

O judiciário do terceiro milênio

*Antônio de Pádua Ribeiro**

Sumário: Introdução. Formas de governo. Tipologia. Divisão de poderes. Revolução Francesa. Constituição americana. Sistema político brasileiro. Judiciário no Brasil. Independência. Judiciário como poder político. República democrática: governo das leis, e não dos homens. Garantias jurisdicionais dos cidadãos. Crise do Estado. Disparidade entre a demanda social e a resposta política. Fenômeno da desnacionalização do direito e seus reflexos. Tecnologia e multiplicação das relações sociais. Governo Eletrônico (e-Gov). Anacronismo da legislação. Lei como produto semiacabado. Legislação e princípios supranacionais. *Civitas maxima* de Kelsen. STF e efetivação dos princípios constitucionais. Crise da lei e crise da Justiça. Justiça: não é praticada só pelo Judiciário. Efetividade dos direitos e da cidadania. Acesso à Justiça. Obstáculos ao acesso à Justiça: econômico, organizacional e processual. Tutela do direito coletivo. Juizados especiais de pequenas causas. Meios alternativos de solução de litígios. Poder Judiciário: sentimento de deslegitimação. Expansão da função legislativa. Ativismo judicial. Interesses difusos, homogêneos e coletivos. Crise do Judiciário: aspecto da crise do próprio Estado. O tempo e o processo. Legitimidade do Judiciário, sob o enfoque da sua aceitação pela sociedade. Litigiosidade contida e impunidade: superação. Judiciário e democracia.

* Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça, Presidente do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho da Justiça Federal (1998/2000), Corregedor Nacional de Justiça (2005/2007), Advogado.

1. É com prazer que compareço a esta bela e culta cidade de Campinas [em 21.09.2009], atendendo ao honroso convite formulado pelo Dr. Valdeci dos Santos, ilustre Diretor do Foro desta Subseção Judiciária da Justiça Federal em São Paulo e Coordenador do III Ciclo de Palestras, evento do calendário oficial da Escola de Magistrados do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, versando sobre “Questões atuais de Direito Público”.

2. Antes de tecer reflexões sobre o Judiciário como poder político neste século, tema que me foi destinado, convém ter presente esta observação de *Maquiavel*:

“Costumam dizer que os homens prudentes, e não casualmente ou sem razão, que aqueles que desejam ver o que será, ponderam sobre o que já foi: porque todas as coisas do mundo, em todo tempo, têm sua própria relação com os tempos antigos. Isso acontece porque, se as coisas são feitas pelos homens, que têm e sempre tiveram idênticas paixões, é inevitável que produzam idêntico efeito.”¹

Ponderando sobre o que já foi, Montesquieu escreveu a sua célebre obra *O espírito das leis*, consagrando uma vida que “não foi senão uma pesquisa e um magistério científico, exercido por amor dos povos”. A sua obra “foi uma autoimolação”, deixando-o, ao cabo de vinte anos de labuta, debilitado e quase cego. Foi, como diria *Camões*, “mais do que prometia a força humana”.² “Os meus princípios, não os tirei dos meus preconceitos, mas da natureza das coisas”, assinalou o Mestre no seu prefácio.

3. O estudo sobre a tipologia das formas de governo se perde nas brumas dos tempos. *Norberto Bobbio*, em uma das suas obras, descreve a célebre discussão, narrada por Heródoto, entre três persas – Otanes, Megabises e Dario –, após a morte de Cambises, sobre a melhor forma de governo a adotar no seu país. Diz, com razão, que a passagem é exemplar porque traduz, com clareza, as três formas clássicas de governo: o de muitos, o de poucos e o de um só, ou seja, “democracia”, “aristocracia” e “monarquia”. Defensor do governo do povo, Otanes

¹ MACHIAVELLI, N. *Discorsi*, III, 43.

² *Os Lusíadas*. Conto I, 29. Saraiva, 1982. p. 5 e 6. Ver a introdução sobre a tradução de *O espírito das leis*, escrita pelo Des. Pedro Vieira Mota.

condena o governo de um só e o de poucos. Defensor da aristocracia, Megabises condena o governo de um só e o do povo. Por fim, Dario defende a monarquia e, ao fazê-lo, condena o governo do povo e o de uns poucos.

A diferença entre a classificação dessas formas de governo no debate narrado por Heródoto e a classificação de Aristóteles está em que, na primeira, a cada proposta tida como boa correspondem duas outras vistas como más, enquanto, na outra, a cada proposta boa corresponde a mesma na sua forma má: a monarquia corrompida transforma-se em tirania; a aristocracia, em oligarquia; e a democracia, em demagogia.³

Essas formas de governo, nas idas e vindas da história, estão sempre presentes, embora, algumas vezes, com roupagens novas, dando razão a *Maquiavel* no dizer que os governos são obras de homens, que têm e sempre tiveram as mesmas paixões.

4. Pouco importa seja o poder exercido por um, por alguns ou por muitos. Quem o detém tende a dele abusar. O poder vai até onde encontra os seus limites. Para que os seus titulares não possam abusar dele, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. Esse o ensinamento de *Montesquieu* para sustentar que a liberdade política só se encontra nos governos moderados, embora não exista sempre nos Estados moderados. Ela só existe nestes quando não se abusa do poder.⁴

Para que um poder freie o outro, o grande clássico francês sustentou a famosa doutrina da divisão dos poderes, assinalando que “estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de príncipes ou nobres, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares”.⁵

5. Nessa linha de entendimento, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, obra da Revolução Francesa e que resume a sua ideologia político-jurídica, proclamou, no seu art. 16, que “toda sociedade que não assegure a garantia dos direitos

³ Ver *Teoria das formas de governo*. 9. ed. UnB. p. 39-43.

