

A EFETIVIDADE DO PODER JUDICIÁRIO PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS NA CONTEMPORANEIDADE

THE EFFECTIVENESS OF THE JUDICIARY FOR CONFLICT RESOLUTION IN CONTEMPORARY

Júlio César do Nascimento Rabêlo¹

Luciana Rodrigues Passos Nascimento²

RESUMO: O presente artigo objetiva desenvolver a temática da real efetividade do Poder Judiciário para as soluções dos conflitos na contemporaneidade, considerando que o Judiciário, a partir da Constituição Federal de 1988, ganhou espaços cada vez mais amplos em razão da alargada democracia, analisando o acesso à justiça, as novas temáticas processuais e, como as mesmas estão sendo resolvidas pelos magistrados, considerando ainda as reais condições do Judiciário para enfrentar as novas responsabilidades que lhes tem sido cobradas pela nova sociedade que foi formada a partir da segunda metade nos anos 80, com profundas transformações na ordem social e exigindo cada vez mais soluções da justiça e, inclusive, de novos tipos de demandas, assumindo assim o Poder Judiciário uma dificuldade para solução.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à Justiça; Poder Judiciário; Princípio da Efetividade.

ABSTRACT: This article aims to develop the theme of the actual effectiveness of the Judiciary for the solutions of the conflicts in contemporary times, considering that the judiciary, from the Constitution of 1988 gained increasingly wide spaces because of extended democracy by analyzing the access to justice the new procedure and how the same issues are being resolved by judges, also considering the actual conditions of the judiciary to deal with the new responsibilities that have been charged to them by the new company that was formed from the second half of the 80s, with profound changes social order and increasingly demanding solutions of justice, and even new types of demands, thus taking the Judiciary a trouble solution.

KEY WORDS: Access to Justice; Judiciary; Principle of Effectiveness

¹ Professor do curso de direito da Universidade Tiradentes – UNIT. Advogado OAB/SE 3350. Pós graduação em direito público. Mestrando em direitos humanos pela Universidade Tiradentes (2014-2015). E-mail: drjcesar@gmail.com

² Servidora do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Professora do Curso de Direito da Universidade Tiradentes- UNIT, Pós – Graduada em Direito Processual Civil; Pós- Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho; Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes (2014-2015). E-mail: lurpn@hotmail.com

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

Este trabalho tem por objetivo discutir a evolução da sociedade brasileira na qual com a explosão da crise social nos anos 90 fez com que o Poder Judiciário voltasse a exercer um papel decisivo no país, em razão de um período marcado por instabilidades, impasses e desigualdades, fazendo com que a magistratura fosse desafiada a aplicar uma ordem legal que se encontrava fragmentada em razão dos conflitos históricos inéditos. Trata-se de retomar a uma origem histórica do Judiciário brasileiro até aos casos contemporâneos com o intuito de refletir se diante da explosão de litigiosidade registrada ao longo dos últimos anos esse poder está desempenhando com o mínimo de eficácia suas funções de absorver e dirimir conflitos dando assim a efetividade das decisões judiciais.

De outro modo também é importante analisar se os magistrados ainda estão decidindo de acordo com a tradição formalista, valorizando apenas o direito positivo, ou se já estão sendo capazes de preencher normas abstratas ao caso concreto.

Necessário analisar se há atuação deficitária da máquina judiciária, considerando as dificuldades enfrentadas pelo Judiciário para se adaptar aos novos tempos, o que acarretou uma progressiva desconfiança na objetividade das leis e na sua efetividade, bem como na banalização da impunidade e da ilegalidade que passou a caracterizar a imagem do Brasil contemporâneo.

Sabe-se que o tema insere-se dentre os mais importantes na moderna teoria do acesso à justiça, considerando que os magistrados se viram diante de tarefas difíceis de superar e que o papel das instituições de direito vem sendo atravessado pela crescente complexidade dos conflitos emergentes do país contemporâneo, comprometendo assim a efetividade de seus códigos e de suas normas. É justamente sobre estas questões que se pretende debruçar.

