

REFORMA PROCESSUAL E ACESSO À JUSTIÇA¹

CASSIO SCARPINELLA BUENO

Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Professor concursado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Professor Efetivo da School of Global Law-SBDP, Professor Titular do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Paulista; Vice-Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público; Advogado em São Paulo

O tema que vamos procurar desenvolver nestas breves linhas diz respeito às relações que nos parecem importantes e possíveis de ser feitas entre as modificações mais recentes da legislação processual civil – em especial aquelas decorrentes da Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, que alterou profundamente o processamento dos recursos especial e extraordinário – e o mandado de segurança, resvalando, inclusive, no mandado de segurança contra ato judicial, cuja utilização é diretamente proporcional à existência de ‘lacunas’ ou ‘imperfeições’ do sistema recursal (uso diretamente proporcional ao descompasso existente entre a efetividade das prescrições processuais e as necessidades sociais daí decorrentes). Enfoque este traçado do prisma da ambientação ‘reformista’ que tem tomado conta do Brasil nos últimos tempos como única solução para todos os nossos problemas sociais.

Há discursos ambíguos ou, até certo ponto, ambíguos, no cenário jurídico (e processual especificamente) da atualidade.

1 . Este texto tomou como base Palestra que proferimos aos 18.6.99 no IV Fórum Nacional de Processo Civil e Constituição, patrocinado pelo IBDC - Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, sob a coordenação dos Professores Celso Bastos e Roberto Rosas. O painel que participamos, ao lado do Ministro Cesar Rocha e dos Ilustres Professores Clito Fornaciari Jr. e Edgard Silveira Bueno, foi o relativo à ‘Reforma processual e acesso à justiça’.

De um lado, os defensores das súmulas vinculantes; de outro seus francos opositores. De um lado, as radicais alterações do sistema processual delineado na Constituição de 1988, com alterações que variam desde a extinção pura e simples de uma das ‘justiças’ brasileiras até a implementação, entre nós, de um modelo de súmulas vinculantes. De um lado, o discurso quanto às necessidades (imediatas e urgentes) de mudança de pontos e mais pontos da legislação processual civil brasileira (necessidades sentidas e indicadas pelos três Poderes constituídos) e, de outro, o esquecimento puro e simples da legislação preexistente.

A ambigüidade a que aludimos não se refere à existência de oposição ideológica correlata a estas duas correntes. A ambigüidade que aqui nos (pre)ocupa é o descompasso entre os discursos a favor ou contra estas alterações e a vivência do direito, mormente no palco de suas realizações, que é o processo.

Com relação às súmulas vinculantes, por exemplo, as mais recentes modificações do sistema processual civil brasileiro as introduziram no corpo do Código de Processo Civil *sem qualquer preocupação em legitimar* seu procedimento do ponto de vista constitucional. Isto ao mesmo tempo em que a reforma constitucional para a adoção destas súmulas de maneira generalizada é debate que ocupa os mais calorosos encontros jurídicos e, invariavelmente, as manchetes de nossos jornais ao menos um vez por semana, sem ainda haver consenso a seu respeito.

Mais longe do que os diplomas de 1994 e de 1995, a Lei nº 9.756/98 deixou evidente a *opção* pelas diretrizes expedidas pelas súmulas dos tribunais superiores e, indo ainda mais longe, direcionou a sorte dos processos civis, em todo o território nacional, não só às súmulas dos Tribunais Superiores mas, também, à sua jurisprudência dominante. É o que já tivemos oportunidade de denominar de ‘jurisprudência vinculante de fato’. ‘De fato’, precisamente porque as diretrizes sumuladas são aplicadas diuturnamente – sua obrigatoriedade assumida, portanto, para todos os fins – independentemente de autorização constitucional para tal finalidade ou de qualquer discurso que *legitime* seu uso nestas condições; independentemente, muita vez, de se saber quando, como e por que aquela súmula foi editada; sem se questionar, em uma sentença, se aquela súmula efetivamente aplica-se à nova hipótese em julgamento e em que medida.

