

Revista Eletrônica - ISSN 2236-8981 - VOLUME 2. N. 6. JUNHO DE 2012

Temas Atuais de Processo Civil



www.temasatuaisprocessocivil.com.br

EDITORIAL

Depois de um período de reestruturação técnica a Revista **Temas Atuais de Processo Civil** encerra a sua última edição mensal, uma vez que seguirá, a partir deste mês, em edições trimestrais.

Os dois primeiros artigos desta edição, escritos, respectivamente, por *Clênio Denardini Pereira* e por *Wesley Corrêa Carvalho*, abordam dois temas de suma relevância em tempos de reformas processuais: os embargos infringentes e as prerrogativas da Fazenda Pública, trabalhados de forma bastante profunda e esclarecedoras pelos seus autores.

A seguir, é apresentado o artigo de autoria do professor *Jonathan Iovane de Lemos*, intitulado “O processo de execução e a influência cultural em sua delimitação: das medidas subrogatórias e das técnicas executivas pré-determinadas à tipicidade dos meios”, cuja temática afigura-se ligada à evolução do processo civil de acordo com os elementos culturais que permeiam a noção de Estado, notadamente no que tange ao processo de execução, questão sobremaneira importante para uma análise atual da matéria.

Por fim, *Samuel de Oliveira Fritz* faz uma interessantíssima releitura do direito de ação, traçando sua evolução no Estado Liberal até chegar à noção de Estado Democrático de Direito.

Agradecemos aos colaboradores e desejamos a todos uma excelente leitura!

Os Editores

SUMÁRIO

<i>A EXTINÇÃO DOS EMBARGOS INFRINGENTES NO ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL</i>	<i>4</i>
<i>Clênio Denardini Pereira</i>	
<i>PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO: POR QUE ELAS SIMPLEMENTE NÃO ACABAM</i>	<i>18</i>
<i>Wesley Corrêa Carvalho</i>	
<i>O PROCESSO DE EXECUÇÃO E A INFLUÊNCIA CULTURAL EM SUA DELIMITAÇÃO: DAS MEDIDAS SUB-ROGATÓRIAS E DAS TÉCNICAS EXECUTIVAS PRÉ-DETERMINADAS À ATIPICIDADE DOS MEIOS.....</i>	<i>27</i>
<i>Jonathan Iovane de Lemos</i>	
<i>O DIREITO DE AÇÃO: EVOLUÇÃO DO ESTADO LIBERAL PARA O ATUAL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....</i>	<i>56</i>
<i>Samuel de Oliveira Fritz</i>	

A EXTINÇÃO DOS EMBARGOS INFRINGENTES NO ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Clênio Denardini Pereira¹

RESUMO: O processo civil brasileiro tem a tendência de, atualmente, buscar maior celeridade aos processos que norteiam na seara cível. É notório observar certa morosidade nos processos uma vez que existe enorme gama de autos nas varas e tribunais da justiça brasileira. Todavia, existe projeto de reforma do Código de Processo Civil onde pode-se visualizar a exclusão dos embargos infringentes do seu conteúdo. Constantemente se verifica discussões doutrinárias a cerca da finalidade dos embargos infringentes no processo civil. Neste feito, com o novo CPC que ora se discute, uma vez excluídos os referidos embargos, ganharíamos em celeridade nos processos haja vista que seria dado prosseguimento a acórdão de apelação ou ação rescisória não unânime, deixando-se de existir “recurso de recurso”. Todavia há de se verificar se estará presente a devida segurança jurídica no tocante a inexistência destes embargos infringentes, bem como quais as possíveis lacunas e as soluções para suprir-las.

Palavras-chave: embargos infringentes atualmente, anteprojeto novo Código Processo Civil, exclusão embargos infringentes

ABSTRACT: The Brazilian civil procedure tends to currently seeking more speed to the processes that govern the civil harvest. It is remarkable to observe delays in some cases since there is huge range of cars and rods in Brazilian courts of justice. However, no project to reform the Code of Civil Procedure where you can view the exclusion of the embargoes infringing content. Constantly finds doctrinal discussions about the purpose of infringing on the civil embargoes. In fact, with the new Code that is now being discussed, once excluded from the embargoes, gain in speed in the process given that the ruling would be given further appeal or action for rescission not unanimous, leaving there "feature feature" . However one has to verify that this is the necessary legal certainty regarding the absence of infringing embargoes, as well as what the possible gaps and what solutions to meet them.

Keywords: embargoes currently infringing, draft new Civil Procedure Code, excluding infringing embargoes

SUMÁRIO: 1. *Introdução*; 2. *Do conceito e do cabimento dos embargos infringentes no processo civil brasileiro*; 3. *Breve apanhado histórico dos embargos infringentes*; 4. *Modificações da lei nº 10.352, de 26.12.2001, sobre os embargos infringentes*; 5. *Efeitos da interposição dos embargos infringentes*. 5.1. *Efeito devolutivo dos embargos infringentes*. 5.2. *Efeito suspensivo dos embargos infringentes*; 6. *Da manutenção ou exclusão dos embargos infringentes*; 7. *Projeto lei no Senado nº 166/2010 e as inovações em matéria de recursos, especificamente embargos infringentes*; 8. *Possíveis problemas mediante ratificação da exclusão dos embargos infringentes do Novo Código de Processo Civil*; 9. *Considerações finais*; 10 *Referências bibliográficas*.

¹ Mestrando em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito Universidade do Porto. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera/Uniderp em parceria com IDRS. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade de Santa Cruz do Sul. E-mail: cleniodp@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

Mediante as evoluções das sociedades, notoriamente ocorrem reflexos na esfera judiciária. Em decorrência disto a cada dia se estendem os numerosos processos nas varas e tribunais de justiça em crescente diária. Em face deste aumento da demanda o processo, principalmente o civil, tende a sofrer mutações para melhor comportar estes avanços.

Dentre estas modificações podemos observar por exemplo a criação dos processos eletrônicos onde tem por escopo a facilitação ao acesso a justiça brasileira. Neste caso específico haveria diminuição significativa de autos processuais em papel arquivados nos “estoques” das prateleiras das varas e tribunais. Em contrapartida, uma vez que se facilite o acesso a justiça através dos processos eletrônicos, conseqüentemente existe a tendência de aumento considerável das demandas.

Neste feito, se observa que os legisladores evidenciam esforços na busca constante do acesso a justiça e da celeridade processual a fim de sentenciar os inúmeros processos “parados” na justiça.

Não estamos aqui discutindo a questão da segurança jurídica, mas sim da questão da celeridade processual. Assim sendo, nota-se que se encontra em questionamento o Projeto de Lei no Senado nº 166/2010 (PLS 166/2010), que tem por filosofia trazer mudanças ao processo civil brasileiro, com intuito de invocar respostas atuais aos questionamentos que ainda afligem os operadores do direito.

Dentre os citados questionamentos e aflições dos operadores do direito, encontra-se no Código de Processo Civil vigente, os embargos infringentes que pode-se dizer que é empregado hoje como “recurso do recurso”, uma vez que somente pode-se embargar contra acórdão não unânime de apelação, além disso em acórdão não unânime proferido em rescisória.

Conseqüentemente, nos dias atuais, com o exemplo do cabimento dos embargos infringentes, evidencia-se que a justiça brasileira encontra-se de certa forma lenta, isto, pois, neste caso específico, o operador do direito interpõe embargos de um acórdão de apelação com voto divergente e ainda tem a possibilidade de agravar em caso da não admissibilidade dos embargos por parte do relator. Logo, se faz notória e compreensível a atenção à segurança jurídica, o duplo grau de jurisdição e etc, porém notadamente verifica-se que o processo civil atualmente mantém um emaranhado de prazos processuais que tendem a morosidade

processual.

Em atenção a estes quesitos que se propôs o presente Projeto de Lei que tem por escopo resolver estes questionamentos. Ao longo do projeto verifica-se que no intuito de promover celeridade processual, propõe-se a exclusão dos embargos infringentes no novo Código de Processo Civil, haja vista que é matéria processual que muitos questionam sua permanência como por exemplo o doutrinador Araken de Assis², que afirma em sua obra: “o recurso de embargos infringentes não se justifica no presente momento histórico”.

De certa forma, mesmo anteriormente ao anteprojeto do Novo Código de Projeto Civil, perduravam discussões sobre a real necessidade da existência deste recurso. Alguns doutrinadores entendiam que causavam os embargos infringentes, atrasos desnecessários ao andamento processual. Nesta observância, o anteprojeto tem como objetivo simplificar os procedimentos processuais, neste caso recursal, deixando de existir os referidos embargos.

Naturalmente, sempre que ocorre mudanças subsistem as consequências decorrentes destas. Portanto, deve-se estudar as eventuais consequências da extinção dos embargos infringentes.

Destarte, o tema merece ser questionado a fim de se analisar o porquê da exclusão dos embargos infringentes do processo civil brasileiro. Quais os fatores positivos e negativos de sua possível inexistência a partir do novo Código de Processo Civil que ora se propõe. Além de verificar como suprir-se-á sua função, em caso de exclusão do CPC.

Assim sendo, o presente artigo científico abordará alguns aspectos importantes no tocante aos embargos infringentes no processo civil. Para se atingir tais objetivos anteriormente apontados utilizar-se-á pesquisa bibliográfica minuciosa a fim de se buscar os resultados almejados. De mesma forma será contemplado o método dedutivo, partindo das mudanças gerais do anteprojeto para a parte recursal e precisamente dos embargos infringentes, bem como comparando com seu emprego no atual Código de Processo Civil.

2 DO CONCEITO E DO CABIMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

O CPC vigente, no seu artigo 530, conceitua os embargos infringentes como sendo recurso cabível contra acórdão não-unânime proferido em apelação ou ação rescisória,

² ASSIS, Araken de. *Manual de recursos*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008. p. 559.

dirigido ao próprio tribunal que pronunciou a decisão impugnada.

Em análise ao próprio artigo citado, podemos observar que seriam, os embargos infringentes, como um recurso do recurso. Ora esta interposição realizada, de certa forma, vem a tardar o andamento processual.

As mudanças propostas pelo anteprojeto do novo CPC, visam dar celeridade aos processos em curso, diferentemente da atual finalidade dos embargos infringentes.

Contrapondo a referida celeridade, aponta Humberto Theodoro Júnior ao afirmar³: “embora silencie a lei, reconhece-se em doutrina o efeito suspensivo aos embargos infringentes”.

Em virtude da interferência da celeridade processual, já existiam discussões anteriores sobre a necessidade de permanência dos embargos infringentes na seara recursal processual civil. Esta argumentação se sustenta na citação infra⁴:

a discussão sobre a manutenção dessa modalidade recursal é anterior à promulgação do Código de Processo Civil vigente, cujo Anteprojeto já não continha embargos infringentes, os quais vieram a ser inseridos por uma emenda feita no Congresso Nacional.

Vale ressaltar que os embargos infringentes, atualmente, somente se admitem contra acórdãos dos tribunais de 2º grau, não cabendo, pois, ao juízo de 1º grau como se observava recurso de espécie nas ações de pequena monta, também conhecida como as causas de alçada no código anterior.

Logo, tem por finalidade o re-exame de acórdãos proferidos em apelação e ação rescisória no que tange a divergência entre os juízes. Para que haja a possibilidade de interposição dos embargos infringentes é indispensável que tenha ocorrido voto vencido de algum magistrado.

Assim sendo, Vicente Greco Filho nos apresenta o seguinte apontamento⁵:

o desacordo entre juízes se apura-se pela conclusão do pronunciamento de cada votante, não pelas razões que invoque para fundamentá-lo. Pode ocorrer que um ou mais juízes diverjam quanto à argumentação, mas não quanto a conclusão. Neste caso, não existe a divergência que possa ensejar os embargos infringentes. O magistrado que desenvolveu a argumentação própria pode, até, fazer declaração escrita de voto, mas desde que seja, na conclusão, também vencedor com os demais, não nasce a possibilidade de embargos.

³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do direito processual civil e o processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 692.

⁴ ALVIM, Arruda. *Notas sobre o projeto de novo Código de Processo Civil. Mar 2011*. Disponível em: <<http://www.arrudaalvim.com.br/Site/visualizarartigo.phpartigo=2&data=14/03/2011&titulo=notas-sobre-o-projeto-de-novo-codigo-de-processo-civil>> Acesso em: 07 ago 2011.

⁵ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 2003. p. 322.

Por consequência, observa-se que o voto vencido não necessariamente deve ser voto oposto, mas sim divergente quantitativa ou qualitativamente. Assim sendo, somente pode se pedir a reforma por meio de embargos no que se houver divergente, ora, diferente da maioria de votos.

Como recurso, embargos se constituem em recurso cabível perante o mesmo juízo que prolatou a decisão de que se recorre, objetivando a sua declaração ou a sua reforma⁶.

Ainda, serão opostos por petição e endereçados ao relator da apelação ou ação rescisória, processados nos mesmos autos da causas, tendo como prazo para interposição, 15 dias, podendo ainda agravar, tendo como prazo 5 dias, quando o relator indeferir estes embargos uma vez que entender incabível tal recurso.

3 BREVE APANHADO HISTÓRICO DOS EMBARGOS INFRINGENTES

Em sua excepcional obra, Araken de Assis, aponta que evoluíram os embargos infringentes do simples pedido de reconsideração oposto contra as sentenças. Essa consideração representava expediente criado para atalhar dificuldades práticas relacionadas ao procedimento da apelação no antigo direito português, cabível contra sentenças “ou para declará-las (embargos de declaração), ou para dificultá-las, isto é, alterá-las em algum ponto, ou alguns pontos indicados, em virtude de razão suficiente (embargos modificados), ou para as revogar, no todo, ou na parte principal (embargos ofensivos)⁷.”

Apesar de algumas divergências sobre o real surgimento dos embargos infringentes, sendo originárias de lei de D. Afonso III (1248-1279) ou das Ordenações Afonsinas, ora menos relevantes para o presente artigo científico, podemos dizer que os respectivos embargos tiveram surgimento, no Brasil, por Disposição Provisória de 29.11.1832.

Quanto a este momento da história dos embargos infringentes se faz conveniente citar o trabalho bibliográfico realizado pela Advogada da União, Leidiane Mara Meira Jardim⁸:

no Brasil, o primeiro diploma legal a tratar do assunto, segundo Herman Homem de Carvalho (1997:108), foi a Disposição Provisória, de 29.11.1832 e em seguida o

⁶ FERIANI, Luis Arlindo. *Manual de direito processual civil*. Campinas : Bookseller, 2000. p.331.

⁷ ASSIS, Araken de. *Manual de recursos*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008. p. 558.

⁸ JARDIM, Leidiane Mara Meira. *Embargos infringentes*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 77, 01/06/2010. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7851. Acesso em 01/10/2011.

Regulamento nº 737. O Código de Processo Civil de 1939 trazia os embargos de nulidade e infringentes, os quais no Código de 1973 passaram a se chamar embargos infringentes. A inclusão ou permanência dos embargos infringentes no Código de Processo Civil sempre foi motivo de inúmeras críticas. A doutrina diverge muito sobre a necessidade de sua existência: para Pedro Batista Marfins era um recurso que tenderia a desaparecer: Fadei o classifica como recurso de grande importância nos tribunais; Lavenhagen, apesar de não elogiar o instituto, manifestou-se pela sua inclusão no Código; Carlos Silveira Noronha o considera sucedâneo da apelação nas causas julgadas em única instância, quando há competência originária dos tribunais; Athos Gusmão Carneiro explica sua existência pela extinção do recurso de revista; Sérgio Bermudes e Moniz de Aragão sugerem o seu desaparecimento. (sem grifo no original)

Realizado um breve apanhado histórico dos embargos infringentes no sistema processual civil brasileiro, observamos que é recurso de origem portuguesa. Hodiernamente o direito português não possui mais tal recurso. Neste feito, passa a ser recurso peculiar ao direito brasileiro.

No que tange a necessidade da permanência de tal recurso no sistema processual civil brasileiro, será algo a ser discutido na sequência deste trabalho, uma vez que existe projeto de reforma do CPC e em caso de aceitação ocorrerá sua exclusão do novo Código, motivo pelo qual se verifica com este trabalho a causas da exclusão e as possíveis lacunas que são decorrentes de tal exclusão.

4 MODIFICAÇÕES DA LEI Nº 10.352, DE 26.12.2001, SOBRE OS EMBARGOS INFRINGENTES

A lei 10.352, de 26.12.2001, apresentou modificações no que tange aos embargos infringente, restringindo o cabimento deste tipo de recurso. Uma vez que o artigo 530 do CPC apresenta a expressão “acórdão não unânime”, em apelação o recurso reforma sentença de primeiro grau, sentença de mérito, não contemplando assim o acórdão que confirma, mesmo por maioria, a sentença apelada, bem como o acórdão que reforme ou mantenha sentenças apenas terminativas. Ocorre julgamento de mérito nas hipóteses enunciadas no artigo 269 do CPC, tornando pois, critério formal admissível para aplicação do artigo 530 também do CPC.

Desta forma tem julgado o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁹:

⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. *Embargos Infringentes* Nº 70041881046, Décimo Primeiro Grupo Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genaro José Baroni Borges, Julgado em 17/06/2011. Disponível em : http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=embargos+infringentes+lei+10.352&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields%28TipoDec%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%%29&requiredfields=&as_q= . Acesso em 02 OUT 11.

ementa: EMBARGOS INFRINGENTES. ACÓRDÃO QUE DESCONSTITUIU A SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU. NÃO CABIMENTO DE EMBARGOS INFRINGENTES. INCIDÊNCIA DO ART. 530 DO CPC. ALTERAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI 10.352/2001. A nova sistemática dos Embargos Infringentes, introduzida pela Lei 10.352, de 26.12.01, limitou a interposição do recurso aos casos em que o acórdão não unânime tenha reformado em grau de apelação, no todo ou em parte, a sentença de mérito proferida pelo juízo "a quo". O cabimento dos Embargos Infringentes está vinculado à reforma da sentença. In casu, o acórdão embargado desconstituiu a d. sentença e determinou o retorno dos autos à origem, oportunizando-se a realização de prova pericial para avaliação da adequação, necessidade e possibilidade de substituição do medicamento requerido. Deste modo, não houve reforma da sentença, mas sim sua desconstituição. Tanto assim que outra deverá ser proferida após a realização da prova pericial. Forte no disposto no art. 530 do CPC, se impõe o não conhecimento dos Embargos Infringentes, por incabíveis. Não conheceram. Unânime. (Embargos Infringentes Nº 70041881046, Décimo Primeiro Grupo Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genaro José Baroni Borges, Julgado em 17/06/2011)

Neste sentido, cita-se o doutrinador Humberto Theodoro Júnior que afirma em sua obra, o seguinte¹⁰:

a divergência que autoriza o manejo dos embargos infringentes só pode versar sobre o mérito da causa. Questões solucionadas no campo das condições da ação ou do pressuposto processuais são inadequadas ao debate próprio deste tipo de recurso. Só a divergência em torno da solução de mérito é que, nos tempo da lei, pode ser inovada, na espécie.

Por outra vênua, recentemente o relator, Ministro Castro Meira, proferiu em Recurso Especial Nº 1113175 que, quando a sentença de mérito reformada por maioria de votos, caberão os embargos, *ainda que para discutir matérias auxiliares, como honorários advocatícios.*

O referido julgado fora, portanto, totalmente o oposto do pensamento do nobre doutrinador anteriormente citado. No conjeturado o relator entendeu que embargos infringentes podem julgar até mesmo honorários advocatícios e por sua vez o doutrinador labuta que podem somente matérias relativas ao mérito da causa. E definitivamente os honorários advocatícios em embargos infringentes não configuram mérito da causa, ferindo totalmente o quesito celeridade processual.

Nitidamente, ao reformar o artigo 530, o legislador teve por intenção restringir o cabimento dos embargos infringentes ao mérito da causa, haja vista que hodiernamente embargável é o acórdão que soluciona questão de mérito e não matéria preliminar.

¹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do direito processual civil e o processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 693.

No caso da ação rescisória, os embargos infringentes serão admitidos unicamente quando da sua procedência, caso contrário, decretada improcedência ou extinção sem apreciação do mérito, não serão admissíveis.

Na apelação, como na ação rescisória, porém, não se distingue se a matéria é processual ou de mérito, se preliminar ou principal. Desde que o tribunal tenha conhecido a matéria por força de apelação ou ação rescisória, havendo voto vencido, há possibilidade de embargos¹¹.

Tocante ao relator dos embargos, primeiramente oportuniza as contra-razões ao embargado e na sequência o seu cabimento, tudo conforme o artigo 531 CPC. Ainda, a definição do relator será conforme regimento interno do tribunal, havendo assim a disponibilidade. Caso contrário, existindo a necessidade de escolha de outro relator, sempre que possível, será eleito juiz que não tenha participado de julgamento anterior.

Neste momento conforme o apanhado do conteúdo apresentado no presente artigo científico começou a questionar se realmente existe a necessidade da manutenção dos embargos infringente no Código de Processo Civil. Por tal motivo que se deixa de prestigiar os referidos embargos, sendo apontados como excludentes do novo CPC.

5 EFEITOS DA INTERPOSIÇÃO DOS EMBARGOS INFRINGENTES

5.1 EFEITO DEVOLUTIVO DOS EMBARGOS INFRINGENTES

Os embargos infringentes possuem logicamente efeito devolutivo, pois o conhecimento da matéria impugnada será devolvido ao órgão *ad quem*, tendo como escopo a busca de um novo julgamento, apesar de haver entendimento contrário do doutrinador Humberto Theodoro Júnior.

Conforme jurisprudência, o efeito devolutivo terá sua extensão de acordo com o seu limite de divergência, sendo este vinculado ao voto vencido¹².

ementa: EMBARGOS INFRINGENTES. APELAÇÃO CÍVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. RESCISÃO DE CONTRATO. DEVOLUÇÃO DE VALORES. RESTRITAS AS HIPÓTESES DE CABIMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES AO PRECEITUADO NO ART. 530 DO CPC. NÃO

¹¹ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 2003. p.323

¹² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. *Embargos Infringentes* Nº 70029995008, Nono Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes, Julgado em 18/03/2011. Disponível em http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=embargos+infringentes+efeito+devolutivo&tb=jurisnova&pesq=ementario&part%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25%29&requiredfields=&as_q= Acesso em 02 Out 2011.

CONHECIMENTO DO RECURSO DOS AUTORES. EMBARGOS INFRINGENTES INTERPOSTOS PELOS AUTORES. Efeito devolutivo restrito dos embargos infringentes. *O campo da devolução fica limitado à extensão da divergência verificada no julgamento recorrido.* Dessa forma, não é de ser conhecido o recurso quanto ao pedido de prevalência do voto vencido com relação ao pagamento de indenização a título de aluguéis, porquanto não reformada a sentença de mérito no ponto. Igualmente incabível, em sede de embargos infringentes, proceder à inovação do pedido inicial, no que se refere à pretensão de incidência de juros compostos decorrentes de prática de ato ilícito. A fixação da sucumbência, no caso concreto, adquire caráter acessório com relação ao pronunciamento judicial, porquanto distribuídos proporcionalmente, em grau recursal, de acordo com o decaimento de cada parte. EMBARGOS INFRINGENTES INTERPOSTOS PELA RÉ. Contexto probatório que demonstra a existência da dação em pagamento efetuada pelo autor, ainda que a transação não tenha sido objeto de registro. Correlação entre a planilha de pagamento apresentada pelo demandante e os extratos bancários do sócio da empresa vendedora. Dever de restituição. Os juros a incidir, no caso, são aqueles decorrentes da mora caracterizada com a citação do devedor, nos termos do art. 219 do CPC. Preponderância do voto vencido apenas com relação aos juros moratórios, que incidem a partir da citação. À UNANIMIDADE, NÃO CONHECERAM DOS EMBARGOS INFRINGENTES DOS AUTORES E, POR MAIORIA, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AOS EMBARGOS INFRINGENTES DA RÉ. (Embargos Infringentes Nº 70029995008, Nono Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes, Julgado em 18/03/2011) (sem grifo no original)

Data vênua, vale ressaltar que não cabe ao embargante alegar questões novas, pois tal faculdade se restringe a apelação.

5.2 EFEITO SUSPENSIVO DOS EMBARGOS INFRINGENTES

Mesmo não estando expresso no atual Código de Processo Civil, o efeito suspensivo dos embargos infringentes se produzem de acordo com a extensão da devolução com interposição dos embargos, uma vez adotada a regra geral dos recursos, também sendo contemplado os embargos infringentes.

Os efeitos dos embargos infringentes em acórdão que julgou ação rescisória serão sempre devolutivos e suspensivos. Mas em caso de interposição de embargos Infringentes contra acórdão que julgou apelação, estes terão os mesmos efeitos da apelação¹³.

6 DA MANUTENÇÃO OU EXCLUSÃO DOS EMBARGOS INFRINGENTES

A manutenção dos embargos infringentes no Ordenamento Jurídico Brasileiro é

¹³ TORRES, Ana Flavia Melo. *Embargos infringentes*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 10, 31/08/2002. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4593. Acesso em 03/10/2011.

amplamente questionável dentre os operadores e doutrinadores processualistas no sistema recursal.

Como já fora citado ao longo deste artigo científico, os presentes embargos são recursos exclusivos do Processo Civil Brasileiro, uma vez que nem mesmo no código português subsiste.

O entendimento majoritário dos doutrinadores é que também haja a extinção do referido recurso no sistema recursal brasileiro. Para isso retoma-se apontamento do ilustre doutrinador Araken de Assis realizado no início deste artigo com acréscimos¹⁴:

o recurso de embargos infringentes não se justificam no presente momento histórico. Já divisara a obsolescência desse remédio inútil o estudo que inspirou a sistemática recursal no CPC vigente, ao averbar: “A existência de um voto vencido não basta por si só para justificar a criação de tal recurso; porque, por tal razão, se devia admitir um segundo recurso de embargos toda vez que houvesse mais de um voto vencido; desta forma poderiam arrastar-se a verificação por largo tempo, vindo o ideal de justiça a ser sacrificado pelo desejo de aperfeiçoar a decisão”.

Visto que Araken de Assis tem por entendimento que o referido recurso é demasiado minucioso e que sua presente forma mantém largo tempo, sacrificando o ideal de justiça, neste caso a celeridade processual. Trata o presente embargo como obsoleto ao presente momento histórico, bem como afirmando ser sem justificativa a sua manutenção no sistema recursal atual.

No que tange ao aperfeiçoamento das decisões referenciadas pelos embargos infringentes, o nobre doutrinador Pontes de Mirandas nos contempla com o seguinte apontamento¹⁵:

os melhores julgamentos, os mais completamente instruídos e os mais proficientemente discutidos são os julgamentos das Câmaras de embargos”. Ainda segundo o jurista, “muita injustiça se tem afastado com os julgamentos em grau de embargos”.

Claramente verificamos que Pontes de Mirandas é defensor da manutenção dos embargos infringentes no processo civil. Todavia, mediante a evolução da sociedade e das mudanças do judiciário, tendem os doutrinadores a posicionarem de maneira contrária a de Pontes de Miranda, como é o caso de Araken de Assis que em citações anteriores anotou-se a forma ríspida de opinar a cerca do assunto, sendo, portanto, fiel defensor da “inutilidade” do recurso de embargos infringente.

¹⁴ ASSIS, Araken de. *Manual de recursos*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008. p. 559.

¹⁵ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo VII. Rio de Janeiro: Forense, 1975. p. 339.

Não somente nos valem das opiniões dos renomados autores processualistas brasileiros, mas também valorizamos o entendimento de jovens colegas que se arriscam a comentar sobre o assunto, o qual possuem entendimento semelhante ao autor supra citado. Este é o caso do Advogado, Mestre em Direito, Bruno Klippel que afirma¹⁶:

propugnamos pela manutenção deste tipo recursal em nosso sistema, pois não ser este, claramente, causa do abarrotamento dos Tribunais. Não podemos relevar o princípio da celeridade e simplesmente esquecermos o da efetividade e segurança jurídica. Se extirpássemos o recurso em comento, seria isso o que estaríamos fazendo.

Portanto, malgrado entendimento, é se estudar a real necessidade dos embargos infringentes no ordenamento jurídico. O fato é que ambos entendimentos estão corretos, de um lado o aperfeiçoamento da decisão e por outro a celeridade processual. O ideal seria que pudéssemos aliar estes dois quesitos. Mas é fato que o embargo como “recurso do recurso” e a existente gama de processos nas varas e tribunais tendem a tardar incontrolavelmente o andamento dos mesmos, prejudicando em muito a celeridade processual que deveras se tem lutado para se conquistar. Neste feito, o Projeto de Lei no Senado nº 166/2010 tende a findar os embargos infringentes da seara recursal bem como já ocorre no direito português.

7 PROJETO LEI NO SENADO Nº 166/2010 E AS INOVAÇÕES EM MATÉRIA DE RECURSOS, ESPECIFICAMENTE EMBARGOS INFRINGENTES

Mediante aprovação do projeto lei supracitado, provável é que seja racionalizado ao máximo o processamento e julgamento de recursos, bem como primar pela segurança jurídica, uniformizando a aplicação do direito e estabilizando doutrina e jurisprudência.

No tocante aos embargos infringentes, passam estes a ser extintos. A discussão sobre a manutenção dessa modalidade recursal é anterior à promulgação do Código de Processo Civil vigente, cujo Anteprojeto já não continha embargos infringentes, os quais vieram a ser inseridos por uma emenda feita no Congresso Nacional. Em contrapartida à supressão dos Embargos Infringentes, estabelece o Projeto de Novo Código de Processo Civil que o voto vencido terá sempre que ser declarado e será parte integrante do acórdão, inclusive

¹⁶ KLIPPEL, Bruno Avila Guedes. *Apontamentos sobre o recurso de embargos infringentes*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 427, 7 set. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5648>>. Acesso em: 2 out. 2011.

devendo servir para fins de prequestionamento (art. 896, § 3º, do PLS 166/2010)¹⁷.

