Número 5 – março/abril/maio 2006 – Salvador – Bahia – Brasil

A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO E AS REFORMAS INSTRUMENTAIS: AVANÇOS E RETROCESSOS[1]

Prof. José Joaquim Calmon de Passos
Professor Catedrático da Universidade Federal da Bahia.
Coordenador do Curso de Especialização em Processo
do Centro de Cultura Jurídica da Bahia - CCJB.
Procurador de Justiça aposentado. Advogado e
consultor jurídico.

1. Falar sobre crise do Poder Judiciário é algo que comporta mais de uma abordagem. É possível inseri-la na crise mais ampla do próprio modelo de Estado em que ele se insere. Pode, outrossim, configurar-se como uma crise que lhe seja específica, localizada no processo constitucional de produção jurisdicional do direito ou na institucionalização dos agentes políticos por ele responsáveis, como pode simplesmente ser um problema menor, relacionado com os procedimentos adotados naquele processo constitucional já referido. A primeira, com implicações que extrapolam do que é próprio da função jurisdicional. A segunda, de matriz estritamente constitucional, condicionadora de todos os demais problemas processuais e sua causa mais relevante. A terceira, ainda passível, em parte, de apresentar matizes constitucionais, porque pertinente à organização judiciária, localizada, entretanto, no mais significativo, no espaço da legislação infraconstitucional. A quarta, de pequena relevância e de facílima superação, porque toda ela de natureza infraconstitucional e dizendo respeito apenas a procedimentos. Em nosso país, todas elas convivem, sendo que a primeira, a mais grave, tem sido de todo descurada. A segunda, de difícil solução sem que a primeira seja resolvida, mas passível de ser minorada em seus aspectos mais graves, também é ignorada. A terceira, ainda penosa, pela camisa de força em que a colocou a nossa "indigestão constitucional", fez-se tão grave quanto a segunda e tem

[1] Conferência no II Congresso. Brasileiro de Dir. Processual. Civil, Penal e Juizados Especiais. Joinvile. 16.06.2001

sido, tanto quanto ela, desconsiderada, merecendo apenas referências marginais. A quarta, porque irrelevante, tornou-se a "bola da vez", servindo como pretexto para o encobrimento das três primeiras, permitindo que delas não cuidemos. Utilizando imagem por mim já empregada em outra oportunidade, direi que estamos, criminosamente, colocando curativos na epiderme de um sujeito canceroso. Em outras palavras: ludibriando o doente e os circunstantes, na esperança de fazê-los crer que estamos interessados na cura do enfermo, quando apenas ocultamos o inevitável de seu falecimento.

2. Fundamentarei quanto venho de afirmar, buscando não parecer nem leviano, nem ressentido, nem catastrófico. Certamente que o farei de modo o mais sintético possível, donde o risco de parecer superficial. Escapo desse perigo pelo fato de já vir de há muito tempo refletindo sobre o assunto, tendo escrito livros e publicado artigos nos quais abordei essa problemática.[2] Inicio com o óbvio Nós, juristas, trabalhamos basicamente com os conceitos ou noções de *lícito e ilícito, proibido, devido e permitido,* todos eles insuscetíveis de identificação objetiva e controle mediante a contraprova empírica. São frutos de um *dizer* dos homens sobre a conduta dos homens e um dizer dotado de particular especificidade – um dizer capaz de se tornar inelutavelmente impositivo, sob a forma de *decisão,* a serviço de cuja efetividade se institucionaliza o monopólio do uso legítimo da força (violência simbólica) traduzindo-se essa decisão, faticamente, em interferência na nossa liberdade e em nosso patrimônio. Por mais que busquemos ocultar essa face do jurídico, ela é que é decisiva e relevante – entender o que justifica poderem alguns homens dizer-nos, sem remissão, o que é licito e ilícito, justo ou injusto e em nome desse dizer interferir nos dois espaços mais sagrados da condição humana – a nossa pessoa e o suporte material sobre que ela se firma.

3. Essa inevitável associação do direito à coerção legitimada associa, também de modo necessário, o direito à política. Só o poder político institucionalizado pode *criar* o direito, ainda quando, para nosso consolo, criando-o, também se ponha limites, o que lhe reduz o espaço do arbítrio. Daí o feliz dizer de Bobbio: só o poder cria o direito mas só o direito limita o poder. Em trabalho de muito mérito, Mirjan R. Damaska[3] acentua esse aspecto do jurídico. Professor de direito comparado na Law School of Yale, teve a particular experiência de, sendo iugoslavo, ter vivido, como profissional do direito, a experiência do sistema socialista e do *civil law* europeu, por sua formação acadêmica e sua posterior atuação em países não comunistas quando de sua terra natal se retirou, somando a isso o fato de ter ido ensinar e atuar nos Estados Unidos, conhecendo as particularidades do sistema do *common law.* Dessa rica vivência retirou as conclusões que coloca no fecho de sua obra que sintetizo nestes termos: *os fatores políticos assumem um papel*

---

[2] Indico os mais recentes: *A instrumentalidade do processo e a garantia do devido processo legal,* divulgado pela Revista Forense, Síntese e outras, o meu livro *Direito, poder , justiça e processo – julgando os que nos julgam,* Forense, 1999, *Repensando a teoria da Constituição,* texto produzido para o Congresso de Direito do Estado, realizado em Salvador, em abril deste ano e que está no prelo, a cargo da Max Limonad.