Assim, à guisa de exemplo: os arts. 120, parágrafo único (“Havendo jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada, o relator poderá decidir de plano o conflito de competência, cabendo agravo, no prazo de cinco dias, contados da intimação da decisão às partes, para o órgão recursal competente”); 481, parágrafo único (“Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão

especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”); 544, § 3º (“Poderá o relator, se o acórdão recorrido estiver em confronto com a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, conhecer do agravo para dar provimento ao próprio recurso especial; poderá, ainda, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito, determinar sua conversão, observando-se, daí em diante, o procedimento relativo ao recurso especial”); 544, § 4º (aplicabilidade do disposto no § 3º do art. 544 para os agravos de instrumento contra despachos denegatórios de recursos extraordinários); 557, *caput*, e § 1º-A (“O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior” e “Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso”, respectivamente).

Estas alterações legislativas arrancaram de Barbosa Moreira comentário lapidar que merece ser referido expressamente. São as palavras do notável jurista e processualista carioca: “Vamos aqui limitar-nos a uma reflexão irônica. Quanta tinta se tem gasto (a imagem, reconhecemos, é obsoleta na era da informática, em que ninguém mais usa tinta para escrever ...) no debate entre os partidários e os adversários da reforma constitucional destinada a atribuir eficácia vinculante a proposições inspiradoras de precedentes nos mais altos tribunais do país! Pois bem, sem precisão de emenda, a vinculação, para fins práticos, foi-se insinuando, pé ante pé, sorrateiramente, como quem não quer nada, e não apenas em benefício de teses ‘sumuladas’, senão até das simplesmente bafejadas pela preferência da maioria dos acórdãos. Emenda constitucional para estabelecer que as Súmulas, sob certas condições, passarão a vincular os outros órgãos judiciais? Ora, mas se já vamos além e ao custo – muito mais baixo – de meras leis ordinárias (será que somente na acepção técnica da palavra?). O mingau está sendo comido pelas beiradas, e é duvidoso que a projetada emenda constitucional ainda encontre no prazo o bastante para satisfazer seu apetite” (“Inovações da lei 9.756/98 em matéria de recursos civis” publicado em *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo : RT, 1999, p. 329).

Que é, entretanto, jurisprudência dominante *não* sumulada? Qual o critério de segurança jurídica e de previsibilidade que existe na *vagueza* e na *indeterminação* deste conceito? Aqui, a nosso ver, a ambigüidade do discurso e da vivência do processo civil é transparente.

Preocupa-nos neste contexto, ainda, o fato de que muitas das súmulas empregadas ou dispostas a ser empregadas como diretrizes da sorte dos nossos processos civis são fruto de completa e total falta de discussão prévia, na comunidade jurídica; mais do que isto, se debates houve, aconteceram há muito tempo, há mais de três décadas, para ser mais exato, quando a maior parte da legislação processual civil brasileira hoje vigente – a começar pelo seu corpo básico, o Código de Processo Civil, de 1973 – ainda sequer existia.

E as súmulas são aplicadas como verdades imutáveis, mais duradouras e mais verdadeiras que a própria lei, que tanto tem se alterado nestes últimos tempos. O processo civil é exemplo destas alterações também (inclusive a partir da edição de medidas provisórias).

Ilustremos o que acabamos de afirmar com um exemplo razoavelmente recente e fundamental, pela importância do instituto, para a configuração de um Estado Democrático de Direito: o mandado de segurança.

Todos conhecemos a Súmula nº 512 do Supremo Tribunal Federal, pela qual não cabem honorários de advogado em mandado de segurança. Todos conhecemos o posicionamento adotado pelo Exmo. Sr. Ministro César Rocha a respeito desta súmula, no sentido de que a mesma não podia sobreviver sob múltiplo enfoque, no mínimo porque a concepção do conceito de sucumbência para o processo civil (e mandado de segurança é ação civil) alterou-se por completo com o advento do Código de 1973, em especial seu art. 20 (Recurso Especial nº 17.124-0/RS em *RSTJ* 52/361 e 45/276). O tema, que ocupou boa parte dos periódicos da época, foi ‘sufocado’ brevemente pelo Superior Tribunal de Justiça, que editou a Súmula nº 105, com idêntico sentido à de nº 512, do Supremo Tribunal Federal.