2. EVOLUÇÃO DO PAÍS E DO JUDICIÁRIO

O Estado é o responsável por solucionar os litígios para atingir sua finalidade de garantir a harmonia da sociedade, tendo dirigido essa função ao Poder Judiciário.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 tivemos uma ampliação das garantias e dos direitos individuais e coletivos, bem como uma facilitação de acesso às vias judiciais, ocorrendo assim um aumento significativo da demanda em relação a prestação jurisdicional. Necessário se faz repensar a posição do Judiciário.

Analisando a evolução do país bem como das Constituições que vigoraram no Brasil podemos perceber nitidamente a evolução do Poder Judiciário bem como sua relação com as transformações sociais.

Em 1822, foi proclamada a Independência, surgindo o Estado Brasileiro sob forma de governo imperial, que perdurou até 15 de novembro de 1889.

O autor Lenino Nequete analisa a Constituição de 1824 da seguinte forma:

[...] a carta outorgada em 1824, mantendo o statu quo da divisão territorial, ampliou a esfera da centralização pela dependência em que colocou as províncias e seus administradores do poder intruso e absorvente, chave do sistema, que abafou todos os respiradouros da liberdade, enfeudando as províncias à corte, à sede do único poder soberano que sobreviveu à ruína da democracia. (NEQUETE, 1973b, p. 8).

A Carta Constitucional de 1824 declarava que todos os cidadãos brasileiros formavam uma nação livre e independente, que não admitia qualquer laço de união ou federação, que se oponha à sua independência.

Quanto ao Poder Judiciário ficou consagrado como poder independente dos demais (nessa Constituição tínhamos além do Poder Judiciário os Poderes Legislativo, Executivo e Moderador), o qual era composto de juízes e jurados.

Foi essa Constituição que declarou a proteção a direitos e garantias individuais tendo permanecido nas Constituições posteriores.

Com a promulgação desta Constituição os ideais federalistas e liberais já eram propagados por movimentos que buscavam implantar a monarquia federalista no Brasil.

Com a vitória das forças republicano-federalistas em 1889, com os ideais descentralizadores de poder, o federalismo se firmou na vida política do Brasil como princípio constitucional de estruturação do Estado, bem como a democracia, como regime político que melhor assegura os direitos humanos fundamentais.

Em 24 de fevereiro de 1891, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil foi promulgada. A nova Constituição em razão de ter sofrido grande influência do modelo norte-americano de organização de Estado, mostrando-se, em muitos aspectos, incongruente com a cultura, com os hábitos e com a realidade ora existentes.

O Brasil, assim, adotou de forma definitiva tanto a forma federativa de organização de Estado, quanto a república, como sistema de governo, surgindo, assim, a República Federativa do Brasil, constituída pela união perpétua e indissolúvel das antigas províncias, em Estados autônomos.

Foi nessa Constituição que o Poder Judiciário firmou-se como um dos poderes autônomos e independentes da República, recebendo o papel de guardião da Constituição republicana, e, assim, o protetor dos direitos e liberdades individuais.

O caráter federativo do Estado Brasileiro é confirmado pela Constituição de 1934 que foi logo revogada pela autoritária Constituição de 1937 ocorrida em razão do Golpe de Estado de Getúlio Vargas, voltado o Brasil a forma unitária de Estado.

Através Constituição de 1946 tivemos o retorno da democracia e foi através dela que, pela primeira vez, surgiu de forma explícita como princípio constitucional a garantia de amplo acesso ao Judiciário e assim nenhuma lesão de direito individual poderia ficar fora de apreciação judicial.

Foi a partir deste regime em 1964 que foi deflagrado um movimento armado e um regime autoritário ocorrendo um enfraquecimento do princípio federativo, provocando profundas mudanças na organização institucional do Estado e afetando significativamente o Poder Judiciário.

2.1 Constituição Federal de 1988

Também conhecida como “Constituição Cidadã”, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é marcada pelo retorno da democracia, declarando a separação dos poderes, proclamando em seu art. 2º que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

A Constituição Federal de 1988 deu atenção especial aos direitos sociais e a tutela dos direitos transindividuais como forma de garantia ao acesso à justiça com a finalidade de assegurar o exercício da função jurisdicional em benefício de todos, recebendo assim o Poder Judiciário as atribuições de defesa dos direitos individuais, difusos e coletivos e também recebendo como incumbência a condição de intermediar as forças entre o Estado e a sociedade.

