

A EROSÃO DA LEI PELO ENFRAQUECIMENTO DAS SANÇÕES*

DOMINGOS FRANCIULLI NETTO
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. A prestação jurisdicional na Era dos Direitos. 2. Novas tendências do Direito Processual Civil. 3. Defeito congênito do Direito Brasileiro. 4. STF e STJ inviabilizados. 5. O juiz, a prestação jurisdicional morosa e a praga das liminares. 6. Justiça e pacificação. 7. Conclusão.

1. A prestação jurisdicional na Era dos Direitos

Da segunda metade do século passado a esta parte, vieram a lume uma ruma de declarações sobre os direitos do homem e da sociedade, incomensuravelmente maior do que a soma das mais conhecidas normas de direito universais até então conhecidas, sem olvidar textos e códigos singulares, mas de grande repercussão e influência para outros povos.

Para não ficar no campo do alegar por alegar, convém lembrar os textos universais que retratam, segundo a autorizada preleção do saudoso Norberto Bobbio, falecido em janeiro de 2004 com a fama de um dos maiores jurisfilósofos do século passado, a passagem que “ocorreu do homem genérico – do homem enquanto homem – para o homem específico, ou tomado na diversidade de seus diversos status sociais, com

* Palestra promovida pelo Núcleo Norte da Grande São Paulo da Escola Paulista da Magistratura – EPM, proferida na sede das Faculdades Integradas de Guarulhos, em Guarulhos – SP, em 25 de novembro de 2004.



base em diferentes critérios de diferenciação (o sexo, a idade, as condições físicas), cada um dos quais revela diferenças específicas, que não permitem igual tratamento e igual proteção. A mulher é diferente do homem; a criança, do adulto; o adulto, do velho; o sadio, do doente; o doente temporário, do doente crônico; o doente mental, dos outros doentes; os fisicamente normais, dos deficientes, etc. Basta examinar as cartas de direitos que se sucederam no âmbito internacional, nestes últimos quarenta anos, para perceber esse fenômeno: em 1952, a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher; em 1959, a Declaração da Criança; em 1971, a Declaração dos Direitos do Deficiente Mental; em 1975, a Declaração dos Direitos dos Deficientes Físicos; em 1982, a primeira Assembléia Mundial, em Viena, sobre os direitos dos anciãos, que propôs um plano de ação aprovado por uma resolução da Assembléia da ONU, em 3 de dezembro”.

2. Novas tendências do Direito Processual Civil

As novas tendências do Direito Processual Civil encontram-se muito bem ementadas em preciosa palestra proferida pelo ministro Antônio de Pádua Ribeiro:

“Em suma, segundo o insigne jurista [Mauro Cappelletti], 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, onde seus direitos correm o risco de serem puramente aparentes;

b) o obstáculo organizador, através do 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, através do qual certos tipos tradicionais de procedimentos são inadequados aos seus deveres de tutela.

Diante desse panorama, é alvissareiro que os nossos doutrinadores e legisladores estejam colocando o nosso País em posição de vanguarda. Na verdade, muitos simpósios têm sido realizados, com a presença freqüente, entre outros, do insigne mestre Mauro Cappelletti. Além do que primorosas monografias têm sido publicadas sobre a matéria. Merecem referência, entre outros, os trabalhos de Luiz Guilherme Marinoni (Efetividade do Processo e Tutela de Urgência; Novas Linhas do Processo Civil); Flávio Luiz Yarschel (Tutela Jurisdicional Específica nas Obrigações de Declaração de Vontade); Ovídio Baptista da Silva (Tutela Antecipatória e Juízos de Verossimilhança); Kazuo Watanabe (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor); Hugo Nigro Mazzilli (A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: Meio Ambiente, Consumidor e Patrimônio Cultural); José Carlos Barbosa Moreira (Notas sobre o Problema da 'Efetividade' do Processo; Tendências Contemporâneas do Direito Processual Civil; Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva Miradas sobre o Processo Civil Contemporâneo), bem como dos que escreveram sobre a recente reforma do Código de Processo Civil, coordenada pelos ilustres Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Athos Gusmão Carneiro, entre eles: Cândido Rangel Dinamarco (A Reforma do Código de Processo Civil); Sérgio Bermudes (A Reforma do Código de Processo Civil); Nelson Nery Júnior (Atualidades sobre o Processo Civil) e J. E. Carreira Alvim (Código de Processo Civil Reformado).

Cumprе salientar que a reforma da nossa Lei Adjetiva Civil tem sido feita com vistas a tornar realidade as novas regras atinentes ao que se denominou de 'acesso à justiça'.

No Brasil, essa grande revolução começou, no plano legislativo, com a edição da Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717, de



29.6.1965), assumindo dimensões revolucionárias com a promulgação da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347, de 24.7.1985), estendida até mesmo à tutela da ordem econômica pela Lei n. 8.884, art. 88, de 11.6.1994, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) e Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11.9.1990).

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."

Quando, contudo, se espera a concretização dessas convenções, leis, tratados, etc., à Era dos Direitos contrapõe-se a Era do Vazio, a que se refere Lipovetsky .