[3] *I volt idella giustizia e del potere – analise comparatistica del processo,* Il Mulino, Bolonha, 1991.

central na explicação (ou compreensão) dos grandes sistemas processuais Utilizando as palavras de Michele Taruffo, na introdução que escreveu para a tradução italiana da obra de Damaska: *a análise de Damska é funcional, não ideológica: do poder não lhe interessa a ideologia subjacente (ou sobrejacente) ou quando nada não considera essa ideologia relevante por si só. O que ele considera decisivo é a estrutura organizativa que o poder assume, em particular no setor judiciário, em conexão geral com a função que o Estado se atribui*[4] Precisamente essa dimensão política do jurídico é que tem sido descurada entre nós, preferindo-se um discurso ideologicamente comprometido e irrealista, que não produz resultados práticos consistentes e, o que é mais grave, desmobiliza a sociedade para a tarefa, que é fundamental – de promover reformas de natureza política, após o que esses ganhos políticos prévios serão institucionalizados juridicamente.

4. A partir disso, podemos concluir, também com evidência palmar, que o relevante, no jurídico, não é o que foi *dito* como valendo direito posto por quem investido do poder de fazê-lo, sim quem são os sujeitos legitimados para esse "dizer", as razões que legitimam sua escolha e o processo mediante o qual ela se efetiva e os procedimentos institucionalizados para a consumação desse "dizer", isto é o perfil político da função jurisdicional e suas implicações de natureza econômica e em que termos se viabilizou o controle social sobre esse conjunto de atividades. Em resumo – de todo irrelevante ou quando nada não prioritário, discutir o que seja o *direito justo,* quer se exija sua institucionalização pelo legislador, quer se adote a insanidade política de considerá-lo capaz de ser institucionalizado por via das decisões judiciais. Urgente, isso sim, lutar-se por uma organização do Estado que gere, como conseqüência, mais democracia real e menos democracia formal, com o que se obtém sempre o máximo da justiça possível no contexto histórico em que se opera e no tempo em que se vive.

5. Podemos, agora, ir adiante e afirmar o que se me afigura óbvio. É de todo impensável dissociar esse *dizer* o direito dos interesses hegemônicos que, por força de se revestirem dessa natureza, lograram institucionalizar o jurídico, fazendo-o, necessariamente, à sua feição. Não há poder sem hegemonia nem direito sem poder. Também óbvio e elementar que se esses setores hegemônicos apenas puderem *dizer* o direito *posto* (um dizer prévio e genérico) sem segurança de efetivá-lo como direito *aplicado (imposto)* o poder terá se deslocado de suas mãos, enquanto legislador, para as mãos dos que se investem nas funções de aplicadores, porque somente o direito aplicado é *efetivamente* direito. Quando isso ocorre, há conflito de poderes, instabilidade política, que se resolverá, necessariamente, em algum ato de força mediante o qual os setores hegemônicos recuperarão a parcela de poder que lhes foi subtraída.

6. Impossível haver contradição entre o momento legislativo da produção do direito e o momento judicial de sua aplicação no seio da organização política

[4] *Ob. cit.,*pgs. 394 e 11. Com larga fundamentação, comprova como textos normativos literalmente traduzidos de um para outro país determinam conseqüências as mais diversas, em função precisamente dos fatores políticos que operam no país tradutor.

que o produz. Esta a razão pela qual em todas as civilizações, em todas as eras da nossa história, em todos os grupamentos políticos, o magistrado sempre foi a segurança da efetividade da vontade do poder instituído. Ninguém pôs dúvida quanto a essa verdade nos regimes imperiais ou autoritários de qualquer natureza. Tentou-se fantasiar, porém, inclusive com falseamento dos fatos, no tocante às chamadas democracias grega e romana da fase republicana. Hoje, já não se tem nenhuma dúvida da subordinação e controle que sobre os magistrados exerciam tanto a aristocracia grega quanto a romana.[5]

7. Esse vínculo não cessou com a democracia moderna. O que a distingue de todos os regimes anteriores é que, na democracia moderna, o soberano não é, teoricamente, um ou alguns indivíduos identificáveis ou um segmento bem definido da sociedade, sim todos os que a integram como cidadãos. A soberania, teoricamente, é do povo. Inexistem, portanto, senhores, pelo que ninguém está originariamente legitimado a exercer qualquer poder sobre outro cidadão, tão livre e poderoso quanto aquele que se atribui algum poder. Daí se afirmar que, numa democracia moderna, soberanas são as leis, que expressam a vontade geral, vontade esta cuja formalização se obtém mediante um processo de produção do direito constitucionalizado.

