

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

**COORDENAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO
EM DIREITO**

Uma Crítica à

Jurisdição Civil Brasileira

Jônatas Luiz Moreira de Paula

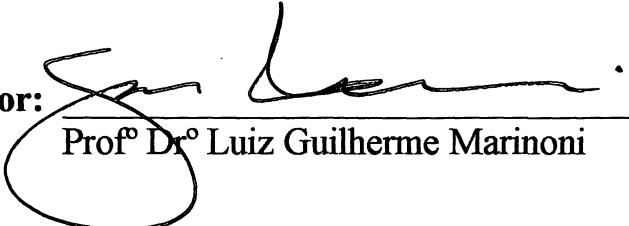
Tese de doutorado
como requisito para
obtenção do título
de Doutor em
Direito das
Relações Sociais
pela Universidade
Federal do Paraná.

Uma visão crítica da jurisdição civil

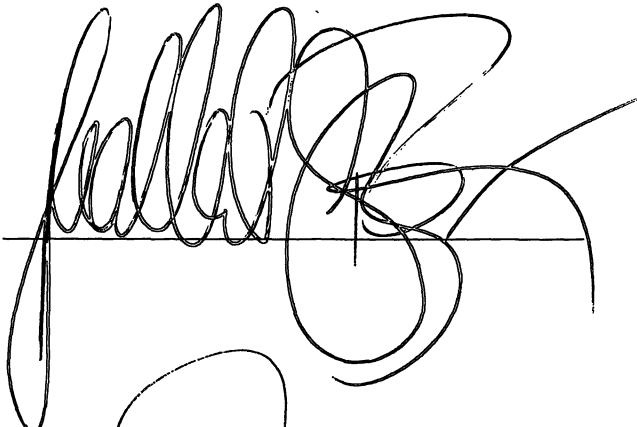
por

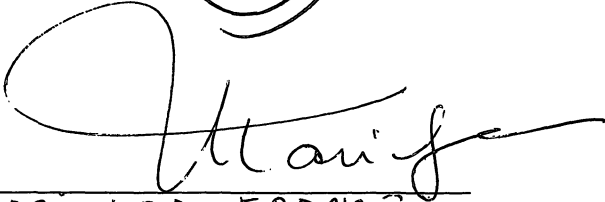
Jônatas Luiz Moreira de Paula

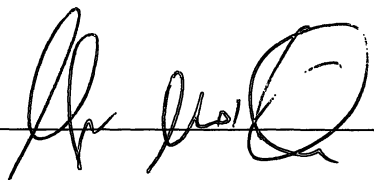
Tese aprovada para a obtenção do grau de Doutor, no curso de Doutorado em Direito das Relações Sociais, pela Comissão formada pelos professores:

Orientador: 
Profº Drº Luiz Guilherme Marinoni

Co-orientador: 
Profº Drº Luiz Fernando Coelho

Membro: 

Membro: 
MARIULZA FRANCO

Membro: 

“O direito não é o passado que condiciona o presente, mas o presente que constrói o futuro”.

Luiz Fernando Coelho

“O jurisdicionado não tem somente direito à resposta jurisdicional. Tem, em verdade, direito à prestação jurisdicional efetiva”.

Luiz Guilherme Marinoni

Em homenagem aos professores Luiz Guilherme Marinoni e Luiz Fernando Coelho, que me orientaram na elaboração deste trabalho; ao puljante Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná; aos colegas e alunos da Unipar; e, especialmente, à minha família, sobressaindo-se meu pai Aécio Flávio de Paula e minha esposa Rose.

SUMÁRIO

Lista de Abreviaturas	1
Introdução	2

Capítulo I

Sociedade e Direito

1.1. Sociedade burguesa	7
1.2. Direito, Economia e Sociedade	11
1.3. Desenvolvimento nacional	14
1.4. Direito como instrumento de desenvolvimento	18
1.5. A crise da jurisdição no plano social	22

Capítulo II

A Teoria Crítica do Direito aplicada à Jurisdição Civil

2.1. A Teoria Crítica do Direito	28
2.2. Embasamento sociológico	33
2.3. A ideologia do processo civil	36

Capítulo III

Os pressupostos críticos da jurisdição civil

3.1. Noção	44
3.2. A Premissa Ideológica	45
3.3. A Premissa Política	50
3.4. A Premissa Normativa	53
3.5. A Premissa Sociológica	56
3.6. A Premissa Hermenêutica	57

Capítulo IV

O Referencial Crítico da Jurisdição

4.1. Conceito de jurisdição	62
4.2. A jurisdição sob a ótica crítica	69
4.3. A natureza sócio-jurídica do processo civil	72
4.4. Jurisdição, Estado e Economia	75

Capítulo V

O Processo de Conhecimento à luz da Teoria Crítica

5.1. Revisão dos Princípios Processuais	79
5.2. A teoria da individualização da causa de pedir	85
5.3. A tutela jurisdicional dos direitos em formação	87
5.4 O procedimento sumário como procedimento padrão	94
5.5. A subsunção das normas ao fato	101
5.6. Ampliação dos limites subjetivos da coisa julgada	103
5.7. Revisão dos procedimentos recursais	111

Capítulo VI

O Processo de Execução à luz da Teoria Crítica

6.1. Satisfação do direito como instrumento de política-social	113
6.2. Ideologia do Processo de Execução	116
6.3. Novas tendências	124
6.4. Do Princípio da Substancialidade dos contratos bancários	132
6.5. Da reformulação do instituto da Fraude Contra Credores	138
6.6 Da reformulação do procedimento	144
6.7. Dos meios de coação para a efetividade da tutela jurisdicional	148

Capítulo VII

Reforma na atividade judiciária

7.1. Noção preliminar	150
7.2. Programa de incentivo à qualidade total	151
7.3. Criação de novos cargos e reestruturação do Poder Judiciário	154
7.4. Estabilização do magistrado no juízo	156

Conclusões

8.1. Introdução	158
8.2. Sociedade e tutela jurisdicional	159
8.3. Jurisdição e processo civil	160
8.4. Jurisdição e processo de conhecimento	163
8.5. Jurisdição e processo de execução	165

8.6. Reformas no Poder Judiciário	167
---	-----

Propostas legislativas

9.1. Introdução	169
9.2. Do rito sumário como procedimento padrão	170
9.3. Da teoria da individualização da causa de pedir	172
9.4. Da ampliação dos limites subjetivos da coisa julgada material	173
9.5. Da revisão dos procedimentos recursais	174
9.6. Da reformulação do instituto da Fraude Contra Credores	174
9.7. Da reformulação do procedimento da ação de execução	175
9.8. Dos meios de coação para a efetividade da obrigação de fazer e não fazer de caráter infungível	177

Bibliografia	178
---------------------------	-----

Lista de Abreviaturas:

a.C. - antes de Cristo
Ac. - acórdão
ADCOAS - Boletim de Jurisprudência ADCOAS
Agr. - Agravo
Apel. - Apelação
Art. - artigo
Arts. - artigos
CC - Código Civil
CCív. - Câmara Cível
CDC - Código de Defesa do Consumidor
CF - Constituição Federal
Cf. - conferir
CP - Código Penal
CPC - Código de Processo Civil
Des. - Desembargador
DJ - Diário da Justiça
Ed. - edição
INSS - Instituto Nacional de Seguridade Social
IOB - Repertório IOB de Jurisprudência
Julg. - julgado
Min. - Ministro
Nº - número
Ob. cit. - obra citada
P. - página
Proc. - processo
Rel. - Relator
RJ - Revista Jurídica - órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária
RT - Revista dos Tribunais - Repositório de Jurisprudência
Serasa - Serasa Centralização de Serviços dos Bancos S/A
SPC - Serviço de Proteção ao Crédito
STF - Supremo Tribunal Federal
STJ - Superior Tribunal de Justiça
t. - tomo
T. - Turma
TAPr.- Tribunal de Alçada do Estado do Paraná
TACív.Pr. - Tribunal de Alçada Cível do Estado do Paraná
TACívSP - Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo
TJGO - Tribunal de Justiça de Goiás
Tbé. - também
Trad. - tradução
UFPr. - Universidade Federal do Paraná
Unân. - unânime
V. - volume
Vol. - volume
§ - parágrafo

Introdução

Num momento em que a sociedade brasileira sente as mazelas provocadas pela mora judiciária¹, é preciso reunir esforços doutrinários para buscar meios de combate a essa nocividade. Porém, as alternativas de mudanças devem provir de uma investigação científica, na busca da verdade que somente o conhecimento pode auferir.

Aliás, como assinalou Newton C. A. da Costa, conhecimento está relacionado com a verdade² e, para tanto, formula um conceito de conhecimento: crença na verdade justificada.³

Assim, como este trabalho decorre de tese de doutorado, ele apresenta suas faces e nuances de uma pesquisa de tal

¹ Tem-se como exemplo a matéria divulgada no Jornal Nacional, da Rede Globo de Televisão, editada em 28/02/98, sobre a decisão dos proprietários de apartamentos de um edifício localizado em Guaratuba, Pr., que desabou há três anos. Segundo esta matéria, eles tiveram que fazer acordo para receber indenização dos apartamentos em cerca de um terço do valor do imóvel, como único meio de serem reembolsados rapidamente, face a mora judiciária, fundamentado com a amargura dos moradores do Edifício Palace, na cidade do Rio de Janeiro, que defrontou com a mesma situação porque parte de sua estrutura desabou no carnaval de 1998.

² COSTA, Newton C. A. da. O Conhecimento Científico, São Paulo, Discurso Editorial, 1997, p. 21.

³ Newton ..., O Conhecimento ..., p. 24.

nível, inclinando-se para sua originalidade da crença na verdade justificada. Pois, reside no próprio conceito de teste de doutorado, conforme Eduardo de Oliveira Leite, que:

“A tese de doutorado em Direito é realmente uma obra científica, uma análise jurídica de alcance muito mais amplo, que não se ocupa tão-somente da descrição ou análise de um instituto ou questões jurídicas, mas, e sobretudo, de uma contribuição pessoal do autor a uma determinada área do conhecimento. A tese, como trabalho suplementar, e de certa forma complementar, vai além da pura análise dos dados e redundando inexoravelmente na apresentação de uma nova teoria, desconhecida e inteiramente nova do que se produziu até então”.⁴

Por acreditar que o direito material *é o direito do povo*, pois o legislador positivou seus costumes e valores, e o direito processual *é para o povo*, por ser o instrumento de efetivação do direito material, este trabalho busca meios para se obter uma justiça célere, apoiando-se no trinômio *rapidez-segurança-efetividade* como o ponto focal de suas incursões.

Imbuída desse espírito, a pesquisa encara criticamente o sistema jurisdicional, diante de uma visão sociológica, e outorga sugestões, seja a nível processual, seja a nível de Poder Judiciário.

Inafastável a certeza de mudanças do sistema jurisdicional brasileiro face a imensa distância que existe entre a jurisdição e a sociedade. Certeza esta que, com o advento do Plano Real e a conseqüente estabilização da moeda, ganhou corpo e dimensões emergenciais,

⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. *A Monografia Jurídica*, 3ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 24.

sob pena de transformar a jurisdição num empecilho das mudanças sociais. Daí uma das conclusões iniciais da tese de que o processo civil é o meio de distribuição e circulação de rendas e bens de consumo, sendo que a jurisdição civil, instrumentalizada pelo processo, tem por escopo os fins traçados no artigo 3º, da Constituição Federal.

Como o sistema jurídico nacional consagra o monopólio da jurisdição, chamando para o Estado a tarefa de fazer justiça e penalizar quem ousar fazê-la (CP, arts. 345 e 346), ficou estabelecido, então, que o Estado tem o “poder” e o “dever” de tutelar os conflitos de interesses.⁵

Nessa perspectiva, leciona Luiz Guilherme Marinoni,

“(...) deve surgir, então, a resposta intuitiva de que a inexistência de tutela *adequada* a determinada situação conflitiva corresponde à negação da tutela a que o Estado se *obrigou* quando chamou a si o monopólio da jurisdição, pois como enfatiza Proto Pisani, sucessor da cátedra de Calamandrei na Universidade de Florença, o processo deve ser visto como uma espécie de contrapartida que o Estado oferece aos cidadãos diante da proibição da autotutela.

Ora, se o Estado tem o dever de prestar a ‘devida tutela jurisdicional’, entendida esta como a tutela apta a tornar efetivo o Direito Material, o homem tem o direito à ‘adequada tutela jurisdicional’, que é elemento indissociável do *due process of law*. Direito à adequada tutela jurisdicional quer dizer direito a um processo efetivo, próprio às peculiaridades da pretensão de direito material

⁵ MARINONI, LUIZ GUILHERME. O Direito à Adequada Tutela Jurisdicional - O caso da proibição da concessão das liminares e da execução provisória da sentença nas ações cautelares e no mandado de segurança, artigo publicado na Revista dos Tribunais, v. 663, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 244.

de que se diz titular aquele que busca a tutela jurisdicional” (destaques do original).⁶

Além disso, a tese encara de frente os maiores problemas da atividade jurisdicional: a morosidade e a inefetividade da tutela jurisdicional. Além de combatê-las, propõe sugestões, tanto no plano científico como no plano técnico-processual.

Nesta perspectiva a pesquisa inicia com a apresentação da problemática e o desenvolvimento dos pressupostos científicos. No percurso apresenta os referenciais críticos da jurisdição como meio de solucionar os problemas trazidos à discussão. Por fim, complementa com sugestões e propostas ao Direito Processual Civil brasileiro e ao Poder Judiciário Nacional.

Esta pesquisa dirige-se à jurisdição brasileira, posto que procura modificá-la e readequá-la, através da introdução de técnicas e de reformas na estrutura processual, e dar-lhe uma nova concepção da jurisdição civil, coerente e aderida aos fins preconizados no artigo 3º, da Constituição Federal.

Assim, são vetores para o exame crítico da jurisdição civil brasileira a concepção sociológica no processo civil, a concepção crítica da ciência e técnica processual e a concepção crítica na atividade judiciária. Contudo, o mecanismo fundamental que permite a introdução desses vetores e da *re-formulação* da atividade jurisdicional decorre do corte epistemológico que, na esteira de Clemerson Merlin Cleve:

“(...) reflete uma rutura que separa de modo irrecuperável o conhecimento científico do conhecimento comum. Corte que implica

⁶ Luiz Guilherme ..., O Direito à Adequada Tutela Jurisdicional ..., ob. cit., p. 244.

‘uma nova forma de falar das ciências e das ideologias’, estabelecendo duas problemáticas distintas: uma problemática ideológica e outra problemática científica; uma que será abandonada, outra que será assumida. Portanto, o corte determina mudança de problemática para o saber, abrindo espaço para as determinações da ciência. É o momento da fundação da ciência, onde serão ultrapassadas noções que impedem sua constituição. Por isso se diz que a ciência não nasce a partir do senso-comum, mas ‘contra’ ele e ‘apesar’ dele. Há, nesse caso, uma ‘descontinuidade’ entre a razão e a percepção. Aquela se insurge contra esta, definindo um ponto de ‘não-retorno’ ou seja, ‘um ponto a partir do qual uma ciência começa; como o ponto a partir do qual uma ciência assume sua história, sua autodeterminação epistemológica, já não sendo mais possível uma retomada de noções pertencentes a momentos anteriores’”.⁷

Por derradeiro, cumpre esclarecer que as sugestões feitas são meramente exemplificativas e que são apresentadas simultaneamente aos debates que ocorrem sobre a segunda reforma do Código de Processo Civil, por ser o conhecimento crítico do direito um conhecimento aberto e que sempre *re-avaliará* o Direito.

Tal postura tem a pretensão de fornecer elementos para uma *re-discussão* permanente do Direito, à medida que as necessidades da sociedade exigirem, pois desta forma, acredita-se que a pesquisa manter-se-á atualizada e conforme os reclamos da sociedade brasileira.

Cambé, Pr., abril de 1998.

Jônatas Luiz Moreira de Paula

⁷ CLEVE, Clemerson Merlin. O Direito e os Direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo, São Paulo, Editora Acedêmica, Curitiba, Scientia et Labor, 1988, p. 25-26.

Capítulo I

Sociedade e Direito

Sumário: 1.1 Sociedade burguesa. 1.2 Direito, Economia e Sociedade. 1.3 Desenvolvimento nacional. 1.4 Direito como instrumento de desenvolvimento. 1.5 A crise da jurisdição no plano social.

1.1

Sociedade burguesa.

Com a opção do Estado de Direito, a sociedade politicamente organizada foi influenciada, ao longo de séculos, por várias doutrinas econômicas e políticas até alcançar o final deste Milênio alicerçada na *segurança jurídica* e na *tutela jurisdicional dos direitos subjetivos*.

A noção de *segurança jurídica* revela a prévia estipulação de regras positivas para o regulamento das relações interindividuais e entre estas e o Estado. Já a *tutela jurisdicional* consiste na atividade estatal de intervir num conflito e reparar a lesão ou fazer cessar qualquer ameaça ao *direito subjetivo*, para que possa haver harmonização entre os componentes da sociedade politicamente organizada.

Esses alicerces, que representam o mínimo de garantia para a convivência social dos seus integrantes, remontam ao *Período do Renascimento* e tiveram como aspecto fundamental o declínio da cultura feudal e o surgimento de novas relações sociais, resultantes da burguesia emergente. Caracterizam a cultura burguesa a *prudência calculadora* e o *racionalismo*.⁸

Com o desenvolvimento da sociedade burguesa, percebeu-se o seu refinamento e constituição em *sociedade de massa*. Esse modelo social, encontrável nos países que adotam o neoliberalismo econômico, caracteriza-se por não mais referenciar a “luta de classes” ou a dialética “capital *versus* trabalho”, mas por pugnar pela luta em prol do bem estar social, na busca da qualidade de vida. Não seria exagero afirmar que a sociedade de massa reduz todos os seus integrantes a duas qualificações

⁸ Cf. SALDANHA, Nelson. *Sociologia Jurídica*, 3ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 111. A propósito observa Nelson Saldanha: “Ao que historicamente aparece como heroísmo cavaleiresco, quixotesco, da Idade Média - consuetudinária, limitada, tradicionalista embora - o homem moderno contrapõe a cautela, a rotina, a sanchice talvez, embora também o afã de expansão e o criticismo. Assim, podemos falar em mentalidade burguesa, do homem do burgo, que não era nem fidalgo nem labrego, nem lidador nem clérigo, e que vendia e crescia; e dizer que esta foi a base da mentalidade moderna. Até certo ponto, ao menos” (ob. cit., p. 111).

dialetizadas: de um lado, a de *consumidor*, contraposto à de *fornecedor do produto ou serviço consumido*.⁹

Via de consequência, expressões consagradas nas teses marxistas como “luta de classes”, “ditadura do proletariado” ou que contemplam o conflito entre capital e trabalho, tendem a desaparecer e ser substituídas por expressões condizentes com a sociedade massificada, como *qualidade de vida, cidadania e respeito ao consumidor*.

Assim, a sociedade de massa protagoniza o Terceiro Milênio, em substituição à dialética marxista, como esclarece Herbet Marcuse:

“Uma ligeira comparação entre a fase de formação da teoria da sociedade industrial e sua situação atual poderá ajudar a mostrar como as bases da crítica foram alteradas. Em suas origens, na primeira metade do século XIX, quando elaborou os primeiros conceitos das alternativas, a crítica da sociedade industrial alcançou concreção numa mediação histórica entre teoria e prática, valores e fatos, necessidades e objetivos. Essa mediação histórica ocorre na consciência e na ação política das duas grandes classes que se defrontavam na sociedade: a burguesia e o proletariado. No mundo capitalista, ainda são as classes básicas. Contudo, o desenvolvimento capitalista alterou a estrutura e a função dessas duas classes de tal modo que elas não parece ser agentes de transformação histórica. Um interesse predominante na preservação e no melhoramento do *status quo* institucional une os antigos antagonistas nos setores mais avançados da sociedade contemporânea”.¹⁰

⁹ Não se pretende negar a teoria marxista, posto que não é o objetivo deste trabalho. O que se procura demonstrar é uma nova realidade social e a necessidade de readequar as expressões marxistas, como “luta de classes”, “capital”, “ditadura do proletariado” etc., à luz dos novos valores sociais.

¹⁰ MARCUSE, Herbet. A Ideologia da Sociedade Industrial - O homem unidimensional, trad. de Giasone Rebuá, 6ª ed., Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1982, p. 16.

Em relação ao Estado, o exercício do poder político sobre a sociedade burguesa assenta-se sobre a *democracia*, como espécie de sinalizador da ingerência de comandos oficiais na busca do bem-comum. Charles Wright Mills examina a dialética da massificação nesses termos:

“A democracia de massas significa a luta de poderosos grupos de interesses e associações de grande escala, que se interpõem entre as grandes decisões tomadas pelo Estado, pela economia, pelo exército e a vontade do cidadão individual como membro do público. Como essas associações de nível médio são a principal ligação que tem o cidadão com as decisões, sua relação com elas adquire importância fundamental. Pois somente através delas ele exerce o poder de que por acaso disponha”.¹¹

Em razão disso, surge em favor do Estado o espaço necessário para manipular politicamente a sociedade de massas, através de um instrumento hábil e eficaz que é a opinião pública.¹² Nesse sentido, Marcuse bem demonstra a técnica da manipulação do poder político:

“Atualmente, o poder político se afirma através dos seus poderes sobre o processo mecânico e sobre a organização técnica do aparato. O governo de sociedades industriais desenvolvidas e em fase de desenvolvimento só se pode manter e garantir quando mobiliza, organiza e explora com êxito a produtividade técnica, científica e mecânica à disposição da civilização industrial. E esta produtividade mobiliza a sociedade em seu todo, acima e além de quaisquer interesses individuais ou grupais”.¹³

¹¹ MILLS, C. Wright. A Elite do Poder, trad. de Waltensir Dutra, 2ª ed., Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1968, p. 360.

¹² Cf. C. Wright ..., ob. cit., p. 350-354.

¹³ Herbet ..., A Ideologia ..., p. 25.

De resto, como produto da massificação social e de seu domínio pelo Estado, as transformações ocorridas na sociedade moderna acabaram por criar uma “cultura industrial”, assentada na produção e circulação de rendas e bens de consumo.¹⁴

1.2

Direito, Economia e Sociedade

Segundo Bruno Oppetit, a hodierna relação entre Direito e Economia é íntima e de interesse recíproco, após ultrapassar uma fase de antagonismo ou ignorância mútua.¹⁵ Pois, esclarece o professor da Universidade de Panthéon-Assas, o pensamento econômico, baseado na idéia de troca, é definido como a ciência da formação e distribuição de riquezas.¹⁶

Consoante aos benefícios sociais que a economia pode proporcionar, o Direito Positivo brasileiro se aproximou ainda mais da economia, com a promulgação da Constituição Federal, e a estipulação dos objetivos traçados no artigo 3º:

“Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - constituir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento social nacional;

¹⁴ Herbet ..., *A Ideologia* ..., p. 31-32.

¹⁵ Cf. OPPETIT, Bruno. *Droit et économie*, artigo publicado no Archives de Philosophie du Droit, t. 27, Droit et économie, Paris, Sirey, 1992, p. 17.

¹⁶ Bruno ..., ob. cit., p. 17-18.

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Percebe-se, então, que o Direito nacional envolve o modelo neoliberal da economia com vistas aos objetivos traçados e acima citados.

Segundo Bruno Oppetit a relação Direito-Economia deve ser analisada em face de três planos, sendo que o primeiro realça:

“ - a análise econômica do direito procede de um individualismo metodológico: ele repousa sobre o postulado do comportamento racional do homem em sociedade, ao qual a regra do direito impõe, na perseguição de seus objetivos, constrangimentos e custos: ele pode agir em direção à regra de proibir, de prescrever ou de evitar esse ou aquele comportamento”.¹⁷

Em segundo plano, emerge a adaptação das racionalidades individuais aos interesses gerais, realizado pelo Direito. Pois:

“Com esta aproximação econômica do direito, a regra do direito obedece, então, à uma concepção puramente instrumental: ela é elaborada exclusivamente em função da eficácia econômica que se espera; desde então, todo o sistema jurídico torna-se técnico da intervenção do poder público”.¹⁸

¹⁷ Bruno ..., ob. cit., p. 24. Do original: “ - l’analyse économique du droit procède d’un individualisme méthodologique: elle repose sur le postulat du comportement rationnel de l’homme en société, auquel la règle de droit impose, dans la poursuite de ses objectifs, des contraintes et des coûts: il peut s’agir pour la règle d’interdire, de prescrire ou d’éviter tel ou tel comportement”.

¹⁸ Bruno ..., ob. cit., p. 24. Do original: “Avec cette approche économique du droit, la règle de droit obéit alors à une conception purement instrumentale: elle est élaborée exclusivement en fonction de l’efficacité économique que l’on en attend; dès lors, tout le système devient technique d’intervention de la puissance publique.”

Por fim, o interesse geral passa a ser visto na perspectiva de o direito alcançar o *optimum social*¹⁹:

“(…) deste objetivo de eficácia social derivam critérios de decisão para o Estado na determinação do conteúdo da regra de direito: a teoria normativa do bem-estar propõe ao Estado um certo número de critérios de decisão na sua intervenção para a obtenção do estado social *optimum* que o mercado não está mais em medida de assegurar; existem, com efeito, situações em que as fórmulas ‘mercantis’ são ineficazes, como no célebre exemplo das ‘externalidades’, quer dizer as penas não queridas causadas à outro por ato voluntário: por falta do mercado e do contrato, pertence ao legislador intervir e encontrar a solução coletivamente mais favorável”.²⁰

Contudo, não se permite o neoliberalismo econômico provocar um “neoliberalismo jurídico”, cujos direitos e deveres estariam envolvidos numa relação de mercado.

Neste ponto, limita-se a influência das relações derivadas do *laissez faire* para possibilitar a ingerência do Estado em prol do equilíbrio das relações jurídicas. Partindo-se da premissa marxista de que o econômico influencia o social, a edificação da estrutura jurídica e política

¹⁹ Bruno ..., ob. cit., p. 24. Bruno Oppetit utiliza a expressão *optimum social* na visão de Pareto, segundo o qual, não se saberia melhorar a situação de um indivíduo sem diminuir a satisfação de um outro indivíduo.

²⁰ Bruno ..., ob. cit., p. 24. Do original: “(…) de ce but d’efficacité sociale découlent des critères de décision pour l’Etat dans la détermination du contenu de la règle de droit: la théorie normative du bien-être propose à l’Etat un certain nombre de critères de décision dans son intervention pour l’obtention de l’état social optimum que le marché n’est plus en mesure d’assurer; il y a en effet des situations où les formules ‘marchandes’ sont inefficaces, comme dans l’exemple célèbre des ‘externalités’, c’est-à-dire des dommages non voulus causés à autrui par un acte volontaire: à défaut du marché et du contrat, il appartient au législateur d’intervenir et de trouver la solution collectivement optimale”.

emerge de uma consciência concreta do social para informar a estrutura sócio-econômica e os fins por ela atingidos.²¹

Pois, segundo Marx:

“As evoluções sociais lhes determinam outras considerações menos sentimentais. As suas causas encontram-se: na estrutura econômica, no modo de produção e da troca, que preside à distribuição das riquezas e, por conseguinte, à formação das classes e à hierarquia. Quando essas evoluções se efetuam, não é porque obedecem a um ideal elevado de justiça, mas sim porque se ajustam à ordem econômica do momento”.²²

A recepção dessa premissa marxista dá-se em vista da constituição do modelo social brasileiro, surgido sobretudo após a estabilização da moeda com o advento do Plano Real. Vê-se, pois, que o econômico moldou uma nova organização social, refletindo no espaço jurídico.

Nesse sentido, Frédéric Zenati, professor da Universidade de Jean Moulin, arremata à luz do pensamento marxista:

“O direito é essencialmente uma representação ideal da realidade, da qual procede uma ideologia. Ele não tem pois qualquer sentido sem a base material à qual se aplica”.²³

1.3

Desenvolvimento Nacional

²¹ Cf. ZENATI, Frédéric. *Le Droit au-delà de Marx*, artigo publicado no *Archives de Philosophie du Droit*, t. 27, *Droit et économie*, Paris, Sirey, 1992, p. 123.

²² MARX, Karl. *O Capital*, trad. de Gesner de Wilton Morgado, Rio de Janeiro, Editora Melso S/A, 1968, p. 10.

²³ Frédéric ..., ob, cit., p. 123. Do original: “Le droit est essentiellement une représentation idéelle du réel, dont il procède, une ideologie. Il n’a donc aucun sens sans la base matérielle à laquelle il s’applique”.

A sociedade não é inerte mas um movimento constante no intuito de obter melhores condições de vida para seus integrantes. Dentre os mecanismos de transformação, o fenômeno econômico surge como o principal.

As transformações sociais desejadas, pelo preceito contido no artigo 3º, da CF, são uma obrigatoriedade institucional do Estado e do Direito e decorrem do desenvolvimento sócio-econômico nacional.

A história mostra as várias relações entre Estado e Economia, formatadas pelo Direito Positivo, dentre as quais o neoliberalismo vigora no crepúsculo do Terceiro Milênio.

No Brasil não foi diferente. A partir da redemocratização, percebeu-se o incremento das atividades econômicas. Porém, era preciso conter o fenômeno inflacionário, tido como a maior causa de injustiça social e de inibição do desenvolvimento nacional.

Após sucessivos planos econômicos, a economia alcançou a desejada estabilidade com o advento do Plano Real, posto em prática a partir de julho de 1994. Desde então, a capacidade de consumo do cidadão brasileiro aumentou consideravelmente, sobretudo a da população de baixa renda. A sociedade brasileira transformou-se não só econômica, mas também culturalmente e, por via oblíqua, político-ideologicamente. Mas essa transformação é perene e não se encerra em conquistas de elevados padrões de vida.

Porém, as desigualdades sócio-econômicas não foram exterminadas e ainda permanecem infincadas na macro-estrutura brasileira.

De fato, o Plano Real ainda não proporcionou a devida re-distribuição de renda entre seus integrantes, conforme expõem esses dados: 86,5% da população brasileira não possui renda alguma ou se possui, não ultrapassa cinco salários mínimos; já 7,3% da população possui renda entre 5 e 10 salários mínimos; 3,3% da população possui renda entre 10 e 20 salários mínimos e apenas 1,6% da população brasileira possui renda superior a 20 salários mínimos.²⁴

Traduzindo em números: partindo-se da projeção do IBGE de que a população brasileira alcança a cifra de 160 milhões de pessoas em 1997, existem mais de 100 milhões de pessoas que possuem renda de 0 a 5 salários mínimos.

Como se não bastasse, outro dado é relevante para retratar a realidade da sociedade brasileira: os aposentados do INSS - setor privado - ganham em média 1,7 salários mínimos, enquanto que, no setor público federal, as médias das aposentadorias alcançam 13,3 salários mínimos no Poder Executivo, 22,7 salários mínimos no Poder Judiciário e 30,4 salários mínimos no Poder Legislativo.²⁵

Ainda. Em pesquisa nacional, a Datafolha²⁶ retratou a sociedade brasileira e dividiu-a em 5 grupos, mensurados por grau de escolaridade, renda familiar, cor e integração em classes sociais - A, B, C, D e E.

²⁴ Jornal Folha de São Paulo, Caderno 1 - Brasil, São Paulo, edição de 11/04/1997, p. 06.

²⁵ Jornal Folha de São Paulo, Caderno Folha-Dinheiro, São Paulo, edição de 16/08/1997, p. 02, coluna Paineis.

²⁶ Jornal Folha de São Paulo, Caderno 1 - Brasil, São Paulo, edição de 13/07/1997, p. 12.

Verificou-se que o denominado grupo dos *excluídos* representa 59% da população brasileira. Neste grupo, 86% dos brasileiros não possuem o 1º grau escolar, 97% possuem renda familiar inferior a 10 salários mínimos, têm idade média de 38,2 anos, 43% integram a classe D e 38% a classe E, e é o grupo que mais reúne negros e pardos.

Esta pesquisa detectou também que 14% da população brasileira integra o chamado grupo de *decadentes*, isto é, de pessoas que possuem o 2º grau, sendo que 21% tem nível superior, a idade média é de 31 anos, todos possuem renda familiar inferior a 10 salários mínimos e 74% deste grupo integra a classe C. Neste grupo, os brancos totalizam 71%, os pardos 22% e os negros 5%.

Na outra ponta da pesquisa, encontram-se os grupos qualificados como *batalhadores* e *elite*. Os *batalhadores* agregam brasileiros que não possuem curso superior - 58% estudaram até o 1º grau - 89% possuem renda familiar superior a 20 salários mínimos, 49% integram a classe C, têm idade média de 36,6 anos e são compostos por 69% de brancos, 25% de pardos e 6% de “outros”. Este grupo é conhecido como emergente e integra a nova burguesia do Brasil, pós-Plano Real.

Já a *elite* é o grupo de brasileiros que possui maior percentagem de escolaridade superior - 74% - 64% possui renda familiar superior a 20 salários mínimos, a idade média é de 35 anos e 71% integram a classe B. Neste grupo encontra-se a maior presença de brancos - 85% - e menor presença de outras raças - 12% de pardos, 2% de negros e 1% de outros.

Entre os dois blocos - inferior (*excluídos e decadentes*) e superior (*elite e batalhadores*) - encontra-se o grupo dos *remediados*, composto por 71% de brancos e 24% de pardos, sendo que 52% completaram o 2º grau, 85% possuem renda familiar entre 10 e 20 salários mínimos e 47% integram a classe C.

Neste perfil da sociedade brasileira pós-Plano Real, ainda com forte predomínio da concentração de renda, verifica-se a ascensão econômica das classes baixa e mediana.

Esse contingente populacional interage sob diversas formas mas, principalmente na relação econômica. Esse contingente também consome o direito e o serviço público jurisdicional. A sua presença destaca-se nos corredores dos fóruns e dos tribunais.

O papel do direito neste processo econômico-social do Terceiro Milênio é garantir o desenvolvimento social, sobretudo das classes desfavorecidas, sendo a jurisdição, através do processo civil, o instrumento viável para distribuir e fazer circular rendas e bens de consumo.

1.4

Direito como instrumento de desenvolvimento

No contexto social, o Direito passa a ter importância quando, condizente com a realidade, torna-se instrumento de aquisição e desenvolvimento dos direitos subjetivos.

Tem-se a transformação do costume *contra legem* como exemplo de aquisição e desenvolvimento de direitos subjetivos²⁷ e o direito processual civil como instrumento de efetivação dos direitos subjetivos adquiridos.

Contudo, algumas ponderações precisam ser postas. Com efeito, vitoriosas a Revolução Francesa e a tese do contrato social, o Estado moderno passou a realizar atividades em prol da sociedade politicamente organizada através de comandos legais.

A transformação da sociedade natural para a sociedade organizada deu-se em razão de opção política, assim como foram a modernização do Estado e a sua estruturação constitucional.

Nesse contexto, o Direito Positivo surge como opção política da sociedade organizada.²⁸ O desenvolvimento social pelo Direito é um prolongamento do comando político da sociedade.

O Professor François Terré bem enfatiza a politização da lei como racionalidade do direito, ao enunciar que:

“A politização das leis é de natureza a alcançar o que pôde ser considerado como a *racionalidade do direito*. É, com efeito, evidente que, quando a preocupação da verdade - de uma certa *verdade*, naturalmente - desaparece diante da pesquisa de uma satisfação mais ou menos geral dos interesses, o edifício jurídico tradicional é singularmente abalado. Mesmo se, nesta direção, esforça-se para ultrapassar as únicas preocupações políticas e politiqueras, deve-se admitir que a atenção posta, de maneira acrescida, ao estudo dos comportamentos e das opiniões,

²⁷ Cf. PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. O Costume no Direito, Campinas, Editora Bookseller, 1997, p. 168-174, 309-319 e 324-330.