Destarte, quanto à segurança jurídica, o artigo 882 do projeto indica que deverão, os tribunais, estabilizar a jurisprudência, devendo ainda, em caso de mudança de entendimento jurisprudencial, seja esta fundamentada adequadamente apontando a necessidade de nova interpretação da lei.

O fato é que de acordo com o dito projeto, ficarão os embargos infringentes, desprestigiados para proporcionar maior celeridade aos processos uma vez que a intenção das modificações recursais estarem fundadas na racionalização de possibilidade de recursos sem ao menos ferir a segurança jurídica.

8 POSSÍVEIS PROBLEMAS MEDIANTE RATIFICAÇÃO DA EXCLUSÃO DOS EMBARGOS INFRINGENTES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Tratando a grosso modo da extinção dos embargos infringentes, verifica-se que a discussão da sua permanência é amplamente questionável a longo prazo. Isto ocorre em virtude de, os embargos infringentes, proporcionarem minuciosa decisão. Para tanto, trata-se no código atual de decisão unânime. Uma vez que encontramos maioria de votos, não existiria o porquê se enfrentar e reformar o voto vencido, sendo ainda que de, além das contrarrazões, em caso de inadmissibilidade dos embargos provocariam a possibilidade de agravo desta decisão, causando pois desnecessária demora processual.

Reitero que sua extinção não se faz menção em ferir a segurança jurídica nem ampla defesa pois, conforme o projeto lei, a jurisprudência deverá ser uniformizada bem como em caso de mudança de entendimento dever-se-ão ser devidamente fundamentadas sem que haja divergente compreensão entre os tribunais.

Em parecer pessoal, acredito que os embargos infringente não deixarão saudades no sistema recursal, muito pelo contrário, não herdar-se-ão quaisquer problemas em decorrência de sua exclusão, pois a tendência é primar pela celeridade processual sem que haja ferida a segurança jurídica, os princípios processuais.

¹⁷ ALVIM, Arruda. *Notas sobre o projeto de novo Código de Processo Civil*. Mar 2011. Disponível em: <<http://www.arrudaalvim.com.br/Site/visualizar-artigo.php?artigo=2&data=14/03/2011&titulo=notas-sobre-o-projeto-de-novo-codigo-deprocesso-civil>> Acesso em: 03 Out 2011.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O assunto em questão é merecedor de destaque especial nas discussões que norteiam o direito processual brasileiro. Ocorre que o direito brasileiro está em busca das melhores adequações junto a evolução da sociedade. Hodiernamente a sociedade requer uma maior eficiência e perspicácia dos processos, uma vez que existem cada vez mais os facilitadores ao acesso na busca de direitos. Desta forma conseqüentemente existe também o aumento o numerário processual, principalmente na esfera civil.

Sensato, portanto, é proporcionar, com todos os esforços, os meios cabíveis a prestar melhor eficácia justaposta a eficiência no processamento dos litígios.

Data vênia, o projeto do novo Código de Processo Civil visa justamente contemplar os trabalhos realizados com o atual código todavia evidenciando a citada eficácia. Notadamente verifica-se este feito com a extinção dos embargos infringentes uma vez que não será ferida a segurança jurídica e ainda proporcionar-se-á uma celeridade processual de maneira que possa se obter resultados das demandas em mais curto prazo.

Portanto, acertadamente existe-se a intenção de findar a existência dos embargos infringentes no sistema recursal brasileiro. Como já fora citado anteriormente, este recurso não deixará saudade, visto que sua exclusão ser questionável muito antes da possibilidade de extinção oriunda do anteprojeto em questão.

10 REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. *Notas sobre o projeto de novo Código de Processo Civil*. Mar 2011. Disponível em: <<http://www.arrudaalvim.com.br/Site/visualizar-artigo.php?artigo=2&data=14/03/2011&titulo=notas-sobre-o-projeto-de-novo-codigo-deprocesso-civil>> Acesso em: 07 ago 2011.

ASSIS, Araken de. *Manual de recursos*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2009.

FERIANI, Luis Arlindo. *Manual de direito processual civil*. Campinas : Bookseller, 2000.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 2003.

JARDIM, Leidiane Mara Meira. *Embargos infringentes*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 77, 01/06/2010. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7851. Acesso em 01/10/2011.

KLIPPEL, Bruno Avila Guedes. *Apontamentos sobre o recurso de embargos infringentes*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 427, 7 set. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5648>>. Acesso em: 2 out. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2008.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo VII. Rio de Janeiro: Forense, 1975.p.

SANTOS, Diogo Caneda dos. *Embargos infringentes: um recurso desnecessário*: 1999. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/919>>.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do direito processual civil e o processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TORRES, Ana Flavia Melo. *Embargos infringentes*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 10, 31/08/2002. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4593. Acesso em 03/10/2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. *Embargos Infringentes* Nº 70041881046, Décimo Primeiro Grupo Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genaro José Baroni Borges, Julgado em 17/06/2011. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/=embargos+infringentes+lei+10.352&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as_q= Acesso em : 02 Out 2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. *Embargos Infringentes* Nº 70029995008, Nono Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes, Julgado em 18/03/2011. Disponível em http://www.tjrs.jus.br/busca/q=embargos+infringentes+efeito+devolutivo&tb=jurisnova&pesq=ementario&part%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25%29&requiredfields=&as_q= Acesso em 02 Out 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. São Paulo: RT, 2011.

VADE MECUM. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO: POR QUE ELAS SIMPLESMENTE NÃO ACABAM

Wesley Corrêa Carvalho¹

Resumo: Este trabalho aborda as prerrogativas da fazenda pública em juízo, não de forma individualizada e exaustiva tal como o fazem os manuais de processo civil, mas de forma mais ampla e generalizada, pois que busca entender as razões de sua instituição no processo civil brasileiro bem como os motivos que, depois de tantos anos, ainda possibilitam a sua permanência no ordenamento jurídico pátrio, apesar das não poucas críticas que têm recebido. Estuda a relação das prerrogativas da fazenda pública em juízo com o princípio da isonomia processual e com os princípios administrativos da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.

Palavras-chave: Prerrogativas da fazenda pública em juízo. Isonomia Processual. Supremacia e Indisponibilidade do Interesse Público.

1 INTRODUÇÃO

Toda vez que se discutem alternativas para se conferir maior celeridade ao processo civil brasileiro, surge, entre outras ideias, a da supressão das prerrogativas da fazenda pública em juízo.

Mas, muito embora o fim das prerrogativas processuais dos entes públicos seja desejado por uma considerável parcela dos processualistas, a simples discussão dessa possibilidade é capaz de provocar arrepios nos administrativistas.

É sabido que os entes públicos gozam de certas vantagens processuais, tais como: prazo, em quádruplo, para contestar e, em dobro, para recorrer; impossibilidade da aplicação dos efeitos da revelia; reexame necessário; entre outros.

Muito se tem defendido a abolição dessas prerrogativas processuais com o objetivo de se propiciar mais rapidez ao desfecho das demandas, mas a aceitação dessa ideia está longe de ser unânime, pois muitos a veem com desconfiança, uma vez que os erários públicos estariam, assim, mais vulneráveis aos ataques dos particulares com eles em litígio.

¹ Advogado militante. Assessor Jurídico da Câmara Municipal de Governador Lindenberg – ES. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo.

Portanto, enquanto uma boa parte dos processualistas enxerga, no fim das prerrogativas da fazenda pública em juízo, um lubrificante a mais para a emperrada máquina judiciária, os administrativistas, em geral, o contemplam, com cautela, por temerem o abuso de direitos pelos particulares em prejuízo dos interesses públicos.

Contudo, independente do posicionamento adotado, se a favor ou contra, nunca se chegará a uma conclusão segura e válida a respeito da viabilidade da supressão das prerrogativas processuais da fazenda pública, a menos que se conheça a verdadeira razão de sua instituição.

2 O QUE SÃO AS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA

Alguns tratam as prerrogativas processuais dos entes públicos como privilégios, regalias, vantagens, benefícios de ordem processual. Outros, por sua vez, entendem que tais prerrogativas não constituem verdadeiros privilégios, mas autênticas prerrogativas, vez que irrenunciáveis.²

Privilégio ou prerrogativa, o fato é que os entes públicos recebem, em juízo, um tratamento processual totalmente diferenciado daquele dispensado aos litigantes particulares.

Prazo, em quádruplo, para contestar e, em dobro, para recorrer [art. 188 do CPC]; isenção do pagamento de despesas processuais enquanto durar o processo [art. 27 do CPC];³ restrição da execução provisória e da concessão de liminares, intimação pessoal nas execuções fiscais, [art. 25, *caput*, da Lei nº 6.830/1980];⁴ dispensa de caução na propositura de ações rescisórias [art. 488, II do CPC];⁵ reexame necessário; e ainda outras vantagens que costumam causar confusão quanto à sua classificação, se de direito material ou processual, como os prazos prescricionais diferenciados.

Afirma-se que as prerrogativas processuais da fazenda pública são decorrentes da observância dos princípios administrativos da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.

² GRINOVER, Ada Pellegrini. Benefício de prazo. **Revista de Direito Processual**. Uberaba, v. 5, n. 9, jul./set. 1979. p. 16.

³ BRASIL. **Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 30 set. 2012.

⁴ BRASIL. **Lei nº. 6.830, de 22 de setembro de 1980**. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm>. Acesso em: 30 set. 2012.

⁵ BRASIL, *op cit.*, nota 2.

Justifica-se o tratamento diferenciado, porque a Fazenda Pública, como corporificação da Administração em juízo, nada mais é do que o conjunto formado pela soma de interesses de todas as pessoas, da coletividade. A *res publica* a todos pertence e disso resulta a indisponibilidade dos seus interesses. A Fazenda, ao ser demandada em juízo, deverá perseguir o interesse público.⁶

Contudo, igualmente se indaga se a outorga de tais prerrogativas, ou benefícios, aos entes públicos estaria de acordo com a previsão de isonomia processual contida na Constituição Federal de 1988.⁷

O questionamento que se faz é da compatibilidade dessas prerrogativas com o princípio da isonomia. Além da menção expressa ao princípio da igualdade no art. 5º, *caput* da Constituição Federal, deriva do *due process of law* uma gama de princípios, dentre os quais está o da igualdade processual, o tratamento igualitário das partes no processo. O prazo e as oportunidades de contraditar e de produzir as provas devem ser as mesmas.⁸

Por fim, conclui-se que o princípio da isonomia processual insculpido na Carta Magna é perfeitamente observado uma vez que a administração pública a todos representa e que, por isso, seus direitos e interesses seriam supremos e indisponíveis.⁹

São poucos os que têm tido a coragem de questionar essa obscura relação entre as prerrogativas processuais da fazenda pública e os princípios administrativos da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.

A primeira razão usualmente encontrada para justificar esta regra é a da supremacia do interesse público sobre o interesse particular. Discordo um pouco desta colocação porque não posso deixar de entender que respeitar sempre que possível o princípio da isonomia é, justamente, resguardar o interesse público, talvez o maior interesse público. Então, embora se utilize muito este argumento não me parece que a solução seja esta.¹⁰

E, por isso, a ideia de que as prerrogativas processuais da fazenda pública são decorrentes dos princípios administrativos da supremacia e da indisponibilidade do interesse público é até agora aceita sem muito questionamento, muito embora seja inteiramente equivocada, *data maxima venia*, como adiante se observará.

⁶ FRANCO, Marcus Vinicius Lima. Alguns aspectos relevantes da fazenda pública em juízo. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de estado**: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça. Belo Horizonte: Forum, 2009. p. 280.

⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 out. 2012.

⁸ FRANCO, 2009, p. 280.

⁹ *Ibid.*, p. 280.

¹⁰ MORAES, José Roberto de; COSTA, Regina Helena. III - Prerrogativas processuais da fazenda pública. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). **Direito processual público**: a fazenda pública em Juízo. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 69.

3 AS ORIGENS DAS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA

Imagine que, em um dado momento da história, de uma hora para outra e de uma só vez, o legislador tenha resolvido cercar os entes públicos de prerrogativas processuais, isso porque descobriu, e até então não se dera conta, que o interesse público é indisponível. Isso equivale a imaginar que as prerrogativas processuais da fazenda pública teriam surgido em virtude de um novo tratado de direito, de uma construção doutrinária, concernente ao assunto.

Uma rápida análise das leis processuais brasileiras, tanto vigentes quanto revogadas, leva a pensar de forma diferente.

O art. 21 do Código de Processo Civil de 1939, por exemplo, declarava que o Ministério Público tinha prazo igual ao das partes para falar nos autos.¹¹

No entanto, em seu art. 32, o CPC de 1939 já conferia à fazenda pública o prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer,¹² prerrogativa essa mantida no art. 188 do CPC de 1973 e ainda estendia ao Ministério Público.¹³ Hoje, até mesmo a definição de fazenda pública abarca o Ministério Público.

Surge, então, uma pergunta: Nos idos de 1939, pensava-se que o Ministério Público estava a defender interesses particulares? Evidentemente que não, naquela época, já se sabiam públicos os interesses defendidos pelo Órgão Ministerial. Então por que não se outorgavam ao *Parquet* as mesmas prerrogativas conferidas à fazenda pública? Talvez porque ainda não houvesse a necessidade de fazê-lo.

Acrescente-se a isso o fato de que o art. 29 do CPC de 1939 conferia ao preso prazo em dobro para a apresentação de defesa e para a interposição de recurso.¹⁴

Ora, a que se devia essa prerrogativa ou benefício processual concedido ao encarcerado? À supremacia e indisponibilidade do interesse público por ele representado? Obviamente que não. Mas muito provavelmente à busca por um processo justo consubstanciado em uma verdadeira igualdade processual, uma igualdade para além da fria letra da lei, ou seja, também verificável na prática.¹⁵

O art. 95 do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, ao seu turno, fixa no dobro o prazo de defesa e recurso por parte dos entes públicos, pelo que acaba, assim, com o

¹¹ BRASIL. Decreto-Lei nº. 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De11608.htm>. Acesso em: 30 set. 2012.

¹² *Ibid.*

¹³ BRASIL, 1973.

¹⁴ BRASIL, *op cit.*, nota 11.

¹⁵ MORAES; COSTA, 2003.

prazo em quádruplo para contestar.¹⁶ Se essa supremacia e indisponibilidade dos interesses públicos são tão intangíveis quanto ora se pensa, o que justificaria essa abrupta redução de prazo? Aparentemente nada.

A supremacia e a indisponibilidade do interesse público são sempre assacadas em primeiro lugar ao se tratar de justificar a existência das prerrogativas processuais concedidas aos entes públicos, no entanto, ainda que subsidiariamente, não deixam de ser mencionadas questões de ordem isonômica.

Não bastasse o respaldo do tratamento desigual na supremacia do interesse público sobre o particular, impende salientar que a Fazenda Pública responde a uma quantidade cada vez maior de ações, acrescentando-se a isso os entraves burocráticos que dificultam muito a atuação expedita, principalmente no que tange à prestação de informações por órgãos da estrutura administrativa.¹⁷

Mas ao que tudo indica as prerrogativas processuais da fazenda pública surgiram em virtude da busca por um processo justo e igualitário, inclusive para os entes públicos, que não de há pouco tempo andam abarrotados de processos.

É sabido que o regime jurídico de direito público encontra-se lastreado nos princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o particular, e esse regime é caracterizado tanto por prerrogativas quanto por limitações impostas à administração pública.¹⁸

No entanto, deve-se ter, em mente, que as tais peculiaridades surgiram, primeiro, no campo do direito material, administrativo e, somente depois de um considerável tempo, permearam a esfera processual. E por que ali se infiltraram? Por uma simples questão doutrinária? De certo que não, mas pela necessidade de se assegurar maior isonomia processual aos entes públicos, muito embora o mote doutrinal tenha ajudado a justificar, *a posteriori*, a outorga dessas prerrogativas processuais aos entes públicos.

Afinal, se diversos aspectos do direito material já beneficiavam a administração pública em detrimento do particular, por que não favorecê-la também do ponto de vista processual? E assim, o germe da supremacia e da indisponibilidade dos interesses públicos passou a contaminar o processo civil pátrio, e sobre ele exerce, muitas vezes, uma influência notadamente perniciososa.

¹⁶BRASIL. **Anteprojeto do novo código de processo civil**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2012.

¹⁷ FRANCO, 2009, p. 281.

¹⁸ MORAES; COSTA, *op cit.*, nota 14.

Em recente artigo de nossa autoria, demonstramos como os princípios administrativos da supremacia e da indisponibilidade do interesse público foram superestimados ao ponto de perverter o verdadeiro sentido da existência dos entes públicos que, em vez de existirem para a promoção do bem comum, passaram a ter sua existência quase que completamente dissociada dos objetivos supostamente por eles perseguidos.¹⁹

Ainda no esforço de rechaçar o argumento da supremacia e da indisponibilidade do interesse público como elemento gerador das prerrogativas processuais dos entes públicos, imagine-se a situação em que um procurador tenha sessenta dias para apresentar contestação, mas uma vez terminada esta, ao final do décimo quarto dia, resolve protocolá-la no décimo quinto dia de prazo. De acordo com o entendimento atualmente dominante, não poderia ele assim proceder, pois que estaria a renunciar das prerrogativas processuais da fazenda pública.

Destarte, qual seria melhor motivo a embasar a outorga de prerrogativas processuais aos entes públicos? A supremacia e indisponibilidade dos interesses públicos ou a busca por uma isonomia processual verificável no plano dos fatos? Obviamente, o segundo.

Ademais, se a supremacia e a indisponibilidade do interesse público, alicerces que, para a maioria dos juristas, sustentam a manutenção das prerrogativas processuais da fazenda pública, constituíssem valores inatacáveis, não haveria razões para a existência de prerrogativas processuais da fazenda pública, vez que não faria qualquer sentido adotar o sistema de jurisdição una e, sim, o do contencioso administrativo.

Portanto, se a busca por isonomia processual resultou na outorga de prerrogativas processuais à fazenda pública, tais como prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer, isso só para citar algumas, uma vez alcançada essa tão sonhada igualdade processual, a compreensão equivocada dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público obstariam a supressão dessas benesses processuais.

Aqui não se advoga a simples eliminação ou a permanência das prerrogativas processuais dos entes públicos, pois que algumas procuradorias públicas mais parecem pronto-socorros em tempos de calamidade ou desastre natural, dado o elevado número de processos a que ocorrem, mas se busca revelar seus verdadeiros e práticos fundamentos, pressuposto básico para opiniões bem formadas acerca do assunto.

¹⁹ CARVALHO, Wesley C. Verdades e mitos em torno da supremacia e da indisponibilidade do interesse público. **Revista temas atuais de processo civil**. Porto Alegre, v. 2, p. 75-88, 2012.

Aristóteles já afirmava que os homens costumam dedicar uma menor atenção àquilo que é público do que àquilo que lhes pertence individualmente.²⁰ E isso parece não ter mudado muito ao longo do tempo, pois que ainda hoje a coisa pública, por vezes, é tratada com absoluto descaso tanto por particulares quanto por administradores.

Mas tampouco se justifica tornar o Estado um ser todo-poderoso em detrimento das garantias e direitos individuais mais mezinhas dos cidadãos.

4 CONCLUSÃO

A respeito do que fora discutido acerca das prerrogativas processuais dos entes públicos, pode-se concluir:

- 1) As prerrogativas processuais dos entes públicos surgiram em virtude das dificuldades então enfrentadas para se defender, em juízo, os direitos e interesses da fazenda pública, que a colocavam em posição de perigosa desvantagem processual frente aos particulares, pelo que impediam, assim, uma verdadeira isonomia processual;
- 2) Com o passar do tempo, os princípios administrativos da supremacia e da indisponibilidade do interesse público passaram a ter uma interpretação distorcida, equivocada, na qual não se separavam os interesses dos entes públicos, propriamente ditos, dos interesses da coletividade e do bem comum;
- 3) Essa errônea concepção da supremacia e de indisponibilidade do interesse público, bem como a deturpada compreensão do que vem a ser interesse público, são apontadas como causa primeira para a existência e manutenção das prerrogativas processuais da fazenda pública;
- 4) No entanto, se existem motivos a justificar a existência e manutenção das prerrogativas da fazenda pública em juízo, esses são de ordem isonômica, ou seja, buscam assegurar certa igualdade processual entre o particular e o ente público;

²⁰ ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: UnB, 1985. p. 1262.

- 5) Não se pode discutir com segurança propostas de ampliação, redução ou extinção das prerrogativas processuais dos entes públicos sem que se compreendam os reais motivos de sua instituição, bem como os motivos de sua permanência.

Longe de ser conclusivo, este trabalho tem por objetivo lançar novas luzes sobre o problema, para quem sabe assim, colaborar para com a obtenção de uma resposta, não definitiva, mas ao menos satisfatória a respeito da manutenção ou supressão das prerrogativas processuais da fazenda pública. Esperamos assim ter dado uma singela, porém, importante contribuição a fim de se melhorar a qualidade dos debates travados acerca do tema em questão.

5 REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: UnB, 1985.

BRASIL. **Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 30 set. 2012.

_____. **Decreto-Lei nº. 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 30 set. 2012.

_____. **Lei nº. 6.830, de 22 de setembro de 1980**. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm>. Acesso em: 30 set. 2012.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 out. 2012.

_____. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2012.

CARVALHO, Wesley C. Verdades e mitos em torno da supremacia e da indisponibilidade do interesse público. **Temas atuais de processo civil**. Porto Alegre, v. 2, p. 75-88, 2012.

FRANCO, Marcus Vinicius Lima. Alguns aspectos relevantes da fazenda pública em juízo. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça**. Belo Horizonte: Forum, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Benefício de prazo. **Revista de Direito Processual**. Uberaba, v. 5, n. 9, p. 16, jul./set. 1979.

MORAES, José Roberto de; COSTA, Regina Helena. III - Prerrogativas processuais da fazenda pública. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). **Direito processual público: a fazenda pública em Juízo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

O PROCESSO DE EXECUÇÃO E A INFLUÊNCIA CULTURAL EM SUA DELIMITAÇÃO: DAS MEDIDAS SUB-ROGATÓRIAS E DAS TÉCNICAS EXECUTIVAS PRÉ-DETERMINADAS À ATIPICIDADE DOS MEIOS.

Jonathan Iovane de Lemos **

Sumário: 1) Introdução; 2) As Linhas Gerais da Revolução Francesa – Supremacia da Liberdade, da Segurança Jurídica e do Ideal de Não-Intervenção Estatal – Da Tipicidade dos Meios Executivos e Da Utilização Exclusiva de Medidas Sub-Rogatórias; 3) Da Mudança de Paradigma – Constitucionalização dos Direitos – Da Reaproximação do Processo Civil ao Direito Material – Efetividade como Corolário do Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Adequada, Tempestiva e Justa – a Proteção do Credor na Execução Civil – Atipicidade dos Meios e Execução Indireta; 4) Conclusão; 5) Referências Bibliográficas.

RESUMO: O presente artigo versa sobre a mudança da compreensão do processo de execução, analisado sob a ótica da cultura da época em que inserido. Dentro dessa perspectiva, verifica-se que a incoercibilidade da vontade, a tipificação dos meios executivos e a utilização exclusiva de medidas sub-roгатórias são conseqüências naturais da exaltação dos vetores axiológicos da burguesia, propagados no Estado Liberal, que vislumbrava, ao cabo, a manutenção do direito fundamental à liberdade do cidadão, tão caro à época e tão necessário aos interesses da classe dominante. Com a modificação de paradigma, permitiu-se a coação do executado à efetivação do direito, passando a vigorar a atipicidade dos meios executivos, dependendo, portanto, do direito do caso concreto à determinação da melhor técnica processual.

Palavras-chave: Processo de Execução – Cultura – Estado Liberal – Revolução Francesa – Processualismo – Direito Fundamental à Liberdade – Tipificação dos Meios Executivos – Incoercibilidade da Vontade do Executado – Medidas Sub-Rogatórias – Mudança de Paradigma – Reaproximação do Processo com o Direito Material – Estado Democrático de Direito – Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Adequada, Tempestiva e Justa – Atipicidade dos Meios Executivos – Execução Indireta – Efetividade.

RIASSUNTO: Il presente articolo discorre sul cambiamento della comprensione del processo di esecuzione, dipendendo della cultura dell'epoca in che. Dentro di questa prospettiva, si verifica che l'incoercibilità della volontà, la tipificazione dei mezzi esecutivi e l'utilizzazione esclusiva delle misure surrogatorie sono conseguenze naturali dell'esaltazione dei vetori assiologici della borghesia, propagati nello Stato Liberale, che intravedeva al capo il mantenimento del diritto fondamentale alla libertà del cittadino, tanto caro all'epoca e tanto necessario agli interessi della classe dominante. Con la modifica del paradigma, si permette la colatura del giudizio all'effettuazione del diritto, passando a rinvigorire l'atipicità dei mezzi esecutivi, dipendendo, dunque, del diritto del caso concreto alla determinazione della migliore tecnica processuale.

Parole-chiave: Processo di Esecuzione – Cultura – Stato Liberale – Rivoluzione Francese – Processualismo – Diritto Fondamentale alla Libertà – Tipificazione dei Mezzi Esecutivi – Incoercibilità della Volontà del Giudiziato – Misure Surrogatorie – Modifica del Paradigma – Reaproximação del Processo con il Diritto Materiale – Stato Democratico di Diritto – Diritto Fondamentale alla Tutela Giurisdizionale Adeguata, Tempestiva e Giusta – Atipicità dei Mezzi Esecutivi – Esecuzione Indiretta – Effettività.

** Especialista em Direito Processual Civil e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Advogado.

1. Introdução

Se não fosse pecado, poder-se-ia afirmar que a revolução francesa, e a propagação de sua ideologia, é fato histórico “quase” comparável ao nascimento do filho de Deus, se analisado pela ótica das alterações por si perpetradas e a sua relevância no cenário mundial. Inclusive, outro não era o pensamento dos revolucionários da época, que de tão convencidos da fundação desse marco histórico, “não hesitaram em abolir o calendário cristão e substituí-lo por um novo, cujo Ano I iniciou-se em 22 de setembro de 1792, dia seguinte à data da instalação dos trabalhos da Convenção, a nova Assembléia Constituinte que inaugurou o regime republicano”¹. Não importando a magnitude que se dê a ela, é indiscutível que “a revolução francesa pode não ter sido um fenômeno isolado, mas foi muito mais fundamental que outros fenômenos contemporâneos e suas conseqüências foram, portanto, muito mais profundas [...] é um marco em todos os países [...] é assim a revolução do seu tempo”².

O direito, enquanto fenômeno humano e social, verdadeiro produto da reflexão racional³, não fornecido pela natureza⁴, fortemente influenciado pela cultura, não poderia, obviamente, passar ileso por todo prestígio que a revolução ocasionou, por toda a doutrina iluminista que a deu suporte e por todos os “dogmas” por ela então levantados. Importante lembrar que nada seria mais natural do que isso, levando em consideração a grandiosidade do episódio em análise.

Todavia, por difusão equivocada de preceitos fundadores da doutrina liberal, assim como pelo nascimento e transmissão do processualismo, muitos dos ideais franceses esculpidos na primeira metade do século XIX chegaram incólumes ao direito brasileiro, restando o código de processo civil de 1973, de autoria de ALFREDO BUZUID, em sua

¹ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3. ed. rev. e ampl. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 126-127.

² HOBBSAWM, Eric. J. *A Revolução Francesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra S.A., 1996, p. 8-11.

³ FALZEA, Angelo. Sistema Culturale e Sistema Giuridico. In: *Rivista di Diritto Civile*. Padova, ano XXXIV, n. 1, gen.-feb. 1988, p. 5 e 14. Afirma o autor (p. 14): “*La collocazione del diritto nel corpo della cultura e la identificazione del nesso di implicazione necessaria tra cultura e spiritualità portano a configurare il sistema giuridico come un prodotto della riflessione razionale. È sempre la riflessione che dà inizio alla vita spirituale. Essa serve principalmente, se non esclusivamente, a confrontare tra di loro, a coordinare e organizzare sistematicamente i molteplici e spesso contrastanti bisogni della vita, ed ad interpretarli, qualunque que sia la loro sfera di origine, spritualmente. L'attività di organizzazione e di coordinamento sta alla base del diritto, il cui compito consiste nel regolare l'azione dei consociati in funzione dei bisogni sociali; il processo di spiritualizzazione, a sua volta, porta al livello umano i bisogni della vita materiale e della vita animata*”.

⁴ CALMON DE PASSOS, J. J. *Direito, Poder, Justiça e Processo: Julgando os que nos Julgam*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000, p. 22.; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O Formalismo-Valorativo no Confronto com o Formalismo Excessivo. In: *Revista da Ajuris*. Porto Alegre, ano XXXIII, n. 104, dez. 2006, p. 58.

redação originária, como o maior exemplo de toda influência que a cultura jurídica européia produziu⁵ no Brasil.

Se “a própria função do processo varie conforme a época e a mentalidade reinante”⁶, até a última metade do século XX, utilizamos um processo construído e adaptado para o homem do início do século XIX⁷ – de uma realidade material totalmente antagônica do que a experimentada à época. Nessa ótica, facilmente compreensível, portanto, as razões pelas quais até bem pouco tempo imaginava-se como infactível a obtenção da execução na forma específica⁸, em clara manutenção dos ideais revolucionários franceses, congelados pela pandectística alemã do final do século XIX, desembarcada aqui com o ingresso de LIEBMAN ao Brasil⁹.

