

GISELE MAZZONI WELSCH

A EFETIVIDADE E A CELERIDADE DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador Fábio Cardoso Machado, pela dedicação e, sobretudo, por ter me incentivado a estudar, compreender e pensar o processo, fato que muito me acrescentou como futura operante do Direito.

Aos meus pais e minha irmã pelo amor, apoio e compreensão e por representarem meu esteio, meu passado e meu futuro e por terem contribuído no processo de minha formação.

À Vitória, minha sobrinha e afilhada querida, pelos momentos de alegria e esperança que me confere através de sua inocência e energia de criança.

Ao Ricardo, pela paciência e compreensão nos momentos em que foi preciso me ausentar e também pelo amor e carinho.

Aos meus queridos amigos e colegas pelos momentos de descontração e apoio, sem os quais meus resultados não seriam os mesmos.

DEDICATÓRIA

Ao meu pai Raul Welsch, por representar meu maior exemplo e experiência de amor, amizade e lealdade e, sobretudo, pelo apoio e dedicação.

E aos meus avôs Arno Welsch (*in memorian*) e Carlos Gutierrez Mazzoni (*in memeorian*), por representarem meus referenciais de honra, coragem e determinação.

“Não hei de pedir pedindo, senão protestando e argumentando, porque essa é a arma daqueles que não pedem favor, mas Justiça”.

Eduardo Couture

RESUMO

Este trabalho disserta a respeito de dois ideais perseguidos atualmente no ordenamento jurídico: a Efetividade e a Celeridade do Processo Civil. Para discorrer com maior clareza sobre o assunto, primeiramente, se apresenta o panorama histórico da Ciência Processual, estudando sua origem e desenvolvimento no cenário social e jurídico, primeiramente na Europa e, após, na realidade brasileira. Também se discute conceitos de efetividade e eficácia, em busca do adequado entendimento sobre o que vem a ser a “efetividade do processo”. Após esse momento, procura-se detectar alguns entraves à obtenção da efetividade processual existentes no ordenamento e, ainda, discutir algumas falhas e equívocos dogmáticos desenvolvidos ao longo da estruturação do processo civil contemporâneo. Mediante a ponderação desses óbices são expostas e analisadas medidas, já implantadas e propostas, capazes de minimizar o problema atual da morosidade processual e remediar os obstáculos impostos à realização de uma justiça mais efetiva e célere e à obtenção da adequada prestação jurisdicional.

PALAVRAS-CHAVE: Efetividade - Celeridade - Processo Civil – Acesso à Justiça - Prestação - Tutela Jurisdicional – Ação de Direito Material - Morosidade Processual - Entraves - Medidas - Propostas.

ABSTRACT

This work discusses two currently ideals pursued in law: Effectiveness and Celerity of Civil Procedural Law. In order to present the subject as clear as possible, this work was divided as follows: Firstly, a historical overview of Procedural Law Science is presented, focusing on its origin and development within the social and juridical scenario in Europe and Brazil. Concepts of effectiveness and efficacy are also discussed so that it is possible to reach an adequate understanding of “effectiveness of the process of law”. In a second moment, an attempt was made to detect some factors considered as obstacles to the existing effectiveness in law. Faults and dogmatic mistakes developed through the structuring process of the contemporaneous civil procedural law are also discussed. After these impediments have been discussed and pondered, some measures – already proposed and implemented – are exposed and analyzed. Such measures are able to minimize the slowness of the legal process as well as remedy the obstacles that may prevent justice from acting with celerity and effectiveness as well from providing adequate judicial service.

PALAVRAS-CHAVE: Effectiveness - Celerity – Civil Procedural Law – Access to Justice – Judicial Service – Judicial Guardianship – Substantive Law – Procedural Slowness - Impediments - Measure - Proposals.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 HISTÓRICO DA CIÊNCIA PROCESSUAL E NOÇÕES DE EFETIVIDADE	13
1.1 O Surgimento E O Desenvolvimento Da Ciência Processual.....	13
1.2 O Processo Civil Na Europa	17
1.3 As Fases De Desenvolvimento Do Processo Civil Brasileiro.....	20
1.4 Conceito De Efetividade: Eficácia Jurídica X Eficácia Social	26
1.5 Efetividade Da Tutela Jurídica (“Qualidade Ou Valor Do Decidido”) E Efetividade Do Processo (“Concreção Do Decidido”).....	30
2 A TUTELA JURISDICIONAL E OS ENTRAVES À EFETIVIDADE DO PROCESSO.....	34
2.1 A Defasagem De Correspondência Entre As Situações De Direito Material E As Formas De Tutela.....	34
2.2 O Caráter Meramente Declaratório Da Função Jurisdicional E A Ausência De “Imperium” Do Juiz.....	46
2.3 O Sistema Recursal E A Estagnação Da Concepção Ideológica	52
3 AS MEDIDAS PROPOSTAS PARA REMEDIAR OS ÓBICES À EFETIVIDADE E À CELERIDADE DO PROCESSO CIVIL	60
3.1 A Segurança Da Prestação Jurisdicional Na Antecipação De Tutela	60
3.2 O Poder Executivo Do Juiz No Curso Do Processo De Conhecimento	67
3.3 As Alterações Na Ordem Recursal Brasileira.....	
CONCLUSÃO.....	94
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	97

INTRODUÇÃO

Nos tempos atuais, a preocupação da doutrina moderna focaliza-se na eficácia social ou na efetividade das normas processuais, a qual confunde-se em grande parte com a possibilidade de obter-se a tutela jurisdicional em tempo razoável. A morosidade processual representa uma das principais causas de descrédito no judiciário, o que lhe retira, em certa medida, legitimidade.

A demora na prestação jurisdicional sempre foi um entrave para a efetividade do direito de acesso à justiça, pois não tem sentido que o Estado, tendo proibido a autotutela, não confira ao cidadão um meio adequado e tempestivo para a solução de seus conflitos. Se o tempo do processo, por si só, determina um prejuízo à parte que tem razão, é certo que quanto mais demorado for o processo civil mais ele prejudicará alguns e beneficiará a outros, geralmente aqueles que não tem interesse no cumprimento das normas legais.

É nesta medida que a doutrina brasileira, atenta à existência do direito a uma resposta jurisdicional efetiva, vem procurando discutir e elaborar procedimentos e meios processuais capazes de imprimir maior efetividade às normas processuais.

Por isso, mostra-se de salutar importância a definição do conceito de efetividade do processo, para que se possa analisar e compreender, criticamente, as principais propostas atualmente ventiladas nesse sentido.

Efetividade é o conceito que, hoje em dia, vem complementar o de mera eficácia formal das normas e atos jurídicos em geral. A comunidade jurídica deixa de lado o mito da autonomia científica e passa a se interessar pelos reflexos sociais e práticos da aplicação do Direito.

O Princípio da Efetividade representa não somente o postulado de que as normas jurídicas dotadas de eficácia formal devam ser efetivamente implementadas no mundo dos fatos, mas também engloba a análise da concretização de tais comandos no mundo fenomênico e, se isso não ocorre, determina que se questione as razões de tal falha e se busque alternativas para tanto, perquirindo também as conseqüências concretas que disto advêm.

Como se percebe, a efetividade não pode ser considerada apenas como um conceito estático, mas deve, indubitavelmente, ser entendida como o mecanismo transformador e renovador do ordenamento processual, já que promove a análise de entraves e possibilita a discussão de alternativas capazes de remedia-los.

Sendo o direito processual caracterizado por seu aspecto instrumental, a "efetividade do processo" há que ser entendida não como um fim-em-si, mas como um postulado necessário para viabilizar-se a efetivação dos demais ramos jurídicos. Do ponto de vista do direito substantivo, o processo é, ele próprio, um meio de efetivação. Assim, para atingir o

objetivo que se acha por trás do clamor de efetividade do processo - o de efetividade do direito material -, eventualmente será necessário até mesmo preconizar-se a revogação de certas disposições processuais e relativizar-se determinados princípios tradicionalmente caros a este ramo. Isto quer dizer que, mais importante do que a efetividade do processo é a efetividade (do direito material) pelo processo.

O presente trabalho tem o objetivo precípua de dissertar a respeito da Efetividade do Processo Civil, buscando demonstrar no que ela consiste e qual o seu papel na obtenção de uma prestação jurisdicional mais célere e adequada. Para tanto, se fará uma análise histórica do desenvolvimento da Ciência Processual para que seja possível, num primeiro momento, identificar alguns entraves à consecução de tal ideal e, conseqüentemente, identificar e analisar as medidas propostas neste sentido.

O primeiro capítulo se destina a apresentar um panorama histórico da Ciência Processual, estudando suas origens e seu desenvolvimento no contexto social e jurídico. Primeiramente, explana-se sobre o desenvolvimento da Ciência Processual na Europa e, após, analisa-se as fases de estruturação na realidade brasileira. Também se tratará de conceitos de efetividade e eficácia em busca de uma melhor definição da efetividade da tutela jurisdicional como qualidade essencial e necessária da Ciência Processual.

O segundo capítulo buscará detectar e discutir os óbices à efetividade processual, existentes em nosso ordenamento, procurando demonstrar os equívocos e falhas desenvolvidas ao longo da estruturação e formação do processo civil contemporâneo.

O terceiro capítulo terá por objetivo a discussão das medidas, já implantadas e propostas, para atenuar a morosidade processual e remediar os obstáculos existentes à efetividade e à celeridade do processo civil, procurando demonstrar a necessidade de consideração da atuação de tais princípios nos institutos processuais para a obtenção da adequada prestação da tutela jurisdicional.

1 HISTÓRICO DA CIÊNCIA PROCESSUAL E NOÇÕES DE EFETIVIDADE

1.1 O SURGIMENTO E O DESENVOLVIMENTO DA CIÊNCIA PROCESSUAL

A ciência processual, hodiernamente, pode ser encarada como resultado de uma paulatina evolução e desenvolvimento de conceitos, teorias e idéias. Essa evolução partiu do ponto em que o direito processual era encarado apenas como uma parte do Direito Privado sem gozar de qualquer espécie de autonomia. Nem mesmo a ação era considerada um direito distinto daquele que a parte deduzia em juízo para reclamar a tutela estatal, uma vez que era simplesmente um direito subjetivo material do litigante que reclamava a violação sofrida.

O processo, por sua vez, operava apenas como um conjunto de formas e praxes do Foro para dirimir conflitos submetidos ao magistrado. Durante a sua trajetória, a ciência processual passou por uma rica fase de descobertas de conceitos e construção de estruturas bem ordenadas, mas ainda sem a consciência de um compromisso com o necessário direcionamento ao processo transformador e regulador da sociedade, bem como a busca de resultados substancialmente justos e equânimes. Somente em tempos muito atuais, a partir de meados do século XX, despontou a perspectiva teleológica do processo, deixando para trás o tecnicismo predominante por um século. Daí em diante, a ciência processual adquiriu vida própria.

Cândido Rangel Dinamarco aponta três fases metodológicas na história da Ciência Processual, que são: o período de sincretismo, período autonomista ou conceitual e, finalmente, o período teleológico ou instrumentalista¹.

No sincretismo inicial os conhecimentos possuíam bases puramente empíricas, sem alguma consciência de princípios, conceitos próprios ou definição de um método. O processo era visto apenas em sua realidade física exterior e superficial, pois era confundido como um mero procedimento e lhe atribuíam a definição de sucessão de atos, sem abordagem da relação jurídica existente entre seus sujeitos, nem sobre a oportunidade de deixar caminho aberto para a participação dos litigantes (contraditório).

A segunda fase, autonomista ou conceitual, teve origem em 1868, com a famosa obra de Oskar Von Bülow, que proclamou em termos sistemáticos a existência de uma relação jurídica entre os sujeitos principais do processo – juiz, autor e réu – diferentemente da relação jurídico-material litigiosa por seus sujeitos (a inclusão do juiz), por seu objeto (provimentos jurisdicionais) e por seus pressupostos (os pressupostos judiciais)². Essas idéias basilares abriram precedentes para o surgimento de reflexões, teorias científicas, principalmente por parte de alemães, austríacos e italianos, voltadas a um dos conceitos fundamentais da ciência processual: a ação. Desenvolveram-se ricas teorias convergentes à afirmação da autonomia desta em face do direito subjetivo substancial, uma vez que, tomou-se consciência dos

¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Os institutos fundamentais do direito processual**. In Fundamentos do processo civil moderno. t. I. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2000b., pp. 254/255

² Graças a WACH e VON BÜLOW, principalmente, o estudo da relação processual, ainda no século XIX, ganhou foros científicos, alcançando a conceituação de seus pressupostos, seu objeto e seu método. Daí em diante, adquiriu vida própria, com autonomia científica, o direito processual, e até meados do século XX, a doutrina, sobretudo alemã e italiana, iria construir grandes conceitos informadores de todo o sistema da ciência do direito processual civil (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional**. Insuficiência da Reforma das Leis Processuais. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br>>. Acesso em: 18 nov 2004. p.03).

elementos identificadores da ação (partes, causa de pedir, pedido), elaborou-se a teoria das condições da ação e dos pressupostos processuais e formularam-se princípios. De outra banda, os alemães dedicaram-se ao tema do objeto do processo.

Ainda nesse segundo período os processualistas entenderam que o processo não é um módulo de exercício dos direitos, juntamente com os demais modos apontados pelo direito privado, mas o caminho para obter uma especial proteção por obra do juiz, qual seja: a tutela jurisdicional. O objeto das normas do direito processual não são os bens da vida (cuja pertinência, uso, disponibilidade, etc., o direito privado rege), mas sim os próprios fenômenos que na vida do processo tem ocorrência, a saber: a jurisdição, a ação, a defesa e o processo (institutos fundamentais que permeiam todos os demais elementos do direito processual).