3. Defeito congênito do Direito Brasileiro

Há, a grosso modo, um defeito congênito a incompatibilizar o Direito Constitucional com o Direito Infraconstitucional Nacional, como com acuidade observa o jurista Adhemar Ferreira Maciel, ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: "O direito brasileiro apresenta peculiaridades. Constitucionalmente, como se falou, estamos muito ligados ao direito norte-americano. Infraconstitucionalmente, todavia, nossas raízes estão na Europa continental".

Noutro passo, sobre a crise na prestação jurisdicional, esse autor disserta nos seguintes termos:

"Quanto ao nosso ordenamento, acredito que a grande causa do emperramento de nosso Judiciário, que conta com juízes independentes, abnegados, e da melhor formação moral e intelectual,



deita suas raízes na República. Como se sabe, importamos dos Estados Unidos da América a federação e a república. No relativo ao sistema jurídico, penso que houve falhas na adaptação do sistema americano. A base do direito anglo-americano está nos precedentes (*stare decisis*): as decisões de um tribunal superior vinculam os juízes *a quo*. No Brasil, como estamos ligados ao direito romano-germânico (*civil law*), o juiz decide de acordo com sua consciência e com o direito positivo vigente. Não fica, a não ser excepcionalmente e assim mesmo por imposição constitucional (art. 102, § 2º), preso a precedente judicial. Em decorrência, muitas causas que chegam aos tribunais superiores poderiam ficar sepultadas nas instâncias ordinárias. Outra causa de emperramento – talvez mais grave ainda – está na competência dada aos Estados-membros para legislar. Nos Estados Unidos, como também já se esboçou anteriormente, os Estados federados têm competência para ditar normas gerais sobre direito material e processual. No Brasil, não (Constituição, art. 22). Em decorrência, ‘tudo’ aqui acaba por esbarrar nas instâncias superiores, pois envolve legislação federal. Lá, não. As causas, só excepcionalmente, chegam à Suprema Corte da União através do *appeal* ou do *certiorari*, que dispõe, o último instituto, da ‘peneira da relevância’, manejada por assessores (*clerks*) dos ministros (*justices*). A grande pletera processual nos supremos tribunais estaduais. A Suprema Corte da União (*U.S. Supreme Court*) só cuida do direito estritamente de interesse nacional.”

4. STF e STJ inviabilizados

É de conhecimento geral que o Superior Tribunal de Justiça foi criado pela CF de 1988 para desafogar o Supremo Tribunal Federal. Frustrou-se por completo esse *desideratum*. Como demonstram os dados estatísticos abaixo, ambas as Cortes encontram-se praticamente inviabilizadas.



No ano de 2000, os recursos e processos originários que deram entrada no Supremo Tribunal Federal alcançaram a cifra de 105.441; no Superior Tribunal de Justiça, 147.318; no ano de 2001, nesses mesmos tribunais, respectivamente, as cifras foram de 110.772 e 189.515. Até 31 de março de 2002, obedecida a mesma ordem, 25.400 e 36.412, o que permitiu vaticinar que, ao final do ano, a situação permaneceria calamitosa.

No ano de 2001, os 11 Ministros do STF proferiram 9.211 votos e 114.307 decisões monocráticas, enquanto os 33 do Superior Tribunal de Justiça, 198.613, somados os votos às decisões monocráticas.

Os dados atualizados fornecem o seguinte quadro:

S T F	2002	2003	2004 (até 09.05) ¹
PROCESSOS DISTRIBUÍDOS	87.313	109.965	27.156
PROCESSOS JULGADOS	83.087	107.867	37.821

S T J	2002	2003	2004 (até 31.03) ²
PROCESSOS DISTRIBUÍDOS	155.959	226.440	43.167
PROCESSOS JULGADOS	171.980	216.999	48.543

O que diria Victor Nunes Leal, grande jurista e ex-ministro do STF, nos dias de hoje, à luz desses dados catastróficos, se for lembrado

¹ Dados extraídos do *site* do Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/bndpj/stf>>. Acesso em: 17 abr. 2004.

² Dados informados pela Divisão de Estatística Processual – DIESP da Subsecretaria de Execução Judicial e Estatística – SEJE do Superior Tribunal de Justiça.



ter ele tachado de “fardo asfixiante” os 7.437 julgamentos da Excelsa Corte em 1962?

Se fosse triplicado, da noite para o dia, o número de ministros dos tribunais superiores e dos desembargadores do Estado de São Paulo, por exemplo, o resultado prático seria de pouquíssima monta, em face dos números acima explicitados. Sobrariam, isso sim, apenas os conhecidos inconvenientes oriundos da massificação dos órgãos colegiados.

5. O juiz, a prestação jurisdicional morosa e a praga das liminares

Entendo que a crise que assola a Justiça é praticamente centenária ou “prestes a atingir 80 anos” como aponta o advogado Maury R. de Macedo, do Instituto dos Advogados Brasileiros .

Como esse arguto observador, penso igualmente que essa crise não é invencível.