⁴ *O espírito das leis*. Traduzido por Pedro Vieira Mota. Saraiva, 1987. p. 163.

⁵ Obra citada, p. 165.

nem estabeleça a separação dos poderes não tem constituição”.⁶

A primeira aplicação prática da doutrina da divisão de poderes deu-se com a Constituição americana de 17 de setembro de 1787. Daí se generalizou, sendo adotada pelo constitucionalismo dos dois últimos séculos.

6. Esclarece *Pinto Ferreira* que o sistema político brasileiro, desde a Constituição do Império, de 25 de março de 1824, recebeu a influência decisiva do pensamento teórico da distinção de poderes. Consignava a existência dos poderes clássicos, aos quais ainda agregava o poder moderador, nas mãos do imperador, com o papel essencial de equilíbrio e solução dos conflitos constitucionais.⁷ Trata-se de importante herança do direito português.

Com a queda do Império, foi promulgada, em 24 de fevereiro de 1891, a primeira Constituição republicana, estabelecendo, na consonância dos ensinamentos de *Montesquieu*, o sistema de três poderes, cuja estrutura básica, no tópico, permaneceu a mesma nas Constituições subsequentes, com os hiatos decorrentes do regime político corporificado na Carta outorgada em 10 de novembro de 1937 e do período de excepcionalidade da Revolução de 1964.

A Constituição em vigor, promulgada em 5 de outubro de 1988, diz, no seu art. 2º, que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. No seu Título IV, que versa sobre a organização dos poderes, destina um capítulo a cada poder, referindo-se o Capítulo III ao Poder Judiciário.

7. O Judiciário no Brasil é, pois, um poder do Estado. O Estado brasileiro consubstancia-se em uma República Federativa, formada pela união indissolúvel dos estados, dos municípios e do Distrito Federal. Constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa e o pluralismo político. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição (art. 1º e parágrafo único).

⁶ Este o texto francês: “*Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution*”.

⁷ Ver *Teoria geral do Estado*. 3. ed. Saraiva, 1975. v. 2. p. 743.

Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação.

No exercício das suas atribuições, o Judiciário há de ter sempre presentes esses princípios fundamentais.

8. A independência do Judiciário, sem prejuízo da sua atuação harmônica com os outros poderes, é assegurada pela Constituição, que lhe dá autonomia administrativa e financeira e estabelece as garantias da magistratura (arts. 95, 99 e 168).

Os Tribunais elaboram e encaminham as suas propostas orçamentárias ao Congresso Nacional, com observância dos limites estipulados conjuntamente com os demais poderes na lei de diretrizes orçamentárias. Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias que lhes são destinadas, compreendidos os créditos suplementares e especiais, lhes são entregues, em duodécimos, até o dia 20 de cada mês. Essas regras são também aplicáveis à justiça estadual.

Aos juízes são asseguradas as garantias da vitaliciedade – estando sujeitos, porém, à aposentadoria compulsória aos setenta anos –, da inamovibilidade e da irredutibilidade de subsídio.

São órgãos do Poder Judiciário: o Supremo Tribunal Federal; o Conselho Nacional de Justiça; o Superior Tribunal de Justiça; os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; os Tribunais e Juízes do Trabalho; os Tribunais e Juízes Eleitorais; os Tribunais e Juízes Militares; e os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios (art. 92, com a redação da EC nº 45, de 2004).

Há dois Tribunais da Federação, ou seja, que exercem jurisdição sobre a Justiça Comum Federal e Estadual: o Supremo Tribunal Federal, corte predominantemente constitucional, órgão de cúpula de todo o Judiciário, incluindo a justiça especializada (militar, eleitoral e do trabalho), e o Superior Tribunal de Justiça, órgão de cúpula da Justiça Comum Federal e Estadual, ao qual cabe zelar pela autoridade e pela uniformidade interpretativa do direito federal.

9. É diante desse contexto, que descreve, em resumo, o Judiciário brasileiro no âmbito histórico e no concerto das Nações, que cumpre refletir sobre ele como poder político neste século.

No tocante ao posicionamento do Judiciário como poder político do Estado, o que se espera, no Brasil, é a manutenção das mesmas regras e princípios hoje existentes, que se igualam ou até mesmo superam em conquistas as já obtidas por outros importantes Estados democráticos de direito.

O problema está em colocar em prática esses princípios, de maneira a tornar o exercício das funções jurisdicionais menos moroso e mais eficiente, tendo em conta que o Judiciário presta serviço público de alta relevância, qual seja, aquele de distribuir justiça.

É preciso ter-se em conta que, em uma república democrática, o governo é das leis, e não dos homens. A esse respeito, examinando o assunto com a profundidade que lhe é peculiar, conclui *Bobbio*:

“Se então, na conclusão da análise, pedem-me para abandonar o hábito do estudioso e assumir o do homem engajado na vida política do seu tempo, não tenho nenhuma hesitação em dizer que a minha preferência vai para o governo das leis, não para o governo dos homens. O governo das leis celebra hoje o próprio tempo da democracia. E o que é a democracia senão um conjunto de regras (as chamadas regras do jogo) para a solução dos conflitos sem derramamento de sangue? E em que consiste o bom governo democrático se não, acima de tudo, no rigoroso respeito a essas regras? Pessoalmente, não tenho dúvida sobre a resposta a essas questões. E exatamente porque não tenho dúvidas, posso concluir tranquilamente que a democracia é o governo das leis por excelência. No momento mesmo em que um regime democrático perde de vista esse seu princípio inspirador, degenera rapidamente em seu contrário, em uma das tantas formas de governo autocrático de que estão repletas as narrações dos historiadores e as reflexões dos escritores políticos.”⁸