Essas novas teorias encerraram o período sincrético, no qual se colocava a conceituação privatística da ação como algo inerente ao direito subjetivo material. A alusão ao próprio direito processual como direito adjetivo – conceito implantado pelo período sincrético – era sinal da negação da sua autonomia. A partir de então o período autonomista suplanta o sincrético, crescendo a autonomia conceitual da ação, do processo e do próprio sistema processual. Foi, no entanto, necessário quase um século para que os estudiosos se apercebessem de que o processo, como técnica de pacificação, não é algo descompromissado com conotações éticas e deontológicas nem com objetivos sociais, econômicos e políticos. Prevaleceu durante muito tempo, a idéia de que ele era mero elemento do direito material sem consciência de seus escopos metajurídicos. Essa maneira de encarar o processo por uma acepção puramente jurídica, portanto formalista, foi superada a partir de alguns estudos, notadamente de Mauro Cappelletti e Vittorio Denti, que lançaram as bases de um método que enaltecem a importância dos resultados da experiência processual na vida dos consumidores

do serviço jurisdicional, o que hoje entendemos como os escopos sociais e políticos da ordem processual, o valor do acesso à justiça e, resumindo, a instrumentalidade do processo³.

Esse é o momento atual da ciência do Processo Civil – fase instrumentalista ou teleológica – em que se confirma indispensável a definição de objetivos com os quais os Estados exercem a jurisdição, como premissa necessária ao estabelecimento de técnicas adequadas e convenientes.

Através do relacionamento com o Direito Constitucional, o processo se distinguiu em seu eminente caráter publicístico e foi se deslocando para a sua qualidade cívica, até que a generalidade das constituições democráticas passasse a incluir o devido processo legal como um dos direitos fundamentais assegurados aos cidadãos. O processo passa então a assumir a categoria de garantia de acesso do cidadão à tutela jurídica declarada e assegurada pelas Constituições.

Seguramente, ninguém mais do que Cappelletti se dedicou, nos últimos cinquenta anos, à pesquisa e à formação do conceito de “acesso à Justiça”, como meta maior de garantia de tutela jurisdicional assegurada aos cidadãos. Esse movimento para acesso à Justiça representa um movimento para a efetividade dos direitos sociais, ou seja, para a efetividade da igualdade. Cappelletti detecta três ondas no grande movimento para acesso à Justiça: a primeira corresponderia a questões como a pobreza, o patrocínio legal, a intervenção, a obrigação do Estado e a intervenção do Estado para superar essas barreiras no acesso à Justiça. A segunda é o tema dos interesses difusos, isto é, a dificuldade de organização dos

³ Temas como a garantia de acesso à Justiça e a instrumentalidade e efetividade da tutela jurisdicional passaram a ocupar a atenção da ciência processual, com preferência sobre as grandes categorias que haviam servido de alicerce à implantação do Direito Processual como ramo independente do direito material, integrado solidamente ao direito público (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.* 2004. p.4).

interesses difusos. E a terceira consiste no risco da burocratização e no conseqüente emperramento da Justiça⁴.

1.2 O PROCESSO CIVIL NA EUROPA

A ciência processual civil foi objeto de intensos estudos e monografias realizados por grandes mestres europeus que revolucionaram os institutos processuais e desenvolveram teorias mais modernas e voltadas para as necessidades sociais.

Traçando um panorama internacional, podemos começar apontando a obra de Bülow, considerada a certidão de nascimento da ciência processual, em razão da proposta de superação do empirismo vigente na fase sincrética na segunda metade do século XIX, como preleciona Cândido Rangel Dinamarco⁵. Entre os processualistas alemães que produziram no século XX, ocupa renomada posição James Goldschmidt (1874-1940), responsável pela teoria do processo como situação jurídica, em crítica à teoria da relação jurídica processual. Essa obra consagrou-se pelo grande rigor científico e especialmente pelo legado que Goldschmidt preconizou na ciência do Direito, que é a conceituação e sistematização dos ônus processuais como categoria distinta dos deveres e das obrigações. Os processualistas alemães dão bastante atenção ao tema do objeto do processo e, embora tenham sido os primeiros a desbravar o

⁴ A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. “Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos” (CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. p.8).

⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.* 2000b., p. 258

conceito de ação, há muito se distanciaram do estudo desta, preferindo falar da demanda (*Klage*) ou do direito de demandar (*Klagerecht*).

Os processualistas italianos do século XIX, entre os quais o mais importante foi Ludovico Mortara (1855-1937), permaneceram imbuídos do procedimentalismo que caracterizava o período sincrético. A escola italiana de direito processual surgiu no início do século XX, com a monumental obra de Giuseppe Chiovenda (1872- 1937), profundo estudioso dos clássicos romanos e conhecedor da doutrina alemã. Inclusive em seu ensaio *Romanesimo e germanesimo nel processo civile* está presente o enaltecimento das raízes romano-germânicas do processo civil moderno, de conhecimento indispensável ao bom entendimento sistemático da ordem processual.⁶ Em sua monografia *La Condanna nelle spese giudiziali*, abre caminho para a percepção de que a justificativa da condenação do vencido a pagar custas e os honorários do advogado do vencedor é a relação de causalidade entre a conduta e o custo do processo, não a sucumbência em si mesma. Chiovenda destacou a relevância sistemática da ação no direito processual, defendendo a teoria desta como direito concreto e atribuindo-lhe natureza de direito potestativo. Merece especial realce o famoso pensamento emitido em prol da efetividade do processo, que constitui o objetivo central da própria escola instrumentalista: “na medida do que for praticamente possível, o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter”⁷.

⁶ Há informações de que em Roma havia o instituto dos interditos, através do qual o “praetor” antecipadamente ao julgamento do “judex” determinava providências de plano para que se restaurasse imediatamente o direito do autor. Porém, posteriormente, o próprio Direito Romano passou a ter a tendência para a forma ordinária de procedimento,

com a absorção dos interditos pela “actio”. E, o nosso atual Código de Processo Civil seguiu esta última tendência. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.* 2004. p.90/145-156).

⁷ De Chiovenda são ainda essas preciosas lições eternas, úteis a todo o momento para o bom entendimento do sistema processual: a) a sentença que julga procedente a demanda deve dar ao autor a mesma situação que daria se tivesse sido proferida no próprio momento em que aquela foi proposta; b) o causador da necessidade de instaurar um processo (ordinariamente a parte sucumbente) deve responder pelas despesas que o processo trouxe para aquele que tinha razão. Essas lições relacionam-se com a preocupação pela inteireza da tutela jurisdicional e resumem-se na máxima “a necessidade de valer-se do processo para obter razão não deve reverter a dano daquele que tem razão” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.* 2000b., p. 260).

Em Florença, Piero Calamandrei (1889-1956) fez também sua escola e lançou raízes com seu pensamento profundamente comprometido com valores éticos da sociedade e do direito, de grande sensibilidade às angústias dos litigantes e deveres do juiz perante eles. Calamandrei foi de extrema fidelidade a Chiovenda na sustentação da ação como direito concreto. Seus escritos foram depois reunidos na monumental publicação *Opere giuridiche*.

Em Milão, Enrico Tullio Liebman (1903-1986) foi o grande criador de uma escola que ainda hoje ali vive e projeta-se particularmente no pensamento dos processualistas brasileiros. Como seu mestre Chiovenda⁸, Liebman demonstrou sólidos conhecimentos das origens romanas e germânicas do direito moderno, o que foi revelado especialmente na construção de sua própria teoria da ação como direito ao provimento de mérito e da execução como sanção ao devedor inadimplente. Um marco fundamental da obra liebmaniana é sua teoria da coisa julgada como autoridade dos efeitos da sentença, exposta em monografia respeitada em toda a doutrina internacional, na qual renega tudo que antes se sustentara no sentido de que ela fosse, em si mesma, mais um efeito que a sentença produz. Liebman escreveu um livro (*Processo de Execução*) e muitos artigos sobre o direito processual civil brasileiro, estes reunidos no volume *Estudos sobre o processo civil brasileiro*.

O enciclopédico pensador Francesco Carnelutti (1879-1965) foi criador da teoria da lide como centro do sistema processual. Essa proposta metodológica importou deixar em planos inferiores o estudo da ação e de suas condições. Carnelutti chegou a renunciar ao conceito de interesse de agir, como condição da ação. Sua obra sistemática de processo civil inclui principalmente o monumental *Sistema del diritto processuale civile*, as *Lezioni di diritto processuale civile*, as didáticas *Instituzioni di diritto processuale civile* e *Diritto e*

⁸ Liebman foi aluno de Chiovenda na Universidade de Roma (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.* 2000b., p. 261).

Processo (mais recente de todos de 1958 e constitui o repositório mais maduro de seu pensamento que nunca parou de evoluir).

Mais recentemente, imortalizou-se Mauro Cappelletti como o mestre fundador de uma nova escola. Foi professor em Florença, desempenhando permanentemente funções na Universidade norte-americana de Stanford. Foi um constante batalhador pela bandeira da efetividade do processo com inúmeras obras e escritos menores editados em italiano e em língua inglesa. É muito conhecida a sua grande obra enciclopédica produzida em co-autoria com o norte-americano Bryant Garth (“*Acess to justice: a worldwide movement to make rights effective, a general report*”).

Na Península Ibérica, são importantíssimos os tratados gerais dos espanhóis Jaime Guasp e Leonardo Prieto-Castro Ferrandiz (este, com estruturas e colocações muito à moda germânica), além de José Alberto dos Reis, que em Portugal foi o grande processualista do século e escreveu, além dos Comentários ao Código de Processo Civil e do Código de Processo Civil anotado, também um estudo específico sobre execução forçada (*Processo de Execução*) e outro dedicado à intervenção de terceiros no processo civil (*Intervenção de terceiros*). Portugal teve ainda João de Castro Mendes e Artur Anselmo de Castro.

1.3 AS FASES DE DESENVOLVIMENTO DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Considerando as fontes, a história do processo civil brasileiro divide-se em sete fases, sendo que a última delas consiste no conjunto de diplomas integrado pela Constituição

Federal de 1988, algumas leis especiais e pela Reforma do Código de Processo Civil, se caracterizando pela coletivização da tutela jurisdicional e o empenho em sua efetividade.

A primeira fase corresponde à vigência das Ordenações Filipinas, promulgadas pelo rei de Portugal no início do século XVII e que resistiram à Independência brasileira. O Livro 3 das Ordenações estabelecia um processo de cunho formalista, escrito e baseado no princípio dispositivo, com impulso das partes. Era um processo muito diferente dos padrões hoje vigentes, sem as premissas publicistas que determinam o impulso do juiz e sem a preocupação com a racionalização das formas, a sua exigência e as conseqüências de sua inobservância⁹.

A segunda fase caracterizou-se pela chamada Consolidação Ribas, em homenagem ao conselheiro Antonio Joaquim Ribas, que, encarregado pelo Imperador, fez uma compilação de numerosas leis processuais existentes. Elaborou seu trabalho mediante a redação orgânica da legislação esparsa, mas não desconsiderando as inovações ditadas por sua cultura e pelas fontes de Direito Romano, resultando em uma autêntica consolidação. A Consolidação das leis do processo civil entrou em vigor no ano de 1876.

A terceira fase caracterizou-se pela aplicação do Regulamento 737 ao processo civil em geral, e ocorreu durante o primeiro Governo Republicano (1890). Tal diploma buscou a racionalização do procedimento com redução do formalismo e algumas medidas de economia,

⁹ Ainda nessa fase teve vigência o famoso Regulamento 737, editado contemporaneamente ao Código Comercial e no mesmo ano de sua promulgação (1850), com a missão de disciplinar somente a ordem do juízo no processo comercial. O processo civil em geral continuou regido pelas Ordenações do Reino (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.* 2000b., p. 277).

porém as opiniões divergem quanto ao seu nível técnico, pois há os que louvam sua boa técnica e os que afirmam ser ele um atestado da inaptidão dos juristas da época¹⁰.

A Constituição Republicana de 1891 abriu a quarta fase do direito processual civil positivo brasileiro quando instituiu a dualidade de Justiças e criou a concorrência de competências para legislar sobre processo civil: de um lado, a legislação federal sobre o processo, competente para as causas processadas pela Justiça Federal e, de outro, os Códigos Estaduais, a reger a Justiça de cada Estado¹¹. Entretanto, nem todas as unidades federadas elaboraram a sua codificação e a maioria foi de um nível técnico-científico prejudicado. A doutrina moderna costuma apontar os Códigos de Processo Civil da Bahia, de Pernambuco e de São Paulo como os mais bem elaborados, por refletirem o espírito renovador e o pensamento científico que impulsionara a doutrina do processo na Alemanha e na Itália a partir da segunda metade do século anterior.

A quinta fase da história legislativa de nosso processo civil se caracteriza pelo restabelecimento da competência exclusiva da União para legiferar sobre o processo civil, modificação operada pela Constituição Federal de 1934. Essa regra foi mantida nas Constituições subseqüentes. Somente a Constituição de 1988 deu competência concorrente aos Estados para legislar sobre “procedimentos em matéria processual” (art. 24, inciso XI) e a “criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas” (inciso X).