Sempre me chocou o desalento que toma conta de muitos sob o pálio de que só com profunda reforma político-administrativa e a canalização de pesados recursos, ou em poucas palavras, apenas com muita vontade política, a crise da Justiça poderá ser vencida.

Filio-me entre os que ainda são da opinião de que há uma boa margem de iniciativas suscetíveis de aprimoramento da máquina forense para melhor prestação jurisdicional.

Não há como fugir da realidade segundo a qual é escasso o interesse dos membros do Executivo e do Legislativo para suplantar essa já vetusta crise, pela singela razão de que medidas para esse fim não são de efeito imediato, isto é, sem mais aguçados eufemismos, não rendem votos, já que as inovações muitas vezes levam anos para produzirem frutos. Se estes brotarem em outra legislatura ou em outro período de



mandato, bem é de ver que em nada estimulam nossos homens públicos. Permanece perene a comparação de Rui Barbosa, ao deduzir que a maioria prefere plantar a semente da couve para o prato de amanhã e não a do carvalho para o abrigo do futuro.

Ainda neste passo, ao ideal idealíssimo deve-se preferir o ideal realizável.

No campo de abrangência do último, poucos são os que se lembram da necessidade de reestruturação de nossas secretarias e de nossos cartórios, com reclassificação e possibilidade de acesso a cargos hierarquicamente superiores. Não sei por que ainda não se criou no Brasil o curso médio de técnico judiciário. Esse curso, somado a um treinamento eficaz mínimo, poderia fornecer um contingente mais qualificado de pessoal para o melhor funcionamento daquelas unidades.

Igual observação aplica-se ao quadro de oficiais de justiça.

Parece-me que as corregedorias deveriam cadastrar os peritos que são nomeados por livre escolha do magistrado. Ao ser o perito compromissado pela primeira vez, caberia ao magistrado officiar à corregedoria, dando o nome e a qualificação do louvado. Esse expediente facilitaria o controle correicional e disciplinar, uma vez que pululam inúmeras reclamações contra desvios e irregularidades nas perícias judiciais.

Ainda que ótimo o quadro de magistrados, pouco adiantará se não contar o juiz com boa infra-estrutura. Perguntei uma vez a um médico qual a razão do bom nome, eficiência e baixíssimo índice de infecção hospitalar, em um tradicional hospital de São Paulo, ao que ele me respondeu que tal se devia ao bom quadro de enfermeiros e paramédicos, a par, é claro, do nível dos médicos. *Mutatis mutandis...*

Afora essas considerações, que reputo pertinentes, quero neste item dedicar-me, precipuamente, a examinar um aspecto muito em voga: o de atribuir-se a morosidade da prestação jurisdicional exclusivamente ao juiz.

É verdade que o Poder Judiciário e os magistrados têm parcela de culpa pela tardinha prestação jurisdicional.

Nos idos de 1965, no ensejo da primeira edição de sua clássica obra *O Juiz*, já advertira o saudoso jurista e desembargador paulista Edgard de Moura Bittencourt que “talvez o maior flagelo da realização da justiça seja o atraso. Não exagero nesta afirmação, porque para tudo há remédio; para erro e para corrupção. Só contra morosidade é que os remédios não atuam, ou pouco efeito produzem” .

A principal atividade do magistrado é a de compor litígios, em nome do Estado-juiz, uma vez que, modernamente, é por meio do processo estatal que são resolvidas as lides ou o conflito de pretensões, afora insignificante percentual de mediação e arbitragem.

De passagem, diga-se, sem embargo do respeito que merecem seus propugnadores, no meu modo de sentir, que não é por aí que serão banidos os percalços mais acentuados da Justiça. Basta citar o exemplo de que o Código Comercial (arts. 245, 294, 348 e 739), o Decreto n. 737, de 25 de novembro de 1850 (art. 411), o Código Civil de 1916, além do artigo 7º da Constituição de 1967, já previam ou o juízo arbitral ou o compromisso, como meio de composição de direitos; no entanto, foram raríssimos aqueles que desse meio lançaram mão. Ainda de modo fugaz, não há esquecer que esse tipo de composição é, na maior parte das vezes, muito dispendioso, porque a tendência sempre é a de serem indicados mediadores e árbitros dentre os profissionais mais categorizados.



Não obstante, não há razão suficiente para que se desencoraje o uso da lei de arbitragem, mormente se for levar em conta o banimento da obrigatoriedade da homologação judicial da arbitragem, como lembrou o então vice-presidente da República, o hoje senador Marco Maciel, na exposição de motivos da Lei n. 9.307/96, bem como os bons serviços que a arbitragem poderá prestar nas causas de alta sofisticação, profunda especialização e excepcional complexidade, nos termos constantes do bem elaborado artigo do bel. Thiago Luís Santos Sombra acerca da Jurisdicionalidade e Constitucionalidade da Lei de Arbitragem .

Retornando à morosidade da Justiça, o saudoso desembargador Edgar de Moura Bittencourt, já citado, chega a afirmar enfaticamente que o juiz tem de decidir: "...e decida, bem ou mal, mas decida – fórmula, aliás que extraio da eterna queixa dos advogados contra a abusiva demora dos magistrados", perlustrando seu modo de pensar, todavia, com necessária advertência: "é evidente que não se justifica a decisão má e até a imperfeita emanada do desamor ao estudo e da desatenção aos deveres do cargo..." .