²⁸ Cf. CORREAS, Óscar. Crítica da Ideologia Jurídica, trad. de Roberto Bueno, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 91-95.

favoreceu na elaboração e interpretação de leis novas um impulso do aleatório”.²⁹

Segue-se, pois, a necessidade de o Direito propiciar o desenvolvimento da sociedade, através de uma política social, que não apenas se restrinja a outorgar direitos, mas também de efetivá-los quando desrespeitados.

Assim, o sistema da política social pelo Direito abrange a elaboração de direitos e deveres objetivos (*segurança jurídica*) e o serviço jurisdicional para efetivá-los (*tutela jurisdicional*).

Nesse diapasão, o papel do Direito moderno, afinado com o sistema econômico e com a realidade social, permite que cidadãos de diferentes classes interajam e com isso façam distribuir e circular rendas e bens de consumo, como meio promover o bem-estar social.

O caminho necessário para alcançar os objetivos traçados no artigo 3º, da CF, deve partir de uma reinterpretação do marxismo e do liberalismo como teorias econômicas, a partir de uma postura jurídica, para melhor desenvoltura das relações sociais.

Nesse sentido, informa Jacques Bidet:

“A reinterpretação aqui proposta é de uma outra natureza. Ela consiste a mostrar que uma teoria geral da modernidade deve integrar à análise das ‘relações de classes’, nas sociedades modernas, uma referência essencial

²⁹ TERRÉ, François. *La “crise de la loi”*, Archives de Philosophie du Droit - La Loi - publié avec le concours du C.N.R.S., t. 25, Paris, Édition Sirey, 1980, p. 23. Destaques do original. Do texto original: “La politisation des lois est de nature à porter atteinte à ce qui a pu être considéré comme la *rationalité du droit*. Il est, en effet, évident que, lorsque le souci de la vérité - d’une certaine *vérité*, bien entendu - s’efface devant la recherche d’une satisfaction plus ou moins généreuse des intérêts, l’édifice juridique traditionnel est singulièrement ébranlé. Même si, dans cette direction, on s’efforce de dépasser les seules préoccupations politiques et politiciennes, on doit admettre que l’attention portée, de manière accrue, à l’étude des comportements et des opinions a favorisé dans l’élaboration et l’interprétation des lois nouvelles une poussée de l’aléatoire”.

ao contratualismo, o qual se torna também ao mesmo tempo o esquema privilegiado de uma teoria do socialismo. Ela supõe, entre outras, uma reinterpretação do marxismo e do liberalismo, presente no meu livro, *Teoria da modernidade* (PUF, 1990), que não pode ser reprisado aqui mais sobre a qual eu me apoiarei constantemente. Correlativamente, ela implica um redesdobramento da problemática de Rawls num quadro que pretenderia reter de uma só vez as lições do materialismo histórico, aquela do liberalismo político e aquelas da ética do discurso”.³⁰

Já Celso Furtado, em comentários à obra de Lester C. Thurow³¹, em passagem sobre o futuro do capitalismo, esclarece que a sociedade democrática moderna requer a conjugação de duas forças: o individualismo, alimentado pela economia de mercado, e a disciplina, que só as sociedades participativas e abertas engendram. Por isso, argumenta que:

“Escoa a Thurow que a sociedade moderna não é uma criação do capitalismo, e sim a resultante histórica de um complexo processo de luta de classes. Forças econômicas cavalcando o avanço das técnicas criaram o crescente fluxo de riquezas, levando a crise periódicas que exigiram a ampliação dos mercados. Coube a movimentos sociais organizados forçar a elevação dos salários reais, a qual conteve o processo de concentração de renda inerente ao capitalismo. Portanto, o que conhecemos como sociedade de massas é fruto do processo dialético produzido pelo capitalismo

³⁰ BIDEET, Jacques. Pour une réinterprétation métastructurelle du contratualisme, artigo publicado no Archives de Philosophie du Droit, t. 27, Droit et économie, Paris, Sirey, 1992, p. 313. Do original: “La réinterprétation ici proposée est d’une toute autre nature. Elle consiste à montrer que’une théorie générale de la modernité doit intégrer à l’analyse des ‘rapports de classes’ dans les sociétés modernes une référence essentielle au contractualisme, lequel devient aussi en même temps le shème privilégié d’une théorie du socialisme. Elle suppose, entre autres, une réinterprétation du marxisme et du libéralisme, présentée dans mon livre, *Théorie de la modernité* (PUF, 1990), qui ne peut être reprise ici mais sur laquelle je m’appuierai constamment. Corrélativement, elle implique un redéploiement de la problématique de Rawls dans un cadre qui voudrait retenir tout à la fois les leçons du matérialisme historique, celle du libéralisme politique et celles de l’éthique du discours”.

³¹ FURTADO, Celso. De onde vem a utopia, artigo publicado no Jornal Folha de São Paulo, Caderno Jornal de Resenhas, São Paulo, edição de 09/09/1997, p. 01.

e pelas forças sociais que a ele se opuseram, criando a utopia de uma sociedade igualitária”.³²

1.5

A crise da jurisdição no plano social

Apesar do desenvolvimento da sociedade brasileira no que se refere à qualidade de vida, engendrada pelo Estado, a hodierna atividade jurisdicional não acompanhou esse desenvolvimento e mostra sinais inequívocos de um abismo que o separa da realidade nacional.

Vários são os fatores que cooperam para esse abismo entre jurisdição e sociedade, impedindo que se realize uma rápida distribuição de rendas e riquezas. Vê-se, pois, a existência de uma “crise jurisdicional”, que pode ser apontada por fatores *políticos, normativos, sociológicos, hermenêuticos e axiológicos*.

No plano político é comum deparar com notícias de ingerência dos poderes Executivo e Legislativo nas decisões e comandos judiciários, às vezes influenciando-as ou simplesmente não as executando.

Para ilustrar, no Estado do Paraná, durante o período do governo Roberto Requião, os inúmeros pedidos de intervenção federal em razão da desobediência do Executivo em cumprir os mandados de reintegração de posse, requeridos por proprietários que tiveram suas terras invadidas por “sem-terras”.

³² Celso Furtado, ob. cit., p. 01.

Também vale lembrar a decisão do Tribunal Superior Eleitoral em condenar à inelegibilidade alguns políticos³³ por terem se utilizado indevidamente da Gráfica do Senado para imprimir cartazes com propaganda pessoal. Em resposta, o Poder Legislativo federal promulgou lei anistiando as pessoas envolvidas, tendo obtido a sanção presidencial.

No início de 1996, o Governo do Estado do Paraná, através da Secretaria da Justiça, firmou convênio com o Tribunal de Justiça Estadual, ao fito de realizar gratuitamente 100 exames de DNA, HLV e HLA para fins de prova nas ações de investigação de paternidade/maternidade, quando o(a) autor(a) é reconhecidamente pessoa pobre. Louve-se a iniciativa, contudo, esse convênio ainda não pôde ser implantado, posto que não há verbas para custear os referidos exames, o que causou a suspensão de inúmeros processos, que ora aguardam sua efetivação.³⁴

Também recentemente, o Brasil assistiu à posição dos magistrados que se mobilizaram em campanha nacional, para exigir melhores salários, criação de cargos de juizes, melhor estruturação e aparelhamento do Poder Judiciário.

Dados mostram que a correlação juiz/habitante apresenta-se na ordem de um juiz para cada 27 mil habitantes. Nessa linha, existem 11.628 vagas para juizes na Justiça Comum, Justiça Federal

³³ Famoso “Caso do Senador Humberto Lucena”.

³⁴ Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Paraná, Ofício Circular nº 65/96, publicado no Diário de Justiça de 27/08/96. Recentemente, o Ofício Circular nº 127/97 e a Instrução nº 02/97, ambos expedidos pela Corregedoria-Geral de Justiça, publicadas no DJ de 30/10/97, p. 27-30, regulamentaram o exame e apontaram os laboratórios e peritos credenciados para a coleta e perícia. Contudo, foi determinado que a ordem de preferência para a realização do exame dar-se-á pelo critério de antigüidade, atendendo uma comarca por vez, sem ultrapassar a cota de 100 exames/mês. Percebe-se, então, a demora para a realização dos exames em casos mais recentes.

e Justiça do Trabalho, sendo que estão vagos 2.649, ou seja, 22,78%, desses cargos.³⁵

Por fim, calcula-se que, no ano de 1997, o Supremo Tribunal Federal terá julgado cerca de 35 mil processos, numa correlação de julgamento de 17,5 processos por dia útil, e o Superior Tribunal de Justiça julgado terá por volta de 100 mil processos. Tais dados mereceram do Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Celso de Mello, a conclusão pela inviabilidade da Corte máxima, afetando o Estado de Direito.³⁶

Tais informações demonstram a crise política que afeta o Poder Judiciário nacional como instituição.

No aspecto normativo, a jurisdição distancia-se da realidade social por apoiar-se em normas ineficazes ou contemplar privilégios a pequenos setores da sociedade.

O rol de benefícios da assistência judiciária gratuita, elencado no artigo 3º, da Lei nº 1060/50, é inacessível para os considerados necessitados, principalmente quando se exige prova pericial.

De outra banda, a *igualdade de tratamento entre os litigantes*, contemplada como princípio constitucional, é restringida expressamente pela lei processual, conforme se vê da regra do artigo 188, do CPC, que consagra a contagem do quádruplo do prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público. De igual forma, a proibição da citação postal da Fazenda Pública, nos termos do artigo 222, alínea “c”, do CPC.

³⁵ Jornal Folha de São Paulo, Caderno 1 - Brasil, São Paulo, edição de 03/11/1997, p. 10.

³⁶ Jornal Folha de São Paulo, Caderno 1 - Brasil, São Paulo, edição de 03/11/1997, p. 10.

Ainda. A “míni-reforma” do Código de Processo Civil também apresenta uma crise normativa da jurisdição civil.

Pois. A Lei nº 9.139/95, que modificou a interposição e o procedimento do recurso de agravo de instrumento, determina que esse recurso deverá ser interposto diretamente ao Tribunal competente - e não mais perante o juiz da causa. Justificou-se essa reforma com vista à agilidade do procedimento e julgamento do recurso, buscando a *celeridade do processo*. No entanto, para os litigantes que residem em comarcas distantes da sede do Tribunal, tal modificação causa verdadeiro empecilho e embaraço no exercício do duplo grau de jurisdição.

Também referente às modificações introduzidas no Código de Processo Civil, que alteraram o procedimento da interposição do recurso, encontra-se o disposto contido no artigo 511, do CPC, que exige o preparo do recurso e o porte de retorno no ato da interposição. A jurisprudência que se criou não conhece do recurso por não admitir o preparo posterior ou se não houve pagamento do porte de retorno.³⁷

A crise na jurisdição civil também repercute no meio social, principalmente se quando refere ao atraso do pronunciamento jurisdicional ou quando esse se torna ineficaz.

A demora pelo pronunciamento jurisdicional tem desestimulado muitas pessoas a ingressarem no Judiciário, a despeito de seu direito subjetivo material estar lesado ou ameaçado. Tanto que, em alguns casos, é comum verificar a realização de péssimos acordos em razão

³⁷ É o que podemos denotar dos seguintes acórdãos, todos do TACívPr.: proc. nº 0089342-3, 6ª CCív., publicado no DJ de 29/03/96, p. 25; proc. nº 0099239-4, 2ª CCív., publicado no DJ de 13/12/96, p. 30; e proc. nº 0099454-1, 2ª CCív., publicado no DJ de 13/12/96, p. 30.

de atendimento a necessidades urgentes. Surge, então, o nefasto ditado: *mais vale um péssimo acordo que uma boa demanda*.

Às vezes, a tutela de direitos assume forma diferenciada do procedimento correto, utilizando-se de provimentos antecipatórios ou cautelares, para fugir do revés da mora judiciária.³⁸

Pode-se dizer o mesmo a respeito da demora a nível de segundo grau de jurisdição, que apenas serve de desestímulo ao litigante de boa-fé e de incentivo ao litigante procrastinador.

Também se alia à crise social da jurisdição civil o desestímulo de ingresso na justiça proporcionado pela inefetividade da jurisdição, em razão da Fraude Contra Credores. Apesar de estar ciente de que tem à sua disposição a ação de anulação por Fraude Contra Credores, o credor prefere não ter mais prejuízos, em razão da demora, onerosidade do processo e das dificuldades de êxito na demanda.

Nesse sentido, a jurisdição distancia-se da sociedade, por apresentar-se inoperante e ineficaz.

A hermenêutica jurídica passa a ter influência na crise da jurisdição civil por ser verdadeiro instrumental dos despachos, decisões interlocutórias e sentenças, em razão do princípio do *livre convencimento* (CPC, art. 131).

Porém, algumas decisões judiciais mostram-se contrárias aos interesses sociais, tal como a que se refere à aplicabilidade do § 3º, do artigo 192, da Constituição Federal, na qual se limita a

³⁸ Nesse sentido, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 14-21.

cobrança de juros em 12% ao ano. A interpretação dada pelo Poder Judiciário, na sua imensa maioria, entende que, em sede de mandado de injunção ou em ação de conhecimento (embargos à execução, ação de consignação, contestação etc.) não é possível conhecer da pretensão ao limite constitucional, uma vez que o disposto constitucional exige a promulgação de lei complementar para seu regulamento, consagrando, ao seu final, que o referido disposto se constitui numa verdadeira prerrogativa constitucional de eficácia contida.³⁹

Essas são algumas razões que provocam o descrédito do Judiciário como poder e como serviço público, proporcionando à população a busca de meios alternativos e céleres para a tutela de seus direitos.

Para combater a crise da jurisdição civil, este trabalho apresenta os horizontes da Teoria Crítica do Direito como meio de *re-formular* o conhecimento jurídico e fornecer outros para um novo conhecimento jurídico da jurisdição civil.

³⁹ Citem-se os seguintes acórdãos: STF, 1ª T., Rel. Min. Celso de Mello, IOB, v. 9/95, p. 140; TACív.Pr., 2ª Cciv., apel. nº 0087559-0, publicado no DJ de 19/04/96, p. 61-62; 5ª Ccív., apel. nº 0074128-0, publicado no DJ de 12/04/96, p. 69; além desses, também referente ao TACív.Pr., os acórdãos publicados no DJ de 12/04/96, p. 42-43 e de 19/04/96, p. 70, 88 e 89. Tais acórdãos são uma pequena amostra de como é interpretado o § 3º do artigo 192, da CF.

Capítulo II

A Teoria Crítica do Direito aplicada na Jurisdição Civil

Sumário: 2.1 A Teoria Crítica do
Direito. 2.2 Embasamento
sociológico. 2.3 A ideologia do
processo civil.

2.1

A Teoria Crítica do Direito

Identificadas a crise na jurisdição e a
necessidade de reformulações, diante de um quadro social real e concreto,

postula-se a investigação crítica da ciência processual, com a reunião de elementos de formação epistemológica⁴⁰ que irão informar o novo conhecimento da jurisdição e do processo civil.

Nesse sentido, o Direito constitui-se como um eficaz instrumento de transformação e desenvolvimento das relações sociais. Os objetivos do Estado brasileiro, traçados no artigo 3º, da CF, passam a informar toda a postura filosófico-jurídica a ser desenvolvida no trabalho. Para tanto, o presente capítulo objetiva lançar categorias críticas para rever as lições dogmáticas acerca da jurisdição civil, de forma que ela possa ser *re-adequada* à realidade social.

A postura crítica a ser traçada neste trabalho apóia-se no fundamento sociológico e identifica a *necessidade* de mudanças e a *realidade concreta* da sociedade brasileira sobre qual surtirão os efeitos.

Já a linha crítica propõe, com a adoção da *Teoria Crítica do Direito*, formulada por Luiz Fernando Coelho⁴¹, a construção de uma teoria do direito que,

“(...) sem abdicar das exigências da cientificidade, no sentido de certo rigor na explicitação de hipóteses, conceitos e categorias que constituem o objeto da tese, em construção, assumisse o conteúdo ideológico desse mesmo objeto, e procurasse conciliar na medida do possível tais exigências com um compromisso que se afigura basilar, o da (re)construção da sociedade, o do estabelecimento das condições históricas que

⁴⁰ A presente tese não é um trabalho de epistemologia jurídico-processual, embora esteja considerada na apresentação da realidade social.

⁴¹ A *Teoria Crítica do Direito* é a monografia com a qual Luiz Fernando Coelho obteve a cadeira titular de Filosofia do Direito na UFPr., e cuja 3ª edição está prestes a ser lançada por Sérgio Fábris Editor. As transcrições e remissões a serem feitas neste trabalho são ainda da 2ª edição da obra.

propiciem a realização do ser humano em suas potencialidades, ou seja, de maneira mais prosaica, para que o homem possa ter uma existência digna”⁴².

Seguindo os postulados críticos de Luiz Fernando Coelho, a *Teoria Crítica do Direito* apresenta-se como uma teoria “impura” no sentido de que se fundamenta em pressuposto ontológico oposto ao do purismo metodológico de Kelsen, posto que, diante de um realismo crítico, retorna para a sociedade com vistas à finalidade concreta do Direito.⁴³

Para alcançar essa finalidade concreta do Direito, Coelho apóia sua teoria em categorias críticas que, segundo ele,

“(…) resultam pois da consideração objetiva da práxis; elas vão constituir ao mesmo tempo a base ôntica para situar a juridicidade como forma de manifestação ou de realização da práxis, com o sentido escatológico⁴⁴ que deflui do papel transformador do conhecimento”⁴⁵.

As *categorias críticas* enumeradas por Luiz Fernando Coelho, meramente exemplificativas, são a *dialeticidade*, *estamento*, *poder*, *hegemonia* e *legitimação*, que passam a ser examinadas.

A *dialeticidade* como categoria crítica envolve o momento ontológico do social como totalidade e transformação imanentes e o momento gnoseológico da representação teórica de ambos os aspectos da mesma unidade.⁴⁶

Já a categoria do *estamento*,

⁴² COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*, 2ª ed., Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 17.

⁴³ Luiz Fernando, *Teoria Crítica* ..., p. 18.

⁴⁴ A palavra *escatológico* apresenta vários significados, sendo o utilizado por Coelho a que se refere sobre os *fins últimos do homem*.

⁴⁵ Luiz Fernando ..., *Teoria* ..., p. 55.

⁴⁶ Luiz Fernando..., *Teoria* ..., p. 58-59.

“(...) serve para detalhar, de certa forma, a complexidade do social. Isto porque as contradições da dialética social são sobretudo estamentais, tendo em vista a tendência à hegemonia, com que os grupos mais homogêneos se apresentam”.⁴⁷

O papel da categoria do *estamento* reveste-se de duplo aspecto em sede de conflitos estamentais: conservar as conquistas e proporcionar a aquisição de novas conquistas. No plano teórico, cumpre ao direito “desalienar”, implodindo o discurso ideológico sobre qual se assenta a classe dominante.⁴⁸

Já a categoria do *poder* se difunde na manifestação da dominação,

“(...) que, em maior ou menor grau, relaciona as pessoas, submetendo-as entre si nos diversos planos macro e microssociais; familiar, sindical, econômico, empresarial, estatal etc. Segundo Foucault, o chamado poder político nada mais é que a representação ideológica destas diversas formas de micro-dominação, estas sim, configurativas do concreto social”.⁴⁹

A *hegemonia*, como categoria,

“(...) diz respeito ao poder estamental que prevalece sobre os demais e, para manter-se, necessita do consenso dos dominados. Quando um estamento alcança o poder político, ele se torna hegemônico e estabelece novas normas para seus objetivos ou então coopta as normas vigentes”.⁵⁰

Por fim, a categoria da *legitimidade* se apresenta como o *conjunto de procedimentos para obtenção do consenso e*

⁴⁷ Luiz Fernando..., *Teoria* ..., p. 59.

⁴⁸ Cf. Luiz Fernando..., *Teoria* ..., p. 59-60.

⁴⁹ Luiz Fernando..., *Teoria* ..., p. 60.

⁵⁰ Luiz Fernando..., *Teoria* ..., p. 60.

ocultação da hegemonia. Os conceitos de Estado de Direito e democracia são instrumentos indispensáveis para a obtenção da legitimidade do direito.⁵¹

Baseada nas categorias, a teoria crítica do direito não tem a pretensão de ser inovadora. Ao contrário,

“(...) ela se propõe a um re-direcionamento, talvez uma unificação, dos esforços expendidos em diferentes campos do conhecimento, e que conduziram, lenta mas seguramente, ao núcleo do que constitui sua proposta: adesão ao real, descoberta da verdade pela recusa de negar, distorcer ou omitir a realidade”.⁵²

A postura crítica não vai simplesmente contra o *dogma jurídico*⁵³, mas rompe com o saber acumulado e, na seqüência, procura alternativas dentro das regras políticas que informam a relação do poder.

A esse rompimento, Luiz Fernando Coelho qualifica como *corte epistemológico*, entendido nestes termos:

“A noção bachelardiana de *obstáculo epistemológico* significa que a ciência deve elidir os preconceitos e falsas imagens da realidade e tentar reconstruir seu objeto, a partir de uma perspectiva sempre renovada; daí a ocorrência de uma ruptura com o saber acumulado, ou *corte epistemológico*.

(...) É nesse novo estatuto da ciência como ruptura com o saber acumulado, superação de obstáculos epistemológicos e (re)construção conceitual da realidade, que a dialética da participação vai haurir seu modelo epistêmico para as ciências sociais, como uma

⁵¹ Luiz Fernando..., *Teoria* ..., p. 60-61.

⁵² Luiz Fernando..., *Teoria* ..., p. 66-67.

⁵³ Outras correntes também vão contra o dogma, porém não implicam em mudanças. A corrente mais conhecida no direito brasileiro é a denominada “Direito Alternativo” que atua somente a nível de hermenêutica jurídica, com medidas paliativas e não postula nos seus fundamentos qualquer alteração do dogma. Já a teoria crítica, por sua vez, atua a nível ontológico do direito, postulando mudanças e *re-equacionamento* do dogma, o que por si só também abrangeria mudanças na hermenêutica jurídica.

conjugação da epistemologia prospectiva com o pensamento dialético”.⁵⁴

A finalidade da teoria crítica é *re-ajustar* o dogma jurídico à nova realidade social que se apresenta no Brasil, no encerramento deste Século e no início do Novo Milênio.

2.2

Embasamento sociológico

A reformulação dos postulados da jurisdição civil deve-se à *necessidade social da atividade jurisdicional* e a que essa atividade seja dirigida *concretamente em benefício da sociedade*. Cindem-se, portanto, na exigência e na eficiência da atividade jurisdicional.

A necessidade social da reformulação do pensamento jurídico da jurisdição dá-se em razão da crise que assola a jurisdição conforme já assinalado.⁵⁵

A concepção estrutural da jurisdição deve ser revista no plano científico, uma vez que seus fundamentos encontram-se arraigados ao procedimentalismo engendrado por parte da doutrina, dificultando o acesso à Justiça, seja a nível de ingresso ou como o desenvolvimento e obtenção da tutela jurisdicional.⁵⁶

⁵⁴ Luiz Fernando ..., *Teoria* ..., p. 50-51.

⁵⁵ Capítulo I - Sociedade e Direito, tópico 1.5 - A crise da jurisdição no plano social.

⁵⁶ A expressão *procedimentalismo* refere-se a normas complexas e formalistas que dificultavam o desenvolvimento do processo, diferente da expressão *procedimentalismo* utilizado por José Frederico Marques, ao explicar a necessidade de elaboração de estruturas procedimentais simplificadas. Cf. MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil, 1º v., 3ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1975, p. 41-42.

A jurisdição é, antes de tudo, serviço público posto à disposição da sociedade. Como tal, deve-se ater aos objetivos preconizados no artigo 3º, da CF.

Vê-se, então, que a necessidade da *readequação* da jurisdição às finalidades estampadas na Constituição Federal vai ao encontro da nova realidade social, de uma sociedade massificada, consumista, burguesa e que busca, com a circulação e distribuição de riquezas, alcançar o bem-estar social.

Assim, a mora processual e a inefetividade dos comandos jurisdicionais, obstáculos de acesso ao serviço jurisdicional e de obtenção da tutela jurisdicional, devem ser transpostas e eliminadas, em prol da nova ordem social.

A concretude da visão crítica da jurisdição decorre da sua adesão ao realismo social, vinculada aos valores eleitos pela sociedade brasileira.

A busca do pensamento jurídico concreto decorre do denunciado liame entre a ciência jurídica e a ciência social. A neutralidade científica perde terreno à medida que a ciência jurídica se aproxima cada vez mais da ciência social e das necessidades sociais.⁵⁷

A visão concreta da jurisdição revela sua face utilitarista, explicitada pelos fins previstos no artigo 3º, da CF. Ademais, cumpre destacar que o estudo do desenvolvimento não revela uma postura nitidamente econômica, mas, conforme Pinto Ferreira, é sobretudo um problema sociológico, pois:

⁵⁷ Cf. Jônatas ..., *O Costume* ..., p. 139 e segts.

“Trata-se, na realidade, de um processo global de transformação da sociedade e da economia, com as suas implicações próprias, as suas tendências transformadoras se chocando contra os obstáculos sociais ao desenvolvimento”.⁵⁸

Nessa esteira, chega-se ao conceito de desenvolvimento elaborado por Calderan Beltrão, nos seguintes termos:

“Desenvolvimento é um processo inédito e irreversível de mudança social, através do qual se instaura numa região um mecanismo endógeno de crescimento econômico cumulativo e diferenciado”.⁵⁹

Logo, para se alcançar o desenvolvimento via tutela jurisdicional, é preciso que haja a *re-adequação* da jurisdição civil nos moldes da nova sociedade brasileira, que sugere a presença do Direito nas relações sócio-econômica, dando àquela os instrumentos necessários e suficientes para alcançar os fins desejados no artigo 3º, da CF.

Enfim, uma nova realidade social subordina-se a uma nova realidade jurídica. Daí a visão concreta da jurisdição.

Nessa linha de pensamento, encontra-se superada a polêmica acerca do *dualismo e monismo jurídico*. O ordenamento concebido como um sistema de regras de condutas não comporta distinção entre os direitos. É verdade que o conteúdo de um tipo de normas distingue-se das outras (p. ex., normas substanciais e normas processuais), mas nem por isso o Direito torna-se diferenciado.⁶⁰

⁵⁸ FERREIRA, Pinto. Sociologia do Desenvolvimento, 5ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 39.

⁵⁹ *Apud* Pinto Ferreira, ob. cit., p. 38.

⁶⁰ Cf. KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, trad. do Drº João Baptista Machado, 3ª ed., Coimbra, Armênio Amado Editor, 1974, p.320-321.

Hans Kelsen, divagando sobre o tema, estabelece que a relação *direito substancial* e *direito formal* é equivalente à relação *direito/dever* e *sanção*, demonstrando que o caráter da tutela jurisdicional é o de *sancionar* o dever descumprido.⁶¹

Assim, ao direito formal compete sancionar as relações jurídicas materiais. Tal postura recebe a chancela de Óscar Correias, ao afirmar que o ordenamento jurídico não passa de mero discurso da violência exercida pelo Estado, para a eficácia do direito na sociedade.⁶² Já Frédéric Zenati qualifica o processo como um estágio de desenvolvimento, constituído por uma forma privilegiada de ritualização da violência, pela qual se institucionaliza o ataque mútuo dos litigantes.⁶³

Enfim, é correto afirmar a existência de normas que possuem conteúdo distinto, mas as expressões *direito substancial* ou *material* e *direito processual, instrumental* ou *formal* são importantes apenas para determinar qual o conteúdo da norma. O *direito substancial* não é mais ou menos “direito” que o *formal*; ambos pertencem ao Direito e são diferentes no conteúdo e compete a este sancionar os descumprimentos daquele.

2.3

A ideologia do processo civil

⁶¹ Hans Kelsen, ob. cit., p. 321.

⁶² Cf. Óscar Correias, *Crítica ...*, p. 57 e segts.

⁶³ ZENATI, Frédéric. *Le procès, lieu du social*, artigo publicado na Revista Archives de Philosophie du Droit, Le Procés, tome 39, Paris, Éditions Sirey, 1992, p. 240-241.

A visão crítica da jurisdição prescinde de um exame ideológico do processo civil, posto que este é o instrumento de realização da jurisdição civil.

Pois, o Direito, como manifestação cultural, segue os valores identificados com a sociedade contemporânea. Com o processo civil - um dos ramos do direito - não é diferente. Se a sociedade brasileira elegeu a **segurança jurídica** e a **tutela jurisdicional** como valores máximos, o direito processual civil deve contemplá-los no bojo de suas normas.

A concepção de **segurança jurídica** como valor social adveio da Revolução Francesa, instrumentalizada pelo direito positivo. Com a revolução burguesa, o processo medieval marcado pelas ordálias ou “juízos de Deus”⁶⁴, foi não apenas abandonado mas também substituído pela prévia determinação das regras da dialética processual.

Assim, a noção de **segurança jurídica** revela-se ao estipular que qualquer decisão judicial deverá ser conforme as regras procedimentais previamente estipuladas. Incluem-se, também, as regras relativas a decisão judicial que deve ser baseada nas provas existentes (CPC, art. 131) e a objetivação dos meios de provas para a comprovação de determinadas relações jurídicas (CPC, arts. 337, 378, 379, 380, 381, 401, 402, 403, 404 e 440).

⁶⁴ O processo medieval possuía várias características, como a oralidade, informalidade e inquisitório. Mas a maior característica era a admissão de provas metafísicas, cuja crença se baseava em que Deus interviria e socorreria o inocente. Recentemente, o filme *The Crucible*, lançado no Brasil sob o título *As Bruxas de Salém*, bem retrata o processo das ordálias. Neste filme, o diretor David Picker escancaradamente mostra a insegurança da população da cidade de Salém, no Século XVII. Bastava o relato de uma criança dizendo que o espírito de outra pessoa atacou-a, para se dar início a um processo, cuja única prova era o relato da suposta vítima, e a pessoa acusada poderia ser condenada à morte por bruxaria. A produção do filme é de 1997, pela Century Fox e foi distribuído no Brasil pela Abril Vídeo da Amazônia.

Outro marco da presença da ideologia liberal encontra-se na vedação do proferimento da sentença despida de provas, mesmo nas hipóteses de julgamento antecipado do pedido (CPC, artigo 330). Outra manifestação encontra-se na exigência de fundamentação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX; CPC, arts. 165 e 458).

Também se revela como marco da segurança jurídica os efeitos da coisa julgada material (CPC, art. 468), resultando na imutabilidade e indiscutibilidade da decisão, com a presunção legal de que os litigantes deduziram todas as alegações e defesa que poderiam opor na demanda (CPC, art. 474).

Por fim, a influência da *segurança jurídica* como ideologia do processo civil representa na exigência do título executivo para propor a ação de execução (CPC, arts. 583-585). O título executivo não tem apenas a finalidade de fundamentar a ação de execução, mas, antes disso, de sancionar o comportamento inadimplente do devedor, com a expropriação de seu patrimônio pelo Estado.⁶⁵

Já a **tutela jurisdicional**, como valor social, revela-se como a soberania do Estado sobre os indivíduos, determinando que ele, o Estado, é a única pessoa capaz de atender e satisfazer as pretensões dos litigantes.

Como valor social, a **tutela jurisdicional** demonstra os meios para que os demandantes possam debater sobre as questões

⁶⁵ Sobre a ideologia do processo de execução, cf. Capítulo VI - O Processo de Execução à luz da Teoria Crítica, tópico 6.2 - A ideologia do processo de execução.

que constituem a lide, propiciando a legitimidade do pronunciamento jurisdicional sobre a demanda.

No plano processual, a tutela jurisdicional deverá atuar em respeito aos princípios constitucionais do Acesso à Justiça (art. 5º, XXXV), do Contraditório e da Ampla Defesa (art. 5º, LV), do Devido Processo Legal (art. 5º, LIV), da Vedação da Obtenção das Provas Ilícitas (art. 5º, LVI), da Assistência Judiciária Gratuita (art. 5º, LXXIV), da Legitimidade Extraordinária (art. 5º, XXI) e do Duplo Grau de Jurisdição.⁶⁶

No plano infraconstitucional, destaca-se a dialética do litígio estruturado procedimentalmente, como na relação “ação-defesa”, da ordem na produção das provas (CPC, art. 452, II e III), da manifestação da parte contrária quando da juntada do documento (CPC, art. 398), da contradita às testemunhas (CPC, 414, § 1º), das alegações finais (CPC, art. 454), da interposição e resposta dos recursos (CPC, art. 508).

A adoção do sistema jurisdicional, instrumentalizado pelo processo, revela uma evolução da cultura humana, posto que, através dessa postura, exilou na história sistemas ultrapassados, como o da *autocomposição* e o da *transação*, embora ainda remanescentes no hodierno sistema.⁶⁷

O sistema jurisdicional representa uma etapa da evolução humana em busca da harmônica convivência social porque

⁶⁶ O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição não possui um disposto legal expresso e único que o determina como princípio, ao contrário do que geralmente ocorre com outros princípios; contudo, pode ser facilmente detectado nos dispositivos legais que regulamentam os recursos, que, implicitamente, estariam acolhendo o duplo grau de jurisdição, como os arts. 102, II e III, e 105, II e III, todos da CF.

⁶⁷ É típico exemplo de *autocomposição*, na jurisdição civil o desforço da posse (CC., art. 502). Já a *transação* encontra-se regulamentada hodiernamente pela Lei nº 9.307/96, que dispõe sobre a *arbitragem*.

transfere a uma terceira pessoa, imparcial, o Estado, o dever de solucionar lides e pacificar as relações sociais. É o monopólio jurisdicional.

Contudo, tal empreendimento não deve ser estanque, acreditando-se ter alcançado o sistema ideal. As modernas relações são dinâmicas e modificam-se rapidamente. Hoje, a jurisdição deve ser vista em conformidade com a realidade social e, nesse parâmetro, ser revista em clara adesão à concretude social.

Ademais, a própria burocratização do processo, oriunda da segurança jurídica, acabou por ferir o direito material por provocar sua morosidade. O conhecimento processual surpreendeu-se com a adoção das tutelas sumárias, pois, consoante Luiz Guilherme Marinoni:

“A ideologia da neutralidade do processo em relação ao direito material, que conduziu à universalização do procedimento ordinário e contribuiu para a formação do pensamento de que as tutelas sumárias de urgência têm por fim garantir a utilidade do processo, não poderia permitir a adequação do sistema processual às novas situações carentes de tutela.

A falta de sensibilidade para a exigência de adequação das formas de prestação de tutela jurisdicional às variadas situações de direito substancial, deixou de fora do sistema de tutela dos direitos a tutela sumária satisfativa, única capaz de tutelar adequadamente os direitos que necessitem de satisfação urgente”.⁶⁸

Assim, mesmo com a adoção de técnicas sumárias de execução provisória do direito no processo de conhecimento (tutela

⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Efetividade do Processo e Tutela de Urgência, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fábris Editor, 1994, p. 51.

antecipatória, CPC, art. 273) é preciso dar mais ênfase ao processo civil, como instrumento de efetivação e realização do direito material.

Nessa linha, tanto a jurisdição - como serviço estatal - como o processo - instrumento de realização da jurisdição - devem estar orientados conforme os ditames do artigo 3º, da CF. Vinculam-se, pois, a jurisdição e o processo à realidade social.

Nestes termos, é a lição de Frédéric Zenati:

“O processo é exterior à relação social visto que é um procedimento de tratamento. No entanto, ele é uma relação social, caracterizado pelo fato que se estabelece entre os interesses distintos e rivais. Esse tipo de relação supõe uma solidariedade muito frouxa, até mesmo a inexistência entre suas forças, como se o processo chegasse com o declínio da comunidade. Ele é baseado em uma maneira para dois interesses opostos se comunicarem: a troca. Fortemente pensa-se que o processo tem um certo estágio de representar um papel estruturador na organização social”.⁶⁹

Mais adiante, Frédéric Zenati estabelece que o processo não se desenvolve exclusivamente no pretório, mas desde as primeiras relações privadas. A função judiciária apenas ritualiza a complexidade social.⁷⁰

⁶⁹ Frédéric Zenati, *Le procès ...*, p. 239. Do original: “Le procès est extérieur au rapport social puisqu’il en est procédé de traitement. Il est pourtant également lui-même un rapport social, caractérisé par le fait qu’il s’établit entre des intérêts distincts et rivaux. Ce type de rapport suppose une solidarité très lâche voire inexistante entre ses forces, comme si le procès arrivait avec le déclin de la communauté. Il est basé sur seule manière pour deux intérêts opposés de communiquer: l’échange. Il y a fort à penser que le procès peut à un certain stade jouer un rôle structurant dans l’organisation sociale”.