Inegavelmente, essa dissociação do direito processual da realidade social e material colimou, desde a última década do século passado, ganhando ênfase nos primórdios do século XXI, nas diversas reformas legislativas que o código de processo civil brasileiro sofreu – v.g. leis n.ºs 8.952/94, 9.245/95, 10.444/02, 11.187/05, 11.232/05, 11.277/06, 11.382/06 –, todas com escopo de atenuar o descompasso existente entre a entrega da tutela jurisdicional e o binômio celeridade-efetividade processual. Tais reformas, junto com a expansão da jurisdição constitucional, modificaram estruturalmente o Código Buzaid e a consciência jurídica dos operadores jurídicos, descaracterizando o clássico processo executivo, transmutando-o qualitativamente em nossa realidade, como se passa, agora, a expor.

2. As Linhas Gerais da Revolução Francesa – Supremacia da Liberdade, da Segurança Jurídica e do Ideal de Não-Intervenção Estatal – Da Tipicidade dos Meios Executivos e da Utilização Exclusiva de Medidas Sub-Rogatórias.

⁵ MITIDIERO, Daniel. O Processualismo e a Formação do Código Buzaid. In: *Revista de Processo*, São Paulo, ano XXXV, n. 183, mai. 2010, p. 185.

⁶ LACERDA, Galeno. Processo e Cultura. In: *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo, ano II, v. 3, janeiro-junho de 1961, p. 75.

⁷ MITIDIERO, Daniel. O Processualismo e a Formação do Código Buzaid. In: *Revista de Processo*, São Paulo, ano XXXV, n. 183, mai. 2010, p. 182.

⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 32-33. Explica o autor que (p. 33) “se a coisa devida, genérica ou em espécie, não é encontrada no patrimônio do devedor; se este recusa a cumprir a obrigação de fazer, ou não fazer e esta é de caráter pessoal infungível, - eis aí casos diferentes, em que o órgão judicial não pode nem mesmo com o emprêgo da força satisfazer em forma específica o direito do credor”.

⁹ Sobre a história de LIEBMAN no Brasil: DINAMARCO, Cândido Rangel. A Formação do Moderno Processo Civil Brasileiro (uma Homenagem a Enrico Tullio Liebman). In: *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, t. I, p. 27-39.

A revolução francesa, segundo PAULO BONAVIDES, foi a primeira experiência histórica de um Estado Liberal de Direito, em antítese ao Estado Absolutista, que tinha como precípua missão defender a liberdade do indivíduo¹⁰, partindo do pressuposto da rigorosa separação entre o Estado e a sociedade¹¹. A sociedade, com as suas exigências, e não mais o Estado, passa a ser vista como o ponto central para se compreender a noção de Estado de Direito¹².

Tal vocação estatal, como não podia deixar de ser, nasce comprometida com determinado pensamento filosófico (iluminismo jurídico¹³). A burguesia, classe em ascensão, privada do poder político, detentora do condão econômico, com um “surpreendente consenso de idéias gerais [...] que deu ao movimento revolucionário uma unidade efetiva”¹⁴, conseguiu dissociar a legitimidade vinculada a *status* de classes e a imprevisibilidade característica do Estado antecessor, passando a difundir o ideal embaixador de igualdade entre todos os indivíduos¹⁵⁻¹⁶ – o ponto nevrálgico de todo o movimento revolucionário¹⁷.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 40-42.

¹¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 59.

¹² ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto Mite*. Torino: Eunadi, 1992, p. 23. Para o autor (p. 20): “*L’espressione ‘Stato di diritto’ è certamente una tra le più fortunate della scienza giuridica contemporanea. Il suo contenuto, però, è una nozione generale e iniziale, anche se non, come è stato detto per denunciare un certo suo abuso, un concetto vuoto o una formula magica. Lo Stato di diritto indica un valore e accenna solo a una direzione di sviluppo dell’organizzazione dello Stato, ma non contiene in sé precise implicazioni. Il valore è eliminazione dell’arbitrio nell’ambito delle attività facenti capo allo Stato e incidenti sulle posizioni dei cittadini. La direzione è l’inversione del rapporto tra il potere e il diritto che costituiva la quintessenza del Machtstaat e del Polizeistaat: non più rex facit legem, ma lex facit regem*”.

¹³ Importante, aqui, considerar a diferenciação que o iluminismo jurídico alcançou na França e na Alemanha. Nesse sentido, GIOVANNI TARELLO argumenta que “*si può istituire una linea di distinzione generale tra l’“illuminismo giuridico” quale ci appare nei grandi Stati germanici, l’Austria e la Prussia, e l’“illuminismo giuridico”, quale ci appare in Francia ed in altri paesi, tra cui alcuni Stati italiani. Nei paesi germanici più importanti come l’Austria, la Prussia, e in misura minore negli altri Stati e persino nella Baviera, assistiamo alle manifestazioni di un “illuminismo giuridico” che costituisce l’ideologia operativa dei sovrani e dei funzionari, cioè è l’ideologia di chi detiene il potere politico. In Francia, invece, ed in altri Stati minori, l’“illuminismo giuridico” appare come una serie di ideologie di fronda e di opposizione, non condivide in linea massima dai sovrani né, per lungo tempo, dai loro funzionari (se non per aspetti di dettaglio e occasionalmente). [...] Questo carattere di ideologia (o di ideologie) di opposizione, e non di programma di governo, concorre con altri fattori a dare all’illuminismo giuridico francese [...] una colorazione ben diversa da quella dell’illuminismo giuridico austriaco e prussiano e, in genere, germanico [...]*”. *Storia della Cultura Giuridica Moderna: Assolutismo e Codificazione del Diritto*. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 259-260

¹⁴ HOBBSAWM, Eric. J. *A Revolução Francesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra S.A., 1996, p. 18.

¹⁵ CALMON DE PASSOS, J. J. Democracia, Participação e Processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord). *Participação e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 89.

¹⁶ Sobre o tema, importante as lições de NATALINO IRTI (*L’età della Decodificazione*. Varese: Giuffrè, 1979, p. 3-4): “*il valore originario e fondamentale è costituito dall’individuo, dalla sua capacità di espandersi sulle*

O Estado Liberal de Direito concebido pela burguesia visava a própria manutenção do sistema capitalista então existente, mediante a incorporação de direitos fundamentais de forte característica individual, dirigidos à abstenção estatal, “interpretados e integrados à luz dos valores supremos da iniciativa privada (*e*) da segurança da propriedade”¹⁸, típicos valores burgueses, que tinham como objetivo demarcar a zona de não-intervenção do Estado na esfera de autonomia individual do cidadão¹⁹. *Essa é a alma do Estado Liberal*. Reconhece-se uma esfera (direitos fundamentais) de soberania onde todas as pessoas são proprietárias de direitos subjetivos estipulados em lei, oponíveis a terceiros e ao Estado²⁰. Acima do princípio da legalidade, acima da divisão de poderes, acima da preponderância da lei, reside, no Estado Liberal, o direito fundamental à liberdade, consagrado na separação estado-sociedade, na autonomia individual e na garantia de oponibilidade dos direitos.

Obviamente, todas essas características refletiam as necessidades inerentes aos interesses burgueses da época. Ardilosamente, entretanto, esses foram apresentados como reivindicações de toda a sociedade²¹. Fez-se, assim, “da doutrina de sua classe e doutrina de todas as classes”²². Como se não bastasse, obteve-se mais. Tamanha a influência que, passados alguns anos, os ideais libertários e de igualdade viraram pressupostos imprescindíveis das novas sociedades européias. “*Quella che fu inizialmente l’ideologia della Rivoluzione franceses divenne cosi [...] patrimonio comune dell’Europa*”²³.

Estruturada a configuração política do país, alicerçando-a no tripé laicização (afastando o caráter divino de legitimação da soberania, pois esta tinha sua sede no próprio homem²⁴), racionalidade e uniformidade²⁵, a revolução burguesa, utilizando-se da doutrina de

cose esterne, di correr il rischio del successo o dell’insuccesso, e così di inserirsi nell’operosa continuità delle generazioni. Intorno all’individuo, fonte di iniziative e centro di responsabilità, si edificano tutte le relazioni sociali. Le innumerevoli scoperte della scienza e della tecnica esaltano l’ingegno e l’audacia dei singoli.”

¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3. ed. rev. e ampl. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 132.

¹⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 73.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, p. 46-47.

²⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 76.

²¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 80.

²² BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 43.

²³ CAPPELLETTI, Mauro. *Giustizia e Società*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977, p. 26.

²⁴ CALMON DE PASSOS, J. J. Democracia, Participação e Processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord). *Participação e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 89.

ROUSSEAU e MONTESQUIEU²⁶⁻²⁷, embora contraditórias entre si²⁸, vislumbrou a outorga de proteção dos cidadãos contra os atos do Estado, em clara resposta aos abusos cometidos pelo regime feudal e pelo antigo regime²⁹.

Na famosa obra de MONTESQUIEU, sacralizou-se, como especialização jurídico-funcional³⁰, a célebre separação dos poderes, adicionando-se, ainda, a noção de liberdade como um direito de obedecer à lei existente³¹. Este autor afirma que, em um Estado, “[...] a liberdade só pode consistir em poder fazer o que se deve querer e em não ser forçado a fazer o que não se tem o direito de querer [...] liberdade é fazer tudo o que as leis permitem”³².

Feita tal condição, MONTESQUIEU verificou a existência de três poderes distintos, separados justamente com o objetivo de garantir quaisquer possibilidades de arbítrios e intervenção na esfera de liberdade política do cidadão³³: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daqueles que

²⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Jurisdição e Poder: Contribuição para a História dos Recursos Cíveis*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 1-2.

²⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Costituzionalismo Moderno e Ruolo del Potere Giudiziario nelle Società Contemporanee*. In: *Revista de Processo*. São Paulo, ano XVII, n. 68, out-dez. 1992, p. 47.

²⁷ Para TARELLO, Montesquieu e Voltaire foram os “*due esponenti dell’illuminismo francese*”. Ainda, afirma que a obra desses dois autores acarretou profunda influência sobre a “[...] *ideologie giuridiche, e in particolare sulle idee di razionalizzazione del diritto, di riforma e di ‘codificazione’, nei paesi ad est della Francia. L’opera e le idee di altri esponenti dell’illuminismo francese, quantunque altrettanto importanti e magari ancor più importante (è il caso di Rousseau, è il caso dei fisiocratici) non hanno esercitato una simile influenza, o l’hanno esercitata solo più tardi [...]*”. *Storia della Cultura Giuridica Moderna: Assolutismo e Codificazione del Diritto*. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 261

²⁸ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 52. Explica o autor: “A contradição entre Rousseau e Montesquieu – contradição em que se esteia a doutrina liberal-democrática do primeiro estado jurídico – assenta no fato de Rousseau haver erigido como dogma a doutrina absoluta da soberania popular, com as características essenciais de inalienabilidade, imprescritibilidade e indivisibilidade, que se coaduna tão bem com o pensamento monista do poder, mas que colide com o pluralismo de Montesquieu e Constant, os quais abraçavam a tese de que os poderes deveriam ser divididos. A ideologia revolucionária da burguesia soube, porém, encobrir o aspecto contraditório dos dois princípios e, mediante a sua vinculação, construiu a engenhosa teoria do Estado liberal-democrático”. Ainda, cumpre ressaltar que, segundo TARELLO, a doutrina de Montesquieu “[...] *sia stata utilizzata per i fini e le operazioni più disparate. [...] infatti, tra tutte le innumerevoli sue utilizzazioni nessuna è fedele alla sua più saliente caratteristica teorica, cioè di costituire un sistema generela. Le utilizzazioni sono state tutte parziale, tutte hanno accentuato l’uno o l’altro dei motivi montesquieuiani avulso dal sistema, e per ciò stesso possono ascrivere a partiti confliggenti*”. *Storia della Cultura Giuridica Moderna: Assolutismo e Codificazione del Diritto*. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 263 e 296

²⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Apuntes para una Fenomenologia de La Justicia en el Siglo XX*. In: *Revista de Processo*. São Paulo, ano XVIII, n. 71, jul-set. 1993, p. 93.

³⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 86.

³¹ TARELLO, Giovanni. *Storia della Cultura Giuridica Moderna: Assolutismo e Codificazione del Diritto*. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 286.

³² MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 166.

³³ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 64.

dependem do direito civil, adotando a terminologia “poder executivo”, para aquele, e “poder de julgar”, para este³⁴.

Observa-se que mais do que conceber, aprioristicamente, uma formal divisão de poderes, como valor abstrato e arquétipo de organização estatal, MONTESQUIEU, mediante contestável interpretação dos preceitos da Constituição e da realidade inglesa³⁵, buscou “assegurar uma forma de Estado equilibrado, uma constituição mista em que os elementos monárquico, aristocrático e democrático se balanceassem para garantir os direitos adquiridos”³⁶. Portanto, “a teoria da divisão dos poderes do Estado, mais que especialização jurídico-funcional, é ‘politicamente, uma forma de equilibrar [...] forças da sociedade que pretendem alcançar um monopólio sobre ele’”³⁷.

O princípio da separação dos poderes, “esteio sagrado do liberalismo [...], ajudou a implantar na consciência ocidental o sentimento valorativo dos direitos e garantias individuais, de que foi, no combate aos déspotas do absolutismo, a arma mais eficaz”³⁸. Sua função, não apenas a de delimitar intromissões entre os poderes, foi a de justamente preservar a liberdade – revelando a pré-determinação das hipóteses de intervenção do Estado³⁹, conjectura que tornava a intromissão como verdadeira exceção, apenas admitida por expressa previsão legal⁴⁰ –, valor este o qual, na prática, apenas a burguesia aproveitava⁴¹. Mais do que aclamar as liberdades para todos, no âmago da revolução, buscava-se a supressão das desigualdades estamentais⁴².

A divisão dos poderes justifica-se, portanto, principalmente, à preservação do valor liberdade individual⁴³, mediante a limitação do poder estatal com o uso de técnicas de

³⁴ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 167-168.

³⁵ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder: uma Nova Teoria da Divisão dos Poderes*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 58.

³⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 87.

³⁷ NOVAIS. *Op. cit.*, p. 88.

³⁸ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 63-64.

³⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 75.

⁴⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto Mite*. Torino: Eunadi, 1992, p. 31.

⁴¹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.67.

⁴² COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3. ed. rev. e ampl. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 132.

⁴³ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 86.

natureza jurídica⁴⁴. Entretanto, ainda, podem-se argüir outros dois fatores legitimadores⁴⁵ do princípio: um histórico, em atenção à ligação dos magistrados da revolução com o antigo regime⁴⁶; um ideológico, que, utilizando a teoria de ROUSSEAU, proclamava que todo o poder emana do povo, mediante os seus representantes legais.

Verificada a supremacia da lei, como real parâmetro para análise da liberdade, assim como uma necessária e objetiva divisão de poderes, embasada nas atividades realizadas e na estrutura de cada função, forçoso concluir, neste instante, que o parlamento, produtor exclusivo do direito, assumiu, inegavelmente, uma hialina posição de superioridade perante os outros poderes⁴⁷.

Ademais, tal constatação gera, como corolário, por uma questão de lógica, a necessidade de que o poder de julgar seja posterior à atividade de criação do direito, sendo que o “*‘potere di giudicare’ viene individuato in modo da identificare il suo esercizio in un’attività puramente intellettuale e non realmente produttiva di ‘diritto novo’[...]*”, poder este que é limitado, tanto pela atividade legislativa, “*che concettualmente le precede*”, tanto pela atividade executiva, “*che, procurando la sicurezza pubblica, include anche l’attività di esecuzione materiale dei giudizi che costituiscono il contenuto del ‘potere di giudicare’*”⁴⁸. Dessa forma, nas palavras de MONTESQUIEU, “o poder de julgar, [...] torna-se, por assim dizer, indivisível e nulo”⁴⁹.

⁴⁴ NOVAIS. *Op. cit.*, p. 74. Explica o autor: “Referimo-nos concretamente ao estabelecimento de um conjunto de órgãos (dos quais pelo menos um deriva da eleição nacional) com competências pré-determinadas constitucionalmente, no âmbito de uma divisão de poderes que consagra a supremacia do órgão legislativo (a representação popular) através do ‘império da lei’ e da subordinação do executivo garantida pelo ‘princípio da legalidade’”.

⁴⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Constituzionalismo Moderno e Ruolo del Potere Giudiziario nelle Società Contemporanee*. In: *Revista de Processo*. São Paulo, ano XVII, n. 68, out-dez. 1992, p. 47-48.

⁴⁶ Em outra obra, CAPPELLETTI explica que “na França, é mister voltar-se ao passado para nele encontrar um profundo sentimento de repulsa popular contra o abuso da função jurisdicional exercido pelas altas cortes de justiça no tempo do *ancien régime*. [...] Os juízes estavam de tal maneira identificados com o regime feudal que consideravam inaceitável qualquer inovação liberal. Os cargos eram hereditários, podendo ser comprados ou vendidos. O trabalho dos juízes deveria ser pago pelos litigantes como se a administração da justiça fosse um privilégio dos magistrados e não uma obrigação. *Status*, educação, família e interesses pessoais de classe se combinavam para motivar comportamentos extremamente conservadores, fato que, eventualmente, contribuiu para a deflagração da explosão revolucionária”. Repudiando Montesquieu? A Expansão e a Legitimidade da “Justiça Constitucional”. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v. 20, 2001, p.268-269

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 25. v. 1.

⁴⁸ TARELLO, Giovanni. *Storia della Cultura Giuridica Moderna: Assolutismo e Codificazione del Diritto*. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 288.

⁴⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 169.

Da doutrina de ROUSSEAU, inexplorando, aqui, a importante noção de contrato social e seu papel fundamental como ato constituinte de uma sociedade, que retira o homem do estado de natureza (ignorância), transformando-o em um homem social racional⁵⁰ – “*l’uomo è fatto dalla e per la società*”⁵¹ –, a revolução aproveitou a fundamentação da soberania legal, atando a sua legitimidade à expressão da vontade geral, revestindo, portanto, o poder de uma índole jurídica⁵²: “cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e recebemos, coletivamente, cada membro como parte indivisível do todo”⁵³. Ainda, a idéia de *volonté générale* eliminava problema da justiça da lei em seu próprio nascedouro, pois, sendo cada cidadão um legislador, ninguém seria injusto consigo próprio⁵⁴.

A supremacia da lei – aquilo que estabelece todos os direitos⁵⁵ e é, naturalmente, justa⁵⁶ e infalível –, ao cabo, representa a própria preponderância do povo, “já que estas (*as leis*) são meras expressões de nossa vontade”⁵⁷. As normas são adjetivadas pela generalidade, e, conseqüentemente, pela abstração – características formais, que não dizem respeito ao seu conteúdo⁵⁸, mas, e principalmente, pelo modo de sua confecção –, pois “[...] a lei considera os súditos coletivamente e as ações como abstratas, nunca um homem como indivíduo nem uma ação particular”⁵⁹⁻⁶⁰.

⁵⁰ “A passagem do estado de natureza ao estado civil produz no homem uma mudança considerável, substituindo em sua conduta o instinto pela justiça e conferindo às suas ações a moralidade que antes lhe faltava. Só então, assumindo a voz do dever o lugar do impulso físico, e o direito o do apetite, o homem, que até então, não levava em conta senão a si mesmo, se viu obrigado a agir com base em outros princípios e a consultar a sua razão antes de ouvir seus pendores. Conquanto nesse estado se prive de muitas vantagens concedidas pela natureza, ganha outras de igual importância: suas faculdades se exercem e se desenvolvem, suas idéias se alargam, seus sentimentos se enobrecem, toda a sua alma se eleva a tal ponto que, se os abusos dessa nova condição não o degradassem amiúde a uma condição inferior àquela de que saiu, deveria bendizer sem cessar o ditoso instante que dela o arrancou para sempre, transformando-o de um animal estúpido e limitado num ser inteligente, num homem”. ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social*. 3. ed. 5ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 25-26.

⁵¹ TARELLO, Giovanni. *Storia della Cultura Giuridica Moderna: Assolutismo e Codificazione del Diritto*. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 325.

⁵² BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 51.

⁵³ ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social*. 3. ed. 5ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 22.

⁵⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 91.

⁵⁵ ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social*. 3. ed. 5ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 46.

⁵⁶ TARELLO, Giovanni. *Storia della Cultura Giuridica Moderna: Assolutismo e Codificazione del Diritto*. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 330.

⁵⁷ ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social*. 3. ed. 5ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 47.

⁵⁸ TARELLO, Giovanni. *Storia della Cultura Giuridica Moderna: Assolutismo e Codificazione del Diritto*. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 329. Afirma o autor: “*una legge, restando generale e astratta, può ‘stabilire che vi saranno privilegi’, ‘distribuire i cittadini in classi’, ‘istituire un governo monarchico’, ecc’*”.

⁵⁹ ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social*. 3. ed. 5ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 47.

O império da lei, dentro desse quadro, explicita, no seu desenlace, a soberania do poder a quem compete fazer as leis, já que “a vontade geral só é soberana quando actua por via geral e abstrata, ou seja, no seu momento legislativo: assim, de entre os órgãos constitucionais – e das forças sociais que os hegemonizam – será soberano quem detiver a função legislativa”⁶¹.

Dessas breves notas, que tentaram elucidar a medula dos ideais da revolução francesa, verifica-se que a burguesia, utilizando as doutrinas citadas, de maneiras esparsas e avulsas do contexto em que realmente idealizadas, engenhosamente, faz parir uma teoria capaz de possibilitar a construção de um quadro favorável aos seus interesses.

Institucionalizando um Estado Liberal de Direito⁶², um verdadeiro Estado Legislativo⁶³, se trouxe a lei como a única guia de justiça – ressaltando a sua legalidade como a expressão da vontade geral, claramente utilizando a tese de fundamentação popular para legalizar a própria doutrina burguesa imposta – e como a única fonte dos direitos, objetivando afastar a legitimidade de qualquer intervenção do Estado que não estivesse regulada pelo direito, preservando a liberdade formal dos cidadãos, satisfazendo à burguesia o seu tão almejado desejo de certeza.

Em seu epílogo, a doutrina da liberdade (burguesa), propagada na revolução, surge patenteada pelo princípio da separação dos poderes, pela soberania da lei e pelo princípio da legalidade. A classe burguesa, ao cabo de sua empreitada, colheu os seus objetivos:

⁶⁰ Para TARELLO (*Storia della Cultura Giuridica Moderna: Assolutismo e Codificazione del Diritto*. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 329), “[...] il suo carattere di formula deriva della generalità, dato che la volontà generale non può avere oggetto particolare; la legge, per essere tale, cioè, essere volontà generale, deve essere stabilita ‘da tutto il popolo per tutto il popolo’; deve, cioè, per essere generale, essere ‘astratta’ e non riferirsi ad alcun caso concreto”. De acordo com ZAGREBELSKY (*Il Diritto Mite*. Torino: Eunadi, 1992, p. 32-33): “La generalità della legge era infine garanzia dell’imparzialità dello Stato rispetto alle componenti sociali e della loro uguaglianza giuridica. [...] l’astrattezza delle leggi (può) definirsi come ‘generalità nel tempo e consiste in prescrizioni destinate a valere indefinitamente e quindi formulate attraverso ‘fattispecie astratte’ [...] si trattava della garanzia della stabilità dell’ordine giuridico e quindi della certezza e prevedibilità del diritto”.

⁶¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 92. Prossegue o autor (p. 92-93): “A identificação do *poder* com a *lei* transformava, então a assembleia parlamentar – que uma particular e interessada concepção de representação política, marcado pelo sufrágio censitário, o mandato representativo e a autonomia dos representantes erigia em órgão da *vontade geral* – na *placa giratória* que vai permitir à burguesia assegurar o controlo efectivo da vida política e do aparelho do Estado, deslocando em favor dos homens burgueses uma divisão dos poderes que era suposta excluir todo o domínio dos homens. Tal como a separação Estado/sociedade e a função racional das leis gerais e abstractas encobriam a possibilidade de ‘desiguais poderes sociais’ na medida em que só se propunham ser instrumento do livre e igual desenvolvimento dos indivíduos, o ‘império das leis’ encobria a *natureza de classe* da específica divisão dos poderes no ‘Estado legislativo parlamentar’”.

⁶² CALMON DE PASSOS, J. J. Democracia, Participação e Processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord). *Participação e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 90.

⁶³ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto Mite*. Torino: Eunadi, 1992, p. 24.

constituiu um estado autônomo e separado do corpo social, mas, ao mesmo tempo, subordinado ao seu controle e adaptado as suas exigências⁶⁴.

Todavia, a doutrina liberal-democrática⁶⁵, pré-revolucionária, restou, aos poucos, abandonada, com a consolidação da nova ordem social criada⁶⁶. A burguesia, “no momento em que se apodera do controle político da sociedade, [...] já não se interessa em manter a universalidade daqueles princípios [...] só de maneira formal os sustenta”⁶⁷. A Constituição de 1795 não mais pronunciava o termo soberania popular, “preferindo uma fórmula neutra: a ‘universalidade dos cidadãos’. Ao mesmo tempo, são reforçados os mecanismos de separação e controle dos poderes estatais”. Abranda-se a teoria de ROUSSEAU. Exalta-se a doutrina de MONTESQUIEU⁶⁸.

Colocaram-se, de lado, todos os princípios democráticos que foram a base da reforma realizada entre 1790 e 1793. Os novos soberanos, constituídos de um pequeno grupo de empreendedores independentes, que encontravam na lei as garantias e as benesses para a manutenção da ordem econômica e social, “*non poteva(no) che auspicare um apparato amministrativo ed un apparato giudiziario che dessero stabilità alle conquiste della rivoluzione*”⁶⁹.

Dentro desse quadro, o direito vai ser visto como o espaço no qual se dispõem os instrumentos necessários para que quaisquer indivíduos obtenham os seus objetivos, os seus desejos. Qualquer pessoa, de antemão, já saberá, ao exercício de qualquer atividade, segundo o direito vigente, o que esperar da conduta dos outros envolvidos e do próprio poder público⁷⁰. *A lei, incorporada e exaltada pela burguesia, não apenas mantém íntegra a liberdade da pessoa, já que estipula os seus direitos e deveres, traça os limites da intervenção estatal, bem como reforça o valor segurança nas relações entre particulares e entre eles e o Estado.* O direito, portanto, tem como objetivo fixar as “regras do jogo”. Inicia-se, assim, o

⁶⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 74.

⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 52.

⁶⁶ DENTI, Vittorio. *La Giustizia Civile: Lezioni Introduttive*. Nuova edizione riveduta e aggiornata a cura di F. Cuomo Ulloa, C. Gamba, L. Passanante, F. Rota, E. Silvestri, M. Taruffo. Bologna: Il Mulino, 2004, p. 19.

⁶⁷ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 42.

⁶⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3. ed. rev. e ampl. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 152.

⁶⁹ DENTI, Vittorio. *La Giustizia Civile: Lezioni Introduttive*. Nuova edizione riveduta e aggiornata a cura di F. Cuomo Ulloa, C. Gamba, L. Passanante, F. Rota, E. Silvestri, M. Taruffo. Bologna: Il Mulino, 2004, p. 19.

⁷⁰ IRTI, Natalino. *L'età della Decodificazione*. Varese: Giuffrè, 1979, p. 4.

movimento de “codificação”⁷¹ do direito, como a melhor forma de atender as exigências de estabilidade, previsibilidade e rigidez do quadro jurídico⁷² – não por outro motivo, esse período da história européia foi reverenciado como o “*mondo della sicurezza*”⁷³.

Os códigos napoleônicos consolidaram a ideologia burguesa dominante à época. As leis, mais do que controlar as escolhas dos privados, oferecem procedimentos e esquemas de ações prontas. Utilizou-se, como técnica legislativa do período, à construção de artigos, a fórmula “causa-efeito”, tipificando a hipótese particular e a sua correspondente consequência jurídica⁷⁴, afastando qualquer discricionariedade judicial na construção da norma. Esse sistema legalista contentava-se com a segurança da lei criada em abstrato pelo Estado (Legislativo), sem qualquer preocupação com sua possível injustiça material⁷⁵.

Dessarte, enquanto o código civil francês, de 1804, disciplinou “*l’attuazione delle ‘regole del gioco’ della società borghese*”, o Código de Processo Civil francês, de 1806, “*dovevano salvaguardare la parità delle armi del duello giudiziario*”⁷⁶⁻⁷⁷. Observa-se que entre essas codificações existia uma relação de complementaridade indissociável: à ótica jurídica, a burguesia procurou estabelecer as instruções para toda e qualquer contenda e um meio de acesso e de discussão ordenada previamente às hipóteses de violação dos direitos regulados pelo *Code Civil des Français*, em que fossem respeitadas as oportunidades e as manifestações das partes.

⁷¹ Explica ZAGREBELSKY (*Il Diritto Mite*. Torino: Eunadi, 1992, p. 37) que “*la legge per eccellenza era allora il codice, il cui modello storico, per tutto l’Ottocento, sarà rappresentato dal Codice civile napoleonico. Nei codici si trovavano riunite ed esaltate tutte le caratteristiche della legge. Riassumiamole: la volontà positiva del legislatore capace di imporsi indifferenziatamente su tutto il territorio dello Stato e operante per la realizzazione di un progetto giuridico di ragione (la ragione della borghesia liberale, assunta come punto di partenza); il carattere deduttivo dello svolgimento delle norme, ex principiis derivationes; la generalità e l’astrattezza, la sistematicità e la completezza. Il codice è davvero l’impresa rappresentativa di un’epoca del diritto*”

⁷² IRTI, Natalino. *L’età della Decodificazione*. Varese: Giuffrè, 1979, p. 5.