¹⁰ O Regulamento 737 dividiu os processualistas. Foi considerado “um atestado da falta de cultura jurídica, no campo do direito processual, da época em que foi elaborado”; e foi elogiado como “o mais alto e mais notável monumento legislativo do Brasil, porventura o mais notável Código de Processo até hoje publicado na América”. Na realidade, examinado serenamente em sua própria perspectiva histórica, o Regulamento 737 é notável do ponto-de-vista da técnica processual, especialmente no que toca à economia e simplicidade do procedimento. (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini (colab.); DINAMARCO, Cândido Rangel (colab.). **Teoria Geral do Processo**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 106).

¹¹ Elaborou-se, portanto, de um lado, a legislação federal de processo, cuja consolidação, preparada por José Higinio Duarte Pereira, foi aprovada pelo Dec. n. 3.084, de 5 de novembro de 1898; de outro lado, iniciaram-se aos poucos os trabalhos de preparação dos Códigos de Processo Civil e dos Códigos de Processo Criminal estaduais, na maioria presos ao figurino federal. (Idem, p. 107).

Com a competência da União para legislar sobre processo, tornou-se necessária a preparação de novos Códigos de Processo Civil e Penal, tendo o governo organizado comissões de juristas encarregados daquela tarefa. Pedro Batista Martins, um dos membros da comissão encarregada de preparar um anteprojeto de Código de Processo Civil, apresentou um trabalho que, depois de revisto pelo então Ministro da Justiça, Francisco Campos, por Guilherme Estellita e por Abgar Renault, transformou-se no Código de Processo Civil de 1939. Serviram-lhe de paradigma os códigos da Áustria, da Alemanha e de Portugal; adotou o princípio da oralidade, tal como caracterizado por Chiovenda, com algumas concessões à tradição, notadamente no que diz respeito ao sistema de recursos e à multiplicação de procedimentos especiais¹².

A sexta fase principiou com a vigência do Código de Processo Civil de 1973, como uma busca de aperfeiçoamento ao Código de Processo Civil de 1939, que apresentava algumas deficiências, especialmente no trato de certos institutos, como a competência, a chamada crise de instância, os recursos e seus efeitos, o processo executivo, o procedimento muito rígido, sem a possibilidade de antecipar o julgamento do mérito em hipótese alguma e o modo empírico que tratava as medidas cautelares, sem a menor tentativa de dar-lhes uma colocação sistemática.

O anteprojeto, elaborado por um grande processualista, o professor Alfredo Buzaid, fez-se lei em 1973, quando o mesmo ocupava o cargo de Ministro da Justiça. Por essas razões, foi inicialmente conhecido como Código Buzaid. É muito grande a superioridade científica do

¹² Curiosamente, o Código de 1939 procurava adotar técnicas sugeridas pela doutrina européia e ao mesmo tempo sua Exposição de Motivos fundamentava no direito e na obra de autores norte-americanos a modernização proposta, especialmente no que diz respeito à valorização da figura do juiz e seus poderes inquisitivos. A explicação está no fato de o anteprojeto ter sido redigido por uma pessoa (o advogado Pedro Batista Martins, sem declaradas preferências políticas) e a Exposição de Motivos ter sido feita por outra – o então Ministro da Justiça, Francisco Campos, político ligado ao regime de Vargas e empenhado no reforço do Estado perante a população (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.* 2000b., p. 279).

segundo Código de Processo Civil sobre o primeiro. Não só a linguagem é muito mais apurada e científica, como o é a abordagem de certos temas e institutos. Pode-se apontar quatro setores em que ele realmente inovou em relação ao Código anterior, estabelecendo soluções mais justas e mais ágeis: a) no processo de conhecimento, ao determinar que a revelia do demandado leve o juiz a aceitar como efetivos os fatos aduzidos na petição inicial (efeito da revelia, art. 319); b) ainda no processo de conhecimento, ao autorizar que, nos casos de efeito da revelia e sempre que inexistir a necessidade de realizar provas, o mérito da causa seja julgado antecipadamente, sem designação de audiência de instrução e julgamento (art. 330, incisos I-II); c) no tocante à execução forçada, ao equiparar a eficácia dos títulos executivos extrajudiciais à dos judiciais, como é na Europa há dez séculos; d) em relação à tutela cautelar, instituindo um Livro específico para a sua disciplina (L. 3, arts. 796-899), disciplinando o poder cautelar geral do juiz e estabelecendo critérios de admissibilidade e procedimentos para as medidas cautelares típicas. Contudo, à sua superioridade científica não corresponde uma evolução ideológica nem a implantação de um novo modelo processual, porque traz em si, como o outro, o desenho de um sistema individualista de tutela jurisdicional, além de não propor instrumentos aceleradores da tutela (como a antecipação da tutela jurisdicional, agora ditada no novo art. 273), nem oferecer ao juiz meios para a enérgica imposição da efetividade de seus resultados (por exemplo, como no novo art. 461).

Tomada a consciência das debilidades do sistema residente no Código de Processo Civil, surgiram movimentos em prol das inovações que trouxeram a Constituição Federal de 1988, as leis extravagantes e a Reforma do Código de Processo Civil. O constitucionalismo e a abertura para a perspectiva metajurídica do processo civil inauguraram a sétima fase da história do processo civil brasileiro.

O direito processual constitucional põe o estudo do procedimento e da relação jurídica processual sob o enfoque das garantias do devido processo legal, do contraditório, da igualdade, da liberdade etc. Com isso, o estudioso conscientiza-se de que os preceitos e exigências do Código constituem projeção de normas de maior amplitude e mais alta posição hierárquica, sendo indispensável a interpretação sistemática. De acordo com este entendimento, percebe-se que o sistema processual é uma conjugação de meios técnicos para a efetividade do postulado democrático da participação em liberdade e com igualdade, e vai chegando-se à percepção das grandes balizas do que se chama justo processo.

A partir dos anos setenta sobrevieram obras de fôlego, colocadas em sede processual-constitucional, seja enfocando a garantia da ação e a inafastabilidade da tutela jurisdicional, seja pondo em realce a cláusula *due process of law*, ou ainda estudando a difícil questão ética das provas obtidas por meios ilícitos, etc¹³.

Logo em seguida, se manifestou intensamente o engajamento de parte da doutrina brasileira às propostas da escola instrumentalista e às ondas renovatórias por ela postas em destaque, com preocupações pelo atendimento aos portadores de pretensões de baixo valor econômico, pela tutela coletiva, pela efetividade da tutela jurisdicional, pelos escopos sociais

¹³ Na realidade, a doutrina brasileira nunca foi inteiramente indiferente às ligações entre o processo e o plano constitucional, dado que já no século XIX um prestigioso processualista propunha o exame do processo civil em correlação com a preservação dos direitos individuais (João Mendes Júnior). Nos anos cinquenta veio à luz uma série de manifestações de interesse pelos fundamentos constitucionais do processo, quando então se fez a afirmação de um direito processual constitucional, conceituado como “a condensação metodológica dos princípios introdutórios de processo em geral” (José Frederico Marques). (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.* 2000b., p. 281-282).

do processo, pelo acesso à justiça como um valor a ser a todo custo postulado pela ordem processual e, enfim, pela implantação de um sistema de processo justo e igualitário¹⁴.

1.4 CONCEITO DE EFETIVIDADE: EFICÁCIA JURÍDICA X EFICÁCIA SOCIAL

Deve-se distinguir da eficácia jurídica o que muitos autores denominam de eficácia social da norma, que se refere, como aponta Reale, ao cumprimento efetivo do Direito por parte de uma sociedade, ao “reconhecimento” do Direito pela comunidade ou, mais especificamente, aos efeitos que uma regra opera através do seu cumprimento¹⁵. Em tal acepção, eficácia social é a concretização do comando normativo, sua força realizadora no mundo dos fatos. Deliberadamente, ao estudar a capacidade de produzir efeitos, deixou-se de lado a cogitação de saber se estes efetivamente se produzem. A efetividade propugna não a eficácia jurídica como possibilidade da aplicação da norma, mas a eficácia social e os mecanismos para a sua real aplicação¹⁶.

A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela traduz a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e

¹⁴ Hoje, mais do que nunca, a justiça penal e a civil são informadas pelos dois grandes princípios constitucionais: o acesso à justiça e o devido processo legal. Destes decorrem todos os demais postulados necessários para assegurar o direito à “ordem jurídica justa”. Até por que, apesar de minuciosa, a nova Constituição do Brasil ainda preservou a fórmula norte-americana dos direitos implícitos, ao advertir, no § 2º do art. 5º, que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini (colab.); DINAMARCO, Cândido Rangel (colab.). *Op. cit.* 1997, p. 84-85).

¹⁵ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 135.

¹⁶ A noção de efetividade, ou seja, desta específica eficácia, corresponde ao que Kelsen – distinguindo-a do conceito de vigência da norma – retratou como sendo “o fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos”. (BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas** - limites e possibilidades da constituição brasileira. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p.85)

simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social. A efetividade das normas depende, em primeiro lugar, da sua eficácia jurídica, da aptidão formal para incidir e reger as situações da vida, operando os efeitos que lhe são inerentes. Não se trata apenas da vigência da regra, mas também, e, sobretudo, da “capacidade de o relato de uma norma dar-lhe condições de atuação”¹⁷, isoladamente ou conjugada com outras normas. Se o efeito jurídico pretendido pela norma for irrealizável, não há efetividade possível.

Com relação à “efetividade do processo”¹⁸, pode-se dizer que o processo será efetivo quando produzir seus resultados, seus escopos. Diante de tal afirmação, pode-se inferir que para chegarmos ao conceito de efetividade, teremos de, antes, ir à noção de instrumentalidade do processo. Instrumentalidade e efetividade são duas idéias que, portanto, se inter-relacionam. O Direito Processual, sem o Direito Material Substancial, estaria destinado a operar no vazio; este, sem aquele, restaria ineficaz toda vez que violado. Os dois em relação de estreita interdependência e necessidade recíproca, gerando uma relação quase simbiótica¹⁹.

Todavia, a instrumentalidade do processo que se analisa não se refere somente à ligação do direito processual com o direito material, pois o processo não é apenas um instrumento técnico de aplicação aos casos concretos do Direito Material Substancial, mas também um poderoso instrumento ético tendente a servir à sociedade e ao Estado.

¹⁷ FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. Teoria da norma jurídica: um modelo pragmático. In **A Norma Jurídica** (coletânea), 1980.p. 29.

¹⁸ Como bem destaca Cândido Rangel Dinamarco, “os estudos modernos de direito processual focalizam com grande intensidade o tema da efetividade da tutela jurisdicional, num combate aberto ao conformismo judicial perante decisões não cumpridas ou mal cumpridas. Postulam-se reforçados poderes ao juiz e seu severo empenho, com vista a fazer com que o que no processo se faz seja efetivamente traduzido em tutela ao litigante que tiver direito a ela” (Nasce um Novo Processo Civil, publicado na coletânea *A Reforma do Código de Processo Civil*. p. 3).

¹⁹ Acerca da instrumentalidade das normas de Direito processual em face do Direito Material, mostrando a relação de implicância e exigência mútua entre os dois ramos, cf. Liebman, *Manual de Direito Processual Civil*, p. 36; Francesco Carnelutti, *Diritto e processo*, p 1-3; e Andréa Proto Pisani, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, p. 4/5.

Ao lado do escopo jurídico do processo há ainda os escopos sociais e políticos²⁰. O escopo social diz respeito à função pacificadora de que é detentora a jurisdição, função estatal que o processo realiza. Por isso, pode-se dizer que o processo, nesse contexto, atua como um instrumento a serviço da paz social. Pelo escopo político do processo, entende-se que representa o meio de assegurar direitos e liberdade do administrado em face da Administração. “O processo é capaz de ofertar meios de participação no destino da nação”²¹. Finalmente, há o escopo jurídico, que expressa o processo enquanto meio de atuação da vontade concreta do direito, um meio de fazer valer a norma de direito material violada e inobservada, aplicando-a.

Nesse sentido, o professor Ovídio Baptista da Silva firmou seu entendimento sobre o escopo jurídico do processo e da jurisdição:

(...) a verdadeira essência da função jurisdicional não é, portanto, o “pronunciamento” da sentença que compõe o litígio que não passa de uma atividade-meio, apenas instrumental, senão que corresponde à realização do direito material que o Estado impediu que se fizesse pela via privada da auto-realização. O que ocorre, no entanto, é que o Estado, para poder realizar o direito material, terá necessariamente de averiguar, antes, a existência do direito cuja titulariedade seja porventura afirmada por aquele que o procura para exigir a tutela jurisdicional. Desta contingência decorre a circunstância inevitável de ter-se de conceder “ação”, no plano de direito material, igualmente ao que não tenha direito, não tenha pretensão nem ação²².

A instrumentalidade, sob seu aspecto positivo, busca alcançar os referidos escopos (jurídico, social e político). Na síntese de Cândido Rangel Dinamarco, a efetividade do

²⁰ A força das tendências metodológicas do direito processual civil na atualidade dirige-se com grande intensidade para a efetividade do processo, a qual constitui expressão resumida da idéia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2002a, p. 330).

²¹ VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do processo em face da fazenda pública**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 18.

²² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de Processo Civil**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.3, 2000, p. 86.

processo “constitui expressão resumida da idéia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sociopolítico-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais”²³. Acrescenta, ainda, o autor, em outra passagem, que

a efetividade do processo, entendida como se propõe, significa a sua almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhe a liberdade²⁴.

Ainda, como acrescenta Luiz Rodrigues Wambier ao afirmar que:

O direito ao processo, portanto, com o tónus da efetividade, pertence ao conjunto desses direitos, ditos fundamentais, que estão ligados ao conceito de dignidade humana, princípio sobre o qual está assentada a estrutura do Estado brasileiro (art. 1º, inc. III, da Constituição Federal). Trata-se, por assim dizer, de direito fundamental instrumental, pois, o reconhecimento de rico elenco de direitos fundamentais (individuais e coletivos) no plano constitucional, sem a simultânea previsão de instrumentos processuais aptos a proporcionar sua eficaz e efetiva realização, resultaria no próprio esvaziamento da idéia de direitos fundamentais²⁵.