10. Em termos de garantias jurisdicionais dos cidadãos, relativamente à administração da justiça, a vigente Constituição brasileira adota como postulado constitucional fundamental o “devido processo legal”, expressão oriunda da inglesa “*due process of law*”, ao dizer: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV). Adota, ainda, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, ao estatuir que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV). Consagra o

⁸ *O futuro da democracia*. 5. ed. Traduzido por Marco Aurélio Nogueira. Paz e Terra. p. 170-171.

princípio da isonomia: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”; “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (art. 5º, *caput* e inciso I). Estabelece, ainda, o princípio do juiz ou promotor natural, ao dizer que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (art. 5º, XXXVII e LIII). Estatui o princípio do contraditório: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV). Prevê o princípio da proibição da prova ilícita: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (art. 5º, LVI); o princípio da publicidade dos atos processuais: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos” (art. 93, IX), acrescentando que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” (art. 5º, LX); e o princípio da motivação das decisões judiciais, sob pena de nulidade (art. 93, IX).

II. O Estado está em crise; e a sua atuação, em dissonância com o que dele esperam os cidadãos. Nesta época de globalização e liberalismo econômico, acerbas críticas são dirigidas aos entes públicos, ao fundamento de que não funcionam a contento a serviço da coletividade e de que têm esquecido a sua finalidade precípua, qual seja, a de realizar o bem comum e, em decorrência, ajudar a população a alcançar a sua grande aspiração, que é a de toda a humanidade: efetivar o sonho de ser feliz.

A crise do Estado decorre da gritante disparidade entre a demanda social e a resposta política. Hoje, não se pede ao Estado apenas proteção, mas muito mais que isso, e ele não tem poder suficiente para realizar o que dele se espera.

A deficiente estrutura do Estado, inadequada para atender às suas finalidades, gera excesso de regulamentação e de atos administrativos ensejadores de conflitos com os particulares (funcionários públicos, beneficiários da previdência social, empresas, etc.). São litígios fundados

na legislação estatutária, previdenciária, tributária e financeira, entre outras. Enseja, ainda, essa deficiência a contínua edição de leis, muitas delas aprovadas, mal redigidas, causadoras de insegurança jurídica e, em decorrência, de litígios. Esses litígios ou lides, em número avassalador, vão sobrecarregar o Judiciário, estendendo-lhe as consequências da crise do Estado.⁹

12. No panorama deste século, merece especial reflexão o fenômeno da desnacionalização do direito e seus reflexos.

O extraordinário desenvolvimento da tecnologia dos meios de comunicação e de transporte tem multiplicado de forma geométrica as relações humanas não só entre os nacionais, mas, também, entre estes e os cidadãos de outros países. Há, ainda, um inter-relacionamento cada vez maior entre entidades internacionais, empresas privadas internacionais, cidadãos de diferentes países e entre uns e outros. Isso tem atingido em cheio o funcionamento dos poderes tradicionais do Estado. O poder que mais se tem enfraquecido é o Legislativo. O que mais se tem fortalecido é o Judiciário. Fala-se mesmo que o século XIX foi o da proeminência do Executivo; o século XX, do Legislativo; e o século XXI será o do Judiciário.

Thomas L. Friedman, no excelente livro que escreveu intitulado *O mundo é plano: uma breve história do século XXI*, identifica dez forças que achataram o mundo, que podemos assim resumir: a *primeira*, a queda do muro de Berlim, ocorrida em 09.11.1989, que inclinou a balança do poder mundial para o lado dos defensores da governança democrática, consensual, voltada para o livre-mercado, em detrimento dos adeptos do governo autoritário, com economias de planejamento centralizado; a *segunda*, o dia 09.08.1995, em que o Netscape foi para a bolsa e o mundo ficou interconectado (como se sabe, o Netscape nos proporcionou o primeiro navegador comercial a ganhar popularidade para surfarmos na Internet); a *terceira* consiste nos *softwares* de fluxo de trabalho (reabastecimento de peças, comércio eletrônico, prestação de serviços a distancia e outros); a *quarta*, o chamado “Código Aberto” (comunidades de colaboração que se auto-organizam, com origem nas

⁹ Ver TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. As tendências brasileiras rumo à jurisprudência vinculante. *Informativo Jurídico da Biblioteca Oscar Saraiva*, v. 10, p. 143-149, 1998.

comunidades acadêmicas e científicas; proporciona a troca de conhecimentos e a avaliação da ciência pela ciência); a *quinta*, a terceirização, que permite a utilização de cérebros a longa distância a custos baixos, no campo das ciências, da engenharia e da medicina; a *sexta*, a criação dos *offshorings* (uma empresa pega uma de suas fábricas de Canton, Ohio, e transfere-a inteira para Cantão, na China, por exemplo, onde produzirá o mesmo produto, exatamente da mesma maneira, só que com mão de obra mais barata, carga tributária menor, energia subsidiada e menos gastos com planos de saúde dos seus empregados); a *sétima*, a cadeia de fornecimento (trata-se de verdadeira sinfonia em vários movimentos sem *finale*; são movimentos que se repetem, como no caso da Wal-Mart, 24 horas por dia, 7 dias por semana, 365 dias por ano: entrega, seleção, embalagem, distribuição, compra, fabricação, novo pedido, entrega, seleção, embalagem...); a *oitava*, a *internalização*, uma “solução de comércio sincronizado”, que permite aos pequenos pensar grande e aos grandes agir pequeno (pequenas empresas não têm condições de gerenciar, por conta própria, cadeia de fornecimento complexa e global e, por outro lado, empresas grandes – HP, Nike e outras – preferem aplicar recursos em seus produtos a gastar o seu dinheiro em cadeias de fornecimento); a *nona*, denominada “*In-formação*” (são empresas como Google, Yahoo!, MSN, Web Search, que nivelam as informações, ignorando divisões de escolaridade e classe); a *décima* força são os *esteroides* (iPad; iPhone; iPod e outros). A nata da nata será o *superesteroide*, que trará, como já tem trazido, a aposentadoria dos fios, permitindo-nos pegar todo o material digitalizado, visualizado e personalizado e acessá-lo de qualquer lugar.¹⁰