Nosso intuito, aqui, não é criticar ou defender a introdução das súmulas vinculantes no cenário jurídico brasileiro. Tampouco é sustentar, em específico, o cabimento, ou não, de honorários de advogado em mandado de segurança. É uma questão menos importante do que o contexto ou o ambiente em que estas *opções* estão introduzidas e são seguidas.

O que efetivamente nos preocupa e motiva nossa reflexão momentânea é que estas *opções* são tomadas sem o necessário *contraditório* ou sem a necessária *participação* que se *impõe* ao exercício de um Estado Democrático de Direito. Sem *legitimação*, portanto.

Tem-se propagado a respeito de alteração da sistemática das liminares em mandado de segurança e de ações cautelares ou com pedidos de antecipação de tutela propostas contra o Poder Público, para que a decisão liminar jurisdicional não

seja empecilho à arrecadação de impostos. Com estas modificações que, ao que tudo indica, serão introduzidas no Código Tributário Nacional (atual art. 151, II e IV) todas as esferas federativas tenderão a ser ‘beneficiadas’ com as alterações anunciadas.

Uma vez mais, não pretendemos sustentar a correção ou o equívoco desta *opção* governamental. O que nos parece relevante indicar, ao revés, é que o Judiciário, constitucionalmente competente para contrastar *todos* os atos governamentais (v. a amplitude do inc. XXXV do art. 5º da CF) não tem culpa, enquanto instituição, de leis e atos normativos que fundamentam a arrecadação de tributos, serem expedidos, cotidianamente, em confronto com as *garantias constitucionalmente* asseguradas ao cidadão.

Mais do que isto, as ‘novas’ alterações pretendidas pelo Executivo Federal de há muito fazem parte do cenário jurídico nacional, como verificamos na Leis nºs 4.348/64 (art. 1º, letra ‘b’); 4.862/65 (art. 51); 5.021/66; ampliadas e direcionadas para as ações cautelares; propostas contra o Poder Público pela Lei nº 8.437/92 e, mais recentemente, para a tutela antecipada contra o Poder Público pela Lei nº 9.494/97, cujo art. 1º foi *validado* pela liminar concedida na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4/DF, julgada recentemente pelo Supremo Tribunal Federal.

A preocupação que está embutida nas considerações que acabamos de fazer é que não consta que estas medidas legislativas (entre nós existentes desde 1964) de discutível constitucionalidade (mormente se confrontadas com o inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988) tenham resolvido qualquer problema de arrecadação tributária desde sua edição mais que trintenária.

Aliás, será que o próprio Governo Federal lembra-se dessas leis? Será que os princípios decorrentes da Lei Complementar nº 95, de fevereiro de 1998, que impõem, para um novo texto legislativo, a identificação de textos similares preexistentes, têm orientado ao menos a atuação do Executivo Federal? Parece-nos que não. Trata-se de fruto de uma constatação – mera constatação – de nossa parte. Não pretendemos aqui tomar qualquer partido intrínseco quanto a medidas legislativas com tal conteúdo.²

Em se tratando de mandado de segurança, outra situação que também merece destaque, a nosso ver, é a que diz respeito à recorribilidade, por agravo de instrumento, das decisões interlocutórias neles proferidas, a relativa à liminar, que é, ninguém o

2. Considerando em vista a importância da questão escrevemos breves comentários a esta proposta de reforma intitulados “Liminar em mandado de segurança: uma nova variação velha”, que ainda aguardam publicação. Para uma visão da reforma constitucional do Poder Judiciário em que também figurou a hipótese da limitação temporal das liminares por cento e oitenta dias, v. o trabalho de Flávio Luiz Yarshell “A reforma do Judiciário e a vigência de medidas liminares” em Revista do Advogado nº 56, da Associação dos Advogados de São Paulo, setembro/99, pp. 44/49.

nega, muitas vezes a principal decisão a ser proferida naquela ação, responsável pela definição da própria utilidade do *writ* enquanto ação destinada à conservação da fruição *in natura* de direitos.

