela jurisdicional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Editora e Livraria Del Rey, 1998, p. 143.

⁵³ cf. FERNANDES, A. S., op. cit., p. 42.

⁵⁴ DINAMARCO, C. R., op. cit., p. 314

Incontestável que a modernidade trouxe um vínculo profundo entre o direito processual e o direito constitucional, no mais das vezes em países onde os ordenamentos foram concebidos durante os regimes democráticos. Isso não quer dizer que nas constituições nascidas sob regimes autoritários não houvessem dispositivos destinados a regular matéria processual.

Em seguida, a Teoria Constitucionalista do Processo, desenvolvida por Fix-Zamundio⁵⁵, Andolina e Vignera⁵⁶ e, principalmente no Brasil, pelos trabalhos pioneiros de Baracho⁵⁷, foi responsável por afirmar que a existência de um modelo geral constitucional do processo. Destarte, o modelo que era estava fundado na legislação infraconstitucional, agora foi constitucionalizado.

Paralelamente a esse movimento, o Direito buscou desenvolver um arcabouço teórico para melhor estudar esse novo paradigma. A teoria de Habermas aquela que mais de mostra adequada, primeiramente, por ser construída tendo como base a noção de pluralismo e, depois, porque assume a tensão entre a facticidade e a validade do direito contemporâneo, já presente na própria linguagem (...) como essencial à sua constituição. Por facticidade e acompanhando Habermas, quero aqui me referir ao caráter histórico e contingente do direito moderno que o liga, indissolavelmente, ao fato de ser um sistema de ação que recorre inclusive à força para sua concretização e, assim, à política. Por validade quero aqui me referir à dimensão de justificação racional do direito moderno, que o liga indissolavelmente, à exigência de sua fundamentação, vale dizer, às questões acerca da sua legitimidade e justiça, e assim, à moral moderna⁵⁸.

⁵⁵ FIX-ZAMUNDIO, Héctor. El Pensamiento de Eduardo J. Couture y el derecho constitucional procesal. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, UNAM, n. 30, 1977.

⁵⁶ ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano: corso di lezioni*. Torino: Giappichelli, 1990.

⁵⁷ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

⁵⁸ GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e Diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p.18-19

A Teoria do Processo passa, então, por uma reconstrução, sendo o devido processo legal erigido ao status de direito fundamental⁵⁹ que apresenta as “condições de possibilidade de um consenso racional acerca da institucionalização das normas do agir”. Representam, assim, a garantia de legitimidade do Direito, pois “o poder político só pode desenvolver-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais”⁶⁰. Assim, pode-se afirmar que “somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo de normatização discursiva”⁶¹. Com isso, qualquer decisão que não encontre amparo no consenso de todos os sujeitos envolvidos, será carecedora de legitimidade, por não conter o melhor argumento (aquele capaz de convencer a minoria dissidente), muito possivelmente por não encontrar amparo entre os direitos fundamentais, mas sim entre as diretrizes políticas, que representam questões axiológico-teleológicas de bem-estar coletivo, e, portanto, não podem persistir em um debate com os princípios. Logo, os direitos fundamentais (e o devido processo legal apresenta tal qualidade) “não caem sob uma análise dos custos e vantagens”⁶².

4 A constitucionalização do Processo Civil

Tendo em mira o plano normativo traçado na Carta Constitucional de 1988, no qual se encontra abrangente pauta axiológica fundamental, cumpre viabilizar sua máxima

⁵⁹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 71) esclarece que os direitos fundamentais podem ser divididos em: 1) *direitos a iguais liberdades subjetivas*; 2) *direitos a iguais direitos de pertinência* (nacionalidade); 3) *direitos à tutela jurisdicional*; 4) *direitos à elaboração legislativa autônoma*; e 5) *direitos participatórios*. Os direitos à tutela jurisdicional representam a garantia de meios jurídico-processuais mediante os quais cada pessoa cujos direitos foram supostamente lesados possa afirmar suas pretensões, dispondo, para tanto, do direito de agir em juízo pela via do devido processo legal. .

⁶⁰ HABERMAS, Jünger. *Direito e democracia: entre a facricidade e validade*. Vol. 1. Tradução Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a, p. 171.

⁶¹ *Ibid.*, p. 145.

⁶² *Ibid.*, p. 322.

expressão buscando-se, através da adequação do Processo Civil aos novos paradigmas valorativos informadores do Estado Democrático, conferir efetividade à garantia fundamental de acesso à justiça.

No modelo estatal contemporâneo, centrado na idéia de valorização do ser humano, adquire grande relevância o direito fundamental de acesso à justiça, consectário do sistema de proteção da dignidade humana, sem cuja realização jamais seria possível pensar em tornar realidade o sonho de uma sociedade justa e solidária. Isto porque, por maior e mais cuidadosamente elaborada que seja a pauta de direitos fundamentais gravada na Constituição brasileira, pouca utilidade teria se não se conferisse posição proeminente ao direito de acesso à justiça, garantia cuja não observância acaba por esvaziar o sentido deste sistema protetivo diante da ausência de mecanismos capacitados a garantir sua realização.

É certo que normas jurídicas que estabeleçam condutas e eventuais sanções desacompanhadas de mecanismos capazes de viabilizar sua concretização, tornando efetivas as promessas de pacificação social, não são capazes de assegurar a realização do objetivo de uma vida social harmônica. Neste espaço se situa o Processo atual, entendido como um instrumento para efetivação do plano normativo, cumprindo-lhe, portanto, determinar os rumos que devem ser seguidos até que a harmonia objetivada pelo ordenamento jurídico seja efetivamente alcançada.

Questão objeto de pouquíssimo dissenso no atual momento metodológico vivenciado pelo Direito Processual Civil, e que constitui um dos pressupostos fundamentais sobre o qual se fundam as discussões acerca da efetivação do direito de acesso à justiça, é a necessidade de adequação dos procedimentos judiciais ao modelo de proteção do ser humano trazido a lume com a Constituição de 1988 e, conseqüentemente, às características mutantes da realidade social, com suas novas carências e novos litígios. Isto reafirma, por conseguinte, o elevado

relevo da luta contra os entraves encontrados nas leis e na teoria processual que, muitas vezes, inviabilizam a atuação jurisdicional, tornando imprestável a tutela concedida.

O tempo certamente é um dos principais algozes do acesso à justiça, como enfatiza José Rogério Cruz e Tucci, para quem a aceleração da marcha processual representa verdadeira condição de possibilidade para a efetiva atuação das garantias constitucionais de ação e defesa, sem o que avulta-se o risco de restarem inócuas quaisquer prescrições que visem a assegurar o pleno exercício de direitos essenciais à sobrevivência digna⁶³. Ser intolerante com a excessiva lentidão, que parece compor um dos elementos estruturantes do Processo tradicional, é atitude indispensável para o alcance de uma prestação jurisdicional adequada não só a satisfazer os interesses privados dos litigantes, mas também a finalidade maior que deve orientar o Processo atual: a pacificação social por meio da concretização das promessas inscritas nas normas de direito material.

O desenvolvimento de procedimentos especializados, voltados para a solução de conflitos que se revistam de características próprias, tem sido apontado como um eficiente meio para o alcance de melhor proteção dos direitos, reconhecendo-se a necessidade de oferecimento de mecanismos específicos para a operacionalização de variadas situações. É certo que os procedimentos por intermédio dos quais novas e variadas prestações são reivindicadas devem ser aptos a oferecer a melhor adequação entre as necessidades postas e os meios disponíveis para saná-las⁶⁴. Além disso, ao mesmo tempo, busca-se aprimorar o procedimento comum, suprimindo formalidades excessivas e inserindo mecanismos que o habilitem a viabilizar o alcance de soluções mais eficazes.

⁶³ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 129.

⁶⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Miradas sobre o Processo Civil Contemporâneo. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense. n. 331, jul./set. 1995. p. 145.

Porém, não só à excessiva demora pode ser imputada a responsabilidade pela falta de efetividade da tutela jurisdicional, constituindo o tempo apenas mais um dos fatores de preocupação para os estudiosos do Processo contemporâneo.

É imperioso romper as amarras impostas por estruturas arcaicas e excessivamente formalistas do tradicional Processo, repensar os procedimentos, procurando reformá-los de modo a permitir mais ágil e eficiente atuar da jurisdição, e rever os conceitos vigentes acerca do conteúdo da tutela jurisdicional. Afinal, se o Processo deve ser instrumento eficaz de proteção das pessoas, garantia para a concretização de direitos fundamentais, imprescindível é a admissão quanto a poder ter por objeto qualquer espécie de pretensão que mereça tutela; inafastável é a obrigação de ser estruturado de forma a não se tornar um empecilho à realização dos direitos individuais ou coletivos.

Em resposta a estes clamores, representantes de vasta gama de reivindicações cuja pormenorização seria extremamente fatigante e custosa, variadas reformas na legislação processual civil brasileira e estrangeira vêm sendo efetuadas, visando ao aprimoramento de institutos e criação de novos procedimentos.

Outrossim, é imperioso notar que, ao lado das alterações legislativas, a interpretação das regras e conceitos processuais à luz dos paradigmas constitucionais fundadores de uma nova ordem estatal, centrada na dignidade humana e voltada à realização do princípio democrático, é tarefa essencial de cuja realização não podem os juristas se furtar. O aprimoramento da prestação jurisdicional, entendida sob uma ótica participativa, onde o Processo se afigura como um canal de comunicação social e participação democrática, somente pode acontecer se não se perder de mira a posição central que a Constituição e toda a sua pauta de valores fundamentais possui na atual ordem jurídica estatal.

Mostra-se, desta feita, ser um dever de todo aquele que pensa e utiliza o Processo analisar seus conceitos e normas com os olhos lavados nas límpidas águas que brotam da

fonte basilar do ordenamento jurídico, tentando, assim, encontrar soluções para a falta de efetividade processual. Este papel preponderante assumido pela Constituição no modelo do Estado Democrático implica em conseqüências, como se nota destas últimas considerações, em todos os ramos do Direito, assim como nas próprias estruturas fundantes do Estado.

4.1 O processo civil e os novos paradigmas constitucionais

É incontestável que, com o novo constitucionalismo hoje vivenciado, ao Direito foi assimilada forte carga axiológica, assumindo papel relevantíssimo os Princípios Constitucionais, os quais incidem sobre toda a ordem jurídica, em sua compreensão e aplicação. A visão contemporânea do Direito, concebida sob o cânone democrático que estrutura o Estado atual, não mais admite seu isolamento face à sociedade, suas necessidades e valores carentes de tutela. O Direito, ao absorver valores sociais fundamentais, em torno deles se estruturando, saiu da redoma onde permanecera, intangível, por longas décadas, impregnando-se com o ideal de justiça e a certeza de que somente existe para realizar um bem maior, que é servir à proteção de todo o corpo social.

Não seria possível, porém, alcançar este almejado patamar sem que se promovesse ampla revisão das regras positivadas, afirmando-se, conseqüentemente, a insuficiência do sistema erigido sob os auspícios de um modelo liberal para regulamentar as situações juridicamente relevantes. Neste espaço que se abre para a rediscussão de dogmas, regras e conceitos à luz do norte constitucional, assume o Poder Judiciário posição de absoluta prevalência, cabendo-lhe realizar, através do exercício da jurisdição constitucional, o plano social naquele traçado. Aliás, a posição preponderante conferida a este Poder no Estado Democrático é uma das razões deste existir, sendo-lhe inerente à própria essência centralizar

na função jurisdicional uma carga maior de relevância, posto que a esta cumpre resguardar os fundamentos de tal modelo estatal, preservando e realizando as promessas constitucionais⁶⁵.

Não se pode deixar de salientar que a nova ordem de forças, característica do momento constitucional presente, não faz desaparecer ou perderem relevância as funções exercidas pelos Poderes Políticos. Assim sendo, a estes, e especialmente ao Poder Legislativo, jamais deixará de incumbir a obrigação de sanar situações que restrinjam ou inviabilizem o pleno exercício de direitos inerentes à tutela da dignidade humana.

Tendo em mira semelhante realidade, acredita-se dificilmente refutável a crença de que a evolução do Processo rumo à efetividade – buscando-se estruturá-lo como mecanismo hábil à plena realização do Direito – pode se dar por intermédio da revisão de seus conceitos e normas a partir dos referenciais extraídos dos valores, constitucionalmente amparados, voltados à proteção e realização das potencialidades humanas, oferecendo a ciência hermenêutica⁶⁶ uma via ampla e de sólido piso para a promoção dos fins sociais almejados.

Esta via, que se desenvolve paralelamente à das reformas legislativas, possibilita a permanente e rápida adequação dos procedimentos às necessidades concretas apresentadas cotidianamente, vivificando o Direito, moldando-o constantemente ao horizonte oferecido pela tábua axiológica constitucional e permitindo dar pronta resposta a novas e antigas carências que clamam por solução. Sua utilização viabiliza a supressão de vazios e incorreções na normativa infraconstitucional pela atuação inteligente e ativa dos intérpretes do Direito, empenhados “(...) em fazer com que prevaleçam os verdadeiros princípios da ordem jurídica sobre o que aparentemente poderia resultar dos textos ⁶⁷”.

⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 113.

⁶⁶ Para Lenio Streck, a atividade hermenêutica é um processo de compreensão por meio do qual se busca atribuir sentidos, a partir das pré-compreensões que o intérprete possui em razão de sua relação com o mundo factível. É, portanto, um modo-de-ser, não um procedimento, não se limitando a explicar os procedimentos utilizados anteriormente, mas buscando compreender os fenômenos que são dados a interpretar. *Ibidem*. p. 246-251. Já Friedrich Müller propugna pela compreensão de hermenêutica enquanto “(...) condições de princípio da concretização jurídica normativamente vinculada do direito.”, que cumpre sua tarefa fornecendo “(...) as modalidades de trabalho da concretização da norma e da realização do direito.” Müller, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Trad. Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 22.

⁶⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relendo Princípios e Renunciando a Dogmas. Nova Era do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 21.

A estreita submissão da atuação dos juristas aos textos legais, em cujos limites estaria contido todo o Direito, vem sendo refutada de forma cada vez mais enfática. Comentando o reacionarismo de parte da doutrina processualista italiana, após reforma constitucional leva a cabo no ano de 1999, na qual foi inserido dispositivo que afirma dever atuar a jurisdição mediante um processo regulado pela lei, Luigi Paolo Comoglio nega, com veemência, que o Processo somente possa ser justo se permanente e completamente regulado, em cada uma de suas partes, pelas normas positivas infraconstitucionais. Afirma este autor que às regras positivadas incumbe ditar as linhas gerais que orientam a atividade jurisdicional, deixando margem para a sua complementação pelo poder discricionário do julgador, diante das variadas exigências de tutela que cada controvérsia apresenta⁶⁸, discricionariedade que, ressalte-se, não é irrestrita, subordinando-se permanentemente aos limites extraídos do plano normativo constitucional. Conclui aduzindo que se deve compreender a expressão regulado pela lei:

(...) nel senso che il processo in tanto possa comunque dirsi ‘giusto e equo’, in quanto sia ‘conforme’ ai principi ed alle garanzie fondamentali su cui si basa l’ordinamento costituzionale e processuale dello Stato di diritto (e, quindi, da tali principi e da tali garanzie possa dirsi ‘regolato’)⁶⁹.

Ganha realce, desta forma, o papel dos intérpretes e aplicadores do Direito que, no exercício de seu mister, constroem, a partir da conjunção dos textos legais com os valores que orientam todo o ordenamento jurídico, os comandos normativos. Afinal, como alerta Oscar Vilhena Vieira, “A norma, por si, é um dispositivo inerte. Necessita da intervenção humana para que sirva como uma razão para agir, para a tomada de decisão por parte daquela autoridade responsável por resolver o conflito⁷⁰.” O que complementa Humberto Ávila, ao

⁶⁸ COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie Minime del “Giusto Processo” Civile negli Ordinamenti Ispano-latino Americani. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 112, out./dez. 2003. p. 173.

⁶⁹ (no sentido de que o processo possa, de qualquer modo, dizer-se justo e equo sempre que esteja conforme os princípios e garantias fundamentais sobre os quais se baseia o ordenamento constitucional e processual do Estado de direito – e, ainda, por tais princípios e garantias seja regulado.) Ibid. p. 174.