13. Ao lado dessas grandes transformações, merece reflexão, também, o chamado Governo Eletrônico (e-Gov). Em artigo que publicou no *Conjur*, o Prof. Hugo Cesar Hoeschl, da UFSC, após assinalar os efeitos positivos do governo via *bits* (melhoria da qualidade, da segurança e da rapidez dos serviços para os cidadãos; simplificação da burocracia; transparência etc.), indaga sobre se a evolução tecnológica não vai aumentar a disparidade social entre países e adverte, referindo-se à

¹⁰ *O mundo é plano*: uma breve história do século XXI. Objetiva, 2005.

legislação japonesa, que as lideranças regional e mundial, com objetivos estratégicos, querem manter essas lideranças. E conclui:

“No momento, o maior de todos os riscos, e que mais deve ser observado, é a utilização internacional do Governo Eletrônico como instrumento de perpetuação do cenário mundial de dominação que vige atualmente. Para isso, devemos ficar extremamente atentos aos protocolos e padrões internacionais que estão sendo fixados exatamente agora, enquanto você está lendo este texto, pois, como já advertiu Rousseau, ‘o mais forte nunca é suficientemente forte para ser sempre o senhor, senão transformando sua força em direito e a obediência em dever’.”

14. *Antoine Garapon*, ao tratar do tema da *desnacionalização do direito*, lembra que, para a teoria clássica da democracia, “a lei é a expressão da soberania popular. O juiz não tem qualquer influência sobre ela, limitando-se a aplicá-la”. Acrescenta, porém, que

“Essa concepção ‘legicêntrica’ do direito é combatida por dois fenômenos diferentes, porém convergentes: a inflação de textos mal redigidos com conteúdo fraco, de um lado, e a integração em uma comunidade jurídica supranacional, de outro. A emancipação do juiz tem sua origem, antes de mais nada, no colapso da lei que garantiu, na visão clássica, a subordinação do juiz, e na nova possibilidade de julgar a lei oferecida pelos textos que contêm princípios superiores, como a Constituição e os Tratados Internacionais.”¹¹

Sustenta o ilustre autor, à vista do anacronismo da legislação, ser preciso que o direito reencontre a sua elegância. E ele só a encontrará quando passar a ser concebido não apenas como um conjunto de regras, mas também como um conjunto de princípios. E esclarece:

“O legislador acantona-se de preferência na gestão da cidade, e não no seu comando. O papel especificamente do Parlamento é paralisado pelo crescente teor técnico em textos que reclamam uma competência que ele não possui. Em numerosos países, há muito tempo a lei não é mais elaborada pelo Parlamento, mas por tecnocratas politicamente irresponsáveis. É isso que enfraquece o papel de contrapoder do Legislativo e afasta um pouco mais o governante do governado. A eficácia dos textos parlamentares é perturbada pelo jogo de alianças e coalizões, o qual faz com que a lei deixe de ser a expressão da vontade, para transformar-se na subtração de múltiplas negações. O compromisso anda de mãos dadas com termos frágeis e disposições ambíguas que não despertam discórdia. A lei torna-se um produto semiacabado que deve ser terminado pelo juiz.”

Argumenta, com razão, que “o enfraquecimento da lei foi acelerado pela importância que fontes supranacionais assumiram nos sistemas jurídicos nacionais” e que “o juiz atualiza a obra do constituinte e torna-se um colegislador permanente”.

¹¹ *O juiz e a democracia*. 2. ed. Revam. p. 40-41.

15. No tópico, creio que o passar do tempo tem dado razão a *Kelsen*, o grande Mestre de Viena, que, ao conceber o ordenamento jurídico como uma pirâmide hierarquizada de normas em cujo cume se situaria a norma fundamental hipotética, previu o deslocamento desta para servir de fundamento básico, com caráter impositivo, à legislação de vários países, caminhando-se em direção à *civitas maxima*, à “cidade universal”. Esta se consubstanciará com a superação das contradições e dos conflitos entre as legislações nacionais e a prevalência dos princípios superiores de direito e de justiça. É um caminho longo a ser percorrido, mas que tem sido vencido, com relativa rapidez, nos últimos tempos. Os atos terroristas ocorridos nos Estados Unidos em 11 de setembro de 2001 e a guerra do Iraque têm gerado grandes consequências nas relações internacionais, colocando em xeque a pretensa hegemonia absoluta norte-americana, governada com extrema insensatez pelo então Presidente George Bush, ao esquecer-se dos princípios legados pelos fundadores daquela grande nação. A ordem econômica e política mundial tem se transformado rapidamente, e, com ela, a ordem jurídica.

O direito comunitário da União Europeia e a Convenção Europeia de Direitos Humanos são exemplos de legislação cada vez mais difundida a exercerem papel significativo nos direitos dos países-membros.

16. No Brasil, os parágrafos segundo, terceiro e quarto ao art. 5º da Constituição em vigor, estes dois últimos com a redação da EC 45/2004, que versam sobre a matéria, estão assim redigidos:

“§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.”

O § 2º do referido artigo preceitua:

“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

No contexto assinalado, há de se examinar o Tratado do Mercosul.