⁷⁰ Frédéric Zenati, *Le procès ...*, p. 240.

Assim, conclui Frédéric Zenati que o processo é um meio de elaboração do discurso social, porque:

“O processo não é somente um ruído que a sociedade ouve nas portas do pretório. Seu mecanismo de base é um instrumento de produção social. A controvérsia não é um negócio privado a despeito da particularidade dos interesses que ela opõe. Ela é a ocasião para o pensamento comum não somente de se exprimir mas também de se constituir, tanto nas atividades dos demandantes como a do juiz. A processualização do conflito, pelo mesmo exemplo da contradição dos interesses permite sua comunicação. Esse encontro é um fato social não somente porque é de natureza absorver um conflito mas sobretudo porque é a ocasião de produzir na pesquisa da solução um discurso social. Essa é a residência sobre o terreno de um tal discurso que pode edificar e prosperar a função ritual do processo. A linguagem dos atores do processo tem uma dupla dimensão social. *De um lado ela reafirma os valores adquiridos ou cristaliza os valores incertos, manifestações do movimento social. De outro lado, ela emuncia um aparelho de justificação técnica dos valores reivindicados a partir do qual pode se edificar a norma jurídica.* Essas dimensões se reencontram à todas fases do processo, a fase retórico-dialética, como a fase prudencial”.⁷¹

⁷¹ Frédéric Zenati, *Le procès ...*, p. 242. Destaques do original. Do texto original: “Le procès n’est pas seulement un bruit qu’entendrait la société aux portes du prétoire. Son mécanisme de base est un instrument de production du social. La controverse n’est pas une affaire privée en dépit de la particularité des intérêts qu’elle oppose. Elle est l’occasion pour la pensée commune on seulement de s’exprimer mais aussi de se constituer, tant dans l’activité des plaideurs que dans celle du juge. La processualisation du conflit, par l’expression même de la contradiction des intérêts permet leur communication. Cette rencontre est un fait social non seulement parce qu’elle est de nature à resorber un conflit mais surtout parce qu’elle est l’occasion de produire dans la recherche de la solution juste un discours social. C’est au demeurant sur le terrain d’un tel discours qu’a pu s’edifier et prospérer la fonction rituelle du procès. La parole des acteurs du procès a une double dimension sociale. *D’une part elle réaffirme des valeurs acquises ou cristallise des valeurs incertaines, issues du mouvement social. D’autre part, elle énonce un appareil de justification technique des valeurs revendiquées à partir duquel peut s’edifier la norme juridique.* Ces dimensions se retrouvent à toutes les phases du procès, la phase rhétorico-dialectique, comme la phase prudentielle”.

Conseqüentemente, a semiologia da jurisdição e do processo, sob o aspecto crítico, passa a ter um discurso nitidamente social e a ela vinculada.

O moderno discurso social advém das modificações ocorridas na sociedade brasileira com a estabilização da moeda, com a eleição de valores máximos e com o fim do Século XX.

Assim, tanto na sociedade, como no direito processual civil, a ideologia liberal se faz presente, influenciando os valores sociais e as normas processuais.

A visão crítica da ideologia liberal no processo civil não tem o condão de afastá-la. Ao contrário, tem em vista aprimorá-la e torná-la socialmente viável, para que a jurisdição cumpra com a sua finalidade, que é a de distribuir e circular rendas e bens de consumo.

Capítulo III

Pressupostos Críticos da

Jurisdição Civil

Sumário: 3.1 Noção preliminar. 3.2 A Premissa Ideológica. 3.3 A Premissa Política. 3.4 A Premissa Normativa. 3.5 A Premissa Sociológica. 3.6 A Premissa Hermenêutica.

3.1

Noção

Com base no binômio *necessidade social-concretude da jurisdição* e nas categorias críticas do direito, conforme exposto no capítulo anterior, ingressa-se no exame das premissas críticas da jurisdição civil.

Essas premissas permitem a ampliação do conhecimento da jurisdição civil que passa a ser considerada não apenas no plano processual, mas também no plano político-social. Contudo, nem por isso abandona-se a visão científica que a ciência processual exige para o exame de seus objetos de estudo.

Especula-se, com essa atitude, sobre o resgate dos fins da jurisdição - incluindo-se a do processo civil - preconizados no artigo 3º, da CF, no plano científico-jurídico, como espécie de leme para o desenvolvimento da jurisdição e dos institutos processuais civis⁷², pois as premissas que compõem o exame crítico da jurisdição - *ideológica, política, normativa, sociológica e hermenêutica* - decorrem da figura do Estado de Direito e de sua prestabilidade aos fins pelo qual ele - Estado - foi concebido.

Desta forma, as premissas críticas da jurisdição vão resgatar sua concepção inicial, para determinar como ela é e apontar as diretrizes com vistas para sua transformação. Assim, compete examiná-las no âmbito deste estudo.

3.2

⁷² Com essa postura, a visão crítica da jurisdição tem a pretensão de criar uma alternativa à ciência processual brasileira, que está dialetizada no confronto entre a dogmática e o chamado “direito alternativo”.

A Premissa Ideológica

A premissa *ideológica* se justifica à medida que a jurisdição surge como monopólio estatal e como serviço destinado à população, com a finalidade de observar a jurisdição no ângulo da soberania interna do Estado e como instrumento dos anseios da sociedade. Para a eficácia do discurso do Direito⁷³, o Estado necessita de aparelhos para coagir o cumprimento de seus preceitos que, à luz da doutrina de Louis Althusser, denominam-se *aparelhos de Estado*.⁷⁴

Assim, esclarece Althusser:

“(...) o Estado é explicitamente concebido como um aparelho repressivo. O Estado é uma ‘máquina’ de repressão que permite às classes dominantes (no Século XIX à classe burguesa e à ‘classe’ dos grandes latifundiários) assegurar a sua dominação sobre a classe operária, para submetê-la ao processo de extorsão da mais-valia (quer dizer, à exploração capitalista).

O Estado é, antes de mais nada, o que os clássicos do marxismo chamaram de *o aparelho do Estado*. Este termo compreende: não somente o aparelho especializado (no sentido estrito), cuja existência e necessidade reconhecemos pelas exigências da prática jurídica, a saber: a política - os tribunais - e as prisões; mas também o exército, que intervém diretamente como força repressiva de apoio em última instância (o proletariado pagou com seu sangue esta experiência) quando a polícia e seus órgãos auxiliares são ‘ultrapassados pelos acontecimentos’, e, acima deste conjunto, o Chefe de Estado, o Governo e a Administração”.⁷⁵

⁷³ Sobre “discurso do direito” e “discurso jurídico”, cf. Oscar Correias, ob. cit., p. 27-28.

⁷⁴ ALTHUSSER, Louis. Aparelhos Ideológicos de Estado - Notas sobre os Aparelhos Ideológicos de Estado, trad. de Walter José Evangelista, 5ª ed., Rio de Janeiro, Edições Graal, 1985, p. 62.

⁷⁵ Louis Althusser, ob. cit., p. 62-63.

Mais adiante, Althusser situa o direito tanto como aparelho repressivo quanto como aparelho ideológico do Estado.⁷⁶

Assim, a idéia do monopólio estatal da jurisdição revela a submissão da sociedade ao serviço estatal de defesa dos direitos lesados ou ameaçados, transformando a jurisdição não somente num dos aparelhos de repressão mas também de difusão ideológica do Estado. De outra banda, o monopólio jurisdicional impede que o cidadão faça justiça com as próprias mãos (CP, art. 345). Porém, conforme exposto no primeiro capítulo⁷⁷, a jurisdição geralmente se apresenta morosa, dispendiosa e, muitas vezes, ineficaz. Assim, a sociedade brasileira fica “amarrada” pelo sistema jurídico: pelo monopólio da jurisdição e pela morosidade, onerosidade e ineficácia da jurisdição.

Pior. O Estado brasileiro faz papel de paternalista, exigindo que os seus cidadãos vão à sua presença pedir proteção. Mas não cumpre com a sua tarefa. Logo, a sociedade fica estrangulada pelo atual sistema jurisdicional. As relações sócio-econômicas ficam engessadas; o desenvolvimento social fica emperrado.

Portanto, é preciso que a jurisdição tome uma postura favorável à sociedade, aproximando-se dela para melhor servi-la. Nesse sentido, deve a jurisdição assumir uma postura “pró-social”, como ideologia funcional, e não meramente comportar-se como mero instrumento de pacificação social, da qual o Direito Positivo fornece um modelo de comportamento.⁷⁸

⁷⁶ Louis Althusser, *ob. cit.*, p. 68.

⁷⁷ Cf. Capítulo I - Sociedade e Direito, tópico 1.5 - A crise da jurisdição no plano social.

⁷⁸ Cf. Óscar Correias, *ob. cit.*, p. 61-66.

A jurisdição deve aliar-se à sociedade brasileira e servi-la para a efetiva distribuição e circulação de rendas e bens de consumo. Tal postura se justifica ainda mais com relação às demandas que versam sobre direito de família e de pessoas que integram as classes desprivilegiadas, posto que os benefícios auferidos vão garantir a sobrevivência e o desenvolvimento básico do cidadão brasileiro.

Nesse sentido, a postura ideológica da jurisdição advém da combinação de dois elementos, a saber: *democracia participativa* e *instrumentalidade do processo*. De fato, a *adesão à democracia participativa* possibilita à sociedade criar normas de conduta⁷⁹, bem como exercitar a jurisdição nos Juizados Especiais.⁸⁰ Por outro lado, ao aderir à democracia participativa, a jurisdição gozaria do atributo da *legitimidade*, avançando na sua evolução histórica⁸¹ e exercendo sua atividade pela sociedade e para a sociedade.

O segundo elemento da premissa ideológica decorre da *adoção da instrumentalidade do processo como base para a especulação crítica da jurisdição civil*. Com efeito, Cândido Rangel Dinamarco formulou, através da obra *A instrumentalidade do processo*⁸², um modo de *re-pensar* a jurisdição - mediante o processo - através dos fins os quais se destina.

⁷⁹ Cf. Jônatas ..., *O Costume* ..., Capítulo IV - A Positivização dos Costumes, e WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico*, São Paulo, Editora Alfa-Omega, 1995.

⁸⁰ Os Juizados Especiais admitem na sua estrutura funcional a participação de pessoas não integrantes do Poder Judiciário na função de conciliadores (Lei nº 9.099/95, arts. 7º e 60). Vê-se, então, uma desconcentração do serviço jurisdicional, que passa a ser exercido também por pessoas não integrantes da carreira da magistratura.

⁸¹ A história mostra que a magistratura era exercida por funcionários de confiança do rei para, posteriormente, ser exercida por pessoas oriundas da sociedade, inclusive das classes baixas, mediante aprovação em concurso público.

⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 4ª ed., São Paulo, Editora Malheiros, 1994.

Sua monografia baseia-se nos escopos da jurisdição e da instrumentalidade, nos escopos sociais, políticos, jurídicos e do processo e técnica processual, para sustentar a atividade jurisdicional como um serviço público a ser prestado de forma efetiva pelo Estado ao cidadão, mediante processo.

Apesar dessa monografia partir do dogma jurídico, considera-se sua maior contribuição foi identificar a inefetividade do processo como ineficácia do Estado em cumprir uma das tarefas que lhe cabiam exercer.

Assim, o exame da *instrumentalidade do processo* pode ser visto sob duplo aspecto: o *negativo* e o *positivo*. E leciona Cândido Dinamarco:

“O negativo corresponde à negação do processo como valor em si mesmo e repúdio aos exageros processualísticos a que o aprimoramento da técnica pode insensivelmente conduzir (v. nn. 34 e 35; v. ainda n.1); o aspecto negativo da instrumentalidade do processo guarda, assim, alguma semelhança com a idéia da instrumentalidade das formas. O aspecto é caracterizado pela preocupação em extrair do processo, como instrumento, o máximo de proveito quanto à obtenção dos resultados propostos (os escopos do sistema); infunde-se com a problemática da ‘efetividade do processo’ e conduz à assertiva de que ‘o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais’”⁸³.

⁸³ Cândido ..., ob. cit., p. 319.

Para o pensamento crítico da jurisdição civil, a instrumentalidade do processo torna-se ponto-de-partida no exame das suas premissas, uma vez que, por opção política, reage-se contra o *procedimentalismo* existente nas relações processuais.

Assim, a instrumentalidade do processo representa uma etapa avançada da concepção da jurisdição e do processo.

3.3

A Premissa Política

A atividade do Estado moderno cinge-se na administração da economia ao fito de alcançar os fins prescritos no artigo 3º, da CF. É necessário destacar dois fatores: a obtenção dos recursos públicos oriundos dos tributos e a diminuição da esfera de atuação do Estado para qualificar sua presença no setor social. Com o falecimento do sistema comunista e a falência do Estado do Bem Estar Social, hodiernamente passou-se a meditar sobre o futuro do capitalismo e da atuação do neoliberalismo, tanto nos países desenvolvidos, como nos países em desenvolvimento.

A nível interno, as doutrinas políticas dos países estruturam-se em torno do sistema econômico como suporte para o desenvolvimento nacional. Não mais se discute o socialismo ou o comunismo. Discute-se, isto sim, alternativas ao neoliberalismo, mas sempre partindo do pressuposto de uma economia que gira em torno da propriedade privada.⁸⁴

⁸⁴ Cf. Ciro Gomes e Roberto Mangabeira Unger, O Próximo Passo - Uma alternativa prática ao neoliberalismo, Rio de Janeiro, Editora Topbooks, 1996, Capítulo III - O Neoliberalismo substituído.

Assim, a condução política do Estado está em paridade com a economia ou até mesmo à sua frente.⁸⁵ Porém, sem romper essa aliança.

O projeto político do Estado brasileiro visa propiciar condições para um desenvolvimento econômico baseado em capital nacional, de forma segura e sustentável, sem os riscos de uma “quebra” no comércio de títulos, tal como houve no México e recentemente nas bolsas asiáticas. Garantido o desenvolvimento nacional, o Estado obterá - ainda mais - recursos financeiros, oriundos dos tributos, para executar a obra social, determinada no artigo 3º, da CF.

Como reflexo da falência da administração do Bem Estar Social, o Estado passou a diminuir sua presença em setores nos quais ele era prescindível para atender eficazmente o setor em que ele era indispensável: a promoção social. Essa mudança de comportamento político foi motivada pela seguinte situação: observou-se o Estado que muito promete e pouco cumpre, é um Estado ineficaz; mas um Estado que pouco promete, e cumpre, é um Estado eficaz.

Assim, em nome da eficácia do Estado com o objetivo de promover uma melhora na qualidade de serviço, justifica-se a sua esfera de interferência. Em contrapartida, deve o serviço jurisdicional - assim como outros serviços exercidos pelo poder público - corresponder às pretensões dos cidadãos brasileiros.

Contudo, o capitalismo possui dois grandes vícios: a concentração de renda e a marginalização dos grupos desfavorecidos. Assim, é preciso superar o abismo social nas economias

⁸⁵ Cf. Ciro Gomes ..., O Próximo ..., p. 140.

capitalistas, sobretudo a brasileira, que peca por pertencer a um país do Terceiro Mundo. Lester C. Thurow, em obra intitulada *O Futuro do Capitalismo*⁸⁶, questiona o sistema capitalista em face de 5 fatores, denominados “placas”: o fim do comunismo, o crescimento das indústrias de poder cerebral, o crescimento demográfico com aumento da expectativa de vida e do número de aposentados e a ausência de uma potência nacional dominante.

Diante desses fatores, Lester C. Thurow passa a questionar o capitalismo sob vários aspectos, dentre os quais seu aspecto social e denuncia a existência de um “vazio social”:

“As placas econômicas estão introduzindo no sistema um enorme vazio social entre aqueles que querem retornar às antigas virtudes, aqueles que querem gozar de novas liberdades e aqueles que compreendem que as antigas virtudes não serão as futuras verdades. Em um período de equilíbrio interrompido, ninguém sabe que os novos padrões de comportamento social irão permitir aos seres humanos prosperar e sobreviver. Porém, como os antigos padrões parecem não estar funcionando, é preciso experimentar novos padrões”.⁸⁷

A diminuição da esfera de atuação do Estado fundamenta-se no melhor atendimento aos fins propostos para a economia capitalista mas é estéril para executar a promoção social embora seja pródiga em financiar tal empreendimento. Nesse sentido, o discurso político do Estado deve direcionar o desenvolvimento econômico em favor do desenvolvimento social, intermediado pelo Estado. A jurisdição, por ser uma das

⁸⁶ THUROW, Lester C. *O Futuro do Capitalismo - Como as forças econômicas moldam o mundo de amanhã*, trad. de Nivaldo Montigelli Jr., Rio de Janeiro, Editora Rocco, 1997.

⁸⁷ Lester C. Thurow, *O Futuro ...*, p. 304.

tarefas do Estado, participa desse projeto político, ao distribuir rendas e fazer circular bens de consumo.

3.4

A Premissa Normativa

A terceira premissa reclama o trato jurídico da jurisdição direcionado à realidade social, isto é, à realidade dos litigantes. Tem por objetivo alcançar o *realismo-normativo*, preconizado pela escola do *realismo jurídico*.⁸⁸

Pretende-se com o *realismo-normativo* elaborar normas processuais condizentes com a realidade brasileira que garantam a efetividade da jurisdição. Essas normas processuais proporcionariam não só o trato realístico dos demandantes, mas também a *profundidade da demanda*, *celeridade da jurisdição*, *utilidade da jurisdição* e *efetividade da jurisdição*.

A *profundidade da demanda* reclama o completo conhecimento e a amplitude da demanda posto ao conhecimento da jurisdição. Por *completo conhecimento da causa* compreende-se o seu exaurimento pela tutela jurisdicional que, conforme examinado por Luiz Guilherme Marinoni, visa à solução definitiva da lide trazida ao conhecimento do juiz.⁸⁹ Por *amplitude da causa*, a jurisdição deve ter pleno conhecimento horizontal da causa, ou seja, a cognição jurisdicional em toda sua extensão.⁹⁰

⁸⁸ A Escola do *Realismo Jurídico* procurou superar o dogmatismo de outras escolas com a prevalência do sociologismo na jurisprudência, com a minimização dos elementos normativos e axiológicos da experiência jurídica. Cf. COELHO, Luiz Fernando. Lógica Jurídica e Interpretação das Leis, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 274.

⁸⁹ Luiz Guilherme ..., Tutela Cautelar ..., p. 22.

⁹⁰ Luiz Guilherme ..., Tutela Cautelar ..., p. 26.

Tais elementos, quando reunidos, resultam no pleno conhecimento da causa, seja referente a toda sua extensão, seja referente à possibilidade de rediscussão. A *celeridade da jurisdição* é medida pelo coeficiente custo-benefício, extraindo-se do benefício todo o custo, econômico e temporal, da demanda.

Nesse sentido, é a lição de Luiz Guilherme Marinoni:

“Se o autor deseja, através da ação condenatória, a obtenção do bem da vida a que julgar ter direito, o réu tem interesse na conservação da situação concreta existente ou na manutenção do bem reivindicado pelo autor na sua esfera jurídico-patrimonial.

O autor, em um caso como este, somente não será prejudicado pela demora do processo se obtiver, desde logo e prontamente - e apesar da incerteza acerca da existência do direito que afirma possuir -, o bem que persegue. Se o autor for obrigado a esperar a coisa julgada material para requerer a execução, ele certamente terá sido prejudicado pela demora no processo ou um ‘dano marginal em sentido estrito’ a ele terá sido imposto.

Se o autor é prejudicado esperando a coisa julgada material, o réu, que manteve o bem na sua esfera jurídico-patrimonial durante o longo curso do processo, evidentemente é beneficiado. *O processo, portanto, é um instrumento que sempre prejudica o autor que tem razão e beneficia o réu que não tem!*” (destaques do original).⁹¹

A celeridade no processo, em consequência da prestação da tutela jurisdicional, somente ocorrerá diante de normas que agilizem a máquina judiciária. Recentemente, o legislador brasileiro

⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 23.

introduziu no ordenamento processual civil a técnica da tutela antecipatória (artigo 273) e a ação monitória (artigo 1.102).

O professor Marinoni apresenta, ainda, sugestões técnicas para maior dinâmica e distribuição racional do tempo do processo, como a tutela antecipatória através da técnica da condenação com reserva da exceção substancial indireta, tutela antecipatória através das técnicas da não contestação e do reconhecimento jurídico (parcial) do pedido, da tutela antecipatória (interinal e final), através da técnica monitória, a tutela antecipatória através do julgamento antecipado de um (ou mais de um) dos pedidos cumulados e da técnica da execução imediata da sentença.⁹² Essas propostas, referentes ao estudo do processo de conhecimento, serão examinadas mais adiante.⁹³

Já a *utilidade da jurisdição* revela a finalidade a que se presta o monopólio estatal da distribuição da justiça. A jurisdição civil - e conseqüentemente a ação, defesa e processo é - antes de tudo, serviço público estatal com a finalidade precípua de transmístir e fazer circular rendas e bens de consumo. Assim, por opção normativa, deve-se superar o formalismo que se encontra enraizado no sistema jurisdicional, herdado de uma época em que o homem procurava dominar os fenômenos da natureza.⁹⁴

Interessante demonstrar que a utilidade da jurisdição se revela até mesmo nas hipóteses em que seu pronunciamento não

⁹² Luiz Guilherme ..., *Tutela Antecipatória* ..., p. 33-212.

⁹³ Capítulo V - O Processo de Conhecimento à luz da Teoria Crítica.

⁹⁴ Cf. José Frederico ..., *Manual* ..., p. 41-42. Nesse aspecto, leciona que: "O processo comum contribuiu decisivamente para a unidade jurídica da Europa Ocidental. Todavia, com o passar dos tempos, graves dificuldades e inconvenientes ele provocou na prática, em virtude da multiplicidade de suas fontes, da variedade das opiniões doutrinárias dos doutores, e, sobretudo, em conseqüência de seu procedimento complicado e formalista" (ob. cit., p. 41).

ingressa no exame do mérito. Nestes casos, espera-se que o pronunciamento ocorra da maneira mais célere possível, evitando maior onerosidade da parte interessada.

A *efetividade da jurisdição*, por fim, realça o resultado útil da jurisdição civil que somente se realizará quando ocorrer a circulação e distribuição de rendas e bens de consumo.

Inexistente essa transmissão, não há jurisdição, salvo nas restritas hipóteses de extinção do processo sem o julgamento do mérito. Por isso, propõe-se a responsabilidade civil do Estado, pela qual se efetivará a parte insatisfeita e sub-rogará no crédito, em razão da ineficiência do serviço prestado à sociedade. O fundamento encontra-se no pacto social firmado entre a sociedade e o Estado, da qual a sociedade paga pelos serviços prestados, através dos tributos, e o Estado tem o dever contratual de realizá-los.

O custo social pela diminuição da esfera de atuação do Estado deverá ser compensado pela certeza de efetividade de um direito judicialmente reconhecido.

3.5

A Premissa Sociológica

A sociedade, fiel consumidora do Direito, é a verdadeira razão da existência do ordenamento jurídico. Para tanto, transpôs-se do *estado natural* para *estado politicamente organizado*, criando e legitimando o Estado de Direito, para exigir deste a realização de atividades em

seu benefício. Assim, a jurisdição civil, como serviço público, deve ter em mira o benefício social. Nesse sentido, a premissa sociológica utiliza-se dos elementos *complexidade social, igualdade real e promoção social*, na busca de uma jurisdição sob o aspecto crítico.

As sociedades ocidentais, caracterizadas pelo neoliberalismo burguês, apresentam-se internamente diferenciadas entre si. Estas são maiores entre as nações do Terceiro Mundo, como o Brasil. Os abismos econômicos, raciais, regionais, culturais etc. não podem ser ignorados pela jurisdição civil. A *complexidade social* procura revelar as diversas categorias e classes sociais que buscam, a tutela de seus direitos ameaçados ou lesados, no Poder Judiciário.

A jurisdição civil não só distribui riquezas entre integrantes de diversas classes sociais, ela serve também para corrigir desigualdades sociais e colocar seus integrantes em condições de competir no mercado econômico. São exemplos da atuação da jurisdição civil: o reconhecimento da prática do racismo na competição pelo mercado e a definição da responsabilidade civil decorrente desta prática; a distribuição de terras aos sem-terras; a demarcação de terras para as populações indígenas; a garantia do acesso de pessoas a funções públicas, discriminadas em razão de sexo e idade; escolaridade a quem foi negada por razões múltiplas. Enfim, de maneira direta ou indireta, faz circular e distribuir rendas e bens de consumo. As classes desfavorecidas são as que mais necessitam da jurisdição como meio de promoção individual e ascensão social.

Assim, é preciso reconhecer que as várias classes sociais, sobretudo as mais pobres, de diversas camadas culturais,

inclusive os ignorantes, buscam a atividade jurisdicional para suprirem suas deficiências. É uma realidade nacional, que tomou um impulso maior ainda com a diversificação dos Programas de Assistência Judiciária Gratuita e de Defensoria Pública. Assim, a jurisdição civil, como toda atividade do Estado, tem por escopo a *igualdade real* entre os integrantes da sociedade. Essa igualdade real não se restringe à igualdade formal⁹⁵ mas, ao contrário, transcende-se ao se preocupar com o efetivo progresso de todos os integrantes das camadas sociais. A *igualdade real* tem por escopo aproximar os desiguais numa escala superior, para que realmente haja progresso.

A *igualdade real*, porém, não deve situar-se apenas no projeto político-social da jurisdição que ora se desenha, mas também no plano processual, ao fito de equilibrar condutas processuais entre demandantes integrantes de classes distintas. A efetividade do artigo 3º, da Lei nº 1.060/50, que contempla os benefícios da Assistência Judiciária Gratuita, é o primeiro passo para alcançar a desejada igualdade.

Por fim, uma vez reconhecidas a *complexidade social* e a otimização da *igualdade real*, tem-se por consequência a *promoção social* dos integrantes das diversas camadas sociais. Espera-se que a jurisdição, como uma das atividades do Estado, cumpra sua tarefa de promoção social, em busca de uma sociedade justa e solidária, erradicando a pobreza e a marginalização e reduzindo as desigualdades sociais e regionais (CF, art. 3º).

⁹⁵ A *igualdade formal*, prevista no artigo 5º, *caput* e § 1º da CF, é antes de tudo, um princípio político, a nível de *dever-ser*, que viabiliza todo o Estado de Direito, a aquisição e o exercício do poder, conforme as regras democráticas. Sobre esse princípio apoia-se a *legitimidade* do Direito.

Para tanto, a jurisdição deverá optar pelos interesses sociais que a demanda contém em si.

3.6

A Premissa Hermenêutica

Embora a influência da teoria crítica na jurisdição civil reclame uma reformulação normativa, o comportamento da jurisprudência, ao interpretar e aplicar normas de processo, deve orientar-se pelos postulados críticos e de conformidade com a realidade nacional.

A ruptura do saber acumulado, proporcionado pela teoria crítica, necessita atuação emergente da jurisprudência para que, diante de um novo enfoque epistemológico, faça-se um exame dos pressupostos ideológicos do direito. Evidencia-se, conforme Luiz Fernando Coelho,

“(...) o conflito entre duas formas de conhecimento, mas também com alcance ontológico, pela problematização da realidade social de que o direito pretende ser a ordem conceitual”⁹⁶.

Assim, o comportamento da jurisprudência reside:

“(...) na tentativa de desmitificação de certas noções dogmáticas, as quais formam a base do saber teórico acumulado da filosofia social e jurídica, mas também um alcance prospectivo, o qual deflui da reconstrução do objeto dessa filosofia e das ciências que dele

⁹⁶ Luiz Fernando ..., Lógica ..., p. 306.

tratam, enquanto ramos do saber voltados para a sociedade”.⁹⁷

Para tanto, a premissa da *hermenêutica* exige da jurisprudência a adoção do elemento do *realismo social*, como instrumento eficaz para se alcançar a *verdade consciente*.⁹⁸ O alcance do *realismo social*, como ocorre nos corredores dos fóruns e dos tribunais, não pode ser detectado e pelas normas processuais; ela dá-se pela ruptura com o conhecimento dogmático, através do *corte epistemológico* de Bachelard. Segundo Luiz Fernando Coelho,

“A epistemologia bachelardiana é, pois, uma teorização prospectiva, eis que todo conhecimento experimental não se reduz a uma descrição da realidade, mas consiste numa construção da realidade com os dados de que a ciência dispõe”.⁹⁹

Neste trabalho apontaram-se alguns fatos despercebidos pela dogmática processual¹⁰⁰ e que devem ser reconhecidos para *re-construir* os postulados jurídicos da jurisdição civil. O reconhecimento deve-se à *verdade consciente* da realidade social e da (realidade) da jurisdição civil, para *re-construir* o conhecimento jurídico. Com a superação hermenêutica da dogmática processual, a hermenêutica crítica, ao lado das outras premissas, passa a *re-construir* a jurisdição civil e o direito processual, em busca do pensamento atual e real da sociedade brasileira. Conclui Luiz Fernando Coelho:

“Assim compreendida, a teoria crítica retoma a herança positiva do passado; não como retomada do passado, o que ocorre com a teoria geral dogmática na visão retrospectiva da ciência, mas refere-se luzes teóricas que

⁹⁷ Luiz Fernando ..., *Lógica* ..., p. 306.

⁹⁸ Luiz Fernando ..., *Lógica* ..., p. 308-310.

⁹⁹ Luiz Fernando ..., *Lógica* ..., p. 311.

¹⁰⁰ Capítulo I - Sociedade e Direito, tópico 1.5 - A crise da jurisdição no plano social.

abriram caminho na direção do pensamento atual”¹⁰¹.

Nesse trabalho incansável empreendido pelas premissas *ideológica, política, normativa, sociológica e hermenêutica*, espera-se *re-construir* um novo conhecimento processual, condizente com a sua época e com a realidade social, para efetivar a jurisdição civil.

¹⁰¹ Luiz Fernando ..., Lógica ..., p. 320.

Capítulo IV

O Referencial Crítico da Jurisdição

Sumário: 4.1 Conceito de jurisdição. 4.2 A jurisdição sob a ótica crítica. 4.3 A natureza sócio-jurídica do processo civil. 4.4 Jurisdição, Estado e Economia.

4.1

Conceito de jurisdição

Para alcançar o conceito de jurisdição sob o ângulo da teoria crítica é imprescindível, como em qualquer atividade

científica, abordar o perfil histórico de seu conceito no plano dogmático para, em seguida, verificar seu conceito sob o plano crítico.

A verdadeira jurisdição - exercida pelo Estado, como terceiro desinteressado na solução do conflito - surgiu a partir do momento em que o Estado passou a exercer um poder de controle social mais acentuado.¹⁰² Assim foi no direito romano, posto que é pacífico na doutrina o reconhecimento de que o processo da *actio*, que se desenvolvia através do procedimento do *ordo judiciorum privatorum*, continha natureza jurisdicional.¹⁰³

Explica-se tal fato em face de não haver a estatutização da atividade judiciária - uma vez que o processo era de origem privada - e na ausência da proclamada autonomia da ação em relação ao direito material. Nesse sentido, considerava-se titular da *actio* o cidadão que tinha aptidão para demonstrar uma situação de direito material existente.¹⁰⁴

Porém, no período da *cognitio extraordinaria*, firmou-se a posição da autoridade estatal (magistrado-funcionário) encarregada de elaborar um comando vinculado ao órgão estatal. Desse modo, segundo os professores José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo:

“(...) pela primeira vez na história do processo privado romano, a sentença não significa mais um ato exclusivo do cidadão e nem apresentava mais caráter arbitral, mas, em verdade, consubstancia-se na atuação da autoridade do Estado: *ex auctoritate principis*.

¹⁰² SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil, 2ª ed., v.I, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fábris, 1991, p. 17.

¹⁰³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 25.

¹⁰⁴ TUCCI, José Rogério Cruz, AZEVEDO, Luiz Carlos de. Lições de História do Processo Civil Romano, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 45.

Dai, com essa progressiva ‘oficialização’ da administração da justiça por magistrados imperiais, em decorrência da consolidação da *cognitio extra ordinem*, num flagrante e radical contraste com a tradicional estrutura do *ordo*, o processo torna-se totalmente público; e, ao lado então da jurisdição ordinária, pouco a pouco, vai ganhando dimensão um novo sistema processual”.¹⁰⁵

Na Idade Moderna, em razão do absolutismo, houve a concentração da atividade administrativa e jurisdicional resultante da unificação do sistema jurídico coerente.¹⁰⁶ Giovanni Tarello bem retrata essa situação:

“A prevalência de um particular grupo de norma, isto é, ao contrário passava não só pela concentração da jurisdição, mas antes por firme domínio do monarca sobre a corporação de juizes. Ora, a situação européia do início do século XVII não variava seja referente a concentração da jurisdição, seja a sua dispensa pelo monarca”.¹⁰⁷

Com o surgimento do Renascimento e o desenvolvimento das idéias liberais, sobretudo com a obra de Montesquieu e das teses contratualistas, começou-se a instigar a independência da função judiciária distinta da função executiva. Era o prenúncio da moderna jurisdição. Com o artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e dos Cidadãos, em 1789, os poderes do Estado foram tripartidos para conferir maior garantia aos cidadãos, posto que inexistiria a concentração dos poderes numa única pessoa.

¹⁰⁵ José Rogério ..., *Licções de História* ..., p. 48.

¹⁰⁶ TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna - Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Società editrice il Mulino, 1976, p. 52-53.

¹⁰⁷ Giovanni ..., ob. cit., p. 53. Do original: “La prevalenza di un particolare gruppo di norme, cioè quelle volute e create direttamente dal monarca, su tutte le altre, passava invece non solo per l’accentramento della giurisdizione, ma anche per un saldo dominio del monarca sulla corporazione dei giudici. Orbene, la situazione europea all’inizio del secolo XVII era quanto concerneva sia l’accentramento della giurisdizione, sia la sua dispensenza dal monarca”.

Pierre Albertini, professor da Universidade de Rouen, em comentário ao artigo 16 da Declaração Universal, demonstra a preocupação dos revolucionários em ideologicamente combater a concentração do poder e o absolutismo.¹⁰⁸ Ele afirmou que uma sociedade sem separação de poderes é uma sociedade sem constituição.¹⁰⁹ E aprofunda sua análise do princípio da separação dos poderes:

“Dentro dessas condições, o princípio da separação inclui no artigo 16 tem um significado de um ‘princípio negativo’: ele significa somente que ‘uma mesma autoridade não deve acumular o exercício de duas funções’. Sem tomar posição sobre as técnicas constitucionais garantidoras contra o acúmulo, os deputados se contentariam, como M. Troper fez observar, de reconstruir uma fórmula, segundo eles, de uma simples evidência política: ‘que um governo despótico é um governo sem constituição, porque o déspota pode modificar a todo momento e segundo seus caprichos, não somente, o conteúdo das regras, mas a maneira de estabelecê-las’”.¹¹⁰

Com a concepção do Estado de Direito e a tripartição das suas funções, a atividade jurisdicional ficou concentrada em mãos do Poder Judiciário. Assim, a jurisdição passou a ser situada como integrante da moderna teoria constitucional.¹¹¹ No entanto, hodiernamente a jurisdição é estudada por processualistas, destacando-se os integrantes da escola

¹⁰⁸ ALBERTINI, Pierre et alli. *La déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1798*, Paris, Editora Economica, 1993, p. 336.

¹⁰⁹ Pierre ..., ob. cit., p. 336.