Como afirma José Eduardo Faria (1994, p. 54-55), foi “a partir da transição pela transição do regime burocrático-autoritário pós-64 para o regime democrático, ocorrida em 1985, o Judiciário abandona seu comportamento algo tímido das décadas anteriores, passando a decidir de modo cada vez mais contundente contra um Executivo crescentemente intervencionista, obrigado a assumir funções inéditas e por vezes incompatíveis com a estrutura jurídico-política do Estado Liberal” .

Em decorrência da ampliação das vias de acesso aos órgãos estatais para prestação jurisdicional e considerando a complexidade das relações sociais em razão da concessão de uma nova série de direitos acarretou a sobrecarga do Poder Judiciário, levando assim a uma série de questionamentos referentes ao papel deste Poder perante a sociedade e aos demais Poderes, levando também a diversos questionamentos acerca da posição dos magistrados, ou seja, se estes estão ou não atuando na defesa da Constituição e na forma de efetivar os direitos e garantias nela proclamados em benefício de todos.

Neste sentido, é relevante acrescentar o entendimento de Helena Delgado Ramos Fialho Moreira:

A magistratura nacional, dessa forma, ainda se encontra a meio passo de exercer efetivamente sua parcela de poder político, e, pois, de responsabilidade, no exercício próprio de suas funções – mais sensivelmente no que respeita ao controle dos poderes públicos, mas igualmente no tocante à tutela de interesses metaindividuais e na composição de conflitos sociais cada vez mais complexos – ou de reduzir-se ao mero exercício burocrático do ‘dizer o direito’, em uma posição confortável (porém objeto de duras e merecidas críticas) em meio à crise institucional por que passa o Estado brasileiro. (MOREIRA, 2004, p. 59).

Ocorre que com o crescimento dos usuários dos serviços jurídicos, o incremento das funções do Judiciário e a hipertrofia normativa é natural que a atuação judicial esteja em crise, considerando assim o alargamento dos objetos de tutela jurídica e a explosão de uma conflituosidade social.

Assim, foi com a redemocratização do País, na segunda metade dos anos 80 e com a explosão da crise social nos anos 90 que o Judiciário voltou a exercer um papel decisivo em todo o país.

3. ACESSO À JUSTIÇA E O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Inicialmente deve-se observar que o acesso à Justiça é direito fundamental expresso no artigo 5º, Inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil ao afirmar que “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito”, possuindo assim aplicação imediata.

Segundo Cappelletti e Garth (1998, p.8) a expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Assim, é imprescindível entender que o acesso à justiça não consiste apenas no acesso ao Judiciário, mas, essencialmente em uma realização efetiva da justiça, com um valor sem o qual o ser humano não vive.

Mauro Cappelletti e Bryan Garth, analisam ainda a evolução do conceito teórico do acesso à justiça:

“Nos estados liberais ‘burgueses’ dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente direito ‘formal’ do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um ‘direito natural’, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção”. (CAPPELLETTI & GARTH, 1988, p. 9).

Como afirma Kazuo Watanabe (1998, p.21), uma das maiores preocupações dos processualistas modernos repousa na efetividade do processo como instrumento de tutela de direitos, componente indispensável do acesso à Justiça qualificado. O autor explica ainda o fenômeno da litigiosidade contida, ou seja, os conflitos que ficam completamente sem solução, não raro pela renúncia total do direito pelo prejudicado e que são considerados extremamente perigosos para a estabilidade social, considerando a incapacidade do sistema de Justiça em proporcionar à parte aquilo a que faz “jus” são ainda mais gravosos.

Segundo Leslie Shériida Ferraz (2010, p. 142), o autor, nesses casos, não deixa o processo da mesma forma que entrou, mas em “piores condições”: além dos custos financeiros (custas e taxas processuais, despesas com advogado, deslocamento e outras decorrentes do acompanhamento do processo), há o ônus psicológico causado pela sensação de frustração e injustiça.

Segundo Kazuo Watanabe (1988, p.128), exige-se que a pretensão deduzida em juízo seja satisfeita de forma plena, dentro de lapso compatível com a natureza do litígio, propiciando a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação de justiça.

Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim viabilizar o acesso à ordem jurídica justa”

Necessário se faz que o Poder Judiciário consiga produzir resultados reais, verdadeiros e positivos, ou seja, verdadeiramente efetivos.