Outrossim, a integração cada vez maior entre os países ibero-americanos está refletida no Código Modelo de Cooperación Interjurisdiccio-

nal para Iberoamerica (*Revista de Processo*, n. 116, p. 203 e seguintes).

Sobre temas específicos de cooperação internacional na área jurisdicional, muitos tratados têm sido assinados pelo Brasil.

17. Para a efetivação dos princípios constitucionais antes mencionados, após a EC nº 45/2004, o Supremo Tribunal Federal tem atuado com desenvoltura no julgamento de ações declaratórias de inconstitucionalidade (ADIs), ações declaratórias de constitucionalidade (ADCs) e ações de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e, também, dos recursos extraordinários com repercussão geral, ensejadores da edição de súmulas vinculantes. A atuação da Excelsa Corte está em consonância com os princípios que regem o Judiciário moderno. Creio, porém, que deveria adstringir a sua atuação às questões constitucionais em tese, como preconizava o grande Professor Miguel Reale. Se continuar a examinar casos concretos, irá esvaziar a atuação dos outros órgãos jurisdicionais, fragilizando o Poder Judiciário como um todo. A questão é de dosagem, e a sabedoria dos juristas irá encontrar, tenho certeza, uma posição de equilíbrio em prol da eficiência e da respeitabilidade da função jurisdicional.

18. Sob um ângulo mais específico, convém ter em foco que a Lei e a Justiça “compõem as duas faces deste universo sobre o qual gravitam todos os fenômenos jurídicos”. Há uma crise da Lei e uma crise da Justiça. Essas crises decorrem da “distorção entre a lei e os anseios sociais” e da “ineficiência da realização da justiça”. Daí que, com inteira pertinência, destacou o então Desembargador Luiz Fux, hoje eminente Ministro do STF,¹² que

“resplandece no céu do terceiro milênio, encartada em uma das ‘Eras do Direito’, idealizadas pelo notável *Norberto Bobbio*, a ‘Era da Legitimidade’, resultante das novas expectativas quanto à ‘lei e à justiça’, emergentes das respostas à crise jurídica que agoniza no mundo que ora contemplamos.”

É o citado magistrado e professor, ainda, quem realça que a “crise judicial confina com a crise da lei”, assinalando que, “em outra medida, a ‘justiça da decisão’ depende da ‘justiça legal’, porquanto o magistrado

¹² Em 2009, quando foi proferida esta palestra. Desde 2011, o Ministro Luiz Fux integra o Supremo Tribunal Federal.

tem como atividade precípua a submissão dos fatos às normas”.¹³

E, após dizer que “uma sentença em que se constrói o ‘jurídico’ antes do ‘justo’ se equipara a uma casa onde se erige o teto antes do solo”, endossando *Plauto Faraco de Azevedo*, preconiza a era de um poder judicial criativo

“que atenda às exigências de justiça perceptíveis na sociedade e compatíveis com a dignidade humana, um poder para cujo exercício o juiz se abra ao mundo ao invés de fechar-se nos códigos, interessando-se pelo que se passa ao seu redor, conhecendo o rosto da rua, a alma do povo, a fome que leva o homem a viver no limiar da sobrevivência biológica.”¹⁴

19. Os conflitos multiplicam-se na sociedade e, a cada instante, os cidadãos estão a clamar por justiça. Frequentemente, os jornais se referem aos sem-terra, aos sem-teto, aos que reclamam por assistência médica, por educação, por emprego. Tais conflitos, de origem geral, precisam ser solucionados, mas a sua justa solução pressupõe sempre a opção por valores que, em um determinado momento, devem prevalecer. O deslinde desses conflitos ocorre mediante a atuação dos poderes do Estado: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Portanto, a Justiça, em termos estatais, não é praticada só pelo Judiciário, mas também pelos outros poderes. Ao Judiciário cabe solucionar apenas certos conflitos especiais, denominados litígios ou lides.

Essas distinções são feitas porque o Judiciário, hoje, é intensamente criticado e, com frequência, de forma injusta. Muitas vezes dele se exige uma justiça que não pode praticar. Essas limitações, nem sempre notadas por pessoas que se dizem letradas, foram percebidas, com percuciência, pelo representante dos trabalhadores rurais, homem simples, mas catedrático na luta pela vida, em importante simpósio sobre a reforma do Poder Judiciário, no qual os temas pertinentes eram debatidos com amplos setores da sociedade. Disse ele, referindo-se à reforma agrária, com sabedoria e de maneira respeitosa, aos representantes do Judiciário presentes: “A Justiça que nós queremos, vocês não a podem nos dar”.

20. É preciso, porém, repensar o Judiciário, objetivando a adoção de providências no sentido da efetividade dos direitos e da cidadania,

¹³ O que se espera do Direito no terceiro milênio, frente às crises da lei, da justiça e do ensino jurídico. Aula magna proferida em 31.08.1998, Universidade Gama Filho.

¹⁴ Idem.

na certeza de que justiça lenta e à qual tem acesso apenas parte da população é injusta. E, no desempenho dessa tarefa, impõe-se considerar não apenas, como até aqui tem acontecido, *os operadores do sistema judiciário*, mas especialmente *os consumidores* da justiça. Não se pode olvidar que, no regime democrático, a atuação precípua do Estado, mediante os seus órgãos, há de visar sempre à afirmação da *cidadania*. De nada adianta conferirem-se direitos aos cidadãos, se não lhes são dados meios eficazes para a concretização desses direitos.

As ideias sobre a matéria vêm sendo desenvolvidas em países da Europa e da América, em torno do que se convencionou chamar “acesso à justiça”, sendo relevantes a esse respeito os sucessivos trabalhos publicados por *Mauro Cappelletti* e *Vittorio Denti*.