Humberto Theodoro Júnior, dissertando a respeito da idéia de efetividade no processo contemporâneo, diz que:

²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.* 2002a, p. 270

²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.* 2000b., p. 271

²⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre a efetividade do processo. **Revista dos Tribunais** 814/ 67.

Realmente, se o processo foi concebido para solucionar conflitos e fazer atuar, em favor de quem tem razão, a vontade concreta da lei, será tanto mais eficaz quanto mais rapidamente conseguir fazer com que prevaleça, de maneira mais completa, o direito subjetivo da parte que dele se vê injustamente privado ou que sofre ameaça de agressão em sua esfera jurídica²⁶.

Ele ainda ressalta que:

Além do escopo geral de assegurar à parte o bem jurídico a que tem direito, a idéia de efetividade envolve a de celeridade na restauração do status violado. Justiça efetiva, nessa concepção, é a que se acha aparelhada para propiciar ao titular do direito um provimento que seja contemporâneo à lesão ou ameaça de lesão²⁷.

1.5 EFETIVIDADE DA TUTELA JURÍDICA (“QUALIDADE OU VALOR DO DECIDIDO”) E EFETIVIDADE DO PROCESSO (“CONCREÇÃO DO DECIDIDO”)

Cabe promover a distinção entre “eficácia” (aptidão para produzir determinado efeito) e “efetividade” (a concreta produção de efeitos). Ilustrando essa diferenciação, podemos explicitar o caso de um ato ou negócio jurídico que, sendo válido, será eficaz, mas só se poderá perceber sua efetividade quando o mesmo realiza materialmente as conseqüências que lhe forem formalmente imputadas. Nesse sentido, é de salutar importância que se aponte a diferença entre “efetividade da tutela” e “efetividade do processo”, uma vez que uma tutela jurídica pode ser reconhecida, porém não cumprida ou efetivada.

²⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O processo civil brasileiro no limiar do novo século**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 7

²⁷ *Ibidem*.

Trata-se aqui, como analisa Calmon de Passos, “da questão do confronto entre o decidido e o concretamente obtido”²⁸. Essa ponderação busca suas mais basilares explicações na própria estrutura do Judiciário e na finalidade do Direito, que é de cunho prático e não representa simplesmente um “dizer sobre algo”. Sobre a estrutura do Judiciário e sua contribuição para a obtenção da efetividade do processo, discorre José Janguie Bezerra Diniz:

(...) a efetividade normativa e a efetividade material dos direitos fundamentais da humanidade dependem não somente de iniciativa do legislador, mas de um Judiciário eficiente capaz de atender aos anseios sociais, de políticas públicas sérias voltadas para o desenvolvimento salutar da criatura humana, porque no mundo pós-moderno não mais cabe um modelo de vida excludente, fechado, voltado para interesses puramente econômicos, nos limites e parâmetros do pensamento da classe social dominante²⁹.

Por isso, não se pode considerar a efetividade como valiosa por si mesma, pois, assim, se instalaria a despreocupação com a “qualidade ou valor do decidido”, dando prevalência à concreção do que foi decidido, pouco importando sua bondade ou valia. O teor do decidido, tendo caráter autorizativo, deve gerar conseqüências materiais, precisamente aquelas postas como objeto do ato de poder e não apenas prestigiar o ato de poder em si, a “autoridade” da decisão do magistrado.

Ao associar a “efetividade da tutela jurídica” à efetividade do que for decidido na sentença, incide-se em grave erro de perspectiva, dando relevância àquilo que é apenas útil. Diante disso, deve-se, então, promover o questionamento “em nome de quê” se deve postular

²⁸ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Democracia, participação e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord). **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.1/31

²⁹ DINIZ, José Janguie Bezerra. A Efetividade do Processo como instrumento de cidadania. **Revista Jurídica Consulex** 155/44

a efetividade da tutela, antes de equipará-la à efetividade da decisão do magistrado. Assim, percebe-se o quão equivocado seria deslocar o enfoque para a pergunta “para quê” a sentença se prolata. Não se pode afirmar que todo ato de poder traz em si, necessariamente, sua efetividade, o que representaria um ato de despotismo e não algo compatível com a cidadania. Por isso que efetividade do processo ou efetividade da tutela jurídica não se equipara a efetividade da sentença, enquanto ato de poder, mas da sentença que atenda ao “em nome de quê” se institucionaliza uma ordem política democrática.

Concluindo este pensamento, Calmon de Passos explica que:

(...) advogar pura e simplesmente a efetividade do processo como equivalendo a efetividade da sentença nele proferida mascara, pífida e perversamente, mesmo quando esta não seja a consciente intenção dos que o fazem, o propósito de se instituir o magistrado como um tirano, como o déspota que tantos séculos de luta e resistência procuraram, exatamente, de uma vez por todas, eliminar da vida política³⁰.

Resumidamente, equiparar a efetividade do processo à efetividade do decidido pelo magistrado representaria a propugnação da inefetividade da cidadania. Isto porque não é o processo em si mesmo que reclama efetividade, mas sim o ordenamento como um todo sistemático, onde a obtenção da efetividade depende do processo de produção do direito, porém aqui se fala do devido processo constitucional³¹.

³⁰ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Op. cit.* 1988, p.1/34

³¹ (...) Entende-se, com essa fórmula, o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição. (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini (colab.); DINAMARCO, Cândido Rangel (colab.). *Op. cit.* 1997, p. 82).

Nesse sentido, a efetividade representa a marca mesma do ordenamento jurídico, pois sem ela o mesmo se desfuncionaliza e desqualifica.

Como bem sintetiza José Joaquim Calmon de Passos:

Destarte, por mais que se pretenda mascarar, a efetividade é algo de todo dependente do que precede a decisão, vale dizer, da cognição e da certificação que a antecederam. Nestas é que cumpre colocar a ênfase. A efetividade do injusto é, na verdade, a consagração da inefetividade do processo e da tutela jurídica. (...) Enfim, e para concluir, propugnar trombeteando a efetividade do processo como valiosa por si mesma é usar uma palavra equívoca, carregada de emocionalidade, que simplesmente mascara o propósito, consciente ou inconsciente, de se recuperar o exercício anti-democrático do poder político na sua dimensão jurisdicional³².

Assim, entende o autor que apenas considerar a efetividade do processo importante em si mesma, sem considerar os demais aspectos e sem promover as devidas indagações de cunho teleológico, representaria uma tendência anti-democrática e autoritária dentro da seara jurisdicional.

³² PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Op. cit.* 1988, p.1/35

2 A TUTELA JURISDICIONAL E OS ENTRAVES À EFETIVIDADE DO PROCESSO

2.1 A DEFASAGEM DE CORRESPONDÊNCIA ENTRE AS SITUAÇÕES DE DIREITO MATERIAL E AS FORMAS DE TUTELA

O problema da efetividade enseja diversos planos de abordagem e, evidentemente, os fatores que obstam sua consumação são diversos e de várias naturezas, porém podemos apontar aqueles que se referem às bases do sistema e, *ipso facto*, precisam ser identificados para serem remediados e, quiçá, sanados e removidos da realidade do Direito.

O ordenamento jurídico atual, em razão das necessidades e problemáticas sociais, apresenta diversas situações de direito material. Contudo, os mecanismos de tutela disponíveis não consideram essa diversidade, uma vez que são insuficientes e, por isso mesmo, acabam dando encaminhamento semelhante a casos totalmente diferentes e com peculiaridades específicas.

Dessa forma, identifica-se uma defasagem de correspondência entre as situações de direito material e as formas disponíveis de tutela, as quais não se mostram capazes de realizar as diversas ações de direito material.

Essa situação constitui-se em um verdadeiro entrave à efetividade da prestação jurisdicional, uma vez que dificulta e, muitas vezes, impossibilita a satisfação do direito do autor.

Esse problema tem como arcabouço o equívoco dogmático promovido pela releitura da *actio* romana pela doutrina.

A *actio*, que designava um fenômeno pertencente ao plano do direito material, passou a conceituar outro fenômeno completamente distinto, pertencente ao plano do direito processual (a “ação” processual). Isso quer dizer que um único conceito passou a designar fenômenos de naturezas diversas.

A unidade da *actio*, compreensiva do direito material, começou a ser desmembrada e destruída a partir da grande polêmica entre Windscheid e Muther (1856-1857), quando despontou a questão da separação entre o direito processual e o direito material.

Na visão de Windscheid, a pretensão é o poder jurídico de exigir a prestação em juízo. Absorve-se, assim, o conteúdo substancial da *actio* no conceito de pretensão, circunstância que evidentemente veio a favorecer a concepção meramente processual ou publicística da ação³³.

Dentro desse contexto, foi principalmente a crítica de Muther, depois incorporada por Windscheid, que propiciou a criação dos elementos necessários para uma nova concepção, na medida em que distingue claramente um direito à tutela do Estado, direito de agir, a que se atribui natureza pública, restando intocado o direito material apesar da lesão.

Sobre essa questão, assevera Fábio Cardoso Machado:

³³ Pugliese, *Polemica intorno all "actio"* citado por OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Op. cit.*, 2004, p.667.

Foi Muther quem realizou a apropriação processual do termo que antes designava uma categoria de direito material. No trabalho dedicado a refutar a tese central de Windscheid, Muther desenvolveu a idéia de que o cidadão a quem se prometia um iudicium, em dadas condições, tinha pretensão a que se nomeasse um iudex e se lhe conferisse uma fórmula³⁴.

Muther, ao considerar a *actio* como direito do cidadão à tutela do estado, não apenas atribuiu nova designação à antiga *actio*, mas também se apropriou da denominação atribuída a um fenômeno do direito privado para designar outro pertencente ao direito público. Tal equívoco, entretanto, foi contestado por Windscheid que, em sede de réplica, deixou claro que Muther se referia a um direito típico do campo processual, enquanto ele havia somente se ocupado da concepção que via, no direito de acionar, um direito privado³⁵.

Desde então, ampliou-se o problema fundamental, uma vez que o direito foi perdendo seu aspecto dinâmico, outrora identificado pelo termo ação e que o vinculava intimamente ao processo, que foi banido do plano do direito material.³⁶

Esse equívoco hermenêutico foi o responsável pela substituição do conceito de *actio* e o seu conteúdo substancial pelo conceito de pretensão, fato este que ocasionou o enfraquecimento do aspecto dinâmico e imperativo do direito subjetivo, resultando na necessidade de se considerar o sujeito passivo da relação processual.

Nas palavras de Fábio Machado:

³⁴ MACHADO, Fábio Cardoso. **Jurisdição, Condenação e Tutela Jurisdicional**. P. 94.

³⁵ Idem, p.95.

³⁶ Ibidem.

Àquilo que se chamava *actio* os modernos passaram a chamar pretensão, e desta forma o termo ação se via livre para ganhar novo significado, mesmo absolutamente diverso do significado originário, já que o termo pretensão tomou o seu lugar. E se pretensão designa o que se pode exigir de outro, o direito subjetivo perde definitivamente aquele aspecto dinâmico que implica na sua realização independentemente da vontade do sujeito passivo. Perde, quer dizer, a potencialidade de se fazer valer à força³⁷.

Desta forma, observa-se que a ação de direito material foi suprimida das considerações da dogmática jurídica moderna. A ação, em sentido material, é atividade para a satisfação, é mais que pretensão: “A pretensão contém exigir; a ação, além de exigir (*exigere*), que é premir para que outrem aja, leva consigo o *agere* do que pretende: ação sua; e não de outrem, premido”³⁸.

Ainda a esse respeito escreve Marinoni, citando Ovídio Baptista da Silva:

A pretensão de direito material é a faculdade de se poder exigir a realização do direito. A pretensão é uma mera potencialidade; portanto, difere de seu exercício. O direito subjetivo e a pretensão de direito material são estados de que desfruta seu titular, enquanto o exercício dessa faculdade de exigir não é mais estado, mas o desenvolvimento de uma ação por parte do titular da pretensão. Quem exige, ou seja, exerce a pretensão, ainda não age para realização do direito; limita-se a esperar a satisfação por parte do destinatário. Isso porque o exigir, que é conteúdo da pretensão, não pode prescindir do agir voluntário do obrigado³⁹.

Estabelecendo-se uma distinção entre pretensão e ação, tem-se que ao exercer pretensão o titular do direito espera o agir voluntário do sujeito de quem exigiu e, ao exercer a

³⁷ MACHADO, Fábio Cardoso. *Op. cit.*, p.96

³⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 47-48

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. **Novas linhas do processo civil**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2000a, p. 207-208

ação de direito material, o titular age para a realização do seu direito independentemente da vontade ou do comportamento do obrigado⁴⁰.

Se o exercício da pretensão de direito material não leva à satisfação do direito, surge ao titular da pretensão a ação de direito material⁴¹.

Como se percebe, o fenômeno hoje reconhecido como direito ou pretensão à tutela jurídica, portanto de cunho processual e público, foi entendido pelos precursores da ciência processual como a *actio* romana.

Todavia, na verdade, a *actio* romana representava o poder de agir de quem possuía titularidade para tanto (direito subjetivo). Esse agir volta-se contra o sujeito privado ocupante da titularidade passiva da relação de direito material, mas nunca contra o Estado, a quem cabia apenas prestar jurisdição.