4. DIREITO CONTEMPORÂNEO.

Para que ocorra a tão comentada efetividade jurisdicional, o Poder Judiciário passa por um processo de profunda transformação ante as conseqüências concretas das crises de hegemonia, de legitimidade e da matriz organizacional do Estado, considerando a grande quantidade de conflitos existentes e de novas formas de atuação política, exigindo que o Estado faça ajustes quanto à organização sócio-econômica e política administrativa do país, porém, não está o país conseguindo superar as próprias contradições na qual a organização se assenta, é o que afirma José Eduardo Faria, e complementa ainda que:

“Nesse processo de ajuste, o fosso cada vez mais profundo entre o sistema jurídico e os interesses conflitantes numa sociedade em transformação, exponenciado pelas tradicionais dificuldades enfrentadas pelo Judiciário para se adaptar aos novos tempos, conduziu a uma progressiva desconfiança tanto na objetividade das leis, como critério de justiça, quanto na sua efetividade, como instrumento de regulação e direção da vida sócio-econômica. Decorre daí uma certa banalização da ilegalidade e da impunidade que passou a caracterizar a “imagem” do Brasil contemporâneo- a imagem de que os códigos teriam sido convertidos em simples ficção e de que sua violação sistemática teria sido convertida em regra geral, expressando a falência de instituições jurídico-judiciais, tornadas anacrônicas por não terem sabido renovar-se”. (FARIA, 1994, p. 17)

Surgem assim, a crescente complexidade dos conflitos no Brasil contemporâneo e que tem comprometido a efetividade de seus códigos e de suas normas.

Em razão dessa evolução necessário se faz entender qual a real função do direito, ou seja: se o direito deve ser encarado como uma simples técnica de controle e organização social ou se deve ser encarado como um instrumento de direção e promoção social.

Se encararmos como técnica de controle e organização estatal reduziremos o direito a um sistema de normas, constituído de regras jurídicas de diferentes níveis para regular, manter limites e sancionar condutas não desejadas, encarando o ordenamento jurídico como algo

fixo, dando uma noção estática ao sistema legal e que para interpretar é necessário apenas o recurso a métodos lógico-sistemáticos. O problema consiste em que esse sistema é limitado para resolver todos os conflitos jurídicos a partir de decisões estritamente legais

Já se o encarmos como um instrumento de direção e promoção social estaremos valorizando um método para correção de desigualdades e de equilíbrio sócio-econômico, necessitando assim de um conhecimento jurídico multidisciplinar, voltado à promoção da justiça social, exigindo assim uma interpretação capaz de adequá-los ao contexto sócio-econômico. Essa teoria não se limita a positivação do direito, mas dá a idéia de certeza jurídica, levando assim a plena efetivação do papel do Judiciário, alcançando o verdadeiro acesso à justiça, considerando a grande modificação da sociedade na contemporaneidade e que necessita da necessária adequação da justiça aos novos casos apresentados pela sociedade.

Surge assim o que Celso Fernandes Campilongo (1994, p. 30) chama de “novos atores”, ou seja, os novos usuários dos serviços jurídicos devido a sua grande expansão.

Com toda essa evolução da sociedade e com o surgimento dos “novos atores”, o Poder Judiciário se vê em uma situação limite para julgar todos os novos casos que surgem diariamente e que não estão positivados, aumentando assim a responsabilidade do Judiciário em face da conflituosidade cada vez mais explosiva.

4.1. Razões que levam a exigências inéditas do Poder Judiciário

De acordo com Celso Fernandes Campilongo (1995, p. 41), “não são apenas as estruturas normativas – pluralismo jurídico, auto-regulação social, sistemas circulares, etc- que aduzem exigências inéditas ao Judiciário. Mudanças na própria normatividade estatal igualmente despertam perplexidade no julgador”.

O autor cita três exemplos, a saber:

- a) a hipertrofia legislativa, que gera uma mudança quantitativa, resolvendo-se num esvaziamento da eficácia da própria lei, no qual o espaço de argumentação e fundamentação da sentença judicial é ampliado, mas elevam-se as possibilidades de decisões divergentes;
- b) a variabilidade das normas, que gera uma mudança qualitativa, o que torna a legislação instável, passando a ser um sintoma de perda da capacidade regulatória do direito;

c) problemas de coerência interna do ordenamento; no qual podemos englobar os dois exemplos citados acima, ou seja, decorre do crescimento da produção de normas e da sua instabilidade.