¹¹⁰ Pierre ..., ob. cit., p. 338. Do original: “Dans ces conditions, le principe de séparation inclus dans l’article 16 n’a que le sens d’un ‘ principe négatif ’: il signifie seulement qu’ ‘une même autorité ne doit pas cumuler l’exercice de deux fonctions’. Sans prendre position sur les techniques constitutionnelles garantissant contre le cumul, les députés se contentaient, comme M. Troper l’a fait observer, de formuler ce qui relevait, selon eux, d’une simple évidence politique: ‘qu’un gouvernement despotique est un gouvernement sans constitution, parce que le despote peut modifier à tout moment et selon ses caprices, non seulement le contenu des règles, mais la manière même de les établir’ ”.

¹¹¹ Cf. Ovídio ..., *Curso ...*, v.I, p. 18.

italiana, como Giuseppe Chiovenda, Piero Calamandrei, Francesco Carnelutti e Allorio. Giuseppe Chiovenda parte do pressuposto de que o Estado moderno elabora leis e precisa realizá-las no plano concreto através de uma função distinta da administração ou legislação. Ou, em suas palavras:

“O Estado moderno, pois, considera como função essencial e própria do juiz a administração. Somente ele pode aplicar a lei ao caso concreto, e este pode chamar-se ‘jurisdição’. Para isso atende com órgãos adequados (jurisdicionais), os mais importantes dos quais são os juizes (autoridade judicial); perante eles deve propor sua demanda quem pretenda fazer valer um direito em juízo (Código de Processo Civil, art. 35). A tarefa dos juizes é afirmar e atuar a vontade da lei que *consideram* existentes como vontade concreta dados os fatos que eles *consideram* existentes”¹¹².

Mais adiante afirma:

“(…) a *jurisdição* consiste na atuação da vontade da lei mediante substituição da atividade de órgãos públicos à atividade alheia, seja afirmando a existência de uma vontade da lei, seja pondô-la posteriormente em prática”¹¹³.

¹¹² CHIOVENDA, Giuseppe. Principios de Derecho Procesal Civil, trad. española de la tercera edición italiana y prologo del Profesor Jose Casais y Santaló, t.I, Madri, Reus S.A., p. 94. Do original: “El estado moderno, pues, considera como función esencial y propia del juez la administración de justicia. Sólo él puede aplicar la ley al caso concreto, y este poder llámase ‘jurisdicción’. A esto atiende con órganos adecuados (jurisdiccionales), los más importantes de los cuales son los jueces (autoridad judicial); ante ellos debe formular su demanda quien desee hacer valer en juicio un derecho (Código procesal civil, art. 35). Deber de los jueces es afirmar y actuar la voluntad de la ley que *consideren* existentes como voluntad concreta, dado los hechos que ellos *estimen* existentes” (destaques do original).

¹¹³ Giuseppe ..., Principios ..., p. 377. Do original: “(…) la *jurisdicción* consiste en la actuación de la ley mediante la substitución de la actividad de órganos públicos a la actividad ajena, ya sea afirmando la existencia de una voluntad de ley, ya poniéndola posteriormente en práctica” (destaques do original).

Assim, seu conceito de jurisdição enquanto *a atuação da vontade concreta da lei* tornou-se clássico tanto na doutrina estrangeira como na doutrina brasileira.¹¹⁴

Piero Calamandrei, fiel à doutrina de Chiovenda, esclarece que o objeto da jurisdição é a atividade estatal em *garantir* que os indivíduos respeitem os preceitos abstratos da norma legislada, assumindo o Estado, com a jurisdição, a defesa da autoridade do legislador.¹¹⁵

Em sentido oposto e igualmente clássico é o postulado de Francesco Carnelutti ao conceituar jurisdição como a *justa composição da lide*. Desta forma, o jurista peninsular traz noções sociológicas à atividade jurisdicional, por definir *lide* como *o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida*.¹¹⁶

As noções de *pretensão* e *resistência* são por ele definidas:

“A *pretensão* é exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio. A *resistência* é a não adaptação da subordinação de um interesse próprio ao interesse alheio, e se distingue em *contestação* (não tendo que subordinar meu interesse ao alheio) e *lesão* (não subordinado) da pretensão”.¹¹⁷

¹¹⁴ Ovídio ..., *Curso* ..., p. 20.

¹¹⁵ CALAMANDREI, Piero. *Instituciones del Derecho Procesal Civil*, trad. de Santiago Sentis Melendo, v.I, Buenos Aires, Ediciones Juridicas Europa-America, 1973, p. 174-175.

¹¹⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*, trad. de Santiago Sentis Melendo, v.I, Buenos Aires, Ediciones Juridicas Europa-America, 1973, p. 28.

¹¹⁷ Francesco ..., *Instituciones* ..., p. 28. Do original: “La *pretensión* es exigencia de subordinación de un interés ajeno al interés propio. La *resistencia* es la no adaptación a la subordinación de un interés ajeno, y se distingue en *contestación* (no tengo que subordinar mi interés al ajeno) y *lésion* (no lo subordinado) de la pretensión” (destaques do original).

Enrico Allorio, partindo dos pressupostos kelsianos e de outros juristas normativistas, sustenta que a jurisdição é a aptidão para produzir a coisa julgada.¹¹⁸

Entre nós, destacam-se as doutrinas do Professor Celso Neves e de Lauro Paiva Restiffe. Para o primeiro, a atividade estatal consiste em declarar a existência ou não do direito para, posteriormente, conferir-lhe seus efeitos. Assim, a jurisdição somente ocorreria no processo de conhecimento, mais precisamente, nas ações declaratórias.¹¹⁹

Já Lauro Paiva Restiffe tece a teoria jurisdicional do direito a partir da imputação da *responsabilidade* (sob conceito jurídico) à esfera da liberdade. Assim, pretende explicar o fenômeno da realização do direito como explicação da existência do direito como norma. Nestes termos, esclarece que:

“O Direito existe em razão da *certeza antecipada da ordem*. Com isto queremos dizer que é a Jurisdição que realiza esta antecipação, e que, portanto, a Jurisdição é a essência do Direito.

Ora, como o Direito é a essência do Estado; como a ordem é a essência do Direito; e como a Jurisdição é a essência da ordem, temos que a *Jurisdição é a essência do Direito*.

Sabendo-se, por outro lado, que o Estado é constituído dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, temos também que não o Poder Judiciário, mas igualmente os outros Poderes, investem-se de *responsabilidade jurisdicional*.

O cidadão, no Estado de Direito, tem direito subjetivo público à ordem. Logo, todos os Poderes, *indivisivelmente*, são sujeitos passivos perante cidadãos pela *certeza*

¹¹⁸ ALLORIO, Enrico. Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria. Artigo publicado na Rivista Trimestale di Diritto e Procedura Civile. 1948. Cf. tbé. Ovídio ..., Curso ..., p. 21.

¹¹⁹ Cf. Ovídio ..., Curso ..., p. 26.

*permanente da atuação jurisdicional*¹²⁰
(destaques do original).

Todos os conceitos são passíveis de críticas, uma vez que dependem da ideologia assumida pelo doutrinador. Mas a preocupação deste trabalho não é tecê-las, posto que a simples formulação de um conceito de jurisdição, fundada em premissas distintas e próprias¹²¹, por si só demonstra a não adesão às noções expostas. Assim, passa-se ao exame do conceito de jurisdição sob a visão crítica.

4.2

A jurisdição sob a ótica crítica

Sob a postura da teoria crítica e de suas premissas, a jurisdição civil vem a ser a **real e efetiva solução da lide posto a conhecimento do Poder Judiciário, sob a sua responsabilidade, com a finalidade de circular e distribuir rendas e bens de consumo**. Destacam-se desse conceito as seguintes expressões: *lide, real, efetiva, conhecimento e responsabilidade*.

Por *lide*, entende-se o conflito surgido entre duas ou mais pessoas - incluindo-se o nascituro¹²² - e a norma substancial, ou a pretensão de uma ou várias pessoas que integram um pólo da ação diante

¹²⁰ RESTIFFE, Lauro Paiva. Jurisdição, Inação e Ação, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 99.

¹²¹ Cf. Capítulo III - Pressupostos Críticos da Jurisdição Civil.

¹²² Desta forma posiciona-se a favor da concessão de alimentos ao nascituro. A respeito, cf. PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Direito Subjetivo e Direito de Ação, artigo publicado na Akrópolis Revista da Unipar, nº 05, Umuarama, Imprensa Unipar, 1994, p. 36.

da norma processual. Desta forma, procura-se abranger tanto “jurisdição contenciosa” quanto a “jurisdição voluntária” nos processos civis.

Já o elemento *real* surge da necessidade de o provimento jurisdicional atingir profundamente a causa submetida à apreciação jurisdicional. É a hipótese da *tutela vertical exauriente e plena*, formulada por Luiz Guilherme Marinoni.¹²³

O instrumento viável para alcançar a plena e exauriente tutela jurisdicional é a adoção em nosso ordenamento processual da *teoria da individuação* (ou *individualização*) da *causa de pedir*. Esta teoria, em exame sumário, preconiza a exigência da alegação de uma relação jurídica entre as partes para que haja pronunciamento jurisdicional.

O direito processual civil vigente adota a *teoria da substanciação*, que postula o pronunciamento jurisdicional sobre os fatos alegados pelas partes, em quase todas as espécies de ações, principalmente as que versam sobre direito pessoal. A *teoria da individuação*, que amplia os limites da demanda, uma vez que discute “direitos” e “relações jurídicas” e não apenas “fatos”, aplica-se somente nas chamadas ações reais, ações executivas *estricto senso*, ação de acidente do trabalho e nas ações cautelares.

Com a adoção da *teoria da individuação* em todas as ações, permitir-se-á que a causa discutida entre as partes se esgote plenamente num único feito. Como consequência imediata, haveria redução do número de processos.¹²⁴ Jurisdição *efetiva* é aquela que realiza concretamente os

¹²³ Cf. Luiz Guilherme ..., *Tutela Cautelar* ..., p. 22 e 26.

¹²⁴ A tendência do direito italiano é adotar a *teoria da individuação* em todo o processo civil. Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. *A Causa Petendi no Processo Civil*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 92-100.

anseios dos litigantes, sobretudo ao vitorioso da demanda. Para tanto, é preciso consorciar dois binômios: *efetividade* e *satisfação*.

Será jurisdição *efetiva* aquela que for munida de instrumentos viáveis para garantir o comando jurisdicional determinado, seja a nível de despacho ou decisão interlocutória, seja a nível de sentença. O desrespeito ao comando jurisdicional, antes de ser um comportamento processual infrator, é um desrespeito ao Estado. É preciso resguardar a jurisdição de meios para a realização de seus comandos.

A jurisdição deverá ser *satisfativa*, posto que não se deve restringir apenas a uma declaração do Estado, mas concretamente realizar a pretensão dos litigantes. A tradução econômica da pretensão atendida pela jurisdição significa alcançar os fins sociais ao que o Estado se propôs. O elemento *posto a conhecimento* deve ser compreendido como o meio pelo qual a jurisdição atuará, através de um processo, iniciado por uma ação.

Desta forma, é preciso incrementar o acesso à justiça de várias maneiras, conforme detalhado a seguir.

A primeira é realmente efetivar os benefícios da Assistência Judiciária Gratuita, nos termos do artigo 3º, da Lei nº 1060/50. Somente assim, os litigantes considerados *necessitados* poderão não só acessar a justiça, como obter a jurisdição civil.

Também deve ser incluída a *oficialização* dos cartórios cíveis, tanto no foro judicial como no foro extrajudicial, pois esses cartórios praticam serviços públicos já custeados pelo cidadão através dos tributos. O alto custo dos serviços prestados inviabilizam certos atos, como o

próprio acesso à Justiça e o registro imobiliário, sobretudo quando envolvem interessados carentes de recursos financeiros.

A segunda relaciona-se com as condições da ação e dos pressupostos processuais, cujos requisitos e pressupostos para formação e desenvolvimento do processo deverão ser atenuados, para possibilitar o exame do mérito. Dá-se o mesmo com a hermenêutica jurídica, cuja interpretação deverá ser flexibilizada para permitir o conhecimento do mérito e garantir não apenas o acesso à justiça mas também possibilitar a realização da própria justiça.

Por fim, a expressão *responsabilidade da jurisdição* demonstra o compromisso que a jurisdição tem com a sociedade politicamente organizada. O Estado, através da jurisdição, propôs-se a solucionar litígios, com vista aos objetivos traçados no artigo 3º, da CF. Para tanto, a jurisdição deverá ser dinâmica, efetiva e satisfativa e, se não for, o Estado terá quebrado uma das regras do pacto que mantém com a sociedade. Sendo assim, deverá o Estado ser responsabilizado pela falha, a ponto de satisfazer o interessado e sub-rogar-se no crédito. É preciso também sancionar a morosidade da jurisdição da mesma forma.

4.3

A natureza sócio-jurídica **do processo civil**

A dogmática jurídica consolidou a natureza jurídica triangular do processo - *actio trium personarum: iudex, actoris*

et rei - após superar as fases de uma relação processual linear e angular. Em seguida, passou a perquirir sobre a finalidade do processo. Vários doutrinadores expuseram suas idéias: como James Goldschmidt determinou o processo civil como meio de assegurar a efetividade do direito; Giuseppe Chiovenda entendeu o processo como meio de obtenção da tutela jurisdicional diante de um caso concreto; Micheli considerou o processo instrumento de tutela jurisdicional dos direitos; Adolf Schönke formulou a idéia do processo civil como instrumento de pacificação social; Carnelutti propôs a fórmula que dá ao processo o instrumento da paz ou da justa composição do litígio; e, por fim, Liebman que atribui ao processo a atividade de dar atuação à lei.¹²⁵

Contudo, conforme Humberto Teodoro Júnior, é possível reunir essas lições e agrupá-las em duas linhas: uma, de linha chiovendana, que vê no processo a atuação da vontade concreta da lei; e outra, de postulado carneluttiano, que objetiva o processo como a justa composição dos litígios.¹²⁶

Mas acima das sutilezas dadas pelos pensadores, verifica-se que, hodiernamente, reclama-se um trato social do processo civil, para alcançar os fins da jurisdição talhados no artigo 3º, da Constituição Federal. Assim, o processo civil continua como instrumento da jurisdição mas, além de atuar a vontade concreta da lei e/ou de fazer a justa composição da lide, abrange uma outra preocupação: a de fazer circular e distribuir rendas e bens de consumo, porque este é o meio pelo qual o sistema garante ao progresso social.

¹²⁵ Sobre esses conceitos, cf. TEODORO JÚNIOR, Humberto. Direito e Processo: Direito Processual ao Vivo, v.5, Rio de Janeiro, Aide Editora, 1997, p. 15-23.

¹²⁶ Humberto Teodoro Júnior, ob. cit., p. 23.

Percebe-se que o processo civil, ao identificar os valores da moderna sociedade brasileira, é instrumento da jurisdição para a realização concreta dos valores sociais concebidos.¹²⁷ Assim, não há como restringir a natureza do processo civil a uma *relação jurídica que integram juiz, autor e réu* e cuja finalidade se limite *a atuar a vontade concreta da lei ou a compor com justiça a lide*. Sua natureza é mais ampla e transcende a simples relação processual.

Desta forma, a natureza do processo civil transcende os estritos termos jurídicos para alcançar a realidade social dos demandantes e os fins da jurisdição. Via de conseqüência, a natureza do processo civil passa a ser jurídico-social, concluindo-se que é uma *relação jurídico-social, envolvendo pessoas de diferentes classes sociais e origens, que se utiliza para circular e distribuir rendas e bens de consumo*.

Assim ocorrendo, a jurisdição, como atividade do Estado, estaria atendendo aos fins preconizados no artigo 3º, da Constituição Federal. Porém, para que a visão crítica da jurisdição e a natureza jurídico-social do processo civil se realizem concretamente, é necessário apontar algumas alterações na doutrina processualista e no Código de Processo Civil, o que se fará nos próximos capítulos.

As sugestões que serão apresentadas nos próximos capítulos objetivam aliar-se às discussões referentes à segunda etapa de reformas do Código de Processo Civil e têm por objetivo criar um novo

¹²⁷ Note-se bem, os fins da jurisdição estão elencados no artigo 3º, da CF.; ao passo que os fins do processo, como instrumento da jurisdição, é de auferir meios para a consecução do artigo 3º, da CF. Assim, num plano superior, os fins sociais do processo civil confunde-se com os próprios fins da jurisdição civil.

recondicionamento da doutrina para, num passo posterior, possibilitar profundas reformas no sistema processual brasileiro. A título de ilustração, uma dessas modificações seria a adoção das chamadas *ações sincréticas*, conjugando num única ação, o processo de conhecimento e o processo de execução, tal como foi timidamente disposto pelo legislador em razão da modificação introduzida no artigo 461, do CPC.¹²⁸

Destarte lembrar que serão apresentadas propostas relativas às normas pertinentes aos Processos de Conhecimento e de Execução, ficando excluído o Processo Cautelar. Tal postura deve-se ao caráter instrumental dessa modalidade de processo, bem como o combate que se faz às tutelas diferenciadas¹²⁹, já mencionado neste trabalho. Também se deve esclarecer que as reformas em curso no Código de Processo Civil não têm dispensado maior atenção ao Processo Cautelar.¹³⁰

4.4

Jurisdição, Estado e Economia

A jurisdição, vista sob o plano político, é uma das tarefas exercidas pelo Estado, ao lado da administração e legislação, com vistas aos fins traçados no artigo 3º, da Constituição Federal. Assim, a jurisdição instrumentaliza os objetivos do Estado.

¹²⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Reforma dos Processos de Execução e Cautelar, artigo publicado na Revista Jurídica, volume 231, Porto Alegre, Editora Síntese, 1997, p. 6-9.

¹²⁹Cf. Capítulo I - Sociedade e Direito, tópico 1.5 - A crise da jurisdição no plano social, subtópico 1.5.4.

¹³⁰Cf. Ovídio A. Baptista da Silva, Reforma dos ..., p. 9-10.

Via de consequência, com a prevalência do sistema econômico capitalista e seu atrelamento aos programas da administração pública¹³¹ - instalação de indústrias, geração de empregos, tributos, previdência social etc. - o Estado, incluindo-se a jurisdição, passou a participar do desenvolvimento econômico nacional. Sobremaneira, a noção de desenvolvimento nacional e social passa, primeiramente, pelo desenvolvimento da economia.

A evolução doutrinária na relação Estado-Economia também influi na concepção dos fins da jurisdição, pois com a implantação da primeira fase do liberalismo, retratada na fórmula *laissez faire*, *laissez passer*, o Estado delegava à *mão invisível* do mercado a acomodação das conquistas sociais, uma vez que sua postura era não-interveniente.¹³²

No entanto, percebeu-se com o tempo a necessidade de uma interferência estatal na economia, uma vez que o liberalismo não estava propiciando conquistas sociais às camadas desfavorecidas da população e, em muitos casos, até mesmo gerando situações de verdadeira submissão do homem pelo homem, o que infringia as regras básicas do humanismo. Surgiu, então, a figura do Estado intervencionista, como alternativa ao modelo econômico comunista, com a finalidade de permitir o desenvolvimento social numa economia capitalista semi-vigiada.¹³³

¹³¹ Pode-se perceber que a administração pública assenta todo seu programa sócio-político a partir de uma base econômica, posto que, a “fonte de renda” do Estado advém da arrecadação dos tributos, ainda mais acentuada com a privatização das empresas públicas. Tal fenômeno transcende as fronteiras do Brasil, alcançando os países ocidentais.

¹³² Cf. SOUZA, Neomésio José de. Intervencionismo e Direito - Uma abordagem das repercussões, Rio de Janeiro, Editora AIDE, 1984, p. 21-37.

¹³³ Cf. Neomésio José ..., ob. cit., p. 37-63, em especial as classificações das intervenções estatais fornecidas por Geraldo de Camargo Vidigal, Fernando Albino de Oliveira e Eros Roberto Grau (p. 58-60).

Contudo, hodiernamente não mais subsistem os motivos de controle estatal na economia, ou se ainda persistem, não têm mais a mesma intensidade. Hoje se justifica a privatização de certas empresas públicas com a alegação de não mais subsistir o risco de afetar a soberania nacional. E mais, o Estado deixou de ser um mero espectador que recebe investimentos privados para, de forma agressiva e como se fosse uma empresa particular, também associar, investir e atrair a criação de novas indústrias.¹³⁴

Vê-se, pois, que modernamente, o Estado deixou de ser intervencionista para ser incentivador da economia, tornando-se sócio que possibilita a instalação de grandes empresas para criar empregos e gerando tributos. Impera a fase do Estado incentivador da economia, atuando de forma agressiva e ativa.

De outro lado, é preciso ponderar que, historicamente, o mercado não vai solucionar as desigualdades sociais e o Estado do Bem Estar Social está falido. Desta forma, a jurisdição passa a ter maior importância, uma vez que, simultaneamente, deverá atuar no sentido de movimentar a economia - com a distribuição de rendas e circulação de bens de consumo - e promover o bem-estar social, consoante os objetivos prescritos no artigo 3º, da CF.

E, se o Estado adota uma postura incentivadora da economia, não deve a jurisdição seguir rumo diferente, sob pena de distanciar-se no tempo e perder-se na história. Porém, é necessário

¹³⁴ São exemplos os recentes acordos de instalações de montadoras de automóveis em diversos estados da federação brasileira.

haver uma jurisdição dinâmica, célere e eficaz em todos os seus aspectos e feitos. Para tanto, a título de ilustração, algumas propostas serão apresentadas nos próximos capítulos, no afã de alcançar um modelo de jurisdição identificado com a realidade nacional.

Capítulo V

O Processo de Conhecimento

à luz da Teoria Crítica

Sumário: 5.1 Revisão dos Princípios Processuais. 5.2 A teoria da individualização na causa de pedir. 5.3 A tutela jurisdicional dos direitos em formação. 5.4 O procedimento sumário como procedimento padrão. 5.5 A subsunção das normas ao fato. 5.6 Ampliação dos limites subjetivos da coisa julgada. 5.7 Revisão dos procedimentos recursais.

5.1

Revisão dos

Princípios Processuais

É certo que toda pesquisa científica não se deve restringir apenas a especular categorias e premissas do ramo de estudo de que está tratando para alcançar o resultado objetivado. É preciso que essa pesquisa apresente sua face “utilitarista”, isto é, não só critique postulados dogmáticos, mas apresenta sugestões para a reformulação e transformação do conhecimento científico.

Imbuída desse espírito, a pesquisa prossegue no caminho projetado, com o exame das propostas para a reformulação do conhecimento dogmático processual brasileiro, dentro da influência da teoria crítica, resgatando os fins da jurisdição civil.

Além disso, as sugestões apresentadas visam contribuir com o desenvolvimento do sistema processual, através do debate, e construir uma base cultural sólida para realizar reformas estruturais do sistema processual brasileiro, a ponto de, por exemplo, adotar as denominadas *ações sincréticas*.

É sabido que o sistema processual tem nos seus princípios uma das fontes mais atuantes, conforme expõe Vicente Grecco Filho.¹³⁵ Um dos princípios marcantes do processo civil é o do *dispositivo*, que, dogmaticamente, determina o comportamento processual das partes, seja provocando (com a ação) e delimitando a lide (com a ação e a resposta do réu, através de seus elementos caracterizadores), seja exercitando as faculdades processuais que o sistema confere.

¹³⁵ GRECCO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro, 9ª ed., v. 2, São Paulo, Editora Saraiva, 1995, p. 78-83.

Pela doutrina de Ovídio A. Baptista da Silva, o princípio do *dispositivo* limita o juiz à uma atuação de espectador, que o submete ao comportamento processual das partes para decidir a lide.¹³⁶ Já os professores Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pelligrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, em conhecida obra conjunta, expõem esse princípio nesses termos:

“Esse poder dispositivo é quase absoluto no processo civil, mercê da natureza do direito material que visa a atuar. Sofre limitações quando o próprio direito material é de natureza indisponível, por prevalecer o interesse público sobre o privado”.¹³⁷

Esse princípio apóia-se na ideologia liberal e culmina com o comportamento inerte do juiz, mantendo-o imparcial, estranho à solução da lide, transformando-o em *espectador* da lide e contrapondo-o à *juiz ditador*, do processo inquisitivo.¹³⁸

Este princípio, porém, obstaculariza o conhecimento real do direito debatido no processo, prejudicando, assim, a jurisdição. Com a revisão de seus postulados, em face de outros princípios, é possível reduzir sua influência no processo civil.

Em relação aos limites da lide, a adoção da teoria da individualização na causa de pedir (que será vista no tópico seguinte) permitirá ao juiz o conhecimento pleno da demanda, uma vez que a sua missão é descobrir o direito e a relação jurídica travada entre as partes e não os fatos que os litigantes debatem.

¹³⁶ Ovídio ..., *Curso* ..., v.I, p. 47.

¹³⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et alli. *Teoria Geral do Processo*, 11º ed., São Paulo, Editora Malheiros, 1995, p. 60.

¹³⁸ Cf. PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1995.

No campo probatório, em consórcio com o princípio da livre investigação (CPC, art. 130), o juiz poderá suprimir pontos obscuros e contraditórios da demanda, não solucionados pelas partes, permitindo que a jurisdição seja plena. Também é destacável a possibilidade de o juiz equilibrar o comportamento processual se um dos pólos processuais for ocupado por parte economicamente mais fraca, como ocorre nos casos de assistência judiciária gratuita.

Assim, nesses termos, leciona Rui Portanova:

“É indispensável que se entenda: com a publicização, o processo não tem donos. A busca da verdade é uma tarefa tanto das partes como do Estado. E não há como negar: o princípio do dispositivo é um obstáculo à busca da verdade real. Hoje o Poder Judiciário sofre o descrédito na opinião pública. Pode-se justificar o baixo conceito do órgão julgador por problemas formais (morosidade), mas não se pode esquecer que ainda domina em muitos juízes (e juristas) a idéia do processo como ‘coisa das partes’ (Jardim, 1986, p. 169).

Por isso, o processualista moderno está constantemente desafiado a pensar o princípio dispositivo, abrandando o seu rigor formal, uma vez que ‘o processo deixou de ser considerado como instrumento de interesse preponderante das partes e passou a ser visto principalmente como meio de ação do Estado, para atuar as leis que editou’ (Barbi, 1986, p. 530)”¹³⁹.

Assim, com a restrição imposta ao princípio do dispositivo, o juiz teria maior amplitude ao conhecimento da verdade real da demanda, seja referente aos direitos discutidos, seja referente à iniciativa probatória. Porém, adverte-se que não se propõe a figura do juiz

¹³⁹ Rui ..., Princípios ..., p. 124.

inquisitor ou ditatorial.¹⁴⁰ Pretende-se, isto sim, reduzir a esfera disponível das partes, em prol de uma jurisdição atuante e efetiva. Via de consequência, passaria a ganhar espaço no sistema processual o princípio do inquisitivo, atualmente confinado nas demandas que versam sobre direitos indisponíveis, como as ações de estado, relativo a menores e de interesse da Fazenda Pública.

Entre os princípios do processo civil destaca-se o da *assistência judiciária gratuita*, erigido como princípio constitucional (CF, art. LXXIV) e regulamentado pela Lei nº 1060/50. Embora este princípio esteja regrado no plano legislativo, a prática judiciária mostra sua limitação e atuação tímida por absoluta falta de estrutura funcional. O artigo 3º, da Lei nº 1060/50, prevê as hipóteses de benefícios em que o *necessitado* gozará, quando deferida a assistência judiciária gratuita, sobressaindo-se os emolumentos e custas devidos aos serventuários da justiça (inciso II) e honorários de peritos (inciso V).

Por serventuário de justiça ou auxiliar da justiça, a doutrina entende todo serviço prestado, eventual ou permanente, por uma pessoa em favor do Poder Judiciário, para a realização da prestação da tutela jurisdicional.¹⁴¹ O auxílio à Justiça tanto pode ocorrer no foro judicial como no foro extrajudicial, fato que se pode ilustrar com os cartórios de protestos, registro de documentos e registros de imóveis.

Entretanto, percebe-se que os benefícios da assistência judiciária gratuita não alcançam esses serviços com a alegação de que a gratuidade restringe-se ao foro judicial, conforme interpretação fundada

¹⁴⁰ Vicente Grecco ..., Direito Processual ..., v.2, p. 80.

¹⁴¹ Cf. Antonio Carlos ... et alli, ob. cit., p. 198; Vicente Grecco ..., Direito Processual ..., 5ª edição, 1995, v.1, p. 238.

no artigo 236, *caput*, da CF, segundo a qual os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. Pode-se dizer o mesmo em relação aos honorários do perito pois, apesar de a lei prever a hipótese de gratuidade, não se realiza exame sem o prévio pagamento das custas.¹⁴²

Diante dessas situações, percebe-se que o legislador concedeu direito subjetivo, mas a administração pública não os efetivou, em prejuízo da jurisdição e da sociedade. Esta é a razão pela qual e sugere que, no plano imediato, a jurisdição conceda ao cidadão a possibilidade de realizar o ato desejado e gratuito, utilizando-se, para tanto, a estrutura do Estado.¹⁴³

A médio e a longo prazos é viável que a administração pública dote o Poder Judiciário de peritos e laboratórios oficiais para atendimento aos litigantes considerados *necessitados*, para a real efetivação do benefício previsto no inciso V, do artigo 3º, da Lei nº 1060/50, seja através de concurso público para preenchimento dos cargos ou em convênio com as universidades públicas. Com relação aos serviços notariais e de registros, o Poder Judiciário poderá determinar a realização gratuita do ato, através de um alvará, para, em seguida, determinar de que o respectivo oficial do foro

¹⁴² É de notório conhecimento que as ações de investigação de paternidade e maternidade em que o(s) autor(es) goza(m) da assistência judiciária gratuita não puderam ser realizados os exames hematológico ou do DNA. No Estado do Paraná, em face do convênio estabelecido entre o Governo e a Corregedoria de Justiça para a realização gratuita desses exames que ainda não foi implantado por falta de recursos, existem inúmeros processos suspensos aguardando a incrementação do convênio ou o prosseguimento do feito, com a realização de outras provas.

¹⁴³ Pretende-se a utilização da estrutura estatal através de suas secretarias ou autarquias. Por exemplo: se a parte carente necessitar de um exame hematológico para fins de prova de investigação de filiação, utiliza-se a estrutura da Secretaria de Saúde. Também poderão ser utilizados o corpo técnico do D.N.E.R/D.E.R, os departamentos das universidades federais ou estaduais etc.

extrajudicial habilite seu crédito no orçamento público ao fito de ser ressarcido das despesas.

Por fim, Rui Portanova entende ampliar os benefícios da assistência judiciária gratuita às pessoas jurídicas, sobretudo às microempresas, e à purgação da mora pelo réu necessitado, como forma de abranger ainda mais o raio de atuação deste princípio.¹⁴⁴

5.2

A teoria da individualização **na causa de pedir**

Inicialmente, cumpre assinalar que a teoria da individualização assenta-se na afirmação de um direito ou de uma relação jurídica como fundamento da ação ou da defesa, em contraposição à teoria da substanciação, que se apóia na dedução dos fatos constitutivos do direito do autor ou do réu.¹⁴⁵

Por decorrência da teoria da substanciação, a causa de pedir é examinada pela doutrina como *causa petendi remota*, que engloba o fato constitutivo do direito do autor, e *causa petendi próxima*, que se realiza com a inserção do fato concreto no modelo abstrato proposto pelo ordenamento jurídico.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Rui ..., Princípios ..., p.86-88.

¹⁴⁵ Cf. CRUZ, José Raimundo Gomes da. Causa de Pedir e Intervenção de Terceiros, artigo publicado na Revista dos Tribunais, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1990, v. 662, p. 48.

¹⁴⁶ José Rogério ..., A Causa Petendi ..., p. 127-128.

A legislação brasileira adotou a teoria da substanciação como causa de pedir, conforme se pode concluir da redação do inciso III, do artigo 282, do CPC, apesar de um pequeno número de processualistas, como Botelho de Mesquita, Milton Paulo de Carvalho e Ovídio A. Baptista da Silva atenuarem a aplicação dessa teoria.¹⁴⁷

No entanto, por opção jurídico-social, crê-se que a adoção da teoria da individualização da *causa petendi*, como regra no sistema processual brasileiro, em consonância com outras reformulações, bem atenderia aos fins da jurisdição, conferindo-lhe efetividade e celeridade. Várias são as vantagens de se aplicar a teoria da individualização da causa de pedir. A sua adoção atenuaria o rigorismo do princípio da eventualidade e do sistema de preclusão. As demandas seriam mais flexíveis, permitindo uma demonstração mais maleável dos direitos das partes, bem como na prestação da tutela jurisdicional.

Ademais, seria permitido ao réu ou ao executado deduzir direitos em face do autor ou do credor, como forma de compensação ou extinção do direito dos integrantes do pólo ativo. O réu não estaria limitado, também, às restritas hipóteses de reconvenção ou o devedor não ficaria circunscrito às restrições estabelecidas pela nova redação do § 1º, do artigo 585, do CPC, para tecer seus direitos contra o autor ou o credor.

Em termos probatórios, percebe-se que a teoria da individualização permitiria ao juiz investigar a existência de direitos e não uma apuração pormenorizada de fatos para, depois, submetê-los à norma.

¹⁴⁷ Cf. José Rogério ..., *A Causa Petendi* ..., p. 118-121.

No plano social, a teoria da individualização possibilita encerrar todas as lides num único feito, o que resulta na celeridade da jurisdição civil e na profundidade da tutela jurisdicional e, conseqüentemente, na efetividade da jurisdição.

A celeridade decorre da economia de ações e processos, uma vez que seria permitido discutir todas as demandas possíveis entre as partes num único feito, reduzindo custos e tempo.

A efetividade da jurisdição advirá do pleno conhecimento judicial acerca da lide que envolve as partes, alcançando a verdade real sobre a qual litigam os demandantes.

Assim, como proposta, a teoria da individualização seria adotada no ordenamento jurídico nacional, em todas as espécies de ações cíveis, com a restrição de ser limitada diante de hipóteses de incompetência absoluta.¹⁴⁸

5.3

A tutela jurisdicional dos direitos em formação

O sistema jurisdicional brasileiro está assentado no binômio *lesão-reparação do direito*. Às vezes, a parte prescinde de uma tutela cautelar para assegurar o reconhecimento ou a satisfação do direito subjetivo. Mas isso não afasta a posição repressora da jurisdição civil em

¹⁴⁸ Como exemplo dessa limitação, pode-se citar a hipótese de pai e mãe discutirem uma relação de crédito numa ação de guarda do filho menor.

economicamente tutelar o direito da parte através do ressarcimento pelo dano causado.

Entretanto, em nenhum momento, o ordenamento processual brasileiro confere medida típica¹⁴⁹ para tutelar direitos ameaçados de lesão, a despeito de a regra constitucional prever essa hipótese (CF, art. 5º, XXXV). Assim, é preciso introduzir no sistema brasileiro a *tutela inibitória*, com o intuito de evitar que se cause dano ao direito da parte. É reconhecido que o ato ilícito se distingue do dano, sendo este a consequência, ainda que imediata, do ato praticado. Assim, a ilicitude é causa e o dano é seu efeito.

Fazendo essa cisão, percebe-se que, no Brasil, o sistema processual estruturou-se sobre o dano, tal como ocorre nas tutelas ressarcitórias. Até mesmo para conceder tutelas cautelares, mandamentais ou antecipatórias, a terminologia utilizada pelo legislador refere-se, respectivamente, a “irreversibilidade do dano” ou “dano irreparável”. Não seria exagero afirmar que o ordenamento processual brasileiro não tutela a ilicitude em si, mas, cria consequências para ressarcimento do dano, via tutela jurisdicional.