Um experiente advogado de Moji Mirim, Estado de São Paulo, há muitos anos, procurou informar-se de outro advogado acerca de um magistrado que estava cotado para assumir a comarca onde o primeiro militava, ao que, o informante teria dito que se tratava de juiz de peregrinas virtudes, mas com três defeitos: primeiro, o de não ser chegado ao trabalho. Antes que prosseguisse, o indagador, lembrando-se de historieta narrada por R. Magalhães Júnior, retrucou: "Dispense os outros dois..." .

Deveras, ao juiz toca parte preponderante para dirigir o processo com celeridade e decidir os litígios dentro dos prazos legais, o que, contudo, é de difícil observância nas comarcas de grande movimento e nos tribunais com excessiva carga de autos.



O juiz não é estrela solitária dentro da relação processual, na qual, de regra, oficiam também os advogados de ambas as partes, além do Ministério Público, em certas demandas, seja como parte formal, seja como fiscal da lei.

No particular, obtempera o advogado Maury R. de Macedo que “é justo, no entanto, se destaque da virtual eternidade da ação judicial a culpa, também, dos litigantes de má-fé e dos advogados que os representam em juízo, pelo seu afã de levarem a ação judicial a alongamentos desmesurados, principalmente através de recursos meramente protelatórios, como aqueles dirigidos a tribunais desprovidos de poder de jurisdição para alterar jurisprudências já firmadas pelo STF ou pelo STJ a respeito de questões federais constitucionais ou infraconstitucionais.

Penso que a maioria dos juízes pelo menos tenta dirigir o processo, cumprindo o seu dever de dar-lhe andamento rápido, embora raramente o consiga, vítima que também é dos efeitos deletérios da crise antiga que continua a entorpecer a Justiça e do litigante de má-fé, lutando sempre para aumentar a morosidade da ação judicial, e que, estranhamente, é quase sempre absolvido da multa irrisória do art. 18 do CPC.”

No capítulo, assim pronunciou-se Francisco Peçanha Martins, ministro do Superior Tribunal de Justiça:

“A propósito do número excessivo de processos, destaco trecho de voto proferido pelo Des. Laerte Nordi, do Colendo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: ‘Em qualquer estudo que se fizer sobre as razões do extraordinário número de processos que, atualmente, sobrecarregam os Juízes e dão causa à acusação de justiça morosa, há de se reservar um capítulo especial às defesas em recursos protelatórios, em

que os argumentos, com certeza, não convencem nem mesmo quem deles se utilize'."

Dois problemas, entre outros, afligem a Justiça: de uma parte, o juiz tardineiro; d'outra, o juiz afoito, a generalizar em profusão as liminares e a concessão de tutelas antecipadas. Sobre as últimas, já foi feita perfunctória análise no item n. 22 deste esboço, ao que vem a adir o seguinte: deveria sempre estar presente na mente do juiz que a tutela antecipada é medida excepcional e anterior ao contraditório, o que por si só está a exigir-lhe redobrada cautela.

Afora esse aspecto, de um tempo a esta parte, estão sendo concedidas liminares a mancheias, o que tem contribuído para certa intranqüilidade social, a par de prejuízos de monta. Não basta ao juiz apenas saber na ponta da língua o que significam *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

A espinha dorsal da questão é a aplicação conjunta desse binômio, formado por conceitos (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*) que devem sempre estar simultaneamente presentes, além de plasmado na maturidade e no bom senso do juiz.

Nessa quadra, está por merecer estudo mais aprofundado a questão do dano inverso, isto é, o da parte que irá suportar os efeitos da liminar.

Parece-me que tudo está ligado ao papel jurídico, político e social do magistrado. O Ministro Adhemar Ferreira Maciel, no ensejo de sua aposentação, ao ser entrevistado sobre assuntos gerais, a respeito desse papel, teceu, oralmente e de improviso, valiosas reflexões, em tom informal:

"Acho que o juiz, nos tempos modernos, tem um papel muito importante, de equilíbrio, no embate entre o Estado e a Sociedade. Aquele