Em suma, o que pretende essa corrente de pensamento é “a abertura da ordem processual aos menos favorecidos da fortuna e à defesa de direitos e interesses supraindividuais, com a racionalização do processo”, que “quer ser um *processo de resultados*, não um processo de conceitos ou de filigranas”.¹⁵ O que se almeja é a *efetividade do processo*, sendo indispensável, para isso, “pensar no processo como algo dotado de bem definidas destinações institucionais e que deve cumprir os seus objetivos sob pena de ser menos útil e tornar-se socialmente ilegítimo”.¹⁶ Acesso à justiça é o *acesso à ordem jurídica justa*, no dizer de *Kazuo Watanabe*. “Não tem acesso à justiça aquele que sequer consegue fazer-se ouvir em juízo, como também todos os que, pelas mazelas do processo, recebem uma justiça tarda ou alguma injustiça de qualquer ordem”.¹⁷

21. Em brilhantes conferências a respeito do tema, assinalou o Professor *Mauro Cappelletti* ser muito fácil declarar os direitos sociais; o difícil é realizá-los. Daí que “o movimento para acesso à justiça é um movimento para a efetividade dos direitos sociais”, e a sua investigação deve ser feita sob três aspectos principais, a que denominou *ondas renovatórias*. A primeira refere-se à garantia de adequada representação

¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 4. ed. 2. tir. Malheiros, 1998. p. 21 e 22.

¹⁶ Idem.

¹⁷ Idem.

legal dos pobres. Como fazê-la? A designação honorífica de advogados não tem mais sentido. Deve-se permitir a escolha de profissionais, instituir órgãos de defensoria pública ou adotar-se sistema misto? Seja qual for a solução, é fundamental que se assegure aos necessitados assistência jurídica, integral e gratuita.¹⁸

A segunda onda renovatória visa à tutela dos interesses difusos ou coletivos, com o objetivo de proteger o consumidor ou o meio ambiente. Pressupõe que o conceito de pobreza não se adstringe ao indivíduo carente de recursos financeiros, ou de cultura, ou de posição social. É mais vasto: abrange grupos e categorias, como no caso do consumidor. Uma empresa produz milhões de produtos com um defeito de pouco valor. Trata-se de interesse fragmentado, pequeno demais para que o cidadão, individualmente, defenda o seu direito. Mas, se todos os consumidores, em conjunto, decidirem atuar, estarão em jogo interesses consubstanciados em valores consideráveis. Há, pois, de atentar-se para os *carentes econômicos* e para os *carentes organizacionais*.

A terceira onda preocupa-se com fórmulas para simplificar os procedimentos, o direito processual e o direito material, como, por exemplo, nas pequenas causas, a fim de que o seu custo não seja superior ao valor pretendido pelo autor. O tema envolve estudos, entre outros, sobre os princípios da oralidade e da imediatidade, bem como sobre os poderes do juiz e sobre a instrumentalidade do processo.

Em síntese, segundo o insigne jurista, os principais problemas do movimento reformador são os seguintes:

“a) o obstáculo *econômico*, pelo qual muitas pessoas não estão em condições de ter acesso às cortes de justiça por causa de sua pobreza, correndo seus direitos o risco de serem puramente aparentes;

b) o obstáculo *organizador*, mediante o qual certos direitos ou interesses ‘coletivos’ ou ‘difusos’ não são tutelados de maneira eficaz se não se operar uma radical transformação de regras e instituições tradicionais de direito processual, transformações essas que possam ter uma coordenação, uma ‘organização’ daqueles direitos ou interesses;

c) finalmente, o obstáculo propriamente *processual*, pelo qual certos tipos tradicionais de procedimentos são inadequados aos seus deveres de tutela.”

¹⁸ No Brasil, a Constituição estabelece que “o Estado prestará assistência judicial integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (art. 5º, LXXIV), esclarecendo que “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados” (art. 134).

22. Com apoio nos textos constitucionais em vigor, importantes leis têm sido promulgadas com o objetivo de tornar realidade as novas regras atinentes ao que se denominou “acesso à justiça”. Nesse sentido, incluem-se aquelas relativas à reforma do Código de Processo Civil.

No Brasil, essa grande transformação começou, no plano legislativo, com a edição da Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717, de 29.06.1965) e assumiu dimensões revolucionárias com a promulgação da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 24.07.1985), estendida até mesmo à tutela da ordem econômica pela Lei nº 8.884, de 11.06.1994 (art. 88), do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13.07.1990) e do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.09.1990).

A Lei da Ação Civil Pública, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor instituíram as bases da tutela do direito coletivo em nosso ordenamento jurídico. Esses diplomas legais atribuíram legitimidade ao Ministério Público e a outras entidades representativas de classe, estabeleceram regras sobre a coisa julgada *erga omnes* e *ultra partes* e dispuseram sobre a conceituação das três espécies de direitos e interesses a serem objeto de tutela coletiva: os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.

Ressalte-se que a Constituição Federal em vigor, no plano da tutela constitucional das liberdades, criou os institutos do *habeas data*, do *mandado de injunção* e do *mandado de segurança coletivo*, disciplinado pela Lei 12.016, de 07.08.2009, consagrando princípios relativos à *tutela jurisdicional coletiva* (legitimidade dos sindicatos e das entidades associativas em geral: art. 5º, inciso XXI, e art. 8º, inciso III) e dando feição constitucional aos Juizados Especiais de Pequenas Causas (art. 24, inciso X, e art. 98, inciso I) e à ação civil pública (art. 129, inciso III). Com essa nova visão, foram promulgadas a Lei nº 9.099, de 26.09.1995, e a Lei nº 10.259, de 21.07.2001, que dispõem sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, no âmbito da Justiça Estadual e da Justiça Federal, respectivamente, as quais adotaram os seguintes princípios básicos: oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

O significativo número de demandas transindividuais ajuizadas, fundadas na legislação a que antes me referi, mostra a boa acolhida que

vem obtendo da sociedade e a sua grande utilidade para a população e para a defesa do interesse público.