Porém, existem vários casos concretos em que a sociedade brasileira socorreu-se de tutelas atípicas para evitar a realização do ato ilícito, com possibilidade de danos gravíssimos.¹⁵⁰ Assim,

¹⁴⁹ No direito processual brasileiro, diante de tais situações, utiliza-se a medida cautelar inominada, que, a despeito de ser atípica, é o único remédio para alcançar a finalidade desejada.

¹⁵⁰ Exemplos que versam sobre direitos não patrimoniais: há alguns anos, o Brasil importou toneladas de carne bovina da Europa que aqui chegaram com suspeita de estarem contaminadas pelo vazamento da usina nuclear de Chernobyl. Outros exemplos, hipotéticos, que podem ser mencionados é o do anúncio da realização de obras que afetarão o ecossistema de uma região ou da construção de frigorífico sem o devido respeito às normas sanitárias e do

verifica-se a necessidade de dotar o sistema processual brasileiro da tutela inibitória, como tutela jurisdicional típica, tal como ocorre no direito italiano.

Cristina Rapisarda, em comentário sobre tutela inibitória¹⁵¹, esclarece que esse tipo de tutela se insere nas espécies de tutela preventiva, em atendimento aos preceitos do artigo 24, da Constituição Italiana - de redação semelhante ao artigo 5º, XXXV, da Constituição brasileira. Essa espécie de tutela surge com o desenvolvimento das noções de cidadania, meio-ambiente e de consumidor.¹⁵²

Assim, escreve Cristina Rapisarda:

“Ora, respeito ao direito indicado, assume particular relevo a possibilidade de fazer recurso a uma tutela preventiva do tipo inibitório. A utilidade do recurso a tal forma de tutela deriva, sobretudo, da incapacidade da tradicional tutela ressarcitória a garantir a efetiva atuação de novos direitos. Como a mais recente doutrina havia amplamente iluminado, tal incapacidade consegue qualificar não patrimonial ou de qualquer maneira não monetizável do bem que constitui objeto do novo direito. A maior função da tutela inibitória em respeito à tutela ressarcitória depende pois do fato que impõe uma proibição de continuar a comissão do ilícito, qualificado, além de preventivo, antes ripristinatório do direito em hipótese violado ou ameaçado. O conteúdo não patrimonial do novo direito determina, de fato, normalmente, a irreparabilidade da lesão deles, onde devia privilegiar essencialmente a forma preventiva da tutela, que adequado para evitar o concretização do evento lesivo. De outro lado, a não patrimonialidade põe em luz também a exigência de forma de tutela ripristinatória ou, mais precisamente, reintegratória, que mira a garantia da atuação

meio-ambiente; a emissão fraudulenta de letra de câmbio, embora este refira-se a direitos patrimoniais.

¹⁵¹ RAPISARDA, Cristina. *Profili della Tutela Civile Inibitoria*, Padova, Cedam, 1987.

¹⁵² Cristina ..., ob. cit., p. 77-78.

‘do interesse específico por qual se invoca a tutela’, antes que do diverso interesse da restauração patrimonial do sujeito lesado, segundo o princípio da equivalência monetária”¹⁵³.

Assim, a ação inibitória se presta a defender direitos não patrimoniais antes do surgimento da ilicitude, alcançando sua maior característica, que é preventivamente tutelar o direito subjetivo. No entanto, é plausível afirmar que a ilicitude do ato independe da existência de um dano, externo ou não. A ilicitude do ato provoca por si só um dano na esfera jurídica do indivíduo, o que justifica o exercício da tutela jurisdicional. Neste sentido, leciona Cristina Rapisarda que:

“A experiência da tutela inibitória prescinde totalmente, no nosso ordenamento, de verificar um dano na esfera jurídica da outra parte. Tal autonomia da inibitória do dano, que constitui uma direta consequência de caráter preventivo do remédio, emerge claramente na disposição que regula a matéria”¹⁵⁴.

¹⁵³ Cristina ..., ob. cit., p. 80-81. Do original: “Orbene, rispetto ai diritti indicati, assume particolare rilievo la possibilità di far ricorso ad una tutela preventiva di tipo inibitorio. L'utilità del ricorso a tale forma di tutela deriva, soprattutto, dall'inidoneità della tradizionale tutela risarcitoria a garantire l'effettiva attuazione dei nuovi diritti. Come la più recente dottrina ha posto ampiamente in luce, tale inidoneità consegue al carattere non patrimoniale o comunque non monetizzabile dei beni che costituiscono oggetto dei nuovi diritti. La maggiore funzionalità della tutela inibitoria rispetto alla tutela risarcitoria dipende quindi dal fatto che essa, imponendo un divieto di continuazione o di commissione dell'illecito, ha carattere, oltreché preventivo, anche ripristinatorio del diritto in ipotesi violato o minacciato. Il contenuto non patrimoniale dei nuovi diritti determina, infatti, normalmente, l'irreparabilità della loro lesione, onde diviene essenziale privilegiare forme preventive di tutela, che consentano di evitare il concretarsi dell'evento lesivo. D'altro canto, la non patrimonialità pone in luce anche l'esigenza di forme di tutela ripristinatorie o, più precisamente, reintegratorie, che mirino a garantire l'attuazione ‘dell'interesse *specifico* per cui si invoca la tutela’, anziché del *diverso* interesse alla restaurazione patrimoniale del soggetto leso, secondo il principio dell'equivalente monetario”.

¹⁵⁴ Cristina ..., ob. cit., p. 88. Do original: “L'esperibilità della tutela inibitoria prescinde totalmente, nel nostro ordinamento, dal verificarsi di un danno nella sfera giuridica della parte attrice. Tale autonomia dell'inibitoria dal danno, che costituisce una diretta conseguenza del carattere preventivo del rimedio, emerge chiaramente nelle disposizioni che regolano la materia”.

Desta forma, verifica-se, não só a necessidade como a viabilidade da adoção da tutela inibitória no ordenamento processual brasileiro na defesa de direitos não patrimoniais, como os inerentes à cidadania, do consumidor e do meio-ambiente.

Porém, esta pesquisa vai além do previsto no direito italiano e entende que a tutela inibitória também está a serviço dos direitos em formação. Com efeito, a noção de tutela inibitória surge de um conceito de *prevenção*, que, segundo a etimologia da palavra, significa a prática de atos antecipatórios, de precaução e cautela. Antecipar significa, por sua vez, chegar antes; precaução, agir com prudência; e cautela, praticar atos que irão evitar ou minimizar efeitos danosos.

Assim, a inibição da prática de atos deve ser tutelada em razão da *potencial lesividade do ato* que, numa postura nitidamente preventiva, antecipa, protege e acautela. Tanto que, se fosse aguardar a realização do ilícito, a tutela seria ressarcitória e nunca inibitória.

Desta forma, fica estabelecido que a tutela inibitória incidirá nas hipóteses em que houver *potencial lesividade do ato a ser praticado*, a cominar dano jurídico na esfera de direitos do cidadão.

O segundo passo, vem da necessidade de examinar e tutelar os chamados *direitos em formação*. É consenso, na dogmática jurídica que, na sua quase totalidade, os direitos são adquiridos através de um ato instantâneo, como o direito do credor que surge com a celebração do negócio; o direito à propriedade que surge com a aquisição do bem; o direito à herança com o falecimento do autor da herança; o direito aos alimentos a partir do parentesco, etc.

Contudo, verifica-se que existe uma certa categoria de direitos, cuja aquisição se faz lenta e gradativamente, em razão de uma cadeia sucessiva de atos a serem praticados para se adquiri-los. Mas esses atos são e devem ser protegidos pelo ordenamento jurídico. Essa categoria, doravante denominada *direito em formação* ou *direito em gestação*, surge com a situação de composição gradual do direito.

A noção do *direito em formação* empresta fundamentos do direito penal no que se refere à prática de fatos típicos para solucionar o conflito de normas e definir o delito. Mas, na prática, verifica-se que, a realização de um tipo penal concretiza-se através de atos que buscam a tipicidade penal, desde o indiferente penal até alcançar a previsão hipotética legal.¹⁵⁵ Assim, um crime de homicídio, por exemplo, inicia-se com a cogitação (intenção de matar), passa pelos atos preparatórios (compra do revólver e munição), pela execução (desfechar tiros contra a vítima) e chega à consumação (produção dos ferimentos que foram a causa da morte da vítima).

O mesmo ocorre com o *direito em formação*, que surge de uma situação fática indiferente juridicamente e que, com a gradativa sucessão de fatos, alcança a aquisição do direito. Assim, o *direito em formação* surge como *expectativa* e finda com a *aquisição do direito*. O que se propõe neste trabalho é tutelar a expectativa da formação do direito, mediante tutela inibitória.

Os direitos do nascituro e do candidato em concurso público são dois exemplos da categoria dos *direitos em formação*.

¹⁵⁵ Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal, 4ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1991, p. 52-54.

O artigo 4º, do CC, condiciona a antecipação dos direitos do nascituro ao nascimento com vida. Os direitos de que trata o artigo 4º referem-se aos previstos nos artigos 372, 377, 458, 462 e 1.718, todos do Código Civil. Afora isso, a jurisprudência vem se firmando pela concessão de alimentos transitórios em favor do nascituro.¹⁵⁶

Assim, qualquer medida judicial para reconhecimento da condição de nascituro apresenta-se como típica tutela inibitória, em caráter preventivo, uma vez que estaria resguardando seus interesses ao nascimento com vida.¹⁵⁷

O concurso público, por sua vez, revela um procedimento longo, demorado, constituído por várias etapas, consistente em provas e títulos. É sabido que a simples aprovação em concurso público não gera direito adquirido, mas uma simples expectativa de direito. Porém, o candidato aprovado tem interesse de ingressar em juízo para declarar sua correta colocação, antes da homologação do resultado final do concurso. Não se deve perder de vista as regras aferidas pela doutrina administrativista e pelas normas previstas na Constituição Federal (arts. 37 e 41) e no regulamento do concurso. Mas o interesse do candidato não se resume em estabelecer a correta colocação, mas em garantir uma boa colocação uma vez que a nomeação obedece à ordem descendente de classificação dos candidatos aprovados.

¹⁵⁶ Cf. Revista Jurídica, v. 230, dezembro/96, p. 98.

¹⁵⁷ Toma-se por exemplo a mãe que detecta o estado de gravidez logo no seu início e em seguida, com o falecimento do suposto pai abre-se a herança. É preciso tomar medida judicial específica para resguardar os direitos do nascituro como herdeiro, ao invés de simplesmente aguardar o nascimento com vida e requerer petição de herança quando, provavelmente, a paternidade estará sendo questionada e os bens móveis e semoventes poderão ter desaparecidos.

Assim, o candidato que não possui qualquer direito a ser convocado ou a ser nomeado para o cargo público, teria interesse jurídico na tutela inibitória dos direitos em formação para, antecipadamente, à ocorrência de um ilícito a direito subjetivo - *desobediência à ordem de colocação dos candidatos aprovados* - preventivamente evitar um dano - *prejuízo na preferência dos candidatos nomeados*.

Tais exemplos demonstram a necessidade de haver uma tutela típica de prevenção a atos ilícitos dos direitos em formação. Destarte lembrar que não se propõe tutelar cidadão sem direitos, mas sim, preventivamente, tutelar situações geradoras de direitos. Se o cidadão tem direito de tutelar seu direito subjetivo, é razoável que também tenha direito de tutelar a formação de seu direito subjetivo, posto que dependerá da tutela preventiva a formação e aquisição do direito subjetivo.

5.4

O procedimento sumário como procedimento padrão

A moderna doutrina brasileira aponta a lerdeza do procedimento ordinário como um dos maiores fatores de contribuição para a proliferação das tutelas diferenciadas.¹⁵⁸

Contudo, hodiernamente, a sociedade exige a rápida prestação da tutela jurisdicional para atender seus anseios. Porém, a noção de “rápida prestação tutela jurisdicional” não pode negar o direito ao

¹⁵⁸ A respeito, cf. Luiz Guilherme ..., *Tutela Cautelar* ..., p. 9-13.

contraditório e à ampla defesa, bem como os recursos a ela inerentes. Por isso, a cada direito conquistado, contrapõe-se um dever a ser respeitado.¹⁵⁹

Mesmo a técnica monitoria e a tutela antecipatória, que acolheram em sede de cognição sumária as pretensões do autor, não atenderam às expectativas da dialética, posto que transfere ao réu a problemática da morosidade do processo.

Assim, é preciso compor um meio-termo, que tanto atenda às pretensões do autor, como às expectativas do réu, sem prejuízo da dialética processual. Esse meio-termo virá com a adoção do rito sumário como procedimento padrão do processo de conhecimento.¹⁶⁰

A distinção entre duas espécies de procedimentos, um ordinário e outro sumário, remonta ao direito romano, passando pelo direito canônico, os Ordenações no direito lusitano, no Regulamento 737, de 1850, e nas legislações estaduais, vigentes até a promulgação do Código de Processo Civil de 1939.¹⁶¹ O atual Código de Processo Civil restabeleceu a dicotomia de procedimentos, outorgando ao rito sumário, segundo Calmon de Passos:

“(...) um procedimento capaz de responder, de modo mais pronto e mais econômico, a uma série de situações de conflitos suscetíveis de sofrer tratamento

¹⁵⁹ Cf. PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Ação Monitoria - Do Procedimento Monitorio, artigo publicado na Revista Jurídica, volume 222, Porto Alegre, Editora Síntese, abril/1996, p. 14-15.

¹⁶⁰ Como afirma Luiz Guilherme Marinoni, a respeito do princípio da inafastabilidade, insculpido no artigo 5º, XXXV, da CF, “(...) o processualista deve deixar de lado a sua preocupação com o procedimento ordinário e a partir para o estudo das chamadas tutelas jurisdicionais diferenciadas” (Luiz Guilherme ..., Efetividade do Processo ..., ob. cit., p. 13). A bem da verdade, o procedimento sumário não se apresenta como espécie de tutela diferenciada. Contudo, “diferencia-se” do procedimento ordinário e, na medida em que sua adoção é proposta, apresenta-se como alternativa para uma atividade jurisdicional célere e segura.

¹⁶¹ Cf. PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil, Rio-São Paulo, Editora Forense, 1974, p. 19.

menos formal e menos demorado que o do procedimento ordinário”.¹⁶²

A cultura jurídica da época da promulgação do Código entendia que era preciso tutelar com maior segurança certas relações jurídicas e, para tanto, proibia que essas relações jurídicas fossem debatidas em processos cujo rito não fosse o ordinário. Tal entendimento resultou na proibição de utilizar o rito sumário em ações relativas ao estado e à capacidade das pessoas, consoante disposto contido no § único, do artigo 275, do CPC.

Porém, novos horizontes sociais e culturais surgiram vinte e quatro anos após a promulgação do Código de Processo Civil, não mais justificando essa restrição. A técnica monitória e a tutela antecipatória que surgiram recentemente com a “míni-reforma” do Código de Processo Civil e que procuram tutelar o autor que tem razão, bem demonstram a dualidade da cultura jurídica brasileira: de um lado, objetiva-se atender as pretensões sociais, mediante uma rápida e eficaz tutela jurisdicional; e de outro, reconhecer, mesmo que implicitamente, o caos em que se encontra o Poder Judiciário por não poder outorgar tutela de forma célere mediante procedimento ordinário. Assim, preferiu o legislador atender as pretensões do autor, mediante cognição sumária, transferindo ao réu o ônus pelo tempo gasto com o processo.

Contudo, esta não é a melhor solução. Se antigamente o autor sofria com a mora judiciária, hodiernamente se transfere esse ônus ao réu e isso não soluciona o problema, mas apenas mostra a opção

¹⁶² Cf. J.J. Calmon de Passos, ob. cit., p. 20.

política de tutelar quem aparentemente tem razão porque o autor atendeu a uma formalidade exigida pela lei - prova inequívoca (CPC, art. 273, *caput*) e prova escrita (CPC, art. 1.102a).

Ademais, se é admissível tutelar o autor que aparenta ter razão, também é racional tutelar o réu que afirma ter razão, por ocasião de sua defesa. Mas, pela técnica processual dogmática e fundada na teoria da substanciação da causa de pedir, o réu somente poderá obter tutela antecipatória se ajuizar reconvenção. Porém, destarte esclarecer: se o réu obtiver tutela antecipatória em sede de reconvenção, estará atendido numa lide conexa com a principal, porém não estará atendido na lide propriamente dita, da qual se ocupa o pólo passivo.

Enfim, em relação à lide de que se ocupa o pólo passivo, o réu somente poderá ser atendido pela tutela jurisdicional numa sentença, após um longo e penoso processo, às vezes agravado por uma tutela antecipatória em favor do autor. É a sina: uma vez réu, sempre réu, até quando houver uma decisão favorável.

Assim, conclui-se que a técnica de tutela sumária, na forma em que está estruturada, não resolve o problema da mora processual e nem antecipa a pretensão do réu. Apenas “satisfaz temporariamente” as pretensões do autor, agravada pelo fato de transferir a alguém - o réu - o ônus de suportar a lerdade da outorga da tutela jurisdicional definitiva, sem poder conferir ao réu as mesmas possibilidades concedidas ao autor.

Louvável a postura em favor do autor, mas o ordenamento penaliza o réu. O sistema processual evoluiu de forma

desequilibrada, pendendo em favor do pólo ativo. A adoção da audiência específica para a tentativa da conciliação, nos termos do artigo 331, do CPC, ora aplaudida como medida de economia, representa, na verdade, mais atraso na prestação da tutela jurisdicional nas hipóteses em que não se obtém a conciliação.¹⁶³ Seria praticado desnecessariamente um ato processual, sem efeito resolutivo algum, procrastinando ainda mais a solução do feito.

Por fim, a realidade social brasileira não mais tolera o modelo padrão do processo civil, posto que sempre vai provocar a mora processual, seja em relação ao autor, seja em relação ao réu. A sociedade necessita de uma rápida circulação e distribuição de rendas e bens de consumo. O mesmo acontece com as ações de estado e capacidade de pessoas, porque conseqüências econômicas surgem dessas demandas.¹⁶⁴ A sociedade não quer mora processual, ainda que no processo os efeitos de uma eventual sentença de mérito sejam antecipados. É necessária uma reforma na estrutura do processo civil, a fim de que a tutela definitiva venha da forma mais rápida possível, independentemente da concessão da tutela antecipatória. É a união da qualidade com a quantidade, tão útil na sociedade de massa.

Desta forma, sugere-se que o Código de Processo Civil adote como procedimento padrão o rito sumário, nos termos em

¹⁶³De igual forma louva-se a inovação: uma vez obtida a conciliação encerra-se a lide. No entanto, diante do panorama realístico e concreto, em que as partes sabem muito bem quanto custa litigar no Judiciário brasileiro e quanto tempo leva-se para obter uma decisão, com riscos de ser inefetiva, conclui-se que o processo é o último recurso, uma vez que a composição restou infrutífera por todos meios e canais. Logo, não seria estranho entender o processo como a conciliação frustrada.

¹⁶⁴É comum verificar nas ações de paternidade o condicionamento da prestação de alimentos à sentença de mérito, salvo nas restritas hipóteses em que há tutela cautelar. Também pode-se acrescentar as ações de separação e divórcio, e também nas demandas de alimentos.

que se encontra estruturado (CPC, arts. 276-281), com a extinção do procedimento ordinário do sistema processual brasileiro.

O rito sumário também seria utilizado nas demandas relativas ao estado e à capacidade das pessoas, uma vez que toda a preocupação em tutelar essas relações jurídicas não se sobrepõe a uma rápida outorga da tutela jurisdicional, com vistas à distribuição e circulação de rendas e bens de consumo.

Para efeitos de especulação, pode-se imaginar a economia dos seguintes atos processuais: prazo para a resposta do réu, prazo para o autor manifestar-se sobre a contestação, prazo para o autor manifestar-se sobre os documentos juntados pelo réu, prazo para a designação de audiência específica para conciliação - que está sempre condicionada à disponibilidade do Juízo - saneamento do processo, início da instrução e prazo para apresentação de quesitos e indicação de assistente técnico. Ora, devido à praxis judiciária, não seria exagero afirmar que esses atos processuais poderiam representar uma economia considerável no tempo gasto com o processo.

Contudo, a admissibilidade do rito sumário como rito padrão do processo de conhecimento prescinde da adaptação com alguns institutos. Explica-se. O instituto da reconvenção será extinto face a adoção da teoria da individualização da causa de pedir, posto que a contestação teria força de ação, bem como em relação à regra do § 1º, do artigo 278, do CPC. Por isso, a reconvenção seria dispensável do ordenamento processual, em razão de outros expedientes, novos e maleáveis.

O mesmo destino dá-se à ação declaratória incidental, de pouca utilidade prática, e cuja finalidade estaria

fundida na própria contestação do réu, face a adoção da teoria da individualização.

Com relação ao instituto da intervenção de terceiros, é racional que passa ser admitido em todas as espécies. Contudo, deverá o juiz velar para que não ocorra abuso na utilização desse instituto, uma vez que poderá provocar distúrbio processual. Por isso, a regra do inciso I, do artigo 280, do CPC, deve ser alterada.

Nesses termos, o procedimento sumário teria a seguinte estrutura formal:

- a) ação, com os requisitos do artigo 282, 283 e 276, do CPC. Eventual pedido de tutela antecipatória ou inibitória - artigo 273, do CPC;
- b) juízo de admissibilidade: indeferimento (CPC, art. 295), emenda (CPC, art. 284), recebimento (CPC, arts. 285 e 277), com eventual concessão de tutela antecipatória ou inibitória (CPC, art. 273);
- c) citação do réu: artigo 221, com observância do prazo mínimo, artigo 277, ambos do CPC;
- d) audiência: eventual participação do Ministério Público e Fazenda Pública;
- e) audiência: obtenção da conciliação, extinção nos termos do § 1º, do artigo 277, do CPC;
- f) audiência: infrutífera a tentativa de conciliação, apresentação da resposta escrita ou oral, com a advertência do artigo 278, do CPC. Eventual arguição de exceção instrumental, suspensão do processo até o julgamento da exceção. Eventual concessão de tutela antecipatória ou inibitória;
- g) manifestação do autor sobre a contestação do réu, saneamento na audiência de instrução: suspensão se necessária a realização da prova pericial;
- h) audiência de instrução: prova oral e realização de demais provas, debates orais ou escritos;
- i) sentença.

Como se percebe, a adoção do rito sumário atenderia não somente aos proclamos de uma justiça célere, como

também atenderia aos interesses de autor e réu, sobretudo a este que teria à sua disposição o exercício pleno de todos os institutos processuais, alguns de forma mais flexível e maleável, como é o caso da reconvenção implícita na contestação.

A celeridade do processo aconteceria, ao menos, com a proximidade do início da fase probatória. Isso sem mencionar as demandas em que se dispensa a realização da prova pericial, como ocorre na maioria dos casos, e que, em poucos meses, se receberia a outorga da tutela jurisdicional em juízo de cognição plena e exauriente.

5.5

A subsunção das normas ao fato

Por herança do positivismo jurídico, constatou-se na dogmática processual a sentença como ato lógico, cujo silogismo sugere como premissa maior a norma legal, o fato como premissa menor e a conclusão como síntese da subsunção do fato à norma.¹⁶⁵ Para Nagib Slaib Filho, subsunção dos fatos à norma define-se como:

“(…) a conexão lógica de uma situação particular, específica e concreta, com a previsão abstrata, genérica e hipotética contida na lei. Na subsunção do fato concreto à norma genérica tem o magistrado amplo campo de ação, embora delimitado pela fundamentação: vige, aí, o princípio *jura novit curia* ou *la cour connait le droit* não se vinculando o magistrado, aí, à alegação das partes - contudo, sua liberdade de julgamento não dispensa a motivação ou fundamentação que, evidentemente, não pode ser vazia, mas

¹⁶⁵ SLAIB FILHO, Nagib. Sentença Cível, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1991, p. 203.

lógica, sequencial e eficaz para a conclusão”¹⁶⁶.

Tal situação, como exposto, decorre da teoria da substanciação da causa de pedir, recepcionada pela doutrina brasileira.¹⁶⁷ Porém, com a redução da área de influência do princípio do dispositivo e da adoção da teoria da individualização, ora propostos, a atuação do juiz será mais elástica, pois buscará a verdade real, isoladamente das formalidades legais, tão combatidas pela doutrina e pela jurisprudência.

Como técnica, a sentença deverá buscar a relação jurídica existente entre as partes, não se permitindo apenas o enquadramento legal dos fatos provados no processo. Mas isto não significa que a sentença poderá versar sobre fatos não provados. O que se pretende é o proferimento da sentença sobre relações jurídicas existentes - entendendo-se aí, provadas.

A teoria da individualização da causa de pedir, auxiliada pelo princípio do inquisitivo, fornecerá ao juiz o instrumental necessário para a investigação do conflito de direitos. Como toda relação jurídica é composta por uma situação fática, o papel do juiz transcenderá a verdade formal para alcançar a verdade real.

Desta forma, percebe-se a preponderância dos fatos - que constituem a relação jurídica invocada pelo autor e pelo réu - sobre a norma legal. Via de consequência, o silogismo da sentença deverá compor, na premissa maior, os fatos constitutivos do direito das partes; na

¹⁶⁶ Nagib ..., ob. cit., p. 206.

¹⁶⁷ Cf. neste capítulo, tópico 5.2 - A adoção da teoria da individualização na causa de pedir.

premissa menor, as normas definidoras do direito; e na conclusão, a subsunção das normas aos fatos constitutivos.

Assim, a subsunção da norma ao fato na sentença inicia uma fase áurea da jurisdição, posto que outorgará ao juiz a missão de identificar todos os direitos existentes na demanda e tutelá-los conforme o ordenamento jurídico. Nesse sentido, percebe-se a transformação da sociedade brasileira, desencadeada pelo Plano Real, agora mantida e impulsionada pela jurisdição à luz da visão crítica. Pois, conforme leciona Luiz Fernando Coelho:

“(...) a Jurisprudência destarte, não somente incorpora a política jurídica, como se vale da ciência política e das demais ciências do homem e da sociedade, não para descrever-lhes os prováveis nexos causais, mas para construir algo melhor do que a realidade presente mostra”¹⁶⁸.

A proposta da subsunção da norma ao fato coaduna-se com toda a estrutura processual que instaura com os novos valores sociais. Para que a jurisdição alcance seus fins sociais, é preciso conferir ao juiz instrumentos necessários para viabilizá-los, sendo a sugestão ora apresentada um desses instrumentais.

5.6

Ampliação dos limites subjetivos da coisa julgada

¹⁶⁸ Luiz Fernando Coelho ..., Lógica ..., p. 336.

Preliminarmente, cumpre destacar que a expressão *ampliação dos limites subjetivos da coisa julgada*, refere-se, na verdade, à questão da *extensão dos efeitos mediatos da sentença a terceiros*. Contudo, por tradição doutrinária, a linguagem jurídica elegeu a primeira expressão, cujo conteúdo e sentido são percebidos, porém, apenas quando se compreende a segunda.

O segundo aspecto relativo à questão da ampliação dos limites subjetivos da coisa prescinde do exame dos postulados dogmáticos da sistemática processual e da doutrina a respeito do tema. O Código de Processo Civil, ao eleger a teoria da substanciação da causa de pedir, deu preferência aos fatos discutidos no processo, como diretor da sentença num julgamento do pedido dentro dos seus limites e entre as partes integrantes. Assim, o comando jurisdicional terá força de lei nos limites da lide decidida (CPC, art. 468), submetendo à coisa julgada todas as alegações e defesa deduzidas, bem como as que poderiam ser deduzidas pelas partes (CPC, art. 474).

Embora o disposto contido no artigo 474, do CPC, seja motivado pela política social ao fito de evitar a eternização da lide, verifica-se que o mesmo se apresenta injusto diante dos fins da jurisdição.

Ovídio A. Baptista da Silva sustenta que o conceito de lide prescrito pelo Código de Processo Civil é um conceito carneluttiano.¹⁶⁹ Nesse sentido, explica o professor gaúcho a regra disposta no artigo 474, do CPC:

¹⁶⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e Coisa Julgada*, 3ª ed., Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 148.

“Para ele, demanda é ‘a lide contida no processo’, a *porção da lide* que o demandante submete ao juiz. As outras *partes* da lide teriam ficado de fora do processo e, nesse caso, não integram a demanda. Daí a conhecida e infável doutrina do que Carnelutti denomina *processo integral*. O processo compreende *todas as questões* cuja resolução constitua um pressuposto da decisão sobre a demanda” (destaques do original).¹⁷⁰

Vê-se, pois, que a regra do artigo 474, do CPC, exprime os fatos não trazidos ao processo e que estão engessados pelos efeitos da *imutabilidade* e *indiscutibilidade* inerentes à coisa julgada material. Tal fenômeno justifica-se pelo princípio do dispositivo, que delimita os limites da lide e o comportamento processual das partes.

Tal é a lição de Ovídio:

“(…) a coisa julgada envolve todas as questões cuja solução seja um pressuposto da decisão final da causa, *estejam elas expressas ou não*, na petição inicial, mas as *questões que não forem invocadas pelo autor ficarão de fora da demanda, embora pertençam à lide*” (destaques do original).¹⁷¹

Assim, num primeiro exame, a regra do artigo 474, do CPC, fundada no princípio do dispositivo, comprime o direito discutido entre as partes, num comportamento processual de inteira responsabilidade das partes, com a presunção legal de que elas estão dispendo seu direito, bem ou mal.

Mas outros pontos devem ser levantados.

Enrico Tullio Liebman, ao expor o reconhecimento doutrinário dos *efeitos* ou

¹⁷⁰ Ovídio A. ..., Sentença ..., p. 157.

¹⁷¹ Ovídio A. ..., Sentença ..., p. 157.

reflexos externos da coisa julgada em relação a terceiros¹⁷², admite expressamente a possibilidade do comando da sentença alcançar terceiros não participantes do processo, nas seguintes condições:

“(...) *a)* o terceiro, que é sujeito de relação praticamente compatível com a decisão pronunciada entre as partes, mas pode sofrer em virtude dela um prejuízo de fato (...) (*terceiros juridicamente indiferentes*); *b)* o terceiro, que é sujeito de relação praticamente incompatível com a decisão, *não deve* (precisamente por força do enunciado princípio jurídico) sofrer em consequência da sentença aquele prejuízo que ela, por exclusão implícita, tenderia a proporcionar-lhe a direito seu (...) (*terceiros juridicamente interessados*)” (destaques do original).¹⁷³

Assim, Liebman agrupa a posição jurídica do terceiro em relação ao comando da sentença em três categorias: *a) terceiros juridicamente indiferentes*, estranhos à relação e sujeitos de relação compatível com decisão, razão pela qual a sentença é juridicamente irrelevante, mas vale como coisa julgada para outrem e pode produzir mero prejuízo de fato; *b) terceiros juridicamente interessados, não sujeitos à exceção de coisa julgada*, pois são os titulares de relação incompatível com a sentença, motivo pelo qual podem desconhecer a coisa julgada que se formou entre as partes; e *c) terceiros juridicamente interessados, sujeitos à exceção de coisa julgada*, pois se encontram subordinados à parte com referência à relação decidida, daí porque os efeitos da coisa julgada podem ser-lhes estendidos.¹⁷⁴

¹⁷² LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e Autoridade da Sentença e outros escritos sobre a coisa julgada, trad. de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, 3ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1984, p. 80-90.

¹⁷³ Liebman ..., Eficácia ..., p. 91.

¹⁷⁴ Liebman ..., Eficácia ..., p. 92.

Já Celso Agrícola Barbi, ao comentar o artigo 65, do CPC¹⁷⁵, afirma a extensão da coisa julgada ao nomeado, para evitar frustração da jurisdição diante dos casos de recusa injusta do réu-nomeado. E explica:

“A fórmula do Código atual, inspirada no art. 323 do Código de Processo Civil de Portugal, é também correta, mas precisa de ser completado o pensamento do legislador, como faz a lei lusitana. Ali dispõe que a nomeação ficam sem efeito e que o processo continuará contra o nomeante, o qual será considerado parte legítima. E a consequência final, segundo o artigo, é que ‘a sentença proferida na causa constituirá caso julgado em relação à pessoa nomeada’. Com isso, evita o legislador luso que o nomeado se escuse falsamente, porque a sentença prevalecerá contra ele”¹⁷⁶.

Por fim, o professor mineiro conclui que a sentença deverá ter força de coisa julgada também contra o nomeado, permitindo a executividade, tanto contra o nomeante quanto contra o nomeado, como forma de evitar a inefetividade da jurisdição por defeito do próprio sistema processual.¹⁷⁷

Já o Código de Defesa do Consumidor concede, em ações coletivas, o benefício da sentença favorável a pessoas não integrantes do processo, quando presentes as hipóteses da coisa julgada *ultra partes*, nos termos do artigo 103, inciso II. Para melhor compreensão, transcreve-se o mencionado disposto legal:

¹⁷⁵ BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. I, t. II, Rio de Janeiro-São Paulo, Editora Forense, 1975, p. 330-334.

¹⁷⁶ Celso Agrícola ..., ob. cit., p. 333.

¹⁷⁷ Celso Agrícola ..., ob. cit., p. 333-334.

“Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada:

.....

II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior¹⁷⁸, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81.”¹⁷⁹

Veja-se, desta maneira, a possibilidade da sentença beneficiar pessoas que não participaram do processo. Pois bem, em face do exposto, é inevitável afirmar que o comando da sentença alcança terceiros, juridicamente interessados ou não. A tese dos limites objetivos da coisa julgada, consagrada pela maioria da doutrina e pelo ordenamento processual, não mais se justifica, até mesmo porque a tendência do sistema processual é de ampliar os limites subjetivos. Inclusive a jurisprudência, ao proteger o terceiro que não integrou a relação processual¹⁸⁰, passa a questionar a garantia social que a coisa julgada fornece, como, por exemplo, nos casos de ações de estado.¹⁸¹

¹⁷⁸ Trata o inciso I do citado artigo: “I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;”.

¹⁷⁹ Refere-se o inciso II, do parágrafo único do artigo 81: “Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: (...) II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

¹⁸⁰ Ementa do acórdão do STJ: “Limites subjetivos. Proteção do terceiro que não integrou a relação processual. Locatária da promissória compradora que teve sua relação obrigacional judicialmente rescindida. Ordem de despejo que viola direito da locatária de não ser desalojada de sua posse sem as garantias do devido processo legal. Mandado de Segurança concedido” (Acórdão publicado na Revista Jurídica, vol. 196, fevereiro/1994, p.90).

¹⁸¹ Eis o acórdão do Tribunal de Justiça do Goiás: “PATERNIDADE - RECONHECIMENTO - NEGATIVA PROVADA POSTERIORMENTE POR DNA - COISA JULGADA - INADMISSIBILIDADE. Afasta-se a alegação de coisa julgada, para ser admitida a ação de negativa de paternidade, quando o autor comprova com a inicial, através do moderno exame de DNA, não ser o pai biológico da requerida, conforme reconhecido anteriormente

Logo, a coisa julgada precisa ser revista, para que seja *re-adequada* aos fins da jurisdição, sobretudo no que se refere à extensão dos efeitos mediatos da sentença a terceiros não participantes do processo.

Com efeito, sob o enfoque crítico, a coisa julgada eleva-se como instrumento para a satisfação da jurisdição, ao perpetuar, através dos efeitos da imutabilidade e indiscutibilidade, a distribuição e circulação de rendas e bens de consumo.

em ação de investigação de paternidade (TJ-GO - Ac. unân. da 3ª Câm. Cív. julg. em 21-9-95 - Agr. 8.938-8/180-Jateú - Rel. Des. Charife Oscar Abrão; in ADCOAS 8148028).