⁷⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Discricionariedade Judicial e Direitos Fundamentais*. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/oscarvilhena/vilhena_discricionalidade.html> Acesso em 05.01.2007

afirmar que não são as normas jurídicas os textos legislativos, mas os sentidos que podem ser construídos a partir de sua interpretação, consistindo no resultado da atividade hermenêutica⁷¹.

Interpretar, portanto, significa atribuir sentidos às palavras que compõem os textos legislativos, atividade que se processa a partir das pré-compreensões do intérprete e que tem em mira o horizonte constitucional, ou seja, o plano normativo traçado no momento constituinte. Este horizonte, por seu turno, não é algo abstrato, ao contrário, encontrando nítido delineamento na pauta de direitos fundamentais, o rol de valores relativos à realização da dignidade humana.

O sentido das normas é realizado pelos aplicadores do Direito os quais, na condição de entes interpretativos, inseridos em um contexto social e impregnados de pré-concepções, necessariamente influenciam no resultado deste trabalho construtivo, e não meramente reprodutivo. Como bem ressalta Lenio Streck, partindo das lições de Heidegger e Gadamer, o ser humano possui:

“(…) uma compreensão que se antecipa a qualquer tipo de explicação. Temos uma estrutura do nosso modo de ser que é a interpretação. Por isso, sempre interpretamos. O horizonte do sentido nos é dado pela compreensão que temos de algo. O ser humano é compreender. Ele só se faz pela compreensão (...) Compreender é um existencial, que é uma categoria pela qual o homem se constitui”.⁷²

E na condição de ser inserido em um universo histórico e social, o intérprete (visto como o Dasein – o ser-aí, ou ser-no-mundo) sempre sofrerá influências oriundas de seus pré-conceitos e orientadas segundo suas concepções axiológicas. Sendo, portanto, o processo hermenêutico construtivo do Direito estreitamente vinculado à pessoa do intérprete, os significados encontrados a partir da adequação das regras positivadas aos valores constitucionalmente relevantes, que amoldam o tecido jurídico e lhe conferem a

⁷¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 22-23.

⁷² STRECK, op. cit., p. 203.

imprescindível legitimidade democrática⁷³, necessariamente estarão submetidos à concepção do Direito, e de sua relevância social, inculcada na mente dos juristas⁷⁴.

A superação de uma concepção liberal acerca da figura do Estado, colocado em situação de permanente conflito com o corpo social, bem como do Direito e seus mecanismos de expressão e realização, mostra-se premente. Sem que as conseqüências desta virada paradigmática se espriem, jamais se conseguirá desenvolver uma ampla compreensão do Direito, e do Processo, que permita adequar os conceitos e textos legais que os orientam ao paradigma axiológico conformador do Estado Democrático contemporâneo, onde seja possível realizar o Processo justo e efetivo, capaz de cumprir sua função pacificadora. Afinal, como aduz Cândido Dinamarco, “Pior que uma lei velha e fiel a valores do passado é a interpretação tradicionalista e fiel aos valores do passado⁷⁵.” Nada se caminhará adiante se continuarem, o juristas, a olhar o Processo com os olhos do velho.

Assim se justifica a defesa desta via evolutiva, que poderia ser identificada com um movimento de constitucionalização do Processo (no sentido de uma compreensão de sua dogmática à luz do paradigma constitucional e não como uma decorrência da previsão, no texto da Constituição, de alguns procedimentos civis), que constitui alternativa para a concretização de várias propostas erigidas no seio dos movimentos reformadores. Fazendo coro com Barbosa Moreira, nota-se que:

A abertura de novos horizontes e a penetração de outras luzes, de que hoje nos beneficiamos, não nos hão de tornar menos sensíveis à permanente importância do trabalho

⁷³ O poder legítimo, segundo Bobbio, é aquele “(...) cujas decisões são aceitas e cumpridas na medida em que consideradas como emanadas de uma autoridade à qual se reconhece o direito de tomar decisões válidas para toda a coletividade.” Bobbio, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade*. Por uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995. p. 36-37.

⁷⁴ Importante se mostra a lembrança das palavras de Peter Häberle, para quem a tarefa interpretativa não incumbe apenas aos julgadores, mas a todos os personagens envolvidos com a operacionalização das normas jurídicas. Häberle, Peter. *Heremênutica Constitucional*. A sociedade aberta dos interpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Universalizar a Tutela Jurisdicional. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. tomo II. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 857.

que já encontramos realizado, ou iniciado. Uma coisa é a retificação de rumos; outra, o desprezo ou o esquecimento das descobertas com que nos enriqueceu o percurso vencido⁷⁶.

Ao alerta de Barbosa Moreira se soma o formulado por Cândido Dinamarco, sendo certo que desfazer dogmas ou reler conceitos sob um prisma evolutivo “(...) não significa renunciar a estes, ou repudiar as conquistas da ciência e da técnica do processo.”⁷⁷

O que se advoga, que fique claro, não é o repúdio às regras positivadas ou aos conceitos tão solidamente erigidos pela dogmática processual, mas sua compreensão a partir dos novos paradigmas valorativos que afetam a todo o Direito, posto que gravados em sua pedra fundamental, de modo que não representem empecilho à plena realização dos fins sociais a este colimados. Assim procedendo, buscando-se adequar as regras processuais aos ditames que os valores constitucionais fundamentais orquestram, pode-se conferir aos jurisdicionados a garantia de que disporão de um Processo justo, capaz de produzir decisões pautadas em critérios de equidade, e apto a efetivamente realizar o Direito.

4.2 Processo civil e jurisdição constitucional

O reconhecimento do caráter normativo dos Princípios de Direito, processo realizado concomitantemente à sua inscrição nos textos constitucionais, lhes conferiu papel preponderante na estruturação do ordenamento jurídico, benéficamente contaminado por estas bases conceituais, imprescindíveis à materialização das promessas de acesso à justiça e dignidade, a partir das quais forjam-se o Direito e o Estado contemporâneos.

⁷⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do Processo e Técnica Processual. *Temas de Direito Processual* - sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 22-23.

⁷⁷ DINAMARCO, C. R., op. cit., p. 14.

As Constituições atuais afiguram-se como os principais receptáculos e fontes de legitimidade dos Princípios de Direito, ao mesmo tempo em que, a partir destes, se estruturam. Esta nova feição por elas assumida, adquirida especialmente após a Segunda Guerra Mundial, talvez permita conceber uma diversa justificativa para a posição preponderante que assumem nos ordenamentos jurídicos, a qual não residiria tão somente em bases formais, mas especialmente em seu conteúdo valorativo, servindo como sustentáculos lógicos, fornecedores das bases axiológicas para a edificação do corpo legislativo infraconstitucional.

A “(...) íntima conexão entre a jurisdição e o instrumento processual na aplicação e proteção dos direitos e garantias asseguradas na Constituição” é uma decorrência direta da natureza instrumental assumida pelo Processo, funcionando como caminho para expressão do Direito e dos valores neste inseridos⁷⁸. A função de porta voz dos clamores gravados no texto constitucional que ao Processo contemporâneo é dada implica em que se compreenda, tal qual propugna Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, não ser suficiente buscar uma mera adequação formal das regras procedimentais às normas constitucionais, impondo-se aos juristas reconhecer no Processo um eficaz mecanismo para o exercício da função jurisdicional, com reflexo direto no seu conteúdo, naquilo que é decidido pelo órgão judicial e na maneira como o Processo é por ele conduzido. Complementa o autor:

“Tudo isto é potencializado por dois fenômenos fundamentais de nossa época: o afastamento do modelo lógico próprio do positivismo jurídico, com a adoção de lógicas mais aderentes à realidade jurídica, como a tópica-retórica, e a conseqüente intensificação dos princípios, sejam eles decorrentes de texto legal ou constitucional ou não.”⁷⁹

Tem-se, assim, que, ao mesmo tempo em que o Processo serve para materializar as promessas constitucionais, por elas deve ser impregnado, amoldando-se, tanto na sua forma

⁷⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 113, jan./fev. 2004. p. 10.

⁷⁹ Idid.

quanto em seu conteúdo, aos parâmetros estipulados na Carta Magna para o eficaz exercício da função jurisdicional. Como já oportunamente salientado, todo o sistema de proteção da dignidade humana, consagrado na vasta pauta de direitos fundamentais inscrita na Constituição, depende de medidas concretas para ser efetivado. Estas se fazem presentes e necessárias tanto em um plano de relações intersubjetivas quanto na esfera de relações entre Estado e particulares. Nesta última, resolvem-se em práticas de natureza política, por intermédio da implementação de condições para a plena realização daqueles direitos e seus consectários, e na atuação jurisdicional, a qual entra em cena toda vez que se mostre imperativo impor, através de atos de força estatal, a observância do plano normativo.

Reafirma-se, assim, o papel fundamental exercido pelo Processo, ramo do Direito no qual se encontram os caminhos que devem ser seguidos tanto por jurisdicionados quanto pelo Estado para alcançar a restauração da integridade da ordem jurídica, rompida sempre que uma de suas normas seja violada. Ante o monopólio estatal da jurisdição, outra alternativa não resta para colocar em prática o plano constitucional, sempre que este não seja voluntariamente observado por seus destinatários. Disto é possível inferir que a ausência de uma estrutura processual, tanto normativa quanto dogmática, adequada à sua eficaz realização, permitindo concretizar a promessa constitucional de valorização e dignificação do ser humano, representa uma proteção deficiente da ordem constitucional e da dignidade humana (*untermassverbot*).

Estando a Constituição no centro do ordenamento estatal e concentrando-se nela os principais valores sociais de proteção à pessoa, a ordem jurídica infraconstitucional incide em vício de inconstitucionalidade sempre que restringe a máxima expressão da carga eficaz de suas normas, nulidade que decorre da violação à regra de proteção contra omissões estatais. Analisando-se o Processo sob este prisma, é possível afirmar que sua incapacidade estrutural para oferecer respostas adequadas às pretensões que se acumulam, não permitindo que se dê efetividade à pauta axiológica constitucional voltada à proteção da dignidade humana,

explicita a inconstitucionalidade das regras que inviabilizem a eficaz tutela dos direitos dos jurisdicionados.

Lenio Streck explica que a proibição da proteção deficiente é uma das vertentes da regra da proporcionalidade, que se junta à sua face mais conhecida: a proibição de excessos cometidos pelo Estado. Assim é que “(...) a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento entre fins e meios (...)” ou, por outro lado, “(...) a inconstitucionalidade [pode] advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social (...)”⁸⁰.

Um Processo ineficaz inviabiliza o adequado resguardo dos direitos fundamentais, núcleo essencial das Constituições e do Estado Democrático, o que traz a lume a necessidade de se buscar evitar uma insuficiente proteção destes direitos, como diz Lenio Streck:

“(...) caso no qual se estará em face do que, a partir da doutrina alemã, passou-se a denominar de ‘proibição de proteção deficiente’ (*Untermassverbot*). (...) A proibição de proteção deficiente pode ser definida como um critério estrutural para a determinação dos direitos fundamentais, com cuja aplicação pode-se determinar se um ato estatal (...) viola um direito fundamental de proteção. A busca pela materialização do plano normativo constitucional é tarefa da qual não se podem desincumbir os juristas, sendo certo que é um dever de todos (e não só dos operadores do Direito) cuidar para que a Constituição não reste esvaziada de sentido em razão de sua pouca ou nenhuma aplicação. Ao se realizar o processo hermenêutico, atribuindo sentidos aos textos legais, é preciso ter em mira o horizonte por aquela fornecido, especialmente no que lhe compõe o núcleo essencial: os direitos fundamentais, que se identificam com os Princípios Gerais de Direito”.⁸¹

Este exercício hermenêutico, que busca permanentemente a construção de normas jurídicas que se conformem e permitam a expressão dos valores constitucionalmente amparados, em um permanente e rico diálogo entre o plano normativo maior e as regras abstraídas do direito infraconstitucional, caracteriza a jurisdição constitucional, a qual,

⁸⁰ Streck, Lenio Luiz. Da Proibição de Excesso (*Übermassverbot*) à Proibição de Proteção Deficiente (*Untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. (*Neo*) *Constitutionalismo*: ontem, os códigos hoje, as constituições. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 2, 2004. p. 254.

⁸¹ *Idem*.

percebe-se desta colocação, é sempre realizada. Em outras palavras, toda vez que se interpreta um texto legal deve-se fazê-lo tendo em mira o horizonte constitucional, buscando-se aplicar e conferir efetividade à tábua axiológica que lhe confere sustentação, o que não encontra ressalva na seara processual.

Tudo isto leva à certeza de que a releitura dos conceitos e regras que compõem o Processo tradicional à luz da pauta axiológica constitucionalmente consagrada viabiliza a construção de um novo Processo, constitucionalizado, capacitado a oferecer respostas aos anseios sociais e conferir efetividade aos direitos mais nobres do ser humano.

4.3 A ordem jurídica justa: o justo processo

Não basta ao Estado realizar a jurisdição com a participação popular através do processo, deve garantir uma adequada tutela jurisdicional, propiciando uma ordem jurídica justa através do acesso à justiça acessível a todos, assegurando às partes uma igualdade real e não formal, não o mero ingresso em juízo.

O acesso à justiça não só importa em um processo justo e imparcial como também garante a igualdade de oportunidades com a participação efetiva e adequada das partes no processo.

Democracia significa acima de tudo participação com garantia a igualdade de oportunidades, bem como, efetiva e adequada, como uma decorrência natural do princípio da igualdade substancial, é o pleno exercício da cidadania.

Kazuo Watanabe escreveu um estudo sobre o Acesso à Justiça e Sociedade Moderna⁸² onde concluiu dizendo que o acesso não se limita à mera provocação do Poder Judiciário e sim, “é fundamentalmente, direito de acesso à ordem jurídica justa”, considerando-se como

⁸² WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

dados elementares do direito à ordem jurídica justa: a) o direito à informação; b) adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do país; c) direito a uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; d) direito a preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; e) direito à remoção de todos os obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo à justiça com tais características.

5 O problema do acesso à Justiça

Nos dias atuais, um dos grandes problemas com que se tem deparado o jurista diz respeito ao tema do acesso à justiça. Após muitos estudos o tema mereceu uma obra específica de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, onde restou esclarecido que numa primeira onda deveria ser assegurada assistência judiciária aos pobres; numa segunda onda, propugna-se por uma adequada representação dos interesses difusos e culminam seus estudos numa

terceira onda que esses estudiosos do direito intitularam de “o enfoque do acesso à Justiça”, tendo em vista a sua abrangência, pois aí há uma diversidade de fatores a serem analisados para melhor aperfeiçoamento da solução dos conflitos.

Essa preocupação não passou despercebida de Enrique Véscovi ao proclamar:

“La moderna teoria general del proceso se plantea toda la problemática derivada de la nuevas condiciones de la sociedad, las cuales, naturalmente, tienen influencia sobre el derecho y la justicia. En nuestra época se ha planteado, quizá con mayor énfasis, el problema de la dificultad del acceso a la justicia para ciertas personas. Decimos con mayor énfasis, por cuanto ese problema es tan viejo como el de la propia sociedad, el derecho y la justicia.”

No Brasil o tema tem merecido grande destaque e preocupação constante dos estudiosos do direito. Sintetizando o pensamento de vários doutrinadores Luiz Guilherme Marinoni afirma:

“Ao visualizarmos o direito processual civil por meio de lente do acesso à justiça temos que fazer aflorar toda uma problemática inserida num contexto social e econômico. Daí a necessidade do processualista socorrer-se de outras ciências, bem como de dados estatísticos, a fazer refletir as causas de expansão da litigiosidade, bem como os modos de sua solução e acomodação. O processualista precisa certificar-se de que toda técnica processual, além de não ser ideologicamente neutra, deve estar sempre voltada a uma finalidade social. Deve convencer-se, ainda, de que não somente os órgãos judiciários tradicionais têm condições para solucionar os conflitos de interesses. E, mais, se bem que indissociavelmente ligada à noção de acesso, aquele que trabalha com o direito tem o dever de imbuir-se da mentalidade instrumentalista, já que falar em instrumentalidade do processo ou em sua efetividade significa como mostra Cândido Rangel Dinamarco, "falar dele como algo posto à disposição das pessoas com vistas à fazê-las mais felizes (ou menos infelizes), mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas. Melhor é falarmos, então, seguindo a feliz expressão cunhada por Kazuo Watanabe, em acesso à ordem jurídica justa. Acesso à justiça deve significar o "acesso a um processo justo, o acesso ao devido processo legal", a garantia de acesso "a uma Justiça imparcial; a uma Justiça igual, contraditória, dialética, cooperatória, que ponha à disposição das partes todos os instrumentos e os meios necessários que lhes possibilitem, concretamente, sustentarem suas razões, produzirem suas provas, influírem sobre a formação do convencimento do juiz". E mais: deve significar acesso à informação e à orientação jurídica, e a todos os meios alternativos de composição de conflitos. O acesso à ordem jurídica justa é, antes de tudo, uma questão de cidadania. A participação da gestão do bem comum através do processo cria "o paradigma da cidadania responsável. Responsável pela sua história, a do país, a da coletividade. Nascido de uma necessidade que trouxe à consciência da modernidade o sentido democrático do discurso, ou seja, o desejo de tomar a palavra, e ser escutado. É necessário, portanto, que também a jurisdição seja pensada

com vários escopos, possibilitando o surgir do processo como instrumento de realização do poder que tem vários fins."