juiz passivo, de intérprete fiel da lei, já ficou envolto nas brumas do ontem. Daí, você percebe as inúmeras tentativas das medidas provisórias proibindo liminar, proibindo tutela antecipada, proibindo isso e aquilo. Não sou, evidentemente, partidário de uma Freieschule ou de um Direito Alternativo irresponsável. Mas, reconheço e admito que o juiz tem que partir da Constituição na hora de interpretar os atos normativos ou administrativos. Primeiro, a Constituição, depois, a lei ordinária. O problema – e em decorrência os abusos judiciais – pode ocorrer por falta de preparo e maturidade do nosso magistrado. Nosso juiz, hoje, começa a carreira – sobretudo na Justiça Federal – com pouca idade. Tem muita informação e pouca conformação, se você me permite a brincadeira. Por outro lado, nossas faculdades de Direito, com a democratização do ensino, não nos dão base suficiente. O aprovado em concurso de juiz deveria, antes de ser atirado às feras, fazer curso de deontologia jurídica, deveria ter um bom estágio prático, seguido de muita observação e esclarecimentos éticos. Mas, você sabe, há falta de dinheiro público para tudo. Numa Federação atrofiada, como a nossa, onde não se pode falar em representatividade política, os interesses sociais são relegados em holocausto de interesses menores. Você pode observar, no momento, a tensão existente entre o que o Governo quer e o que a sociedade gostaria que ele quisesse. Tudo isso, numa democracia, se reflete no Judiciário. Assim, cabe ao Judiciário, na sua magna função de atualização constitucional, refrear as extrapolações governamentais do momento. Reconheço que o tema é complicado. Basta que se lembre de Franklin Roosevelt, quando da implantação do *New Deal*. Os justices da Suprema Corte, muitas vezes invocando a cláusula do *Duo Process of Law* por dá cá aquela palha, tinham por inconstitucionais leis do Congresso, muitas de cunho eminentemente social. Veja, a questão não é fácil.”

Um dia, no corredor do 5º andar do Palácio da Justiça de São Paulo, nos idos de 1967, numa rodinha de colegas recém-empossados como juízes substitutos, um deles, com a imprudência e o entusiasmo



escusáveis aos jovens, declinou ao saudoso desembargador Joaquim de Sylos Cintra, que emoldura o quadro dos maiores magistrados paulistas de todos os tempos, as quatro qualidades que, no seu entender, seriam necessárias para um bom juiz: honestidade, independência, amor ao trabalho e notável saber jurídico. O desembargador Sylos Cintra, com a fina educação que ornamentava a sua pessoa, ouviu atentamente e pediu licença para um ligeiro reparo: “substitua, meu caríssimo jovem, o notável saber jurídico por um modesto e razoável conhecimento da ciência do direito e acrescente uma quinta e indispensável virtude: bom senso, muito bom senso”. Ouso acrescentar mais uma qualidade que reputo de igual peso e valor em relação às já mencionadas: maturidade, que, de regra, é plasmada não só com o passar dos anos, mas, principalmente, com a vivência, que, a meu ver, suplanta a própria experiência.

Convém ter-se sempre acesa na memória advertência feita pelo grande memorialista Pedro Nava, o qual, em entrevista concedida a uma revista de grande circulação, obtemperou que nem sempre a experiência pode socorrer o homem em todas as situações, pois, em sua imagem, a experiência é um farol de um automóvel em movimento voltado para trás; ilumina a estrada que já passou.

O saudoso ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Mario Guimarães pontua mais uma prenda que deve ornamentar as qualidades do juiz: a coragem, ao perlustrar que de pouco adiantará se – apesar de sua agudez de espírito em descobrir o emaranhado dos fatos e sobre estes sobejar-lhe capacidade para aplicar as leis e o direito –, na hora precisa de fazer Justiça lhe faltar, como Pilatos, o ânimo de enfrentar os descontentes.

Pontifica, mais:

“Quando se fala em temor, que possa entravar a ação do juiz, acode a toda gente a idéia do Governo, que seria o coator máximo”.



Atenta, contudo, para outra realidade:

“A verdade, porém, é que, no momento presente, tanto o Estado como os seus dirigentes são bastas vezes derrotados nos pretórios. Os governos raramente ousam importunar os juízes, e, se repelidos, não insistem. A força temerosa, capaz de apavorar os magistrados tímidos, força que em todos os tempos foi ativa, e hoje, no século da demagogia, tomou intensidade desmedida, é a pressão popular.

A História ensina, diz Carlos Maximiliano, ‘que a pressão popular, o despotismo das maiorias é mais temível do que o Chefe do Estado’.

E Calamandrei adverte haver mais coragem em ser justo, parecendo injusto, do que em ser injusto, para que sejam salvas as aparências” .

Embora não deva o juiz ser habitualmente novidadeiro, às vezes, depois de refletidos estudos, nada está a empecer que inove em sua função jurisdicional, administrativa e correcional, sem temer por críticas ou censuras. Proibi, nos idos de 1973, quando judiciava em Campinas, o protesto cambiário contra o avalista, ineditismo que causou surpresas, mas depois passou a ser norma de aprovação geral.

A prudência é uma virtude que nada tem a ver com o medo de inovar, quando inovar se fizer necessário. A história aponta vários exemplos de prudência que se exteriorizaram exatamente em ato de coragem.

No campo da praga das liminares que, infelizmente, assola o mundo forense dos dias de hoje, ao exato conhecimento jurídico que deve lastrear sua concessão *in limine*, deve somar-se uma boa dose de bom senso.



Sem a mínima pretensão de doutrinar, a respeito de tema que pessoas mais cultas já o singraram, não custa lembrar algumas lições que, amiudadamente, não têm sido bem compreendidas ou são inteiramente ignoradas.