8. Corolário disso é a conclusão de que o controle de fidelidade aos interesses hegemônicos, antes confiado ao soberano ou aos estamentos aristocráticos foi, hoje, transferido para a sociedade, para o corpo de cidadãos, detentores únicos da soberania. Esta a razão pela qual as Constituições dos paises do chamado primeiro mundo, elaboradas no século passado, não mais se referem a Poderes legislativo, executivo e judiciário, sim a Funções executivas, legislativas e judiciárias, no entendimento de que os agentes políticos nelas investidos em verdade dispõem de poder apenas com o objetivo de servir, o que desqualifica o poder como dominação, senhorio, supremacia, tornando-o função, um poder-dever[6]. Dessa perspectiva é que mais carecemos em nosso país, por vários motivos que não haveria tempo para explicitá-los nesta palestra.

9. Se essas premissas são verdadeiras, todo acréscimo de poder que se defere ao legislador e ao magistrado sem que se tenha organizado previamente o Estado em termos de possibilitar a responsabilização dos agentes políticos proporcionalmente ao quanto de poder lhes é deferido, significará redução do espaço da liberdade e ampliação do espaço da dominação, ou seja, menos cidadania. Quanto mais regulação se estabelece menos emancipação é possível. E quanto mais subordinação se institui menos liberdade se tem. É lugar comum da ciência política que numa real democracia, devem conviver indissoluvelmente poder e responsabilidade. Um é diretamente proporcional à outra. Quanto mais poder se defere, mais efetivos devem ser os

---

[5] Sobre isso, entre outros estudos, Norbert Rouland, *Roma, democracia impossível? Os agentes do poder na urbe ropmamna,* UNB, Brasília, 1981, e Alessandro Giuliani e Nicola Picardi *La resposnabilità del giudice,* Giufrè,Milão, 1987*,* Cap. I

[6] Leitura útil seria a do livro de Adam Pzeworski, *Democracia e mercado no leste europeu e na América Latina,*Relume Dumará, Rio,1994, pgs. 25/64.

instrumentos de responsabilização do agente político nele investido. Esse aspecto é o de maior relevo em nossa vida política.

10. Como salientado por muitos dos analistas de nossa história sócio-política-econômica, somos, milagrosamente, o único país do mundo em que o sistema capitalista consolidou-se sem ter havido o prévio da revolução burguesa. Por força disso, permanecemos, até hoje, não uma sociedade de classes, sim uma sociedade estamentária. E é típico de sociedades desse modelo assegurarem-se privilégios, obstaculizando-se a competição à base da competência, do que resulta a impossibilidade, quase que radical, de responsabilizarem-se agentes políticos, todos eles protegidos por seus privilégios estamentários, que lhes assegura o seu próprio autocontrole, o que equivale a nenhum controle social. Nesse quadro, qualquer acréscimo de poder aos magistrados, como protagonistas do processo jurisdicional de produção do direito, é acréscimo de arbítrio e fonte geradora de insegurança e de instabilidade dos direitos. O Judiciário se disfuncionaliza, produzindo justamente os resultados para cuja inocorrência foi institucionalizado.

11. Aceitando-se a análise precedente, fica bem fácil a avaliação das reformas que vêm sendo empreendidas em nossa legislação processual, desde 1994. Sobre elas, posso reproduzir, aqui, o que já disse em artigo anterior. Perguntando por que, em sua dimensão mais pretensiosa, agravaram antes de solucionar, respondi: “Porque exacerbaram a litigiosidade e favoreceram o arbítrio. Essas duas coisas, casadas, estimulam os inescrupulosos a postular e decidir sem ética e sem técnica, transformando aos poucos o espaço forense no terreno ideal para a prática do estelionato descriminalizado, a par de incentivarem os ignorantes a ousarem cada vez mais, os arbitrários a oprimirem cada vez mais, os vaidosos a cada vez mais se exibirem e os fracos a cada vez mais se submeterem. O que pode ter sido pensado com boas intenções, na prática, justamente pela ”viscosidade” da decantada “instrumentalidade”, transforma-se em arma na mão de sicários, ou, para usar as expressões de um ilustre advogado paulista - faz do direito e do processo, nos dias presentes, a pura e simples arte, ou artimanha, de se colocar o punhal, com precedência, na jugular do adversário. E ele completava entre infeliz e irônico: “Legalidade, dogmática, teoria jurídica, ciência do direito, tudo isso é pura perda de tempo e elocubração para o nada”. Distorção não menos grave, outrossim, foi a de se ter colocado como objetivo a alcançar com as reformas preconizadas apenas uma solução, fosse qual fosse, para o problema do sufoco em que vive o Poder Judiciário, dado o inadequado, antidemocrático e burocratizante modelo de sua institucionalïzação constitucional,. A pergunta que cumpria fosse feita - quais as causas reais dessa crise - jamais foi formulada. Apenas se indagava - o que fazer para nos libertarmos da pletora de feitos e de recursos que nos sufoca? E a resposta foi dada pela palavra mágica “instrumentalidade,” a que se casaram outras palavras mágicas - “celeridade,” “efetividade,” “deformalização” etc. E assim, de palavra mágica em palavra mágica, ingressamos num processo de produção do direito que corre o risco de se tornar pura prestidigitação. Não nos esqueçamos, entretanto, que todo espetáculo de mágica tem um tempo de duração e de desencantamento.”