Por essas razões, é inconcebível a apropriação do termo *actio* para conceituar o evento chamado, posteriormente, de “ação” processual. A *actio* romana só comporta a tradução moderna de categoria integrante do plano do direito material.

Importante é o esclarecimento de que a expressão “ação de direito material” não é empregada com a mesma carga substancial da “ação” processual.

A ação de direito material expressa o agir para a realização do direito, por quem o possui, contra quem é investido de titularidade passiva da relação jurídica de direito material.

⁴⁰ MACHADO, Fábio Cardoso. *Op. cit.*, p.98

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. *Op. cit.*, 2000a, p. 208

Enquanto que a “ação” processual tem o escopo de garantir que todos possam alegar a possibilidade de agir contra outrem, permitindo que quem tenha direito e pretensão de direito material consiga mediante o processo agir materialmente para a satisfação desta pretensão. Ela é, portanto, autônoma e abstrata⁴².

Assim, entende-se que “ação” processual é, na verdade, o veículo/meio/instrumento que viabiliza a execução da ação de direito material enquanto direito subjetivo material.

A “ação” processual não substitui a ação de direito material e, *ipso facto*, a “ação” como acesso ao direito à prestação jurisdicional não poderia ter promovido a supressão da ação de direito material. Pelo simples fato de que a ação de direito material, sob a perspectiva da dogmática jurídica, é a razão de ser da “ação” processual. Mas, lamentavelmente, a doutrina banuiu do seu horizonte a ação de direito material, e assim encobriu o “sol do sistema”, rompendo o vínculo do processo com o direito material: o escopo jurídico do processo é a realização da ação de direito material, e sem ter em vista este escopo o processo perdeu o rumo, como o instrumento que não sabe a que fim serve⁴³.

Dessa forma, chega-se à conclusão de que a “ação” processual e a ação de direito material necessitam coexistir como institutos diferenciados e interdependentes que são, pois a própria realização da ação de direito material está condicionada à “ação” processual. O processo instrumentaliza a ocorrência da ação de direito material que, por sua vez, não se concretiza sem ele. Configura-se, então, uma relação de mutualismo e jamais de substituição, como entenderam alguns doutrinadores, responsáveis pelo equívoco dogmático que, ainda

⁴² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 161.

⁴³ MACHADO, Fábio Cardoso. *Op. cit.*, p.99

hoje, persiste e repercute na compreensão da ciência processual através da polêmica entabulada nessa seara⁴⁴.

É necessário ter consciência de que a realização da ação através do processo pressupõe não simplesmente que todos, tendo ou não razão, possam provocar o exercício da jurisdição. Tal realização só acontece quando o processo predispõe meios de tutela adequados àquela ação em especial, cujas individualidades são ditadas pelo direito a que corresponde.

Nessa esteira disserta Luiz Guilherme Marinoni:

Direito à adequada tutela jurisdicional não é o mesmo que direito ao provimento de mérito. O autor, para obter tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem o direito de obter, precisa de uma série de medidas estabelecidas pelo legislador (procedimentos-inclusive com a adequada cognição-, provimentos, meios coercitivos). Não há razão, porém, para diferenciar direito de ação de direito à adequada tutela jurisdicional, pois não é verdadeira a premissa de que só tem direito à adequada tutela jurisdicional aquele que tem direito material. Se é preciso garantir o direito ao procedimento adequado à tutela do direito, não é possível dizer que somente aquele que é amparado pelo direito material tem direito à adequada tutela jurisdicional⁴⁵.

⁴⁴ Atualmente, estabelece-se a retomada daquela antiga polêmica em torno da ação de direito material a partir da publicação do ensaio de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira sob o título “O problema da eficácia da sentença” (*Revista de Processo*, nº 112, São Paulo, out/dez, 2003, p.p. 09-22), e aos subseqüentes trabalhos publicados por Ovídio A Baptista da Silva (“Direito Material e Processo”, **Genesis – Revista de Direito Processual Civil**, n. 33, Curitiba, jul./set. 2004, pp. 615-635), novamente por aquele primeiro autor, em réplica ao ensaio deste último (“Efetividade e tutela jurisdicional”, **Genesis – Revista de Direito Processual Civil**, n. 34, Curitiba, out./dez., 2004, pp. 665-689), e ainda por Guilherme Rizzo Amaral (“A polêmica em torno da “ação de direito material”, **Genesis – Revista de Direito Processual Civil**, n. 33, Curitiba, jul./set. 2004, pp. 533-547) e Daniel Francisco Mitidiero (**Elementos para uma teoria Contemporânea do processo Civil Brasileiro**, Porto Alegre: Livraria do (Advogado, 2005, especialmente pp. 121 e ss.).

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. Do processo civil clássico à noção de direito à tutela adequada a direito material e a realidade social. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 824, p. 34/60, 2004b.p. 140. Nessa passagem, o autor ainda coloca a posição do professor Dinamarco, “só tem direito à tutela jurisdicional quem reunir as condições e ainda desfrutar do direito subjetivo material alegado”. Por outro lado, também segundo o seu entendimento, “a ação está satisfeita com a emissão do provimento de mérito, favorável ou desfavorável. É, portanto, um conceito indesejavelmente técnico, para quem busca resultados”. (*apud* José Roberto dos Santos Bedaque. **Direito e processo**, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 25, n. 3-4). Para José Roberto dos Santos Bedaque, “direito à tutela jurisdicional significa mais do que direito de ação. Só o tem quem tiver razão perante o direito material”. (*Direito e processo*, cit, p. 29). Flávio Luiz Yarshell, porém, entende que há tutela jurisdicional no caso de improcedência e nas hipóteses de extinção do processo sem julgamento do mérito (MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. **Tutela específica**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 19-20).

Isto quer dizer que, o processo precisa disponibilizar os meios de tutela adequados à ação considerada singularmente, cujas particularidades são determinadas pelo direito correspondente.

Tal necessidade torna-se evidente na medida em que o processo mostra-se incapaz de realizar a ação de direito material ao conceder uma sentença que apenas determina uma obrigação, apenas exige sem forçar. O Estado deve, através do processo, agir para a satisfação no lugar do titular do direito.

Daí decorre a situação de que o estado, para poder realizar o direito material, terá que antes averiguar a existência do direito cuja titularidade seja porventura afirmada por aquele que o procura para exigir a tutela jurisdicional. Desta contingência, decorre a circunstância inevitável de ter-se de conceder “ação”, no plano processual, igualmente ao que não tenha direito, não tenha pretensão nem ação⁴⁶.

Quando consideramos uma sentença que apenas determina uma obrigação, sem força executiva, estamos a falar da sentença condenatória.

A sentença condenatória mostra-se um instituto de efetividade inoperante, já que não promove, por si só, a satisfação do autor, obrigando a instauração de um novo processo (execução) para se perfectibilizar e operar, efetivamente, seus efeitos.

Nesse diapasão, aponta Fábio Cardoso Machado:

⁴⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Op. cit.* 2000, p. 86

E, portanto, a sentença condenatória só realizará uma ação de direito material se ao direito tutelado corresponder uma ação condenatória. Como a ação de direito material satisfaz o direito independentemente da vontade e do comportamento do sujeito passivo, é incompreensível como a sentença condenatória, ao exigir, justamente, um comportamento voluntário, consiga realizar a ação material correspondente ao direito tutelado. Em verdade, não é possível falar em ação condenatória porque a sentença que corresponderia a esta ação não tem, segundo a tradição, aptidão para realizar, desde já, ação alguma⁴⁷.

A insuficiência da sentença condenatória demonstra e enaltece a importância de disponibilizarmos mecanismos de tutela capazes de realizar as diversas ações de direito material e, conseqüentemente, a necessidade de erradicar da realidade jurídica a condenação. O abandono da técnica da condenação acarretaria, sem dúvida, em um grande avanço em direção à efetividade.

Todavia, essa conclusão não invalida a teoria da ação de direito material, oferecendo uma argumentação a seu favor.

A teoria da ação de direito material fornece o substrato dogmático para a idéia de que o instituto da condenação deva ser afastado de nosso ordenamento por não operar conseqüências efetivas.

A condenação se torna dispicienda na medida em que se pode executar e, assim, satisfazer o direito digno de tutela.

A análise da condenação, sob a óptica da ação de direito material, levou à conclusão de que não há eficácia condenatória.

⁴⁷ MACHADO, Fábio Cardoso. *Op. cit.*, p.100.

Ainda nesse sentido, Fábio Cardoso Machado:

A sentença dita condenatória deve em realidade ser considerada executiva porque, dentre as eficácias que contém, a executiva é a que realiza praticamente a ação de direito material. Só é possível esquivarmo-nos desta conclusão se encontrarmos outra causa processual imediata para os atos executivos subseqüentes. Mas outra causa não há, senão a eficácia executiva da sentença. Após a sentença dita condenatória não há nova decisão sobre se deve-se executar: o Processo de Execução pode sim conter decisões, mas não sobre se o direito reconhecido pela sentença pode dar lugar à execução. O Processo de Execução realiza, em regra simplesmente, atos executivos, tendo em vista a aptidão da sentença para produzi-los. Essa aptidão para produzir atos executivos, mesmo em processo autônomo, constitui justamente, a eficácia preponderante da sentença a que chamamos condenatória⁴⁸.

E também buscando uma solução que comporte o problema, o mesmo autor sugere a imposição da execução imediata nas sentenças condenatórias, buscando a garantia de que a sentença ostente forte conteúdo executivo, fazendo jus ao nome “sentença executiva” e dispensando um outro processo⁴⁹.

Busca-se, com essa idéia, defender uma postura executiva do juiz no ato da prolação da sentença. O reconhecimento de razão do autor automaticamente implicaria na execução do réu em determinado prazo. Por óbvio, isso não acarretaria na impossibilidade de defesa do executado em face de atos executivos. Apenas ocorreria a supressão de um novo processo. Essa alteração promoveria, indubitavelmente, um ganho inestimável de efetividade, objetivo tão almejado e perseguido nos tempos atuais.

Assim, entende-se que a sentença condenatória é incapaz de realizar, de forma autônoma, qualquer ação de direito material. Da mesma forma, a sentença mandamental não

⁴⁸ MACHADO, Fábio Cardoso. *Op. cit.*, p.187/188

⁴⁹ *Idem*, p. 189

demonstra corresponder a nenhuma forma de ação mandamental, pois também o mandamento não expressa um agir capaz de satisfazer por si, independentemente do comportamento voluntário do direito do autor.

Pontes de Miranda pensava de forma diversa, pois acreditava que a sentença mandamental atendia à característica de direito material⁵⁰.

Embora incapaz de satisfazer por si e, assim, realizar a ação de direito material, a sentença mandamental revela uma situação favorável, pois a ordem, contida em sua essência, embuída de força dissuasiva, tem a capacidade de dispensar a ação material e, ainda, de provocar efeito equivalente à sua realização, quando esta se demonstre indesejável ou impossível⁵¹.

Por isso que, a despeito da sentença condenatória, a sentença mandamental deve ser generalizada, mesmo com a sua incapacidade de realizar alguma ação de direito material.

De tudo, entende-se que, diferentemente da sentença condenatória, a sentença mandamental pode e deve permanecer operante no ordenamento, sem prejuízo à efetividade, uma vez que torna desnecessária a ação executiva ou gera resultado semelhante, mesmo quando nenhuma ação direta é viável.

⁵⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 09.

⁵¹ Sobre esse tema, discorre Fábio Cardoso Machado com riqueza de informações. MACHADO, Fábio Cardoso. *Op. cit.*, p. 256.

Mediante tais ponderações, é clara a conclusão de que se faz necessário um questionamento sobre a real utilidade da sentença condenatória e, conseqüentemente, reconhecer sua ineficácia. Nesse sentido, mostra-se conveniente e oportuna a sua substituição pelas sentenças mandamentais e executivas.

Essa urgência de implantação de medidas executivas no curso do processo de conhecimento já foi reconhecida e o acréscimo da redação do art. 461 do CPC, introduzido pela Lei 8.952/94, demonstra essa realidade. A atuação executiva do juiz, situação análoga á proposta da “sentença condenatória executiva”, será analisada em capítulo próprio, como veremos no ponto 3.2 desta monografia.

As discussões doutrinárias a respeito do tema e as polêmica travadas contribuíram decisivamente para a obtenção destes conceitos e idéias sobre a ação de direito material e, conseqüentemente, de sugestões de alternativas tendentes a promover uma maior efetividade processual.

Essas alternativas propostas, como a superação da condenação e a conseqüente adoção de meios imperativos, como as sentenças executivas e mandamentais, são devidas às formulações de Pontes de Miranda sobre a “Teoria das Ações” e à posterior lapidação da sua teoria, principalmente por Ovídio Araújo Baptista da Silva e pelas renovadas polêmicas e discussões entabuladas pela doutrina moderna, como já explicitado anteriormente.

Não se pode afirmar que a supressão da ação de direito material decorreu somente da defasagem de correspondência entre as ações de direito material e as formas de tutela, mas também de uma postura epistemológica. Esse fato constitui-se em um grande problema

atualmente, na medida em que os juristas se preocupam com a instrumentalidade do processo. Porém há um século esta defasagem não poderia ser sentida como algo prejudicial, uma vez que prevalecia o propósito de isolar o direito processual do direito material, com a finalidade de construir uma ciência com conceitos e princípios próprios⁵².

Portanto, entende-se que a ação de direito material representa a categoria capaz de restabelecer, do ponto de vista dogmático, o vínculo perdido entre o direito material e o processo. A negação de sua existência dificultaria a compreensão do ponto de encontro entre os dois planos, acarretando inexorável prejuízo para o intuito de reposicionar o processo no devido lugar de instrumento de tutela dos direitos⁵³.