⁷³ IRTI. *Op. cit.*, p. 3.

⁷⁴ IRTI, Natalino. *L’età della Decodificazione*. Varese: Giuffrè, 1979, p. 8.

⁷⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 90.

⁷⁶ DENTI, Vittorio. *La Giustizia Civile: Lezioni Introduttive*. Nuova edizione riveduta e aggiornata a cura di F. Cuomo Ulloa, C. Gamba, L. Passanante, F. Rota, E. Silvestri, M. Taruffo. Bologna: Il Mulino, 2004, p. 20.

⁷⁷ “Como seria possível tratar igualmente autor e réu, quando não apenas seus interesses são antagônicos como a situação em que ambos se encontram relativamente ao objeto litigioso é rigorosamente inversa, posto que o autor busca obter uma vantagem à custa do réu que, segundo alega o primeiro, estaria a desfrutar de um bem que lhe pertence? Só há uma maneira de igualá-los no plano processual: assegurar-lhes *paridade de armas*, oferecendo-lhes as mesmas oportunidades de ataque e defesa, concedendo-lhes igual direito à prova e aos recursos, tudo sob a suposição prévia e sistemática de que o autor não tem razão, até prova em contrário”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 172.

Tal visão alçou na legislação napoleônica a noção de procedimento como categoria autônoma, fruto da racionalização da função judiciária como um poder burocraticamente organizado⁷⁸⁻⁷⁹ – fato que, mais tarde, será utilizado como fundamento da concepção publicista de processo⁸⁰, embora seja necessário ressaltar que o direito processual era visto, ainda, nesse momento, como parte integrante do direito civil⁸¹.

Todo esse caldo cultural acabou, como não podia deixar de ser, influenciando o modo de concepção do direito processual civil, e, o que aqui nos importa, do processo de execução.

A liberdade, a igualdade e a segurança jurídica eram os destinos perseguidos à época. Tais valores foram eternizados, com o advento do processualismo⁸²⁻⁸³ – que se principiou com

⁷⁸ DENTI, Vittorio. *La Giustizia Civile: Lezioni Introdotte*. Nuova edizione riveduta e aggiornata a cura di F. Cuomo Ulloa, C. Gamba, L. Passanante, F. Rota, E. Silvestri, M. Taruffo. Bologna: Il Mulino, 2004, p. 22. Elucida o autor (p. 22-23): “[...] *la procedura civile è la forma delle domande e delle decisioni, che ha per fine di evitare il disordine, l'arbitrio e la confusione nell'amministrazione della giustizia. Si tratta, quindi, di un corpo di norme principalmente dirette al giudice [...] il procedimento, como sequela di atti formali, preordinati alla emanazione della decisione del giudice, rappresenta, quindi, il prodotto concettuale della razionalizzazione del potere giudiziario como potere burocraticamente organizzato; quel potere 'razionale' che, secondo Max Weber, costituisce la forma specificamente moderna di amministrazione, caratterizzata dall'esercizio regolato delle funzioni, nell'ambito di precise competenze e con ordinamento gerarchico degli uffici*”.

⁷⁹ Em outra obra (*Un progetto per la Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 1982, p. 100), DENTI explica que “*le caratteristiche principali della trasformazione in senso burocratico degli organi giudiziari furono, com'è noto, la regolamentazione della funzione giudiziaria come 'carriera' di tipo sostanzialmente amministrativo; la creazione di una struttura gerarchica degli organi giudiziari, che coincide col sistema delle impugnazioni; il controllo dall'alto dell'attività degli organi inferiori, rafforzato dall'obbligo di motivazione delle decisioni; il passaggio dalla responsabilità professionale del giudice alla responsabilità disciplinare, fondata su regole assai vicine a quelle della disciplina militare*”.

⁸⁰ DENTI, Vittorio. *La Giustizia Civile: Lezioni Introdotte*. Nuova edizione riveduta e aggiornata a cura di F. Cuomo Ulloa, C. Gamba, L. Passanante, F. Rota, E. Silvestri, M. Taruffo. Bologna: Il Mulino, 2004, p. 23. Importante, sobre o tema, as lições do Professor da Universidade de Pavia: “*sarà posta a fondamento della c.d. concezione pubblicistica del processo, elaborata dalla dottrina germanica nella seconda metà dell'Ottocento, nella quale emerge la centralità nel processo dei poteri del giudice como organo dello Stato. Il c.d. rapporto processuale, che si instaura con la proposizione della domanda, verrà considerato como rapporto di diritto pubblico tra le parti e il giudice e il diritto di agire in giudizio troverà la sua collocazione tra i diritti pubblici soggettivi. Questa vicenda è stata prevalentemente considerata, dalle dottrine posteriori, como una progressione di costruzioni scientifiche, miranti a rendere sempre più salda l'autonomia sistematica del processo dal diritto sostanziale. Si è trattato, invece, di un'operazione carica di valenza ideologiche, e strettamente legata all'assetto che la giustizia civile aveva conosciuto tra le riforme illuministiche e le codificazioni*”.

⁸¹ DENTI, Vittorio. *Un progetto per la Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 1982, p. 106.

⁸² Para não transbordar os limites do presente artigo, recomenda-se, sobre as fases metodológicas do processo civil, dentre outros, a leitura das seguintes obras: MITIDIERO, Daniel. *Processo e Cultura: Praxismo, Processualismo e Formalismo em Direito Processual Civil*. In: *Gênesis Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, n. 33, jul.-set. 2004, p. 486 e ss.; Idem. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p. 16-39; Idem. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 29-47; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 17-25; BOTELHO, Guilherme. *Direito ao Processo Qualificado: O Processo Civil na Perspectiva do Estado Constitucional*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 21-34; DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 12. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, p. 22-29, v.1.

o lançamento da obra de OSKAR BÜLOW⁸⁴, “*La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*”⁸⁵, em 1868 –, pois eram, justamente, os elementos valorativos culturais de maior destaque no momento de surgimento da dita etapa processual, que vislumbrou uma purificação do direito instrumental⁸⁶, visto, então, como ciência, não mais como uma simples técnica⁸⁷, na qual refinou-se os conceitos e os institutos que dele fazem parte, a tal ponto que sua utilização independeria do direito posto em litígio (uniformização do procedimento) e da época em que empregado (atemporalidade). O direito processual, embora a tentativa de sua construção dissociado de valores, logicamente, não poderia ser erigido distante dos complexos axiológicos formadores do período em que produzido.

Construiu-se, portanto, uma ciência, na teoria, neutra⁸⁸, que seria infensa a quaisquer elementos culturais e a quaisquer elementos extrajurídicos, mas que, na verdade, acabou desenhando um processo adequado às necessidades da época, adaptado aos interesses de uma burguesia dominante, sem que, em contrapartida, pelo próprio pressuposto teórico da escola cientificista, se pudesse, no futuro, serem abrandadas/modificadas as características daquele – afinal, o direito processual era imune, como se imaginava, a influências ideológicas e culturais!

⁸³ “*La fine del secolo, peraltro, vede diffondersi [...] le costruzioni teoriche della dottrina giuridica tedesca, ed in particolare della grande scuola processualistica, nella quale assumeva un ruolo determinante la concezione c.d. pubblicistica del processo, centrata, como si è ricordato, sulla nozione del rapporto processuale como rapporto di diritto pubblico e dell’azione como diritto pubblico soggettivo*”. DENTI, Vittorio. *La Giustizia Civile: Lezioni Introduttive*. Nuova edizione riveduta e aggiornata a cura di F. Cuomo Ulloa, C. Gamba, L. Passanante, F. Rota, E. Silvestri, M. Taruffo. Bologna: Il Mulino, 2004, p. 30.

⁸⁴ Ressalta-se que, de acordo com CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA (*Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 35, nota de rodapé n.º 71): “Curiosamente, a edição argentina adicionou um “Von” ao nome de Bülow, inexistente no original alemão de suas obras”.

⁸⁵ BÜLOW, Oskar. *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.

⁸⁶ “(Bülow) visava a promover uma dupla purificação: primeiro, um refinamento conceitual que expurgasse tudo que não era estritamente jurídico (isto é, normativo) da construção do seu objeto de pesquisa. A idéia era construir uma ciência processual atemporal, absolutamente infensa à cultura e aos influxos da história. Neutra, em uma palavra. Segundo, expurgar do estudo do processo toda e qualquer referência ao direito material. Rompe-se totalmente com o direito material, a pretexto da promoção da autonomia do direito processual civil, negando-lhe toda e qualquer importância e possibilidade de influência na construção do processo”. MITIDIERO, Daniel. O Processualismo e a Formação do Código Buzaid. In: *Revista de Processo*, São Paulo, ano XXXV, n. 183, mai. 2010, p. 169.

⁸⁷ BOTELHO, Guilherme. *Direito ao Processo Qualificado: O Processo Civil na Perspectiva do Estado Constitucional*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 23.

⁸⁸ “Deveras, a teoria da relação jurídica nasce em um ambiente em que se pretende a construção de uma ciência ‘pura’ e, embora aspire a neutralidade, [...] mostra-se como um veículo bastante apropriado para então veicular a ideologia burguesa consagrada na Revolução Francesa”. MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p. 142. No mesmo sentido, MARINONI (*Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 43): “[...] se a escola sistemática representou avanço evidente em relação à exegetica, isso não quer dizer que o peso dos valores liberais não tenha influenciado os estudos chiovendianos e mesmo pós-chiovendianos”.

Todo esse complexo quadro histórico narrado, acrescido, ainda, da disseminação da tutela pelo equivalente monetário e dos princípios da abstração das pessoas e dos bens (artigo 1142 do Código Napoleão)⁸⁹, colimou na construção de um processo executivo com a finalidade precípua de obter, “sem o concurso da vontade do obrigado, o resultado prático a que tendia a regra jurídica que não foi obedecida”⁹⁰. Tal instrumento, que é irrestritamente autônomo e independente⁹¹ do processo de conhecimento, acaba, também, por ser ordenado de maneira a preservar o direito fundamental à liberdade dos cidadãos, impregnado em todos os seus elementos dos valores de igualdade e de segurança jurídica. Ao cabo, portanto, restou edificado sobre forte influência dos ideais libertários.

O processo de execução foi construído para possibilitar, apenas, a expropriação por meios sub-rogatórios, que por sua natureza não se importam e prescindem da participação

⁸⁹ Previa o artigo 1142 do *Code Napoléon*: “*Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout em dommages et intérêts em cas d’inexécution de la part du débiteur*”. Ou seja, toda obrigação de fazer ou de não-fazer resolver-se-ia em perdas e danos, em caso de inadimplemento do devedor, pois impossível coagir alguém ao cumprimento de uma obrigação. No máximo, poder-se-ia converter a obrigação de fazer/não-fazer em ressarcimento pelos danos causados pelo inadimplemento (tutela pelo equivalente). Assim, coroou-se a abstração da pessoalização e dos bens para o cumprimento das obrigações, em atenção ao próprio princípio da igualdade formal erigido como um dos pilares dos ideais revolucionários. “Para o direito liberal pouco importa a qualidade do indivíduo contratante, se é pobre ou rico, se pertence a determinada classe ou não, se é o detentor dos meios de produção ou se vende a força do seu trabalho. Também, não conta a qualidade do objeto do contrato; se é um bem de consumo ou um bem essencial; se é a propriedade de um meio de produção ou não. A essa abstração, ou seja, a essa indiferença pela diversidade das pessoas e dos bens, corresponde, no plano da sanção, a tutela ressarcitória, que não altera o natural funcionamento dos mecanismos de mercado” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória: Individual e Coletiva*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 343). A monetarização dos bens auxiliava a própria economia da sociedade burguesa, trazendo, à circulação de mercado, mais dinheiro. Em outra obra (*Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 46-47 e 52), MARINONI complementa: “se os bens são equivalentes, e assim não merecem tratamento diversificado, a transformação do bem devido em dinheiro está de acordo com a lógica do sistema, cujo objetivo é apenas sancionar o faltoso, ripristinando os mecanismos de mercado. Por outro lado, se o juiz não pode dar tratamento distinto às necessidades sociais, nada mais natural que unificar tal forma de tratamento, dando ao lesado valor em dinheiro. [...] A sanção pecuniária teria a função de ‘igualizar’ os bens e as necessidades, pois, se tudo é igual, inclusive os bens – os quais podem ser transformados em dinheiro –, não existiria motivo para pensar em tutela específica. [...] bem podia ser visto como uma ‘coisa’ dotada de valor de troca. Por isso mesmo, o valor da lesão era passível de aferição em pecúnia”. Entretanto, importa ter-se em mente que “*l’esperienza e valutazioni più mediate portano tuttavia, bem presto, la dottrina ad abbandonare prospettive così estreme. Il principio della priorità logico-giuridica dell’esatto adempimento si afferma anche con riferimento alle obbligazioni di fare, sottolievandosi che non bisogna esagerare la portata dell’art. 1142, prendendolo alla lettera e isolatamente dal suo contesto, come se esso conferisse al creditore il solo diritto di reclamare il risarcimento dei danni. Al contrario, il creditore ha sempre il diritto all’adempimento in natura, con la conseguenza che il debitore non può pretendere di liberarsi offrendo il rascarcimento. L’unico limite è dato da ciò che, se sia indispensabile una attività personale del debitore perché l’obbligazione possa essere eseguita in natura, non prevedendo l’ordinamento mezzi di coazione indiretta al facere, che costituirebbero un attentato alla ‘libertà’ e alla ‘dignità’ degli individui, il creditore dovrà accontentarsi del risarcimento dei danni in caso di inadempimento*”. CHIARLONI, Sergio. *Misure Coercitive e Tutela dei Diritti*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 84.

⁹⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 4.

⁹¹ LIEBMAN. *Op. cit.*, p. 42.

ativa do devedor⁹², mediante a utilização das técnicas executivas expressamente dispostas em lei (princípio da legalidade), com intuito cristalino de confinar a atividade desapropriatória estatal. Com isso, deixa-se iluminado “que a esfera jurídica do réu, no caso de condenação, não pode ser invadida por meio executivo não previsto na lei, (*garantindo-se*) a liberdade ou a segurança psicológica do cidadão”⁹³.

Não seria crível à época, dentro da ótica de sacralização da autonomia da vontade do cidadão (direito fundamental à liberdade), possibilitar ao Estado qualquer ingerência sobre a vontade do executado (*nemo praecise potest cogi ad factum*)⁹⁴, mesmo após a aferição de sua responsabilidade no processo de conhecimento – pretérito, obrigatoriamente, à própria execução, ou, ao menos, à formação do título (*nulla executio sine titulo*).

Avistadas tais linhas de pensamento, não se deve olvidar, como exaustivamente dito, que grande parte destes ideais perpetraram-se no tempo, chegando incólume às legislações modernas.

O código de processo civil brasileiro de 1973 (CPC’73), que marca a introdução do processualismo no direito pátrio⁹⁵, é um bom exemplo desse desembarque. Nele restou arquitetado um processo de execução baseado na patrimonialidade, fato que revela, ainda que inconscientemente, a cultura subjetiva⁹⁶ (processualismo e, logicamente, os ideais

⁹² ASSIS, Araken de. *Manual de Execução*. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 127.

⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 34.

⁹⁴ “[...] entre as obrigações desta categoria (*obrigações de fazer ou não-fazer*), algumas há em que a prestação que forma o seu conteúdo depende em medida tão relevante de qualidades pessoais do obrigado, que não pode ser cumprida exatamente senão pelo próprio obrigado, com o concurso de sua vontade. Nestes casos é próprio qualificar a prestação de fazer ou não fazer infungível, porque a atividade ou a abstenção do obrigado não pode ser substituída no cumprimento da prestação pela atividade ou abstenção de qualquer outra pessoa. *A execução encontra, pois, obstáculo invencível: sendo, por definição, atividade destinada a conseguir certo resultado sem o concurso da vontade do obrigado, não pode encontrar aplicação quando êste resultado não pode ser conseguido senão justamente pelo concurso de sua vontade. A execução atinge aqui seus limites naturais e se torna impossível*”. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 27. (grifos nossos).

⁹⁵ MITIDIERO, Daniel. Processo e Cultura: Praxismo, Processualismo e Formalismo em Direito Processual Civil. In: *Gênese Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, n. 33, jul.-set. 2004, p. 497; Idem. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p. 37-38. Em sentido contrário, enxergando, com a promulgação do código de processo civil de 1939, a chegada do processualismo ao direito brasileiro: BOTELHO, Guilherme. *Direito ao Processo Qualificado: O Processo Civil na Perspectiva do Estado Constitucional*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 23-25.

⁹⁶ “a palavra cultura vincula-se a cada pessoa, indicando o acervo de conhecimentos e de convicções que consubstanciam as suas experiências e condicionam as suas atitudes, ou, mais amplamente, o seu comportamento como ser situado na sociedade e no mundo”. REALE, Miguel. *Paradigmas da Cultura Contemporânea*. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 2.

revolucionários franceses, por aquela fase transportados) do seu idealizador, ALFREDO BUZAID, na confecção de sua obra.

Os sujeitos do processo executivo foram denominados como *credor* e *devedor*, como se todas as situações materiais fossem relativas a direitos creditícios⁹⁷⁻⁹⁸. Tal ato antevê, em seu âmago, na verdade, a mercantilização dos direitos, o que colimou, portanto, na construção de um procedimento apto a prestar, exclusivamente, uma tutela ressarcitória pelo equivalente monetário⁹⁹.

O CPC'73, em sua redação primitiva, portanto, reedita os ideais burgueses de que toda execução deve recair sobre o patrimônio e não sobre a própria pessoa – tanto que, no artigo 591, restou estipulado que “devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei”. Mais emblemáticos, ainda nesse sentido, são os enunciados descritos nos artigos 642¹⁰⁰ e o 643¹⁰¹.

No fundo, o desejo da patrimonialidade executiva é o de, justamente, sacralizar a autonomia individual e a sua incoercibilidade, pois “por debaixo da patrimonialidade pulsa, na verdade, a proteção ao valor liberdade individual”¹⁰², limitando a atividade estatal às medidas sub-rogatórias, incoercíveis por natureza, e às técnicas executivas tipificadas em lei.

Parece que, no máximo, em termos evolutivos, como muito bem lembra DANIEL MITIDIERO, “conseguimos adiar a invasão francesa para 1973”¹⁰³.

3. Da Mudança de Paradigma – Constitucionalização dos Direitos – Da Reaproximação do Processo Civil ao Direito Material – Efetividade como Corolário do Direito

⁹⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 132.

⁹⁸ Veja-se, por exemplo, que a seção I, do capítulo III da execução, dispõe sobre o “inadimplemento do devedor”. Ainda, podem-se citar os artigos 591, 594, 595, 599, II, 612, 614, 617, dentre outros.

⁹⁹ MITIDIERO, Daniel. O Processualismo e a Formação do Código Buzaid. *In: Revista de Processo*, São Paulo, ano XXXV, n. 183, mai. 2010, p. 187.

¹⁰⁰ 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

¹⁰¹ Art. 643. Havendo recusa ou mora do devedor, o credor requererá ao juiz que mande desfazer o ato à sua custa, respondendo o devedor por perdas e danos. Parágrafo único. Não sendo possível desfazer-se o ato, a obrigação resolve-se em perdas e danos.

¹⁰² MITIDIERO, Daniel. O Processualismo e a Formação do Código Buzaid. *In: Revista de Processo*, São Paulo, ano XXXV, n. 183, mai. 2010, p. 187.

¹⁰³ MITIDIERO, Daniel. *Processo e Cultura: Praxismo, Processualismo e Formalismo em Direito Processual Civil*. *In: Gênesis Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, n. 33, jul.-set. 2004, p. 496.

Fundamental à Tutela Jurisdicional Adequada, Tempestiva e Justa – A Proteção do Credor na Execução Civil – Atipicidade dos Meios e Execução Indireta.

Como não podia deixar de ser, todo o quadro histórico indicado restou, em determinado momento, substituído/modificado, já que “não há sociedade humana isenta de crise, assim como não se pode conceber a História sem transformações e mudanças sociais permanentes”¹⁰⁴. As concepções de igualdade formal e de autonomia individual não mais atendiam as expectativas e as necessidades das modernas situações substanciais e da nova realidade social existente.

O código de processo civil brasileiro de 1973, erguido para instrumentalizar os direitos materiais da sociedade europeia do final do século XIX, tão diferente e tão distante da verdade brasileira do século XX, como era de se esperar, não se mostrava adequado a desempenhar as funções a ele inerentes. O processualismo, congelando assente momento histórico, com a estanque separação entre o direito material e o processo, e a sua suposta neutralidade, tornou o instrumento processual obsoleto e incapaz de responder às novas exigências sociais.

Em 1988, com a promulgação da constituição federal da república federativa do Brasil (CFRB), abandonou-se a vigência do Estado Liberal de Direito, acolhendo, como nova concepção de Estado¹⁰⁵, o até agora vigente, Estado Democrático de Direito¹⁰⁶, o que, por coerência, acarretou em uma profunda mudança de vetores interpretativos para os operadores de direito – não esquecendo, é claro, da própria transformação da hermenêutica jurídica –, já que a leitura das leis, assim como a aplicação de institutos jurídicos coligados, obrigatoriamente, deve partir de uma análise dos recém-chegados valores constitucionais¹⁰⁷.

¹⁰⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Democracia Moderna e Processo Civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord). *Participação e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 99.

¹⁰⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos.

¹⁰⁶ Segundo HOMMERDING (*Fundamentos para uma Compreensão Hermenêutica do Processo Civil*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007, p. 37), “(o Estado Democrático de Direito) veio agregar um *plus* normativo às facetas ordenadora (Estado Liberal de Direito) e promotora (Estado Social de Direito), fazendo com que o Direito passe a ser transformador.”

¹⁰⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. A Concretização da Tutela Específica no Direito Comparado. In: TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto. *Instrumentos de Coerção e Outros Temas de Direito Processual Civil – Estudos em Homenagem aos 25 anos de Docência do Professor Dr. Araken de Assis*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 126.

Com o reconhecimento da força normativa¹⁰⁸ da Constituição, que deixa de ser um mero diploma de intenções, hoje, vive-se a chamada “onipresença” constitucional¹⁰⁹, e, mais especificamente, a ubiqüidade dos direitos fundamentais nela positivados.

Sobre o tema, ainda que de maneira superficial, é importante lembrar que a atual doutrina constitucional acena pela inexistência de normas constitucionais que sejam destituídas de eficácia¹¹⁰, sendo capazes, ao cabo, de produzir algum tipo de efeito jurídico¹¹¹. Todavia, a existência de uma normatividade mínima, *per si*, não possibilita que a norma constitucional irradie a sua plenitude de efeitos, enquanto não emitida a normação jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida¹¹² pelo constituinte, para a sua aplicação.

Os direitos fundamentais, entretanto, recebem tratamento constitucional diferenciado, pois, de acordo com §1º do artigo 5º da CF/88¹¹³, possuem uma *presunção* de aplicabilidade imediata, que dependerá, apenas, no que tange à análise de sua extensão (aplicabilidade e eficácia), “do exame da hipótese em concreto, isto é, da norma de direito fundamental em pauta”¹¹⁴. Tal dispositivo determina, como regra geral, a aplicabilidade imediata e a eficácia plena dos direitos fundamentais, ressalvadas exceções que, para serem válidas, dependem de convincente motivação à luz do caso concreto¹¹⁵.

À primeira vista, portanto, qualquer direito fundamental é autoaplicável. Essa é a regra. Nota-se que tal ponto de vista coloca de lado a concepção que encarava os direitos

¹⁰⁸ HESSE, Konrad. *A força Normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 26. Título Original: *Die Normative Kraft der Verfassung*.

¹⁰⁹ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 59.

¹¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 81; BILHALVA, Jacqueline Michels. *A Aplicabilidade e a Concretização das Normas Constitucionais*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p. 143; SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, p. 245.

¹¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, p. 245.

¹¹² SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 82.

¹¹³ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

¹¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, p. 271.

¹¹⁵ SARLET. *Op. cit.*, p. 271.

fundamentais como simples garantia, trazendo à baila, hoje, uma nova direção, que os enxergam como direitos constitutivos institucionais, com ampla e forte potencialização. Além de nortear a regulação legislativa e a conduta dos cidadãos e dos órgãos jurisdicionais, os direitos fundamentais permitem a criação de outras regras para solução de problemas, devendo a norma legal construída adequar-se ao âmbito de atuação desses direitos¹¹⁶.

Com a introdução desse novo paradigma, no qual o centro do universo jurídico deixa de ser a lei e pelos direitos fundamentais passa a ser ocupado, o processo começa a ser compreendido não mais como uma simples técnica, mas como um instrumento de realização de valores constitucionais aplicados¹¹⁷, sendo, em seu desenlace, verdadeiro meio de justiça social¹¹⁸, já que “vale não tanto pelo que ele é, mas fundamentalmente pelos resultados que produz”¹¹⁹. O processo é vislumbrado, portanto, agora, como genuíno direito fundamental, essencial não apenas ao Estado Democrático de Direito, mas, sobretudo, à sociedade¹²⁰, representando, ao cabo, o espaço mais autêntico para o exercício da cidadania¹²¹.

A postura processual, nessa ótica, restou, como facilmente se percebe, transmutada: abandonou-se a idéia de que as partes poderiam, simplesmente, agir e se defender em juízo, colocando em seu lugar a noção de que elas têm o direito a um desenvolvimento processual coerente com o direito substancial em apreciação, com todas as garantias constitucionais esculpidas, amoldando-se tal contexto às lições de ZAGREBELSKY, de que “*si può pensare alla costituzione non piú come centro dal quale tutto derivava per irradiazione [...] ma come centro verso cui tutto deve convergere, cioè come centro da guadagnare piuttosto che come centro da cui partire*”¹²².

Não é difícil verificar, nessas breves notas, que, compulsoriamente, pela mudança de propósitos do processo, houve uma normal alteração da fase metodológica em que este se

¹¹⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. In: *Do Formalismo no Processo Civil*. 2. ed. rev. e acrescida de apêndice. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 264-265.

¹¹⁷ OLIVEIRA. *Op. cit.*, p. 261.

¹¹⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La Pretension Procesal y La Tutela Judicial Efectiva: Hacia una Teoría Procesal Del Derecho*. Barcelona: Bosch, 2004, p. 88-89.

¹¹⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o Processo*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 18.

¹²⁰ TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord). *Participação e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 40.

¹²¹ MITIDIERO, Daniel. Estado Constitucional, Controle de Constitucionalidade e Processo Civil no Brasil: do *Iustum Iudicium* à Constituição de 1988. In: *Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007, p. 27.

¹²² ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Nuova Edizione. Torino: Giulio Einaudi Editore, 1992, p. 10.

encontrava. Surgiu, assim, a fase do instrumentalismo¹²³ e, posteriormente, do formalismo-valorativo¹²⁴, também chamado de neoprocessualismo¹²⁵.

Tal perspectiva, sob o enfoque do processo, objetivou atenuar o descompasso existente entre direito material e o direito processual, inserindo este na realidade política e social, buscando a efetividade do direito posto em litígio, sem esquecer de dois elementos valorativos indispensáveis: a segurança e a efetividade¹²⁶, ambos contrabalanceados de maneira equânime.

Nesse quadro, sob a forte influência do direito constitucional, o direito de ação – mas não só esse, diga-se de passagem¹²⁷ –, esculpido no artigo 5º, inciso XXXV da CFRB¹²⁸, sofreu uma nova releitura, sendo entendido, desde a entrada em vigor da Constituição, como um direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, tempestiva e justa – direito a um processo qualificado¹²⁹, então.

Encerra-se a velha idéia de que o direito de ação deveria corresponder a uma mera espécie do direito de petição¹³⁰, ou ser compreendido como uma possibilidade, exclusiva, de acesso ao judiciário, formalmente falando. Chegou-se a conclusão de que não basta “abrir as portas de entrada do Poder Judiciário, mas prestar jurisdição tanto quanto possível eficiente,

¹²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 22.

¹²⁴ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 47.

¹²⁵ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 115. Embora a divergência de nomenclatura, com razão o professor paranaense: “[...] há de se encontrar *pontos de equilíbrio* entre a garantia do devido processo legal, em sentido formal, e a aplicação racional das formas, como meios de efetivação da tutela jurisdicional. Trata-se, enfim, de uma *nova fase metodológica* do Direito Processual, a que se tem chamado de *formalismo-valorativo*. Tal denominação nos parece equívoca, pois o *formalismo*, em si mesmo, já é uma *deformação*. Não obstante preferir conceituar a nova fase metodológica do Direito Processo Civil como *neoprocessualismo*, a percepção epistemológica do problema está, contudo, correta, não devendo os estudiosos se perderem no nome dado ao fenômeno. Mais importante que o nome atribuído, é o método criado para romper a aplicação formalista do direito processual”.

¹²⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. In: *Do Formalismo no Processo Civil*. 2. ed. rev. e acrescida de apêndice. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 270.

¹²⁷ “O processo que nos serve hoje há de ser o espelho e salvaguarda dos valores individuais e coletivos que a ordem constitucional vigente entende cultural. Os princípios que ela inclui não podem ter no presente a mesma extensão e significado de outros tempos e regimes políticos, apesar de eventualmente inalterada a formulação verbal”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 33.

¹²⁸ Art. 5º. [...]; XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

¹²⁹ BOTELHO, Guilherme. *Direito ao Processo Qualificado: O Processo Civil na Perspectiva do Estado Constitucional*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 133.