Em uma abordagem ampla, o acesso à justiça tem o sentido de assistência jurídica em juízo e fora dele, com ou sem conflito específico, abrangendo inclusive serviço de informação e de orientação, e até mesmo de estudo crítico, por especialistas de várias áreas do saber humano, do ordenamento jurídico existente, buscando soluções para sua aplicação mais justa.

Quando se se depara com a expressão "acesso à justiça", pensa-se logo numa Justiça eficaz, acessível aos que dela precisam e em condições de dar resposta imediata às demandas; enfim, uma Justiça capaz de atender a uma sociedade que esta em constantes transformações.

Entretanto, o acesso à justiça não fica somente reduzido ao sinônimo de acesso ao Judiciário e suas instituições, mas sim, a uma ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano.

Assim, o acesso à justiça constitui a principal garantia dos direitos subjetivos.

Em uma abordagem ampla, o acesso à justiça tem o sentido de assistência jurídica em juízo e fora dele, com ou sem conflito específico, abrangendo inclusive serviço de informação e de orientação, e até mesmo de estudo crítico, por especialistas de várias áreas do saber humano, do ordenamento jurídico existente, buscando soluções para sua aplicação mais justa.

Quando se fala na expressão "acesso à justiça", pensa-se logo numa Justiça eficaz, acessível aos que precisam dela e em condições de dar resposta imediata às demandas; enfim, uma Justiça capaz de atender a uma sociedade que esta em constantes transformações.

Entretanto, o acesso à justiça não fica somente reduzido ao sinônimo de acesso ao Judiciário e suas instituições, mas sim, a uma ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano.

5.1 Acesso à Justiça: um direito fundamental

Reconhecido como direito fundamental, o pleno acesso ao Judiciário, em sua acepção normativa, encontra-se disposta no art. 5º, XXXV e LXXIV, da Constituição Federal de 1988: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” e “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Nossa Carta Magna de 1988 conferiu o direito de petição aos órgãos públicos em defesa dos direitos, contra a ilegalidade e abuso de poder, impedindo a exclusão da apreciação do Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça a direito, e, garantindo que ninguém será processado por autoridade incompetente.

O acesso à justiça, como um direito fundamental, recomenda uma atuação sintonizada com outros mecanismos estruturais e organizados das comunidades, numa ação direta no local dos fatos, ali procurando resolver situações que normalmente não chegariam jamais ao Judiciário, quer pela ausência dos poderes constituídos, quer pelos altos custos de um processo, em razão das despesas diversas, como papéis, documentos, e trabalhos de profissionais, quer pela demora na tramitação dos feitos, uma marca que se propaga e que já se torna, infelizmente, uma realidade constrangedora e desestimulante para buscar a justiça nos fóruns e tribunais⁸³.

No sentido inerente à natureza humana, a garantia do acesso à justiça legitimamente efetivado e positivado pela Constituição resulta um direito fundamental.

⁸³ TORRES, Jasson Ayres. O acesso à justiça e soluções alternativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005, p. 26.

Ingo Sarlet⁸⁴ salienta que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de um determinado Estado.

Os direitos fundamentais nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados.

Como todo o espírito da Constituição é eminentemente social, de justiça social, depreende-se que o acesso à justiça, a par de ser um direito do cidadão brasileiro, guinda-se à qualidade de direito fundamental constitucionalmente garantido⁸⁵.

5.2 As acepções da expressão “acesso à Justiça”

Alexandre César coloca em questão a conceituação do acesso à justiça. Dispõe o referido autor que: “dentro de uma concepção axiológica de justiça, o acesso à lei não fica reduzido ao sinônimo de acesso ao Judiciário e suas instituições, mas sim a uma ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano, não restritos ao ordenamento jurídico processual.”⁸⁶

Segundo os juristas Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁸⁷ a expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios, sob os auspícios do Estado. O sistema deve ser igualmente acessível a todos devendo produzir resultados que sejam individuais e socialmente justos.

⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6.ed. rev. Atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p.35.

⁸⁵ BEZERRA, Paulo César Santos. Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.121.

⁸⁶ CESAR, Alexandre. Acesso à justiça e cidadania. Cuiabá: Ed. UFMT, 2002, p. 49.

⁸⁷ CAPPELLETTI M.; GARTH B., op .cit., p. 8.

Concluem que sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo.

É necessário destacar, frente ao sentido vago da expressão “acesso à Justiça”, que a ele são atribuídos, pela doutrina, diferentes sentidos, sendo eles fundamentalmente dois: o primeiro, atribuindo ao significante justiça o mesmo sentido e conteúdo que o de Poder Judiciário, torna sinônimas as expressões acesso à Justiça e acesso ao Poder Judiciário; o segundo, partindo de uma visão axiológica da expressão justiça, compreende o acesso a ela como o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano, esse último, por ser mais amplo, engloba no seu significado o primeiro⁸⁸. Até bem pouco tempo, o entendimento que se empregava, restringia o significado somente ao acesso aos órgãos judiciais. Atualmente, existe uma posição unânime no fato de que o acesso à justiça não se limita a um direito à ordem jurídica, ou seja, não é o acesso à justiça a admissão do processo, ou simplesmente a possibilidade do ingresso em juízo.

Na verdade, por acesso à justiça deve-se entender como a proteção a qualquer direito, sem qualquer restrição. Não basta simplesmente a garantia formal da defesa dos direitos e o de acesso aos tribunais, mas a garantia de proteção material desses direitos, assegurando a todos os cidadãos, independente de qualquer condição social.

5.3 Acesso à Justiça e o Poder Judiciário

Segundo Jasson Torres⁸⁹, falar em acesso à justiça é viabilizar a discussão sobre uma série de fatores, englobando a estrutura da instituição do Poder Judiciário, que se quer democratizar, aberta, próxima do cidadão, e com meios legais adequados que ensejem a

⁸⁸ RODRIGUES, Horácio Wanderley. Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 28

⁸⁹ TORRES, Jasson Ayres. O acesso à justiça e soluções alternativas. p. 49.

agilização do processo. Não se oportuniza esse princípio constitucional se os órgãos estatais não estiverem presentes, orientando e informando sobre o direito de cada um, como é o caso de uma Defensoria Pública organizada e de um Judiciário atuante. A sociedade cobra uma atuação avançada e voltada para a solução dos conflitos, com uma nova mentalidade e visão de Justiça.

O acesso à justiça não se esgota no acesso ao judiciário e nem no próprio universo do direito estatal, Kazuo Watanabe⁹⁰ reflete bem essa dimensão quando afirma que a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.

Sempre que um direito não for respeitado espontaneamente, não há como fazê-lo legitimamente senão através do devido processo legal. Adotando, portanto, uma visão instrumentalista do direito processual, pode-se afirmar que todas as suas normas devem ser criadas, interpretadas e aplicadas sob o prisma da efetividade do acesso à justiça.

Em relação do acesso à justiça como um princípio, Cândido Dinamarco⁹¹ aborda que acesso à justiça é mais do que um princípio, é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja em nível constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial. Chega-se à idéia do acesso à justiça, que é o pólo metodológico mais importante do sistema processual da atualidade, mediante o exame de todos e de qualquer um dos grandes princípios.

Entretanto, o acesso ao judiciário não se faz somente através de princípios, se faz principalmente, através de um sistema organizacional, democrático e real aproximação dos conflitos sociais ao Poder Judiciário, afastando a grande desconfiança dos cidadãos frente às

⁹⁰ WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128/129.

⁹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6 ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 304.

instituições públicas, para não ser surpreendido e até substituído e pela iniciativa de uma “justiça privada.”⁹²

O acesso a uma ordem jurídica justa passa pela Reforma do Judiciário, que se vê diante de problemas estruturais e históricos que interferem diretamente nessa questão. A morosidade na prestação jurisdicional, a carência de recursos materiais e humanos, a ausência de autonomia efetiva dos poderes, a centralização geográfica das instalações, muitas vezes, dificultando o acesso da pessoa que mora na periferia, o corporativismo de membros e ausência de um controle externo por parte da sociedade, são alguns problemas, devendo portando, serem resolvidos.

Cabe ao Judiciário a difícil tarefa, indo ao encontro dos problemas, buscando solucioná-los com rapidez, principalmente, incentivando a conciliação entre as partes em litígio.

Ora, um sistema jurídico incapaz de colocar em ação, em condições satisfatórias, uma política para recepcionar as insatisfações ocorrentes na sociedade, perde a legitimidade e compromete a existência da democracia.

6 Do formalismo no processo

São raros na literatura processual estudos sobre a organização e funcionamento interno do processo. Quiçá, essa circunstância esteja intimamente ligada aos esforços despendidos pela ciência processual, num primeiro momento, voltado para tornar o processo autônomo em relação ao direito substancial. Na seqüência, o alvo da preocupação foi o

⁹² TORRES, Jasson Ayres. *O acesso à justiça e soluções alternativas*. p. 35.

estabelecimento das difíceis relações entre os dois ramos, sobrevalorizando-se, inconvenientemente, o problema da ação, debruçada, ora no direito material, ora no direito constitucional, para não se falar da energia concentrada em fazer funcionar, com a maior excelência possível, os sistemas processuais.

Destaca-se, ainda, que os vínculos constitucionais do processo e os fatores ideológicos que influenciam sua conformação e sua reformulação têm ocupado a doutrina, no afã de aproximá-lo da vida real, já que encastelado num tecnicismo pouco eficaz, do ponto de vista de sua natureza instrumental de concretização dos direitos.

Ademais, a consciência do ritmo frenético da humanidade, leva à necessidade de acelerar, tornar eficiente e efetiva a prestação jurisdicional. Para tanto, buscam-se vias alternativas, para a realização da justiça.

A forma do ato processual difere do processo como forma. A forma, em sentido amplo, exterioriza-se abrangente e indispensável, importando na totalidade formal do processo, compreendendo, especialmente, a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, objetivando alcançar sua finalidade primordial. Portanto, forma em sentido amplo, implementa a tarefa de indicar limites para o início e o fim do processo, delimitar o material a ser formado, impor limites de atuação dos atuantes dos seus respectivos pólos para atingir o seu desiderato.

O mestre Carlos Alberto Álvaro de Oliveira leciona⁹³ que o formalismo processual pressupõe a idéia do processo como organização da desordem, objetivando visualizar o procedimento. Por isso, se o processo não obedecesse a uma ordem preestabelecida, devendo cada ato ser praticado a seu tempo e lugar, infere-se, de logo, que o litígio desembocaria num cipoal desordenado, sem limites ou garantias para as partes, podendo, aí, prevalecer a arbitrariedade e a parcialidade do órgão judicial ou a chicana do adversário.

⁹³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.1-3.

Não se cuida apenas de ordenar, mas de disciplinar o poder do juiz e, nessa quadra, o formalismo processual implementa garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado. Relegar o poder ao arbítrio do juiz, em conformidade com as necessidades do caso concreto, haveria potencial desequilíbrio entre o poder judicial e o direito das partes. A isso equivaleria a insegurança do direito substancial, face a discricão do órgão judicial, no que concerne ao procedimento e ao exercício da atividade jurisdicional.

Por outro vértice, o formalismo processual constitui elemento de controle entre os eventuais excessos de uma parte em relação à outra, atuando como fator de equilíbrio entre os litigantes.

Esse rápido esboço conduz a duas asserções: (i) no plano normativo, estabelece equilíbrio na distribuição de poderes entre as partes, sob pena de tornar-se o contraditório um nada; (ii) no plano do fato, ou do desenvolvimento concreto do procedimento, reclama o exercício de poderes pelo sujeito, de modo a que sempre fique garantido o exercício dos poderes do outro. Trata-se, aqui, do justo equilíbrio, que serve às partes para atribuir, na mesma medida, poderes, faculdades e deveres.

Em rápidas pinceladas, nos estágios iniciais de qualquer civilização, a forma aparece como algo misterioso, com invólucro da força absoluta, via de regra, ligada à religião. Exemplo disto – rememore-se os sacerdotes, ao tempo das *legis actiones* –, eram os sacerdotes que compunham, a demonstrarem como a *lex* poderia ser aplicada por analogia a diferentes espécies de situações de fato. Eram grandes influentes na administração da justiça e de tudo guardavam segredo. Foram equivocadas fórmulas e resultaram na intervenção da magia na solução das contendas, e até na criação de regras de conduta. Nessa órbita, não existem meios de prova para comprovação da verdade ou falsidade de um fato; apenas interessa investigar que partes podem pleitear ante os poderes mágicos questões juridicamente correspondentes e estabelecer as formas indispensáveis para essa finalidade.

O formalismo religioso evoluiu para o formalismo primitivo até alcançar o início do formalismo exagerado. O direito das *legis actiones* é constituído pelo ordenamento procedimental dos antigos aldeões, *ius civile*, criado pelo cidadão romano para o cidadão romano. Inicialmente, formado pela praxe, seus princípios basilares foram instituídos pela Lei das XII Tábuas, acrescidas por leis posteriores. Esse acervo que tanto servia para o processo de conhecimento quanto de execução demonstra a característica típica do formalismo romano primitivo, com rigores de forma verbal e ritos simbólicos, os quais, desobedecidos, retiram a validade do ato.

No processo das *lex actiones* já se aferia a vigência de princípios processuais hoje considerados inafastáveis para a justiça do processo: publicidade, oralidade, imediatidade da recepção da prova e audição de ambas as partes. Em todo o processo romano, a iniciativa do impulso processual estava, em regra, nas mãos das partes, embora o Tribunal não carecesse de todo da faculdade de tomar certas iniciativas.

A expansão do *fides et aequam bonum* – definida por Cícero como, “verdade, lealdade, comportamento honesto no cumprimento dos pactos estabelecidos” – contribuiu para o advento da *Lex Aebutia*, facultando o processo por fórmulas também para o *cives*. As formas solenes do processo, estabelecidas na *Lex Tabularum*, desaparecem. A causa aparente está na evolução da sociedade e nas suas necessidades práticas, dado que, as rígidas formalidades com as quais o procedimento se revestia nos tempos anteriores, passaram a ser matéria ridicularizada.

Por volta de 200 a.C, o procedimento da *legis actiones* se transforma no processo formulário (com uma pluralidade de fórmulas, não adstritas à *lex*, com um rito bem mais flexível, aumentando a influência do magistrado e extinguindo o predomínio da forma, como força coercitiva, no processo.

Quanto ao juiz, gozava de absoluta liberdade de consciência e nada vinculava seu convencimento pessoal, embora coubesse às partes exercer todos os meios de prova. O ápice dessa liberdade consistia no direito que lhe era concedido de liberar-se da obrigação de julgar, jurando nada ter compreendido dos fatos da causa. Esse sistema apenas refletia o desinteresse do Estado e do direito em relação ao juízo de fato, principalmente porque o *iudex* era um cidadão comum, e não órgão estatal, que atuava mais como instrumento das partes do que como verdadeiro sujeito do processo.

O aumento da autoridade estatal faz decrescer a influência da fórmula no processo. Em seu lugar adota-se uma forma mais livre de processo: o da *cognitio*, realizada na presença do imperador ou de seus delegados. Em consequência, o processo romano assume natureza pública, inerente à função estatal de administrar justiça. Abolidas as formas do processo ordinário, os juízes não mais decidem com base no direito (*ius*) ou as normas da lei, mas em virtude do seu poder ilimitado.

A esse respeito, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira narra que se cuida, aliás, de fato recorrente na história do formalismo processual: à medida que cresce e se intensifica o poder e o arbítrio do juiz, enfraquece-se também o formalismo, correlativo elemento de contenção⁹⁴.