Cumpre assinalar, outrossim, que os meios alternativos de solução de litígios devem ser difundidos, estimulando-se o uso da mediação, da conciliação e da arbitragem. A esse respeito, foi promulgada a Lei nº 9.307, de 23.09.1996, também denominada “Lei Marco Maciel”.

Recentes alterações da legislação processual penal e civil têm procurado simplificar o exercício da tutela jurisdicional em prol da efetividade dos direitos. No plano processual penal, porém, será necessário que o Supremo Tribunal Federal encontre solução no sentido de harmonizar os princípios constitucionais consubstanciadores dos direitos e das garantias individuais e aqueles que concernem à proteção da própria sociedade, pois os cidadãos se sentem cada vez mais inseguros, e os criminosos, confiantes na sua impunidade.

São providências importantes. No entanto, muitas outras precisam ser tomadas. Impõe-se afastar o “sentimento de deslegitimação por parte da maioria da população” com que depara o Poder Judiciário. É preciso dar meios aos excluídos e aos pobres para que deixem de recorrer a outros canais de mediação, como a polícia, o padre, o líder comunitário e o justiceiro. Ou seja, cumpre dar condições a toda a população para assegurar de fato a sua cidadania.

23. O Estado social, que emergiu no curso deste século, em um panorama de tensões, crises e controvérsias, é caracterizado pela expansão sem precedentes dos poderes do Estado legislador e administrador. Daí que se tornou mais aguda e urgente a exigência do controle judiciário da atividade do Estado. As lides deixaram de envolver apenas sujeitos privados e passaram a comprometer os poderes políticos do Estado. Está a ocorrer a judicialização da política.

Ademais, como antes assinalado, a expansão da função legislativa e o crescente volume de legislação, além de sobrecarregarem os parlamentos, ensejaram a edição de leis ambíguas e vagas, deixando delicadas escolhas políticas à fase da sua interpretação e aplicação.

Acrescente-se, ainda, a existência de massa de leis que continuam “nos livros” mesmo depois de se tornarem obsoletas. Esses eventos ensejaram a necessidade de um ativismo judicial mais acentuado, mas não

são considerados pelos críticos desse ativismo. A tudo isso se acrescenta o fato de que, em regra, os direitos sociais são “promocionais” e voltados para o futuro, exigindo, para a sua gradual realização, a intervenção ativa e prolongada no tempo pelo Estado. Ao aplicar as leis pertinentes, o juiz não pode proceder de maneira estática, mas tendo presente a finalidade social da lei à vista dos programas prescritos de maneira vaga pelas referidas normas.

Finalmente, assumem cada vez mais significação os conflitos decorrentes do fenômeno da “massificação”, especialmente a tutela dos denominados interesses difusos, homogêneos e coletivos. Isso está a exigir uma nova visão dos conceitos e das regras do processo judicial e do próprio papel do juiz moderno.

24. Sob essa perspectiva, resulta claro que a crise do Judiciário é, também, um aspecto da crise do próprio Estado. Sem se organizar e dar eficiência ao Estado-administrador e ao Estado legislador, deficiente continuará o Estado-justiça.

Convém, por isso mesmo, na atual conjuntura, que se aumente a colaboração entre os poderes do Estado, objetivando apressar soluções tendentes ao bem comum. Não se trata de abrir mão dos princípios que regem a atuação de cada poder, mas de buscar uma aproximação maior entre os seus membros com o fito de se tomarem medidas de interesse geral, visando à sociedade como um todo. O que se há de procurar é dar cumprimento à segunda parte do art. 2º da Constituição, segundo o qual os poderes são independentes, mas harmônicos entre si. Ou seja, a independência não exclui a harmonia, e a harmonia só poderá ser obtida mediante conversações que permitam identificar as posições convergentes sobre os problemas do Estado, a fim de que, na velocidade dos tempos modernos, possam ser superados. Com esse objetivo, já foram firmados dois “pactos republicanos de Estado” entre os três poderes, com relativo êxito.

Não há olvidar que, à semelhança do que acontece com a atividade dos juízes, dos membros do Ministério Público e dos advogados, o relacionamento entre os poderes obedece ao sistema dos vasos intercomunicantes. O Estado só funciona bem quando as suas atividades fundamentais são exercidas harmonicamente, sem dolo, sem malícia,

em nível ético. Um poder que, pela atuação dos seus agentes, falta ao respeito ao outro ignora o que não pode desconhecer: não se pode baixar o nível de um, sem baixar, de igual modo, o do outro.¹⁹ E, no que concerne ao mútuo respeito,

“inexiste o mais alto: o respeito não desce de cima para baixo, não sobe de baixo para cima. Horizontalmente se manifesta sempre. Interligam-se de tal modo os três, que a elevação de um a todos enobrece, assim como o desrespeito a um a todos atinge.”²⁰

25. O Estado proibiu a autotutela, punindo como crime fazer justiça pelas próprias mãos. Assumiu, pois, o compromisso de solucionar, de forma adequada, efetiva e em tempo hábil, os litígios ou lides que ocorrem no seio da sociedade. O processo, mediante o qual atua a sua função jurisdicional, deve ensejar resultado semelhante ao que se verificaria se a ação privada não estivesse proibida.²¹