¹³⁰ COUTURE, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal Civil: La Constitución y el Proceso Civil*. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1978, p. 39, t. I.

efetiva e justa”¹³¹. Deve-se proporcionar aos cidadãos o acesso a todos os instrumentos e aos procedimentos adequados a proteger o direito posto em análise, mitigando as desigualdades existentes no plano social e processual, buscando um equilíbrio de forças, visando a um julgamento justo.

O processo executivo, nessa ótica, sofreu, também, profundas alterações. Aquele processo que tinha sido construído para possibilitar, apenas, a expropriação por meios sub-rogatórios, mediante a utilização das técnicas executivas expressamente dispostas em lei, com intuito cristalino de confinar a atividade desapropriatória estatal, resta atenuado, já que o direito fundamental de liberdade do indivíduo passa a colidir, agora, com o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, tempestiva e justa do autor, no qual se entende incluso o que já foi chamado de direito fundamental à tutela executiva¹³².

Com o reconhecimento de que seria impossível transformar todos os direitos em pecúnia e com a elisão da premissa de incoercibilidade da vontade do executado, verificou-se a insuficiência das medidas sub-rogatórias para obter uma real efetividade do processo de execução, pelo menos no que tange às ações de fazer, de não fazer e de entregar coisa.

Dessarte, com um giro de cento e oitenta graus na direção do processo executivo, hoje, vigora, como regra, uma necessária adequação da técnica executiva ao caso concreto, com a análise das peculiaridades da situação substancial e com suas qualidades distintivas fundamentais, não mais se importando se esta se intromete, ou não, na vontade do executado. Por isso, fala-se em atipicidades dos meios, já que, embora, logicamente, existente uma forma padrão/normal para transformação da realidade fática, na época atual, as peculiaridades do caso podem modificar esse esquema pré-determinado, podendo haver uma ‘mescla’ das técnicas existentes à obtenção da efetividade do direito executado.

Com a mudança de paradigma, o amparo jurídico através do Poder Judiciário implicou em uma proteção eficaz e temporalmente adequada (art. 5º, LXXVIII da CFRB¹³³),

¹³¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. In: *Do Formalismo no Processo Civil*. 2. ed. rev. e acrescida de apêndice. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 271.

¹³² “[...] o que se denomina *direito fundamental à tutela executiva*, corresponde, precisamente, à peculiar manifestação do postulado da máxima coincidência possível no âmbito da tutela executiva. [...] a máxima coincidência traduz-se na exigência de que existam meios executivos capazes de proporcionar a satisfação integral de qualquer direito consagrado em título executivo”. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*: de acordo com a lei 10.444/02. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 102.

¹³³ LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

colimando na exigência de um processo sem dilações indevidas¹³⁴, que deve durar apenas o tempo necessário para a solução (total) do caso, “pois quanto mais demorada a tutela, maior o ‘dano marginal’ que experimenta o demandante que tem razão em seu pleito”¹³⁵, – sem que, contudo, seja desrespeitado qualquer direito do demandado, principalmente como decorrência do direito de participação das partes, oriundo da própria noção de democracia¹³⁶, que nos conduz a formação de um modelo cooperativo de processo¹³⁷, em sentido oposto ao processo visto como um simples jogo, em que o mais hábil competidor ganharia¹³⁸.

Nessa ótica, para se falar em efetividade da ação, e como ilação da execução, é preciso partir de que o processo deve responder ao direito material, exigindo, portanto, procedimentos e técnicas processuais idôneos¹³⁹ à realização do direito no caso concreto.

Assim, deixando de lado o método clássico de positivação das leis, face à impossibilidade fática de se obrigar o legislador a estabelecer *a priori* tantos procedimentos quantos os necessários ao atendimento das diversas situações de direito substancial, passa-se a adotar “cláusulas gerais e técnicas processuais dotadas de conceitos indeterminados com o objetivo de dar ao cidadão o direito de construir a ação adequada ao caso concreto”¹⁴⁰, v.g., artigos 83¹⁴¹ e 84, §5º¹⁴² do código de defesa do consumidor, possibilitando ao autor a criação de uma ação apta a satisfazer da melhor maneira possível o direito material posto em litígio.

¹³⁴ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, [2000?], p. 486-487.

¹³⁵ MITIDIERO, Daniel. Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Adequada e Efetiva, Tutelas Jurisdicionais Diferenciadas e Multa Processual para o Cumprimento das Obrigações de Pagar Quantia. In: *Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007, p. 94.

¹³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 264, v. I. Sobre o papel do judiciário à implementação da democracia participativa, vide: RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. O Papel do Processo na Construção da Democracia: Por uma Nova Definição de Democracia Participativa. In: RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela Jurisdicional às Formas de Tutela*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 95-106.

¹³⁷ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 90. Ainda, sobre o assunto, leia-se: GRASSO, Eduardo. La Colaborazione nel Processo Civile. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Volume XXI, II serie, 1966, Padova: CEDAM, p. 580-609.

¹³⁸ CALAMANDREI, Piero. Il Processo come Giuoco. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Volume V, parte I, 1950, Padova: CEDAM, p. 25. Nas palavras do autor: “*Fortunata coincidenza è quella che se verifica quando tra i due litiganti il più giusto è anche il più abile: ma quando in certi casi (e vogliamo credere in rari casi) questa coincidenza non c’è, può accadere che il processo, da strumento di giustizia fatto per dar ragione al più giusto, diventi uno strumento di abilità tecnica, fatto per dar la vittoria al più accorto*”.

¹³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 240, v. I.

¹⁴⁰ MARINONI. *Op. cit.*, p. 290.

¹⁴¹ Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

¹⁴² Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do

O processo de execução, nos dias atuais, evolutivamente, resta estruturado, portanto, dentro desse quadro, de maneira a privilegiar a sua própria efetividade, possibilitando, portanto, ao exequente, a utilização de meios de coerção, tanto patrimonial quanto pessoal, dependendo do sistema jurídico analisado, escolhidos de acordo com a necessidade concreta, para o cumprimento da obrigação estampada no título que dá suporte ao pleito executivo.

No direito comparado, por exemplo, construíram-se diversos tipos de técnicas coercitivas, todas com o intuito primário de (i) imprimir efetividade ao processo executivo, mediante indução compulsória do executado, e, também, ao cabo, (ii) prestigiar a própria função jurisdicional e suas correlatas funções de *imperium*¹⁴³, podendo ser citadas, como exemplo, a *astreinte*, do sistema francês, a *contempt of Court*, da *common law*, e as *Zwangsgeld/Ordnungsgeld* e as *Zwangshaft/Ordnungshaft*, do regime alemão¹⁴⁴.

No Brasil, a mudança de paradigma, especificamente ao processo executivo, aterrissou com a alteração – mediante a Lei n.º 8.952/1994 – do artigo 461¹⁴⁵ do código de processo civil, que, modificando o sistema típico, até então previsto, passou a adotar o sistema misto de execução, possibilitando a construção, no caso concreto, da melhor medida assecuratória ao direito do exequente, pelo menos no que tange às obrigações de fazer e às de

adimplemento. [...]§ 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

¹⁴³ ASSIS, Araken de. *Manual de Execução*. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 130.

¹⁴⁴ Sobre o tema, leia-se: DA SILVA, João Calvão. *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*. 4. ed. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007, p. 353-391; TARUFFO, Michele. L'Attuazione Esecutiva dei Diritti: Profili Comparatistici. In: *Processo e Tecniche di Attuazione dei Diritti*. Napoli: Jovene Editore, 1989, p. 63-106; RIBEIRO, Darci Guimarães. A Concretização da Tutela Específica no Direito Comparado. In: TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto. *Instrumentos de Coerção e Outros Temas de Direito Processual Civil – Estudos em Homenagem aos 25 anos de Docência do Professor Dr. Araken de Assis*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 125-149.

¹⁴⁵ Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. § 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287). § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. § 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. § 5º Para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial. § 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

não fazer, fundadas em sentença judicial¹⁴⁶. Nota-se que o §5º do artigo em mote, em sua redação originária, consagrava essa adaptabilidade às necessidades concretas, já que “*para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial*”. Tal quadro foi, ainda, aperfeiçoado, com a introdução do artigo 461-A¹⁴⁷, mediante a Lei n.º 10.444/2002, que estendeu a elasticidade da técnica executiva às obrigações de entrega de coisa, alterando, também, a redação do §5º, do artigo 461¹⁴⁸, incorporando, agora, a *astreinte* francesa como técnica coativa no direito pátrio.

4. Conclusão

CALMON DE PASSOS, certa feita, afirmou, de maneira irretocável, que “somos, hoje, o resultado do que fomos ontem e sabemos que o nosso modo ser amanhã, será em boa parte plasmado pelo que deliberarmos nesse sentido”¹⁴⁹.

Com essa afirmação em mente, tentou-se demonstrar, nessas poucas páginas, a influência cultural sofrida pelo processo executivo no passar dos anos. Verificou-se que a revolução francesa, com a conseqüente perenização dos ideais burgueses mediante o processualismo, e a alteração acarretada pelo constitucionalismo pós-guerra, foram os dois momentos marcantes para a construção dos meios executivos, como até então conhecemos.

O CPC’73, em sua redação originária, face às influências sofridas por seu criador, ALFREDO BUZUID, arquitetou um processo de execução baseado na patrimonialidade, reeditando os ideais burgueses de que toda execução deveria recair sobre o patrimônio e não sobre a própria pessoa, limitando a atividade estatal às medidas sub-rogatórias, incoercíveis

¹⁴⁶ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*: de acordo com a lei 10.444/02. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 62-63.

¹⁴⁷ Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. § 1º Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz. § 2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel. § 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461.

¹⁴⁸ § 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

¹⁴⁹ CALMON DE PASSOS, J. J. *Direito, Poder, Justiça e Processo*: Julgando os que nos Julgam. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000, p. 17.

por natureza, e às técnicas executivas tipificadas em lei, acreditando que toda execução estaria baseada, seja pelo tipo de direito, seja pela tutela pelo equivalente monetário, em uma obrigação de crédito.

Inclusive, deve-se lembrar que o próprio Projeto do Novo Código de Processo, perdendo a oportunidade de evoluir e estancar celeumas doutrinárias, acabou, pela redação atual, por manter a estrutura arcaica da execução originária do Código Buzaid, preocupando-se, exclusivamente, com a tutela repressiva, filiando-se “nessa linha à tradição Oitocentista [...] (*permanecendo*) refém de um sistema de tutela dos direitos descompassado em relação às exigências do Estado Constitucional”¹⁵⁰.

Todavia, com a alteração de paradigma (Estado Constitucional), e a cabal necessidade de adequação do processo como um todo, e, obviamente, da execução, para dar efetividade à tutela jurisdicional – direito fundamental –, deve vigorar, hoje, como regra, a atipicidade dos meios executivos, necessitando de uma adequação da técnica executiva apta à satisfação do caso concreto, com a análise das peculiaridades da situação substancial.

Por fim, apenas se ressalva de que hoje, mais do que ontem e menos do que amanhã, resta aos operadores jurídicos entender culturalmente o instrumento o qual manejam, para, questionando os problemas existentes, verificando a carga axiológica nestes incorporada, construir um processo realmente adequado à realidade social e ao direito material da sociedade em que se vive.

5. Referências Bibliográficas

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O Formalismo-Valorativo no Confronto com o Formalismo Excessivo. In: *Revista da Ajuris*. Porto Alegre, ano XXXIII, n. 104, dez. 2006, p. 55-77.

_____. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. In: *Do Formalismo no Processo Civil*. 2. ed. rev. e acrescida de apêndice. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 260-274.

_____. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ASSIS, Araken de. *Manual de Execução*. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Democracia Moderna e Processo Civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord). *Participação e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 98-113.

_____. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

¹⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC: Críticas e Propostas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 148-149.

- _____. *Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o Processo*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- BILHALVA, Jacqueline Michels. *A aplicabilidade e a Concretização das Normas Constitucionais*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- BOTELHO, Guilherme. *Direito ao Processo Qualificado: O Processo Civil na Perspectiva do Estado Constitucional*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.
- BÜLOW, Oskar. *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.
- CALAMANDREI, Piero. Il Processo come Giuoco. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Volume V, parte I, 1950, Padova: CEDAM, p. 23-51.
- CALMON DE PASSOS, J. J. *Direito, Poder, Justiça e Processo: Julgando os que nos Julgam*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.
- _____. Democracia, Participação e Processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord). *Participação e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 83-97.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, [2000?].
- CAPPELLETTI, Mauro. Apuntes para una Fenomenologia de La Justicia en el Siglo XX. In: *Revista de Processo*. São Paulo, ano XVIII, n. 71, jul-set. 1993, p. 93.
- _____. *Constituzionalismo Moderno e Ruolo del Potere Giudiziario nelle Società Contemporanee*. In: *Revista de Processo*. São Paulo, ano XVII, n. 68, out-dez. 1992, p. 47-54.
- _____. *Giustizia e Società*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.
- _____. Repudiando Montesquieu? A Expansão e a Legitimidade da “Justiça Constitucional”. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v. 20, 2001, p.261/286.
- CHIARLONI, Sergio. *Misure Coercitive e Tutela dei Diritti*. Milano: Giuffrè, 1980.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3. ed. rev. e ampl. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2004.
- COUTURE, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal Civil: La Constitución y el Proceso Civil*. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1978, t. I.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Jurisdição e Poder: Contribuição para a História dos Recursos Cíveis*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- DA SILVA, João Calvão. *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*. 4. ed. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007.
- DENTI, Vittorio. *La Giustizia Civile: Lezioni Introduttive*. Nuova edizione riveduta e aggiornata a cura di F. Cuomo Ulloa, C. Gamba, L. Passanante, F. Rota, E. Silvestri, M. Taruffo. Bologna: Il Mulino, 2004.
- _____. *Un progetto per la Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 1982.
- DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 12. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, v.1.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A Formação do Moderno Processo Civil Brasileiro (uma Homenagem a Enrico Tullio Liebman). In: *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, t. I, p. 27-39.
- _____. *A Instrumentalidade do Processo*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

- FALZEA, Angelo. Sistema Culturale e Sistema Giuridico. In: *Rivista di Diritto Civile*. Padova, ano XXXIV, n. 1, gen-feb 1988, p. 1-17.
- GRASSO, Eduardo. La Colaborazione nel Processo Civile. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Volume XXI, II serie, 1966, Padova: CEDAM, p. 580-609.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*: de acordo com a lei 10.444/02. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- HESSE, Konrad. *A força Normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. Título Original: *Die Normativa Kraft der Verfassung*.
- HOBBSAWM, Eric. J. *A Revolução Francesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra S.A., 1996.
- HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma Compreensão Hermenêutica do Processo Civil*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007.
- IRTI, Natalino. *L'età della Decodificazione*. Varese: Giuffrè, 1979.
- LACERDA, Galeno. Processo e Cultura. In: *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo ano II, v. 3, jan-jun 1961, p.74-86.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1968.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, v.1.
- _____. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. *Tutela Inibitória: Individual e Coletiva*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- _____.; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC: Críticas e Propostas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- _____. Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Adequada e Efetiva, Tutelas Jurisdicionais Diferenciadas e Multa Processual para o Cumprimento das Obrigações de Pagar Quantia. In: *Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007, 89-108.
- _____. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005.
- _____. Estado Constitucional, Controle de Constitucionalidade e Processo Civil no Brasil: do *Iustum Iudicium* à Constituição de 1998. In: *Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007, p. 15-30.
- _____. O Processualismo e a Formação do Código Buzaid. In: *Revista de Processo*, São Paulo, ano XXXV, n. 183, mai. 2010, p. 165-194.
- _____. Processo e Cultura: Praxismo, Processualismo e Formalismo em Direito Processual Civil. In: *Gênese Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, n. 33, jul.-set. 2004, p. 484-510.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006.
- REALE, Miguel. *Paradigmas da Cultura Contemporânea*. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 1999.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. A Concretização da Tutela Específica no Direito Comparado. In: TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto. *Instrumentos de Coerção e Outros Temas de Direito Processual Civil – Estudos em Homenagem aos 25 anos de Docência do Professor Dr. Araken de Assis*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 125-149.
- _____. *La Pretension Procesal y La Tutela Judicial Efectiva: Hacia una Teoría Procesal Del Derecho*. Barcelona: Bosch, 2004.

_____; SCALABRIN, Felipe. O Papel do Processo na Construção da Democracia: Por uma Nova Definição de Democracia Participativa. In: RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela Jurisdicional às Formas de Tutela*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 95-106.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social*. 3. ed. 5ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder: uma Nova Teoria da Divisão dos Poderes*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002.

TARELLO, Giovanni. *Storia della Cultura Giuridica Moderna: Assolutismo e Codificazione del Diritto*. Bologna: Il Mulino, 1976.

TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord). *Participação e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 37-50.

_____. L'Atuazione Esecutiva dei Diritti: Profili Comparatistici. In: *Processo e Tecniche di Attuazione dei Diritti*. Napoli: Jovene Editore, 1989, p. 63-106.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto Mite*. Torino: Eunadi, 1992.

O DIREITO DE AÇÃO: EVOLUÇÃO DO ESTADO LIBERAL PARA O ATUAL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Samuel de Oliveira Fritz¹

Resumo: O estado democrático de direito está em crise, como diversas obras abordam. Neste ponto, o presente trabalho pretendeu realizar uma tarefa que é árdua, qual seja, de atualiza a concepção do direito de ação no atual regime democrático, passando de uma leitura do direito de ação num estado liberal para a leitura do direito de ação no estado democrático de direito. Para que ocorra uma nítida compreensão deste instituto, além desta leitura, se laborou na concepção entre a autonomia do direito processual sobre o direito material, mas enfocando que esta autonomia não implica numa indiferença, que é como boa parte da doutrina – ingenuamente – ainda trabalha o instituto. Por fim, se compatibilizou o instituto sob um viés constitucional, afinal de contas, a Magna Carta é a pedra de toque de todo o nosso sistema jurídico.

Palavras-chave: direito de ação. Estado liberal. Estado democrático de direito. Processo. Autonomia. Indiferença. Tutela jurisdicional adequada.

Resumen: El Estado democrático de derecho está en crisis, como para tratar varias obras. En este punto, este documento tiene la intención de realizar una tarea que es ardua, es decir, para mejorar el diseño del derecho de acción en el sistema democrático actual, de la lectura de un derecho de acción en un Estado liberal a la lectura de un derecho de acción en el estado derecho democrático. Para lograr una clara comprensión de este instituto, y que la lectura es trabajado en la concepción de la autonomía del Derecho procesal en el derecho sustantivo, pero se centra en que esta autonomía no implica una indiferencia que es como gran parte de la doctrina - ingenuamente - todavía funciona el instituto. Por último, si coincide con el centro que funciona bajo un sesgo constitucional, después de todo, la Carta Magna es la piedra angular de nuestro sistema jurídico.

Palabras clave: derecho de acción. Estado liberal. Estado Democrático. Proceso. Autonomía. Indiferencia. Adecuadas de protección judicial.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

“Todos os dias uma comédia vergonhosa que se chama democracia é encenada. Nesta comédia, pode-se debater de tudo, menos a própria democracia. A falsidade central deste modelo reside no fato de que o poder econômico é o mesmo que o poder político.

O único antídoto para reverter esse mau funcionamento da democracia é construir uma sociedade crítica que não se limite a aceitar as coisas pelo que elas parecem ser e depois não são, mas se faça perguntas e diga não sempre que for preciso dizer não. Para isso, é urgente voltar à filosofia e à reflexão”. (O comentário foi feito pelo escritor português José Saramago, durante a abertura do curso “Literatura e

¹

Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

poder. Luzes e sombras”, na Universidade Carlos III, em 19/01/2004, em Madri).

Inicialmente, cumpre delimitar o cerne do presente escrito, qual seja o direito de ação no atual Estado Democrático de Direito. O tema merece certo destaque, pois se de um lado o cidadão tem o direito público subjetivo ² de ter o seu direito tutelado pelo Estado, em contra partida o Estado tem o dever de se manifestar sobre o mesmo, uma vez que este é detentor do monopólio da jurisdição. ³ Mas, no atual Estado – que se diz Democrático de Direito - podemos vislumbrar o direito de ação como um simples direito a uma resposta normativa do magistrado? ^{4 5}

² Enrico Tullio Liebman(*Manuale di Diritto Processuale Civile*. 2ª ed. Vol.1. Milano: Giuffrè. 1966 p. 38.) leciona que: “a ação é, portanto, o direito subjetivo que consiste no poder de produzir o evento a que está condicionado o efetivo exercício da função jurisdicional.” Nessa linha, vale apontar a lição de Humberto Theodoro Júnior (*Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Forense, 2000, Vol.I, p. 43., o qual bem afirma que a ação é um direito subjetivo de natureza pública, “por referir-se a uma atividade pública, oficial, do Estado”. Além disso, importante é destacar que o processo busca restabelecer a ordem de cumprimento das normas vigentes, conforme Hugo Alsina (*Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil Y Comercial*. Buenos Aires, 1943. Vol.I, p. 36): “o exercício da ação colima, pois, um ato de jurisdição por parte do Estado; ao exigir o cumprimento de uma obrigação, aspira-se, em última análise, que o devedor entregue algo de seu patrimônio, preste um fato, ou que se esclareça uma situação incerta; mas, sob o ponto de vista processual, o que se pretende é o restabelecimento da ordem jurídica, circunstância que caracteriza esta função de direito público”. Ainda leciona , Darci Guimarães Ribeiro (*La Pretension Procesal y La Tutela Judicial Efectiva: Hacia una Teoría Procesal Del Derecho*. Barcelona: Bosch, 2004, p. 90.): “[...] **no obstante asegurarse a todos los ciudadanos el derecho de acceso a los tribunales, cada uno de ellos cuando ejercita la pretensión a la tutela jurídica individualiza lo suyo, es decir, a pesar de que todos poseen el derecho de acción procesal en virtud del monopolio de la jurisdicción, solo a través del concreto derecho subjetivo puede ejercerse el derecho de acción.**”

³ Na Espanha, Vicente Gimeno Sendra (*Fundamentos del derecho procesal*. Madrid: Civitas, 1981. p. 107 e ss) leciona de forma profícuo o tema monopólio da jurisdição. Apenas para elucidar melhor o tema, cita-se parte da obra: “El principio de la exclusividad de la Jurisdicción [...] comporta no sólo la necesidad de que la función jurisdiccional sea encomendada a un único cuerpo de Jueces y Magistrados, sino que, a la par, reclama también la exigencia de que esos mismo Tribunales tengan el monopolio de la función jurisdiccional. Dicho principio [...] no significa otra cosa que la potestad jurisdiccional en sus distintas manifestaciones corresponde, tanto en la fase declarativa o cognoscitiva como en la ejecutiva, al Poder Judicial, estando expresamente vedado a los demás Poderes del Estado u órdenes de funcionarios de la asunción de las funciones jurisdiccionales, así como la existencia de cualquier género de privilegio por parte de la Administración o de determinados grupos de ciudadanos que obstaculicen o hagan frustrar los efectos de la cosa juzgada. El monopolio de la jurisdicción se manifiesta, como muy significativamente dispone el referido artículo 117.3 de la Constitución [...]”

⁴ Esta ^{concepção} pode ser extraída facilmente das lições clássicas de Enrico Tullio Liebman, que repercutem no meio jurídico doutrinário nacional, conforme se observa Teresa Arruda Alvim Wambier(*Manual de Direito Processual Civil*. vol.2. 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 628): “A sentença é ato, no qual o juiz, na qualidade de representante do Estado, dá, com base em fatos, na lei e no direito, uma resposta imperativa ao pedido formulado pelo autor, bem como à resistência oposta a esse pedido, pelo réu, na defesa, e tendo sido o réu revel, não fica liberado o Estado –Juiz do dever de resolver a pretensão, o que é feito essencialmente pela sentença”.

⁵ Importante aludir o ensaio de Ovídio Araújo Baptista da Silva (livro-homenagem ao Prof. Alcides de Mendonça Lima, in *Revista Forense*, vol. 323, p. 119) que assevera: “A afirmação de mestre Buzaid de que todas as ações começam pela petição inicial e “terminam por uma sentença” explica uma curiosidade que sempre me inquieta, porque conflita com minha compreensão do processo. Refiro-me ao

Este questionamento se torna pertinente na medida em que existe um intrigante descompasso entre a letra constitucional e concepção de diversos autores sobre o direito de ação no atual cenário jurídico, pois apesar de existir um grande slogan ⁶ acerca da efetividade do processo, pouco se trabalha sobre a perspectiva da relação entre o processo e o direito material a ser tutelado. ⁷

2 EVOLUÇÃO NA CONCEPÇÃO SOBRE O DIREITO DE AÇÃO: TRANSIÇÃO DO ESTADO LIBERAL PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A terminologia “ação”, na sua acepção contemporânea, só foi possível depois de diversos estudos histórico-evolutivos por décadas, para, só então, compatibilizar o instituto com o atual regime jurídico (Estado Democrático de Direito).

Importe para o presente escrito é realizar a transição entre o direito de ação do Estado liberal e o direito de ação do Estado Democrático de Direito.

Inicialmente cumpre destacar que o direito de ação, constituído sobre o viés do Estado Liberal Clássico, que está intimamente ligado ao simples direito de acesso ao judiciário, sentido formal, o que, *mutatis mutandis*, poderia ser equiparado ao simples direito de petição. ⁸ O maior exemplo elucidativo é o Estado Absolutista, consolidado entre os séculos XVI a XVIII, que trouxe consigo a idéia de que todos os direitos eram iguais, para este tipo de estado não havia uma maior preocupação com os direitos tutelados, pois todos eram formalmente iguais.

entendimento, aceito pela doutrina brasileira, de que as ações devam ser propostas “contra o Estado”. Não contra o demandado, mas “perante” ele.”

⁶ Esta situação é facilmente visível na exposição de motivos da Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009, destinada a elaborar Anteprojeto de Novo Código de Processo. O primeiro parágrafo da exposição de motivos assim refere: “Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito”.

⁷ Nesse sentido são precisas as palavras de José Carlos Barbosa Moreira: “Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo. Uma noção conecta-se com a outra e por assim dizer a implica. Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material” (Por um processo socialmente efetivo. *Revista de Processo*. São Paulo, v.27, n.105, p. 183-190, jan./mar. 2002, p. 181).

⁸ O direito de petição, apesar de não fazer parte do espócio da presente análise, também merece uma ressalva, pois, também deve ser interpretado numa releitura, que deve se adequar ao atual Estado Democrático de Direito.

Os estados liberais, também denominados de "estados burgueses", em meados dos séculos XVIII – institucionalizados após a Revolução Francesa de 1789⁹ - e XIX, possuía um viés filosófico, intimamente ligado aos direitos individualistas, como, por exemplo, a direito ao acesso à proteção judicial, que significava, essencialmente, visto sobre o prisma de um direito formal do indivíduo de propor ou responder uma ação.

Neste delinear nota-se que o “estado burguês” preconiza um poder – mormente político - que decorre do sistema econômico capitalista. E dentro desta perspectiva, o direito privado, é a base das relações contratuais. Ora, para esta realidade o sistema jurídico comporta uma característica essencialmente reducionista do legalidade/formalidade.

O direito de ação no atual regime democrático¹⁰ necessita-se ter um acesso material, substancial, acesso este que só se garante pela realização do direito tutelado pelas suas diversas formas.

Em outros termos, não se pensava em uma tutela jurisdicional adequada a cada direito tutelado. Afinal, o ideal de igualdade, na sua acepção formal, traz consigo uma desigualdade material.

No Estado liberal o direito de ação é visto exclusivamente numa perspectiva formal de propor a ação, não se perquire se o titular do direito material lesado pode ou não usufruir do seu direito de ação.¹¹

É na transição entre do Estado liberal para o Estado Democrático de Direito que se propor, por exemplo, uma releitura do artigo 75, do Código Civil então vigente (1916) – norma originalmente concebida dentro do Estado liberal - que, “A todo direito corresponde uma ação que o assegura”, pretendendo um reexame de tal norma, a partir de uma concepção contemporânea sistemática do processo civil.

⁹ Norberto Bobbio (*A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 123.) observa a postura francesa acerca do pensamento constitucionalista. Diz ele: “Com a Revolução Francesa, entrou prepotentemente na imaginação dos homens a idéia de um evento político extraordinário que, rompendo a continuidade do curso histórico, assinala o fim último de uma época e o princípio primeiro de outra. Duas datas, muito próximas entre si, podem ser elevadas a símbolos desses dois momentos: 4 de agosto de 1789, quando a renúncia dos nobres aos seus privilégios assinala o fim do antigo regime feudal; 26 de agosto, quando a aprovação da Declaração dos Direitos do Homem marca o princípio de uma nova era. Não vale a pena sublinhar, por ser muito evidente, o fato de que uma coisa é o símbolo e a outra é a realidade dos eventos gradativamente examinados por historiadores cada vez mais exigentes. Mas a força do símbolo (...) não desapareceu com o passar dos anos.”

¹⁰ Os sistemas jurídicos atuais possuem uma seria preocupação como “direito de acesso à justiça”, conforme, Mauro Cappelletti (Fundamental guarantees of the parties in civil proceedings (general report), *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*, Milano: Giuffrè, 1973, pp. 726-727).

¹¹ Mauro Cappelletti (Los derechos sociales de libertad en la concepción de Piero Calamandrei, *Proceso, ideologías, sociedad*, Buenos Aires: EJE, 1974, p. 120 e ss).

Rui Barbosa, em articulado apresentado ao Supremo Tribunal Federal em 1892, advertiu que, “onde quer que haja um direito individual violado, há de haver um recurso judicial para a debelação da injustiça;”¹² Essa idéia, antes de ser agasalhada pela ordem constitucional brasileira já poderia ser extraída por uma adequada releitura – compatibilizando como Estado Democrático de Direito – do artigo 75 do CC de 1916.