E exorta: só etapas posteriores de evolução, de exercício mais maduro da cidadania, de conscientização interna para o uso mais adequado do poder e da conquista de uma relativa independência do Poder Judiciário, poderão mudar essa escala entre um e outro fato, quase constante em épocas mais atrasadas.

No processo pós-clássico da *cognitio*, a situação começa a se modificar, dando lugar a um procedimento normatizado.

Com o passar do tempo, aumentam a civilização e a riqueza, desenvolvem-se os negócios e se complicam as relações sociais.

⁹⁴ OLIVEIRA, C. A. Á. de., op. cit., p. 21.

Daí a necessidade de ordenamentos jurídicos que consagrem processos mais lentos, que assegurassem a garantia dos direitos dos cidadãos.

Entram em cena os princípios para limitação do juiz na busca do direito, sendo relevantes três causas para esse novo modo de pensar o direito processual. A primeira, de caráter ideal, com base na doutrina escolástica da imperfeição do homem e da sua natureza corrupta. A segunda, com espeque na realidade, levava em conta a periclitção da honradez e da independência jurisdicional nas acirradas lutas políticas e econômicas daqueles tempos. A grande desconfiança em relação ao judiciário conduziu à criação de normas processuais muito mais rígidas do que as conhecidas nos tempos atuais. Por fim, empregava-se o argumento de corte lógico, considerado corresponder à natureza privada do litígio a correlata faculdade dispositiva das partes sobre os limites da pretensão exercida no processo e das alegações conducentes a sua realização.

Por outra banda, a imposição de forma escrita aos atos processuais, consubstanciando o chamado princípio da escritura, ao obrigar a autoridade judicial a julgar somente com base nos escritos constantes dos autos (*acta scripta*), destinava-se também a proteger as partes “contra falsam assertionem iniqui iudicis”, resguardando-as da iniquidade e falsidade do juiz desonesto.

6.1 Formalismo e poder estatal

No estágio atual de desenvolvimento da humanidade, é lícito afirmar que a soberania, embora exprima o poder em seu grau mais elevado, não pode deixar de ser suscetível à limitação e controle, pelo menos na ordem das realidades positivas e das coisas humanas. Submete-se ao direito e, o reconhecimento desses limites, com a garantia de

liberdade do indivíduo perante aquele, encerram dois princípios típicos do Estado de direito, enraizados nas Constituições modernas. O princípio da distribuição, a supor a esfera da liberdade do indivíduo e, o princípio da organização, apto da colocar em O Código de Processo Civil de 1939, como reconhece Alfredo Buzaid, ao consagrar o sistema da oralidade, da concentração e da identidade física do juiz, prática o primeiro postulado: o poder do Estado divide-se e se encerra num sistema de competências delimitadas.foi elaborado segundo princípios modernos da ciência do processo.

Esses princípios são relevantes para o formalismo processual porque importam em restrição ao exercício do poder. O primeiro encontra campo fértil nas liberdades públicas e o segundo, na divisão de poderes.

O princípio geral da distribuição informa o formalismo processual, porque organizar competências, não significa apenas dividir o poder do Estado em órgãos, mas em racionalizar o poder. Trata-se da forma mais moderna de administração, marcado pelo exercício regulado das funções, na circunstância de competências exatas e com ordenamento hierárquico de ofícios. Nessa linha, a atividade jurisdicional não pode prescindir de exata regulação da competência, o que equivale, à estrutura hierárquica de juízes e tribunais. De conseguinte, isto impõe a fixação, por lei, da regulação dos recursos, afastando-se a livre determinação das partes ou do órgão judicial a respeito do emprego da inconformidade no caso concreto.

Logo, constitui manifesta afronta aos princípios a criação jurisprudencial de requisitos recursais não previstos em lei, como vem acontecendo, e.g., no âmbito do agravo de instrumento destinado a fazer subir recurso extraordinário ou especial, com a exigência de prova da tempestividade da interposição dos recursos denegados.

Registre-se o fato de que o excesso de recursos insertos no atual sistema jurídico brasileiro, como ocorrem noutros sistemas, representam desconfiança da sociedade para com

seus juízes, constitui aspecto perverso do formalismo excessivo, frequentes em épocas de crise.

Há fatores externos do formalismo a serem considerados. Destacam-se: valor justiça, valor da paz social, valor segurança e valor efetividade.

O valor justiça está intimamente ligado à atuação concreta do direito material, assim entendido como sendo este, de caráter subjetivo, com vantagens conferidas pela ordem jurídica ao sujeito de direito.

O valor da segurança reclama respeito ao direito objetivo como um todo, concernente ao propósito político do processo. E.g., no direito brasileiro, o recurso especial, o extraordinário, a ação direta de inconstitucionalidade e a uniformização da jurisprudência.

O valor da paz social plasmada na atividade jurídica do Estado insta pacificar o conflito, com celeridade, pelo emprego de meios idôneos. A maior contribuição à economia processual será prestada pelo juiz ativo, efetivo diretor do processo, pois essa atividade, como ressaltado, contribui para dar curso ao processo, segundo a lei e suas exigências finalísticas. Todavia, a economia processual não pode dar azo à derrogação de normas processuais válidas. Neste caso, estão infirmadas as garantias das partes.

O valor da efetividade está ligado a corrente sociocultural alinhada para a realização efetiva dos direitos, perfilhada pela tutela da liberdade e dos direitos constitucionalmente relevantes, voltados para o social, destacando-se os de natureza difusa e coletiva.

6.2 O formalismo processual e suas conseqüências na realização do Direito

O excessivo e injustificado apego ao formalismo no processo judicial cível contribui para a morosidade na prestação jurisdicional e, na maioria das vezes, constitui a causa do perecimento do direito subjetivo assegurado pela norma de direito material. Isso, além de

militar contra a efetividade do processo e a própria realização do Direito, implica na persistência do conflito e o recrudescimento do descrédito em relação ao Judiciário.

O que se pretende abordar, sucintamente, é a necessidade de a aplicação das regras de direito processual estreitar-se com o princípio da instrumentalidade que as corporifica, servientes à garantia do direito material, evidenciando-se como imperiosa e urgente a necessidade de mudança de mentalidade dos operadores do sistema jurídico.

Ensina, com muita propriedade, Osvaldo Ferreira de Melo⁹⁵ que “o caráter ideológico e axiológico próprio da Política do Direito exige que uma norma, além dos requisitos para sua validade formal, se conforme com os valores da justiça e utilidade social, pois só assim poderá ostentar a sua validade material. Uma norma que não assegure esses valores não pode ser chamada jurídica e melhor será que não faça parte do sistema normativo”.

Assim, somente o interesse público superior, traduzido nos valores justiça e utilidade social, justificador, em última instância, da própria existência do Direito Processual, autoriza a sobreposição da forma em relação ao direito material e a desconsideração do direito subjetivo a ele imanente.

6.3 O processo como técnica e ética a serviço do Direito

Segundo a expressão de Calera, o direito deve retomar o seu papel de instrumento de ordenação social, respondendo às convenções morais, aos valores e aos interesses estabelecidos majoritariamente pelos integrantes da sociedade, deixando de ser uma mera

⁹⁵ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais de Política do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Fabris/CMCJ — Univali, 1998, p. 44.

imposição de força, para ser a verdadeira expressão da realização social na busca pela justiça⁹⁶.

Uma conclusão valorativa, ainda no dizer do mesmo autor, seria a seguinte: deve ser evitado um idealismo jurídico ao estilo do jusnaturalismo que propicie uma etificação radical do Direito; há que ser superado também o realismo jurídico pessimista e irracional que se resigna ante a realidade do direito como forma de poder. É necessário que se transcenda a essa concepção pós-moderna, que reduz o Direito a uma simples regra técnica de ordenação social, sem questionar os fins e os modelos sociais a que serve essa técnica⁹⁷.

Em meio a esse emaranhado de leis, e ante as concepções equivocadas pelas quais é enfocado, agiganta-se hodiernamente no seio da sociedade uma generalizada descrença no Direito, principalmente sobre a ineficiência desse instrumental legal em dar as respostas esperadas pela maioria dos destinatários de seus preceitos e princípios. Cresce a convicção de que o aumento quantitativo de normas não corresponde na mesma proporção em um progresso sensível dos níveis de justiça.

Dentre tantas razões apontadas para a ineficiência do Direito em corresponder às expectativas da sociedade, tem merecido destaque o excessivo formalismo na solução jurisdicional dos conflitos sociais e dos conflitos individuais que acabam trazendo importantes reflexos àqueles. Os órgãos jurisdicionais do Estado estão assoberbados pela quantidade e complexidade técnico-formal das normas jurídicas, mormente as processuais, dificultando a interpretação e, muitas vezes, obstando a própria solução dos casos concretos.

Os procedimentos jurídicos, em especial o processo como instrumento de busca pelo atendimento de uma pretensão respaldada pelo Direito, são extremamente formais e complicados, acarretando o retardamento da prestação jurisdicional que, muitas vezes, perde seu sentido nas malhas do tempo.

⁹⁶ CALERA, Nicolas M. López. *Derecho y teoría del derecho em el contexto de la sociedad contemporánea*. In *O Novo em Direito e Política*. José Alcebiades de Oliveira Júnior (org.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 42.

⁹⁷ *Ibidem*.

O Direito como realidade política, moral, econômica, cultural e histórica está impregnado de valores. Para a sua compreensão, pois, não basta uma análise sob a perspectiva estritamente científica. Na condução do processo, o juiz deve trabalhar com o direito como valor, pois de há muito vencida a posição kelseniana da neutralidade absoluta da norma.

A simplificação dos procedimentos, sem o enfraquecimento das garantias processuais que protegem a igualdade das partes, o seu direito de defesa e o pleno acesso à justiça, constitui-se num desafio que mantém em crescente atividade a preocupação e o poder criativo dos juristas e dos operadores do direito de uma forma geral. Afastar o Direito de seu sentido ético, para reduzi-lo à simples regra técnica, em nada vai ajudar a vencer os obstáculos que se apresentam. Ao contrário, haverá um retrocesso e um recrudescimento dos problemas já existentes.

Os defensores e aplicadores da rigidez da forma em detrimento do próprio direito material em discussão apegam-se à justificativa da preservação do interesse público, traduzido na segurança, igualdade e estabilidade das relações processuais.

Enfrentando o tema, Galeno Lacerda, já nos idos de 1983, quando o atual Código de Processo recém tinha completado dez anos de vida, em proficiente palestra aos participantes do Congresso Brasileiro de Direito Processual Civil, teve oportunidade de asseverar que “fala-se muito em interesse público na preservação do rito, do *due process of law*, como um valor absoluto e abstrato, para justificar as devastações concretas que a injustiça de um decreto de nulidade, de uma falsa preclusão, da frieza de uma presunção processual desumana, causam à parte inerte. Não. Não é isto fazer justiça. Não é para isto que existe o processo”⁹⁸.

E adverte o eminente doutrinador:

⁹⁸ LACERDA, Galeno. Conferência proferida no Congresso Brasileiro de Direito Processual Civil, Porto Alegre, em 15-7-83. *Revista da Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul*, n. 28, p. 12.

“Esquecem, os que assim pensam e agem, que os valores e os interesses no mundo do direito não pairam isolados no universo das abstrações; antes, atuam, no dinamismo e na dialética do real, em permanente conflito com outros valores e interesses. Certa, sem dúvida, a presença de interesse público na determinação do rito. Mas, acima dele, se ergue outro, também público, de maior relevância: o de que o processo sirva, como instrumento, à justiça humana e concreta, a que se reduz, na verdade, sua única e fundamental razão de ser.”

É dever, pois, do intérprete e do operador das normas do processo, antes de adotar a decisão que fulminará o direito de uma das partes e conseqüentemente frustrará a solução do conflito, analisar com acuidade se acima do interesse formal que lhe parece imperativo não se sobreleva outro interesse público mais alto que aponte para o caminho da efetiva justiça.

A interpretação calcada nos princípios maiores que norteiam o processo e o próprio Direito possibilita a hierarquização dos interesses tutelados nos textos de lei. No caso do Código de Processo Civil, o interesse público maior traduz-se na efetividade do processo, ou seja, na concretização e realização do direito material.

Demais disso, é sempre bom lembrar que hodiernamente a primazia do interesse público diante dos direitos individuais não mais vige de forma absoluta.

Hoje, no Estado contemporâneo democrático, a dignidade humana e muita dos direitos individuais garantidos constitucionalmente estão acima do interesse público, devendo ser observado o chamado princípio da proporcionalidade.

Dalmo Dalari em sua obra “O Poder dos Juízes” chama a atenção para o fato da convicção tradicional e generalizada no Brasil de que as leis não precisam ser obedecidas sempre nem devem ser aplicadas com muito rigor.

Essa premissa, sob o prisma jurídico, infundada, contrasta com algumas atitudes de exagerado legalismo. Este, praticado por muitos juízes, consiste no apego quase fanático a pormenores das formalidades legais, mesmo quando isso é evidentemente inoportuno, injusto ou acarreta graves conflitos sociais.

“Mas o que prevalece amplamente, inclusive entre as autoridades públicas, é pouco apreço à legalidade, o que se verifica também em certas atitudes dos tribunais superiores, que freqüentemente demonstram excessiva condescendência com inconstitucionalidades e ilegalidades praticadas por chefes do Executivo”⁹⁹.

Segundo o mesmo autor, outro perigo que favorece a impunidade é o dos juízes que, por um vício de sua formação jurídica, são demasiado formalistas. Geralmente fanatizados pela lógica aparente do positivismo jurídico, muitas vezes não chegam a perceber que o excessivo apego a exigências formais impede ou dificulta ao extremo a consideração dos direitos envolvidos no processo. Não se sensibilizam com as flagrantes injustiças, desde que sejam respeitadas as formalidades¹⁰⁰.

Em tom crítico, acentua Dallari que infelizmente na maioria das decisões judiciais, sobretudo dos tribunais superiores dos Estados e do País, fica evidente que existe preocupação bem maior com a legalidade do que com a justiça. “O excesso de apego à legalidade formal pretende, consciente ou inconscientemente, que as pessoas sirvam à lei, invertendo a proposição razoável e lógica, segundo a qual as leis são instrumentos da humanidade e, como tais, devem basear-se na realidade social e serem conformes a esta”¹⁰¹.

É na Política do Direito que repousa a esperança de que o processo reencontre o seu verdadeiro rumo. A discussão a respeito do conteúdo das normas processuais e principalmente a proposição de instrumentos legais identificados com a idéia do justo e do legitimamente necessário, ou seja, do socialmente útil, é que criará as possibilidades para o desencadeamento das mudanças corretivas necessárias à atividade jurisdicional como um todo.

6.4 Processo, formalismo e justiça

⁹⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juizes*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 3.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 38.

¹⁰¹ Ibidem, p. 80 a 84.

John Rawls enfatiza que a “justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é para o pensamento. Uma teoria que, embora elegante e econômica, não seja verdadeira, deverá ser revista ou rejeitada [...]”. Nessa linha sustenta que leis ou instituições, mesmo que sejam eficientes e engenhosas, se forem injustas, deverão ser revistas ou suprimidas¹⁰².

Em Santo Tomás de Aquino temos que:

“a justiça, especialmente e de preferência às outras virtudes, tem o seu objeto em si mesmo determinado, e que é chamado justo. E este certamente é o direito. Por onde, é manifesto que o direito é o objeto da justiça. [...] assim também na mente preexiste uma idéia da obra justa que a razão determina, idéia que é como que a regra da prudência. E esta, quando redigida por escrito, chama-se lei; pois, a lei, segundo Isidoro, é uma constituição escrita. Por onde, a lei, propriamente falando, não é o direito mesmo, mas, uma certa razão do direito”¹⁰³.

Quando aborda a justiça, Santo Tomás de Aquino refere ser imprescindível seja ela estudada abrangendo quatro questões que se interligam e não podem, portanto, ser dissociadas, quais sejam: a primeira, sobre o direito; a segunda, sobre a justiça em si mesma; a terceira, sobre a injustiça e a quarta sobre o julgamento.

Ao contrário das outras virtudes que aperfeiçoam o homem em relação a si próprio, num processo introspectivo, restrito ao campo dos sentimentos ou da paixão como refere Santo Tomás, a justiça o aperfeiçoa em relação aos seus semelhantes e, por consequência, em relação à sociedade da qual faz parte. E isso dá-se exatamente porque a justiça orienta a relação do homem para com o homem, ou dele para com os demais homens, e não para consigo mesmo. Quer ordene a relação singular entre um homem e outro, ou a relação geral entre os homens que fazem parte de uma sociedade, o caminho a que conduz é sempre o bem comum¹⁰⁴.