2.2 O CARÁTER MERAMENTE DECLARATÓRIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL E A AUSÊNCIA DE “IMPERIUM” DO JUIZ

A natureza eminentemente declaratória da função jurisdicional revela-se prejudicial à efetividade processual.

Esse problema passa pela confusão entre a imparcialidade e a neutralidade do juiz, que na verdade é um problema falso, pois o que pode e deve importar é a imparcialidade do juiz. Na verdade, essa confusão possui desdobramentos bastante negativos, uma vez que possui intenção de afastar do Poder Judiciário algo que é fundamental para a aplicação da justiça ao caso concreto. Nem o juiz nem o processo podem ser neutros.

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. Tutela Inibitória. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília, v. 41, p. 40/43, 2000c, p. 387

⁵³ MACHADO, Fábio Cardoso. Sobre o escopo jurídico do processo: o problema da tutela dos direitos, **Genesis – Revista de Direito Processual Civil**, v. 32. pp. 256-265

Ovídio, tratando dessa visão “exacerbadamente privada da ordem jurídica, especialmente do processo civil, para qual a neutralidade do Estado-juiz é um dogma”, pôs em franca relação a idéia que se fazia da imparcialidade do juiz, como reflexo de uma jurisdição e de um processo desinteressados pela sorte das partes:

A concepção que costumamos fazer da imparcialidade do juiz tem direta relação com a imagem do magistrado do Processo de Conhecimento, que pressupõe um julgador ainda perplexo e indeciso quanto à sorte dos litigantes. É a figura de um magistrado a presidir uma pugna privada, cujo resultado é-lhe, por definição, inteiramente indiferente; o qual, tendo proclamado existente e digno de proteção o direito invocado pelo autor, mesmo assim cruza os braços, sem nada fazer, à espera da provocação do autor vitorioso que, em nova demanda, mais uma vez invoque a proteção do Estado⁵⁴.

Essa inércia e impotência que se esperam dos juízes guardam também forte relação com a crença folclórica na estreita submissão do Judiciário à “vontade da lei”⁵⁵. O juiz da tradição romano-canônica é relegado a um *status* inferior, como se fosse o operador de uma máquina desenhada e construída pela doutrina e pelo legislador.

O processo precisa se pautar pelas formas rigidamente previstas, e o juiz não pode ir além de conduzir seus atos conforme tais previsões, à medida que as partes o instiguem a tanto. Em relação à possibilidade de emitir ordens, nega-se o poder aos juízes porque desta forma entrar-se-ia em aberta contradição com o pressuposto de que ao Judiciário compete apenas declarar o direito.

⁵⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **O Processo Civil e sua recente reforma. Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2001c., p. 189

⁵⁵ Como analisa Ovídio Baptista em outra passagem: “...os juízes continuam sendo a “boca da lei”, como desejava o aristocrático Montesquieu, e de que o processo seria um milagroso instrumento capaz de descobrir a “vontade da lei” (Chiovenda). Vontade esta que, ao que se supõe, somente será revelada na última decisão da última instância. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e Ideologia. Revista de Processo**, v. 110, p. 19/36, 2003. p. 34.)

Conforme Ovídio A. Baptista da Silva, o “processo de conhecimento”, na verdade processo apenas “declaratório”, vocacionado para demandas plenárias, é o instrumento dessa ideologia. É por meio do “processo de conhecimento”, por natureza ordinário, que o sistema retira do magistrado o poder de império de que se valia o pretor romano, ao conceder a tutela interdital. E também é por meio dele que o sistema pretende assegurar a neutralidade, ou melhor, a passividade do juiz durante o inteiro curso da causa, para somente depois de haver descoberto a “vontade da lei” (Chiovenda), autorizar-lhe o julgamento, produzindo o sonhado juízo de certeza na inocente ilusão de que a norma jurídica possua univocidade de sentido⁵⁶.

Sendo o Direito uma ciência da compreensão, e não uma ciência explicativa, e a lide um pedaço da história humana, a mesma tem de ser compreendida como uma expressão da cultura que a produziu. E o juiz, ao contrário do que desejava Chiovenda, tem, sim, vontade, sendo o ato jurisdicional necessariamente discricionário⁵⁷.

Essa problemática aponta uma questão crucial, uma vez que precisamos atentar para a necessidade de mudanças por que passa o Judiciário, no sentido de ordenar tarefas ao próprio Estado e aos particulares que insistam em comportamentos capazes de obstruir a realização do programa jurídico. Uma jurisdição reativa e declarativa não se presta a cumprir tal papel, já que se preocupa mais com o passado, em especial com a necessidade de permitir recomposições patrimoniais, e não dispõe de instrumentos capazes de interferir no comportamento vindouro das partes envolvidas.

Sobre tal questão assevera Fábio Cardoso Machado:

⁵⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Op. cit.*, 2003. p. 34

⁵⁷ *Idem*, p. 35

Assim, neutralidade e imparcialidade não podem sobreviver no contexto atual sem passarem por uma reforma de sentido. É importante deixar claro que ambas são componentes importantes da atividade judicial, mas devem hoje adquirir novos matizes: o Judiciário e os juristas devem ter a preocupação de evitar violações ao direito, em especial aos direitos sociais, difusos e coletivos, garantindo efetivamente o respeito e a conformação da atividade de todos à ordem jurídica vigente; devem empreender esforços para dedicar a cada caso, considerado em seus aspectos particulares, a mais célere e adequada tutela jurisdicional possível⁵⁸.

A redução dos problemas jurídicos a querelas interindividuais, onde reina o interesse privado, é uma tendência tradicional que ainda condiciona o agir e o pensar dos juristas, em razão da aparente neutralidade da ciência jurídica, construída sobre as premissas do cientificismo, da sistematicidade, do conceitualismo, da abstração, e também do formalismo e dogmatismo. Além disso, os tradicionais instrumentos técnicos, dificultam o abandono de um modelo de jurisdição altamente privatista e burocratizado⁵⁹.

Ao mesmo tempo, a realidade vai relegando o Judiciário e os juristas, já que, enquanto as esferas estatais administrativas e legislativas ocuparam seu espaço e agigantaram-se, o Judiciário permanece mínimo, sem dispor de instrumentos adequados e eficazes para fazer face aos outros poderes e restaurar o equilíbrio entre todos.

A deficiência legislativa resulta no esvaziamento da eficácia da própria lei, mais os juristas continuam, sem consciência, buscando vontades claras e unívocas onde agora é muito rarefeito, ambíguo e contraditório⁶⁰.

⁵⁸ MACHADO, Fábio Cardoso. *Op. cit.*, p.132

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico, **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. .p. 41

Outra faceta desse problema seria a imposição de princípios que devem ser seguidos para o indivíduo poder se valer da tutela jurisdicional. É lícito à parte para a tutela de seu direito escolher o tipo de tutela jurisdicional que entende mais adequado ao seu interesse, atendidos, é claro, determinados princípios e as peculiaridades do direito material posto em causa. Por exemplo, mesmo tendo ocorrido a (provável) violação do direito, pode a parte valer-se da tutela declaratória, no lugar da condenatória (conforme expressa permissão do art. 4º, parágrafo único, do CPC). Em vez da tutela mandamental, decorrente do (provável) descumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, é lícito ao interessado, desprezando a realização *in natura* do direito, socorrer-se da tutela condenatória⁶¹.

Esses princípios são elementos vinculados à própria tutela jurisdicional, tais como o princípio dispositivo e o da demanda, o princípio da adequação (entre o direito material afirmado e o instrumento que serve a sua realização) e os princípios da segurança e da efetividade.

Sobre o surgimento das tutelas executiva e mandamental e a relação com o princípio da efetividade, discorre Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “O princípio da efetividade impõe a superação de modelos ultrapassados de tutela jurisdicional para certas situações lesivas ao direito material, em prol de mais eficaz e rápida realização do direito material”⁶².

Dentre esses princípios, nos interessa analisar o da demanda, por impor adstrição ao pedido do autor, vedando ao juiz a prolação de sentença, a favor do autor, de natureza diversa, assim como a condenação do demandado, em quantidade superior ou em objeto diverso do

⁶¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. **Revista Gênese: Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba, v. 34, p. 665/689, 2004, p.678

⁶² *Ibidem*.

que lhe foi demandado (arts. 128 e 460 do CPC), salvo exceções expressamente estabelecidas em lei, a exemplo do disposto no art. 461, *caput*, do CPC (tutela específica ou resultado prático equivalente). De tal sorte, se o autor optar pela condenação do demandado, não poderá o juiz conceder tutela mandamental.

Diz Ovídio Baptista, com toda a propriedade, que “somente por meio das sentenças mandamentais seria possível reduzir o caráter privatístico da nossa jurisdição”⁶³. E que, ademais, a recuperação das tutelas executiva e mandamental rompe com uma forma de jurisdição na qual o juiz aparece como órgão de um “poder nulo e invisível”, para então aparecer como sujeito que participa, responsavelmente, da criação jurisprudencial do direito⁶⁴.

Diante do exposto, percebe-se que o caráter meramente declaratório da função jurisdicional e a ausência de império do juiz são problemas que se constituem em verdadeiro entrave a uma prestação jurisdicional efetiva e célere. Isso porque representam um modelo já defasado e o resultado de um cientificismo, dogmatismo e burocratização exacerbados que, de alguma forma, contribuíram para o engessamento e para o excessivo rigorismo formal da ciência processual, que tantos prejuízos acarretam para uma justiça mais eficaz.

Já é tempo do Judiciário assumir abertamente a responsabilidade que tem no processo de produção e reprodução do direito, inclusive do Direito Processual Civil. A partir daí, deve manifestar a autoridade inerente à função judicante (que não pode ser confundido com o arbítrio) em cada um dos momentos nos quais se desdobra a atividade jurisdicional. O enfrentamento destes desafios certamente contribuirá para que a jurisdição contemporânea supere a impotência resultante da excessiva rigidez procedimental dos trâmites judiciais.

⁶³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Op. cit.* 2001c., p. 193

⁶⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Op. cit.* 1997, p. 214

Espera-se também que, paulatinamente, ocorra o abandono de um modelo já defasado diante das exigências do mundo atual, e cujas novas configurações do Estado e do próprio ordenamento liminarmente rejeitam⁶⁵.

Diante de tais problemas e entraves apontados durante este ítem, entende-se que a rigidez procedimental desenvolvida e implantada no campo processual, bem como a conseqüente burocratização da atividade judiciária, na intenção de padronizá-la, acabam por suplantar e impedir a promoção de uma adequação casuística das formas de tutela. Por isso, a superação da sentença condenatória, mecanismo rígido e necessário para a execução obrigacional, merece ser analisada e considerada como uma possível maneira de se minimizar o problema da inefetividade da prestação jurisdicional.

2.3 O SISTEMA RECURSAL E A ESTAGNAÇÃO DA CONCEPÇÃO IDEOLÓGICA

Analisando as instituições processuais, sobretudo no campo recursal, percebemos que as mesmas possuem um “modo de pensamento” anacrônico, que é resultado de uma estagnação da concepção ideológica. Fato este que justifica um sistema recursal “escandaloso” e, até mesmo, lesivo ao bom andamento processual, por promover o descrédito ao juiz de primeira instância e por possibilitar procrastinações desnecessárias e prejudiciais ao processo.

Sobre essa questão, disserta o professor Ovídio Baptista com singular sabedoria:

⁶⁵ MACHADO, Fábio Cardoso. *Op. cit.*, p.134/135

Nosso sistema recursal se tornou um escândalo, porque não pudemos livrar-nos do preconceito dos revolucionários franceses contra a magistratura. Supomos - por isso que o processo congelou-se no tempo-, que os juízes não são confiáveis, de modo que, existindo processo, terá de haver recurso contra os julgados, quaisquer que eles sejam, porque, em princípio, consideramo-nos sucumbentes. É a ética do perdedor. No fundo, é a expressão acabada da ética liberal que, tendo separado o Estado da sociedade civil, como duas entidades em conflito de interesses, supõe que os juízes, enquanto representantes do Poder, haverão de ser, organicamente, inimigos da sociedade, pensada por meio de indivíduos isolados. Como se vê, é inocultável o componente ideológico inerente à ética do liberalismo⁶⁶.

A busca incessante pela “vontade do legislador” acabou estagnando o sistema recursal, uma vez que desacreditou na jurisdição de primeiro grau crivando-a de recursos. No contexto atual, seria difícil pensar em uma transformação do sistema recursal, pois nossas circunstâncias culturais são outras e, em muitos sentidos, opostas às aquelas do século XVIII no auge da Revolução Francesa⁶⁷.

Embora a história tenha evoluído e as condições sociais e culturais serem muito diversas daquelas do século XVIII, os fundamentos que norteiam nossa prática judiciária, e a própria doutrina, conservam-se inalterados. Ainda hoje cultivamos um sistema processual que fora compatível com as sociedades estáticas, predominantemente agrícolas, para as quais fora concebido a “jurisprudência dos conceitos” produto da “Escola da Exegese” do século XIX europeu, sem atentar para a circunstância de estarmos a viver, em sua aterradora plenitude, a experiência inédita de uma sociedade caracterizada pelo extremo dinamismo de suas profundas transformações, que o direito terá inexoravelmente de acompanhar⁶⁸.

Com o fito de ser um dispositivo de segurança, os recursos foram levados ao exagero e, portanto, é oportuno indagar a conveniência da manutenção de um sistema de idéias tão

⁶⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Op. cit.*, 2003. p. 35

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ “*Il giudice e l' adeguamento Del diritto allà realtà storico-sociale*”. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Milão: Giuffrè, 1972, p. 900 apud BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Op. cit.*, 2003. p. 35

rico em impugnações e até onde esta proposta ideológica contribui para a almejada efetividade do processo.