4.2 Casos Difíceis

Levando-se em conta todas essas dificuldades surge o que chamamos de “casos difíceis” ou “hard cases”, que são aqueles casos em que não existe uma regra de direito clara estabelecida pela lei, possuindo assim conflitos entre as diferentes normas. O Poder Judiciário já não consegue mais decidir os conflitos mediante aplicação de normas abstratas e gerais.

José Eduardo Faria afirma que:

“Diante dos novos tipos de conflitos , a maioria das leis está envelhecida; apesar dos novos direitos consagrados pela Constituição de 1988, a magistratura continua com uma cultura técnico- profissional defasada, incapaz de entendê-los e, por consequência, de aplicá-los; embora o acesso à Justiça venha aumentando, por causa dos novos protagonistas de nossa vida política, como é o caso dos movimentos comunitários e corporativos, as deficiências burocráticas do Judiciário, o número insuficiente de juízes em relação ao total da população, e o número de cargos não preenchidos (por absoluto despreparo dos candidatos), comprometem a qualidade de seus serviços”. (FARIA, 1994, p. 56-57)

Segundo Dworkin (2010, p. 127), o positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a regra de direito clara, o juiz tem, segundo esta teoria, “poder discricionário” para decidir o caso de uma maneira ou de outra.

Com efeito, Streck (2009, p. 97) destaca que essa é uma das teses centrais do positivismo jurídico: a de que as normas do ordenamento não “cobrem” todas as hipóteses de aplicação, de modo que haverá “casos difíceis” – trata-se dos casos que não serão solucionáveis pelas normas jurídicas existentes, devendo-se recorrer, segundo o positivismo, à discricionariedade, poder “delegado” aos juízes. A possibilidade (ou não) de discricionariedade judicial está, assim, intimamente ligada à questão da completude ou incompletude da lei (ou do ordenamento jurídico), isto é, sobre a existência (ou não) de “lacunas”.

Assim, considerando toda a evolução da sociedade brasileira conforme demonstrado acima bem como o crescente demanda jurisdicional, ocorrerá em diversas situações casos juridicamente não regulados.

Dworkin (2010, p. 127) afirma que, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente.

Os casos difíceis pressupõem também que todas as questões devem ser enfrentadas pelos juristas, observando que isso não garante que as respostas sejam as mesmas para todos os casos. Isso não quer dizer dar total discricionariedade subjetiva aos juízes e com isso submeter as partes aos sentimento pessoal de justiça do julgador. O que se exige da nova racionalidade jurídica e o conhecimento das situações concretas para extrair o máximo do regra, ou seja, os juízes não devem criar um novo direito e sim aplicar o direito criado por outras instituições.

Logo, segundo Dworkin as decisões judiciais, mesmo nos casos difíceis, devem ser geradas por princípios e não por políticas, ou seja, devem ser decididas levando por base argumentos de princípios e não de políticas mostrando que esta respeita ou garante direito de indivíduo ou de grupo.

Os argumentos de princípio estabelecem direito individual e descrevem direitos; já os argumentos de política estabelecem um objetivo coletivo e descrevem objetivos.

Outra diferença importante a ser tratada se refere aos Direitos Institucionais e aos Direitos Jurídicos.

Nos direitos institucionais os Juízes decidem os casos por meio da confirmação ou negação de direitos concretos, ou seja, eles são institucionais e não preferenciais, todavia, a resposta pode examinar o empreendimento como um todo.

Já os direitos jurídicos leva-se em conta a legislação, ou seja, a real intenção da lei e dos princípios, a análise da Constituição com o poder de criar direitos.

Dworkin também reconhece que tal forma de decidir não elimina a controvérsia, considerando que outros juízes possam chegar a outras conclusões a respeito do conteúdo da moralidade comunitária, e sobre o que princípios como dignidade, igualdade e liberdade exigem em casos polêmicos.

A possibilidade de divergência não significa que tais princípios não devam, obrigatoriamente, ser considerados pelos juízes ao tomar decisões, ou seja, a controvérsia não os autoriza a decidirem, discricionariamente, de acordo com as próprias preferências e convicções.