¹⁰² RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução de Valmireh Chacon, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981, p. 27.

¹⁰³ AQUINO, Santo Tomás de. *Suma Teológica*. Trad. Alexandre Corrêa, 2ª parte da 2ª parte, Questões 1-79, Porto Alegre: Sulina e UFRGS, 1980, p. 2.481

¹⁰⁴ Cfe. Santo Tomás de Aquino, *op. cit.*, p. 2.493 a 2.495.

Isso é uma verdade aceitável inclusive nos dias de hoje, aliás, mais do que nunca. Sempre que uma lei contrarie o que naturalmente é concebido como sendo o justo pela sociedade, esta lei será iníqua. Por isso, com supedâneo nos ensinamentos de Santo Tomás, não se mostra temerária a afirmação de que a justiça legal viabiliza a justiça social. Afinal, ela é, ou pelo menos deveria ser, o resultado sintomático da aplicação de todos os preceitos que o povo elegeu como sendo os norteadores da busca e preservação do bem comum. A justiça pautada em regras estabelecidas por todos e no interesse de todos e não no de poucos, inexoravelmente, resultaria na acalentada pacificação social.

Nesse norte, colhe-se de Aristóteles, na sua obra “A Política”, que a justiça é a base da sociedade, é uma virtude social, que forçosamente arrasta consigo todas as outras. E julgamento é a aplicação do que é justo”¹⁰⁵.

Já é consagrado pela nossa doutrina que as exigências formais do processo só merecem ser cumpridas à risca sob pena de invalidade dos atos, na medida em que isso seja indispensável para a consecução dos objetivos desejados, objetivos que não podem ser desconformes com a justiça.

O apego exagerado ao formalismo faz com que alguns juízes acabem por favorecer a impunidade, desviando o Direito de seu curso natural.

Acredita-se que esse seja um vício de formação jurídica, ligado à aparente lógica do positivismo. Não se percebe que esse apego às formalidades impede ou chega muitas vezes a dificultar a observância dos verdadeiros direitos em jogo no processo judicial. A forma, instrumento criado para assegurar a igualdade e a segurança das partes no processo, quando supervalorizada ou mal utilizada, acaba sendo o veículo para a chicana e para a sacralização de interesses espúrios.

¹⁰⁵ ARISTÓTELES, op. cit., p. 14 e 65.

É impressionante como o formalismo passou a ser a baliza mestra de uma parcela significativa dos operadores do Direito. Com o Código de Processo em punho, qualquer desvio à forma é tratado com apreensão e, não raras vezes, com desmedido rigor. Esquecem eles que o próprio Código de Processo Civil (diploma formal por excelência) coloca o formalismo em segundo plano quando o resultado desejado for obtido por outros meios¹⁰⁶.

Por isso, não é raro nos depararmos com verdadeiras injustiças propugnadas pelos tribunais. Isso gera na sociedade um sentimento de descrença, de repulsa e, ato contínuo, de afastamento do Judiciário.

“O Direito preocupa-se com a justiça material. O Judiciário não pode contentar-se com o aspecto formal das normas jurídicas”, na expressão do Ministro Vicente Cernicchiaro¹⁰⁷ ou, no dizer do Ministro Garcia Vieira, “o direito é muito maior do que a lei e seu objetivo deve ser sempre a realização da justiça”¹⁰⁸.

Ao não observar que o processo é meio de realização do Direito e que a interpretação das leis processuais não deve ser estritamente formal, mas, sim, antes de tudo, socialmente útil e justa, o Judiciário não estaria cumprindo a contento sua missão constitucional de pacificar e decidir conflitos.

O mestre Galeno Lacerda, na palestra antes referida, já sustentava, com ênfase, o antiformalismo processual consagrado pelo sistema estabelecido no novo diploma, alertando:

“Quando se fala em ‘forma’ no processo, acodem logo as palavras com que Montesquieu inaugura o Livro 29, de seu Espírito das Leis: ‘As formalidades da justiça são necessárias à liberdade’. Esse conceito, tão pleno de ressonância, destacado das demais palavras do texto, que lhe abrandam a grandiloquência, foi responsável por séculos de equívoco, na radicalização do rito, como um valor em si mesmo, em nome de um pretenso e abstrato interesse público, descarnado do humano e do verdadeiro objetivo do processo, que é sempre um dado concreto de vida, e jamais um esqueleto de formas sem carne”¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Cfe. Galeno Lacerda, op. cit.

¹⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência Brasileira*, Curitiba: Juruá, n. 163, p. 141

¹⁰⁸ Idem. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*. Brasília, n. 8, p. 301

¹⁰⁹ Op. cit., p. 12.

Já criticava o renomado autor que derivando dessa equivocada concepção, diga-se de passagem, reinante até os dias de hoje, subverteu-se o meio em fim. As consciências foram distorcidas a tal ponto que se acreditava fazer justiça seria impor a rigidez da forma sem olhos para os valores humanos em lide. A sacralidade do rito e a pseudo-segurança das relações processuais eram suficientes para que os operadores do direito lavassem as mãos e voltassem as costas para as injustiças decorrentes de interpretações puramente técnicas.

Essa deturpação do sentido da forma coaduna-se não com o proclamado interesse público, mas, sim, com a cultura individualista que permeia o digesto processual. Com isso, esbarra nos ideais sociais de rápida solução do litígio e contraria a justiça de mérito, acabando por representar o papel espúrio de defender o interesse da parte sem razão, ou de se prestar aos fins da chicana e da má-fé processual.

É sabido que, no desempenho de sua função jurídica, o Estado regula as relações intersubjetivas, por meio de duas ordens de atividades distintas, mas intimamente relacionadas.

Com a primeira, por intermédio do direito material (ou substancial), estabelece as normas que, segundo o pensamento dominante, devem reger as condutas do ser humano em sociedade. São elas que dizem o que é lícito e o que é ilícito, atribuindo direitos, poderes, faculdades, obrigações; são normas de caráter genérico e abstrato, ditadas, aprioristicamente, sem destinação particular a nenhuma pessoa e a nenhuma situação concreta; são verdadeiros tipos, ou modelos de conduta (desejada ou reprovada), acompanhados ordinariamente dos efeitos que seguirão à ocorrência de fatos que se adaptem às previsões¹¹⁰.

Já a segunda ordem de atividades jurídicas se desenvolve por meio da jurisdição, pela qual o Estado busca a realização prática daquelas normas em caso de conflito entre pessoas. De acordo com o modelo estabelecido no direito material, pelo processo judicial, o

¹¹⁰ Cf. CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R., op. cit., p. 38.

Estado-Juiz declarará qual o preceito pertinente ao caso concreto, desenvolvendo medidas para que o direito assim legitimado seja realmente efetivado.

A distinção fundamental entre o direito material e o direito processual é que este último cuida das relações dos sujeitos processuais, da posição de cada um deles no processo, da forma de se proceder aos atos deste, sem nada regular, no entanto, quanto ao bem da vida, que é o objeto do interesse primário das pessoas, e que está regulado pelo primeiro (direito material)¹¹¹.

Assim concebido, vencidas as discussões da teoria monista e respeitada a sua autonomia, o direito processual, sob o ponto de vista de sua função estritamente jurídica, constitui-se num instrumento a serviço do direito material, garantidor, em última análise, da autoridade do ordenamento jurídico.

Conforme lembra Dinamarco, a instrumentalidade do processo, em seu aspecto positivo é a relação que liga o sistema processual à ordem jurídico-material e ao mundo das pessoas e do Estado, com realce à necessidade de predispor-lo ao integral cumprimento de todos os seus escopos sociais, políticos e jurídicos. Falar em instrumentalidade nesse sentido positivo, pois, é alertar para a necessária efetividade do processo, ou seja, para a necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à ordem jurídica justa¹¹².

Essa perspectiva da instrumentalidade do processo combate a tradicional postura, consistente em considerá-lo como um fim em si mesmo, e que o eleva à condição de fonte geradora de direitos.

Ensinam Antônio Carlos de Araújo Cintra *et al.* que “os sucessos do processo não devem ser tais que superem ou contrariem os desígnios do direito material, do qual ele é também um instrumento (à aplicação das regras processuais não deve ser dada tanta importância, a ponto de, para sua prevalência, ser condenado um inocente ou absolvido um

¹¹¹ Ibidem, p. 40.

¹¹² DINAMARCO, C. R., op. cit., p. 267-270.

culpado; ou ao ponto de ser julgada procedente uma pretensão, no juízo cível, quando a razão estiver com o demandado)¹¹³.

Um procedimento que elege a obediência à forma o seu ápice e desconsidera o que se passa nos planos do direito material e da realidade social, por óbvio, militará contra a efetividade da prestação jurisdicional. A decisão, quando muito, porá fim ao conflito apenas no seu aspecto formal.

Substancialmente, ele persistirá, levando a parte prejudicada a se indispor contra o sistema que lhe negou o reconhecimento de um direito, muitas vezes indiscutível, mas que pereceu em nome de uma formalidade qualquer.

A crescente preponderância do direito processual sobre o direito material desencadeou no excesso de formalismo por conta da aplicação prioritária das regras processuais o que atenta contra o direito subjetivo amparado em norma substancial. As regras concernentes às relações, à posição dos sujeitos no processo e às formas processuais não devem sobrepor-se ao bem da vida, que se constitui em objeto do interesse primário dos integrantes da sociedade.

Essa prevalência das normas inerentes ao processo traz, como uma das conseqüências prejudiciais, a obstaculização da efetividade do processo, na medida em que o deixa de cumprir a contento sua função de pacificação social, via eliminação de conflitos.

O que se nota, com alguma freqüência, é a extinção do processo sem julgamento do mérito ou o não conhecimento do recurso, com a adoção de interpretação flagrantemente restritiva de direitos, como uma forma de dar vazão ao excessivo número de feitos em tramitação. Em outras palavras, o defeito de forma, mesmo quando irrelevante à solução do dissídio, serve como justificativa para “livrar-se” do processo.

¹¹³ CINTRA, A. C. A., op. cit., p. 42.

De outro lado, na recente reforma que sofreu o Código de Processo Civil, observa-se que muitas das alterações foram editadas com o nítido e confessado escopo de desafogar o Judiciário, sem uma preocupação maior com o direito subjetivo em discussão. Esse fato, muito embora possa ter contribuído (até agora não se comprovou isso) para a celeridade processual, exatamente por ter relegado o direito material a um segundo plano, contribui ainda mais para o afastamento do processo de sua missão principal de eliminar conflitos.

Parece que o legislador, ao proceder à reforma, orientou-se unicamente pelo princípio da utilidade, mas uma utilidade mais corporativa do que social. Claro que os mecanismos que agilizam a tramitação dos processos têm reflexos altamente positivos perante a sociedade. Porém, se as medidas não se pautarem também na idéia de justiça, a utilidade social será neutralizada. Interessa à sociedade um processo célere; mas, acima de tudo, um processo justo.

Os valores utilidade social e justiça não são necessariamente antinômicos; eles se completam, ou seja, o atendimento de um pode desencadear os efeitos do outro. Assim, a norma processual que mais se prestará à realização do Direito será aquela que atenda simultaneamente à justiça e à utilidade social.

Para a efetividade do processo como meio de acesso à ordem jurídica justa, mais necessária que a própria reforma legislativa, é necessária a mudança da postura mental dos operadores do sistema (juízes, advogados, promotores de justiça e doutrinadores). A mudança de mentalidade em relação ao processo e a aplicação de suas regras traduz-se numa necessidade para que ele possa aproximar-se concretamente dos legítimos objetivos que justifiquem a sua própria existência.

Em sábias palavras, afirma Osvaldo Ferreira de Melo que o processo que não leve a uma decisão capaz de assegurar os valores justiça e utilidade social no seu desiderato será

politicamente ilegítimo, em que pese sua validade formal. Essa é a posição inarredável da Política do Direito¹¹⁴.

Nela repousa a esperança de que o processo reencontre o seu verdadeiro rumo. A reflexão sobre o que deve ser e como deve ser o Direito Processual é que possibilitará, num futuro que acalentamos seja próximo, a identificação de suas normas com a idéia do justo e do legitimamente necessário, do socialmente útil. O processo será, então, um eficaz instrumento da realização do Direito.

7 Da flexibilização da vocação formalística do processo

7.1 Instrumentalidade do processo

¹¹⁴ MELO, O. F., op. cit., p. 44.

Na segunda metade do século XX, o direito processual civil enfrentou a maior revolução doutrinária, desde sua emancipação do direito material e depuração de seus conceitos fundamentais. Passou-se à determinação e valorização de seus verdadeiros e definitivos objetivos, para com estes proceder à adequação dos conceitos e princípios até então fixados e analisados estaticamente. Enfrentou-se, a partir daí, a dinâmica do processo, visto que após um século de ciência a seu respeito, pouco ou nada se alterara quanto a sua eficiência prática em favor do titular do direito subjetivo lesado ou ameaçado, ou seja, em favor daquele sujeito da lide a que, afinal, o Estado deverá prestar a tutela jurídica constitucionalmente prometida.

Conclusão a que chegaram os mais conspícuos cientistas do processo e que, aos poucos, evoluiu até a unanimidade: não basta ao direito processual a pureza conceitual de seus institutos e remédios; mais importante do que tudo isto é a obtenção de resultados. O processo contemporâneo é um processo de resultado, acima de tudo.

Porém, a unanimidade pára por aí.

A bússola adotada pela doutrina processual civil paulista (Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover, Luiz Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, entre outros) concentrou-se na idéia de efetividade, que não era nova, mas que sofreu notável valorização dentro dos novos caminhos abertos para o estudo e aperfeiçoamento da função jurisdicional.

O direito de acesso à justiça, incluído entre as garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito, sofreu a mesma transformação por que passaram as cartas magnas do século XIX para o século atual: de simples e estática declaração de princípios transformaram-se em fontes criadoras de mecanismos de realização prática dos direitos fundamentais.

Cândido Rangel Dinamarco ¹¹⁵ observa que o tema da instrumentalidade do processo não é novo; o que se tem pretendido é o estabelecimento de

“um novo método do pensamento do processualista e do profissional do foro... O que importa é colocar o processo no seu devido lugar, evitando os males do exagerado processualismo (tal é o aspecto negativo do reconhecimento do seu caráter instrumental) - e ao mesmo tempo cuidar de predispor o processo e o seu uso de modo tal que os objetivos sejam convenientemente conciliados e realizados tanto quanto possível. O processo há de ser, nesse contexto, instrumento eficaz para o acesso à ordem jurídica justa”.

A instrumentalidade, nesse contexto, caracteriza-se pela

“preocupação em extrair do processo, como instrumento, o máximo de proveito quanto à obtenção dos resultados propostos (os escopos do sistema); confunde-se com a problemática da efetividade do processo e conduz à assertiva de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda plenitude todos os seus escopos institucionais”¹¹⁶.

Recomenda, assim, que seja o processo compreendido da maneira que considera inteligente e com uma dose inevitável de fluidez, pois a inflexibilidade e a rigidez são próprias do formalismo ultrapassado e não coexistem com o moderno processo de resultados.

Já para o Prof. J.J. Calmon de Passos¹¹⁷, em razão da natureza política do processo, esse processo reclama rigorosa disciplina, em todos os seus aspectos – agentes, organização e procedimentos – sob pena de se privilegiar o arbítrio dos decisores.

“não há como se dissociar o direito obtido como produto da organização política da sociedade que o produz e do processo político mediante o qual as reduções de complexidade se efetivam nesse primeiro momento, macropolítico e macroeconômico. Nem para aí o processo de produção do direito, pois ele prossegue numa segunda etapa, aquela que, a nível micro, deve editar a norma reguladora de um conflito precisamente delimitado em termos de pessoas, de tempo, de lugar e de circunstâncias. Também aqui, como ali, antes de o produto condicionar o processo, é o processo que condiciona o produto. E também aqui não podemos dissociar o

¹¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 16.

¹¹⁶ Ibid.

¹¹⁷ PASSOS, J. J. Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002.

produto do processo de sua produção, que reclama, como antes, rigorosa disciplina, em todos os seus aspectos – agentes, organização e procedimentos - sob pena de se privilegiar o arbítrio dos decisores”.