3 COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE O MONOPÓLIO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL E O PLENO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO NO ATUAL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Feitas essas considerações, deve-se destacar que, o Estado detém o monopólio da atividade jurisdicional. Tanto é assim, que a Constituição Federal prescreve que o Poder judiciário não excluirá de sua apreciação, lesão ou ameaça a direito, conforme artigo 5º, XXXV.

Disso se extrai que não se trata de mera garantia constitucional de inafastabilidade do controle jurisdicional, pois, se assim fosse, permitiria decisões superficiais e ainda após longa espera, meses (ou anos) desde a propositura da ação.¹³

O modelo jurídico contemporâneo, qual seja, de um Estado democrático de direito, que se calca, mormente, pela valorização do ser humano (cidadão), o qual deve ser o centro do direito fundamental¹⁴ de acesso à justiça¹⁵, cuja realização máxima se dá

¹² Lêda Boechat Rodrigues (*História do Supremo Tribunal Federal*. tomo 1, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 20).

¹³ Para melhor se compreender o texto constitucional deve-se abdicar do seu posicionamento dogmático, para poder compreender o próprio texto constitucional a sua realidade. Hans-Georg Gadamer (*Verdade e método II*. Tradução: Enio Paulo Giachini. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p. 76.)

¹⁴ Nesse sentido, o professor Lenio Luiz Streck (*Da Proibição de Excesso (Übermassverbot) à Proibição de Proteção Deficiente (Untermassverbot)*: de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *(Neo) Constitucionalismo*: ontem, os códigos hoje, as constituições. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 2, 2004. p. 254.) ressalva o dever de se ter os direitos fundamentais como cerne do Estado democrático de direito. Diz ele: “(...) caso no qual se estará em face do que, a partir da doutrina alemã, passou-se a denominar de ‘proibição de proteção deficiente’ (*Untermassverbot*). (...) A proibição de proteção deficiente pode ser definida como um critério estrutural para a determinação dos direitos fundamentais, com cuja aplicação pode-se determinar se um ato estatal (...) viola um direito fundamental de proteção. A busca pela materialização do plano normativo constitucional é tarefa da qual não se podem desincumbir os juristas, sendo certo que é um dever de todos (e não só dos operadores do Direito) cuidar para que a Constituição não reste esvaziada de sentido em razão de sua pouca ou nenhuma aplicação. Ao se realizar o processo hermenêutico, atribuindo sentidos aos textos legais, é preciso ter em mira o horizonte por aquela fornecido, especialmente no que lhe compõe o núcleo essencial: os direitos fundamentais, que se identificam com os Princípios Gerais de Direito.”

¹⁵ São precisas as lições de Darci Guimarães Ribeiro (*La Pretension Procesal y La Tutela Judicial Efectiva*: Hacia una Teoría Procesal Del Derecho. Barcelona: Bosch, 2004, p. 77.): “(...) **indistintamente,**

com a compatibilização do direito de ação e a correspondente efetividade (tempestividade) na prestação da tutela jurisdicional.

Este cenário jurídico atual rompe brutalmente com a concepção anterior de Estado (liberal¹⁶), afinal como aduz Candido Rangel Dinamarco: “Pior que uma lei velha e fiel a valores do passado é a interpretação tradicionalista e fiel aos valores do passado.”¹⁷

Desta forma, não podemos ter uma mesma leitura sobre o direito de ação no Estado liberal e o direito de ação num Estado democrático de direito.

Embora, esta discussão não seja nova, merece um grande destaque o relatório apresentado ao VII Congresso Mundial de Direito Processual, realizado em 1987, na Holanda, sob o tema "Justiça e eficiência", assinalou Gimeno Sendra que a eficiência da "Justiça" estaria condicionada às garantias de:

- a) pleno exercício do direito de ação e defesa;
- b) solução razoavelmente rápida do litígio por órgão independente e mediante correta aplicação do direito;
- c) existência de medidas, cautelares e executivas, que possibilitem a tutela efetiva dos direitos e interesses legítimos.

Estas premissas foram observadas pelo mestre Calmon de passos, que, inclusive, respalda a transição do Estado Liberal para o Estado Social de Direito. São as palavras do mestre:

(...) a idéia, pois, de eficácia da justiça se encontra, na atualidade, intimamente ligada à de um modelo de processo que, sem esquecer seus princípios constitucionais (contraditório, igualdade de armas, dispositividade nas democracias ocidentais), possibilite uma rápida solução do conflito, mediante o descobrimento da relação jurídico-material debatida e a aplicação, a ela, do direito objetivo, com os mesmos custos para as partes. Celeridade, economia e justiça material

para todas las personas de la comunidad, una promesa de protección a todos aquellos que necesiten de justicia, es decir, desde que el Estado monopolizó la distribución de la justicia se comprometió, como consecuencia directa de este monopolio, a garantizar y asegurar la protección de aquellos individuos que necesiten de ella. [...] Llamamos esa promesa de protección jurídica de pretensión a la tutela jurídica [...].”

¹⁶ Os Estados liberais (século XVIII e XIX), também chamados de burgueses, possuem como cerne principalmente a filosofia metafísica, onde trabalhavam os direitos individualistas, conforme adverte Paulo Bonavides (*Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 42.):“Só de maneira formal os sustenta, uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe”, como, por exemplo o direito de acesso ao Poder judiciário era consagrado pelo sei direito formal de cada indivíduo propor ação ou se defender de uma, conforme Alex Carocca Pérez (*Garantia constitucional de la defensa procesal*. Barcelona: Bosch, 1998. pp 101 e ss).

¹⁷ Dinamarco, Cândido Rangel. (*Universalizar a Tutela Jurisdicional*. Fundamentos do Processo Civil Moderno. tomo II. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 857.)

confirmam os novos postulados do modelo processual do Estado Social de Direito, que se superpuseram aos clássicos do liberalismo.¹⁸

Embora, o mestre Calmon se limite a prever a transição apenas do Estado Liberal para o Estado Social de Direito – estágio anterior ao Estado Democrático de Direito¹⁹, conforme se extrai das palavras de Willis Santiago Guerra Filho: “O Estado Democrático de Direito, então, representa uma forma de superação dialética da antítese entre os modelos liberal e social ou socialista de Estado”²⁰. Contudo, é importante destacar a transição concebida por Calmon de Passos, pois a partir do Estado Social de Direito se começa a materializar os direitos formalmente consagrados no ordenamento jurídico,^{21 22} pois, “agora pressupõe precisamente toda uma plêiade de leis sociais e coletivas que possibilitem, no mínimo, o reconhecimento das diferenças materiais e o tratamento privilegiado do lado social ou economicamente mais fraco da relação.”²³

Nesta mesma linha, nota-se que a concepção sobre o direito à tutela judicial efetiva, passa, portanto, no final do século XX²⁴ a ser encarado como direito e garantia fundamental dos sistemas jurídicos que pretendem ser modernos e igualitários e que pretendam garantir²⁵, e não apenas proclamar os direitos de todos.²⁶

18

Estudos Jurídicos, IEJ, Rio de Janeiro, 1991, n. 2.

19

BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 445-452.

20

Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna. Introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 34.

21

Jürgen Habermas (*Direito e Democracia*: entre a facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2. p. 127 e ss.)

22

Sobre os conceitos de direito fundamental em sentido material e formal, ver José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira (*Fundamentos da Constituição*, Coimbra: Coimbra, 1991, p. 93 e ss), Miguel José Faria (*Direitos Fundamentais e Direitos do Homem*, Lisboa: ISCPSI, 2001, p. 3 e ss), Jorge Miranda (*Manual de Direito Constitucional*, Coimbra: Coimbra, 2000, p. 137 e ss; Jorge Miranda (Direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa, *Revista de Direito Público*, v. 82, p. 5 e ss.

23

Menelick de Carvalho Netto (Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, n. 3, p. 480, mai., 1999).

24

Importante destacar que a transição de um direito formal para um direito material não foi fácil, pois a máxima do início do século XX era amparada por uma crença de igualdade formal, tanto que Piero Calamandrei (*Proceso y Democracia*. Buenos Aires: EJE, 1960, p. 180.) pugnava por um “derecho de defender-se en juicio en situación de paridad frente a la contraparte, derecho de dirigir-se a una justicia que proteja sin distinciones tanto al rico como al pobre”.

25

De acordo com Joan Picó y Junoy (*Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: J. M. Bosch, 1997. p. 17.): “Tras la Segunda Guerra Mundial, se produce en Europa y especialmente en aquellos países que en la primera mitad del siglo XX tuvieron regímenes políticos totalitarios, un fenómeno de constitucionalización de los derechos fundamentales de la persona, y dentro de éstos, una tutela de las garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial.”

26

Por isso mesmo, devemos trazer à colação, Norberto Bobbio (*A Era do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Campos, 1992. pp. 24-25.): “Deve-se recordar que o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, particularmente contra os direitos sociais, não é a sua falta

4 A CRISE DO DISTANCIAMENTO DO DIREITO PROCESSUAL PARA O DIREITO MATERIAL

Esta situação é percebida facilmente a partir do direito à efetividade, que decorre tanto do direito constitucional, pois além do artigo 5º, incisos XXXV e LXXVIII, é corolário lógico do direito de ação o devido processo legal. Isto ocorre, porque, quando a Constituição assegura amplo poder de acesso ao Judiciário, estabelece também o meio para tirar a jurisdição de sua inércia, sendo este meio o processo.

Este distanciamento entre o direito processual e o direito material, fez com que houvesse uma crise pela subversão de valores. Aquilo que deveria servir de instrumento idôneo²⁷ de efetividade do direito material, passou a ser encarado como um fim em si mesmo, amparando, fundamentalmente, sobre a estrita análise de uma ciência autônoma do direito processual – na perspectiva de um formalismo estéril²⁸ - frente ao direito material.²⁹

de fundamento, mas a sua inexecutabilidade. Quando se trata de enunciá-los, o acordo é obtido com relativa facilidade, independentemente do maior ou menor poder de convicção de seu fundamento absoluto; quando se trata de passar à ação, ainda que o fundamento seja inquestionável, começam as reservas e as oposições. O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político. Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.”

²⁷ Neste ponto é importante observar que a norma protetiva – idônea – do direito material é dada por norma processual. Como escreve Robert Alexy (*Teoría de los Derechos Fundamentales* [Theorie der grundrechte]. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.p.474): "una comparación de los derechos a procedimiento en sentido estricto con los derechos a competencias de derecho privado muestra claramente los diferentes objetivos que se persiguen en el ámbito de la organización y el procedimiento. Mientras que los derechos a competencias de derecho privado aseguran, sobre todo, la posibilidad de que puedan realizarse determinadas acciones iusfundamentalmente garantizadas, los derechos a procedimiento en sentido estricto sirven en primer lugar, para la protección de posiciones jurídicas existentes frente al Estado y frente a terceros. Por ello, es posible tratar a estos últimos también dentro del marco de los derechos a protección". Ingo Wolfgang Sarlet (*A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, pp. 194-195.) também salienta a importância das regras processuais para a realização do direito de proteção: "impõe-se a referência ao fato de que sob a rubrica dos direitos a prestações em sentido amplo, considerando-se excluídos os direitos em sentido estrito (direitos a prestações fáticas), se enquadram fundamentalmente os direitos a prestações normativas por parte do Estado, que podem incluir tanto direitos a proteção mediante a emissão de normas jurídico-penais, quanto o estabelecimento de normas de organização e procedimento."

²⁸ Elucida bem o que aqui se afirma André Ramos Tavares (*Fronteiras da Hermenêutica Constitucional*. São Paulo: Método, 2006. p. 40.): "O jurista, no exercício de sua profissão, deveria saber apenas a lei, em seu formalismo tecnicista. O conteúdo (matéria) da lei não importa ao jurista, que sobre ele deverá abster-se de fazer considerações de ordem "política", de justiça (da decisão do legislador), de adequação à realidade social. Basta, simplesmente, saber que a lei cumpriu o procedimento legislativo previsto, preenchendo todas as fases necessárias para seu advento. Os domínios da realidade tornam-se irrelevantes e dele o Direito se desvinculava". Nesse sentido também leciona o constitucionalista Alexandre de Moraes (*Direito constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 94.): "A EC nº 45/04 (Reforma do

Na atual concepção do direito processual, não há mais quaisquer dúvidas posicionamento pacífico de que o direito processual (instrumento) é um ramo autônomo do direito material³⁰, sendo tranqüila a conclusão de que o processo não depende do direito material para existir³¹, contudo, isto não quer dizer que ele – direito material - deva ser esquecido, já que deste apontamento - de autonomia – se incorreu no erro da indiferença.^{32 33 34}

Judiciário) assegurou a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Essas previsões – razoável duração do processo e celeridade processual -, em nosso entender, já estavam contempladas no texto constitucional, seja na consagração do devido processo legal, seja na previsão do princípio da eficiência aplicável à Administração Pública (CF, art. 37, caput). [...] A EC n. 45/04, porém, trouxe poucos mecanismos processuais que possibilitem maior celeridade na tramitação dos processos e redução na morosidade da Justiça Brasileira. O sistema processual judiciário necessita de alterações infraconstitucionais, que privilegiem a solução dos conflitos, a distribuição de Justiça e maior segurança jurídica, afastando-se tecnicismos exagerados.”

²⁹ Por isso, o processo é sempre um meio – vigente no sistema democrático – que não pode ser tomado como um fim em si. Pois, quando se toma o processo como fim, o que se tem é o formalismo empedernido. O processo deve comportar a realização do Direito como um todo. Com isso, podemos conceber de que maneira o *formalismo* pode/deve ser controlado, de maneira a permanecer vigente a ordem democrática, como bem destaca a obra de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (*Do Formalismo no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003).

³⁰ Embora haja certa divergência se foi Wach ou Oscar Bülow quem demonstrou a autonomia entre os dois ramos do direito (processual x material) é certo que este posicionamento se consolidou.

³¹ Importante registrar aqui é que o monopólio da atividade jurisdicional criou o dever de prestar a tutela jurisdicional para qualquer pessoa que solicite a mesma, sendo favorável ao pedido do autor ou mesmo desfavorável ao pedido do autor. Pois, como disserta Leo Rosenberg (*Tratado de derecho procesal civil*. T. II. Buenos Aires: E.J.E.A, 1955. p.59.) em crítica a teoria de Wach: “al otorgamiento de la tutela jurídica pura e simplemente, no a la tutela jurídica favorable”, isso ocorre, porque, “a pretensão à tutela jurídica, assim como a ação processual, pertence tanto ao demandante que põe em movimento a jurisdição com a ação processual, como ao demandado, que apenas se defende e, ainda que não exercite ação nenhuma, com a sua presença em juízo, exige também do Estado sua tutela judicial mediante a improcedência da pretensão processual que o autor supostamente disse ser titular(...)”, conforme Darci Guimarães Ribeiro (*Da Tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. pp. 38-39).

³² Nesse sentido se manifesta Luiz Guilherme Marinoni (*Técnica Processual e Tutela de Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. pp. 55-56): “ De lado essa questão, não é possível ignorar que a escola sistemática, em sua ânsia de redescobrir o valor do processo e de dar contornos científicos ao direito processual civil, acabou excedendo-se em sua missão. A intenção de depurar o processo civil de sua contaminação pelo direito substancial, a ele imposta pela tradição jurídica do século XIX, levou a doutrina chiovendiana a erguer as bases de um "direito processual civil" completamente despreocupado com o direito material.[...]No entanto, o fruto mais óbvio dessa escola foi a pretensão de uniformização do procedimento. A idéia de um único procedimento para atender a diferentes situações de direito substancial tem origem pouco mais do que óbvia na tentativa de isolamento do processo em face do direito material.”

³³ O professor Luiz Guilherme Marinoni (*Técnica Processual e Tutela de Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 54.) elucida a origem desta indiferença existente entre os dois ramos do direito. Ele remonta que esta indiferença decorreu da Escola Sistemática de processo, onde se preocupava com a institucionalização de um processo e o conseqüente afastamento do direito material. São as lições do professor: “De lado essa questão, não é possível ignorar que a escola sistemática, em sua ânsia de redescobrir o valor do processo e de dar contornos científicos ao direito processual civil, acabou excedendo-se em sua missão. A intenção de depurar o processo civil de sua contaminação pelo direito substancial, a ele imposta pela tradição jurídica do século XIX, levou a doutrina chiovendiana a erguer as bases de um "direito processual civil" completamente despreocupado com o direito material.[...]No

Pois bem, neste delinear é importante destacar “a teoria de Wach³⁵ teve mérito de demonstrar unicamente a autonomia do direito processual frente ao material, sendo que seu maior erro consistiu em vincular o dever do Estado a uma prestação jurisdicional favorável”³⁶, já que a “[...] presença de determinados requisitos ou condições da ação que, acaso presentes, conduziriam, imperiosamente, à sentença favorável. Daí, inclusive, a concretude da ação, de vez que a mesma só poderia levar a uma sentença favorável e não sentença de qualquer conteúdo”³⁷

Na atual fase em que se encontra o direito processual civil – constitucionalização do processo civil – é imprescindível redescobrir as relações entre o processo e o direito material³⁸, já que a tão proclamada autonomia da ação e da relação processual acabou deixando de lado a estrita dependência dos institutos do processo.

De outra forma, Mauro Cappelletti afirma que “esse enfoque reconhece a necessidade de correlacionar e adaptar ao processo Civil ao tipo de litígio.”³⁹ Por isso, deve-se observar as diversas formas de tutelar os direitos em litígio.

Se o processo pode ser visto como instrumento legítimo – idôneo – é contrário senso pensar nem processo que se encontre indiferente em relação ao direito material e à realidade social. O processo não pode ser apático a tudo isso. Nesse sentido é prudente

entanto, o fruto mais óbvio dessa escola foi a pretensão de uniformização do procedimento. A idéia de um único procedimento para atender a diferentes situações de direito substancial tem origem pouco mais do que óbvia na tentativa de isolamento do processo em face do direito material.”

³⁴ Juan José Monroy Palácios (MONROY PALACIOS, Juan. *La tutela procesal de los derechos*. Palestra: Lima, 2004. p. 33). discorre sobre a confusão entre independência e indiferença quanto ao direito positivo. Diz ele: “Como se advierte, estamos ante un juez liberal que padece del mal de Pilatos, no asume ninguna responsabilidad por los efectos que puede producir su decisión, considerando que su deber sólo alcanza a tornar eficaz el derecho positivo. Para decirlo de otra manera, se trata de un juez que confunde la independencia con la indiferencia, sólo protocoliza el mandato legal con absoluta asepsia respecto de sus consecuencias sociales.”

³⁵ Explicitando a obra, ela refere a obrigatoriedade de prolação de uma sentença favorável, manifestava-se o doutrinador alemão Adolf Wach (*Manual de Derecho Procesal Civil*. v. 1. Buenos Aires: Ejea, 1977).

³⁶ Conforme Darci Guimarães Ribeiro (*Da Tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 41.)

³⁷ Daniel Francisco Mitidiero e Hermes Zanetti Júnior (*Introdução ao Estudo do Processo Civil*: primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 73).

³⁸ Vittorio Denti (*Un progetto per la giustizia civile*, Bologna, Il Mulino, 1982, p. 12). Neste ponto é importe aludir a seguinte passagem de Robert Alexy (*Teoria de los Derechos Fundamentales* [Theorie der grundrechte]. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.p.472): “los derechos a procedimientos judiciales y administrativos son esencialmente derechos a una ‘protección jurídica efectiva’. Condición de una efectiva protección jurídica es que el resultado del procedimiento garantice *los derechos materiales del respectivo titular de derechos*.”

³⁹ Mauro Cappelletti e Bryan Garth (*Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 71)

afirmar que existe uma interdependência entre o direito processual e o direito material e não uma autonomia absoluta dos institutos.

Desta forma, importante registrar é legítima a autonomia da ciência processual, o que não é legítima é a indiferença ao direito material, esta inobservância é que é a problemática.

Em outras palavras, o direito material (com as suas formas de tutelas⁴⁰ adequadas)^{41 42 43 44} é fonte legitimadora da ciência processual.^{45 46}

⁴⁰ Obras atuais sobre a tema: Darci Guimarães Ribeiro (*Da Tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010), Marinoni, Luiz Guilherme (*Tutela inibitória: individual e coletiva*. 3ª ed, rev, atual e ampl. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2003), Arenhart, Sérgio Cruz (*A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo : Rev. dos Tribunais, 2000), etc.

⁴¹ Nas palavras do jurista italiano, Andrea Proto Pisani (*Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1979), para que possa viabilizar a possibilidade da concessão de uma tutela adequada à cada direito. De outra forma, não existe uma única forma de tutela ideal pra todos os casos concretos, mas sim, tutelas diferenciadas para cada caso concreto (direito material) em questão, pois o que se almeja é uma tutela tempestiva, o que, só pode ser verificada no caso concreto. Aludindo a obra de Pisani, encontramos no cenário Jurídico nacional Luiz Guilherme Marinoni (*Técnica Processual e Tutela de Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004), Luiz Fux (*Curso de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro: Forensense, 2001, p.1085, etc.

⁴² Neste ponto é importante destacar que valorização do uso de varias formas para se tutelar cada direito – concreto - não representa um equívoco, ao contrário, deve sim existir. Para que esta situação existir é necessário que ela seja legítima, Para que isso ocorra, então é necessário que se permita o controle deste poder do magistrado (artigo 93, inciso IX, da CF) , conforme V. Michele Taruffo (*La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975, p. 194-195), Michele Taruffo (*Funzione della prova: la funzione dimostrativa*, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1997, p. 553-554), Michele Taruffo (*Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*, in: www.studiocelentano.it/le-nuove-voci-del-diritto), Michele Taruffo (*La motivazione della sentenza*, *Revista de Direito Processual Civil (Genesis Editora)*, v. 30, p. 674 e ss) e Michele Taruffo (*Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*, *Conferência proferida na Faculdade de Direito da UFPR*; Curitiba, março de 2001, p. 17).

⁴³ Friedrich Muller (*Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Trad. Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 22) propugna pela compreensão de hermenêutica enquanto a “(...) concretização jurídica normativamente vinculada do direito.”, que cumpre sua tarefa fornecendo “(...) as modalidades de trabalho da concretização da norma e da realização do direito.”. Nesse sentido o professor Lenio Luiz Streck (*Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 206). assevera que: “o tempo e a tradição, falta-nos a chave da compreensão!”

⁴⁴ Lições estas que são percebidas por Darci Guimarães Ribeiro (*Da Tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 37). Refere este autor: “O monopólio não cria para o Estado o dever de prestar qualquer tutela jurisdicional, senão a tutela jurisdicional apropriada ao direito material que a parte traz a juízo é dizer, o Estado que é titular potestade jurisdicional deve colocar a disposição dos cidadãos um instrumento (processo) capaz de amoldar-se aos interesses em conflito, para poder assim proporcionar justiça em um tempo adequado aos consumidores dos serviços jurisdicionais”.

⁴⁵ Conforme Darci Guimarães Ribeiro (*La Pretension Procesal y La Tutela Judicial Efectiva: Hacia una Teoría Procesal Del Derecho*. Barcelona: Bosch, 2004, p. 99).

⁴⁶ Interessante mencionar-se as lições de Araken de Assis (*Cumulações de Ações*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 83), no que tange à separação dos planos materiais e processuais do direito: “[...] se evidencia a censurável falta de percepção quanto à inutilidade de relacionar a existência do processo à situação proveniente do direito material, e nele eventualmente reproduzida na condição de objeto litigioso, porque categorias situadas em planos diferentes. [...] a relação processual e a relação material, cuja existência se investiga no próprio processo, nada ostentam em comum. Distingue-se a primeira da segunda em virtude da causa (monopólio da jurisdição), sujeitos (autor e réu) e objeto

Destarte de nada adianta ter uma tutela jurisdicional – no seu sentido formal⁴⁷ – se ela não garantirá o direito material para aquela pessoa que se socorre do Poder judiciário para ter o seu direito assegurado.

A transição do modelo de pensamento metafísico – plano formal - para o modelo de racionalidade empírico – material – é lecionada, principalmente, por Mauro Cappelletti.⁴⁸

Considerando o atual contexto social com a elevada complexidade e inovações da sociedade, ⁴⁹“não se pode ter ilusões quanto ao que esperar do texto que é a Constituição, em seu sentido estritamente jurídico, que não pode ser visto como portador de soluções prontas para problemas dessa ordem. Seu texto é como uma obra aberta; ao ser interpretado, atribui-se-lhe a significação requerida no presente, levando em conta a Constituição em seu sentido empírico”.⁵⁰

A proliferação de demandas judiciais fez surgir o fenômeno decorrente de uma sociedade urbana de massas, que não mais admite a morosidade jurisdicional⁵¹ que, em *ultima racione*, denegri a própria imagem do Poder institucional.

Não se pode ignorar algo que é inerente à prestação jurisdicional, que é o decurso do lapso temporal, ou como prefere José Rogério Cruz e Tucci é um “implacável inimigo”⁵².

(prestação jurisdicional). Nenhum vínculo se entrevê nelas, ou ainda, uma vez, restaria inexplicável a demanda julgada improcedente”.

⁴⁷ Conforme se extrai de trecho da obra de Marcelo Cattoni (*Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 55.): “sob os ditames da igualdade formal, estando sempre vinculados ao sentido literal.”

⁴⁸ Conforme Mauro Cappelletti (*Acesso allá giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero*. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 37, 1982. p. 243.)

⁴⁹ Este cenário “novo” de relações jurídicas aspira novas regras jurídicas, como, por exemplo, no Direito consumerista, atualmente, elevado ao *status* constitucional de direito (artigo 5º, inciso XXXII, da CF) e regulamentado pela Lei n.º 8.078/90. As relações jurídicas já existiam – anteriores a edição do Código de Defesa do Consumidor – o que mudou foi o regramento das relações, pois aquelas relações que, anteriormente, estavam regidas pelo Código Civil e que tinha caráter de consumo agora passam a ser tuteladas pelo Código de defesa do Consumidor.

⁵⁰ Conforme Willis Santiago Guerra Filho (*Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 144.)

⁵¹ Como lembra Cândido Rangel Dinamarco (*A reforma do código de processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 140.): “No binômio custo-duração como o eixo em torno do qual gravitam todos os males da justiça contemporânea (Vincenzo Vigoritti) e com toda a autoridade já foi dito que, em sugestiva imagem, que o tempo é um inimigo do direito, contra o qual o juiz deve travar uma guerra sem tréguas (Carnelutti).” Este cenário, ainda, é corroborado por José Carlos Barbosa Moreira (Tutela sancionatória e tutela preventiva. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Uberaba, v. 18, n. 1, p. 124, 2º trimestre, 1979., que constata: “[...] a atividade processual por mais bem ordenada que seja, nos textos e na prática, sempre consome algum tempo, durante o qual fica o titular privado da utilidade a que fazia jus segundo direito material.”

⁵² Conforme José Rogério Cruz e Tucci (*Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: RT, 1997. p. 11).

Tudo isso, para se dizer que: trata-se de um enfrentamento necessário – de mudança de concepção⁵³ - para se afastar os obstáculos para o acesso à Justiça⁵⁴, transitando de um formalismo excessivo, para um formalismo valorativo,⁵⁵ em que se constrói um processo calcado por valores (processo axiológico), cuja finalidade maior é a paz social.⁵⁶

O processo tem que ser um instrumento de otimização do jurisdicionado, que vise garantir o fiel cumprimento do direito material. O processual é o meio idôneo que o Estado forneceu ao seu jurisdicionado, para que este busque solucionar as suas controvérsias, afastando a autotutela,⁵⁷ ou seja, as regras pertinentes ao processo destinam-se a elidir o descumprimento das normas de direito material.

A Magna Carta⁵⁸, em seu artigo 5º, inciso XXXV⁵⁹, prevê o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional⁶⁰, o que deve ser compatibilizado com a regra

⁵³ No que tange a esta mutabilidade cultural o professor Ovídio Araújo Baptista da Silva (Coisa julgada relativa? Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, n.1, p. 363-364, 2003.) consagra uma análise minuciosa deste aspecto.

⁵⁴ O reconhecimento do acesso à Justiça é tema de extrema relevância, não só na área dos direitos fundamentais é também elemento central de grandes estudos, como, por exemplo, do processualista da peninsular, Mauro Cappelletti e Bryan Garth (*Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 71.), por intermédio de três ondas - sem embargos às duas primeiras -, ao tratar a terceira onda do processo – interessa para a o presente escrito -, como forma de ampliar o acesso à justiça, “ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas na sociedade moderna.”

⁵⁵ Uma grande contribuição no sentido de distinguir estes dois aspectos do formalismo foi à obra – já dita – de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (**Do Formalismo no processo civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.)

⁵⁶ A função social do processo cujo fim deve ser a paz social é percebida na lição de Sidney Palhari Júnior (*Reforma do Judiciário: Primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 768.): “Sendo, pois, a função social do processo, que é o instrumento da jurisdição, a distribuição da justiça, não há como negar que nas circunstâncias atuais do Poder Judiciário, a entrega da prestação jurisdicional em tempo oportuno, capaz de produzir os efeitos desejados e atender à expectativa do titular do direito reconhecido, é meio de pacificação social. O reconhecimento do direito, que para muitos casos, somente isso basta, de forma tempestiva, acalma os ânimos, pois põe fim a um conflito. Assim, confere credibilidade às decisões judiciais – mesmo quando desfavorável – e ao Poder Judiciário, desestimula a repetição do descumprimento das obrigações pelos cidadãos, em suma, promove a paz social.” Nesse sentido Darci Guimarães Ribeiro (*La Pretension Procesal y la Tutela Judicial Efectiva: hacia una Teoría procesal del Derecho*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 76) diagnostica que: “[...] **el Estado, como ente encargado de la paz social, asume la solución de los conflictos de intereses y veda cualquier forma de justicia particular, de agere privado. Es el Estado quien administra la justicia y detenta el monopolio de la jurisdicción [...]**.”