12. Para não ficarmos apenas nessas palavras, já que nos cobram indicar que avanços e retrocessos ocorreram, serei mais preciso a respeito. Cuidarei unicamente das modificações mais pretensiosas. Parece-me que foram elas as relativas à antecipação da tutela, à execução específica das obrigações de fazer e não fazer, à nova roupagem do agravo de instrumento, à previsão da audiência preliminar e à criação dos Juizados Especiais. Em todas elas, o acréscimo de poder dado ao juiz e a total impotência dos litigantes diante desse poder já as desqualifica de todo, caso quanto colocamos como premissas de nosso pensamento seja aceitável. Todas essas inovações seriam extremamente louváveis e dariam resultados excelentes se os pressupostos para sua legitimação e operacionalidade em termos democráticos tivessem sido atendidos. Sem esquecer que, no mínimo, sua introdução reclamaria ajustamentos no CPC, de modo a preservar-lhe a sistematicidade, indispensável para sua mínima racionalidade. Será impossível uma análise em profundidade de todas elas, pelo que apenas daremos algumas pinceladas em cada problema, remetendo ao muito que já escrevemos e falamos a respeito em artigos e conferências divulgadas e comercializadas em vídeos.[7]

13. Começarei com a audiência preliminar, atendendo a sua precedência procedimental. Ela seria uma inovação revolucionária se guardasse coerência com o que deve ser uma audiência preliminar. Seu grande alcance é a simplificação da fase postulatória, afastando-se preclusões que ponham embaraços formais ao que é fundamental – precisarem as partes, para o magistrado, que controvérsias, das existentes entre elas, vão reclamar a solução judicial. Isso definido, comparecerem perante ele que, analisando quanto lhe é apresentado, ou julga inadmissível o pleito, por motivos de ordem processual, ou leva-o a instrução, para fins de julgamento, indicando as partes, com precisão, os fatos que pretendem provar e as fontes de prova de que dispõem para tanto. Nossa audiência preliminar foi apenas mais um complicador visto como ela somou "novidade" a um sistema que manteve todo o procedimento prévio anteriormente normatizado, formalista, rico de preclusões, ensejador de recursos e de complicações e idas e vindas. Sem esquecer que encambulhou conciliação com audiência preliminar e ainda distinguiu dois procedimentos diversos para direitos disponíveis e indisponíveis, sem esquecer a manutenção do julgamento conforme o estado do processo, os efeitos da revelia e a exigência de não se levar a audiência preliminar processo inadmissível. Da minha ótica, tornou confuso o que, se era algo com roupagem de velho, merecia substituição, não remendo, pois o Evangelho já recomenda há séculos que não se deve por remendo de pano novo em roupa velha.

---

[7] Sem pretender exaurir, indico: *A fundamentação dos julgamentos como garantia constitucional* - (II Simpósio Nacional Civil-Comercial e Processual – IBAJ, Salvador, Outubro de 1996; *Princípio da instrumentalidade do processo,* II Congresso de Processo Civil e Trabalhista, Natal, setembro de1998, *Juizados especiais e o novo procedimento sumário,* I Simpósio Nacional de Direito Civil e Processual Civil, Belo Horizonte, abril de 1996 , *Dimensão política do processo:direito, poder e justiça,* II Simpósio Nacional de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, '1992, *Processo e constituição,* III Simpósio Nacional do IEJ,1992, *A reforma do CPC* - Curso promovido pelas Associação dos Advogados de S. Paulo, fevereiro de 1996

14. A tutela antecipada, que se pensou inicialmente como mais uma hipótese de julgamento abreviado, em face do abuso do direito de defesa pelo réu ou do seu intuito protelatório o que, por sua ilicitude, deveria ensejar a execução provisória, tornou-se um instrumento de favorecimento da corrução, de abuso e de prepotência, às custas do enxerto infeliz do inciso I do art. 273, que a admite quando houver fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, deslocando para o processo de conhecimento o que sempre foi pertinente à tutela cautelar, em nome de um monstrengo chamado de cautelar satisfativa que ”contaminava” o processo cautelar. Os casos vergonhosos de abusos impunes e negociatas ultimadas em Gabinetes tendo por objeto concessão de tutelas antecipadas sem audiência do réu, vale dizer, deferidas com o despacho da própria inicial falam mais alto do que qualquer argumento dogmático.