E prossegue o eminente doutrinador baiano¹¹⁸, rechaçando, com tanta eloquência a posição dos arautos da instrumentalidade do processo, que não nos atrevemos a interromper-lhe o discurso, optando por transcrever integralmente seus precisos dizeres:

“É essa evidência que o modismo da "instrumentalidade do processo" camufla, ou conscientemente – perversidade ideológica, a ser combatida, ou por descuido epistemológico – equívoco a ser corrigido. Ele parece ignorar ou finge ignorar o conjunto de fatores que determinaram uma nova postura para o pensar e aplicar o direito em nossos dias, como sejam a crise da razão instrumental, severamente posta a nu neste século, os avanços originados pelos estudos semiológicos, a revalorização do político, a partir dos desencantos existenciais recolhidos da experiência do capitalismo tardio e da derrocada do socialismo real, a crise do Estado do Bem Estar Social e, principalmente, as revoluções que têm sua raiz no progresso técnico-científico, acelerado depois da Segunda Grande Guerra Mundial. São elas a revolução eletrônica, seguida pelas revoluções das comunicações, dos novos materiais, da biotecnológica, todas incorporando lógicas próprias que determinaram a hibridização das várias lógicas organizativas as quais, por sua vez, influenciaram a mudança radical operada na ciência organizacional, com inevitável repercussão sobre o Estado e o direito”.

Ao contrário da doutrina paulista, orgulhosa pela autoria sem número de reformas implementadas no Código de Processo Civil, nos últimos anos, Calmon de Passos denuncia que um desses frutos perversos, ou peçonhentos gerados pela “instrumentalidade” foi a quebra do equilíbrio processual que as recentes reformas ocasionaram. Hipertrofiaram o papel do juiz, precisamente o detentor de poder na relação processual, portanto o que é, potencialmente, melhor aparelhado para oprimir e desestruturar expectativas socialmente formalizadas em termos de segurança do agir humano e previsibilidade de suas conseqüências. Privilegiaram, de outra parte, o autor, justamente aquele a quem cabe o dever ético e político de comprovar o inelutável da sujeição do outro a sua pretensão. Numa total inversão de valores, tem-se como "dado" o que jamais pode ser entendido nesses termos antes

¹¹⁸ Ibid.

de comunicativa e intersubjetivamente produzido. Esses erros levaram a que as reformas, em lugar de resolverem a crise da Justiça, agravassem-na e o fizessem progressivamente, até atingir o intolerável, que determinará o indesejável – a implosão, quando se queria apenas e se necessitava apenas de reformulação.

Creemos que a solução para o confronto das posições doutrinárias apresentadas seja a adoção temperada de ambas, mormente porque o processo submetido à jurisdição, deixou de ser a única via para solução dos litígios, uma vez que o movimento de desjudicialização da solução dos conflitos caminha a todo o vapor, seja pelo caminho da arbitragem, seja pela instalação progressiva de juízos não togados de conciliação, seja pela intervenção de conciliadores nos juizados de pequenas causas.

7.2 Efetividade do processo e da tutela jurisdicional

Uma das grandes dificuldades do processualista moderno é justamente tentar sistematizar a convivência harmônica entre essas garantias fundamentais do devido processo legal com o escopo finalístico do processo, ou seja, a efetividade. Anota Marinoni:

"A busca da efetividade do processo é necessidade que advém do direito constitucional à adequada tutela jurisdicional, indissociavelmente ligado ao *due process of law*, e ínsito no princípio da inafastabilidade, que é garantido pelo princípio da separação dos poderes e que constitui princípio imanente ao próprio Estado de Direito, aparecendo como contrapartida à proibição da autotutela privada, ou dever que o Estado se impôs quando chamou a si o monopólio da jurisdição. A tutela antecipatória, portanto, nada mais é do que instrumento necessário para a realização de um direito constitucional".

7.3 O ativismo judicial

A natureza instrumental do Processo e a necessidade de constantemente atualizá-lo, de modo que sempre se mostre apto a cumprir suas funções essenciais, impõem sua adaptação às variadas circunstâncias fáticas que se lhe apresentam e às diversas situações jurídicas merecedoras de tutela. Esta adequação a diferentes e, por vezes, antagônicas hipóteses é uma afirmação de sua natureza instrumental e constitui característica fundamental para que se alcance a eficaz realização do direito de acesso à justiça.

No Direito atual não mais resta espaço para certezas ou conceitos intangíveis. A consagração, na física, da relatividade propugnada por Einstein em substituição à certeza do absoluto, de Newton, produziu reflexos também em outras ciências, especialmente as voltadas ao estudo das relações humanas. A ciência jurídica, portanto, não poderia restar indiferente a este novo paradigma, um dos pontos de apoio para a superação do pragmatismo positivista.

Esta constatação não passou despercebida de Barbosa Moreira, servindo seus comentários para ratificar o raciocínio apresentado:

“No universo processual (...) há pouco espaço para absolutos, e muito para a interação recíproca de valores que não deixam de o ser apenas porque relativos. Nem os mais altos princípios devem ser arvorados em objetos de idolatria: para usarmos expressão em voga noutros setores, todos admitem certa dose de flexibilização.”¹¹⁹

O processo de atribuição de sentido às normas jurídicas passa, necessariamente, pela sua adequação às expectativas que, legitimamente, orientam a atuação dos intérpretes, em especial os julgadores. As normas jurídicas desveladas pelo processo hermenêutico, especialmente as de natureza principiológica, dada a sua condição de preceitos que visam à realização de determinados valores, sempre devem ser a estes orientados, não se perdendo de vista, contudo, que, por vezes, tais valores podem se mostrar conflitantes com outros, cuja

¹¹⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um Processo Socialmente Efetivo. *Temas de Direito Processual* - oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 26.

preservação igualmente se faça necessária. Daí não se poder admitir que à extensão do conteúdo axiológico dos Princípios de Direito seja conferido um caráter absoluto, incontestável, não sendo possível, em sua aplicação, deixar de ter em mira o horizonte constitucional e a necessidade de se assegurar a integridade do valor basilar do Estado Democrático: a dignidade humana.

Ao realizar, dentro do Processo, uma hermenêutica preocupada em conferir efetividade à pauta de valores constitucionais que emanam do modelo de proteção à dignidade humana, estão os atores processuais conformando este ramo do Direito ao plano normativo constitucional, aferindo a validade de suas normas à luz dos novos paradigmas oferecidos. O trabalho de reelaboração conceitual e normativa do Processo, a partir dos parâmetros constitucionais que fixam o modelo humanista e solidarista próprio do Estado Democrático, representa exercício de uma jurisdição constitucional voltada a tornar realidade as promessas abstraídas do texto maior.

Semelhante atividade deve ser praticada por todos que, de alguma forma, tomam parte no Processo, fazendo-se viva e atual a idéia de Peter Häberle que afirma a existência de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição. Observar e realizar as promessas constitucionais é dever que assiste tanto aos entes públicos quanto aos particulares, em qualquer espécie de relação jurídica. No Estado Democrático, onde a Constituição figura em posição central, dela irradiando toda a restante ordem jurídica, a defesa de sua integridade é obrigação que a todos atinge, mas com muito mais ênfase à justiça constitucional. Diante da necessidade da atividade hermenêutica ser realizada à luz dos preceitos por aquela ofertados e tendo-se por certa a existência de autorização constitucional, no modelo brasileiro, para que o controle de constitucionalidade seja realizado pela via difusa, face a cada caso concreto que se apresente, impossível se torna negar o dever de todo juiz dar conta deste mister.

Assim sendo, exalta-se a função dos julgadores que, a todo momento, se vêem vinculados à verificação da constitucionalidade das normas infraconstitucionais em geral e, em especial, daquelas que possuam natureza processual, buscando, através de uma atuação inteligente e construtiva, adequá-las à (ainda) nova realidade trazida pelo projeto de Estado erigido a partir de 1988. No momento em que se encontram incumbidos do exercício da função jurisdicional, os juízes são a própria corporificação do Estado, suportando em seus ombros o enorme fardo que representa ter de lidar com o incomensurável poder àquele pertencente. Esta realidade torna premente a concepção de um sistema de freios capaz de limitar tamanha força, consistindo o Processo eficiente mecanismo de controle para a atuação estatal.

Como conseqüência deste escopo ao Processo conferido, esprou-se a crença de que somente se lograria alcançar tal intento através da estrita submissão dos atos praticados pelos juízes a amplos e firmes critérios previamente concebidos em lei (um dos desdobramentos da cláusula do devido processo legal). Adstritos a rígidos ditames, jamais conseguiriam os julgadores ultrapassar os limites impostos à sua autoridade, resguardando-se os destinatários da atuação jurisdicional contra a possibilidade de exercício arbitrário de seus poderes.

Levado a extremos tal cerceamento, inconcebível se tornou admitir que os julgadores pudessem colocar em prática os objetivos almejados pelos movimentos reformadores do Direito e do Processo, ao menos não pela via ora preconizada, a qual acabaria restando esvaziada de sentido. Aliás, superficial análise da produção dos Tribunais deixa ver claramente a resistência ainda hoje encontrada ao exercício da jurisdição constitucional em sua plenitude, resqúcio, é certo, do modelo formalista e de baixa densidade constitucional prevalente no país por tanto tempo.

A solução para este aparente paradoxo mais uma vez foi ofertada pela ciência hermenêutica que, tomando por base a necessidade de realização de Princípios logicamente

sobrepostos às barreiras legais procedimentais, logrou viabilizar a legitimação de outra idéia igualmente preconizada pelos pensadores adeptos do movimento pelo acesso à justiça: o reconhecimento, aos juízes, do dever de adotarem uma postura ativa na condução do Processo, sempre o apontando na direção indicada pelos fins que lhe são colimados.

Para Luigi Paolo Comoglio:

“La presenza di un ruolo attivo del giudice nella direzione (formale e materiale) del procedimento, sia pure entro i limiti propri di un processo istituzionalmente dispositivo, non soltanto non è incompatibile, ma è in piena consonanza con i cardini del ‘processo giusto’.”¹²⁰

Assim é que, como decorrência desta concepção, admite-se ao julgador a capacidade de “(...) fazer tudo aquilo que a tutela do direito material impõe, e nem sempre o direito material tem como fonte a lei. Ademais, ele tem de conduzir o processo a um resultado eficaz, acomodando-o às necessidades da efetividade (...)”¹²¹.

Daí porque Chaïm Perelman propugnar que a atual concepção do Direito não deixa espaço para se limitar o papel do juiz ao de uma boca pela qual fala a lei, tendo em vista que a dogmática jurídica pautada no constitucionalismo contemporâneo não admite a circunscrição do plano normativo ao espaço delimitado pelo corpo legislativo positivado. Ao lado dos textos legais, outros instrumentos capazes de guiar os intérpretes e julgadores em sua tarefa de reconstruir o Direito se fazem presentes e devem ser enfaticamente utilizados¹²².

É claro, portanto, que tanto os juízes quanto os demais participantes do Processo devem se deixar sensibilizar pelas concretas exigências sociais, jamais se quedando alheios aos elementos de evolução econômica, social, política, em sentido amplo cultural, que tanto

¹²⁰ *A presença de um papel ativo do juiz na condução – formal e material – do procedimento, seja apenas dentro dos limites próprios a um processo institucionalmente dispositivo, não só não é incompatível, mas é plenamente consoante com os fins do processo justo* (COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie Minime del “Giusto Processo”*. Civile negli Ordinamenti Ispano-latino Americani. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 112, out./dez. 2003. p. 169.

¹²¹ GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: o processo justo*. Juris Poiesis. *Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá*. Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, n. 7, 2004. p. 35

¹²² PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. Tradução Virginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 221-222.

influenciam na compreensão do sentido que às normas e à atividade jurisdicional pode ser atribuída ¹²³, opinião partilhada por João Baptista Herkenhoff:

No desempenho do papel de aplicador do direito, o juiz pode ser um ator social a reboque da estagnação ou até mesmo do retrocesso, ou pode ser uma força a serviço do progresso. Pode ser o construtor de uma hermenêutica comprometida com o avanço social, com a melhor distribuição dos bens, com a universalização do direito, ou pode ser um sustentáculo do passado, insensível às mudanças, adepto de uma dogmática jurídica que cristaliza privilégios ¹²⁴.

Afinal, nenhum sistema processual, por mais bem inspirado que seja em suas bases conceituais e textos legislativos, se revelará socialmente efetivo se não contar com participantes empenhados em fazê-lo funcionar nessa direção¹²⁵, cabendo aos juízes abraçar seu dever de proteger e realizar o plano constitucional, jamais temendo colocar em prática os mecanismos de controle de constitucionalidade que lhe são ofertados, como a interpretação conforme a constituição, a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade ou a aplicação da regra da *untermassverbot*.

A materialização desta exigência passa pela observância de alguns deveres, como, por exemplo, a promoção da material igualdade entre as partes, o que pode ser alcançado, fundamentalmente, através da equalização das oportunidades que lhes são ofertadas, no curso dos procedimentos, para defenderem seus interesses¹²⁶. Legitima-se, desta forma, uma atuação que permita suprir eventuais falhas ou incapacidades dos litigantes, viabilizando-se o correto desenvolvimento do Processo.

¹²³ Cappelletti, Mauro. Problemas de Reforma do Processo nas Sociedades Contemporâneas. *Revista Forense*. Tradução J. C. Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense. n. 318, abr./jun. 1992. p. 125.

¹²⁴ Herkenhoff, João Baptista. *O Direito Processual e o Resgate do Humanismo*. Rio de Janeiro: Thex, 1997. p. 22.

¹²⁵ Moreira, José Carlos Barbosa. Por um Processo Socialmente Efetivo. *Temas de Direito Processual* - oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 26.

¹²⁶ “Aos olhos de expressiva corrente doutrinária, o que hoje importa é tornar operativo o princípio [da igualdade] no plano substancial, de tal modo que se assegure às partes, independentemente de desníveis culturais, sociais, econômicos, verdadeira igualdade de oportunidades no processo. Tal aspiração põe em foco, por outro ângulo, o problema da atribuição de papel mais ‘ativo’ ao órgão judicial, convocado a suprir, em certa medida, as falhas da atuação dos litigantes.” Moreira, José Carlos Barbosa. *Tendências Contemporâneas do Direito Processual Civil*. *Temas de Direito Processual* - terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 8.

É certo que “Algunos miran con reserva semejante evolución; temen que ella ponga en jaque la imparcialidad del juez.¹²⁷” Busca-se amenizar este risco propagando-se os mecanismos de controle da sua atuação, capazes de assegurar, ao menos minimamente, que a iniciativa do representante estatal não influenciará decisivamente no resultado do Processo. Almeja-se, desta forma, conciliar participação com imparcialidade, afastando a imagem do julgador indiferente e desinteressado na solução da causa¹²⁸ e não se olvidando dos riscos que a omissão do julgador pode trazer para a boa prestação jurisdicional.

Semelhantes razões justificam que se imponha aos julgadores, tal qual defende Luigi Paolo Comoglio:

“ (...) l’esigenza strumentale di commisurare l’esercizio di qualsiasi facoltà discrezionale al principio di legalità ed agli altri principi fondamentali del processo, sì da porre sempre gli utenti del servizio giudiziario nella migliore condizione di percepirla la ‘necessità’ ed apprezzarne la concreta ‘accettabilità’.¹²⁹”

Enfim, é importante notar que as regras atualmente existentes, tanto no Direito Processual nacional quanto no alienígena¹³⁰, que reconhecem aos juízes o dever de assumir uma postura ativa na condução dos procedimentos, vêm na esteira das inovações concebidas através de mecanismos interpretativos, que buscam materializar Princípios como o do acesso à justiça ou o da efetividade do processo, direitos fundamentais decorrentes do valor dignidade humana, permitindo a eficaz expressão de seus conteúdos axiológicos e a realização do processo justo.

¹²⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Dimensiones Sociales del Proceso Civil. Temas de Derecho Processual* - quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 33.

¹²⁸ Frise-se que o interesse do juiz não deve ser na prevalência da opinião de determinado litigante, mas na realização dos fins do Processo e da jurisdição estatal, os quais, não é demasiado lembrar, não estão à disposição do interesse privado dos contendores, mas de toda a sociedade.

¹²⁹ (a exigência instrumental de subsumir o exercício de qualquer faculdade discricionária ao princípio da legalidade e aos princípios fundamentais do processo, de forma a colocar os usuários do serviço judiciário na melhor condição para perceber a necessidade e gozar da efetiva aceitabilidade.) Comoglio, op. cit., p. 171-172.