É antigo (e amplamente predominante sobretudo em sede jurisprudencial) o entendimento de que o mandado de segurança não comporta agravo de instrumento; quer porque é ação regulada por lei extravagante, afastada do sistema genérico do Código de Processo Civil (!); quer porque a única medida cabível quanto à concessão da liminar é sua suspensão *ex vi* do art. 4º da Lei nº 4.348/64 (e que fazer quando a liminar é negada?); quer porque a interposição do agravo de instrumento seria obstáculo à agilidade procedimental ínsita ao mandado de segurança.

Mesmo esta corrente, entretanto, não nega, em muitas situações, que casos entendidos como ‘teratológicos’ comportam reexame da decisão relativa à liminar por intermédio de *outro* mandado de segurança, impetrado contra o ato judicial respectivo.

A partir destas considerações, destacamos que, mesmo com a radical alteração do recurso de agravo de instrumento, pela Lei nº 9.139, de 30 de novembro de 1995, ainda sobrevive, em larga escala, o *mesmo* entendimento com os *mesmos* argumentos: não cabe qualquer recurso em mandado de segurança a não ser aqueles referidos nos arts. 8º e 12 da Lei nº 1.533/51. Esquece-se, com isto, de que esta *nova* lei transformou o agravo de instrumento em verdadeiro mandado de segurança contra ato judicial, desde a possibilidade casuística da suspensão dos efeitos da decisão impugnada (positiva ou negativamente) passando por seu rito procedimental, célere e expedito, até sua propositura perante o Tribunal competente.

Uma vez mais aqui – sem pretendermos criar polêmica específica quanto ao acerto ou desacerto deste entendimento – a lei nova, sua missão e seus objetivos foram e são desconsiderados em larga escala, frustrando expectativas legítimas que a alteração legislativa despertou em mais de um operador do direito.

Eis outra situação que entendemos pertinente para destaque, tendo presente também a já mencionada Lei nº 9.756/98: na contra-mão dos reclamos da doutrina e, mais do que isto, da *ciência processual*, esta lei, ao vedar o acesso aos Tribunais Superiores de imediato, mitigando o princípio da recorribilidade em separado das interlocutórias, fundamental no processo civil brasileiro, generalizou todos os casos passíveis de agravo de instrumento e proibiu as decisões dos Tribunais Estaduais e Regionais aí tomadas de ascenderem ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal antes da proferição da ‘decisão final’ (CPC, art. 542, § 3). O que é esta ‘decisão final’ é questão que comporta exame em outra sede que não aqui; mas, frisamos, não tem recebido solução unânime por parte dos autores.

Na generalização da criação desta ‘figura’ dos recursos, extraordinário e especial, retidos, olvidou-se o legislador de que nem todo o agravo de instrumento é, por definição, protelatório e, mais do que isto, que nem todo o agravo de instrumento é passível de aguardar o proferimento da ‘decisão final’ (seja ela qual for) sob pena de restar *prejudicado* (a expressão é técnica) e, com isto, *prejudicar* todo o processo e, conseqüentemente, a prestação jurisdicional (a expressão não é técnica).

Os exemplos são vários, mas conformamo-nos com apenas dois: na fixação dos pontos controvertidos a que se refere o art. 331, § 2º, do Código de Processo Civil e na conseqüente determinação da produção probatória, visando ao julgamento da causa, o Magistrado decide dispensar a oitiva de testemunhas para comprovar a existência de conversas telefônicas que atestariam o vício de consentimento que fundamenta uma determinada ação.