⁵⁷ Exceções: Na esfera do Direito Civil, mesmo com a evolução do Código Civil de 2002, é vislumbrar a auto tutela, conforme artigo 1210, o qual garante o direito do possuidor manter-se ou restituir-se pela própria força. Na esfera do Direito Processual Penal temos o artigo 301, que prevê a possibilidade da prisão em flagrante. Além destes dois ramos do Direito, no Direito Penal a autotutela possui previsão expressa no artigo 23, inciso III, artigo 24 e artigo 25.

⁵⁸ XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁵⁹ Na Constituição da República Portuguesa tal direito é assegurado pelo artigo 20, n.º 1, que dispõe que "A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos." Notas de José

Joaquim Gomes Canotilho (*Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1976, p. 654 e ss e José Joaquim Gomes Canotilho (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*) Coimbra: Almedina, 2002, p. 495 e ss).

Na Constituição Espanhola o direito é garantido no artigo 24, n.º 1, estatuidando que "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión." Neste ponto a doutrina refere que a expressão "tutela efetiva", como o resultado esperado do direito de ação, que não se confunde com o simples julgamento da causa (com ou sem o a análise do mérito), pois na visão doutrinária contemporânea, ter direito à tutela *efetiva* implica em frisar o dever do Estado sobre a efetividade (eficiência), como a obtenção da tutela do direito material, conforme elucida a doutrina de: David Vallespín Pérez (*El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*. Barcelona: Atelier, 2002. p. 142-143) e de Álvaro Gil-Robles (*Los nuevos límites de la tutela judicial efectiva*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996. p. 85 e ss). O art. 24 da Constituição da República Italiana diz, em sua primeira parte, que "tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi", sobre esta norma ler: Luigi Paolo Comoglio (*Commentario della Costituzione* (a cura di G. Branca). Bologna-Roma: Zanichelli-Foro italiano, 1981) e Italo Andolina (*Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Torino: Giappichelli, 1990). Nesse sentido, ainda: artigos 20 da Constituição Portuguesa e 24 da Constituição Espanhola (garante *expressamente* a tutela jurisdicional dos interesses legítimos), Constituição da Grécia de 1975, art. 20; Constituição Japonesa de 1946, art. 32; Constituição da Romênia de 1991, art. 21; Constituição da República Tcheca de 1992, art. 4º c/c art. 90; Constituição do México de 1917, art. 17 (redação dada pela reforma de 1987); Constituição do Peru de 1993, art. 139, 3; Constituição da Colômbia de 1991, art. 229; Constituição do Paraguai de 1992, art. 16; Constituição da Federação Russa de 1993, art. 46; Constituição Polonesa de 1997, art. 77; Constituição da Finlândia de 1999, art. 21; Constituição da República de Cabo Verde de 1992, art. 21. Assim, também na França o acesso à justiça é considerado direito fundamental dos cidadãos. Verificar a obra de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (*Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. rev. atual. São Paulo. Saraiva, 2009.)

⁶⁰ Importante traçar o quadro evolutivo no sistema constitucional. Nas Constituições de 1824, 1891, 1934 e 1937 não expressaram normas sobre o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. O princípio somente foi constitucionalizado em 1946. A Constituição de 1946, na sua declaração de direitos e garantias individuais, afirmou que "a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual" (art. 141, § 4º). O princípio, consagrado na Constituição de 1946, foi repetido na Constituição de 1967 (art. 150, § 4º) e na Emenda Constitucional n. 1 de 1969 (art. 153, § 4º). Já a Carta de 1988 acrescentou a expressão "ameaça a direito" na verbalização de tal princípio, deixando claro que a lei, além de não poder excluir *lesão*, não poderá excluir "ameaça a direito" da apreciação do Poder Judiciário. Nesse sentido, o sistema permite uma tutela preventiva e/ou uma tutela corretiva. Além disto, no artigo 5º, inciso XXXV, excluiu alusão a "direito individual", constante das Constituições anteriores, pois a partir desta nova ordem jurídica surgem os novos direitos, quais sejam os difusos e os coletivos. Importante destacar que, sobre a expressão "ameaça a direito" existem três correntes que permeiam o Supremo Tribunal Federal. A primeira, preconizada pelos Ministros Celso de Mello e Carlos Velloso, sustenta que a lei que veda a concessão de liminares viola o art. 5º, XXXV, podendo ser expressa através da seguinte passagem do voto do Min. Celso de Mello na ADI 223/DF – MC: "A proteção jurisdicional imediata, dispensável a situações jurídicas expostas a lesão atual ou potencial, não pode ser inviabilizada por ato normativo de caráter infraconstitucional que, vedando o exercício liminar da tutela jurisdicional cautelar pelo Estado, enseje a aniquilação do próprio direito material". (Voto do Min. Celso de Mello na ADI nº 223/DF - MC (STF, Pleno, Rel. p/Acórdão Min. Sepúlveda Pertence, DJU 29.06.1990). Neste ponto é importante destacar que este posicionamento apresenta-se em estrita consonância a doutrina contemporânea. A segunda, radicalmente oposta, preconizada pelo voto do Min. Moreira Alves, na ADI n. 223/DF – MC: "O proibir-se, em certos casos, por interesse público, a antecipação provisória da satisfação do direito material lesado ou ameaçado não exclui, evidentemente, da apreciação do Poder Judiciário a lesão ou ameaça a direito, pois ela se obtém normalmente na satisfação definitiva que é proporcionada pela ação principal, que, esta sim, não pode ser vedada para privar-se o lesado ou ameaçado de socorrer-se do Poder Judiciário". (Voto do Min. Moreira Alves na ADI nº 223/DF – MC (STF, Pleno, Rel. p/Acórdão Min. Sepúlveda Pertence, DJU 29.06.1990). Mais tarde, na ADI 1.576/DF – MC, o Ministro Moreira Alves consignou que, além de a lei poder vedar a concessão de liminares, "a tutela antecipada não é instituto constitucional. Ela foi criada pela lei. Assim como foi criada, a princípio, sem certos limites, não vejo por que não se possa limitá-la". (Voto do Min. Moreira Alves na ADI nº 1576/DF – MC (STF, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 06.06.2003), o que me parece que deve ser ponderado esta perspectiva, pois a luz da doutrina contemporânea ela está

que garante o prazo razoável de duração do processo, previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da CF.

Logo, a partir da Emenda Constitucional n.º 45, notadamente, a tutela de urgência passou a ter status Constitucional, com a inserção do inciso LXXVIII, no artigo 5º, o qual estipulou que todo processo judicial ou administrativo deve submeter-se a um tempo razoável de duração, cujo ditame é uma prestação de modo pleno e em um tempo⁶¹ adequado.⁶²

Tudo que foi dito tem o único intuito de se promover uma conciliação entre o direito material e o direito processual, já que, atualmente, o processo deve ser visto como instrumento idôneo a realização dos direitos materiais.

Pois bem, não se quer negar ao cidadão o acesso à justiça, amparado pela árdua conquista universal, em relação ao postulado inscrito no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, que grava como garantia fundamental o amplo e irrestrito acesso ao Poder Judiciário quando evidenciada a lesão ou a ameaça a direito.⁶³

equivocada. Por último, terceira posição, preconizada pelo Min. Sepúlveda Pertence, enuncia que não é correto recusar constitucionalidade a toda e qualquer limitação legal à outorga de liminar, pois a lei restritiva, deve ser analisada segundo o lume do princípio da razoabilidade. Refere o Ministro: “a solução estará no manejo do sistema difuso, porque nele, em cada caso concreto, nenhuma medida provisória pode subtrair ao juiz da causa um exame da constitucionalidade, inclusive sob o prisma da razoabilidade, das restrições impostas ao seu poder cautelar, para, se entender abusiva essa restrição, se a entender inconstitucional, conceder a liminar, deixando de dar aplicação, no caso concreto, à medida provisória, na medida em que, em relação àquele caso, a julgue inconstitucional, porque abusiva”. (STF, Pleno, ADI nº 223/DF – MC, Rel. p/Acórdão Min. Sepúlveda Pertence, DJU 29.06.1990.)

⁶¹ Neste ponto é importante destacar a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni (*Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 26.): “[...] se o processo é um instrumento ético, e assim não pode impor dano à parte que tem razão e beneficiar a parte que não tem, é imprescindível que ele seja dotado de meio técnico que, atuando no seu curso, permita a distribuição do tempo.”

⁶² Apenas para esclarecer o conteúdo da expressão “adequado” é meio faticamente idôneo, hábil para proteger determinado direito material, por isso, deve-se relevar o caso concreto, pois sem ele não tem como se analisar a expressão mencionada. Sobre a tese do direito à construção da ação adequada ao caso concreto, conforme doutrina de Luiz Guilherme Marinoni (*Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo*, v. 1, São Paulo: Ed. RT, 2007, 2ª. ed., p. 230-310). Ainda, nesse sentido, Andrés de la Oliva Santos (*Sobre el Derecho a la Tutela Jurisdiccional: la persona ante la administración de Justicia – derechos básicos*. Barcelona: Bosch, 1980, p. 12) narra que: “la tutela jurisdiccional en abstracto sólo puede concebirse identificándola con la existencia de la Jurisdicción en general, esto es, identificándola con el conjunto de dispositivos destinados a satisfacer ciertos derechos concretos cuando existan. No resulta proporcionado a lo que se prohíbe, ni mínimamente serio, prohibir la autotutela y, a cambio, establecer tan sólo el simple derecho de acudir a una especie de oficina de reclamaciones, que resolvería sobre éstas sin preocuparse para nada de un inexistente derecho de reclamante a lo que reclama”. Importante ainda registrar que, se o réu tem direito à defesa, previsto no artigo 5º, inciso LV, da CF. Contudo, não é justo que o seu exercício extrapole os limites do razoável. Neste ponto importante ler a doutrina crítica sobre a ampla defesa, do professor Ovídio Araújo Baptista da Silva (*A plenitude da defesa no processo civil*. In: *As garantias do cidadão na justiça* (coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira). São Paulo: Saraiva, 1993. p. 163.)

⁶³ Nesse sentido leciona Antônio Rulli Júnior (*Universalidade da Jurisdição*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 51): “Não é mais possível excluir determinados assuntos do conhecimento do judiciário,

5 COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE A TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA E O DIREITO DE AÇÃO NO ATUAL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Desta forma, se o Estado – que se diz Democrático de Direito – deve assegurar ao cidadão uma prestação jurisdicional, que deve ser adequada ao direito material, ou seja, uma prestação jurisdicional idônea para tutelar o direito material, se, caso contrário, assim não o fizer estará causando prejuízo a outrem, ou seja, ao cidadão,⁶⁴ já que o seu funcionamento – regular ou irregular – está dentro do seu limite de responsabilidade. Isso é o que se extrai da dicção do § 6º, do artigo 37, da CF, aliado a atividade jurisdicional, que um serviço público, permite o ensejo da responsabilidade civil do Estado.⁶⁵

Por conseqüência, se existe o dever do Estado em prestar a tutela jurisdicional, e este é agravado pelo dever de prestá-la com o máximo de eficiência possível, já que se trata de uma garantia constitucional aplicável ao processo, que não pode ser desconsiderada (garantia), sob pena de infrigência da norma constitucional, o que redundará no dever de indenizar.

Devendo-se destacar, novamente, em busca de consolidar estas premissas é necessário realizar a transição da perspectiva do direito de ação no Estado liberal para o direito de ação no atual Estado Democrático de direito.⁶⁶

pela simples atribuição a certos órgãos não integrantes [ou integrantes] do Poder Judiciário ou limitando a função jurisdicional, em certos casos, a aspectos superficiais, formais e processuais, retirando a possibilidade de conhecimento de mérito.”

⁶⁴ Aduz, ainda, Peter Häberle (*Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002. pp. 38-39.) que: “Democracia é o domínio do cidadão, não do Povo, no sentido de Rosseau. A democracia do cidadão está muito próxima da idéia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não na concepção segundo a qual o Povo soberano limita-se a apenas assumir o lugar do monarca. Portanto, existem muitas formas de legitimação democrática, desde que se liberte de um modo de pensar linear e eruptivo a respeito da concepção tradicional de democracia. Alcança-se uma parte significativa da democracia dos cidadãos (*Bürgerdemokratie*) com o desenvolvimento interpretativo das normas constitucionais.”

⁶⁵ A orientação constitucional, preconizada no artigo 37, § 6º é neste sentido da doutrina de Ruy Rosado de Aguiar Júnior (A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. In: *AJURIS*, v. 20, n. 59, p. 10, nov. 1993.): “o Estado responde sempre que do seu funcionamento regular ou irregular decorrer prejuízo para terceiro, independentemente de se questionar sobre a existência de culpa do serviço, bastando o fato do serviço.”

⁶⁶ As ordens constitucionais contemporâneas apresentam os seus alicerces, principalmente, pelo “direito de ação à justiça”, conforme já se asseverou na doutrina de Mauro Cappelletti (Fundamental guarantees of the parties in civil proceedings (general report), *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*, Milano: Giuffrè, 1973, p. 726-727).

Atualmente estamos vivenciando um período, que alguns doutrinadores chamam de neoconstitucionalismo⁶⁷, no qual está havendo um resgate do valor da efetividade em detrimento da segurança. Contrariando nitidamente o antigo brocardo dogmático, de que "a justiça tarda, mas não falha". Podendo-se afirmar, inclusive que, "justiça tardia não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta"⁶⁸ conforme preconizava Rui Barbosa⁶⁹. Rui Barbosa, ao seu tempo, já preconizada a necessidade de observância do imperativo categórico – linguagem Kantiana - do postulado de tempestividade.

Esta situação constitui uma atualidade, que se coaduna com o atual regime democrático, na medida em que, com o advento da Emenda Constitucional n.º 45, isso ganhou destaque, pois o inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal apresenta *ipsis litteris* a expressão no texto constitucional, ficando elidida qualquer discussão concernente ao direito de um prazo razoável de duração do processo que antes perdurava no cotidiano forense.⁷⁰

A concepção liberal acerca do direito de ação constitui uma análise simplista de algo que é muito mais complexa. Para os autores que possuem uma visão já derrotada sob a nova ordem vigente – estado democrático – o direito de ação constitui um direito de uma decisão, que pode ser adjetivada - qualificada - pela análise, ou não do mérito do pedido, proposto pelo jurisdicionado.

Contudo, esta situação pouco, ou nada, resolve a problemática que é a transição de um estado liberal para um estado democrático, onde não basta ter qualquer decisão, é

⁶⁷ Conforme Ana Paula de Barcelos. (Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.1, n. 240, pp. 83-103, abr./jun. 2005); e Luís Roberto Barroso (Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 240, pp. 01-67, abr./jun. 2005.)

⁶⁸ Esta lição não passou despercebida por Darci Guimarães Ribeiro (A instrumentalidade do processo e o princípio da verossimilhança como decorrência do "due process of law". *Revista Ajuris*, Porto Alegre, n. 60, p. 271, mar. 1994.) que dispôs: "Quando a parte busca a satisfação do seu direito via processo, há um espaço de tempo ineliminável entre o início e o fim dessa realização, pois é no processo que os sujeitos praticarão os seus atos processuais tendentes a formar gradualmente a convicção do juiz. Esse espaço de tempo é que é o cerne de minhas preocupações. O tempo que é ineliminável, senão dimensionado, distribuído entre autor e réu, é abominável, por causar injustiças."

⁶⁹ Rui Barbosa, *Oração aos moços*. Rio de Janeiro: Edições de ouro, MCMLXVI, p. 105.

⁷⁰ Luiz Guilherme Marinoni (*Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 27.) já observa a seguinte situação: "É certo que o direito à duração razoável podia ser visto como um corolário do direito fundamental de ação, encartado no inciso XXXV do art. 5º da CF. Acontece que não se pode dizer que a doutrina e os tribunais brasileiros tenham retirado do direito de ação os direitos à tutela e a duração razoável. Daí a importância de se fixar um postulado constitucional autônomo para garantir o direito fundamental à duração razoável. O inciso LXXVIII do art. 5º, ao constituir fundamento autônomo ao direito fundamental à duração razoável à duração razoável, não deixa margem de dúvida sobre a sua projeção sobre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, o que obriga a doutrina a considerá-lo de forma necessariamente detida e responsável."

necessário que se tenha uma adequada resposta, pois esta adequada resposta é corolário lógico do devido processo legal e esta positivado na Constituição Federal.

A dicção adequada sobre o direito de ação se constitui um dever inarredável do Estado de promoção da paz social por uma forma legítima qual seja o processo.

Por consequência, se existe o dever do Estado em prestar a tutela jurisdicional, este é agravado pelo dever de prestá-la com o máximo de eficiência possível, já que se trata de uma garantia constitucional individual, sob pena de infringência a norma constitucional, o que, por conseguinte, impõe o dever de indenizar.

Desta forma, nada mais justo que lhe impor o ônus de prestar a tutela jurisdicional sempre que solicitado pelo jurisdicionado (*accipiens*)^{71 72}, pois, disso decorre do princípio da inafastabilidade⁷³ do controle jurisdicional (universalidade⁷⁴ da jurisdição) ao referir o direito subjetivo de ação, na medida em o jurisdicionado busca a tutela estatal, sendo corroborado, ainda, pelo princípio pelo princípio da inércia.⁷⁵

⁷¹ Darci Guimarães Ribeiro (*La Pretension Procesal y La Tutela Judicial Efectiva: Hacia una Teoría Procesal Del Derecho*. Barcelona: Bosch, 2004, p. 84.) observa que a obtenção da pretensão à tutela jurídica “[...] **depende de un agere con prestare positivum por parte del titular del deber jurídico (obligado, *latu sensu*) que se traduce en la obligación del Estado de dictar una sentencia, en cualquier tipo de proceso e independientemente del resultado que ella pueda tener, es decir, el Estado, en virtud del monopolio de la jurisdicción, se compromete a garantizar y asegurar la protección de aquellos individuos que necesiten de justicia, razón por la cual está obligado a juzgar. Por ello, la prestación no puede ser negativa, una vez que el Estado no puede negarse a dictar una sentencia.**”

⁷² Bem dispõe Cândido Rangel Dinamarco (*Execução civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. pp. 367-368.), concernente a mais ampla forma que se pode buscar a resposta frente ao Poder Judiciário: “O poder de ação, em sua feição mais ampla, permite que as pessoas se façam ouvir sempre pelo Estado-juiz, quer tenham ou não tenham razão. Nessa mesma medida compromete-se o Estado a dar resposta a quem quer que lhe provoque o exercício da função jurisdicional, não lhe sendo lícito silenciar ante qualquer pedido, por mais absurdo ou descabido que seja. Concebida assim nesses termos tão amplos, a ação é uma faculdade inerente à própria personalidade, ela não se prende a condição alguma; é esse o primeiro sendo da garantia contida no preceito programático do art. 5º, inc. XXXV, da Constituição brasileira. Trata-se do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, em sua acepção mais lata e menos profunda, o qual será violado sempre que se pretenda impedir a alguém o exercício da faculdade de se fazer ouvir pela Justiça.”

⁷³ Conforme Kazuo Watanabe (*Da cognição no processo civil*, São Paulo, Ed. RT, 1987, p. 88.)

⁷⁴ Esta universalidade é consagra, principalmente, no cenário internacional, cito, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, art. X; Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, art. 14; Convenção Européia dos Direitos do Homem de 1950, art. 6º; Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia de 2000, art. 47; Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948, art. XVIII; Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), art. 25; Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981, art. 7º. Neste ponto é interessante verificar a obra de Jacob Goreneder (*Direitos Humanos: o que são (ou devem ser) Série Ponto Futuro*: 17 ed. São Paulo: Senac, 2004.)

⁷⁵ Conforme observa José Roberto dos Santos Bedaque (*Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 57 ao referir que: “[...] o direito de provocar a atividade jurisdicional do Estado e retirá-la de sua inércia está assegurado a todas as pessoas em sede constitucional. Ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito” (CF, art. 5º, XXXV), o legislador garante, de forma ampla e genérica, o acesso ao meio estatal destinado a proporcionar a tutela jurisdicional a quem dela necessitar.”

Ambos os conceitos se complementam acerca da efetiva tutela jurisdicional, pois ao Estado cumpre o dever de fornecer a tutela jurisdicional, e à pessoa cumpre a faculdade de retirar o Estado da sua inércia, mediante provocação da atividade (princípio da inércia).

O pronunciamento do órgão judicante decorre tanto do princípio da inafastabilidade, quando do princípio da inércia, tornando o Estado um devedor⁷⁶ (*solvens*) da tutela jurisdicional.⁷⁷

Trata-se de uma forma imperiosa e de caráter fundamental na instituição de um Estado Democrático de Direito, a realização da justiça por intermédio de um processo judicial instaurado sob o crivo dos princípios mais comezinhos do Direito.

A função jurisdicional não deve ser concebida como um simples poder⁷⁸ do Estado, monopolizado pelo Poder Judiciário.⁷⁹

⁷⁶ Importante inserir que este dever é assegurado por uma garantia constitucional, como assevera Darci Guimaraes Ribeiro (*La Pretension Procesal y La Tutela Judicial Efectiva: Hacia una Teoría Procesal Del Derecho*. Barcelona: Bosch, 2004, p. 89.): “[...] *existiendo el deber de prestar justicia por parte del Estado, existirá, en contra-partida, el derecho de pedirla por parte de los individuos (justizgewährungsanspruch), ya que a todo derecho debe corresponder un deber que lo garantice.*”

⁷⁷ Nesse sentido, analisa Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (*Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1973. t. 1. pp. 46-47; 56-57.): “A ordem jurídica, a que corresponde o direito material, e a ordem da tutela dos direitos não são um só: nessa, o Estado está em frente às pessoas que precisam de tutela jurídica, como devedor do que na Constituição e nas leis prometeu. Todo o processo tem por finalidade o adimplemento dessa promessa, com que se eliminou a primitiva justiça de mão própria. Todo exercício da pretensão à tutela jurídica supõe dever do Estado de fazer a prestação jurisdicional, qualquer que seja (declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental, executiva); de cognição ou em execução forçada, em cognição completa, ou em incompleta cognição; quanto à decisão definitiva, ou não, em processo de medida mandamental, ou constitutivo, assecutorio ou não, de simples aplicação a lei, ou de arbítrio judicial, ou de desempate, ou de escolha de solução. Tanto que tem a pretensão de direito material quanto o obrigado dispõem de pretensão à tutela jurídica. Também dela dispõe o que apenas quer que se declare, se constitua, se execute ou mande.”

⁷⁸ Tal aparente paradoxo (poder-dever) é facilmente desfeito por Benedito Ferreira Filho (A prestação da tutela jurisdicional. Disponível na Internet: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=310. Acesso em 18 de Janeiro de 2006.), pois, logicamente, se o “[...] poder emana do povo, e esse ao delegá-lo a um órgão responsável pela jurisdição, tem, em contrapartida, o direito de cobrar o serviço e aquele o dever de prestá-lo.” Desta forma, a compreensão sistemática do pensamento nos possibilita “[...] afirmar que o conceito simplório de jurisdição como sendo ‘o poder de dizer o direito ao caso concreto’, se não pode ser desconsiderado, deve, então, ser aditado para incluir o DEVER de se prestar a tutela jurisdicional prometida a todos.” Assim, o termo “pretensão”, e levando-se em conta os efeitos gerados pela proibição da autotutela, pode refletir na seguinte conclusão de Darci Guimarães Ribeiro (*La Pretension Procesal y La Tutela Judicial Efectiva: Hacia una Teoría Procesal Del Derecho*. Barcelona: Bosch, 2004, p. 82.): “**el poder de exigir del Estado la realización de una prestación positiva.**” Nesse mesmo diapasão, atentando apenas para o detalhe de considerar a pretensão à tutela jurídica como “direito”, e não como um “poder”, manifesta-se Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (*Tratado das Ações*. Campinas: Bookseller, 1998, p. 248), quando ensina que “existe, pois, direito público subjetivo a que o Estado, por seus órgãos, preste justiça. É o direito à prestação jurisdicional. Ou, melhor: a pretensão à tutela jurídica.”

⁷⁹ Corretamente argumenta Luiz Fux (*Tutela de segurança e tutela de evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 123): “O acesso à justiça, para não se transformar em mera garantia formal, exige ‘efetividade’, que tem íntima vinculação com a questão temporal do processo. Uma indefinição do litígio pelo decurso excessivo do tempo não contempla à parte o devido processo legal, senão mesmo o ‘indevido’ processo.”

Reduzir tal Poder a mera cláusula de inafastabilidade do controle jurisdicional, ditada no inciso XXXV⁸⁰ do artigo 5º da Constituição Federal, representa uma visão simplista dessa garantia.⁸¹

A função jurisdicional não pode ser enfocada exclusivamente sob o prisma do Poder Estatal de dirimir o conflito de interesses.

Não basta identificar a existência do dever de prestar a tutela jurisdicional.

A garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional estará mais completa na medida em que for corroborada pelo corolário do dever de máxima eficiência do Estado na prestação jurisdicional.

Para que isso ocorra é necessário atentar, em primeiro lugar, ao fato de que não se pode negar⁸² qualquer forma da prestação jurisdicional, ou seja, há o direito constitucional assegurado a toda a pessoa de ver prestada a jurisdição de conhecimento, execução e cautelar, devendo-se observar, em qualquer dos casos, uma adequada

⁸⁰ Interessante mencionarmos os ensinamentos preconizados por Luiz Guilherme Marinoni (*A Antecipação da Tutela*. 8ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 211) onde "o direito de acesso à Justiça, albergado no art. 5º, XXXV, da CF, não quer dizer apenas que todos têm direito a recorrer ao Poder Judiciário, mas também quer significar que todos têm direito à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva [...] o legislador infra constitucional está obrigado, em nome do direito constitucional à adequada tutela jurisdicional, a prever tutelas que, atuando internamente no procedimento, permitam uma efetiva e tempestiva tutela jurisdicional [...]".

⁸¹ Neste ponto, transcrevo a advertência de Tobias Barreto (*Crítica política e social*. Obras Completas de Tobias Barreto, Edição comemorativa, Instituto Nacional do Livro, Ministério da Cultura, Ed. Record, 1990. p.78): "o povo não faça papel do velho cão estúpido que morde a pedra que nele bate, em vez de procurar a mão que a arremessou." Desta forma, a sociedade civil e principalmente a comunidade jurídica, não podem fazer do comodismo uma velha desculpa de conformismo, pois, afinal, o real Estado Democrático de direito – efetivamente dotado de direitos e garantias - deve ser constantemente amparado por paradigmas aceitos comunidade jurídica, que se coadune numa perspectiva responsável e melhor dimensionada do que a mera visão reducionista e individualista, como era no Estado Liberal, que já não mais se sustenta pelos seus paradigmas atuais (contemporâneos).

⁸² Norma prevista no artigo 126, do CPC. Aliás, atualmente, esta concepção no Supremo Tribunal Federal já extrapolou esta idáia singela, afirmando que, o princípio da proibição da negação de jurisdição não pode deixar de considerar as alegações e as provas produzidas pelas partes, conforme STF, RE n 172.084, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 03.03.1995. além deste julgado, o mesmo Tribunal na Súmula n. 667, segundo a qual "viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa". No julgamento da Representação de Inconstitucionalidade nº 1.077/RJ, de 28.03.1984, o Min. Moreira Alves afirmou que: "taxas cujo montante se apura com base em valor do proveito do contribuinte (como é o caso do valor real do pedido), sobre a qual incide a alíquota invariável, tem necessariamente de ter um limite, sob pena de se tornar, com relação às causas acima de determinado valor, indiscutivelmente exorbitante em face do custo real da atuação do Estado em face do contribuinte" (STF, Representação de Inconstitucionalidade nº 1.077/RJ, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 28.09.1984). Ver, ainda, STF, Pleno, ADI nº 1.651/PB – MC, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU 11.09.1998; STF, Pleno, ADI nº 1.926/PE – MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 10.09.1999; STF, Pleno, ADI nº 948/GO, Rel. Min. Francisco Rezek, DJU 17.03.2000. Deve-se focar que com este posicionamento, o que sequer, é remover os obstáculos econômicos que limitam o acesso ao Poder Judiciário, retratando a primeira onda de Mauro Cappelletti e Bryan Gart. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

prestação jurisdicional⁸³, sendo, inclusive, perniciosa, afirmar, por exemplo, que a tutela de urgência constitui natureza constitucional.⁸⁴

Há mais de vinte anos José Carlos Barbosa Moreira leciona sobre a perspectiva do problema da efetividade do processo, destacando a necessidade de se dispor de instrumentos de tutela a todos os direitos. Segundo o autor, o ordenamento deveria privilegiar aquele que fosse vitorioso na demanda, com “o mínimo dispêndio de tempo e energia.”⁸⁵

Após anos dedicados à análise e ao estudo da efetividade processual, o autor refere existir cinco itens pelos quais se institui o programa básico em prol da efetividade do processo:

- a) O processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, que se possa inferir do sistema;
- b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos;
- c) impedem assegurar condições propícias à exata e completa restituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade;
- d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento;
- e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo de dispêndio de tempo e energias.⁸⁶

A tutela efetiva, que o processo resguarda, não é mero acesso ao Poder Judiciário, mas, antes de qualquer coisa, a busca uma adequada tutela de direito material⁸⁷, o que, por conseguinte, serve como mantenedor da paz social.