É de todo oportuno rememorar que a finalidade da medida cautelar é a de garantir a eficácia da sentença a ser proferida na ação principal ou no respectivo recurso, ou seja, manter a situação de fato tão incólume quanto possível, a fim de ser mantido o equilíbrio entre as partes, sem o que se tornaria em muitos casos, inúteis ou ineficazes os efeitos da sentença ou o decidido no recurso.

Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior, a ação cautelar “corresponde ao direito de provocar a parte o órgão judicial a tomar providências para conservar e assegurar a prova ou bens, ou para eliminar de outro modo a ameaça de perigo de prejuízo iminente e irreparável ao interesse tutelado no processo principal; vale dizer, a ação cautelar consiste no direito de assegurar que o processo possa conseguir um resultado útil” .

De outra parte, perdão pela repetição, o binômio plausibilidade do direito invocado ou *fumus boni juris* e *periculum in mora* devem sempre estar umbilicalmente ligados e presentes, sem o que desaparece a base jurídica para a concessão da liminar.

Essa é a lição do saudoso professor e grande mestre José Frederico Marques: “na conjugação do *fumus boni juris* com o *periculum in mora* é que residem o pressuposto jurídico do processo cautelar.”

Se há dúvida razoável sobre a plausibilidade do bom direito, isto é, se tal plausibilidade não socorre somente o recorrente, por não se poder, *prima facie*, descartar a improcedência da pretensão contida na ação ou no recurso principal, de uma parte, e se, por outro lado, o dano da parte contrária, de terceiros ou de interesse público for de igual ou



maior intensidade, peso e valor, há a figura do dano inverso, a exigir maior reflexão por parte do juiz, pois já é de sabença popular que se não deve vestir um santo à custa de desvestir-se outro.

Vários anos depois das sábias palavras do desembargador Sylos Cintra, ouvi severas críticas do saudoso desembargador Edgard Aparecido de Souza, conquanto vazadas com extremada educação, acerca de uma liminar que passo a resumir.

Na undécima da hora de uma importantíssima partida de futebol, até onde me lembro que decidia um campeonato paulista, com toda a lotação do estádio previamente vendida, a par da preparação desencadeada pela imprensa, falada, escrita e televisiva para cobertura do evento, sem se perder de vista o interesse da outra parte litigante e do público em geral, por questão de simples interpretação de regulamento, concedeu-se uma liminar para suspender o referido jogo, que acabou por ser realizado somente dois ou três meses depois.

Recordo-me que o desembargador terminou suas críticas com palavras que ficaram indelevelmente crivadas na minha memória. Esse meritíssimo juiz fez exatamente o contrário do que deveria ter sido feito, dadas as circunstâncias fáticas acima já apontadas e a não bem clarificada plausibilidade do direito invocado pela equipe requerente da medida, além, é claro, da má caracterização do *periculum in mora*, o que se poderia chamar de dano inverso, uma vez que a partida poderia ter sido realizada e, se fosse o caso, depois anulada ou desconstituída.

Todo empenho para melhorar as coisas é válido, pois o processo e o procedimento, a par de outras medidas, precisam ser escoimados das eivas que os contaminam. Não podemos perder de vista a

perspectiva de que a melhor justiça ainda é a justiça judiciária, como lembra o mestre da jurisprudência americana Roscoe Pound.²³

6. Justiça e pacificação

Como argutamente doutrina Cândido Rangel Dinamarco, ao sistema cabe “cumprir de modo exauriente a promessa constitucional de proporcionar tutelas jurisdicionais justas, mediante processos justos.”²⁴

De modo geral, contudo, o que se tem é uma justiça tarda e, como tal, injusta, pois não se pode, a rigor, rotular de eficiente uma justiça que protrai os conflitos, compondo-os, não raro, quando outro e diferente apresenta-se o quadro fático primevo. Ainda, no dizer do festejado processualista de Guaratinguetá, o principal escopo social do processo é a pacificação, “mediante a eliminação de conflitos e insatisfações.”²⁵

Os anseios de paz e justiça remontam a épocas imemoriais. Narra o magistrado goiano Ney Teles de Paula pérola guardada em antigo pergaminho por lamas tibetanos, traduzida para as línguas ocidentais, a qual cristaliza esse ideal: “a paz social depende da justiça; a felicidade do indivíduo depende da certeza de gozar em paz as suas posses.”²⁶

Nos idos de 1686, em memorável sermão intitulado “A Justiça na Bahia”, o orador sacro Pe. Antônio de Sá advertia:

“...E este he o primeiro aviso, que dà aos tribunaes da terra, que nam se dilatam nelles com importunas tardanças os despachos, senam que se abreviem com diligente cuidado: porque na verdade não

²³ POUND, Roscoe. Justiça conforme a lei. São Paulo: Ibrasa, 1965. p. 67, et seq.