Contra esta decisão é interposto agravo de instrumento, alegando-se contrariedade ao inc. XII do art. 5º, da Constituição Federal. Com o julgamento do agravo, qualquer que seja seu conteúdo, caberá recurso extraordinário *retido* nos autos, no aguardo do proferimento da decisão final. Sendo o ponto nodal do julgamento do mérito da ação, a dispensa da prova testemunhal diante das conversas telefônicas ‘grampeadas’ influenciará, sem qualquer sombra de dúvida, o conteúdo da sentença. Se se entender legítima a dispensa, a sentença será válida. Caso contrário, não. Desta forma, o ‘sobrestamento’ da análise do caso pelo Supremo Tribunal Federal, guardião máximo da Constituição, é medida que pode ser capaz de anular todo o processado. O exemplo é válido para o Superior Tribunal de Justiça e recurso especial diante da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, que regulamentou aquele dispositivo constitucional, ao menos em algumas situações.

E todas as decisões liminares proferidas no cotidiano forense? Estão elas, hoje, na *letra da lei processual* (CPC, art. 542, § 3º) fora da jurisdição dos Tribunais Superiores porque é tardia a prestação jurisdicional, se prestada apenas e tão somente quando do proferimento da ‘decisão final’. Até porque, sendo possível aguardar o desfecho final da causa, a hipótese *não* reclama qualquer espécie de tutela de urgência, sendo exigível, reversamente, a cassação imediata de eventual liminar proferida nestas condições à mingua de um de seus pressupostos condutores.

Onde a economia processual, onde o não-desperdício de tempo e de atuação jurisdicional? Onde a não-desilusão social com a negativa da prestação jurisdicional que nada mais é do que *instrumento* da tutela do direito material? Onde o atingimento das finalidades do processo?

Também aqui, não pretendemos sustentar o cabimento ou descabimento da

prescrição legislativa em específico ou sua interpretação *não literal*. O que procuramos salientar é que a generalização adotada pelo legislador é irreal na medida em que afasta do Magistrado, ao menos do ponto de vista da lei, a possibilidade de medir e balancear os reais interesses em jogo, discernindo e separando as postulações recursais procrastinatórias daquelas que, efetivamente, reclamam exame final imediato para a estabilização do próprio processo em que formuladas. Esqueceu-se o legislador processual mais recente de que o Código de Processo Civil dispõe de amplos mecanismos de combate à protelação processual. Artigos e dispositivos, é verdade, esquecidos no emaranhado das reformas mais recentes. Mas não foram, ao que nos consta, revogados (ainda) pelo desuso.

Problema seriíssimo este que acabamos de ventilar; tanto que mais de um autor e mais de um personagem forense já idealizaram a propositura de ações cautelares aos Tribunais Superiores, requerendo o processamento *imediato* desses recursos. As cautelares, nesses casos, estão a desempenhar função nítida de colmatação de lacunas que, outrora, era exclusiva do mandado de segurança contra ato judicial.

O tempo e as decisões respectivas dessas medidas cautelares revelarão a distância efetiva entre os juízes e os fatos, entre os juízes e a sociedade, cuja pacificação é inegável missão do processo. Se o pressuposto inerente à instauração de qualquer processo é a desilusão quanto à aplicação das regras de direito material, a desilusão quanto à sua aplicação compulsória (finalidade do processo) representa desilusão dupla que afasta quaisquer pretensões ou quaisquer esperanças de funcionamento da própria máquina estatal.

Como bem acentuou o Ministro César Rocha, na ementa do acórdão em que declarava cabível a condenação em honorários de advogado, em sede de mandado de segurança, “Coisa essencialmente viva, o Direito ultrapassa os limites interpretativos que vão se tornando tradicionais para, atualizando o conteúdo da lei, buscar no domínio axiológico o seu sentido finalístico, mediante encadeamentos visualizadores do que seja justo e razoável. O ato de aplicar a lei ao caso concreto não se resume à subsunção à pragmática das sentenças judiciais anteriores mas que se tenham também como presente os ensinamentos relevantes da doutrina científica do direito, fonte subsidiária e elemento revalorizador de todos os julgados” (Recurso Especial nº 17.124-0/RS, em *RSTJ* 52/361 e 45/276).

Considerações sábias e profundas que nos convidam a uma reflexão em torno do atual significado das reformas pelas quais o processo civil e a Constituição vêm passando e, conseqüentemente, da própria forma do acesso à justiça, realizador e responsável que é dos valores do ordenamento jurídico.