Nota ADCOAS: Colhe-se do voto do Relator: "Consta dos autos que o agravado foi chamado a juízo a fim de responder ação declaratória de paternidade e, ao final, através do acórdão por mim relatado foi à unanimidade de votos desta Câmara, reconhecido como pai. Esta decisão foi submetida ao crivo do Superior Tribunal de Justiça, o qual não conheceu do recurso. Decorridos quase quatro anos do último julgamento, supra-referido, o agravado ajuizou a presente ação ordinária de negativa de paternidade, cumulada com nulidade de registro civil, em desfavor da agravante, a qual foi saneada em longa decisão, objeto deste agravo. Afirma o juiz monocrático, com razão, 'que entre as Partes tem-se res iudicata absoluta, refratária até a um pedido rescisório' No entanto, a ação de onde promana o ato agravado foi ajuizada com base em um exame altamente moderno e de resultado inquestionável, posto que 'o exame de DNA permite uma resposta definitiva que exclui a suposta paternidade ou comprova a mesma (inclusão de paternidade). Isto é possível porque cada pessoa possui um conjunto único de informações genéticas herdadas de seus pais biológicos' (grifei - f. 37). E referido exame concluiu, diante da investigação do vínculo genético de filiação, realizado entre os protagonistas do feito, que 'o agravado não é pai biológico da agravante'. Ayush Morad Amar preleciona: 'A identificação genética do DNA constitui valiosíssimo recurso na distribuição da justiça rápida e justa, possibilitada mediante considerável economia de tempo e dinheiro. Por um lado, todos os anos, a renúncia ou a recusa da responsabilidade parental provoca ajuizamento de milhares de investigações no liame genético, que representam pesado fardo para o erário público, comprometendo, pela saturação que acarretam, a própria Justiça. ...omissis... ." 'Grande parte do problema da identificação de indivíduos funda-se na existência de um único teste que seja, ao mesmo tempo, simples, rápido e exato. Os sistemas sangüíneos convencionais apenas excluem o liame genético. O mais sofisticado deles, o HLA (sistema de histocompatibilidade humana) pode apresentar probabilidade de exclusão até superior a 90%, mas, com freqüência, isto não é suficiente. Paternidades estabelecidas com elevadíssima probabilidade (até superior a 99%), juntamente com outros sistemas de grupos sangüíneos convencionais, têm sido excluídas, de maneira categórica e insofismável mediante o simples estudo dos padrões de DNA dos envolvidos..., (grifei). É bem verdade que o exame a que se submeteu a agravante, sua mãe e o agravado não foi feito sob o crivo do contraditório, com a nomeação ou indicação de peritos pelas partes (art. 421, § 1º, CPC). No entanto, ele constitui 'um indício de prova que não há como ser refutado. Ora, a Justiça não pode se omitir diante de um fato dessa natureza. Se dúvida existe, não há como não se colocar novamente a matéria em discussão. Ainda mais se se considerar o fato que a prova científica agora apresentada é inegavelmente superior àquela primeira - testemunhal - e apresenta conclusão diversa desta, com certeza em torno de 99%."

No entanto, para a realização concreta dos fins da jurisdição, é preciso que sejam reformuladas normas do Código de Processo Civil, para admitir os limites subjetivos da coisa julgada.

Com as propostas apresentadas neste trabalho, sobretudo ao incremento do princípio do inquisitivo e da teoria da individualização da causa de pedir, o juiz deixa de ser mero *espectador* e se torna *investigador dos direitos das partes*. Daí a necessidade de mudanças de ordem técnica. Como a sentença deverá ater-se à descoberta de direitos, o seu comando incidirá sobre os direitos por ela reconhecidos, e, conseqüentemente, versará sobre relações jurídicas.

Ora, várias pessoas integram várias relações jurídicas simultâneas, cujos efeitos são conexos e surgem como reação em cadeia. Assim, torna-se inevitável admitir os limites subjetivos da coisa julgada. Conseqüentemente, a regra do artigo 472, do CPC, deve ser reformulada, determinando que a sentença faz coisa julgada entre as partes às quais é dada, beneficiando terceiros, tal como se dá nas restritas hipóteses do artigo 103, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor.

Em contrapartida, garante-se ao terceiro prejudicado o direito de se opor aos efeitos mediatos da sentença e à própria coisa julgada, pela qual deverá demonstrar, *initio litis*, fato novo, inexistência de direito da parte beneficiada ou existência de direito, seu oposto, ao vitorioso no processo.

Esse expediente processual se denominaria *exceção de terceiro* e teria como finalidade desfazer os efeitos mediatos da sentença em relação ao terceiro, devendo ser processado perante o

juízo da causa principal. Será admissível a intervenção de terceiros. Porém, a presença da parte derrotada no processo principal somente se fará como assistência simples, ao fito de manter a sentença proferida contra ele no processo de que participou.

Nestes termos, a ampliação subjetiva da extensão dos efeitos mediatos da sentença atenderia à dinâmica social que precisa ser retratada nas atividades jurisdicionais, porém, sem despir o terceiro do direito de se defender da pretensão de uma das partes ou de uma sentença desfavorável.

5.7

Revisão dos procedimentos recursais

Por derradeiro, o presente trabalho identifica algumas falhas no procedimento recursal, sobretudo nos pressupostos objetivos para a admissibilidade do recurso, introduzidos pela “míni-reforma” processual, razão pela qual são apresentadas propostas para revisão do procedimento dos recursos.

O preparo como pressuposto objetivo para admissibilidade do recurso deve ser extinto do sistema processual (CPC, art. 511) por três razões, a saber: a) torna-se incompreensível, na sociedade moderna, o tribunal deixar de conhecer um recurso por falta de preparo, uma vez que, provavelmente, a demanda recorrida versa sobre valor acima do valor das custas oriundas do recurso; b) quando a moderna sociedade pugna pelo consumo, não se justifica pagar duplamente pelo mesmo serviço que é a

prestação da tutela jurisdicional; c) compatível com a proposta da oficialização dos cartórios, em busca de uma Justiça barata, o preparo de recurso torna-se obsoleto e inconciliável.

Assim, propõe-se a extinção do preparo como pressuposto objetivo para interposição do recurso, razão pela qual a regra do artigo 511, do CPC, deve ser modificada.

Já o recurso de agravo de instrumento teve seu procedimento modificado pela “míni-reforma” do Código de Processo Civil, apresentando a interposição do recurso perante o tribunal competente (CPC, art. 524) como uma de suas novidades.

Tal medida, a despeito de otimizar maior celeridade e dinâmica ao processo, não propicia acesso ao duplo grau de jurisdição aos litigantes que residem em comarcas muito distantes da sede do tribunal. A distância, às vezes acrescida da miserabilidade econômica da parte, torna-se empecilho para acionar o duplo grau de jurisdição.

Assim, é preciso rever o disposto sobre o recurso de agravo de instrumento, no artigo 524, do CPC, relativo tanto a interposição, como ao oferecimento das razões e contra-razões, oriundos de comarcas distantes, ao fito de serem protocolados no juízo processante e posteriormente enviados ao tribunal por correspondência postal.¹⁸²

¹⁸² A modificação do procedimento do recurso de agravo de instrumento foi aplaudida pela dogmática processual como meio de abreviar o tempo do processo, em razão do regime anterior do recurso de agravo. Louvável a medida. Porém, penaliza os litigantes de comarcas distintas e que ainda não possuem o protocolo integrado, posto que, tanto a interposição do recurso quanto o protocolo das contra-razões deverão ser feitos diretamente no Tribunal competente, o que representa maior onerosidade ao litigante. Posturas como essa deveriam ser adotadas de acordo com a realidade dos “consumidores” dos serviços forenses e conforme o sistema processual. Tal inovação trazida pela “míni-reforma” é louvável, mas peca por desequilibrar a situação dos demandantes.

Capítulo VI

O Processo de Execução à luz da Teoria Crítica

Sumário: 6.1 Satisfação do direito como instrumento de política social. 6.2 Ideologia do Processo de Execução. 6.3 Novas tendências. 6.4 Do Princípio da Substancialidade dos contratos bancários. 6.5 Da reformulação do instituto da Fraude Contra Credores. 6.6 Da reformulação do procedimento. 6.7 Dos meios de coação para a efetividade da tutela jurisdicional.

6.1

**Satisfação do direito como
instrumento de política social**

A noção de satisfação no plano jurídico-social revela a transformação empírica da *re-adequação* de uma situação fática para a situação jurídica.¹⁸³

Essa *re-adequação* dá-se no plano fático quando ocorre atendimento aos preceitos jurídicos previamente determinados, que, no sistema jurisdicional brasileiro, estão assentados nas *tutelas declaratória, constitutiva, desconstitutiva, condenatória, mandamental, executiva em sentido amplo e cautelar*.

Dessas tutelas, destaca-se para efeito deste trabalho, a *condenatória*, pois, além de constituir a imensa maioria dos casos, é a que imediatamente faz distribuir e circular rendas e bens de consumo. Cândido Rangel Dinamarco, ao escrever sobre a função pacificadora do processo de execução, esclarece que:

“Grande parte dos conflitos que envolvem as pessoas expressam-se pela pretensão de um sujeito ao apossamento de um bem, resistida pelo outro sujeito. Conflitos dessa ordem só estarão eliminados, e talvez pacificados os sujeitos, quando o primeiro obtiver efetivamente o bem a que almeja, ou quando definitivamente ficar declarado que não tem direito a ele.

Isso quer dizer que a função estatal pacificadora só se considera cumprida e acabada quando um desses resultados tiver sido obtido. Enquanto perdurar a insatisfação do credor, mesmo tendo sido reconhecido como tal, o conflito permanece e traz em si o coeficiente de desgaste social que o caracteriza, sendo também óbice à felicidade da pessoa.

Assumindo a missão de executar julgados e títulos extrajudiciais, ao longo dos tempos o

¹⁸³ Cf. Carnelutti, *Instituciones* ..., v.I, p. 75-81.

Estado procurou com isso chegar mais perto do exaurimento de seu dever de pacificação social”¹⁸⁴.

Assim, a idéia da pacificação social exige a transformação empírica dos direitos, constituídos em sentenças ou títulos extrajudiciais. Mas, no aspecto social, a desejada pacificação social somente irá ocorrer com a satisfação dos fins jurisdicionais. Conforme exposto anteriormente¹⁸⁵, um dos elementos integrantes da visão crítica da jurisdição é a *satisfação*, que, por sua vez, exige a presença de dois fatores: *efetividade* e *satisfação* propriamente dita.

O fator *efetividade* exige a presença de instrumentos viáveis para garantir a realização do comando jurisdicional. Já o fator *satisfação* sobreleva a realização concreta da pretensão dos litigantes. O primeiro fator é meio; o segundo, finalidade.

Logo, a satisfação de um direito prescinde de meios para realizar concretamente os fins da jurisdição, para, numa etapa posterior, a transformação empírica. Assim, a satisfação do direito passa a ter importância político-social na realização concreta da jurisdição, seja por fazer respeitar os comandos do Estado-juiz, seja por fazer distribuir e circular rendas e bens de consumo, que representariam o desenvolvimento econômico necessário para impulsionar transformações sociais visadas no artigo 3º da Constituição Federal.

¹⁸⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*, 5ª ed., São Paulo, Editora Malheiros, 1997, p. 98.

¹⁸⁵ Cf. Capítulo IV - O Referencial Crítico da Jurisdição, tópico 4.2 - Jurisdição sob a ótica crítica.

Mas só isso não basta. É preciso municiar o processo de execução com meios para realizar os fins sociais da jurisdição.

6.2

Ideologia do Processo de Execução

O processo de execução passou por diversas fases e experiências, até atingir estruturação atual, em que considera *humanismo, estatalidade, a concepção do título executivo e respeito ao patrimônio do devedor* como valores máximos.

Tais valores, que bem caracterizam a influência do liberalismo, ainda estão em formação e desenvolvimento, como se verá adiante. Porém, é preciso fazer uma breve síntese histórica para verificar sua evolução e compreensão.

A consciência de que o Estado, na execução forçada, irá agredir o patrimônio do devedor a fim de satisfazer o direito do credor remonta ao direito antigo, quando a execução não passava de mera vingança pessoal do credor contra o devedor.

O direito romano, no período da *legis actiones* (vigente até o Século II a.C.), não havia distinguido a diferença entre o patrimônio do devedor e a sua pessoa. A execução corporal, quando não resultava no retalhamento do corpo, representava a redução do devedor à condição de escravo. Mesmo após a cristianização do direito romano, quando a execução deixou de ser corporal para recair sobre o patrimônio, ainda assim a pessoa do devedor era por ela atingida, porque também apresentava a sua face

penal, através da *infâmia*. Com a execução dirigida exclusivamente ao patrimônio do devedor, ainda persistiam exageros, pois a constrição incidia sobre todo o patrimônio do devedor mesmo que tivesse valor inferior e também por inexistir o direito de defesa do devedor e a mínima interferência do pretor.¹⁸⁶

Já no período da *actio iudicati*, quando o processo se desenvolvia perante o *iudex*, ainda não se conhecia uma *actio* de natureza executiva, mas somente atos executivos que não divergiam do processo cognitivo. Em síntese, havia a notificação prévia do vencido (*editio formula*), citação (*in ius vocatio*) e comparecimento de ambos os interessados diante do magistrado, com as respectivas *postulationes*, tudo para que se reavivassem os fatos ocorridos.¹⁸⁷

Nessa fase, a execução pessoal somente aconteceria se o patrimônio do devedor fosse insuficiente para a satisfação do credor. Assim, a execução dirigida contra os bens do devedor se realizava da seguinte maneira:

“O pretor, investido de seu *imperium*, ordenava a *missio in possessionem*, mais especificadamente, a *missio in bona rei servande causa*, autorizando o credor a se imitar na posse da totalidade do patrimônio do devedor. Tratava-se, destarte, de um meio eficaz de coação da vontade, destinado a compelir o devedor recalcitrante ao pagamento, tendo em vista os danos resultantes da sua recusa em adimpli-lo”.¹⁸⁸

Nesta fase também se destacava o caráter privatístico do processo, no qual o comportamento do credor não se limitava a

¹⁸⁶ Cf. Cândido ..., ob. cit., p. 29-49.

¹⁸⁷ José Rogério ..., *Lições de História* ..., p. 132.

¹⁸⁸ José Rogério ..., *Lições de História* ..., p. 134.

ultimar a execução, mas também a alcançar bens móveis, imóveis e eventuais direitos do devedor.¹⁸⁹

No período da *extraordinaria cognitio*, cai em desuso o procedimento da *venditio bonorum*, isto é, da alienação de todos os bens do devedor para a satisfação do credor. Inovou-se a execução com a introdução da penhora de bens, com preferência por móveis e semoventes, depois por imóveis e direitos - *pignus ex causa iudicati captum*. Neste período, encontrou-se o antecedente mais remoto da moderna expropriação forçada, na visão dos professores José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo.¹⁹⁰

No início da Idade Média, o direito de alguns povos ainda distinguia a responsabilidade civil da penal, razão pela qual o devedor ainda respondia por seus atos com sua (própria) pessoa, o que por si só já era um atraso em relação ao direito romano da fase da *extraordinaria cognitio*.¹⁹¹

Contudo, o que realmente se destaca, na Idade Média, é o surgimento do título executivo, oriundo do aparecimento da letra de câmbio, que poderia ser executada nos mesmos termos que a sentença. Explica Cândido Rangel Dinamarco:

“Essa é a história do nascimento do título executivo. Obtida a sentença, a letra de câmbio, o reconhecimento do direito em juízo ou a confissão perante o *judex chartularius*, podia o credor promover a execução forçada em juízo, apresentando simplesmente o documento probatório do título. O magistrado, depois de fazer uma verificação

¹⁸⁹ José Rogério ..., *Lições de História* ..., p. 133-134.

¹⁹⁰ José Rogério ..., *Lições de História* ..., p. 148-150.

¹⁹¹ Cândido ..., *Execução* ..., p. 52.

meramente formal (*an judicatum sit*), expedida um *mandatum seu praeceptum de solvendo* e iniciativa a invasão patrimonial em caso de recalcitrância do devedor”.¹⁹²

Com o início da Idade Moderna, sobretudo após a concepção do Estado de Direito e a fase da codificação do direito, o processo de execução passou a ser estatizado, conduzido pelo Poder Judiciário.

Já na Idade Contemporânea, o processo de execução é marcado pelo respeito ao corpo do devedor e ao seu interesse pessoal, seja em razão das limitações legais (CF, art. 5º, XXVI, CPC, art. 649 e Lei nº 8.009/90), seja em razão da política dos direitos humanos e do bem-estar social. Tanto que, por estipulação legal, a execução deverá ser feita de maneira menos gravosa para o devedor (CPC, art. 620).

Porém, essa foi uma visão dogmática e histórica do processo de execução. No entanto, diante de uma visão crítica, o processo de execução é visto como uma forma violenta de o Estado expropriar os bens do devedor. Também é preciso criticamente verificar que a figura de credor nem sempre está associada à licitude, mas que a dogmática não consegue superar e identificar formas de combate à ilegalidade no processo de execução, face à situação de aparência que o ordenamento jurídico confere, com o assentimento da jurisprudência.

É sabido, através da história, que o processo de execução passou a ser considerado **humanitário** quando deixou de recair sobre a pessoa do devedor para incidir somente sobre o seu patrimônio

¹⁹² Cândido ..., Execução..., p. 59.

(CF, art. 5º, LXVII), **estatal**, pois é dirigido pelo Estado por iniciativa da parte interessada, **fundada em título executivo**, para dar maior segurança às partes, sobretudo ao devedor, e o **respeito ao patrimônio do devedor**, com a limitação legal da expropriação de determinados bens.

Contudo, esse é o moderno processo de execução que evoluiu em relação aos procedimentos antigos. Porque, considerado em si mesmo, *o moderno processo de execução não passa de um discurso legitimado pelo Estado da violência contra a pessoa e os bens do devedor.*

Essa violência detecta-se desde a origem da composição da dívida ou nos meios usados para sua cobrança, uma vez que o sistema processual prefere prestigiar uma situação de aparência - títulos formais. Com relação à formação do título executivo extrajudicial, percebe-se a superação da forma sobre o conteúdo, sobretudo em relação às operações financeiras e onde há concessão de crédito - síntese da sociedade massificada e que constitui uma parcela considerável dos casos - previsto no artigo 585, inciso II, do CPC.

A práxis mostra que nas relações travadas com entidades financeiras, o devedor se vê lesado em seus direitos, desde a constituição da dívida, seja com a imposição de regras contratuais, com juros abusivos e ilegais seja com a cominação de multas e encargos, que acabam por sobrecarregar suas possibilidades econômicas. Na seqüência, são lançados aleatoriamente débitos em sua conta, sem qualquer prévia especificação ou orçamento dos custos dos encargos financeiros, mas que admitidos face a “concordância tácita” do devedor. Nessa situação de lançamentos de débitos-

créditos, o executado permanece como do “eterno devedor” e o exequente na cômoda posição do “eterno credor”.

Como se não bastasse, quando esgotadas as disponibilidades financeiras para honrar com os débitos lançados, o devedor ainda sofre a expropriação de seus bens, para responder por um saldo devedor excessivamente oneroso, cuja dívida já foi paga várias vezes, mas na qual as regras dos “juros de mercado” sempre encontram uma pendência. Contudo, a norma processual contempla este nefasto instrumento de ilegalidade num título executivo hábil a movimentar a máquina judiciária e, sob a astuta da legitimidade e império estatal, constriar e expropriar o patrimônio do devedor.

É preciso que o Direito modifique essa situação, na qual há um verdadeiro parasitismo no setor produtivo. Nesse sentido, as palavras de Lenice Silveira Moreira:

“Dentre as principais causas da falência do sistema produtivo nacional, encontram-se as altas taxas de juros exigidos nos financiamentos às atividades agrícolas, comerciais e industriais, que tornam inviável o pagamento da dívida, precipuamente quando ocorrida a inadimplência. Em tal hipótese, o sistema produtivo trabalha unicamente para transferir lucros ao Sistema Financeiro, este atrelado a crescente necessidade de caixa do governo”.¹⁹³

Como se não bastasse, sob a vênia do Estado, permite-se às instituições financeiras criar banco de dados dos devedores - Serasa e SPC - e intercomunicar às demais instituições de fomento econômico, impedindo o devedor de obter auxílio financeiro num momento

¹⁹³ MOREIRA, Lenice Silveira. A onerosidade excessiva das taxas de juros e demais encargos cobrados pelas instituições financeiras, artigo publicado na Revista IOB de Jurisprudência, nº 8/97, Caderno 3, p. 150, [s.l.] [s.n.].

econômico difícil. Ora, se a execução arcaica recaía sobre o corpo do devedor, a execução moderna continua penalizando a pessoa do devedor, através de uma *infâmia* requintada, atingindo precisamente seu nome, sua honra e seu crédito. Num sistema capitalista, os efeitos mediatos são os mesmos que a constrição patrimonial.

Então, que diferença há entre os dois processos, separados por mais de mil anos de história ? É a velha sina: quem em pecado incorre, em pecado continuará ...

Nesse sentido, verificam-se ainda resquícios da pena corporal da execução arcaica, ou seja, a prisão civil do depositário infiel como meio de coação para que restitua a coisa depositada ou pague o equivalente em dinheiro (CF, art. 5º, LXVII, segunda parte). Assim, o devedor será preso se não saldar a dívida do contrato de alienação fiduciária em garantia ou algo que apresente esta cláusula.

Ademais, se o devedor pretender opor embargos à execução para discutir a dívida ou qualquer outra matéria pertinente (CPC, arts. 741 e 745) deverá, após ter seu patrimônio penhorado, adiantar custas para demonstrar eventual ilegalidade na execução ou na composição da dívida. Ora, face à onerosidade das custas, taxas processuais e honorários, os embargos passam a ser inviáveis economicamente, sem falar da viabilidade jurídica, posto que se presume ser o devedor um mal pagador que está apenas protelando a satisfação do direito do credor.

Percebe-se ainda que, apesar da execução moderna ser estatizada, o credor manipula a expropriação dos bens do devedor conforme seu interesse, consoante regra do artigo 656, do CPC, ou de

a jurisprudência admitir a investigação dos bens do devedor em repartições públicas.¹⁹⁴

Neste compasso, a jurisprudência mantém essa situação ao conferir inaplicabilidade ao limite constitucional dos juros de 12% ao ano¹⁹⁵; não reconhecer os contratos bancários como relação de consumo¹⁹⁶; contentar-se com o princípio do *pacta sunt servanda* como regra na formação e cálculo da dívida bancária para rejeitar a prova pericial¹⁹⁷ e por admitir a prisão civil do devedor em contrato bancário no qual é considerado depositário¹⁹⁸.

Assim, diante de um exame crítico, a *humanização da execução* deve ser entendida como a conscientização de que a dívida não tem por objeto o corpo do devedor. Falar em *estatalidade da execução* significa que o Estado, através do Poder Judiciário, está legitimado a violentar o patrimônio do devedor; mencionar a existência de prévio *título executivo* significa que a execução somente se dará num título formal, valendo por si as regras inseridas, ainda que não sejam livres e bilateralmente pactuadas; e referir-se ao *respeito ao patrimônio do devedor* significa que existem regras previamente estipuladas para a sua expropriação.

Desta forma, torna-se inegável que a ideologia do processo de execução se apresenta como um requintado *discurso*

¹⁹⁴ Cf. acórdão do 2º TACivSP: “EXECUÇÃO - Localização de bens e contas bancárias do devedor - Requisição judicial dessas informações às autoridades administrativas - Admissibilidade” (RT 731/360).

¹⁹⁵ Entre outros, TAPr., 2ª CCiv., DJ de 12/09/97, p. 51; 3ª CCiv., DJ de 12/09/97, p. 72.

¹⁹⁶ TAPr., 2ª CCiv., DJ de 12/09/97, p. 51; 5ª CCiv., DJ de 12/09/97, p. 87-88.

¹⁹⁷ TAPr., 4ª CCiv., DJ de 03/10/97, p. 115.

¹⁹⁸ Entre outros, TAPr., 5ª CCiv., DJ de 09/05/97, p. 63 e 7ª CCiv., DJ de 11/04/97, p. 169.

jurídico da violência à pessoa do devedor e ao seu patrimônio legitimado pelo Estado. É o liberalismo na sua forma selvagem.

É preciso repensar a conduta legitimada pelo Estado para satisfazer o direito do credor, pois da forma como está estruturado propicia a concentração de riquezas e desfecha o amorfismo econômico das classes desprivilegiadas.

Não se especula proibir a cobrança de créditos por instituições financeiras ou fazer do devedor uma vítima do sistema. O que se pretende é equilibrar a relação credor-devedor, permitindo ao Poder Judiciário maior flexibilidade quanto ao conhecimento da formação do débito e cobrança da dívida. Combate-se a formalidade de como é tratado o título executivo, bem como as regras que o formam. Para tanto, sugere-se uma reforma estrutural no processo de execução.

6.3

Novas tendências

Como visto, a simples outorga da tutela jurisdicional não significa necessariamente a satisfação do direito. A própria noção de satisfação - *efetividade* e *satisfação propriamente dita* - revela uma transformação empírica. Por isso, a jurisdição precisa ampliar seus horizontes, para traduzir o direito reconhecido ao bem da vida perseguido. Em outras palavras, efetivar o direito reconhecido, para que haja a circulação e distribuição de rendas e bens de consumo.

Diante dessa situação, a doutrina vem criando meios para que juízes e legisladores consigam a efetivação de direitos, cumprindo seu papel de fonte do direito, que passam a ser examinadas.

O jurista italiano Michele Tarufo, ao escrever sobre a efetividade da sentença condenatória, argumenta que o artigo 24, da Constituição Italiana (com redação semelhante ao artigo 5º, XXXV, da Constituição brasileira) estipula a tutela jurisdicional como o exercício do direito de agir em juízo. Por consequência, questiona os mecanismos legais existentes no ordenamento italiano, que podem representar na inadequação da tutela e na inefetividade da tutela por falta de adequado instrumento coativo.¹⁹⁹

Especificadamente sobre a tipicidade da tutela executiva, salienta Michele Tarufo que:

“A questão provavelmente não sugeria, formulada em conclusão diversa, se o ordenamento previsse um sistema *completo* para a execução coativa (direta ou indireta, mas esse ponto vai mais além) da providência condenatória”.²⁰⁰

Em face da ausência de meios legais e coativos para efetivação da sentença condenatória, Michele Tarufo teme a ofensa da garantia constitucional da tutela jurisdicional, representando a sua inefetividade.²⁰¹ Para tanto, apresenta como proposta a aplicação de multa diária como meio de coação para cumprimento da obrigação:

“Por mais, isto somente tem a constatar que o ordenamento vigente é particularmente

¹⁹⁹ TARUFO, Michele. Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione, Revista di Diritto Privato, 1986, p. 635-651.

²⁰⁰ Michele ..., ob. cit., p. 649. Do original: “La questione probabilmente non sorgerebbe, o andrebbe formulata in termini diversi, se l'ordinamento prevedesse un sistema *completo* per l'esecuzione coattiva (diretta o indiretta, ma questo punto verrà discusso più oltre) dei provvedimenti di condanna”.

²⁰¹ Michele ..., ob. cit., p. 650.

pobre sobre o plano da forma de coerção indireta, e por consequência a solicitar a intervenção do legislador, mas não pode induzir a negar ou subavaliar a exigência de um adequado sistema de medida coercitiva. Melhor, a obediência à técnica consiste na imposição de sanção penal, sem preferir puramente a técnica consistente na previsão da sanção pecuniária para a inexecução da condenação, durante várias razões, ainda a tradição histórica, posso justificar solução inspirada no modelo francês do *astreinte*, melhor que o modelo alemão do *Gelstrafen*".²⁰²

E adiante esclarece:

“Não parece contra que vi sem razão por admitir a medida coercitiva somente quando não seja possível o emprego de alguma forma de execução direta. Ao contrário, o *astreinte* pode desenvolver uma função essencial ainda quando seja possível a execução em forma específica, não somente e não tanto porque esse comportamento compõe um reforço da tutela coativa, mas sobretudo porque, induzindo ao adimplemento voluntário, poderia evitar o recurso à execução direta, com a consequência negativa que esta questão comporta seja para o devedor seja para o credor”.²⁰³

²⁰² Michele ..., ob. cit., p. 663. Do original: “Peraltro, ciò porta soltanto a constatare che l’ordinamento vigente è particolarmente povero sul piano delle forme di coercizione indiretta, e por conseguenza a sollecitare interventi del legislatore, ma non può indurre a negare o a sottovalutare l’esigenza di un adeguato sistema di misure coercitive. Piuttosto, le obiezioni alla tecnica consistente nell’imposizione di sanzioni penali portano a preferire nettamente la tecnica consistente nella previsione di sanzioni pecuniarie per l’inesecuzione della condanna, mentre vaire ragioni, anche di tradizione storica, possono giustificare soluzioni ispirate al modello francese dell’*astreinte*, piuttosto che al modello tedesco delle *Geldstrafen*”.

²⁰³ Michele ..., ob. cit., p. 665. Do original: “Non pare invero che vi siano ragioni per ammettere le misure coercitive solo quando non sia possibile l’impiego di alcuna forma di esecuzione diretta. Al contrario, l’*astreinte* può svolgere una funzione essenziale anche quando quando sia possibile l’esecuzione in forma specifica, non solo e non tanto perché essa comporterebbe un rafforzamento della tutela coattiva, ma soprattutto perché, inducendo all’adempimento volontario, potrebbe evitare il ricorso all’esecuzione diretta, con le conseguenze negative che questa comporta sia per il debitore che per il creditore”.

Prosseguindo com a doutrina italiana, Giuseppe Tarzia propôs recentemente uma ampla mudança no processo civil italiano, com destaque para as seguintes alterações ao título executivo:

“Revisão da disciplina do título executivo segundo os seguintes princípios: a) extensão da eficácia do título executivo a todos títulos de crédito que tem o objeto soma de dinheiro, e também aos atos públicos e à escritura privada autenticada por obrigação de pagamento, entrega ou perdão sobre esse conteúdo; com limitação da necessidade de oposição da fórmula executiva aos atos públicos e à escritura privada autenticada; b) extensão da eficácia do título executivo aos sucessores a título universal ou particular da parte, subordinada à prova escrita da sucessão; c) abolição do dever de perdão de débito de poder copiar o título judicial, quando o ato esteja já notificado à mesma parte; d) abolição da prévia citação do título executivo judicial, quando o ato este já notificado à mesma parte; e) atribuição do poder de suspender a eficácia do título executivo, com ou sem caução, seja ao juízo de oposição ao preceito seja ao juízo diante do qual é impugnado o título executivo extrajudicial”.²⁰⁴

Assim, Giuseppe Tarzia pugna pela: a) extensão da eficácia de título executivo a todos os títulos de crédito que consagram a obrigação de dar dinheiro, bem como aos atos públicos e escritura

²⁰⁴ TARZIA, Giuseppe. Per la revisione del Codice di Procedura Civile, Rivista di Diritto Processuale, n° 4, Milani, Cedam, 1996, p. 959. Do original: “Revisione della disciplina del titolo esecutivo secondo i seguenti principi: a) estensione dell’efficacia di titolo esecutivo a tutti i titoli di credito aventi ad oggetto somme di danaro, nonché agli atti pubblici e alle scritture private autenticate per le obbligazioni di pagamento, consegna o rilascio in essi contenute; con limitazione della necessità di opposizione della formula esecutiva agli atti pubblici e alle scritture private autenticate; b) estensione dell’efficacia del titolo esecutivo ai successori a titolo universale o particolare delle parti, subordinatamente alla prova scritta della successione; c) abolizione del divieto di rilascio di più copie del titolo giudiziale, quando l’atto sia già stato notificato alla stessa parte; d) abolizione della previa notificazione del titolo esecutivo giudiziale, quando l’atto sia già stato notificato alla stessa parte; e) attribuzione del potere di sospendere l’efficacia del titolo esecutivo, con o senza cauzione, sia al giudice dell’opposizione al precetto sia al giudice davanti al quale è impugnato il titolo esecutivo stragiudiziale”.

particular que determinam a obrigação de dar, com limitação de impugnação pelo devedor à fórmula do título; *b*) extensão da eficácia do título executivo ao sucessor do título universal ou particular; *c*) abolição do dever de fazer mais cópias de títulos executivos; *d*) abolição da prévia citação do título executivo judicial; e *e*) atribuição do poder de suspender a eficácia do título extrajudicial, com a cominação da prestação de caução em face das alegações deduzidas pelo devedor.²⁰⁵

Pela doutrina brasileira, Luiz Guilherme Marinoni defende a execução imediata da sentença, através de uma revisão dos termos do artigo 520, do CPC, e da admissibilidade da efetividade da jurisdição, via tutela antecipatória, em juízo de cognição sumária.²⁰⁶

A postura do processualista paranaense dá-se pelos seguintes motivos:

a) o autor que já teve o seu direito declarado não pode ser prejudicado pelo tempo do recurso que serve unicamente ao réu.

Assevera Marinoni que o autor não é obrigado a suportar o tempo do processamento do recurso, posto que sua demora somente interessaria ao réu que não tem razão. A morosidade do processamento do recurso pode provocar um dano marginal aos interesses do

²⁰⁵ Giuseppe ..., ob. cit., p. 1000-1002.

²⁰⁶ Esclarece Marinoni: “Se é possível a antecipação, mediante cognição sumária, dos efeitos da sentença, não há razão para não se admitir a antecipação, através da execução imediata da sentença e de cognição exauriente, dos mesmos efeitos” (Luiz Guilherme ..., Tutela Antecipatória ..., p. 185).

autor, visto que durante todo esse tempo, o bem ou o capital esteve em mãos do réu. Assim:

“O dano que é imposto àquele que reivindica o bem e o benefício que é gerado à parte que o mantém indevidamente no seu patrimônio são proporcionais à demora da justiça. É exatamente por isto que o atual processo civil brasileiro é um ótimo negócio, ou um excelente investimento econômico, para o réu que não tem razão”.²⁰⁷

b) direito à tempestividade da tutela jurisdicional e a necessidade de evitar o abuso do direito de recorrer.

Afirma Marinoni que a sentença recorrida é, em termos gradativos, um juízo de certeza acima da tutela antecipatória. No entanto, torna-se ilógico afirmar a efetividade da tutela antecipatória e coibir a execução imediata da sentença recorrida. Logo:

“A execução imediata da sentença, de fato, é imprescindível para a realização do direito constitucional à tempestividade da tutela jurisdicional. A regra da execução imediata da sentença, equilibrada pela possibilidade de suspensão da execução, encontra o seu fundamento na necessidade de conciliar a segurança, derivada do direito ao recurso, com a tempestividade da tutela jurisdicional, necessária para a realização concreta do direito de ação, assegurado pelo art. 5º, XXXV, da Constituição da República”.²⁰⁸

²⁰⁷ Luiz Guilherme ..., Tutela Antecipatória ..., p. 188.

²⁰⁸ Luiz Guilherme ..., Tutela Antecipatória ..., p. 190.

E como medida prospectiva, sustenta Marinoni a atuação do legislador a nível infraconstitucional para que, racionalmente, distribua o tempo do processo.²⁰⁹

Por fim, a tese de Marinoni adequa-se completamente ao admitir a possibilidade de o tribunal recursal suspender total ou parcialmente os efeitos da sentença recorrida que instrumentaliza a execução. Eis o fundamento:

“É importante distinguir, ainda, a suspensão total da parcial. Ao admitirmos a suspensão parcial, privilegiamos a efetividade do processo, já que ela possibilita uma melhor elaboração do conflito entre o direito à tutela imediata e o direito à suspensão da tutela imediata.

Note-se que o juiz pode receber o recurso no efeito suspensivo para impedir o início da tutela executiva de parcela de um direito (obrigação de pagar soma em dinheiro, por exemplo) ou mesmo de um dos direitos reconhecidos pela sentença (hipótese de cumulação de pedidos).

O tribunal, depois de recebido o recurso, também pode obstar o início da tutela executiva de parcela do direito ou de um dos direitos reconhecidos pela sentença. Se a execução já iniciou, o tribunal poderá suspender parcialmente a execução”.²¹⁰

Para a suspensão total ou parcial dos efeitos da sentença recorrida que instrumentaliza a execução, é preciso reunir os “relevantes motivos” autorizadores que, segundo o professor paranaense, são: a)

²⁰⁹ Luiz Guilherme ..., Tutela Antecipatória ..., p. 200.