²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 2, p. 34

²⁵ *ibid.*, v. 1, p. 128

²⁶ PAULA, Ney Teles de. A rosa paradisíaca e outros escritos. Goiânia: Kelps, 2000. p.



sabe o que custa hum despacho retardado, quem retarda um despacho” (redação original).²⁸

Em outro passo:

“Ou despachar logo com o desengano, ou com a mercè, porque negar logo o que se pretende, pode ser benevolência de quem ama, & conceder tarde o que se dezeja, parece graça de quem zomba” (redação original).²⁷

A paz, não apenas como ausência de guerra e distúrbios graves, mas como valor positivo, a exteriorizar a harmonia entre a pessoa e a vida, está entrelaçada de modo figadal com a Justiça, esta entendida, em acaciana sabença, como a arte (a virtude ou a ciência) de dar a cada um o que é seu, no campo da prestação jurisdicional, segundo o Direito vigente. Para o sempre citado Norberto Bobbio, “direito e poder são duas faces da mesma moeda. Uma sociedade bem organizada precisa das duas. Nos lugares onde o direito é impotente, a sociedade corre o risco de precipitar-se na anarquia; onde o poder não é controlado, corre o risco oposto, do despotismo. O modelo ideal do encontro entre direito e poder é o Estado democrático de direito, isto é, o Estado no qual, através de leis fundamentais, não há poder, do mais alto ao mais baixo, que não esteja submetido a normas, não seja regulado pelo direito, e, no qual, ao mesmo tempo, a legitimidade do sistema de normas como um todo derive em última instância do consenso ativo dos cidadãos.”²⁹

7. Conclusão

²⁸ *ibid.*, p. 5

²⁷ “Sermam que pregou OP. M. Antonio Saa da Companhia de Jesus. A Justiça na Bahia”. Publicado em Coimbra, Anno de M.DC. LXXXVI, na Oficina de Manoel Rodrigues D’Almeyda, a custa de João Antunes, mercador de livros, p. 4. Nota complementar: o acesso à obra deu-se graças à gentileza do jurista e humanista Min. Luiz Carlos Fontes de Alencar, do STJ.

²⁹ BOBBIO, Norberto. O tempo da memória: de senectude e outros escritos autobiográficos. 4.



Sobre ser tarda e deficiente a prestação jurisdicional existente em nosso País, não há dissenso. Igualmente, a maioria dos operadores do direito não titubeia ao eleger o atual CPC como o principal obstáculo para uma situação de maior eficiência e presteza na concretização da justiça.

Esta dissertação arrolou outras causas, mas dúvida não há acerca da defasagem entre as leis processuais e os tempos hodiernos.

A vida humana é fugaz; passa num abrir e fechar de olhos; qual "relâmpio", segundo antiga modinha caipira. Com o progresso, vacinas infantis, mais higiene, saneamento etc., tem-se dilargado sua duração; a cada dia, um maior número de pessoas ultrapassa a casa dos 70 e 80 anos de vida. Sem embargo, não se mostra sequer aceitável que um ser mortal tenha de aguardar o desfecho de uma demanda por anos a fio. Não é justa a consumação de consideráveis anos de vida sem o desfecho de uma porfia.

Como já cantava o poeta português João de Deus (1830-1896), no século retrasado:

"A vida é o dia de hoje,
A vida é ai que mal soa,
A vida é sombra que foge,
A vida é nuvem que voa:
A vida é sonho tão leve
Que se desfaz como a neve
E como o fumo se esvai:
A vida dura um momento,



Mais leve que o pensamento,

A vida leva-a o vento,

A vida é folha que cai!”³⁰

Da mesma banda, a situação para a pessoa jurídica não é diversa. No mundo empresarial globalizado, com os avanços das comunicações, na era da disseminação dos computadores, internet etc., o andar do processo não se acadrina com as necessidades do mundo moderno.

Na teoria, a uma voz, todos reclamam. Basta, todavia, surgir uma nova fórmula de simplificação, ao menor esboço, que a reação é altissonante³¹. O pior é que a oposição, de regra, paradoxalmente, parte de alguns advogados, esquecidos de que seriam os maiores beneficiários de uma Justiça menos morosa.

Como se viu neste singelo opúsculo, seja no plano internacional, seja dentro de nosso rincão e de nossas águas territoriais, vive-se a Era dos Direitos. O busílis da questão prende-se ao fato de que,

³⁰ DEUS, João de. Campo de flores. “A vida”. 1893.

³¹ O deputado federal Aloysio Nunes Ferreira, acolhendo sugestão formulada pelo ministro aposentado Ruy Rosado de Aguiar, do Superior Tribunal de Justiça, apresentou o Projeto de Lei n. 1.798, de 2003, exteriorizado nos seguintes termos, na parte a ser aqui evidenciada: “Art. 1º. Acrescente-se o seguinte art. 557-A ao Código de Processo Civil – Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973: ‘Art. 557-A. O desprovimento de qualquer recurso implicará a perda de 10% do valor da causa, ou da condenação, se já existir, a título de honorários em favor do patrono da outra parte’”. Esse projeto, se convertido em lei, iria inibir a interposição irresponsável de recursos meramente procrastinatórios que estão entulhando nossos tribunais. A resistência de certos setores foi tão forte que o proponente viu-se compelido, em 5.2.2004, a retirar o projeto de pauta. Ao Projeto de Lei n. 2.927, de 1997, de autoria do deputado federal Ricardo Izar, com o mesmo fim – a estabelecer que o acórdão condenará o vencido no recurso ao pagamento de novos honorários advocatícios, independentemente dos fixados em decisões anteriores, em percentual variável de meio por cento a dez por cento do valor atualizado da causa –, não foi reservada melhor sorte. O desembargador aposentado e escritor Francisco César Pinheiro Rodrigues, em palestra proferida em jornada jurídica, presidida pelo professor Álvaro Villaça, promovida em 24.3.2000, pela Faculdade de Direito da Fundação Álvares Penteado, da qual participaram também os ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros, além do autor deste trabalho, defendeu igualmente a imposição de verba honorária advocatícia, independente da já fixada, ao recorrente, se seu recurso não vingar.