15. A execução das obrigações de fazer e não fazer que na velha sistemática era, na verdade, uma afronta ao titular do direito, dada sua inviabilidade[8], deu uma guinada de trezentos e sessenta graus e saiu da sua condição de múmia processual para a de um raio fulminante, que deixa quem ainda não tornado indiscutivelmente devedor submetido aos azares dos juizes generosos e apressados. Pretendeu-se, loucamente, eliminar a garantia da coisa julgada, liberou-se o juiz de sua adstrição ao pedido, submeteu-se o réu ao vexame de ser compelido a despender atividade e recursos, com desfalque patrimonial, sem nem ao menos se ter certificado com firmeza seu dever de fazer ou não fazer aquilo a que é compelido sem remissão e sem que o beneficiado preste caução para garantia do ressarcimento dos danos que a pressa do autor e a inconsciência do magistrado possam lhe ter determinado. Enfim, acirrou os ânimos, estimulou ambições malsãs e tornou o processo um belo instrumento de extorsão. E no entanto, caso fossem podados seus exageros, representaria um excelente ganho processual.

16. Quanto ao novo agravo de instrumento, não deveria merecer nem mesmo um breve comentário, pois apenas comporta sua execração radical. A pretexto de se afastar a admissibilidade de mandado de segurança contra to judicial (que heresia, acreditar-se que um juiz pode incidir em ilegalidade ou abuso de poder!!!) permitiu-se a recorribilidade de tudo, com atribuição de um poder excessivo aos tribunais e aos relatores, com o que se desmoralizou e desqualificou ainda mais a magistratura do primeiro grau, sem esquecer a construção da hermenêutica “progressista” que emprestou ao agravo mais um efeito – o efeito ativo, A história secreta das liminares em agravo e do efeito ativo que gestaram adulterinamente, é algo a merecer uma narrativa à parte. Eliminar recurso de interlocutórias, que seria o verdadeiro avanço, disso jamais se cogitou. Porque solucionar esse problema exigiria rever-se toda a formação e investidura dos juizes do primeiro grau e a institucionalização de meios de controle da correção de seu procedimento. Sem esquecer que tiraria dos tribunais a posição de “senhores de engenho!” que a Constituição de 1988 lhes

[8] Já fizera crítica severa ao modelo em nosso trabalho *Crise do processo de execução,* publicada, inclusive, na coletânea de E*studos em homenagem do prof. Alcides Mendonça Lima,* pela Fabris Ed.i

outorgou, criando a teratologia de um Poder Judiciário em que há "servos" e "senhores".

17. No pertinente aos Juizados Especiais, outra inovação que poderia representar o embrião nos novos magistrados que o Brasil está a exigir e do processo renovado de que necessitamos, foi transformado no que chamo de "espaço privilegiado da inconstitucionalidade e do arbítrio". Reproduzirei aqui, um tanto resumidamente, o que já foi objeto de pronunciamento nosso em Parecer que nos foi solicitado e utilizei, em outra causa, como razões de recurso extraordinário interposto de decisão de uma Câmara do Tribunal de Justiça da Bahia até hoje não processado. O artigo 98,I da Constituição Federal dispõe que a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade. *Menor complexidade,* ainda quando pedindo preenchimento para sua utilização prática, é termo que diz respeito não a algo elástico, passível de ser dilatado pelo arbítrio de legisladores e magistrados, sim a alguma coisa suscetível de denotação e conotação. Complexidade, dizem os dicionários, é a qualidade do que é complexo, *entendendo-se por complexo o que abrange ou encerra muitos elementos ou partes, o que é confuso, complicado, intricado ou observável sob vários aspectos.* A complexidade, portanto, é conceito relacionado, necessariamente, com a estrutura, a dinâmica, a posição e o desenvolvimento do objeto a que se imputa este atributo. Menos complexo, por conseguinte, é o que é simples ou com tão reduzido número de partes ou de elementos que a conexão entre eles se revela de fácil percepção e compreensão e de desenvolvimento singelo.