¹³⁰ Exemplificam o afirmado as normas contidas nos parágrafos 5º e 6º, do artigo 461, do Código de Processo Civil brasileiro. No direito estrangeiro, Barbosa Moreira dá notícia de regras inscritas no *ZPO* alemão, em seus parágrafos 139 e 278, n.º 3. Moreira. *Tendências Contemporâneas do Direito Processual Civil*. op. cit., p. 9.

8 A universalidade da crise do direito processual: considerações gerais

As últimas décadas do século XX vieram demonstrar que o risco antes temido tornou-se apreensiva realidade. Após a implantação da Democracia ampla com a valorização do direito cívico de todos serem ouvidos em juízo, o volume dos processos, em todos os

segmentos da jurisdição, tornou-se explosivo. Seu crescimento é incessante. Reconhece-se estar ocorrendo, em toda parte, uma verdadeira euforia no ânimo de demandar.

Essa vigorosa emancipação da cidadania tem gerado a tendência geral de cada vez mais se usar as vias processuais para a solução dos litígios, notando-se uma disposição de amplas camadas da população a não mais se resignar diante da injustiça e a exigir sempre a proteção dos tribunais. Fala-se, mesmo, numa síndrome de litigiosidade, para a qual concorre, também, a redução na sociedade contemporânea, da “capacidade para dialogar”. Nem se pode ignorar a pesada carga que, nesse incremento das tarefas judiciais, exerce o próprio Estado por meio de seu volumosos atrito com os cidadãos.

Ao findar o século XX, nem mesmo as nações mais ricas e civilizadas da Europa se mostram contentes com a qualidade da prestação jurisdicional de seu aparelhamento judiciário. A crítica, em todos os quadrantes, é a mesma: a lentidão da resposta da justiça, que quase sempre a torna inadequada para realizar a composição justa da controvérsia. Mesmo saindo vitoriosa no pleito judicial, a parte se sente, em grande número de vezes, injustiçada, porque justiça tardia não é justiça e, sim, denegação de justiça.

O prof. Humberto Theodoro Júnior¹³¹ narra que a Itália, que como o Brasil, passou e vem passando nos últimos anos por uma sucessão de reformas de seu Código de Processo Civil, Tarzia, relator do último projeto, adverte que as simples alterações legislativas, por si só jamais terão força para combater a crônica ineficiência dos serviços judiciários, cujas raízes são mais profundas e ultrapassam, amplamente, o mero esquema procedimental. Qualquer reforma da lei processual, segundo o jurista italiano, será impotente para desatramancar a prestação jurisdicional,

¹³¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e Efetividade na Prestação Jurisdicional. – Insuficiência de Reforma das Leis Processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 125, p.61-78, julho 2005.

“se non accompagnata da profonde riforme di struttura, che attengono all’ordinamento giudiziario, all’organico dei giudici, al personale ausiliario, agli strumenti materiali che costituiscono l’indispensabile supporto per l’esercizio della giurisdizione”.

Na França, Roger Perrot faz interessantes observações sobre a reforma operada no século expirante nos procedimentos do CPC, dentre os quais destaca como as mais importantes inovações a antecipação de tutela (*référé-provision*) e o procedimento monitório (*injonction de payer*).

Registra, no entanto, que continua a existir um descompasso entre a demanda e a oferta dos serviços judiciários, frustrando a garantia constitucional de acesso à justiça.

Observa, ainda, o Prof. Perrot que, em nossos tempos, a angústia da sociedade diante da demora da prestação jurisdicional tornou-se mais intensa, não só pelo estímulo constitucional de acesso à justiça (direito cívico valorizado pelas constituições de todo o mundo civilizado), mas também e principalmente sobre a nova qualidade dos litígios. Hoje as demandas não se restringem, como outrora, ao direito de propriedade e de sucessão (questões que naturalmente exigiam ou toleravam processos lentos e complexos). O que hoje predomina no foro são as questões de massa e de interesses imediatos da pessoa, como as derivadas do direito de família, de locação, de indenização e pensionamentos por ato ilícito, as provocadas pelas relações de consumo, cuja solução não pode demorar, obviamente.

Muito embora disponha de uma das mais bem aparelhadas e eficientes justiças da Europa, a Alemanha também não está satisfeita com a prestação jurisdicional. Reclama a sociedade tedesca da sobrecarga de processos em seus tribunais e o seu volume não pára de crescer.

Tanto entre os franceses como entre os alemães há um consenso de que não se deve admitir a solução do agigantar do volume dos processos por meio de “uma expansão indefinida do número de juízes”. Os custos dessa perpétua ampliação dos órgãos judiciários são insuportáveis mesmo para os países mais ricos.

Entre nós, também, vozes abalizadas reconhecem que não será pela via do simples crescimento numérico dos juízes que se terá de enfrentar o problema social da impotência da Justiça para dar vazão satisfatória à gigantesca e sempre crescente demanda pela prestação jurisdicional. Moniz Aragão é um daqueles que não vêem no aumento do número de juízes a “solução para o crescimento do volume de litígios”. Seu posicionamento encontra respaldo nas idéias, entre outros, de Gerhard Walter.

É, portanto, preciso conscientizar-se de que o aprimoramento da prestação jurisdicional não acontecerá somente em virtude de modificações procedimentais, nem tampouco do simples crescimento numérico dos juízes disponíveis. A solução para o mal da demora dos processos, seja aqui, seja na Europa, terá de ser procurada por outras formas.

Conclusões

Conquanto o formalismo processual seja o vilão da vez, sentenciado de morte pela esmagadora maioria dos operadores do Direito, insta relembrar a advertência contida nas conclusões a que chegou a maior autoridade da doutrina brasileira na matéria – o Prof. Carlos

Alberto Álvaro de Oliveira¹³², no que tange à inadequação de soluções extremas, que pendam radicalmente para a informalização do processo.

Conclui-se que garantismo e eficiência devem ser postos em relação de adequada proporcionalidade, por meio de uma delicada escolha dos fins a atingir e de uma atenta valoração dos interesses a tutelar. E o que interessa realmente é que nessa difícil obra de ponderação sejam os problemas da justiça solucionados num plano diverso e mais alto do que o puramente formal dos procedimentos e transferidos ao plano concernente ao interesse humano, objeto dos procedimentos: um processo assim na medida do homem, posto realmente ao serviço daqueles que pedem justiça.

Em suma, com a ponderação desses dois valores fundamentais – efetividade e segurança jurídica – visa-se idealmente a alcançar um processo tendencialmente justo.

Observe-se, finalmente, à vista do caráter essencialmente principiológico dos direitos fundamentais, que só se pode determinar o que se entende por processo justo levando-se em conta as circunstâncias peculiares do caso.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

¹³² *Do Formalismo no Processo Civil*. 2. ed. rev. e acrescida de apêndice. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica: a Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

AQUINO, Santo Tomás de. *Suma Teológica*. Tradução Alexandre Corrêa. 2ª parte da 2ª parte, Questões 1-79, Porto Alegre: Sulina e UFRGS, 1980, p. 2.481.

ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução Nestor Silveira Chaves. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, 1987, p. 14 e 65.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. *As tendências do Direito Público no limiar de um novo milênio*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade*. Por uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência Brasileira*. Curitiba: Juruá, n. 163, p. 141.

CALAMANDREI, Piero. Instituições de Direito Processual Civil. In: *Estudos de Direito Civil*. Trad. Douglas Dias Ferreira, vol. 1, 2. ed., Campinas: Bookseller Editora, 2003.

CALERA, Nicolas M. López. Derecho y teoría del derecho em el contexto de la sociedad contemporánea. In: OLIVEIRA JR., José Alcebiades (org.) *O Novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 42.

CAPPELETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

_____. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

_____. *O processo civil no Direito Comparado.* Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica – Ed. Líder, 2001.

_____. Problemas de Reforma do Processo nas Sociedades Contemporâneas. Tradução J. C. Barbosa Moreira. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 318, abr./jun. 1992.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Revista de Direito Comparado.* Belo Horizonte: Curso de Pós-Graduação em Direito da UFMG e Mandamentos. v. 3. mai. 1999.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido Processo Legislativo.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

_____. *Direito Constitucional.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

_____. *Direito Processual Constitucional.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo.* 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 38.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie Minime del “Giusto Processo” Civile negli Ordinamenti Ispano-latino Americani. *Revista de Processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 112, out./dez. 2003.

CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes.* São Paulo: Saraiva, 1996, p. 3.

DIDIER JR., Fredie. Notas sobre a garantia constitucional do acesso à Justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário. *Revista de Processo*. n. 108, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 1, 4. ed. rev., atual. com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

_____. Universalizar a Tutela Jurisdicional. In: *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. Tomo II. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Relendo Princípios e Renunciando a Dogmas. In: *Nova Era do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 267-270.

DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Uma Questão de Princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e Diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: o processo justo. *Juris Poiesis. Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá*. Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, n. 7, 2004.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos interpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jünger. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol. 1. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a.

_____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol. 2. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b.

_____. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Tradução Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HERKENHOFF, João Baptista. *O Direito Processual e o Resgate do Humanismo*. Rio de Janeiro: Thex, 1997.

IEHRING, Rudolf von. *A luta pelo Direito*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4ª ed. ver. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cristina. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. Tradução João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.

LACERDA, Galeno. Conferência proferida no Congresso Brasileiro de Direito Processual Civil, Porto Alegre, em 15-7-83. *Revista da Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, 1983, n. 28, p. 12.

LALANDE, André. *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Rosemiro Perreira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001a.

_____. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. *Curso de História do Direito*. São Paulo: Editora Método, 2006.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Brasília: UnB, 1980.

MALFFETTONE, Sebastiano; VECA, Salvatore (org.). *A idéia de justiça de Platão e Rawls*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais de Política do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Fabris/CMCJ/ Univali, 1998, p. 44.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade – estudos de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

MESQUITA, Gil Ferreira de. *Princípios do contraditório e da ampla defesa no processo civil brasileiro*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Miradas sobre o Processo Civil Contemporâneo. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, n. 331, jul./set. 1995.

_____. Tendências Contemporâneas do Direito Processual Civil. In: *Temas de Direito Processual* – terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Dimensiones Sociales del Proceso Civil. In: *Temas de Direito Processual* – quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Efetividade do Processo e Técnica Processual. In: *Temas de Direito Processual* – sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Por um Processo Socialmente Efetivo. In: AUTOR *Temas de Direito Processual* – oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Tradução Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. In: *Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Túlio Liebman*, vol. 21, 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora RT, 1995.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual da Monografia Jurídica*. Como se faz: uma monografia, uma dissertação, uma tese. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Do Formalismo Processo Civil*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

_____. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 113, jan./fev. 2004.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. Tradução Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

RAWS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução Valmireh Chacon. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, p. 27.

RAWLS, Jonh; HERMAN, Bárbara (org). *História da Filosofia Moral*. Tradução Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005.

SEVERINO, Antonio Joaquim. *Metodologia do Trabalho Científico*, 21. ed. rev. e ampl. São Paulo: Cortez Editora, 2000.

SATTA, Salvatore. *Direito Processual Civil*, vol. 1. Tradução e notas Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. rev. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Da Proibição de Excesso (*Übermassverbot*) à Proibição de Proteção Deficiente (*Untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. (*Neo*) *Constitucionalismo*: ontem, os códigos hoje, as constituições. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 2, 2004.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TUCCI, José Rogério Cruz; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História de Processo Civil Romano*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Discricionariedade Judicial e Direitos Fundamentais*. Disponível em:

<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/oscarvilhena/vilhena_discrecionalidade.html>

Acesso em: 07 jan. 2004.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ANEXO A

Caos na Justiça

Algumas reflexões sobre a questão judiciária no Brasil

por José Celso de Mello Filho

Sumário: **Reformulação** do sistema de administração da Justiça. **Vetores** condicionantes. **Da crise** de funcionalidade **à perda** de legitimidade. Algumas **soluções** possíveis. O acesso ao Poder Judiciário: **expressão** de uma necessidade do Estado democrático de Direito.

Defensoria Pública e exclusão jurídica. **Súmula vinculante: hermenêutica de submissão?** A necessidade de fiscalização externa do Poder Judiciário **como pressuposto** de legitimação material de sua atividade administrativa. **Adequação** da ordem constitucional brasileira à experiência resultante da prática comunitária. **Consagração constitucional** de instrumentos de proteção dos direitos básicos da pessoa humana. **Implementação** de mecanismos fundados em declarações internacionais de direitos. A **centralidade** do papel do magistrado **na concretização** das liberdades públicas **garantidas** pela Constituição e **asseguradas** por convenções internacionais. **Outras sugestões e propostas.**

1. Os dados estatísticos acentuam, **de maneira dramática**, o crescente **congestionamento** do aparelho judiciário em nosso País, **revelando** situação particular que, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, **tem afetado** sensivelmente, o **regular** desenvolvimento dos trabalhos de nossa Corte Suprema.

Desde a promulgação da Constituição de 1988, o **aumento progressivo** de causas julgadas e em curso **no Supremo Tribunal Federal** tem constituído impressionante dado revelador do **excesso de litigiosidade** que se instaurou perante a Corte, **a traduzir** a existência de uma **anômala** situação responsável pela **crise de funcionalidade** que vem afetando, de maneira drástica, a normalidade dos trabalhos desenvolvidos pelo Tribunal, **hoje assoberbado** por um volumoso índice de processos e de recursos. A **gravidade** dessa situação de crise **constitui** um dos tópicos de reflexão concernentes à presente agenda política nacional, em cujo contexto se busca introduzir, no Poder Judiciário brasileiro, profunda reformulação institucional **fundada** em amplo debate com os operadores do Direito e com o conjunto da sociedade civil.

A **reforma judiciária**, na realidade, traduz **justa reivindicação** dos próprios cidadãos brasileiros, **pois** a questão do Poder Judiciário - **mais** do que um simples problema de ordem técnica ou de caráter burocrático - **representa**, no plano político--institucional, um fator decisivo para o **pleno** exercício da cidadania em nosso País.

O **quadro** abaixo reproduzido, **elaborado** com elementos informativos constantes do Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário, **mantido** pelo Supremo Tribunal Federal, **demonstra**, objetivamente, **a partir** da Constituição da República de 1988, a situação de congestionamento que, **neste momento**, **atinge** a Suprema Corte brasileira:

Ano	Processos recebidos	Julgamentos proferidos
1989	14.721	17.432
1990	18.564	16.449
1991	18.438	14.366
1992	24.447	18.236
1993	24.377	21.737
1994	24.295	28.221
1995	27.743	34.125
1996	28.134	30.829
1997	36.490	39.944
1998	52.636	51.307
1999	68.369	105.307

2000	56.307	86.138
2001	110.771	109.743
2002	160.453	117.484
2003	87.186	15.211
2004*	158.785	13.851

(* até 07.03.2004)

A **extrema gravidade** dessa situação, que está a **comprometer** - e, até mesmo, a inviabilizar - a atuação do Supremo Tribunal Federal, provocada pelo **volume excessivo** de recursos e de processos, **evidencia-se**, de maneira bastante expressiva, por um **dado de comparação** com o funcionamento da Suprema Corte norte-americana.

É **completamente** diversa a situação que se registra na Suprema Corte dos Estados Unidos da América, pois esta tem recebido, **por ano**, não mais do que 8.000 (oito mil) processos, **julgando**, no entanto, anualmente, **apenas 2%** (dois por cento) desse total. **Isso se tornou possível**, num país que, hoje, possui cerca de duzentos e oitenta milhões de habitantes, graças ao instrumento processual do “*writ of certiorari*”, que permite àquele alto Tribunal estabelecer um **sistema de filtragem dos recursos**, selecionando aqueles que versem temas revestidos de **transcendência** ou de **relevância** jurídica, política, econômica ou social, **à semelhança do que já ocorre na República Argentina**, cujo Código de Processo Civil (**art. 280**) - com a alteração introduzida pela Lei Federal nº 23.774/90 - outorga, à Corte Suprema dessa vizinha república, o poder para “*rechazar el recurso extraordinario*”, *sempre com fundamento em um juízo eminentemente discricionário*, “*cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de transcendencia*”.

A discussão sobre a **reforma judiciária brasileira** vem propiciando o surgimento de diversas propostas que visam a superar a crise de funcionalidade em que hoje se debate, como órgão do Estado e como instituição da República, o Poder Judiciário nacional. Todos concordam: **a reforma é necessária e é irreversível**. Impõe-se, por isso mesmo, o **aperfeiçoamento** do sistema de administração da Justiça.