E caso isso não seja possível, Dworkin (2010, p. 128-129) afirma que “os juízes devem às vezes criar um novo direito, seja essa criação dissimulada ou explícita. Ao fazê-lo,

porém, devem agir como se fossem delegados do poder legislativo, promulgando leis que, em sua opinião, os legisladores promulgariam caso se vissem diante do problema”.

Duas questões devem ser levadas em consideração e geram polêmicas quando se afirma que por vezes poderá o Judiciário criar leis; a primeira, gira em torno de que em nosso país o regime adotado foi o democrático, no qual a comunidade é governada por homens e mulheres eleitos pela maioria e que os juízes não fazem parte desses escolhidos, considerando que ingressam na magistratura através de concurso público, logo, afirmar que eles podem criar leis no qual a população deve ser submetida contraria a democracia adotada pelo Brasil.

A segunda questão é no sentido de afirmar que a parte perdedora será punida por ter violado um novo dever criado pelo juiz após o fato e não por ter violado algum dever que tivesse.

A teoria de Alexy acaba por retornar à questão da discricionariedade judicial. Ele elege a ponderação como o método aplicável na ocorrência dos casos denominados difíceis. Seu retorno à discricionariedade está no poder de escolha que sobre qual princípio deve o intérprete aplicar na solução do caso difícil.

Para Alexy os princípios devem ser hierarquizados axiologicamente e ele defende como método de ponderação o sopesamento (escolha) do princípio a ser aplicado ao caso concreto, deixando essa escolha ao intérprete, ou seja, o juiz.

Importante registrar que em sua obra, Robert Alexi (2008, p. 343) afirma que embora o sopesamento seja um processo racional, ele não é um processo que leva a uma única solução para cada caso concreto.

“Decidir qual solução será considerada como correta após o sopesamento é algo que depende de valorações que não são controláveis pelo próprio processo de sopesar. Nesse sentido, o sopesamento é um procedimento aberto. Mas a abertura do sopesamento conduz a uma abertura do sistema jurídico substancialmente determinado pelas normas de direitos fundamentais. Assim, em virtude da vigência das normas de direitos fundamentais, o sistema jurídico adquire um caráter de sistema jurídico aberto, independentemente da extensão dessa abertura”.

Registre-se que a teoria de Alexy vem fundamentando uma série de decisões judiciais no ambiente processual. E assim continuamos frente ao problema do decisionismo, da discricionariedade judicial, fenômenos questionáveis quando defrontados a um Estado que se proclama Democrático de Direito.

4.3. Precedentes

Os precedentes desempenham papel considerável para solução desses novos conflitos, sendo tema de grande relevância prática e científica do ramo do direito.

Afirma Cruz e Tucci (2004, p. 28) que, nos dias atuais. “a produção jurisprudencial, antecipando-se, em muitas situações à própria lei, tem granjeado relevância vital como fator de complementação e aperfeiçoamento das mais diversificadas legislações”.

Segundo Alexy (1983, p. 339) as duas regras principais para a utilização dos precedentes são:

- a) Se é possível utilizar um precedente favorável ou contrário a uma decisão, ele deverá ser utilizado.
- b) Aquele que pretende afastar o precedente tem o ônus argumentativo para tanto

Diante disso, percebemos que a jurisprudência, em determinados casos, assume posição de vanguarda, de forma antecipada à norma positivada.

O movimento inverso também pode ocorrer, nos quais alguns institutos legais passam a ser deixado de lado pelos tribunais até perderem toda a sua imperatividade.

Na utilização dos precedentes deve-se mostrar que o princípio é compatível com decisões anteriores e com circunstâncias hipotéticas, devendo, o mais importante, ter coerência na aplicação do princípio que se tomou por base.

Assim, o precedente tem a capacidade de uniformizar a jurisprudência, considerando que essa uniformização não é só um direito do jurisdicionado, mas um dever do Estado para manter a ordem através do cumprimento das leis.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Poder Judiciário vem enfrentando o dilema de adaptação de sua estrutura organizacional, seus critérios de interpretação e suas jurisprudências às situações inéditas no âmbito de uma sociedade urbano-industrial profundamente estigmatizada pelas contradições econômicas, pelos antagonismos sociais e pelos paradoxos políticos, como bem explicitado por Faria (1994, p. 52).