²¹⁰ Luiz Guilherme ..., Tutela Antecipatória ..., p. 207.

*um risco de dano não justificável em face do dano que pode ser imposto ao autor; e b) que o recurso possa ter êxito.*²¹¹

Luiz Rodrigues Wambier, professor da Universidade Estadual de Ponta Grossa, em sua tese de doutorado aprovada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, apresenta várias sugestões relativas ao processo de execução, destacando-se as seguintes.

a) *alteração da regra do artigo 604, do CPC*, no que se refere a cálculos complexos, especialmente nas execuções contra a Fazenda Pública, de tal maneira que o juiz possa determinar a remessa do processo ao contador judicial para a elaboração do cálculo ou para a conferência do cálculo apresentado pelo credor. E justifica:

“O cálculo elaborado pelo contador judicial instruirá a petição inicial do processo de execução, como se tratasse da própria planilha elaborada pelo credor”.²¹²

b) *admissibilidade da objeção de pré-executividade*, com o seguinte fundamento:

“Propusemos justamente que o sistema normativo, transformando em lei escrita uma das hipóteses em que o juiz realiza este juízo de admissibilidade, de ofício ou a requerimento da parte, acolha esse instituto, de resto consagrado no dia a dia de juízes e advogados, para que não seja necessário sujeitar o devedor à penhora de bens em valor excedente àquilo que efetivamente seja seu débito, remetendo a discussão do excesso de execução, como ocorre hoje, exclusivamente para os embargos (art. 741, V). Se a palavra

²¹¹ Luiz Guilherme ..., *Tutela Antecipatória* ..., p. 208.

²¹² WAMBIER, Luiz Rodrigues. *A reforma do CPC - 2ª fase*, artigo publicado no Jornal O Estado do Paraná, Caderno Direito e Justiça, Curitiba, edição de 12/10/97, p. 1.

de ordem é otimizar o processo, de forma que seus resultados práticos sejam alcançados com maior rapidez, a remessa dessa matéria para os embargos (quando poderia ser resolvida na própria execução) representa um fator de entrave para a rapidez da execução”.²¹³

Conforme assinala o professor paranaense, essa proposta foi acolhida pela Comissão coordenada pelos ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Athos Gusmão Carneiro, encarregada de elaborar a segunda fase das reformas do Código de Processo Civil, relativo ao processo de execução.²¹⁴

6.4

Do Princípio da Substancialidade dos

contratos bancários

Com a recente “míni-reforma” do Código de Processo Civil, modificou-se a redação do artigo 585, inciso II, do CPC, que passou a admitir como título executivo extrajudicial *o documento particular assinado pelo devedor e duas testemunhas*.

Tal reforma revogou o disposto mencionado porque, pela redação anterior, seria espécie de título executivo extrajudicial *o documento particular assinado pelo devedor e subscrito por*

²¹³ Luiz Rodrigues Wambier, ob. cit., p. 1.

²¹⁴ Luiz Rodrigues Wambier, ob. cit., p. 1.

duas testemunhas, da qual conste a obrigação de pagar quantia certa determinada, ou de entregar coisa certa fungível.

É inegável que, diante de uma interpretação sistemática e literal, a atual redação do inciso II do artigo 585, do CPC, passou a admitir o contrato bancário - contrato de mútuo, abertura de crédito em conta corrente, cheque especial etc. - como espécie de título executivo²¹⁵, uma vez que foi dispensada a *obrigação de pagar quantia determinada, ou de entregar coisa fungível*, posto que, consoante a praxis judiciária, a dívida vai se liquidando mês a mês, neste tipo de relação contratual. Assim, a obrigação de pagar determinada quantia vai “liquidando-se” mensalmente.

Porém, diante da realidade sócio-econômica brasileira, os contratos bancários têm sido abusivamente deturpados pelos bancos, de tal maneira que acabaram por criar um círculo vicioso, impondo encargos em proveito próprio. O princípio da substancialidade tem como objetivo frear estas ilegalidades cometidas, resgatando o que realmente foi ajustado pelas partes contratantes.

É sabido que a dinâmica social dos negócios não admite atrasos no cumprimento dos contratos, sobretudo nas operações bancárias, definidas no artigo 3º, § 2º, do CDC. Por isso, o costume mercantil resulta no ajuste verbal entre o financiador do crédito, representado por sua gerência, e o tomador, com a assinatura deste e de eventuais

²¹⁵ Cf. Súmula 11 do 1º TACivSP. Nesse sentido “Contrato de abertura de crédito em conta-corrente acompanhado de extratos e saldos caracteriza título executivo extrajudicial a que se refere o art. 585, II, do CPC” (1º TACivSP, 4ª C., Rel. Juiz Yoshiaki Ichiara, RT 704/125).

garantidores no contrato pré-impresso, cujas cláusulas onerativas - aquelas que definem o valor do crédito, remuneração, taxa de juros, encargos financeiros e multa contratual - encontram-se em branco, para posterior preenchimento do credor. Procede-se da mesma forma com a nota promissória ou qualquer outro título de crédito representativo da dívida.

Quando executados os contratos bancários e discutidos em sede de embargos, a jurisprudência, apoiando-se no princípio do *pacta sunt servanda*, tem levado em conta o que foi formalmente contratado, sem investigar o eventual preenchimento posterior e unilateral das cláusulas onerativas e dos títulos dados em garantia da dívida pelo credor ou do que realmente foi ajustado na época da celebração do contrato.²¹⁶

Acredita-se que a solução deve seguir por outro rumo. É necessário ponderar que, no momento da celebração do contrato bancário - assinatura do devedor -, ela passa ser constituído como título executivo - isto é, valendo pelo que está escrito. Aplica-se analagamente o princípio da literalidade dos títulos de crédito.²¹⁷

Assim, é plausível executar o devedor por aquilo que efetivamente foi inserido no contrato no momento de sua celebração - o total do capital. Os cálculos mensais, como a taxa de juros e cobrança de

²¹⁶ Cf. 1º TACivSP, RT 704/125; TAPr., 1ª CCiv., DJ 21/02/97, p. 96, DJ 28/02/97, p. 63; 2ª CCiv., DJ 06/09/96; 3ª CCiv., DJ 25/04/97, p. 106; 4ª CCiv., DJ 03/10/97, p. 115; 7ª CCiv., DJ 25/04/97, p. 122-123; 8ª CCiv., DJ 18/04/97, p. 107;

²¹⁷ Sobre o princípio da literalidade como atributo do título de crédito cf. BORGES, João Eunápio. Títulos de Crédito, 2ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1971, p. 13. A propósito, afirma o autor: "A literalidade entende-se no sentido de que, para a determinação da existência, conteúdo, extensão e modalidades do direito, é decisivo exclusivamente o teor do título".

encargos - por exemplo, taxa para manutenção da conta, taxa para atualização de cadastro e taxa de seguro pessoal, devem ser extraídos da liquidação do contrato para fins de execução. A cobrança desses encargos deve advir de ação de conhecimento, com a apresentação da planilha de custos e orçamento, para fundamentar o direito à cobrança.

Pondera-se também que, a inserção posterior e unilateral das cláusulas onerativas, tais como taxas de juros variáveis, encargos financeiros e multa contratual, não devem ser admitidas uma vez que se trata de cláusulas potestativas (CC, art. 115, parte final, e CDC, art. 51, X).

A experiência mostra também que deve ser vedada a cobrança antecipada dos juros de mora quando houver liquidação dívida antes de seu vencimento pactuado.

Por fim, deve-se ressaltar que o ordenamento processual admite apenas título executivo líquido como apto a ser judicialmente executado. Os contratos bancários revelam-se títulos posteriormente liquidados, através de cálculos unilaterais, formalizados em extratos bancários. O devedor não sabe qual será o valor da dívida no momento final do contrato, porque o contrato é ilíquido; tem conhecimento apenas do valor inicial da dívida, que será posteriormente alterado pelo credor, com base em índices e cálculos realizados unilateralmente. Logo, os contratos bancários não são títulos líquidos no momento de sua criação, mas liquidados para fins de execução judicial. Normalmente os valores liquidados apresentam-se superiores ao valor originariamente contratado.

Também não se pode fundar a admissibilidade dos contratos bancários como títulos executivos pela regra do artigo 604, do CPC, pois o que se combate são as próprias regras e índices para o cálculo aritmético da dívida - unilaterais, potestativos e ilegais.

De resto, conclui-se que os contratos bancários não podem ser considerados títulos executivos porque a sua formação não é bilateral, como um ato que envolve comportamento simultâneo entre credor e devedor e no qual, este só tenha conhecimento exato do valor da sua dívida após a sua perfeição.

Desta forma, percebe-se que os contratos bancários distanciaram-se, na sua essência, dos títulos de crédito, logo, não podem ser admitidos como títulos executivos. É preciso resgatar a origem dos contratos bancários e respeitar o ajuste entabulado entre credor e devedor. Por isso, propõe-se à comunidade jurídica, em especial à jurisprudência, a adoção do *princípio da substancialidade dos contratos bancários* para que os mesmos sejam adequados à nova realidade social e jurídica.

Um dos princípios que norteiam os contratos é o da *autonomia da vontade*. Este princípio informa não só a liberdade de contratar, mas também o objeto da prestação contratual e dos parâmetros do contrato.²¹⁸

Assim, quando se utiliza o *pacta sunt servanda* para justificar a obrigatoriedade dos contratos bancários, deve-se ter

²¹⁸ BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*, 5ª ed., São Paulo, Editora Atlas S/A, 1990, p. 57-58.

em conta a autonomia da vontade das partes - credor e devedor - e não apenas em prol da instituição bancária.²¹⁹ A pretensão do credor deve ficar limitada ao crédito ajustado, por força contratual.

Assim, o princípio da substancialidade vem resgatar o conteúdo volitivo das partes contratantes no negócio. Os contratos pré-impressos, cujas cláusulas onerativas são preenchidas posteriormente, acabam por distorcer o ajuste inicial entre os negociantes. É preciso dar validade e respeitar a esse ajuste primário.

O princípio da substancialidade, como decorrente *da autonomia da vontade*, tem por missão conservar o conteúdo das normas pactuadas, sobretudo ao delimitar o valor da dívida em que foi contratado, a sua forma de cobrança e as regras que irão onerar a dívida. Não mais se admite contratos bancários com “operações variáveis”²²⁰ como títulos executivos, porque até mesmo esses “encargos” são desprovidos de prévio orçamento, o que desde já se mostra abusivo (CDC, art. 39, VI).

²¹⁹ A título de exemplo concreto, tem-se uma ação de busca e apreensão convertida em ação de depósito de bem fiduciário promovida por uma instituição bancária em face de um jovem rapaz, na Vara Cível da Comarca de Cambé, Pr. (autos 568/96), cujo anverso do instrumento é contrato de empréstimo em conta corrente e, no verso, contrato de alienação fiduciária. Ora, o devedor somente ajustou concessão de crédito em conta corrente. Porém, como não havia local próprio para opor sua assinatura e da fiadora, subscreveram no verso do contrato, cujas cláusulas referentes à fidúcia estavam em branco. Passado algum tempo e restado infrutífera a composição amigável da dívida, a instituição financeira preencheu os espaços destinados à fidúcia e com os dados cadastrais “formalizou” um negócio fiduciário sobre o veículo do devedor, sem que este soubesse, levando o “contrato fiduciário” a registro no Cartório de Títulos e Documentos. Atualmente, a demanda está em fase de instrução com a pretensão da prisão civil do devedor. Independentemente do resultado, percebe-se a verdadeira quebra na autonomia da vontade das partes, posto que o jovem rapaz contratou empréstimo pessoal em sua conta corrente; mas por um “passe de mágica” da instituição bancária o negócio foi transformado em alienação fiduciária, como se apresenta aparentemente.

²²⁰ Os contratos com “operações variáveis” apresentam um valor X no momento da sua celebração e são executados por valor superior ao original, desde que apresentados extratos demonstrando a evolução contábil da dívida.

Por fim, o princípio da substancialidade visa combater a situação de superficialidade que os contratos bancários - aqui entendido tanto como título executivo quanto como relação contratual - aparentemente sugerem ser, como se o devedor conhecesse, desde o momento da sua celebração, o valor final da dívida, as taxas de juros a serem praticadas, o valor da multa e dos encargos a serem cobrados durante todo o período da relação contratual.

Enfim, a situação jurídico-processual provocada pela alteração do artigo 585, II, do CPC, equivocadamente fundada no princípio do *pacta sunt servanda*, contemplou uma situação de aparência em desprestígio à essência. Via de consequência, a jurisprudência legitimou verdadeiras espoliações do patrimônio do devedor, o que é inadmissível.

O princípio da substancialidade dos contratos tem em mira corrigir essa distorção jurídica.

6.5

Da reformulação do instituto da

Fraude Contra Credores

O instituto da Fraude Contra Credores precisa ser revisto e *re-adequado* conforme a realidade social pois, da forma

como é tratado, tem servido de instrumento de impunidade e inefetivação da tutela jurisdicional. Porém, uma simples *re-adequação* legislativa não basta. Primeiramente, é necessário uma reformulação doutrinária a respeito.

O instituto da Fraude Contra Credores difere da Fraude à Execução por várias maneiras, sendo as principais: a) *enquanto o primeiro pertence à esfera do Direito Privado, mais precisamente ao Direito Civil, o segundo integra o ramo do Direito Público, com sede no Direito Processual Civil*; b) *a Fraude Contra Credores ocorre com a realização de atos fraudulentos anteriores ao ajuizamento ou do conhecimento do alienante da existência de demanda capaz de reduzi-lo à insolvência, já a Fraude à Execução ocorre no curso de qualquer ação capaz de reduzir o alienante à insolvência*²²¹; c) *a Fraude Contra Credores é argüida em ação de anulação para desfazimento dos efeitos da alienação, com a cominação das custas e taxas processuais, sendo admissível sua argüição também em defesa, ao passo que a Fraude à Execução pode ser suscitada a qualquer tempo, enquanto pendente a demanda, através de petição própria, dispensando o pagamento de custas e taxas judiciárias, uma vez que se trata de mero incidente processual*; d) *na Fraude Contra Devedores o credor possui o ônus da prova da fraude, sendo a principal o animus fraudandi, já na Fraude à Execução basta o credor demonstrar a incidência de qualquer uma das hipóteses do artigo 593, do CPC*; e) *a Fraude Contra Credores possui efeito ex*

²²¹ Decidiu o 1º TACivSP: “Não se considera realizada em fraude de execução a alienação ocorrida antes da citação do executado alienante” (RT 715/216). Já o 2º TACivSP assentou que: “FRAUDE À EXECUÇÃO - Descaracterização - Alienação de bem pelo executado antes da citação - Inteligência do art. 593, II, do CPC” (RT 715/216). O STJ já havia anteriormente decidido que: “Para que se considere fraude à execução, não basta o ajuizamento da ação, sendo necessária a citação válida do executado em ação capaz de reduzi-lo à insolvência” (RT 691/190).

nunc, isto é, enquanto não reconhecida a relação jurídica fraudulenta mantém seus efeitos, ao passo que na Fraude à Execução a alienação é considerada válida, porém ineficaz perante o credor; f) na Fraude Contra Credores é imprescindível a formação do litisconsórcio passivo, constituído pelo devedor e o(s) adquirente(s) do(s) bem(s), já na Fraude à Execução não é exigida a formação do litisconsórcio passivo; h) a Fraude Contra Credores é fundada na responsabilidade subjetiva, enquanto que na Fraude à Execução a responsabilidade é objetiva; por fim, i) a Fraude Contra Credores é reconhecida por sentença, suscetível de recurso de apelação, ao passo que a Fraude à Execução é reconhecida em decisão interlocutória, suscetível de recurso de agravo de instrumento.

Vê-se, pois, o tratamento diferenciado dado pelo ordenamento jurídico e doutrinário a respeito dos dois institutos. Ambos objetivam a satisfação da tutela jurisdicional, mas se percebe que a Fraude à Execução se apresenta de forma mais célere, dinâmica e objetiva, resultando numa imediata resposta jurisdicional à tentativa de inefetividade da tutela jurisdicional.

Contudo, tem-se verificado que a doutrina civilista não ampliou seus conhecimentos referentes ao instituto da Fraude Contra Credores que, por via oblíqua, impede sua evolução adequada à realidade social, transformando a fraude num instrumento de impunidade da responsabilidade civil.²²²

²²² O ônus da prova compete ao autor que deverá demonstrar a insolvência do devedor (RT 644/71 e RJ 195/84) como a má-fé do adquirente do bem (RT 595/242, RT 617/57 e RJ 195/84). Assim, em termos processuais, a ação de anulação por Fraude Contra Credores (ação

Tanto que o professor Antônio Janyr Dall'Agnol Jr. destaca a atual preocupação da doutrina civilista: perquirir sobre a divisão doutrinária que procura demonstrar a Fraude Contra Credores como *um dos defeitos dos atos jurídicos* ou, conforme a tendência na legislação e doutrina alienígena, que situam a Fraude Contra Credores *no campo da eficácia dos atos jurídicos*.²²³ O Direito Civil não sinaliza perspectivas de modificações no instituto da Fraude Contra Credores. Assim, mantém-se um *stato* que viabiliza a inefetividade da jurisdição, prejudicando a distribuição e circulação de rendas e bens de consumo.

Desta maneira, criam-se condições para reformulação do instituto da Fraude Contra Credores para tratá-lo como incidente processual, outorgando-lhe a dinâmica e celeridade encontrada na fraude à execução. Verifica-se a impertinência da discussão doutrinária acerca da *nullidade/anulabilidade/ineficácia* da Fraude Contra Credores sob o prisma da tutela jurisdicional, pois, *a Fraude Contra Credores, antes de ferir os interesses privados do credor, é uma ofensa à efetividade da tutela jurisdicional e dos interesses sociais à circulação e distribuição de rendas que o processo civil proporciona.*

Partindo desse prisma, percebe-se que a Fraude Contra Credor é assunto que deve ser migrado para o Direito Processual Civil, mais precisamente sob a execução e efetivação dos comandos jurisdicionais. Via de conseqüência, a Fraude Contra Credores surge como

pauliana) torna-se instrumento de difícil manejo para o credor, principalmente quando deverá comprovar o elemento subjetivo *consilium fraudis* entre o devedor e o terceiro adquirente.

²²³ DALL'AGNOL Jr., Antônio Janyr. *Fraude Contra Credores: Estrutura e Função*, artigo publicado na Revista Jurídica, v. 166, Porto Alegre, Editora Síntese, agosto/1991, p. 5-9.

incidente processual e passa a integrar as matérias disciplinadas pela ordem e interesse públicos, sendo, portanto, conheável a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição.

Nesse sentido, o tratamento processual da Fraude Contra Credores passa a ser diferente do atual. Inova-se com a sugestão da criação da *exceção de Fraude Contra Credores*, autuada em apenso aos autos principais, proposta pelo credor em face do devedor e com ciência ao(s) adquirente(s), dispensando-se o adiantamento de custas e taxas processuais, posto que não se trata de uma ação, mas de um simples incidente processual. A *exceção de Fraude Contra Credores* será oposta pelo suposto credor quando a alienação do bem ocorrer após a constituição da dívida ou da realização do ato ilícito.

Porém, se presente os motivos ensejadores da Fraude Contra Credor, após a constituição da dívida ou da realização do ato ilícito, mas antes do ajuizamento da demanda, nada obstaculariza o suposto credor de ajuizar a ação pauliana que, ante os argumentos expostos na exceção e na prova demonstrada, com fulcro no artigo 273, do CPC, poderá o juiz expedir tutela antecipatória com a finalidade de arrestar o(s) bem(s) alienado(s). A concessão da tutela antecipatória também poderá ser deferida no curso da exceção de Fraude Contra Credores, desde que presentes os requisitos do artigo 273, do CPC.

O reconhecimento da *exceção de Fraude Contra Credores* dar-se-ia por decisão interlocutória, declarando-se ineficaz a

alienação fraudulenta. O recurso cabível seria o do agravo de instrumento. Porém, se na ação principal não for configurada a qualidade de credor do excipiente, a sentença deverá revogar a decisão que reconheceu a fraude, bem como, logicamente, revogar eventual tutela antecipatória de arresto.

A Fraude Contra Credores ocorrerá nas hipóteses de que tratam os artigos 106 e 107, do Código Civil, e será fundada na responsabilidade objetiva do devedor e do(s) adquirente(s). O respaldo legal da responsabilidade se dará com o *período de suspeita*, isto é, a alienação do bem será presumida como fraudulenta quando tiver ocorrido após a constituição da dívida ou do surgimento do ato ilícito.

O devedor e o(s) adquirente(s) terão a sua disposição toda a matéria de defesa que pode ser argüida, porém com ônus de provar que a alienação foi de boa-fé, ou amparada em alguma excludente de ilicitude, ou de que o devedor não é insolvente.

Acredita-se que, com a adoção desta sugestão, os devedores ficariam inibidos de qualquer iniciativa fraudulenta e não mais haveria aqueles “casos fantásticos” encontrados no dia-a-dia, como as alienações do único bem às vésperas da ação de execução ou após a notificação/protesto do título serem tratados como Fraude Contra Credores.

A proposta da *exceção de Fraude Contra Credores* serve para a efetividade da jurisdição, hoje modernamente vista como o instrumento para circulação e distribuição de rendas. De outra banda, atenderia aos princípios maiores do processo que são os do contraditório e da

ampla defesa. Porém, o devedor e o(s) adquirente(s) passariam a ser os maiores interessados na rápida solução do litígio, uma vez que seria possível a concessão da tutela antecipatória de arresto.

6.6

Da reformulação do Procedimento

Para uma real efetivação da tutela jurisdicional do processo de execução é preciso atender aos interesses maiores da sociedade moderna: a dinâmica circulação e distribuição de riquezas. Para tanto, é preciso reformular o procedimento do processo de execução. Com relação ao credor, a expectativa é de que o processo executivo seja *célere* e *eficaz*. O elemento “eficácia” já foi objeto de análise no tópico anterior, quando foi examinada a exceção de Fraude Contra Credor, posto que trata da satisfação de um direito patrimonial.

Já o elemento “celeridade” sempre exigirá um procedimento que permitirá a constrição-alienação do bem no menor tempo possível para que ocorra a satisfação do credor. A dinâmica das relações econômico-sociais não permite conceitos como “descapitalização”, “inadimplência” ou algo que se assemelhe à ausência de bens de valor. Com certeza, a causa de insolvência de pessoas ou a falência de empresas deve-se, de alguma forma, ao fato de não possuírem suporte econômico para honrar as

relações entabuladas. Assim, especula-se evitar que a jurisdição civil não seja um dos causadores da descapitalização ou inadimplência de pessoas ou de empresas, em razão da mora processual.

No plano legislativo, dever-se-iam reformular as disposições do Código de Processo Civil, notadamente as normas de caráter burocrático, com sua completa eliminação. Assim, propõe-se a extinção da figura da *praça* ou *leilão* de bens, uma vez que sempre representa a morosidade e onerosidade do processo, resultando na insatisfação do credor, porque, além de tudo, o produto da venda geralmente não alcança o valor da dívida, o que sempre resulta no pedido de adjudicação do bem penhorado. Logo, essa figura jurídica não se justifica. Via de consequência, soluciona-se com a adjudicação dos bens ao credor, para que sejam alienados por ele posteriormente, como se fossem uma transação comercial comum, mas sempre resguardada a possibilidade da remição da execução.

Nessa esteira, torna-se viável a eliminação do procedimento da *alienação dos bens do devedor* como espécie de expropriação na execução por quantia certa contra devedor solvente (CPC, art. 647, I). Esta figura não só causa verdadeiro entrave no procedimento, retardando-o, como também onera ainda mais os custos do processo, além de não atrair interessados, face a burocracia e as exigências de garantia da alienação, nem sempre pactuados nos negócios particulares.²²⁴ Seria de bom senso a simples adjudicação do bem penhorado, para que depois o credor disponha da coisa.

²²⁴ Cf. CPC, arts. 686-707.

De outra banda, seria boa oportunidade transformar a hipótese do artigo 647, III, do CPC - *usufruto de imóvel ou de empresa* - muito pouco utilizado, em possibilidade de *arrendamento do bem penhorado*. Com esta possibilidade e sem entraves burocráticos, acredita-se que o credor poderia explorar bem imóvel, móvel ou semovente, de propriedade do devedor, para pagamento da dívida. Já em relação ao devedor, essa proposta lhe seria útil, posto que, no mesmo empreendimento, poderia retirar uma pequena renda e realizar o pagamento da dívida, ainda mantendo o bem na sua esfera patrimonial. Tal espécie retrataria o que ocorre nas relações privadas, ilustradas no *arrendamento e parceria*.

Acolhe-se integralmente a posição de Luiz Guilherme Marinoni referente à viabilidade da execução imediata da sentença, mesmo na pendência de recurso.²²⁵ Para tanto, com o intuito de otimizar tecnicamente a sugestão acolhida, propõe-se a remodelação da redação do artigo 520, do CPC, para apenas mencionar as hipóteses em que o recurso será recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo. Assim, com a inversão da técnica legislativa, reduziria as hipóteses de efeito suspensivo do recurso em *numerus clausus*, não permitindo interpretação diferente que não a literal. Via de conseqüência, ampliar-se-iam as hipóteses de execução provisória.

Com relação ao devedor, é preciso garantir-lhe oportunidade para manifestar sua defesa - através dos respectivos embargos - deduzindo toda matéria possível. Com a adoção da teoria da individualização da causa de pedir, os embargos possibilitariam a ampliação da

²²⁵Cf. Tópico 6.3.

lide, para discutir todas as relações jurídicas havidas entre credor e devedor. E, via de conseqüência, haveria a *admissibilidade da alegação da compensação*, o que já ocorre com parte da jurisprudência.

Os embargos deverão seguir o rito sumário, conforme proposto no capítulo anterior²²⁶, visto que a maioria dos casos ocorre e possibilita julgamento antecipado da lide.²²⁷ Vê-se, pois, que a celeridade do processo de execução alia-se com a oportunidade do devedor realizar a defesa, ambos impulsionadas por um rito célere.

Também se torna injustificável o devedor ser compelido a adiantar as custas processuais por ocasião da oposição dos embargos, porque se o executado já possui parte de seu patrimônio penhorado, se o credor já adiantou as custas do processo de execução, é razoável que os embargos sejam isentos de custas e taxas processuais de qualquer espécie. A exigência do adiantamento das custas significa no maior agravamento da situação do devedor, o que contraria princípio maior da execução, que é a sua humanização.

Por fim, deve ser prontamente repelida pelo Estado a inscrição do nome do devedor em banco de dados para divulgação entre associados. Tal medida, como exposto²²⁸, inviabiliza a captação de novos recursos que, às vezes, são necessários para a sobrevivência do devedor e de sua

²²⁶ Cf. Capítulo V - O Processo de Conhecimento à luz da Teoria Crítica, tópico 5.3 - A adoção do procedimento sumário como procedimento regra.

²²⁷ Salvo a hipótese de não ser acolhida a tese da inexecutividade dos contratos bancários, motivo pelo qual deverá ser realizada prova pericial para verificar excesso na liquidação da dívida executada, cobrança de capitalização de juros e a incidência de encargos ou taxas indevidos.

²²⁸ Cf. Capítulo IV, tópico 6.2 - A ideologia do Processo de Execução.

família. A experiência comum não permite outra conclusão, isso sem levar em conta os casos em que o nome do indivíduo ou da empresa são inscritos indevidamente nesses serviços o que provoca uma verdadeira confusão na vida dessas pessoas. A manutenção desses serviços representa um meio ilegal de coação para pagamento da dívida. Serviços como Serasa e SPC deveriam ser prontamente extintos do cenário nacional e penalizados pelo ordenamento jurídico.

6.7

Dos Meios de Coação para a

Efetividade da Tutela Jurisdicional

Concorda-se também com as sugestões apresentadas pelos professores Michele Tarufo e Luiz Guilherme Marinoni no sentido de ser aplicada multa diária como meio de coação para o cumprimento da obrigação pelo devedor.

Para tanto, devem ser seguidas essas observações: a) a cominação de multa diária deve ser aplicada nas hipóteses de inadimplemento das obrigações de fazer e não fazer de caráter infungível; b) sendo obrigação fungível, deverá ser permitido ao credor a opção de substituir o executor da obrigação ou a sua conversão em obrigação de dar quantia certa; c)

o fundamento legal da aplicação da multa diária dá-se pela regra do artigo 461, do CPC.

Porém, tratando-se de obrigação de fazer e obrigação de não fazer, de caráter infungível, e desde que o inadimplemento da obrigação represente um dano à coletividade ou ao meio ambiente, o devedor será compelido a prestar a obrigação sob pena de ser decretada sua prisão pelo prazo máximo de 90 dias.

Tal medida está a serviço dos interesses maiores da sociedade, como a integridade física, a qualidade de vida, do meio ambiente e dos bens de consumo. Uma nova concepção do Direito impôs-se com o final do Século e a jurisdição não pode distanciar dos novos valores sociais. A previsão da prisão é meio coativo para adimplemento da obrigação, que não poderá, por sua natureza, ser substituída por outra.

Capítulo VII

Reforma na atividade judiciária

Sumário: 7.1 Noção preliminar. 7.2 Programa de incentivo à qualidade total. 7.3 Criação de novos cargos e reestruturação do Poder Judiciário. 7.4 Estabilização do magistrado no juízo.

7.1

Noção preliminar

Dentro de um trabalho que investiga a relação jurisdição-sociedade brasileira, não bastam simples propostas de reforma do processo civil para alcançar os fins do Estado elencados no artigo 3º, da CF. É necessário também haver propostas para reforma da atividade judiciária, uma

vez que ela é o núcleo da função jurisdicional. Destarte lembrar que, hodiernamente, o Congresso Nacional aborda propostas de reforma no Poder Judiciário, uma parte em caráter administrativo - por exemplo, referente à aposentadoria dos juízes - e algumas relativas às questões processuais - por exemplo, a adoção das súmulas vinculantes.

Porém, o que se propõe neste trabalho diverge das propostas em trâmite no Poder Legislativo e se relaciona com a busca da qualidade dos serviços judiciários, seja como incentivo à atividade judicante como profissão, seja a respeito da reestruturação do Poder Judiciário.

7.2

Programa de incentivo à qualidade total

Em face do sistema dominante, o acesso à carreira da magistratura dá-se mediante aprovação em concurso público de provas e títulos, e posterior admissão por um período de estágio probatório em que permanece até ser aprovado pela Corregedoria após uma sindicância. Só então ele passará ao exercício efetivo da carreira através de promoção e remoção nas entrâncias, segundo critérios de merecimento e antigüidade (CF, art. 93, I, II e alíneas) com a efetividade das prerrogativas constitucionais inerentes ao magistrado - vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade dos vencimentos (CF, art. 95, I, II e III).

Contudo, pela experiência acumulada, tem-se observado a desídia de uma parte considerável dos juízes - assim como ocorre noutras repartições públicas - seja por desestímulo no acesso à carreira,

seja por comodidade em face das prerrogativas constitucionais (CF, art. 95, I, II e III, destacando-se a vitaliciedade e a irredutibilidade dos vencimentos).

O sistema processual também incentiva essa desídia ao não penalizar o juiz pela desobediência aos prazos processuais (sobretudo no que se refere aos prazos para a prática dos atos do juiz), sempre escorando-se numa verdade inafastável, precedendo os despachos, as decisões ou as sentenças - “em atraso face ao acúmulo de serviços”. Em tais situações, a única penalidade imposta ao juiz é administrativa, como a de não figurar em lista de promoção ou remoção por um determinado tempo. Mas se o juiz é desidioso e lhe foi imposta esta pena, certamente a comarca é a única penalizada, pois continuará com um juiz desidioso.

Desta forma, propõe-se que, ao lado das penalidades administrativas aplicadas ao juiz pela respectiva Corregedoria, seja realizado um programa de incentivo à atividade judiciária na busca da qualidade total. Tal program de incentivos refere-se aos atos processuais praticados pelo juiz (CPC, art. 162), na busca da qualidade das decisões, da celeridade dessas decisões e em maior quantidade possível de decisões proferidas.

Não adianta penalizar processualmente o juiz como são penalizadas as partes (por exemplo, CPC, arts. 14, 15, 16, 18, 183, 302, primeira parte, 473 e 474) ou o advogado (por exemplo, CPC, arts. 15, 37, § único, 195 e 196). Pela própria natureza do processo, não há como penalizar processualmente o juiz se, por exemplo, ele não decidiu ou sentenciou no prazo determinado pela lei.

Contudo, é possível provocar a destreza do magistrado através de um programa de incentivos à carreira. Assim, as

habilidades profissionais não só serviriam na contagem de pontos para promoção/remoção, como também serviriam para acrescentar bônus aos seus rendimentos por um determinado tempo.

Este programa enfocaria três pontos nucleares já debatidos neste trabalho: a *qualidade dos atos praticados pelo juiz, sobretudo despachos, decisões e sentenças, a rapidez com que esses atos seriam realizados e em maior quantidade possível de processos.*

A avaliação do desempenho do juiz far-se-ia por um critério objetivo - contagem de pontos ("score") - cujos dados seriam registrados e posteriormente avaliados. Seriam avaliados do juiz os seguintes quesitos: a) a *qualidade* dos atos praticados conforme a natureza da causa, a complexidade da lide e das questões abordadas. Quanto maior a complexidade da causa solucionada pela decisão, maior a contagem de pontos. Assim, a sentença seria o ato processual mais pontuado, e dentre as várias sentenças, as que tivessem, por exemplo, reconvenção, intervenção de terceiros, causa complexa etc., teriam a pontuação máxima; b) a *rapidez* na prática dos atos teria como parâmetro objetivos a obediência aos prazos estipulados pela lei (CPC, art. 189). Assim, se num determinado período, um juiz praticou atos dentro dos prazos legais, receberia uma pontuação maior, diferentemente do juiz que obedecesse em parte aos prazos legais que receberia uma pontuação menor; e c) a maior *quantidade* possível de processos despachados, decididos ou sentenciados pelo juiz num determinado tempo. Assim, esse quesito teria o condão de examinar o acúmulo de serviço na vara e como o juiz estaria enfrentando esse problema. Quanto mais problemática fosse a vara, o juiz que a colocasse em ordem maior pontuação receberia.

Conforme o histórico das atividades do juiz demonstrasse que ele aumentou gradativamente sua média de pontos ao longo do tempo, haveria bônus na sua pontuação, face a presteza e dedicação permanente ao serviço jurisdicional.

O acompanhamento das atividades judicantes far-se-ia através de relatórios mensais, devidamente instruídos e examinados pela respectiva Corregedoria após um ano de atividade forense.

Após alcançar o patamar de pontos estabelecidos pela Corregedoria, o juiz teria, como prêmio por sua destreza, um aumento nos seus vencimentos para o ano seguinte, proporcional à sua pontuação (podendo variar de 5% a 50%, por exemplo), bem como preferência para promoção/remoção, face a sua reconhecida habilidade profissional. A necessidade do intervalo de um ano para outro decorreria da obediência ao orçamento anual.

Enfim, adotando-se o programa de qualidade total, os juízes estariam incentivados a decidirem com maior qualidade e rapidez, alcançando então, a desejada *qualidade dos comandos jurisdicionais na maior quantidade e tempo possível*.

7.3

Criação de novos cargos e reestruturação do Poder Judiciário

Certamente uma pesquisa que versa sobre exame crítico da jurisdição não deve ficar restrita apenas a questões de ordem processual, mas também às questões relativas ao Poder Judiciário.

Nesse sentido, faz-se necessária a criação de novos cargos de juízes e a reestruturação do Poder Judiciário, com a criação de novos cargos dos auxiliares da justiça. Também nesse sentido inclui-se o que foi adiantado a respeito de dotar os juízos cíveis de peritos e laboratórios oficiais.²²⁹

Não faz sentido a doutrina esforçar-se para fornecer técnicas e elementos para uma reforma do processo civil se a jurisdição - como atividade do Estado - encontra-se desaparelhada e carente de recursos para um pronto atendimento às necessidades sociais.