É relevante ter-se em conta que

“a demora da resposta judicial leva ao exaurimento de forças a parte débil, que, diferentemente do litigante mais portentoso, não tem condição de arcar com essa lentidão, permitindo a este arrancar-lhe vantajosas concessões. Por essa razão, *Cappelletti*, curvado sobre o problema, cedeu à realidade ao concluir: ‘a justiça é igual para todos, mas um pouco mais igual para os ricos e um pouco menos igual para os pobres’.”²²

A Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais estabeleceu, no seu art. 6º, § 1º, que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de “um prazo razoável” é, para muitas pessoas, uma justiça inacessível.²³

Nessa perspectiva, é intuitivo que “a inexistência de tutela *adequada* a determinada situação conflitiva corresponde à própria negação da tutela a que o Estado se *obrigou* quando chamou a si o monopólio da

¹⁹ O enfoque foi utilizado por Piero Calamandrei na comparação das atividades entre juízes, advogados e membros do Ministério Público, e não entre os poderes do Estado. Ver: *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. 4. ed. Clássica. p. 22. O texto consta no meu discurso de posse na Presidência do Superior Tribunal de Justiça, ocorrido em 02.04.1998.

²⁰ A expressão foi usada pelo II. advogado Dr. Justino Vasconcelos, ao falar sobre “Advocacia e relacionamento com a Magistratura e o Ministério Público”, Tese n. 12, *VI Conferência Nacional da OAB*, Salvador, BA, outubro de 1978. Não se referiu o autor ao relacionamento entre os poderes do Estado. O texto consta no meu discurso de posse, antes citado.

²¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: *Temas de Direito Processual*. 2. série. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 21. MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Sérgio Antonio Fabris, 1994. p. 12.

²² Desembargador Luiz Fux, aula magna citada, p. 26-27.

²³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Sérgio Antônio Fabris, 1988. p. 20-21.

jurisdição”. Daí a necessidade de tutelas rápidas e imediatas para remediar a ineficácia do procedimento ordinário e da própria administração da justiça.²⁴

Impõe-se, pois, que o legislador e o juiz do terceiro milênio tenham “em mente que ‘as situações de periclitación e as de evidência’ merecem tutela imediata. A primeira, em face da possibilidade de dano irreparável acaso a justiça não seja imediata. A segunda, porque, em face de um ‘direito líquido e certo’, não se revela justo o aguardar indefinido de uma resposta judicial, que não pode ser outra senão aquela que acompanha a prova inequívoca que conduz à verossimilhança e à probabilidade de êxito alegado pela parte.”

Ademais,

“as sentenças devem valer por si sós, sem necessidade de atividades complementares que impliquem nova e prolongada relação processual. A autoexecutividade e a mandamentabilidade das decisões são anseio cuja contemplação não pode ultrapassar a ‘nova era’ sem a correspondente consagração.”²⁵

No Brasil, as alterações do Código de Processo Civil introduzidas pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994, prestigiaram a doutrina da criação de tutelas diferenciadas, inclusive das tutelas de evidência. Quanto a estas últimas, passou a contemplar aquela lei duas modalidades de antecipação de tutela: uma relativa a obrigações de dar (art. 273), e outra, às obrigações de fazer e não fazer (art. 461).²⁶ Leis subsequentes têm aperfeiçoado o instituto, inclusive para admitir a fungibilidade das tutelas de urgência.

Continuam, porém, as dificuldades de cumprimento das sentenças condenatórias. Não há tipificação criminal e, por isso, prisão por “descumprimento de ordem judicial” ou “desacato judicial”. No direito anglo-saxão, a prisão por dívida é vedada, mas isso não afasta aquela decorrente do descumprimento voluntário e afrontoso de ordens judiciais. Todavia, decisões têm sido proferidas, especialmente no âmbito civil, estipulando multa no caso do seu descumprimento. Procura-se adaptar o instituto do *contempt of court* ao direito brasileiro.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Obra citada, p. 66.

²⁵ Desembargador *Luiz Fux*, aula magna citada, p. 28-29. O tema é desenvolvido pelo ilustre autor na tese em que obtém a titularidade de Direito Processual Civil da UERJ: *Tutela de segurança e tutela de evidência*.

²⁶ CARREIRA ALVIM, J.E. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*. Del Rey, 1997. p. 9 e 10.

26. Cumpre encerrar. Muito falei e levantei questões sobre o Judiciário. Não é fácil dizer como solucioná-las. O importante é tê-las presentes, é ter delas consciência, a fim de que, no momento próprio, possam ser superadas. É imperioso que os estudiosos trabalhem conscientes de que, nesta época em que tudo se questiona, não se pode olvidar o tema sobre a legitimidade do Judiciário como poder, sob o enfoque da sua aceitação pela sociedade a que serve. São indispensáveis a mudança de mentalidade e a criatividade, a fim de que novos princípios sejam aplicados à solução dos litígios, mitigando-se, assim, o fenômeno da litigiosidade contida e da impunidade, que, como doença insidiosa, pode aflorar com todas as suas energias funestas e atingir os alicerces que sustentam a causa democrática. O Judiciário só se impõe como verdadeiro poder no Estado de direito. É por isso mesmo que, quando a democracia floresce, assume a sua verdadeira dimensão de órgão do Estado que equilibra a atuação das forças vivas da nacionalidade, reduzindo os inevitáveis conflitos decorrentes das concepções antagônicas sobre os fatos da vida e mostrando aos cidadãos o caminho do entendimento e da harmonia, sem o qual seremos forçados a volver às formas de convivência ultrapassadas, próprias dos períodos mais obscuros registrados pela História.