não raro, o direito é pura e simplesmente ignorado e, quando aplicado, há uma prestação jurisdicional falha e morosa. Para que essas despreziosas palavras não fiquem vagando no etéreo campo das abstrações meramente acadêmicas, a título simplesmente exemplificativo, não custa lembrar o significativo número de homicídios provocados no mundo inteiro, direta ou indiretamente, e as condições subumanas a que são submetidas centenas de milhões de pessoas; guerras motivadas por causas não devidamente esclarecidas, execuções sumárias como as recentes praticadas em Cuba etc. e, no plano indígena, aí estão à solta assassinios praticados até por grávidos mandantes que se servem de pistoleiros profissionais, trabalho escravo, tráfico de mulheres, menores para prostituição e a deplorável guerra do tráfico de drogas, assim por diante.

Pelo número de convenções, leis, tratados etc., está-se na Era dos Direitos, como já assinalado. No plano da absoluta efetivação dos direitos, nunca é demais repetir, não se estaria na Era do Vazio, para se utilizar da expressão de Lipovetsky³² ?

Aliás, até em grandes cidades brasileiras existem, em pleno século XXI, chacinas que, de ordinário, passam quase que despercebidas pela mídia e pela já anestesiada consciência social. Chega-se ao absurdo do descaso. São implicitamente aceitos tais lamentáveis crimes pela sociedade hipócrita, porque, na maioria das vezes, as vítimas são pessoas marginalizadas, "os ninguéns, que custam menos do que a bala que os mata"³³. Isso outra coisa não é senão a privatização da pena de morte. O paradoxo é a inércia daqueles que assistem a esse lamentável quadro passivamente, mas viram verdadeiros leões contra a instituição da pena de morte estatal, precedida de regular processo, da qual não sou adepto, diga-se de passagem.

³² ROJAS, Enrique. O homem light: uma vida sem valores. Coimbra: Coimbra Gráfica, 1994. p. 10

³³ GALEANO, Eduardo. O livro dos abraços. "Os ninguéns". Trad. Eric Nepomuceno. 10. ed. Porto Alegre: L&PM, 2003. p. 71



Como foi visto no decorrer desta monografia, se fossem levados em conta os inúmeros textos legais de direito material existentes, alguns dos quais retrocitados (itens 9 e 10), tais mazelas não existiriam nessa dimensão, pois não faltam tratados, convenções internacionais, declarações de direitos, leis, regulamentos etc. O que está faltando é a efetivação desses direitos interna e externamente.

Na Páscoa de 1985, Ralf Dahrendorf compilou e ampliou suas conferências em livro intitulado *A Lei e a Ordem*, em cujo capítulo primeiro desenvolveu o tema da anomia. Suas proféticas observações são de uma atualidade inimaginável. Explicou que o significado real da erosão da lei e da ordem podia ser conceituado como a ausência crescente de punições efetivas para as condutas delituosas, nestas incluídas as infrações toleradas, as não-denunciadas pelas vítimas e as ocultas nas estatísticas.³⁴

Depois de ensinar que em 1591 Lambarde conceituara a anomia como um fenômeno “portador de distúrbios, dúvidas e incertezas sobre tudo”³⁵, assevera que “a anomia é uma condição social em que as normas reguladoras do comportamento das pessoas perderam sua validade. Uma garantia dessa validade consiste na força presente e clara de sanções. Onde prevalece a impunidade, a eficácia das normas está em perigo. Nesse sentido, a anomia descreve um estado de coisas em que as violações de normas não são punidas”³⁶.

No campo indígena, urge aparelhar o sistema judiciário e descomplicar os códigos processuais. O Código de Processo Civil, por exemplo, virou verdadeiro cipó, perdeu sua organicidade e os artigos nele marchetados já estão até se servindo das letras do alfabeto. Provavelmente o alfabeto português não será suficiente e logo mais vão ter que procurar outras formas de numeração.

³⁴ DAHRENDORF, Ralf. *A lei e a ordem*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1997. p. 24

³⁵ *ibid.*, p. 24

³⁶ *id. ibid.*, p. 28



A isso tudo pode-se chamar de “estranha modernização”, mas nunca de “progresso”.

Ao ideal idealíssimo, de todo modo inatingível, deve-se preferir o ideal realizável. Nenhuma solução será alcançada se não houver vontade sociopolítica de pôr cobro ao calamitoso estado de coisas. O processo de resultados continuará apenas no sonho dos idealistas práticos, que vivem com os pés na terra.