18**.** Diante disso, fica-se sem resposta para a opção do legislador construindo *menor complexidade* em função do valor da causa. Se algo é absolutamente imprestável para esse fim é o critério adotado. *Valor é atribuição de natureza estimativa* imputada a algum objeto, o que, no âmbito do valor da causa, se traduz em termos de *moeda,* sempre expressão em dinheiro ou redutível a dinheiro da avaliação do objeto do pedido. Cuida-se, pois, de referencial sem qualquer possibilidade de vincular-se à estrutura ou à dinâmica do litígio, imprestável, conseqüentemente, para dele inferir-se a maior ou menor complexidade da causa. Uma ação de despejo não se faz mais complexa se o aluguel do imóvel for dez mil reais ao invés de dez reais. Nenhum negócio jurídico ou direito de propriedade ou ato ilícito, por igual, faz-se mais ou menos complexo em função do valor do bem sobre que versa. Nem os litígios que suscitem reclamam do magistrado e das partes atividade postulatória, probatória e decisória mais complexa. Os problemas jurídicos que tais feitos ensejam são os mesmos, em termos de dificuldade e relevância, quer valha o bem posto como seu objeto quatro ou quarenta mil reais. A complexidade da prova deriva da natureza do fato, não de sua estimativa em termos de moeda. A complexidade das questões de direito assenta na singularidade do problema ou no universo de indagações que provoca, sem guardar qualquer nexo com o valor da causa. Revela-se evidente, portanto, mesmo para o senso comum dos leigos, que esse critério é inaceitável para determinação da maior ou menor complexidade de uma demanda, salvo

manifesta intenção de mistificar. Nem se pode invocar o paralelo da aceitabilidade do valor da causa para outras finalidades. Isso não se discute. O que se argüi de inadmissível é ter-se o valor da causa como parâmetro para competência que se determinou constitucionalmente fosse definida em função de sua complexidade.

19. Ainda quando o valor da causa pudesse servir de parâmetro para definição da menor complexidade do pleito, jamais seria aceitável como justificador da eliminação ou fragilização de garantias constitucionais básicas, o que de nenhum modo foi autorizado pelo art. 98,I da CF. E este é também um vício que afeta a constitucionalidade de alguns dispositivos da Lei 9.099. Nem se diga, um tanto desavisadamente, que nela inexistem reduções de garantias processuais constitucionais, tendo apenas havido, para adotarmos a gongórica proclamação da própria lei, ênfase nos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade. Tudo isso feito em benefício de mais eficiência e efetividade na prestação jurisdicional. Ninguém ousará discordar de que, em favor de objetivos tão nobres, todas as *formalidades supérfluas* devem ser descartadas. Duvido, entretanto, que alguém ouse afirmar autorizarem as vantagens antes referidas o sacrifício de qualquer dos princípios que estruturam a garantia do devido processo legal, bem mais relevante. Contudo o que ocorreu foi precisamente o inverso. A lei dos Juizados Especiais é pródiga não em eliminar formalidades, sim em descartar garantias das partes em beneficio do arbítrio do magistrado, dando prioridade às *urgências* do Poder Judiciário, pressionado pela sobrecarga de trabalho que sua defeituosa institucionalização constitucional determina. A par disso, traduz ela, com fidelidade, a vocação nacional para o autoritarismo que ainda adoece a elite e a classe média brasileiras, até hoje afetadas pela síndrome da “casa grande e senzala”, doença de que não nos pudemos curar ainda, máxime quando interagimos com o outro, quer na qualidade de sujeitos privados, quer na condição de legisladores, administradores ou julgadores.

20. O que vimos de afirmar é de fácil demonstração. Sem dúvida que o *principio da igualdade*, como garantia constitucional, em si mesmo, não é óbice intransponível à formalização de procedimentos diferenciados. Jamais alguém ousou afirmar tanto. Até porque o principio da igualdade de todos perante a lei traduz-se, como sabido, no dever de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade, para obter-se maior igualdade. Isso reclama, contudo, a precisa determinação daquilo que a doutrina denomina de *fator discriminante*, isto é, o critério utilizado para o tratamento diferenciado que se propugna, sem o que será impossível avaliar-se, com segurança, a necessidade de desigualar-se para se alcançar igualdade material. Que regras autorizam a discriminação, sem que ela importe violência ao princípio da igualdade? Celso Antônio Bandeira de Melo, em trabalho de mérito[9] cuida do assunto. A primeira regra, doutrina ele, diz respeito ao *elemento tomado como fator de desigualização.* A segunda, reporta-se à *correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discriminação e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado.*

[9] *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade,* p. 27 e segs.

A terceira, é pertinente à *consonância dessa correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados*. Claus Wilhelm Canaris[10] ensina também que *se viola o princípio da igualdade quando não se pode apontar um fundamento razoável, resultante da natureza das coisas ou materialmente informado para a diferenciação legal. Enfim, só se aceita o princípio ou a norma desigualizadora quando a discriminação deixe de ser caracterizável como arbitrária*. Olivier Jouanjan, professor da Universidade. de Borgonha, por igual assevera *haver inconstitucionalidade quando uma diferenciação deixa de ter apoio num fundamento claro e razoável, não assentando em critérios gerais objetivos, resultantes da natureza das coisas e tendo como conseqüência criar, em detrimento de certos grupos ou indivíduos, uma discriminação material*[11]