O procedimento recursal com suas múltiplas formas, de um lado, garante o exercício constitucional da ampla defesa e, de outro, nada contribui para a célere e efetiva prestação jurisdicional, embora as revisões do Código de Processo Civil venham tentando atenuar este grave problema, sem sucesso.

Tudo isso decorre, em grande parte, da clara opção feita pelo legislador anterior ao instituir um sistema processual voltado primordialmente para os direitos do réu, esquecendo que a realidade demonstra exatamente que, na maioria das vezes, os autores têm razão ao demandarem. Essa circunstância demonstra extrema de dúvidas que os autores, em regra, sustentam direitos que efetivamente lhes caiba sustentar⁶⁹.

Nesse diapasão, entende Sérgio Gilberto Porto:

Não obstante tal situação, por razões pouco esclarecidas em doutrina e que subjazem às normas, o processo civil brasileiro sempre esteve com os olhos voltados para o réu, mais parecendo que foi criado para assegurar um inesgotável direito de defesa do que assegurar a justa composição da lide, com absoluto equilíbrio entre os figurantes de uma relação jurídica processual⁷⁰.

Ainda a esse respeito e com clareza invulgar destaca o ilustre Professor Ovídio Baptista:

⁶⁹ Nesse sentido, ver as sempre oportunas lições de OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA, in Tutela antecipatória e Juízos de Verossimilhança, O Processo Civil Contemporâneo, 1994, Juruá, Curitiba, p. 124 e ss.

⁷⁰ PORTO, Sérgio Gilberto. Recursos: reforma e ideologia. **Gênesis: Revista de Direito Processual Civil**. v.2. p. 399

A suprema sabedoria do legislador de processo está em saber distribuir, com equidade e equilibradamente esse custo, de modo a não onerar exclusivamente um dos litigantes, em benefício de seu adversário. Ora, este irremediável desequilíbrio, na distribuição do custo processual, é uma característica congênita do Processo de Conhecimento – enquanto procedimento conceitualmente ordinário⁷¹.

O custo processual preceituado pelo mestre corresponde ao elemento temporal na relação processo e tempo. O sistema recursal tal como concebido contribui negativamente para o custo, por ser rico em hipóteses e alternativas recursais. Desta forma, colabora decisivamente para a morosidade e esta, por sua vez, importa na ausência de efetividade.

O mais destacado exemplo do ônus do custo processual está na adoção do procedimento ordinário, do qual, faz parte todo o sistema recursal, procedimento ordinário este que, todavia, sofreu profundo golpe com a edição do art. 273, do CPC, através da edição da lei n° 8.952/94 e que pode ser considerado o atestado de óbito da ordinariedade, eis que esta em sua gênese não convive com a tutela antecipatória e com a verossimilhança, como iremos estudar mais detalhadamente no próximo capítulo.

Apesar de tal medida, o sistema recursal brasileiro, por ser órgão do procedimento ordinário, estava e persiste na contramão da efetividade, pois não foi reestruturado sob o ponto de vista conceitual e, mais uma vez, pela inércia, foi ratificada a proposta ideológica anterior⁷².

É necessário que se perceba que a reforma, como um todo, já atenuou certas mazelas e deu início à terceira onda processual, onde ocupa posição de destaque a valorização da

⁷¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo, *Op. cit.* 1994.p.124

⁷² PORTO, Sérgio Gilberto. *Op. cit.* p. 400

verossimilhança, abandonando-se a pseudocerteza que se exigia presente para a decisão jurisdicional. Esse fato se materializou com a edição do artigo 273 que permite a concessão de liminar em número aberto de hipóteses.

Entretanto, tal avanço não repercutiu na matéria recursal, na medida em que as bases ideológicas não foram tocadas, com a mesma intensidade com que foram os do processo de conhecimento ordinarizado, através da adoção da tutela antecipatória, a qual representa uma opção em favor da verossimilhança como suporte apto e qualificado às decisões.

Todavia, é de lamentar que a revisão do CPC, muito embora não tivesse o escopo de enfrentar questões mais pesadas e amplas, não tenha dado o passo decisivo através da mudança da concepção ideológica do processo e, muito especialmente no tocante à hipervalorização que tem se dado ao instituto da ampla defesa em tema recursal. Já era tempo de lembrar também direitos do autor (obviamente que sem esquecer os do réu) assim como também já era hora de temperar a proteção jurídica oferecida ao demandado através do amplo e sempre conveniente espectro recursal oferecido⁷³. Contudo sobre ele não quis agir com mais energia o legislador e, assim, em que pese o avanço, lamentavelmente – por timidez- não conseguirá outorgar ao processo a efetividade reclamada pelos tempos em que vivemos⁷⁴.

O legislador, ao não enfrentar o excesso de instâncias recursais com a severidade adequada e proporcional aos reclamos sociais, por certo, não pôs e não porá a termo “o coro universal das lamentações acerca da excessiva complexidade e duração dos processos”, pois, sem sombra de qualquer dúvida, o alentado número de recursos postos à disposição dos

⁷³ PORTO, Sérgio Gilberto. *Op. cit.* p. 400

⁷⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. O processo civil brasileiro: uma apresentação. **Temas de Direito Processual** – quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994.p. 27

litigantes, somado a sempre parcimoniosa aplicação da sanção de litigância temerária, contribui expressivamente para a ausência da efetividade reclamada pelo senso comum⁷⁵.

Na intenção de discutir alternativas e sugestões para tal problema, discorre Sérgio Gilberto Porto:

Talvez, com o fito de conferir maior celeridade ao descongestionamento da demanda, pudesse o legislador ter vedado “recursos regimentais”, afastado infringências, derogado juízos delegados, suprimidos os reexames necessários, revogados os prazos beneficiados, afastado expressamente as fungibilidades admitidas, valorizado o dever de veracidade da parte para com o juízo e agravado a concepção de litigância temerária, incorporando ao sistema o comportamento processual da parte como antecedente de conhecimento do recurso, revisado com energia o conceito de duplo grau de jurisdição e, enfim, mais diretamente, combatido o lamentável costume de deduzir recursos com a finalidade de protrair no tempo o cumprimento de certa decisão. Este sim o hábito pernicioso com o qual se tem convivido e que contra ele, no capítulo recursal, pouco fez a revisão, muito embora antiga advertência de BUZAID denunciasse que o sistema se constituía em “arma poderosa de procrastinação dos feitos”⁷⁶.

O discurso processual, na questão dos recursos, em sua essência ideológica persiste e resultou intocado, em face da parca revisão e parece difícil vislumbrar de que maneira o consumidor final dos serviços judiciários possa efetivamente ser beneficiado com a revisão empreendida, eis que mantida a cobertura legal às inconformidades pleonásticas e, até mesmo, protelatórias.

Do exposto neste tópico, percebeu-se que os recursos, concebidos originariamente como dispositivo de segurança, tendente a garantir a ampla defesa e o contraditório, foram

⁷⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. *Op. cit.*, 1994.p. 29

⁷⁶ PORTO, Sérgio Gilberto. *Op. cit.* p. 400

criados em exagero, determinando a incerteza jurídica. A consequência disso foi a inevitável descrença nos magistrados de primeiro grau e a perda de suas legitimidades, uma vez que se estabeleceu a idéia de que as decisões de primeira instância não são perfeitas e acabadas e que possuem grande probabilidade de conterem falhas, prescindindo de revisão.

Na verdade, criou-se um círculo vicioso, onde os recursos são necessários porque os juízes não são confiáveis, ao passo que foram exatamente os recursos que retiraram qualquer legitimidade e poder dos juízes⁷⁷. Esse círculo vicioso se mostra em uma grande barreira à superação dessa sistemática desenvolvida, uma vez que fomenta essa situação inadequada.

Os próprios juízes têm a consciência de que suas determinações não serão imperiosas ou definitivas, pois para quase todas há a possibilidade de recurso. O exemplo disso é o agravo de instrumento e a amplitude com que pode ser admitido, pois todas as decisões interlocutórias podem ser atacadas por tal instituto recursal.

Esse fato se constitui em um grave problema, pois, como se sabe, no curso do processo de conhecimento é grande a incidência de decisões interlocutórias, que, invariavelmente são objeto de agravo de instrumento. Ora, que sentimento pode ter o juiz que se sente irremediavelmente desacreditado? Que tem a consciência de que toda e qualquer deliberação sua poderá ser questionada ou atacada em sede de recurso? O próprio magistrado julga com o inevitável pensamento de que não lhe é conferida a credibilidade e o respeito devido. Logo, ele mesmo acaba sendo parte integrante desse círculo vicioso que se estabeleceu, sem qualquer condição para alterá-lo.

⁷⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Op. cit.*, 2003. p. 36

Dessa forma, essa seção teve a intenção de apresentar este problema e identifica-lo como grande óbice à efetividade processual. Não obstante a concepção ideológica do atual sistema recursal mostrar-se estagnada e não expressar a realidade atual e, conseqüentemente, não atender às necessidades sociais, não se pode concluir pela impossibilidade de mudança de tais institutos. Pois, como explicitaremos no tópico 3.3 deste trabalho, algumas medidas e propostas vêm sendo discutidas e implantadas nesse sentido.

Dentre essas possíveis alternativas de mudanças, deve-se atentar, especialmente, para as que atacam a regra da suspensividade do recurso de Apelação operante na legislação processual vigente, por obstar a execução provisória da sentença de primeiro grau, mecanismo investido de grande efetividade, assim como os flexíveis critérios de admissibilidade dos recursos extraordinário e a já referida amplitude com que se é admitido o agravo de instrumento. Os possíveis remédios para tais problemáticas serão tratados em capítulo próprio e específico (3.3).

3 AS MEDIDAS PROPOSTAS PARA REMEDIAR OS ÓBICES À EFETIVIDADE E À CELERIDADE DO PROCESSO CIVIL

3.1 A SEGURANÇA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Na complexidade da vida contemporânea, em um mundo interligado e interdependente em função do processo de globalização, não havia mais justificativa para a pernicioso lentidão da justiça, que falhava exatamente na mesma medida em que retardava a solução dos conflitos de interesses.

A essa realidade e à dinâmica da vida moderna não poderia mais o legislador processual manter-se inerte e indiferente tanto mais que já dotara o Judiciário, com a sucessão de leis editadas para regular os conflitos acerca dos direitos difusos, metaindividuais e coletivos, de instrumentos eficazes a reparar ou a evitar o dano. Era o caso das medidas liminares na ação civil pública (Lei nº 7.347, de 24.07.85) ou nas ações coletivas previstas no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 1990), entre outras.

Certamente, intuiu o legislador a necessidade de, nos tempos atuais, buscar uma maior aproximação entre a justiça e a população, na linha da efetividade do processo.

Diante de tal quadro, necessitando cada vez mais de respostas céleres às diversas tutelas de direitos, o legislador pátrio utilizou-se, entre outras, da técnica de cognição sumária

para viabilizar, mesmo que de forma provisória, a tutela de alguns direitos, contentando-se em algumas situações com a verossimilhança e não só com a certeza⁷⁸.

Surge, portanto, um claro esforço em se balancearem os fatores “tempo” e “segurança”, num sistema que deve levar em conta pesos e contrapesos para o deferimento da tutela.

Tal esforço no sentido de se conseguir a prestação de uma tutela jurisdicional mais célere, abrindo mão, por vezes, da “certeza jurídica”, deve encontrar seus limites na aplicação do princípio da proporcionalidade, que se liga umbilicalmente ao princípio da razoabilidade, mormente quando tal tutela é antecipada e está centrada, como é cediço, numa cognição sumária.

Dessa forma, é necessário sopesar, no caso concreto, se o direito (ou suposto direito) merece proteção imediata. Se for afirmativa a resposta, passa-se a invadir a esfera jurídica da outra parte, mesmo sem um pronunciamento judicial definitivo e somente se isso for possível sem causar um prejuízo e desmedido. De se notar, ainda, que tal antecipação deve ser feita da forma menos violenta possível, buscando-se a tutela específica ou o resultado prático equivalente pretendido com o menor prejuízo possível à outra parte⁷⁹.

Mostra-se clara, portanto, a importância da antecipação de tutela para atender às diversas tutelas de direito. Trata-se de instituto que, preocupado com a efetividade, para

⁷⁸ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Execução e Antecipação de Tutela: Princípios comuns e sua aplicação visando a efetividade do processo. In: SHIMURA, Sérgio; ARRUDA ALVIM, Teresa (coord). **Processo de Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 538

⁷⁹ Idem, p. 539

algumas situações específicas, dividiu o ônus do tempo no processo, evitando que ele recaia unicamente sobre as costas do autor. Isso porque, antecipando-se a tutela, o tempo deixa de ser um fator de desigualdade nas demandas judiciais, eis que adianta ao autor aquilo que somente seria obtido após muito tempo (por muitas vezes, num tempo muito maior do que o autor poderia suportar).

O instituto da antecipação de tutela também se mostrava fundamental no sentido de se atenuar a lentidão da Justiça, sua principal fonte de desprestígio, e de se evitar a violação do princípio da igualdade, pois uma das partes da relação processual, o autor, acabava em posição de inferioridade perante o réu, já que o tempo que demandava a composição da lide, somente e sempre àquele onerava⁸⁰.