⁸³ Luiz Guilherme Marinoni (*Técnica Processual e Tutela de Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004) fazendo referência às idéias já sustentadas por Proto Pisani, afirma que "o direito processual não pode se contentar com um único procedimento e uma única forma de tutela" e que "da predisposição de procedimentos idôneos a fornecer formas de tutelas jurisdicionais adequadas às necessidades dos casos concretos depende a existência, ou o modo da existência, do próprio direito substancial."

⁸⁴ Nesse sentido, a obra de Marcos Destefenni. (*Natureza constitucional da tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002).

⁸⁵ Conforme José Carlos Barbosa Moreira *et al.*(*Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques no seu 70º aniversário*. São Paulo: Saraiva, 1982. pp. 203-204).

⁸⁶ Conforme José Carlos Barbosa Moreira (*Efetividade do processo e técnica processual*. In: Temas de direito processual. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997. pp.17-18.)

⁸⁷ Questão que Rogéria Dotti Doria (*A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003. p. 26.) evidencia: “O oferecimento de uma tutela jurisdicional apenas nominal não é o suficiente. Deve-se garantir, a todo aquele que procure o socorro dos tribunais, uma

A tempestividade processual é tão importante, que se pode chegar a uma conclusão de que o processo não pode se tornar “fonte perene de decepção.”⁸⁸

Por conseguinte, a “tarefa legislativa deve pautar-se pelo ideal da construção de um serviço judiciário rápido, eficiente, econômico, democrático e acessível a todos, controlado pela sociedade, que distribua a justiça adequada.”⁸⁹

Analisando o direito fundamental à tutela efetiva Ovídio Baptista da Silva confere que:

O ‘devido processo legal’ é um privilégio processual reconhecido apenas para aos demandados? Ou, caso contrário, também os autores terão direito de um processo igualmente ‘devido’, capaz de assegurar-lhes a real e efetiva realização prática – não apenas teórica de suas pretensões? Um processo capenga, interminável em sua exasperante morosidade, deve ser reconhecido como um ‘devido processo legal’, ao autor que somente depois de vários anos logre uma sentença favorável, enquanto se assegura ao réu, sem direito nem mesmo verossímil, que demanda em procedimento ordinário, o ‘o devido processo legal’, com ‘plenitude de defesa’?⁹⁰

Em razão disso, surge uma nova concepção para o *due process of law*. Agora, o novo significado para “‘devido processo legal’ engloba também o direito à tutela jurisdicional adequada às necessidades do direito material.”⁹¹

Não se estará atendendo ao princípio da efetividade se houver demora na entrega da tutela reclamada, quando esta decorrer de motivo injustificado. De certo modo, o julgamento conforme o estado do processo (artigo 328, do Código de Processo Civil) representa forma de concretizar esse princípio. Ou seja, o direito a um processo

tutela efetiva, e, principalmente, adequada à pretensão de direito material. Uma tutela eficaz, que verdadeiramente possa realizar o direito no campo das relações sociais.” Tal assertiva é aditada por José Rogério Cruz e Tucci (*Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: RT, 1997. pp. 87-88.), referindo que: “Não basta, pois que se assegure o acesso aos tribunais, e, conseqüentemente, o direito ao processo. Delineia-se inafastável, também, a absoluta regularidade deste (direito do processo), com a verificação efetiva de todas as garantias resguardadas ao consumidor da justiça, em um breve prazo de tempo, isto é, dentro de um tempo justo, para a consecução do escopo que lhe é reservado.”

⁸⁸ Conforme Cândido Rangel Dinamarco (*A Instrumentalidade do processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros. 1996. p. 271.)

⁸⁹ Conforme Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (*Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 223.)

⁹⁰ Conforme Ovídio Araújo Baptista da Silva (A plenitude da defesa no processo civil. In: *As garantias do cidadão na justiça* (coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira). São Paulo: Saraiva, 1993. p. 154.)

⁹¹ O contrário senso escreve Luiz Guilherme Marinoni, em co-autoria com Sérgio Cruz Arenhart (*Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003. p. 272) que: “Não é devido o processo legal aquele que, tendo que perseguir para a elucidação de parte do litígio, não possui técnica capaz de viabilizar a imediata realização da parcela do direito que está pronta para definição. Ora, se o jurisdicionado tem direito ao processo justo, ele não pode esperar ver definido um direito que está pronto para o julgamento.”

sem dilações indevidas é o corolário lógico da garantia do *due of law*. Ademais, o próprio artigo 125, do Código de processo Civil, prevê que, “o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe (...)II – velar pela rápida solução do litígio”.

Na verdade, o processo civil não pode distanciar-se do direito fundamental atinente à duração razoável, razão pela qual uma eventual demanda deve ser necessariamente interpretada em consonância com o preceito constitucional fundamental.

A razão disso é a pretensão pela obtenção pragmática do direito constitucional, interligando a jurisdição, o instrumento (processo) e a Constituição Federal, conforme leciona Carlos Alberto Álvaro de Oliveira.

Nos dias atuais cresce em significado a importância dessa concepção, se atentarmos para a íntima conexão entre a jurisdição e o instrumento processual na aplicação e proteção dos direitos e garantias assegurados na Constituição. Aqui não se trata mais, bem entendido, de apenas conformar o processo às normas constitucionais, mas de empregá-las no próprio exercício da função jurisdicional, com reflexo direto no seu conteúdo, naquilo que é decidido pelo órgão judicial e na maneira como o processo é por ele conduzido.⁹²

Contudo, registra-se que ao positivizar no texto da Carta Magna esse direito, o legislador, não fixando os critérios objetivos⁹³ para se auferir a razoabilidade na duração de um processo, deixa margem para as mais variadas interpretações.

Apesar disso, *mutatis mutandis*, a nova ordem Constitucional, comporta este elemento de subjetividade sem infringir a segurança jurídica, visto que “é a pretensão deduzida em juízo pela parte que vai determinar o prazo razoável e a forma adequada de prestação jurisdicional.”⁹⁴

⁹² Conforme Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (*Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 262.)

⁹³ Conforme se observa na doutrina de Teresa Arruda Alvim Wambier ((Coordenação) *et al. Reforma do judiciário: Primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 35.) “ Vale enfatizar, como dito acima, que, na falta de uma legislação que permita o alcance à tutela jurisdicional tempestiva, é dever do Poder Judiciário colmatar as lacunas, concretizar a norma e preencher o conteúdo das normas vagas pela via hermenêutica, já que, como se disse alhures, referido princípio tem aplicação imediata.”

⁹⁴ Conforme Darci Guimarães Ribeiro (*A instrumentalidade do processo e o princípio da verossimilhança como decorrência do “due process of law”*. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, n. 60, p. 274, mar.1994.)

Por certo que tal vertente de âmbito constitucional não se apresenta inovadora, pois além de um delinear clássico da doutrina italiana⁹⁵, a qual vem advertido da necessidade erradicar a visão simplista de direito de ação, pensa apenas como direito de uma sentença de mérito⁹⁶, já que esta é a concepção clássica do direito de ação⁹⁷.

Já a doutrina espanhola apresenta subsídio no artigo 24, inciso I, da Constituição Federal do seu país, que reporta os seguintes dizeres: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.”⁹⁸ Da interpretação deste dispositivo, se acredita que o direito de acesso à justiça somente é atendido quando a tutela almejada pode ser realmente efetivada.

Nesse contexto, os direitos fundamentais inerentes à própria diretriz da dignidade da pessoa humana, são elementos propagadores de aplicação imediata em todos os ramos do direito, instituídos pelo poder constituinte, representam, em última análise, uma nova universalidade. A partir da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, e Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, a concepção pela efetividade dos direitos fundamentais foi elevada ao grau de extrema relevância, possuindo como característica a efetividade, aplicabilidade dos direitos, além da natural evolução (primeira geração, segunda geração, terceira geração, alguns insere já uma quarta geração) positiva da norma.

⁹⁵ Sobre o direito à tempestividade da tutela jurisdicional, especificamente em relação à idéia de "ragionevole durata" dos processos, expressamente presente no novo art. 111 da Constituição italiana, recomenda-se como leitura: Giuseppe Tarzia (L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile, *Rivista di Diritto Processuale*, 2001, p. 1 e ss), Giuseppe Tarzia (Il giusto processo di esecuzione, *Rivista di Diritto Processuale*, 2002, p. 329 e ss), Giuseppe Tarzia (Sul procedimento di equa riparazione per violazione del termine ragionevole del processo, *Giurisprudenza Italiana*, 2001, p. 2430 e ss.) e Sergio Chiarloni (Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile, *Rivista di Diritto Processuale*, 2000, p. 1010 e ss), Vincenzo Caianiello (Riflessioni sull'art. 111 della Costituzione, *Rivista di Diritto Processuale*, 2001, p. 42 e ss) Mauro Bove (Art. 111 Cost. e "giusto processo civile", *Rivista di Diritto Processuale*, 2002, p. 479 e ss.) e Andrea Proto Pisani (*Nuovi diritti e tecniche di tutela*. Scritti in onore di elio fazzalari. Milano: Giuffrè, 1993. v. 2. pp. 51 e ss.).

⁹⁶ Nesse sentido, o insigne doutrinador Cândido Rangel Dinamarco leciona que "a tutela jurisdicional efetiva não está nas sentenças, mas nos resultados práticos que elas venham efetivamente a produzir na vida das pessoas" (*Fundamentos do Processo Civil Moderno*. V. I, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 600).

⁹⁷ Está concepção foi abortada no início do capítulo e a partir desponho se quer delinear uma nova leitura sobre o direito de ação.

⁹⁸ Conforme Francisco Bernal Chamorro. *La tutela judicial efectiva (derechos y garantías procesales del artículo 24.1 de la constitución)*. Barcelona: Bosch, 1994. p. 298.)

Sobre as garantias fundamentais, não se pode olvidar de que o Estado deva assegurar os meios “[...] essenciais para que todos os cidadãos vejam respeitadas pelos demais e pelo próprio Estado a sua dignidade.”⁹⁹

No sistema jurídico pátrio, tais assertivas estão respaldadas pelo § 1º do artigo 5º da Constituição Federal, o qual prevê que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

Questão esta tão relevante, que Carlos Alberto de Oliveira refere à função do juiz em intervir diretamente¹⁰⁰, para suprir as lacunas legislativas¹⁰¹, posto que o nosso legislador não consiga conceber todas as situações da vida cotidiana¹⁰². Para que isto não ocorra de forma arbitrária¹⁰³ já se referiu que, é preciso motivar a tutela adequada ao plano do direito material^{104 105}, pois somente assim se terá um controle da atividade jurisdicional justa.^{106 107 108}

⁹⁹ Conforme Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (*Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 263.)

¹⁰⁰ Para Willis Santiago Guerra Filho (“*Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna*. Introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 37): “Do Judiciário de hoje, não é de se esperar uma posição subalterna frente a esses outros poderes, a quem caberia a produção normativa. O juiz não há de se limitar a ser apenas, como disse Montesquieu, *la bouche de la loi*, mas sim *la bouche du droit*, isto é, a boca não só da lei, mas do próprio Direito.”

¹⁰¹ Neste ponto é importante registra que o legislador dificilmente atenderá de forma adequada as necessidades sociais, acreditar nisso seria uma ingenuidade, conforme Luiz Guilherme Marinoni (*Il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva nella prospettiva della teoria dei diritti fondamentali*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*. v. 1. Milano: Giuffrè, 2005, pp. 93-162;) por isso esta função deve ser exercida pelo magistrado e de forma responsável.

¹⁰² Conforme Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (*Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 191.) leciona: “Se, porém, inexiste dúvida quanto à necessidade da intervenção legislativa para reger a conduta processual do juiz e limitar seus poderes, não se pode esquecer que o processo de aplicação do direito mostra-se, necessariamente, obra de acomodação do geral do concreto, a requerer incessante trabalho de adaptação e até de criação, mesmo porque o legislador não é onipotente na previsão de todas as inumeráveis possibilidades oferecidas pela inesgotável riqueza da vida. [...] Semelhante constatação mostra-se válida não só no plano estritamente jurídico, vinculando ao equacionamento de questões puramente de direito, como também na própria condução do processo e notadamente no recolhimento e valorização do material fático de interesse para a decisão.”

¹⁰³ Ao que tudo indica Essa idéia advém de Hobbes, do século XVIII, conforme se observa pela leitura da obra de Ovídio Araújo Baptista Silva (*Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 243.): “de que é preferível ter um juiz ‘subordinado’ do que a sociedade submeter-se aos caprichos de um julgador arbitrário)

¹⁰⁴ Nesse sentido, Mauro Cappelletti. *Accesso Allá Giustizia come Programma di Riforma e come Metodo de Pensiero*. In: TRABUCCHI, Alberto e Giorgio Cian (org.). *Commentario Breve alla Legge Falimentare*. Riv. Dir. Proc., Padova: Cedam, 1982, pp. 233-245).

¹⁰⁵ Devem se instituir técnicas processuais adequadas para que sejam capazes de satisfazer a efetiva proteção do direito material. Esta efetiva proteção do Estado acerca dos direitos fundamentais foi ensaiada em seminários no Curso de Mestrado em Portugal, por José Joaquim Gomes Canotilho (Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. LXVI, p. 151 e ss).C onde se destacou a importância da interdependência relacional entre direitos fundamentais e procedimento.

¹⁰⁶ A função do magistrado ativo na condução – formal e material – do procedimento será exercida dentro dos limites próprios do próprio processo, pois isso na visão de Luigi Paolo Comoglio(Garanzie

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 instituiu como modelo de Carta o Estado Democrático de Direito, assegurando direitos sociais, individuais, além de tantos outros.

Merecem destaque, porque estão diretamente ligados à função jurisdicional, os valores de segurança, justiça, igualdade e liberdade, sendo que, sem eles, não se pode falar no Estado Democrático de Direito.

No Brasil, pode-se afirmar que a função jurisdicional é uma função essencial, prestada pelo Poder Judiciário, decorrente da própria soberania estatal.

O Estado, um terceiro desinteressado e imparcial, cujo direito à tutela jurídica surgiu da proibição do desforço privado na solução dos conflitos (autotutela ou vingança privada), como prevê o artigo 345, do Código Penal. A ele foi delegado o exercício do monopólio da prestação jurisdicional, com as devidas ressalvas.¹⁰⁹

Mínime del “Giusto Processo” Civile negli Ordinamenti Ispano-latino Americani. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 112, out./dez. 2003.p. 169.) representa instituir um processo justo.

¹⁰⁷ Se ao juiz não pudesse exigir o zelo pela idoneidade da prestação jurisdicional - a aplicar a técnica processual adequada - se poderia afirmar que, poderia o magistrado gerir uma tutela jurisdicional inefetiva - inidônea - sem qualquer compromisso com a efetividade, o que, por conseguinte permitiria dizer o absurdo de que esta situação não representaria qualquer afronta ao atual estado democrático, o que no transcorrer do presente se destacou, inclusive, a possibilidade de se responsabilizar o Estado pelo irregular funcionamento, mas a par disto é importante destacar o afirmou Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (*Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 120.) que aí "fica o juiz investido de maior discricionariedade na determinação do objeto do processo, podendo às vezes 'construir' no caso concreto o provimento mais adequado às exigências de tutela, e até agir de ofício segundo certa doutrina, prescindindo portanto de demanda da parte"

¹⁰⁸ Pedro Aragonés Alonso (*Proceso y derecho procesal: introducción*. 2ª ed. Madrid: Derecho Reunidas, 1997. p. 263.) destaca a finalidade que deve nortear o Direito Processual: "por ello, em una interpretación finalista del derecho procesal, el proceso debe servir para conseguir que la sentencia sea justa, o al menos, para conseguir que la sentencia sea menos injusta o que la sentencia injusta sea cada vez más rara.". Nesse sentido Humberto Theodoro Júnior (*Curso de direito processual civil*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. p. 38) assevera: "Não é suficiente ao ideal de justiça garantir a solução judicial para todos os conflitos; o que é imprescindível é que essa solução seja efetivamente 'justa', isto é, apta, útil e eficaz para outorgar à parte a tutela prática a que tem direito, segundo a ordem jurídica vigente."

¹⁰⁹ Ressalva-se que, o monopólio do Estado já foi questionado pela doutrina nacional, seguindo o melhor entendimento de João Batista Lopes (*Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 15.): “Durante muito tempo se sustentou que a jurisdição era monopólio do Poder Judiciário (salvo hipóteses excepcionais previstas no texto constitucional), razão por que não se podia sequer conceber fosse seu exercício confiado a particulares. Após período de discussão e hesitação, prevaleceu entre os processualistas a tese de que os conflitos relativos a direitos disponíveis poderiam ser resolvidos extrajudicialmente, sem intervenção do juiz togado. Como resultado dessa tendência doutrinária, a Lei n. 9.037, de 23-09-1996, introduziu no ordenamento jurídico, o instituto da arbitragem, estabelecendo que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º)”

Isso corre, porque, a Constituição Federal não pode ser vista como um ideal metafísico, onde todos devem ser tratados de forma igual, no seu sentido formal. Se assim o fizer estará se descumprindo a própria Carta, pois a leitura mais adequada deste viés de igualdade remonta a idéia aristotélica de igualdade, qual seja, de tratar os iguais de forma igual e os desiguais na medida de sua desigualdade.

Esta é a leitura mais correta no regime democrático, pois assim se busca equilibrar as relações dinâmicas do direito material com o auxílio do instrumento legitimado que é o processo, já que se assim não fosse, poderíamos desprezar o instrumento e fazer as vias da autotutela, o que não permitido, em regra, no atual regime, conforme preconiza o artigo 345, do CP.

Desta forma, é impreterível que se faça uma interpretação teleológica e sistematicamente o direito de ação no atual regime democrático, conforme regra expressa do anteprojeto do Código de Processo Civil, anteriormente referido, pois, o que há é um hiato entre o que está posto na Constituição e o que diversos autores sustentam, principalmente, por aqueles autores que ainda mantêm-se um nítido apego ao modelo liberal de estado, modelo este que não se coaduna com a norma ordem jurídica (CF/88).

Importante destacar que, por regra hierárquica, o processo civil não pode ser indiferente ao direito fundamental atinente à duração razoável, razão pela qual uma eventual demanda deve ser necessariamente coadunar o processo civil com os preceitos constitucionais, como bem explicita o artigo 4º, do Anteprojeto, principalmente, no que tange “As partes têm direito de obter em *prazo razoável a solução integral da lide*, incluída a *atividade satisfativa*.”, ou seja, o Anteprojeto procurou compatibilizar a sua legislação (infraconstitucional) com Constituição. Tão é relevante o tema do presente escrito, que a legislação, de forma expressa, se preocupou em garantir ao jurisdicionado o direito a tutela material, ou como refere: uma “atividade satisfativa”. Logo, no que tange ao presente tema o Anteprojeto merece aplausos, pois corrige um erro que pode ser percebido em parte da doutrina nacional.

Além disso, a idéia do conceder o direito material, fica facilmente visível pela leitura do artigo 5º, do Anteprojeto, que prevê: “As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência.” A primeira parte do artigo cinge-se a analisar a estrutura dialética participativa do processo (que apenas da expressa relevância temática, no presente

artigo não se apresenta oportuna); já a segunda parte, que diz: “realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência.” Nos interessa, pois os atos executivos ou as medidas de urgências, em visam afastar lesões ou ameaças de lesões ao direito material.

Tanto o artigo 4º como o 5º, ambos do Anteprojeto, visam resguardar uma tutela tempestiva na sua acepção material. \

Neste delinear é imperativo afirmar que, a visão simplista de direito de ação, diante da atual ordem constitucional – e do Anteprojeto - não pode ser pensada apenas como direito de uma sentença de mérito, pois não se coaduna como o atual regime democrático de direito, tão pouco com a legislação projetada (se o Anteprojeto realmente se tornar lei), que visa adequar o instrumento (Código de Processo Civil) a Constituição, conforme artigo 1º, do Anteprojeto.

Esta questão, ora em discussão, é de extrema relevância, pois buscar, principalmente, criar uma autonomia para os magistrados intervirem diretamente no processo – respeitando os limites, já apontados - para suprir as lacunas, motivadamente, como a expressão “razoável” para adequar cada forma de tutela ao plano do direito material.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales* [Theorie der grundrechte]. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALONSO, Pedro Aragoneses. *Proceso y derecho procesal: introduccion*. 2ª ed. Madrid: Derecho Reunidas, 1997.

ALSINA, Hugo. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil Y Comercial*. Buenos Aires, 1943. Vol.I.

ANDOLINA, Italo. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Torino: Giappichelli, 1990.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo : Rev. dos Tribunais, 2000.

ASSIS, Araken de. *Cumulações de Ações*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Rio de Janeiro: Edições de ouro, MCMLXVI.

BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.1, n. 240, abr./jun. 2005.

BARRETO, Tobias. *Crítica política e social*. Obras Completas de Tobias Barreto, Edição comemorativa, Instituto Nacional do Livro, Ministério da Cultura, Ed. Record, 1990.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 240, abr./jun. 2005.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). São Paulo: Malheiros, 1998.

BOBBIO, Norberto. *A Era do Direito*. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

_____. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Teoria do Estado*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BOVE, Mauro. Art. 111 Cost. e "giusto processo civile", *Rivista di Diritto Processuale*, 2002.

_____. Senado. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI n.º 1.651/PB**. Pleno. Ministro Relator Sydney Sanches, DJU 11/09/1998. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br>>. Acessado em: 13 de agosto de 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI n.º 1.926/PE**. Pleno. Ministro Relator Sepúlveda Pertence, DJU 10/09/1999. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br>>. Acessado em: 13 de agosto de 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI n.º 1576/DF-MC**. Pleno. Ministro Relator Marco Aurélio, DJU 06/06/2003. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br>>. Acessado em: 13 de agosto de 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI n.º 223/DF**. Pleno. Ministro Relator Sepúlveda Pertence, DJU 29/06/1990. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br>>. Acessado em: 13 de agosto de 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI n.º 948/GO**. Pleno. Ministro Relator Francisco Rezek, DJU 17/03/2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE n.º 172.084C**. 2ª Turma, Ministro Relator Marco Aurélio, DJU 03/03/1995. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br>>. Acessado em: 13 de agosto de 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Representação de Inconstitucionalidade n.º 1.077/RJ**, Pleno, Ministro Relator Moreira Alves, DJU 28/03/1984. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br>>. Acessado em: 13 de agosto de 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **SÚMULA n.º 667**. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br>>. Acessado em: 13 de agosto de 2010.

CAIANIELLO, Vincenzo. Riflessioni sull'art. 111 della Costituzione, *Rivista di Diritto Processuale*, 2001.

CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*. Buenos Aires: EJE, 1960.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*, Coimbra: Coimbra, 1991.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1976.

_____. Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. LXVI.

CAPPELLETTI, Mauro Cappelletti. Acesso allá giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 37, 1982.

_____. Fundamental guarantees of the parties in civil proceedings (general report), *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*, Milano: Giuffrè, 1973.

_____. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

_____. *Accesso Allá Giustizia come Programma di Riforma e come Metodo de Pensiero*. In: TRABUCCHI, Alberto e Giorgio Cian (org.). *Commentario Breve alla Legge Falimentare*. Riv. Dir. Proc., Padova: Cedam, 1982.

_____. Fundamental guarantees of the parties in civil proceedings (general report), *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*, Milano: Giuffrè, 1973.

_____. Los derechos sociales de libertad en la concepción de Piero Calamandrei, *Proceso, ideologías, sociedad*, Buenos Aires: EJEA, 1974.

CAROCCA PÉREZ, Alex. *Garantia constitucional de la defesa procesal*. Barcelona: Bosch, 1998.

CATTONI, Marcelo Cattoni. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CHAMORRO, Francisco Bernal. *La tutela judicial efectiva (derechos y garantias procesales del artículo 24.1 de la constitución)*. Barcelona: Bosch, 1994.

CHIARLONI, Sergio. Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile, *Rivista di Diritto Processuale*, 2000.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Commentario della Costituzione* (a cura di G. Branca). Bologna-Roma: Zanichelli-Foro italiano, 1981.

_____. Garantias Mínime del “Giusto Processo” Civile negli Ordinamenti Ispano-latino Americani. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 112, out./dez. 2003.

DENTI, Vittorio Denti. *Un progetto per la giustizia civile*, Bologna, Il Mulino, 1982.

DESTEFENNI, Marcos Destefenni. *Natureza constitucional da tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros. 1996.

_____. *A reforma do código de processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Execução civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. V. I, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Universalizar a Tutela Jurisdicional*. Fundamentos do Processo Civil Moderno. tomo II. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DORIA, Rogéria Dotti Doria. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003.

FARIA, Miguel José Faria. *Direitos Fundamentais e Direitos do Homem*. Lisboa: ISCPSI, 2001.

FILHO FERREIRA, Benedito. A prestação da tutela jurisdicional. Disponível na Internet: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=310. Acesso em 18 de Janeiro de 2006.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Tutela de segurança e tutela de evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. Tradução: Enio Paulo Giachini. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004.

Gil-ROBLES, Álvaro. *Los nuevos límites de la tutela judicial efectiva*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

GORENDER, Jacob. *Direitos Humanos: o que são (ou devem ser)* Série Ponto Futuro: 17 ed. São Paulo: Senac, 2004.

GUERRA FILHO, Willis S. *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna*. Introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen Habermas. *Direito e Democracia: entre a facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.

JÚNIOR AGUIAR, Ruy Rosado de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. In: AJURIS, v. 20, n. 59, nov. 1993.

JÚNIOR PALHARI, Sidney. *Reforma do Judiciário: Primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

JÚNIOR RULLI, Antônio. *Universalidade da Jurisdição*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

JUNOY, Joan Picó y. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: J. M. Bosch, 1997.

LIEBMAN, Enrico Túlio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. 2ª ed. Vol.1. Milano: Giuffrè. 1966.

LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003.

_____. *A Antecipação da Tutela*. 8ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

_____. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo*, v. 1, 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2007;

_____. *Il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva nella prospettiva della teoria dei diritti fondamentali*, in Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia. v. 1. Milano: Giuffrè, 2005.

_____. *Técnica Processual e Tutela de Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 3ª ed, rev, .atual e ampl. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. rev. atual. São Paulo. Saraiva, 2009.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1973. t. 1.

_____. *Tratado das Ações*. Campinas: Bookseller, 1998.

MIRANDA, Jorge. Direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa, *Revista de Direito Público*, v. 82.

_____. *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra: Coimbra, 2000.

MITIDIERO, Daniel Francisco e JÚNIOR ZANETTI, Hermes. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*: primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004.

MONROY PALACIOS, Juan. *La tutela procesal de los derechos*. Palestra: Lima, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa, et al. *Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques no seu 70º aniversário*. São Paulo: Saraiva, 1982.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. In: Temas de direito processual. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Por um processo socialmente efetivo. *Revista de Processo*. São Paulo, v.27, n.105, jan./mar. 2002.

_____. Tutela sancionatória e tutela preventiva. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Uberaba, v. 18, n. 1, 2º trimestre, 1979.

MULLER, Friedrich Muller. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Trad. Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NETO CARVALHO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, n. 3, mai., 1999).

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. **Do Formalismo no processo civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Estudos Jurídicos*, IEJ, Rio de Janeiro, 1991, n. 2.

PÉREZ, David Vallespín. *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*. Barcelona: Atelier, 2002.

PISANI, Andrea Proto. *Nuovi diritti e tecniche di tutela*. Scritti in onore di elio fazzalari. Milano: Giuffrè, 1993. v. 2.

_____. Sulla tutela giurisdizionale differenziata, in *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1979.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A instrumentalidade do processo e o princípio da verossimilhança como decorrência do “due process of law”. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, n. 60, mar. 1994.

_____. *Da Tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

_____. *La Pretension Procesal y La Tutela Judicial Efectiva: Hacia una Teoría Procesal Del Derecho*. Barcelona: Bosch, 2004.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. tomo 1, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. T. II. Buenos Aires: E.J.E.A, 1955.

SANTOS, Andrés de la Oliva. *Sobre el Derecho a la Tutela Jurisdiccional: la persona ante la administración de Justicia – derechos básicos*. Barcelona: Bosch, 1980.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.

- SENDRA, Vicente Gimeno. *Fundamentos del derecho procesal*. Madrid: Civitas, 1981.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A plenitude da defesa no processo civil. In: *As garantias do cidadão na justiça* (coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira). São Paulo: Saraiva, 1993.
- _____. Coisa julgada relativa? Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, n.1, 2003.
- _____. homenagem ao Prof. Alcides de Mendonça Lima, in *Revista Forense*, vol. 323.
- _____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz Streck. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- _____. *Da Proibição de Excesso (Übermassverbot) à Proibição de Proteção Deficiente (Untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. (Neo) Constitucionalismo: ontem, os códigos hoje, as constituições*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 2, 2004.
- TARUFFO, Michele. Funzione della prova: la funzione dimostrativa, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1997.
- _____. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica, in: www.studiocelentano.it/le-nuove-voci-del-diritto
- _____. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975.
- _____. La motivazione della sentenza, *Revista de Direito Processual Civil (Genesis Editora)*, v. 30.
- _____. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz, *Conferência proferida na Faculdade de Direito da UFPR*; Curitiba, março de 2001.
- TARZIA, Giuseppe. Il giusto processo di esecuzione, *Rivista di Diritto Processuale*, 2002
- _____. L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile, *Rivista di Diritto Processuale*, 2001.
- _____. Sul procedimento di equa riparazione per violazione del termine ragionevole del processo, *Giurisprudenza Italiana*, 2001.
- TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da Hermenêutica Constitucional*. São Paulo: Método, 2006.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1.
- _____. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Forense, 2000, Vol.I.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*. v. 1. Buenos Aires: Ejea, 1977.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Manual de Direito Processual Civil*. vol.2. 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, São Paulo, Ed. RT, 1987.