Se o processo civil aperfeiçoa-se, o mesmo deve ocorrer com o Poder Judiciário, para supressão da carência de pessoal.²³⁰ Inovações e modificações no Código de Processual Civil não sobreviverão a longo prazo se não for adotada uma política de reestruturação do Poder Judiciário, com o preenchimento dos cargos vagos, assim como a criação de novos cargos, seja de juiz ou de auxiliares da justiça.

²²⁹ Cf. Capítulo V - O Processo de Conhecimento à luz da Teoria Crítica, tópico 5.1 - A revisão doutrinária dos princípios processuais, quando examina a viabilidade de dotar as varas cíveis de peritos e laboratórios oficiais para efetivação do princípio da assistência judiciária gratuita.

²³⁰ Cf. Capítulo I - Sociedade e Direito, tópico 1.5 - A crise da jurisdição no plano social - que merece ser transcrito o trecho que demonstra a crise na estrutura do Poder Judiciário nacional: "Dados mostram que a correlação juiz/habitante apresenta-se na ordem de 1 juiz para cada 27 mil habitantes. Nessa linha, existem 11.628 vagas para juízes na Justiça Comum, Justiça Federal e Justiça do Trabalho, sendo que estão vagos 2.649, ou seja 22,78%, desses cargos. Por fim, calcula-se que, no ano de 1997, o Supremo Tribunal Federal terá julgado cerca de 35 mil processos, numa correlação de julgamento de 17,5 processos por dia útil, e o Superior Tribunal de Justiça julgado por volta de 100 mil processos. Tais dados mereceu do Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Celso de Mello, a conclusão pela inviabilidade da Corte máxima, afetando o Estado de Direito". Esses dados foram coletados do Jornal Folha de São Paulo, Caderno 1 - Brasil, São Paulo, edição de 03/11/1997, p. 10.

É tão importante aproximar e efetivar a jurisdição aos brasileiros, quanto construir estradas para o Brasil, pois ambas levam ao progresso social.

Assim, como medida paliativa, sugere-se que, se não for possível criar novas varas em razão de um critério econômico, seja, ao menos, lotado mais de um juiz em cada juízo. A existência de dois juizes na mesma vara cível possibilitará uma divisão de tarefas e resultará em maior agilidade nos processos. Seria possível, por exemplo, um juiz realizar audiências e outro proferir despachos, decisões e sentenças na parte da manhã, e no período da tarde, a situação inverter-se. A distribuição interna dos processos far-se-ia pela numeração de cada feito - processos de número par para um juiz, processos de número ímpar para o outro.

A preferência por esta técnica de lotação de juizes far-se-ia nas varas cíveis cujo índice de processos tivesse ultrapassado a mil processos por juiz.

7.4

A estabilização do magistrado no juízo

A despeito de a Constituição Federal delimitar como requisito mínimo para a promoção de entrância a permanência do juiz na entrância pelo prazo mínimo de dois anos (CF, art. 93, II, “b”), tal situação deve ser *re-pensada* e *re-adequada* diante da práxis. O que se tem observado ao longo do tempo é, muitas vezes, que o acúmulo de serviços numa

determinada vara cível dá-se em razão do “entra-e-sai” de juízes, devido a remoções ou promoções. Acrescentam-se a esse fato as licenças recebidas pelo juiz titular.

Assim, como o requisito exigido é a permanência mínima de dois na **entrância** (e isso não significa na comarca ou no mesmo juízo) percebe-se que ainda existe uma causa de acúmulo de serviços forenses, provocando a morosidade dos processos. É preciso estancar essa causa. Nestes termos, propõe-se a reforma do artigo 93, II, “b”, da CF, no sentido de exigir do juiz, como requisito mínimo para sua promoção, a *permanência mínima do juiz por dois anos na mesma vara cível*, admitindo-se sua remoção somente nos casos de necessidade imperiosa ou a promoção de entrância se houver cargo vago e não houver interessados para o cargo vago. Pretende-se com isso, evitar as remoções por mera conveniência do magistrado.

Não se trata de extinguir o direito à remoção do juiz, mas apenas de restringir um direito individual em nome do bem coletivo e dos serviços jurisdicionais. Como resultado, espera-se que os serviços do juízo estejam em dia, sem acúmulos, uma vez que estará aliado ao programa de qualidade total proposto no tópico “7.2”.

Conclusões

Sumário: 8.1 Introdução.
8.2 Sociedade e tutela
jurisdicional. 8.3
Jurisdição e processo
civil. 8.4 Jurisdição e
processo de
conhecimento. 8.5
Jurisdição e processo de
execução. 8.6 Reformas
no Poder Judiciário.

8.1

Introdução

Toda pesquisa científica de caráter crítico serve para identificar falhas no sistema jurídico e também para sugerir melhorias no ordenamento. Desta forma, as conclusões que serão expostas, bem como as sugestões normativas, atendem o espírito objetivo de apontar falhas e propor meios de solução, como síntese das propostas apresentadas nos capítulos anteriores.

De outra banda, reitera-se que as sugestões têm por escopo mediato o desenvolvimento doutrinário processual sob os horizontes críticos, ao fito de criar uma base cultural que propicie uma reforma estrutural do sistema processual civil brasileiro.

Assim, com este espírito, a presente pesquisa apresenta suas conclusões abrangendo a relação sociedade-tutela jurisdicional, jurisdição-processo civil, jurisdição-processo de conhecimento e jurisdição-processo de execução.

8.2

Sociedade e tutela jurisdicional

1. Com a implantação do Plano Real, a sociedade brasileira elegeu como seus valores máximos a *segurança jurídica* e a *tutela jurisdicional dos direitos subjetivos*;
2. a massificação da sociedade brasileira, ocorrida com a estabilidade da moeda, inaugurou uma nova qualificação social: a relação *consumidor e fornecedor*;
3. a jurisdição apresenta-se como serviço público prestado pelo Estado à sociedade, e como tal, deve permanecer a cargo do Estado;
4. os objetivos do Estado brasileiro, incluindo-se a jurisdição, estão descritos no artigo 3º, da Constituição Federal. Logo, qualquer pronunciamento jurisdicional deve ter em mira os fins preconizados no referido disposto constitucional;

5. o desenvolvimento social, desejado pelo artigo 3º, da Constituição Federal, dá-se, primeiramente, pelo desenvolvimento econômico, sendo imprescindível a atuação da jurisdição nesse sentido;
6. o papel da jurisdição civil é o de distribuir e fazer circular rendas e bens de consumo como meios eficazes para promover o desenvolvimento, sobretudo das classes desfavorecidas;
7. a crise que assola a jurisdição civil, implicando na sua inefetividade, distancia-a da sociedade brasileira, cujos horizontes da Teoria Crítica do Direito são capazes de combatê-la, com o desenvolvimento de um novo conhecimento jurídico.

8.3

Jurisdição e processo civil

8. A jurisdição civil deve ser analisada sob o binômio *necessidade social da reformulação da jurisdição e concretude da visão social*, que permitirão sua *readequação* à realidade social brasileira;
9. o processo civil possui natureza jurídico-social consistente no instrumento de realização da jurisdição civil, com a finalidade social de distribuir e circular rendas e bens de consumo;

10. são premissas da visão crítica da jurisdição civil: ideológica, política, normativa, sociológica e hermenêutica;

11. a premissa *ideológica* dá-se a medida que a jurisdição é serviço público estatal destinado aos anseios sociais. Tutela-se, desta forma, não só o desenvolvimento social, via jurisdição, como a soberania interna dos comandos estatais;

12. são elementos integrantes da premissa ideológica: *democracia participativa*, que busca a legitimidade do comando jurisdicional, e a *instrumentalidade do processo*, proposta por Cândido Rangel Dinamarco, que visa buscar os fins sociais da jurisdição;

13. a premissa *política* adequa-se à ordem político-econômica do Estado brasileiro para o Terceiro Milênio, com vistas ao desenvolvimento econômico e fomento das atividades estatais;

14. a premissa *normativa* tem por escopo o trato legislativo da jurisdição adequada à realidade social dos litigantes, sustentada pela escola do realismo jurídico;

15. o *realismo-normativo* no processo civil advirá da reunião dos elementos *profundidade da demanda*, *celeridade da jurisdição*, *utilidade da jurisdição* e *efetividade da jurisdição*;

16. a premissa *sociológica* mostra que a jurisdição deve ater-se aos fins sociais a que se destina. Para tanto, utiliza-se dos elementos *complexidade social*, que identificam as diversas classes que se utilizam da tutela jurisdicional, *igualdade real*, que otimiza meios para reduzir as desigualdades econômicas entre os demandantes e *promoção social*, uma vez que o pronunciamento jurisdicional deve buscar os preceitos contidos no artigo 3º, da Constituição Federal;

17. a premissa *hermenêutica* exige uma ruptura com o saber acumulado para que a jurisprudência passe a manifestar em adesão à realidade social dos litigantes. Para tanto, essa premissa será exercida em face do *realismo social* na busca da *verdade consciente*;

18. qualquer introdução de técnica processual que leva à sumarização e antecipação dos efeitos do pedido é bem vinda, posto que possibilita atender imediatamente a pretensão de uma das partes. Contudo, é preciso criar novos cargos de juízes, tanto em 1º como em segundo 2º grau de jurisdição para, ao lado de inovações processuais, garantir a rapidez nos serviços forenses;

19. sob a ótica crítica, a jurisdição civil é a real e efetiva solução da lide posto a conhecimento do Poder Judiciário, sob sua responsabilidade, com a finalidade de circular e distribuir rendas e bens de consumo;

20. em razão do pacto social, se a jurisdição restar inefetiva, deverá o Estado indenizar a parte insatisfeita, sub-rogando-se no crédito.

8.4

Jurisdição e processo de conhecimento

21. Deve-se restringir a área de abrangência do princípio do dispositivo e incrementar o princípio inquisitivo, para melhor tutela dos interesses dos demandantes;

22. os benefícios da Assistência Judiciária Gratuita devem ser estendidos aos serviços do foro extrajudicial. Qualquer ônus decorrente do serviço será suportado pelo Estado;

23. as escriturarias cíveis devem ser oficializadas;

24. deve-se criar cargos de perito judicial na área cível para realização de prova técnica;

25. deve-se adotar a teoria da individualização na causa de pedir, para permitir a discussão de direitos entre o autor e réu, com a ampliação da lide e economia de demandas;

26. deve ser tutelado no sistema processual brasileiro, em sede de tutela inibitória, a tutela dos direitos em formação, para garantir a existência de um direito em gestação;

27. deve-se adotar o rito sumário como procedimento padrão nos processos de conhecimento, uma vez que poderá conferir maior celeridade no trâmite das demandas;

28. deve o juiz submeter as normas aos fatos provados no processo, face a ampliação da lide permitida em razão da teoria da individualização da causa de pedir;

29. os limites subjetivos da coisa julgada devem ser aceitos pelo sistema processual, uma vez que, a realidade mostra a existência desse fenômeno;

30. o terceiro poderá beneficiar-se da coisa julgada *ultra partes*, consoante o disposto contido no artigo 103, II, do CDC, empregado analogamente, como medida de economia processual;

31. o terceiro prejudicado poderá opor-se aos efeitos mediatos da sentença com o expediente processual denominado *exceção de terceiro*, que pode ser oposta em apenso aos autos principais, como matéria dos embargos à execução ou de embargos de terceiro, quando constritado patrimônio do terceiro;

32. deve ser revisto procedimento dos recursos, sobretudo no que se refere ao preparo como pressuposto objetivo para admissibilidade do recurso (CPC, art. 511) e a regra do artigo 524, do CPC, no sentido de admitir o protocolo do recurso de agravo de instrumento, bem como das respectivas razões e contra-

razões, quando os litigantes residirem em comarca distante, principalmente se forem pessoas carentes de recursos econômicos.

8.5

Jurisdição e processo de execução

33. O processo de execução, na forma como atualmente está concebido, é um discurso da violência contra os bens e a honra do devedor, legitimado pelo Estado;

34. deve ser adotado o Princípio da Substancialidade nos Contratos bancários, ao fito de que não sejam admitidos como títulos executivos e de combater a situação de aparência que apresentam, posto que se encobre ilegalidades na composição e no cálculo da dívida;

35. o instituto da Fraude Contra Credores precisa ser reformulado para um trato processual mais dinâmico e célere, posto que, antes de ferir os interesses do credor, é uma ofensa à jurisdição;

36. deve ser criado no sistema processual, paralelo à ação pauliana, a *exceção de Fraude Contra Credores*, proposta pelo credor em face do devedor e do adquirente do bem, em apenso aos autos principais, com tratamento de incidente processual;

37. a *exceção de Fraude Contra Credor* será oposta no curso de ação capaz de reduzir o devedor à insolvência, com a possibilidade de concessão de tutela antecipatória, quando for verificada alienação do bem após a constituição da dívida ou da realização do ato ilícito;

38. a *exceção de Fraude Contra Credor* fundar-se-á na responsabilidade objetiva do devedor e do adquirente, com a inversão do ônus da prova, posto que há presunção legal de fraude na alienação realizada após a constituição da dívida ou da prática do ato ilícito;

39. devem ser extintas do procedimento da ação de execução as formalidades legais que travam a celeridade processual, tais como a expedição de editais de leilão ou praça;

40. deve ser extinta a figura da *alienação dos bens do devedor* como espécie de expropriação, devendo o bem ser simplesmente adjudicado ao credor;

41. deve ser reformado o usufruto de imóvel ou de empresa, com previsão no artigo 647, III, do CPC, de pouca utilidade, e incrementado para a espécie de *arrendamento do bem penhorado*, com ampla possibilidade de o credor explorar bem imóvel, móvel ou semovente, para satisfação da dívida;

42. deve ser reformada a técnica legislativa do artigo 520, do CPC, no sentido de apenas apontar as restritas hipóteses em que o recurso será recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo;

43. os embargos opostos pelo executado deverão estar isentos de custas processuais, submetidos pela teoria da individualização da causa de pedir e seguir o rito sumário;

44. deve ser reprimida pelo Estado a existência de bancos de dados em que constem cadastros de devedores inadimplentes, tais como Serasa e SPC, posto que ofendem a honra do devedor e a cobrança da dívida somente deverá recair sobre o seu patrimônio e não sobre a sua pessoa;

45. deve ser cominada multa diária nas hipóteses de inadimplemento das obrigações de fazer e não fazer de caráter infungível, com fundamento no artigo 461, do CPC. Sendo obrigação de caráter fungível, admite-se a sua execução por terceira pessoa, por conta e risco do devedor, ou a sua conversão em obrigação por quantia certa;

46. tratando-se de obrigação de fazer e não fazer, de caráter infungível e o seu inadimplemento resulta em dano à coletividade ou ao meio ambiente, poderá ser decretada a prisão civil do devedor pelo prazo de até 90 dias.

8.6

Reformas no Poder Judiciário

47. Deve ser implantado na Justiça Comum programa de qualidade total dos serviços forenses, ao fito de proporcionar *qualidade, rapidez e quantidade na prestação da tutela jurisdicional*;

48. os juízes devem ser incentivados a buscar os elementos *qualidade, rapidez e quantidade das atividades judiciárias* através de um sistema que permita aumento nos seus vencimentos;

49. devem ser preenchidos os cargos de juízes existentes e criados novos cargos, bem como os relativos aos auxiliares da justiça;

50. como medida paliativa, poderão ser lotados dois juízes na mesma vara cível para melhor desempenho da função jurisdicional;

51. o juiz deve permanecer pelo prazo mínimo de 2 anos na vara cível, salvo nas restritas hipóteses de imperiosa necessidade ou vacância do cargo da entrância superior em razão de desinteresse.

Propostas legislativas

Sumário: 9.1 Introdução. 9.2 Do rito sumário como procedimento padrão. 9.3 Da teoria da individualização da causa de pedir. 9.4 Dos limites subjetivos da coisa julgada material. 9.5 Da revisão dos procedimentos recursais. 9.6 Da reformulação do instituto da Fraude Contra Credores. 9.7 Da reformulação do procedimento da ação de execução. 9.8 Dos meios de coação para a efetividade da obrigação de fazer e não fazer de caráter infungível.

9.1

Introdução

No contexto da Teoria Crítica do Direito, coerentemente com a tese nuclear de Coelho, a respeito da práxis, é imperativo o exame das propostas *de lege ferenda* que deflui do texto. Isto justifica este

capítulo final, o qual encerra a pesquisa com as propostas de modificações das normas processuais em consonância com o que foi exposto e concluído.

No entanto, algumas sugestões não terão propostas legislativas, uma vez que residem no âmbito doutrinário ou estão direcionadas para a jurisprudência.

Assim, receberão propostas de alteração normativa as sugestões referentes à adoção do rito sumário como procedimento padrão, a adoção da teoria da individualização na causa de pedir, a ampliação dos limites subjetivos da coisa julgada, a revisão dos procedimentos recursais, da reformulação do instituto da Fraude Contra Credores, da reformulação do procedimento da ação de execução e dos meios de coação para a efetividade da tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer de caráter infungível.

9.2

Do rito sumário **como procedimento padrão**

Propõe-se que o artigo 272, do CPC, apresente a seguinte redação:

Art. 272. O procedimento comum é o sumário.

Parágrafo único. O procedimento especial rege-se pelas disposições que lhe são próprias, aplicando-se-lhe, subsidiariamente, as disposições gerais do procedimento sumário.

Propõe-se a extinção das disposições pertinentes aos artigos 274 e 275, ambos do CPC, bem como da nomenclatura dada ao Título VIII do Livro I.

Conseqüentemente, deverá a parte final do § 4º, do artigo 277, do CPC, - “(...) determinando, se for o caso, a conversão do procedimento sumário ou ordinário” - ser suprimida.

Propõe-se que a regra do artigo 280, inciso I, do CPC, não mais restrinja a intervenção de terceiros, passando a norma a ter a seguinte redação:

Art. 280. No procedimento sumário:

I - não será admissível ação declaratória incidental;

.....

O artigo 297, do CPC, passaria ter a seguinte redação:

Art. 297. O réu poderá oferecer, na audiência designada pelo juiz, oralmente ou em petição escrita, contestação e exceção.

De igual forma altera-se o artigo 299, do CPC:

Art. 299. A contestação será oferecida simultaneamente com a exceção, porém esta será processada em apenso aos autos principais, independentemente de ter sido deduzida por escrito ou oralmente.

Propõe-se a reformulação da etapa denominada “Das Providências Preliminares”, com a extinção da regra do artigo 323, do CPC, e com alteração dos artigos 324, 325, 326 e 327, todos do CPC, para extinguir o prazo especificado, salvo o prazo de 30 dias mencionado na parte final do artigo 327.

Na fase de saneamento do processo, deve-se extinguir por completo o artigo 331, *caput*, e seus parágrafos, do CPC, em razão do conteúdo disposto nos artigos 277, *caput* e § 1º, e 278, ambos do CPC.

9.3

Da teoria da individualização

da causa de pedir

Propõe-se que o artigo 282, do CPC, apresente a seguinte redação:

Art. 282. A petição inicial indicará:

.....

III - a relação jurídica que vincula as partes;

Com relação à defesa, propõe-se as seguintes modificações nos artigos 315, 316, 317 e 318, todos do CPC:

Art. 315. O réu poderá deduzir pedido na contestação no mesmo processo, toda vez que possuir relação jurídica com o autor e que não for objeto de tutela jurisdicional.

Parágrafo único. Não pode o réu, em seu próprio nome, deduzir pedido ao autor, quando este demandar em nome de outrem.

Art. 316. Deduzido o pedido, o autor deverá contestar na própria audiência, por seu advogado, salvo se por consentimento das partes, houver a suspensão da audiência, por prazo não superior a 10 dias.

Art. 317. A desistência da ação ou a existência de qualquer causa que a extinga, não obsta o prosseguimento do pedido deduzido pelo réu.

Art. 318. Julgar-se-á na mesma sentença, em primeiro a ação e, em seguida, o pedido deduzido pelo réu.

Relativamente ao ônus da prova, propõe-se que o *caput* do artigo 333, do CPC, tenha a seguinte redação:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto à relação jurídica exposta na inicial;

II - ao réu, quanto à existência de relação jurídica impeditiva, modificativa e extintiva do direito do autor;

III - ao réu da relação jurídica exposta quando deduzido pedido em relação ao autor.

Propõe-se ainda que todas as normas relativas à fase instrutória que designam “fato(s)” sejam substituídas pela expressão “relação(ões) jurídica(s)”.

9.4

Dos limites subjetivos

da coisa julgada material

Propõe-se a reformulação do artigo 472, do CPC, que passará a ter os seguintes parágrafos:

Art. 472.

Parágrafo primeiro. Entretanto, fará coisa julgada *ultra partes* a sentença que beneficiar terceiros que integram grupo, categoria ou classe, salvo a improcedência da pretensão por insuficiência de provas.

Parágrafo segundo. Poderá o terceiro opor-se aos efeitos mediatos da sentença através de exceção, que será apensada aos autos principais, sem prejuízo de outras medidas judiciais cabíveis.

9.5

Da revisão dos procedimentos recursais

Propõe-se a alteração da regra do artigo 511, do CPC, com a supressão da frase “(...) sob pena de deserção” e sua substituição pela frase “(...) sob pena de suspensão do processamento do recurso, seguida da intimação do recorrente para efetuar o preparo”.

Propõe-se, ainda, a reformulação do artigo 524, do CPC, com a inclusão do parágrafo único, que assim disporá:

Art. 524. O agravo de instrumento será dirigido diretamente ao tribunal competente, através de petição com os seguintes requisitos:

.....

Parágrafo único. Poderão interpor o recurso e os respectivos arrazoados na comarca de origem os litigantes assistidos pelo Programa de Assistência Judiciária ou algo equivalente, bem como os residentes em comarcas distantes da sede do tribunal, definidas pela organização judiciária local.

9.6

Da reformulação do instituto da

Fraude Contra Credores

Propõe-se acrescentar o parágrafo único ao artigo 593, do CPC, que passaria a ter a seguinte redação:

Art. 593. Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens:

.....

Parágrafo único. Se houver alienação dos bens antes do ajuizamento da ação, mas posteriormente à constituição da dívida ou da prática do ato ilícito, e com a redução do devedor à insolvência, poderá o credor opor exceção de Fraude Contra Credor a ser regida pelos seguintes princípios:

I - será apenso aos autos principais, caso não haja propositura de ação de anulação;

II - fundar-se-á na responsabilidade objetiva do devedor e do adquirente, com a inversão do ônus da prova;

III - poderá o juiz conceder tutela antecipatória para arresto do bem suspeito de fraude;

IV - caberá recurso de agravo de instrumento, recebido apenas no efeito devolutivo, da decisão que declarar a ineficácia da alienação em relação ao credor.

Também propõe-se a inclusão da Fraude

Contra Credor como uma das causas de ato atentatório à dignidade da justiça,

ao lado da fraude à execução, nestes termos:

Art. 600. Considera-se ato atentatório à dignidade da justiça o ato do devedor que:

I - frauda a execução ou as pretensões do credor;

.....

9.7

Da reformulação do procedimento da ação de execução

Propõe-se a extinção da *alienação dos bens do devedor* como espécie de expropriação, com previsão no artigo 646, I, do CPC.

Via de regra, propõe-se a eliminação das figuras da *praça e leilão*, previstas nos artigos 686 *usque* 707, todos do CPC.

A regra do artigo 708, I, do CPC, precisa ser reformulada uma vez que o dinheiro a ser entregue ao credor é proveniente de penhora ou da remição da execução.

Propõe-se, ainda, a possibilidade de haver a adjudicação de bens móveis e semoventes, com a seguinte inclusão no artigo 647, do CPC:

Art. 647. A expropriação consiste:

I - na adjudicação em favor do credor, dos bens imóveis, móveis e semoventes penhorados;

.....

Por fim, propõe-se a transformação do usufruto de imóvel ou de empresa na figura de arrendamento, de bens imóveis, móveis ou semoventes, nos seguintes termos:

Art. 647. A expropriação consiste:

.....

II - no arrendamento dos bens imóveis, móveis ou semoventes do devedor.

Via de consequência, as normas previstas nos artigos 714 a 729, do CPC, devem ser re-adequadas, para que conste das mesmas a espécie *arrendamento* e a possibilidade de incidir em bens imóveis, móveis ou semoventes. Propõe-se a reformulação do artigo 740, do CPC, com a eliminação do § único, que passa a apresentar a seguinte redação:

Art. 740. Recebidos os embargos, adotar-se-á o rito sumário, aplicando as normas pertinentes ao processo de conhecimento.

9.8

Dos meios de coação para a efetividade das obrigações de fazer e não fazer de caráter infungível

Propõe-se a inclusão do parágrafo único do artigo 632, do CPC, que passa a ter a seguinte redação:

Art. 632. Quando o objeto da execução for obrigação de fazer, o devedor será citado para satisfazê-la no prazo que o juiz lhe assinar, se outro não estiver determinado no título executivo.

Parágrafo único. Tratando-se de obrigação de caráter infungível, poderá o juiz decretar a prisão civil do devedor por prazo não superior a 90 dias, na hipótese do inadimplemento representar dano à coletividade ou ao meio ambiente.

Propõe-se a alteração da regra do artigo 643, do CPC, que apresentará a seguinte redação:

Art. 642. Se o devedor praticou o ato, a cuja abstenção estava obrigado pela lei ou pelo contrato, o credor requererá ao juiz que lhe assine prazo para desfazê-lo.

Parágrafo único. Tratando-se de obrigação de caráter infungível, poderá o juiz decretar a prisão civil do devedor por prazo não superior a 90 dias, na hipótese do inadimplemento representar dano à coletividade ou ao meio ambiente.

Bibliografia

- AGNOL Jr., ANTÔNIO JANYR DALL'. **Fraude Contra Credores: Estrutura e Função**. Artigo publicado na Revista Jurídica. Porto Alegre. Editora Síntese. 1991. Volume 166.
- ALBERTINI, PIERRE, et alii. **La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1798**. Paris. Editora Economica. 1993.
- ALLORIO, ENRICO. **Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria**. Artigo publicado na Rivista Trimestale di Diritto e Procedura Civile. [s.l.] [s.n.]1948.
- ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos Ideológicos de Estado - Notas sobre os Aparelhos Ideológicos de Estado**. Tradução de Walter José Evangelista. 5ª edição. Rio de Janeiro. Edições Graal. 1985.
- BARBI, CELSO AGRÍCOLA. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Volume I. Tomo II. Rio de Janeiro-São Paulo. Editora Forense. 1975.
- BIDET, JACQUES. **Pour une réinterprétation métastructurelle du contractualisme**. Artigo publicado na Revista Archives de Philophie du Droit - droit et économie. Paris. Éditions Sirey. 1992. Tome 37.
- BORGES, JOÃO EUNÁPIO. **Títulos de Crédito**. 2ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 1971.
- BULGARELLI, WALDIRIO. **Contratos Mercantis**. 5ª edição. São Paulo. Editora Atlas S/A. 1990.
- CALAMANDREI, PIERO. **Instituciones de Derecho Procesal Civil**. Traducción de la segunda edicion italiana y estudio preliminar por Santiago Sentis Melendo. Volumen I. Buenos Aires. Ediciones Juridicas Europa-America. 1973.
- CARNELUTTI, FRANCESCO. **Instituciones del Proceso Civil**. Traducción de la quinta edicion italiana por Santiago Sentis Melendo. Volumen I. Buenos Aires. Ediciones Juridicas Europa-America. 1973.

- CHIOVENDA, GIUSEPPE. **Princípios de Direito Processal Civil**. Traducción española de la tercera edición italiana y prólogo del Profesor Jose Casais y Santaló. Tomo I. Madri. Reus, S.A. 1977.
- CINTRA, ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO, et ali. **Teoria Geral do Processo**. 11ª edição. São Paulo. Editora Malheiros. 1995.
- CLEVE, CLEMERSON MERLIN. **O Direito e os Direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo**. São Paulo, Editora Acadêmica. Curitiba, Scientia et Labor. 1988.
- COELHO, LUIZ FERNANDO. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**. 2ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 1981.
- , **Teoria Crítica do Direito**. 2ª edição. Porto Alegre. Sérgio Antonio Fábris Editor. 1991.
- COHEN, PERCY S. **Teoria Social Moderna**. Tradução de Christiano Monteiro Oiticica. 2ª edição. Rio de Janeiro. Zahar Editores. 1976.
- CORREAS, ÓSCAR. **Crítica da Ideologia Jurídica - Ensaio Sócio-Semiológico**. Tradução de Roberto Bueno. Porto Alegre. Sérgio Antonio Fábris Editor. 1995.
- COSTA, NEWTON C. A. DA. **O Conhecimento Científico**. São Paulo. Discurso Editorial. 1997.
- CRUZ, JOSÉ RAIMUNDO GOMES DA. **Causa de Pedir e Intervenção de Terceiros**. Artigo publicado na Revista dos Tribunais. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1990. Volume 662.
- DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. **A instrumentalidade do processo**. 4ª edição. São Paulo. Editora Malheiros. 1994.
- , **Execução Civil**. 5ª edição. São Paulo. Editora Malheiros. 1997.
- FERREIRA, PINTO. **Sociologia do Desenvolvimento**. 5ª edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1993.
- FURTADO, CELSO. **De onde vem a utopia**. Artigo publicado no Jornal Folha de São Paulo - Caderno Jornal de Resenhas. São Paulo. Edição de 09/08/1997. Nº 29.
- GRECCO FILHO, VICENTE. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 9ª edição. Volume 2. São Paulo. Editora Saraiva. 1995.
- GOMES, CIRO. ROBERTO MANGABEIRA UNGER. **O Próximo Passo - Uma alternativa prática ao neoliberalismo**. Rio de Janeiro. Editora Topbooks. 1996.

Jornal Folha de São Paulo. Caderno 1 - Brasil. São Paulo. Edição de 11/04/1997.

----- Caderno 1 - Brasil. São Paulo. Edição de 13/07/1997.

----- Caderno Folha-Dinheiro. São Paulo. Edição de 16/08/1997.

----- Caderno 1 - Brasil. São Paulo. Edição de 03/11/1997.

KELSEN, HANS. **Teoria Pura do Direito**. Tradução do Drº João Baptista Machado. 3ª edição. Coimbra. Armênio Amado Editor. 1974.

LEITE, EDUARDO DE OLIVEIRA. **A Monografia Jurídica**. 3ª edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1997.

LIEBMAN, ENRICO TULLIO. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvido Aires. 3ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 1984.

MARCUSE, HERBET. **A Ideologia da Sociedade Industrial - O homem unidimensional**. Tradução de Giasone Rebuá. 6ª edição. Rio de Janeiro. Zahar Editores. 1982.

MARINONI, LUIZ GUILHERME. **O Direito à Adequada Tutela Jurisdicional - O caso da proibição da concessão de liminares e da execução provisória da sentença nas ações cautelares e no mandado de segurança**. Artigo publicado na Revista dos Tribunais. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1991. Volume 663.

----- **Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1992.

----- **Efetividade do Processo e Tutela de Urgência**. Porto Alegre. Sérgio Antonio Fábris Editor. 1994.

----- **Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1997.

MARQUES, JOSÉ FREDERICO. **Manual de Direito Processual Civil**. 5ª edição. 1º volume. São Paulo. Editora Saraiva. 1975.

MARX, KARL. **O Capital**. Tradução de Gesner de Wilton Morgado. Rio de Janeiro. Editora Melso S/A. 1968.

MILLS, C. WRIGHT. **A Elite do Poder**. Tradução de Waltensir Dutra. 2ª edição. Rio de Janeiro. Zahar Editores. 1968.

MOREIRA, LENICE SILVEIRA. **A onerosidade excessiva das taxas de juros e demais encargos cobrados pelas instituições financeiras**. Artigo publicado na Revista IOB de Jurisprudência. 1997. Volume 8. Caderno 3. [s.l.] [s.n.]

- OPPÉTIT, BRUNO. **Droit et économie**. Artigo publicado na Revista Archives de Philosophie du Droit - droit et économie. Paris. Éditions Sirey. 1992. Tome 37.
- PASSOS, JOSÉ JOAQUIM CALMON DE. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Volume III. Rio de Janeiro-São Paulo. Editora Forense. 1974.
- PAULA, JÔNATAS LUIZ MOREIRA DE. **Direito Subjetivo e Direito de Ação - Uma proposta a respeito da origem, lesão e reparação de direitos**. Artigo publicado na Akrópolis Revista da Unipar. Nº 05. Umarama. Imprensa Unipar. 1994.
- **Ação Monitória - Do Procedimento Monitório**. Artigo publicado na Revista Jurídica. Porto Alegre. Editora Síntese. 1996. Volume 222.
- **O Costume no Direito**. Campinas. Editora Bookseller. 1997.
- PORTANOVA, RUI. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 1995.
- RAPISARDA, CRISTINA. **Profili della Tutela Civile Inibitoria**. Padova. Cedam. 1987.
- RESTIFFE, LAURO PAIVA. **Jurisdição, Inação e Ação**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1987.
- SALDANHA, NELSON. **Sociologia do Direito**. 3ª edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1989.
- SILVA, OVIDIO A. BAPTISTA DA. **Curso de Processo Civil**. 2ª edição. Volume I. Porto Alegre. Sérgio Antonio Fábris Editor. 1991.
- **Sentença e Coisa Julgada**. 3ª edição. Porto Alegre. Sérgio Antonio Fabris Editor. 1995.
- **Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1996.
- **Reforma dos Processos de Execução e Cautelar**. Artigo publicado na Revista Jurídica. Porto Alegre. Editora Síntese. 1997. Volume 231.
- SLAIB FILHO, NAGIB. **Sentença Cível (Fundamentos e Técnica)**. Rio de Janeiro. Editora Forense. 1991.
- SOUZA, NEOMÉSIO JOSÉ DE. **Intervencionismo e Direito**. Rio de Janeiro. Editora AIDE. 1984.

- TARELLO, GIOVANNI. Storia della cultura giuridica moderna - Assolutismo e codificazione del diritto. Bologna. Società editrice il Mulino. 1976.
- TARUFO, MICHELE. Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione. Artigo publicado na Revista di Diritto Privatto. [s.l.] [s.n.]1986.
- TARZIA, GIUSEPPE. Per la revisione del Codice di Procedura Civile. Rivista di Diritto Processuale. Nº 4. Milani.Cedam.1996.
- TEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. Direito e Processo - Direito Processual ao Vivo. 5º volume. Rio de Janeiro. Aide Editora. 1997.
- TERRÉ, FRANÇOIS. La crise de la loi. Artigo publicado no Archives de Philosophie du Droit - La Loi - publié avec le concours du C.N.R.S. Paris. Édition Sirey. 1980. Tome 25.
- THUROW, LESTER C. O Futuro do Capitalismo - Como as forças econômicas moldam o mundo de amanhã. Rio de Janeiro. Editora Rocco. 1997. Tradução de Nivaldo Montigelli Jr.
- TOLEDO, FRANCISCO DE ASSIS. Princípios Básicos de Direito Penal. 4ª edição. São Paulo. Editora Saraiva. 1991.
- TUCCI, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E. A Causa Petendi no Processo Civil. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1993.
- e LUIZ CARLOS DE AZEVEDO. Lições de histórica do processo civil romano. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1996.
- ZENATI, FRÉDÉRIC. Le droit et l'économie au-delà de Marx. Artigo publicado no Archives de Philosophie du Droit - droit et économie. Paris. Éditions Sirey. 1992. Tome 37.
- Le procès, lieu du social. Artigo publicado na Revista Archives de Philosophie du Droit - Le procès. Paris. Éditions Sirey. 1992. Tome 39.
- WAMBIER, LUIZ RODRIGUES. A reforma do CPC - 2ª fase. Artigo publicado no Jornal O Estado do Paraná. Caderno Direito e Justiça. Curitiba. Edição de 12/10/1997.
- WOLKMER, ANTONIO CARLOS. Pluralismo Jurídico. São Paulo. Editora Alfa-Omega. 1995.