Sob tal aspecto, cabe enfatizar que a **instituição** de um novo sistema de administração da Justiça, em nosso País, **para legitimar-se** em face dos cidadãos, **deve revelar-se** politicamente **independente**, tecnicamente **eficiente**, processualmente **célere**, socialmente **eficaz** e eticamente **irrepreensível**.

Isso significa, portanto, **na perspectiva** do processo de reconstrução institucional do Poder Judiciário, que essa reformulação **deve apoiar-se** em cinco pilares fundamentais: **(a)** independência política dos juízes, **(b)** eficiência técnica de suas decisões, **(c)** celeridade processual, **(d)** eficácia social dos julgamentos e **(e)** probidade dos integrantes da magistratura.

Na realidade, a reconstrução institucional do Poder Judiciário **exige** a formulação de uma **agenda** que permita conferir, à reforma judiciária, **um sentido de efetividade**, para nela incluir a discussão de temas básicos, como **(a)** a necessidade de aperfeiçoar o processo de formação acadêmica nos cursos de Direito; **(b)** o aperfeiçoamento do sistema de administração dos Tribunais; **(c)** a organização e consolidação das escolas judiciais; **(d)** a institucionalização de sistemas alternativos de resolução de controvérsias e **(e)** a viabilização do direito de pleno acesso ao aparelho judiciário do Estado.

2. O **acesso** à Justiça, nesse contexto, deve representar um claro movimento em favor da universalização da jurisdição, **em ordem** a permitir que **todos**, sem quaisquer restrições - **notadamente** aquelas limitações que emergem da reduzida capacidade financeira das pessoas - **possam** ingressar em juízo, **para que o Estado**, em resolvendo de maneira efetiva e adequada os conflitos de interesses, **viabilize** o integral exercício dos direitos por parte daqueles que os titularizam.

Convém insistir na asserção de que o Poder Judiciário constitui o instrumento concretizador das liberdades civis e das franquias constitucionais. **Essa alta missão**, que foi confiada aos juízes e Tribunais pelo Povo, **qualifica-se** como uma das mais expressivas funções políticas do Poder Judiciário.

É que **de nada** valerão os direitos e **de nada** significarão as liberdades, **se** os fundamentos em que eles se apóiam - além de desrespeitados pelo Poder Público - também **deixarem** de contar com o suporte e o apoio da ação conseqüente e responsável do Poder Judiciário.

Daí a **necessidade** de enfatizar, a cada momento, que o Poder Judiciário **tem** um compromisso histórico e moral com a luta pelas liberdades e, **também**, com a preservação dos valores fundamentais que protegem a essencial dignidade da pessoa humana.

Sem que se reconheça a toda e qualquer pessoa o direito que ela tem de possuir e de titularizar **outros** direitos, **frustrar-se-á** - como conquista verdadeiramente inútil - o acesso ao regime das liberdades públicas.

É **preciso construir a cidadania** em bases consistentes, **a partir** do reconhecimento de que **assiste**, a toda e qualquer pessoa, uma prerrogativa fundamental que se qualifica como fator de viabilização dos **demais** direitos e liberdades. Torna-se imperioso reconhecer que toda pessoa **tem direito a ter direitos**.

O fato grave e dramático que atinge os socialmente excluídos - e que se tornam, **também eles**, por efeito causal, vítimas **injustas** dessa **perversa exclusão de ordem jurídica** - reside na **circunstância de que a condição de despossuídos acaba gerando a perda de um essencial elemento de conexão que lhes garanta uma exata e bem definida posição em nosso sistema político e normativo**.

Com os socialmente excluídos está em causa, portanto, o próprio reconhecimento - tão essencial à preservação da dignidade individual - de que à pessoa humana assiste o **direito a ter direitos**.

A exclusão de ordem jurídica - que representa um sub--produto perverso derivado da exclusão social -, gerada e impulsionada pela **injusta condição social** que tão gravemente afeta os que nada têm, acaba por frustrar a possibilidade de defesa jurisdicional das prerrogativas jurídicas que competem, de maneira indisponível, a cada ser humano.

No processo de construção da igualdade e de consolidação da cidadania, **revela-se essencial** organizar um modelo institucional que viabilize o efetivo acesso de todos - **notadamente das pessoas despossuídas** - ao sistema de administração de justiça, para que o reconhecimento constitucional dos direitos e das liberdades não se transforme em um **inútil** exercício de **justas** expectativas **fraudadas** pela omissão inconstitucional do Poder Público.

A proteção jurisdicional, ao materializar o acesso ao sistema normativo, permite tornar **efetivos e reais** os direitos abstratamente proclamados pela ordem positiva.

A **frustração** do acesso ao aparelho judiciário do Estado, motivada pelo **injusto** inadimplemento **do dever governamental** de conferir **expressão concreta** à norma constitucional **que assegura** aos necessitados integral assistência de ordem jurídica (CF, art. 5º, LXXIV), culmina por gerar situação socialmente **intolerável** e juridicamente **inaceitável**.

Dentro dessa perspectiva, **torna-se imperioso** cumprir a Constituição (**art. 134**) e, em conseqüência, **fortalecer** e consolidar a **Defensoria Pública** como expressão orgânica e instrumento constitucional de realização do postulado segundo o qual a Justiça deve ser **efetivamente** acessível a todos, **inclusive** aos que sofrem o injusto estigma da exclusão social.

Na realidade, mais do que o simples acesso ao processo, **impõe-se** identificar, **na perspectiva** mais abrangente do acesso à Justiça, **o reconhecimento da necessidade** de formular e de implementar um decisivo programa de reforma **que vise à remoção** dos obstáculos jurídicos, sociais, econômicos e culturais que **injustamente** frustram ou inibem a utilização, por vastos contingentes da população brasileira, do sistema de administração da Justiça.

Torna-se essencial **adequar** o Estado e o seu aparelho judiciário às exigências que emergem do novo contexto político, econômico e social que hoje caracteriza a experiência institucional e a organização da sociedade civil em nosso País, **provendo** o sistema estatal com meios que lhe permitam responder, **de maneira idônea, adequada e integral**, à intensa demanda de jurisdição, **propiciando**, desse modo, aos sujeitos da relação processual, o desejável acesso à ordem jurídica justa. **Cumprir ter presente**, por isso mesmo, a **advertência** exposta em lúcido magistério doutrinário: *“o processo precisa ser apto a dar a quem tem um direito, na medida do que for praticamente possível, tudo aquilo a que tem direito e precisamente aquilo a que tem direito”* (Cândido Rangel Dinamarco, *“A Instrumentalidade do Processo”*, p. 426, 1987, RT).

3. Cabe apreciar (e enfrentar), de outro lado, a **crise de funcionalidade** que hoje incide sobre o aparelho judiciário brasileiro. **Trata-se** de situação extremamente grave, que, **além de comprometer** a regularidade do funcionamento dos corpos judiciários, **pode propiciar** a formação de condições objetivas **que culminem por afetar** - ausente a necessária base de credibilidade institucional - **o próprio** coeficiente de legitimidade político-social do Poder Judiciário.

Antes de mais nada, **cumprir** identificar os **fatores reais de congestionamento** que atingem o Poder Judiciário. **E o principal deles** reside, inquestionavelmente, na oposição governamental (**muitas vezes infundada**) e na resistência estatal (**nem sempre justificável**) a pretensões **legítimas** manifestadas por cidadãos de boa-fé que se vêem constrangidos, em face desse **inaceitável** comportamento do Poder Público, a ingressar em juízo, **gerando**, desse modo, uma **desnecessária** multiplicação de demandas contra o Estado.

O ordenamento jurídico brasileiro **repele** práticas incompatíveis com o postulado ético-jurídico da lealdade processual. Na realidade, o processo deve ser visto, em sua expressão instrumental, como um importante meio destinado a viabilizar o acesso à ordem jurídica justa, achando-se impregnado, por isso mesmo, de valores básicos que lhe ressaltam os fins eminentes a que se acha vinculado.

O processo **não pode** ser manipulado para viabilizar o abuso de direito, pois essa é uma idéia que se revela frontalmente contrária ao dever de probidade que se impõe à observância das partes. O **litigante de má-fé** - trate-se de parte pública ou cuide-se de parte privada - deve ter a sua conduta sumariamente repelida **pela atuação jurisdicional dos juízes e dos tribunais, que não podem tolerar o dolo e a fraude processuais como instrumentos deformadores da essência ética do processo.**

É preciso reconhecer - e lamentar - que o Poder Público, muitas vezes, tem assumido, em alguns casos, a inaceitável posição de “improbus litigator”, incidindo, com essa inadequada conduta processual, em atitudes caracterizadoras de litigância temerária, intensificando, de maneira verdadeiramente compulsiva, o volume das demandas múltiplas que hoje afetam, gravemente, a regularidade e a celeridade na efetivação da prestação jurisdicional pelo próprio Estado.

Cumprе ressaltar que já existe meio para neutralizar esse tipo de comportamento processual, sem prejuízo da adoção de outras soluções processuais cabíveis. Reside no efetivo cumprimento das disposições da Lei Complementar federal nº 73/93, aplicáveis à União Federal e às suas autarquias, que, na maior parte dos casos, são diretamente responsáveis pelo excesso de litigiosidade recursal que hoje afeta e virtualmente paralisa os trabalhos do Supremo Tribunal Federal.

A LC nº 73/93, em seu art. 4º, XII, atribui ao Advogado-Geral da União o poder de editarsúmula, com fundamento em jurisprudência iterativa dos tribunais. Uma vez editada, a súmula da Advocacia-Geral da União aplica-se, obrigatoriamente, a todos os órgãos jurídicos tanto da União Federal (art. 2º da LC nº 73/93) quanto das autarquias federais (art. 17 da LC nº 73/93), consoante prescreve o art. 43 da Lei Complementar nº 73/93, vinculando-os, assim no plano processual como na esfera administrativa, às diretrizes consubstanciadas nos enunciados sumulares formulados pelo Advogado-Geral da União e resultantes de prática jurisprudencial iterativa dos tribunais (do Supremo Tribunal Federal, especialmente).

Veja-se, portanto, que o princípio da súmula vinculante para a administração pública já se acha devidamente instituído, no plano federal, pela LC 73/93 (arts. 4º, XII, e 43). É uma medida que, além de não comprometer a independência do magistrado, representa uma solução possível, imediatamente aplicável, destinada a permitir o descongestionamento do aparelho judiciário. Estou convencido de que a efetiva aplicação desse instrumento legal, além de contribuir para a celeridade da atividade jurisdicional dos magistrados e tribunais brasileiros, permitirá, ainda, que pretensões legitimamente manifestadas pelo cidadão possam ser atendidas, desde logo, pelo Poder Público, até mesmo na própria instância administrativa.

Louvável, sob esse aspecto, a iniciativa tomada pelo então Advogado-Geral da União, Ministro GILMAR MENDES, hoje eminente Juiz do Supremo Tribunal Federal, que iniciou, efetivamente, no plano da União Federal, a prática da súmula administrativa com efeito vinculante.

4. Cabe, aqui, uma consideração sobre a instituição da súmula vinculante, nos termos em que vem sendo preconizada no contexto da proposta de reforma do Poder Judiciário. Antes de mais nada, impende repudiar qualquer solução que busque impor sanções punitivas ao juiz que se insurgir contra a fórmula subordinante do enunciado sumular,

pois não tem sentido prescrever, para os casos de “rebeldia da consciência” do magistrado, qualquer tipo de punição.

O gesto independente de pensar com liberdade não pode conduzir a qualquer restrição que incida sobre o magistrado. O efeito perverso gerado pela aplicação do postulado da súmula vinculante, tal como esse princípio vem sendo disciplinado no processo de reforma judiciária, consistirá na indesejável aniquilação da consciência crítica dos Juízes, em claro antagonismo com as diretrizes que devem informar a concepção democrática do Estado de Direito.

A proposta de instituição da súmula vinculante - além de introduzir, em nosso sistema jurídico, inadmissível hermenêutica de submissão - revela-se inaceitável, porque, ao virtualmente inibir o juiz de refletir, de maneira crítica, sobre as questões submetidas à sua apreciação jurisdicional, culmina por suprimir-lhe a liberdade e a independência no desempenho da atividade jurisdicional.

A Súmula - idealizada e concebida, entre nós, pelo saudoso Ministro VICTOR NUNES LEAL - desempenha, na lição desse eminente Magistrado, enquanto método de trabalho e ato provido de eficácia interna, várias e significativas funções, pois (a) confere maior estabilidade à jurisprudência predominante nos Tribunais; (b) atua como instrumento de referência oficial para os precedentes jurisprudenciais nela compendiados; (c) acelera o julgamento das causas e (d) evita julgados contraditórios.

A Súmula, ao contrário das notas que tipificam o ato normativo, não deve revestir-se de compulsoriedade na sua observância externa, nem de cogência na sua aplicação por terceiros. A Súmula, na realidade, deve configurar mero instrumento formal de exteriorização interpretativa de determinada orientação jurisprudencial, refletindo, em sua formulação, apenas um resultado paradigmático para decisões futuras a serem livremente proferidas por outros juízes e Cortes judiciárias.

A jurisprudência compendiada na formulação sumular - respeitada a exigência de liberdade decisória que deve qualificar, em nosso sistema jurídico, a atuação do Juiz - não pode revestir-se de expressão normativa, muito embora traduza, a partir da experiência jurídica motivada pela atividade jurisdicional do Estado, o significado da norma de direito positivo, tal como ela é compreendida e constatada pela atividade cognitiva e interpretativa dos Tribunais.

A Súmula, não obstante reflita a consagração jurisprudencial de uma dada interpretação normativa, não constitui, ela própria, norma de decisão, mas, isso sim, decisão sobre normas, na medida em que exprime - no conteúdo de sua formulação - o resultado de pronunciamentos jurisdicionais reiterados sobre o sentido, o significado e a aplicabilidade das regras jurídicas editadas pelo Estado.

Em uma palavra: a Súmula não é uma pauta vinculante de julgamentos. Nem deve constituir modelo impositivo de uma inaceitável hermenêutica de submissão.

Insisto, portanto, em que, mantida a Súmula com o seu atual perfil jurídico, dela sejam extraídas todas as suas potencialidades no plano processual, a fim de que, preservadas as funções inerentes ao modelo sumular (funções que conferem estabilidade às relações de direito e que outorgam previsibilidade às decisões judiciais) - e sempre respeitada a essencial independência do Magistrado -, venha este, por efeito de persuasão racional (e

não de imposição estatal), a aplicar, facultativamente, na solução da controvérsia, o critério jurisprudencial consubstanciado no enunciado sumular.

A valorização da súmula no plano processual deve permitir que se prestigiem as decisões fundadas na orientação sumulada, de tal modo que se torne possível, “de jure constituendo”, restringir o acesso à via recursal extraordinária, mediante adequado sistema de filtragem ou de controle seletivo dos recursos excepcionais, quando o acórdão se achar fundamentado na súmula. Ou, então, à semelhança do que já dispõe o Código de Processo Civil, instituir o reconhecimento, em lei, da possibilidade de os tribunais aplicarem, sempre em favor do “ex adverso”, pena de multa à parte recorrente (mesmo que se trate do Poder Público), que, sem fundamentação consistente ou com objetivos procrastinatórios, impugnar, de maneira temerária, decisões proferidas com apoio na súmula. Ou, ainda, que se preveja, como novo pressuposto de rescindibilidade dos julgados, a sentença de mérito proferida com violação à diretriz jurisprudencial consagrada na Súmula. Ou, então, que se exonere a parte recorrente do encargo financeiro do preparo, quando se tratar de recurso por ela interposto contra decisão que desprestigiar a solução inscrita no enunciado sumular. Ou que se exija, nos casos de recurso contra decisão fundamentada na súmula, a efetivação de depósito preparatório equivalente ao valor da condenação ou correspondente a determinado percentual sobre o valor da causa, subordinando-se, dessa maneira, a cognoscibilidade recursal, à realização desse ato processual, dispensando-se, unicamente, de tal imposição os beneficiários da gratuidade. Ou, ainda, tratando-se de recursos interpostos pelas pessoas estatais ou entidades autárquicas, que se institua, mediante legislação própria, no âmbito dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios, o princípio da súmula administrativa vinculante, observado, sob tal aspecto, como modelo, o sistema instituído pela Lei Complementar federal nº 73/93.

Revista Consultor Jurídico, 28 de junho de 2004