21. Na esteira desses mestres e particularmente adotando a técnica preconizada por Bandeira de Melo, analisemos a lei dos Juizados Especiais. Primeira operação a ser feita será identificar-se o elemento tomado como *fator discriminante* pelo legislador para justificar o tratamento desigual. Em seguida, cumpre analisar a correlação lógica abstrata entre esse fator e a desigualdade estabelecida com o tratamento jurídico diversificado. Em terceiro lugar, testar-se a consonância dessa correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional, conseqüentemente, juridicizados. Na lei sob análise nada disso foi atendido. A par de se ter adotado o valor da causa, de todo inadequado, como já exposto, também se teve como fator discriminante um mero ato do Poder Político: existir ou não Juizado Especial em determinada circunscrição judicial, o que é manifestamente opção legislativa, em termos de organização judiciária. Assim sendo, o fator discriminante revela-se manifestamente inaceitável e abusivo, visto como, antes de derivar *da própria natureza das coisas,* tem sua matriz numa decisão política E o que é fruto de um ato de vontade jamais pode ser atribuído à *natureza das coisas,* nem se admite que alguma garantia constitucional condicione-se ao arbítrio ou à discricionariedade de alguma decisão do Poder Público, inclusive do poder discricionário dos Tribunais que, inconstitucionalmente, vêm criando e extinguindo Juizados Especiais, designando juizes para neles terem exercício, movimentando-os arbitrariamente e ao talante de suas conveniências, com grosseira afronta a nossa Constituição, quando impõe o respeito ao princípio do juiz natural, ferido ainda o princípio da inamovibilidade.

22. Falta, por igual, a correlação lógica abstrata entre esse fator e a desigualdade estabelecida com o tratamento jurídico diversificado, correlação esta também exigida para se ter como admissível o tratamento diferenciado. Que nexo lógico existe entre o fator discriminante utilizado pelo legislador e a eliminação do igual tratamento em termos de garantais constitucionais? O critério processual fixado constitucionalmente para os feitos da competência dos Juizados cingiu-se a submetê-los a um *procedimento oral e sumário*, do que jamais se pode retirar qualquer autorização para eliminar ou reduzir garantias outorgadas ao litigantes pela própria Constituição, inclusive por ela

---

[10] *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*

[11] *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand,* p. 226

considerados insuscetíveis de alteração até mesmo mediante emenda constitucional (art. 60, § 4º, IV). Haverá algo menos complexo que uma causa em que ocorreu a revelia, eliminada qualquer instrução probatória e tornadas simples as questões de direito, porque não controvertidas? E no entanto o revel não é privado de nenhuma das garantais do nosso sistema de legalidade, nem é despojado da garantia do devido processo legal, expressa e enfaticamente consagrada em nossa Constituição. Antes se mostra evidente que, pelo fato de valer menos que quarenta salários mínimos, um pleito não fica impossibilitado de suscitar questões da maior relevância, tanto do ponto de vista processual, quanto do ponto de vista social, econômico, político ou técnico-dogmático. Antes, portanto, de haver qualquer nexo lógico entre o fator discriminante e o tratamento desigualizador o que há é a mais risível e intolerável ilogicidade.

23. Nem se logra melhor resultado quando se tenta determinar a consonância dessa correlação lógica (caso existisse) com os interesses absorvidos no sistema constitucional, conseqüentemente, juridicizados. Nossa Constituição é pródiga em enfatizar a garantia do devido processo legal. No inciso LIV do seu art. 5º diz que *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*. Como se tanto não bastasse, acrescenta no inciso LV que *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,* vedando, no inciso XXXVII, exista tribunal ou juízo de exceção, sem esquecer a exigência do art. 93, IX no sentido da fundamentação substancial dos julgamentos. Torna-se impossível compreender como, diante de um sistema constitucional tão preocupado com enfatizar a garantia do devido processo legal, se possa criar, apenas com apoio no valor da causa e na dependência de um ato discricionário do Poder Político, um procedimento que foge radicalmente do modelo estabelecido para todos os demais pleitos. Essa flagrante diversidade é de fácil demonstração. São ineliminâveis, para que se tenha como atendida a garantia do devido processo legal, certas exigências básicas, como sejam a do juiz natural, do contraditório com ampla defesa, da publicidade, da fundamentação das decisões e de seu controle. Todos esses aspectos foram negligenciados na Lei 9.099.