Com o crescimento dos movimentos sociais de base surgiu uma pressão no poder Judiciário para que o mesmo desse novas respostas e de forma mais ágil

A sociedade vem passando por transformações e cada vez mais exige tanto do Poder Legislativo como do Poder Judiciário, a necessidade de tutelar casos novos, desafiando assim o sistema jurídico em vigor.

Os magistrados já não conseguem mais tutelar esses direitos e aplicar ao caso concreto através da aplicação de simples normas abstratas, em razão do surgimento dia após dia de situações inusitadas que merecem ser tuteladas pelo Judiciário, levando assim este a enfrentar uma crise face essas transformações.

Considerando a crise do Poder Judiciário analisada percebe-se a necessidade de uma reforma no Judiciário, mas destacando-se que a mesma não deve se dar apenas para os magistrados, mas para toda a norma jurídica, inclusive no Poder Legislativo, com o intuito de criar leis que possuam efetividade e estejam atreladas a realidade social do país para chegarmos a ter um verdadeiro “direito-ação”.

6. REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. O Judiciário e o acesso à justiça. In: SADEK, Maria Tereza (org). *O Judiciário em debate*. São Paulo: Idesp/Sumaré, 1995 (Série Justiça).

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. Malheiros, 2008.

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica. A teoria do discurso racional como Teoria da Fundamentação Jurídica*. Forense. 2011

ARAÚJO, Justino Magno. A renovação do processo civil brasileiro e os desafios do Judiciário no século XXI, in *Revista Escola Paulista da Magistratura*, vol. 3, nº 2, São Paulo, jul/dez. 2002.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. In: -----*Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. A efetividade do processo de conhecimento. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 19, n. 74, 1994.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

CAMPILONGO, Celso. O Judiciário e o acesso à justiça. In: Maria Tereza Sadek (org). *O Judiciário em debate*. São Paulo: IDESP, Editora Sumaré, 1995 (Série Justiça),

CAPPELETTI, Mauro. O controle de constitucionalidade da leis no direito comparado, trad. Port. Aroaldo Gonçalves, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1984.

_____; GRATH. Mauro e Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio fabris Editor, 2002.

CARNEIRO, Sueli. O Judiciário e o acesso à justiça. In: SADEK, Maria Tereza (org.). O Judiciário em debate. São Paulo: IDESP, Sumaré, 1999.

CICHOCKI NETO, José. Limitações ao acesso à justiça, 1996. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Precedente Judicial como Fonte de Direito. São Paulo: RT, 2004.

_____. Eficácia do precedente judicial na história do direito brasileiro, in Revista do Advogado, nº 75, São Paulo, AASP, abr. 2004.

_____. Variações sobre precedentes judiciais vinculantes e persuasivos, in Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, ano I, nº 5, Porto Alegre, mar./abr. 2005

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FALCÃO, Joaquim. Acesso à justiça: diagnóstico e tratamento. In: Justiça: promessa e realidade: o acesso à justiça em países ibero-americanos. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996.

_____. O Judiciário e o acesso à justiça. In: SADEK, Maria Tereza (org.). O Judiciário em debate. São Paulo: IDESP, Sumaré, 1999 (Série Justiça).

FARIA, José Eduardo (org.). Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça. Malheiros. 1994.

FERRAZ, Leslie Shériida. Acesso à Justiça: Uma análise dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil. FGV Editora. 2010

JUNQUEIRA, Eliane. Acesso à justiça: um olhar retrospectivo, Revista Estudos Históricos, 1996.

MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. Poder Judiciário no Brasil. Crises de Eficiência. Juruá, 2004.

NEQUETE, Lenine. O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência. Porto Aegre: Livraria Sulina Editora, 1973.

PASSOS, J. J. Calmon de. O problema do acesso à justiça no Brasil, Revista de Processo, a. 10, n. 39, jul./set. 1985

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. O Poder Judiciário no Brasil. Cadernos Adenauer, v. 3, n. 06, Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2003

SILVA, José Afonso da. Acesso à justiça e cidadania. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, abr./jun. 1999

STRECK, Lenio Luiz. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica , in Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol.1, nº 3, Porto Alegre, 2005.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: WATANABE, Kazuo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrine (Coords). Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli. A crise da justiça e do processo e a garantia do prazo razoável. Revista de Processo, a. 28, v. 112.