24**.** Sem necessidade de mais profunda análise, suficiente algumas referências. A forma de provimento dos cargos, como já referido antes, desatende sem-cerimoniosamente à garantia do juiz natural. Na postulação, a dispensa do advogado, deixando-se de aparelhar os juizados com defensores públicos, como imposto constitucionalmente (art.134) faz algo menor a exigência da ampla defesa, levando-se a causa a audiência sem que o réu tenha acesso às provas do autor, mesmo a documental, e sem que o autor nada conheça sobre as razões e as provas de seu adversário, atribuindo-se aos litigantes o dever de um imediato saber e conhecer, o que jamais se impõe ao magistrado, sempre em condições de qualificar de “impróprios” os prazos que lhe são determinados por lei. Os litigantes ficam privados do tempo necessário para ponderação e avaliação do conflito, quando já precisamente delimitado, e tudo isso é feito sem o cuidado de se analisar previamente a admissibilidade ou não do processo, quando hoje ninguém pode ser privado de sua liberdade nem de seu patrimônio senão mediante processo válido. A prova

é colhida sem cuidado, até porque, no ousado dizer da Lei, não precisará ser reduzida a escrito e dela o juiz colherá apenas os informes essenciais, tornado ele o senhor de tudo, inclusive da formação de seu próprio convencimento, sem necessidade de referência ao que foi documentado nos autos. Nem poderia fazê-lo visto como não reduzido a escrito quanto provado, bastando a fidelidade de sua memória, a retidão de seu caráter, sua aguda percepção das coisas, faculdades excepcionais que obteve mediante o concurso de provas e de títulos a que se submeteu, dispensada sua legitimação democrática para o exercício de tanto poder. Não há relatório na decisão e o juiz motivará o que decidir com breve resumo dos fatos relevantes que ocorreram em audiência. Nega-se ao advogado a sustentação oral diante das famigeradas Turmas Recursais, como se não bastasse a supressão de quase todos os recursos deferidos aos litigantes ordinariamente. Enfim, tornaram-se os litigantes simples mamulengos, manipulados pelos julgadores, utilizando os cordéis com que os aprisionam.

25. Nem pode ser esquecida a iniqüidade de se ter previsto a total gratuidade para os feitos que têm curso perante os Juizados Especiais, sem se ter em conta a condição econômica e financeira dos litigantes, quando para os demais processos não só eles são onerados com o pagamento das custas como de despesas judiciais, inclusive honorários de advogado. Para liberarem-se desses encargos, exige-se deles provem a impossibilidade de assumi-los sem sacrifício de sua manutenção e da família. E se não pretendermos fazer de conta que ignoramos a realidade, sabemos perfeitamente que os processos em que os litigantes gozam do beneficio da assistência judiciária gratuita andam mais lentos que a tartaruga da fábula, sem contar com a vantagem que ela teve de o coelho cochilar à sombra da árvore, o que jamais acontece com os litigantes abonados em relação a seus adversários beneficiários da assistência judiciária gratuita. Se alguma coisa é escandalosamente inconstitucional é esse tratamento não paritário, somente utilizado com propósitos demagógicos, permitindo-se dizer falaciosamente que com isso se atende a um valor que deve ser permanentemente celebrado - o do acesso à justiça. Entenda-se, para não haver mal entendidos – não o acesso à justiça material, que realizando a verdadeira democracia social, elimina a necessidade da ida aos tribunais, porque determina *cidadania real,* sim do acesso à justiça formal – que possibilita apenas uma decisão judicial, ato do homem, ser precário, tão sujeito, este especial sujeito, quanto todos os demais humanos aos percalços de sua condição humana.

26. Por último e depois de tantos desmandos, ainda ficam os julgadores autorizados a adotar em cada caso a decisão que acharem mais justa e equânime (seres privilegiados que são) atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum. Com tal gongorismo jurídico, liberam-se os magistrados do dever de respeito ao princípio da legalidade constitucionalmente consagrado, criando-se, sem autorização constitucional, um sistema corcunda de equidade, que nem é de legalidade nem é de equidade, mas um festival de arbítrio inspirado na demagogia de afirmações genéricas, inespecíficas, elásticas, que nem mesmo poderão ser objeto de controle pelos tribunais superiores, visto como das decisões proferidas no

Juizados descabe recurso especial, como descabe apelação, tudo ficando entre juizes do primeiro grau que, por estarem sobrecarregados, se sobrecarregam patrioticamente com mais uma função, a de integrantes de Turmas Julgadoras. Resolveu-se milagrosamente o excesso de trabalho com o acréscimo de mais trabalho. E mais: atribui-se aos magistrados com exercício nos Juizados Especiais o direito de desrespeitar a lei federal e de lhe dar a interpretação que bem lhes aprouver, podendo apoiar-se em falsa prova, ter sido peitado ou estar impedido para julgar o feito, visto como é inadmissível a rescisória das decisões transitadas em julgado. Faz-se das partes um sujeito menor, ou mínimo, em nome da demagogia de se ter resolvido o problema da litigância contida e se ter favorecido melhor acesso à justiça. Tanto milagre é conseguido com muito pouco - o desvalioso e nada significativo valor da causa. A moeda também já se fez critério para a dimensão da justiça devida. Pobre Brasil e pobres “cidadãos de faz de conta” deste “país do futuro”.

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

PASSOS, José Joaquim Calmon de. A Crise do Poder Judiciário e as Reformas Instrumentais: avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, nº. 5, março/abril/maio, 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site www.direitodoestado.com.br

Publicação Impressa:

Informação não disponível