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni advertiu:

O tempo não pode servir de empecilho à realização do direito. Ora, se o Estado proibiu a autotutela, adquiriu o poder e dever de tutelar de forma efetiva todas as situações conflitivas concretas. O cidadão comum, assim, tem o direito à tutela hábil à realização de seu direito, e não somente um direito abstrato de ação. Em outras palavras, tem o direito à adequada tutela jurisdicional⁸¹.

A esse respeito, também asseverou Donaldo Armelin sobre a efetividade do processo:

⁸⁰ FADEL, Sergio Sahione. **Antecipação de tutela no processo civil**. 2.ed. São Paulo: Dialética, 2002.p. 11

⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil*. p. 15

Essa permanente necessidade de adaptação da tutela jurisdicional e de seus instrumentos à sua finalidade vê-se, no presente, exacerbada pela constância e crescimento do indesejável fenômeno da demora na prestação jurisdicional, o qual, embora não adstrito apenas ao nosso país, repercute negativamente na efetividade de tal prestação, impondo a adoção de várias medidas direcionadas à sua atenuação, em sendo impossível a sua irradicação⁸².

O decorrer do tempo tem sido apontado como inimigo do processo. Diante desse fato, têm sido buscados mecanismos capazes de minimizar os efeitos negativos que a morosidade processual acarreta para a sociedade e para a consumação da justiça⁸³.

As reformas do CPC vêm laborando nesse sentido e a segunda fase de reformas coincide com aquelas concentradas em 1994, não criando mecanismos novos, mas procurando aperfeiçoar os já existentes. Aqui, então, há referência, da mesma exposição, à efetividade do processo, exigência “mais urgente de uma sociedade com pressa”, de que resultaram alterações importantes no CPC, destacando-se, por sua importância, entre outras, a que ampliou o elenco dos títulos executivos extrajudiciais (Lei n° 8.953, de 13.12.94), a que reformulou o recurso de agravo (Lei n° 9.139, de 30.11.95) e a que universalizou o instituto da antecipação da tutela (Lei n° 8.952, de 13.12.94)⁸⁴.

O art. 273 do CPC fez triunfar a tese de que a tutela sumária satisfativa nada tem que ver com a tutela cautelar. Ele consagra a necessidade da antecipação da realização dos direitos nos casos de receio de dano e de abuso do direito de defesa. Como diz Dinamarco, “não se trata de obter medida que impeça o perecimento do direito, ou que assegure ao titular a

⁸² ARMELIN, Donaldo. O processo de execução e a Reforma Do Código de Processo Civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. pp. 103/104

⁸³ CARNEIRO, Athos Gusmão; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do CPC: 0 12º Anteprojeto**. Disponível em: <www.campus.fortunecity.com>. Acesso em: 12 jan 2005. pp. 1/3

⁸⁴ CRUZ, José Raimundo Gomes da. A antecipação de tutela e o prosseguimento da reforma do Código de Processo Civil. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 368, p. 91/118, 2003, p.93

possibilidade de exercê-lo no futuro. A medida antecipatória conceder-lhe-á o exercício do próprio direito afirmado pelo autor”⁸⁵.

A tutela antecipatória não tem por fim assegurar o resultado útil do processo, já que o único resultado útil que se espera do processo ocorre exatamente no momento em que a tutela antecipatória é prestada. O “resultado útil do processo” somente pode ser o “bem da vida” que é devido ao autor, e não a sentença acobertada pela coisa julgada material, que é própria da “ação principal”. Porém, a tutela antecipatória sempre foi prestada sob o manto da tutela cautelar. Mas é, na verdade, uma espécie de tutela jurisdicional diferenciada⁸⁶.

Muitas das liminares concretizam execução antecipada, ou execução urgente, embora prestadas sob o nome de cautelares. As decisões que concedem estas liminares apreciam, mediante cognição sumária, a lide que deve ser julgada na sentença de cognição exauriente. Ou seja, é possível execução provisória, através de liminar, mediante cognição sumária da lide. Ora, se se deve admitir a possibilidade da concessão de liminar antecipatória no procedimento comum, obviamente teria que se aceitar, pena de evidente contradição, a execução provisória da sentença de cognição exauriente contra o *periculum in mora*⁸⁷.

Quanto aos requisitos da concessão da tutela antecipada, importa destacar que não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. Entretanto, o perigo de irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento não pode constituir impedimento ao deferimento da tutela urgente. Em se tratando de tutela

⁸⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Nasce um novo processo civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. Efetividade do Processo e Tutela Antecipatória. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 168, p. 56/60, 1993.p. 57

⁸⁷ Idem, p.58

antecipatória urgente, deve ser possível o sacrifício, ainda que de forma irreversível, de um direito que pareça improvável em benefício de outro que pareça provável.

Em resumo, se não há outro modo para evitar um prejuízo irreparável a um direito que se apresenta como provável, deve-se admitir que o juiz possa provocar um prejuízo irreparável ao direito que lhe parece improvável. Nestes casos, deve ocorrer a ponderação dos bens jurídicos em jogo, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, pois quanto maior for o valor jurídico do bem a ser sacrificado, tanto maior deverá ser a probabilidade da existência do direito que justificará o seu sacrifício.

O risco de decisões arbitrárias estabeleceu ao juiz o dever de indicar, na decisão que antecipar a tutela, “de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento”⁸⁸. Deverá, pois, o juiz precisar as razões pelas quais entende existir, ou não, *fumus boni iuris e periculum in mora*. Quando houver o perigo de irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento a decisão deverá explicar a razão pela qual ocorreu a opção (ou não) pela realização antecipada do direito⁸⁹.

Na verdade, o princípio da motivação assume grande importância no juízo sumário, apresentando-se como mecanismo impeditivo do arbítrio jurisdicional e, por consequência, como elemento possibilitador de uma maior efetividade do processo⁹⁰.

Também se aconselha distinguir, com segurança, a tutela antecipatória do procedimento monitório, outro instituto introduzido na recente reforma do CPC:

⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. *Op. cit.*, 1993.p. 58

⁸⁹ Idem, p.59

⁹⁰ ibidem.

Este não se confunde com a antecipação dos efeitos de eventual e futura sentença de procedência da ação... Nesta, o procedimento, após a liminar, é normal, dependendo esta de confirmação por sentença que necessariamente advirá. No procedimento monitório, a defesa implica a supressão da eficácia antecipatória e a ausência dessa defesa a transformação do provimento inicial em título executivo. Assim, embora ambas técnicas confluam para o mesmo resultado, são inconfundíveis⁹¹.

De acordo com o explanado a respeito da antecipação de tutela, percebe-se que a mesma, ao exercer cognição sumária, promove uma quebra no procedimento comum de rito ordinário, que devido à sua morosidade, contribui para a inefetividade do processo. Assim, a tutela antecipada representa uma forma alternativa de tutela capaz de realizar a adequação casuística das diversas ações de direito material. Isso quer dizer que, nessa medida, ela responde ao problema da defasagem de correspondência entre as ações de direito material e as formas disponíveis de tutela, pois, considerando o caso concreto e analisando o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, ela antecipa a satisfação que ordinariamente se daria após o tempo necessário para a averiguação da existência do direito.

Assim, a antecipação de tutela constitui-se em verdadeira tutela diferenciada, que considera as peculiaridades da pretensão de direito material e, portanto, contribui para a minimização do problema da morosidade estabelecida pela ordinariiedade e da padronização das formas de tutela. Além disso, ela também atenua o problema do excessivo tempo gasto para a prestação definitiva da tutela jurisdicional, fator negativo que estabelece desigualdade entre as partes e que se revela um grande adversário do ideal de efetividade do processo.

⁹¹ ARMELIN, Donaldo. *Op. cit.*, p.53 *apud*. CRUZ, José Raimundo Gomes da. *Op. cit.*, p.93

3.2 O PODER EXECUTIVO DO JUIZ NO CURSO DO PROCESSO DE CONHECIMENTO

A doutrina processual civil, preocupada com a efetividade do processo e da jurisdição, tem dirigido críticas severas ao modelo brasileiro de tutela executiva dos direitos. De um modo geral, as críticas se voltam contra o próprio processo de execução, cuja autonomia, assentada no binômio condenação/execução, não é apta a atingir, de forma adequada, os escopos da atividade jurisdicional, nessa seara.

Fala-se, assim, em rever ou mesmo “desestruturar” o processo de execução; fala-se também em acabar com a supramencionada autonomia do processo de execução para se adotar, pura e simplesmente, uma fase executiva. Propõe-se, dessa forma, a adoção generalizada das chamadas tutelas “executiva lato sensu” e “mandamental”, embora essas duas, elas próprias, ainda reclamem um maior e mais apurado desenvolvimento conceitual.

Nesse particular, tem conotação de lugar-comum a assertiva de que na execução reside o momento da atuação do direito e, quando se frustra a satisfação do credor, não é apenas este quem perde, mas igual e especialmente o Estado.

O Código de Processo Civil brasileiro enriqueceu-se de 1994 para cá com um ferramental digno de nota, de que são exemplos, as disposições normativas dos art. 273 (já tratado neste estudo) e 461, estabelecidas pela Lei 8.952, em 13.12.94.

Os efeitos da tutela geral de direitos que poderiam ser antecipados pelo juiz a pedido da parte, consoante o estatuído no art. 273, também passaram a ser concedidos liminarmente em ações que têm por objeto o cumprimento de obrigações de fazer e de não-fazer, em casos de serem relevantes os fundamentos da demanda e houver justificado receio de ineficácia do provimento final, conforme expresso no art. 461 e seu § 3º.

A nova redação dada pela Lei 10.444, de 07.05.2002, aos artigos comentados, inclusive acrescentando um suplementar (art. 461-A), ao anterior, em que estende a concessão de tutela específica, com possibilidade de tutela liminar, às ações de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, indiscutivelmente passou a fornecer melhores instrumentos à efetividade da jurisdição prometida pelo Estado⁹².

Essas e outras disposições objetivam a efetividade do processo, como também as que determinam como deveres das partes e de todos os que de qualquer forma participam do processo o cumprimento exato dos provimentos mandamentais, sem embaraço à efetivação de decisões jurisdicionais, de natureza antecipatória ou final, conforme agora positivado no art. 14 pela Lei 10.358, de 27.12.2001⁹³.

Contudo se tratará, neste trabalho, particularmente, da exegese da multa diária, de que hoje dispõe o juiz, como instrumento à efetivação da tutela antecipada e concessão da específica, em prol da satisfação das partes, sem dúvida, mas também em obediência aos comandos judiciais.

⁹² SÁ, Fernando. Astreinte e Contemp of Court: eficácia e efetividade (estudo de um caso). **Revista de Processo**, v. 115.p. 209

⁹³ *Ibidem*.

A multa diária, em nosso ordenamento jurídico, apresenta elementos das *astreintes*, oriundas do direito francês, e o *contempt of court*, dos anglo-saxões.

As *astreintes*, ou multa diária, têm por objetivo coagir o devedor a satisfazer, com maior exatidão possível, a prestação de uma obrigação, fixada em decisão judicial ou em título extrajudicial. Por isso que a doutrina considera que a multa diária é medida coativa (ou coercitiva e não reparatória ou compensatória⁹⁴) e tem características patrimonial e psicológica. É a combinação de dinheiro e tempo.

Nesse desiderato, Barbosa Moreira ensina que:

A ordem judicial de que o réu omita (ou cesse) a atividade ilícita, a fim de ter eficiência prática, precisa ser assistida da cominação de sanção (ou sanções) para o caso de descumprimento. A vontade do réu é solicitada à ação pelo benefício que ele espera conseguir; torna-se um contra-estímulo, que o induza à abstenção. O contra-estímulo há de consistir na ameaça de uma consequência desvantajosa, e será suficientemente forte, em princípio, na medida em que a desvantagem possa exceder o benefício visado. A renúncia a este, vista naturalmente pelo réu como um mal, resultará então do desejo de evitar um mal maior⁹⁵.

A multa diária não é pena para sancionar o devedor pelo fato de não haver cumprido a obrigação. Também não tem natureza de ressarcimento dos danos. É meio de coação, de simples ameaça, que tem por escopo constranger o devedor a cumprir a ordem judicial, com finalidade de obter o resultado ideal.

⁹⁴ Nesse sentido: WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Ministro Sálvio de Figueiredo. (Coord). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.p. 256

⁹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. **A tutela específica do credor nas obrigações negativas**. In: Temas de Direito Processual – segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980.p. 38

Deve-se registrar, ainda, que a multa não tem a mesma natureza da obrigação a ser prestada nem se identifica com as perdas e danos que possuem valor determinado, exato e definitivo. Não se determina valor limitado. Tanto assim, que o juiz poderá, a pedido da parte ou de ofício, modificar o seu valor, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessivo. A multa pode ultrapassar o valor da obrigação ou as perdas e danos⁹⁶.

Tira-se do exposto um corolário imediato. Quando a multa, apesar de aplicada, não resultar no cumprimento da obrigação, ela deve aderir ao valor das perdas e danos. Vale dizer: se o réu não obedece a decisão judicial, são devidos o valor da multa mais o valor das perdas e danos⁹⁷.

Embora a multa não tenha valor predeterminado ou definido, ela deve guardar certa proporção com a obrigação inadimplida, que lhe permita desempenhar o papel da coercibilidade, em consonância com os critérios de suficiência e compatibilidade.

O § 4º do art. 461 do CPC abre a possibilidade de o juiz impor *ex officio* a multa diária. Isso porque promove a efetividade da decisão judicial, dando caráter coercitivo e moralizador, seja ela determinada em sentença ou decisão antecipatória dos efeitos da tutela.

A imposição da multa diária não acarreta enriquecimento sem causa, ainda que fixada em valor superior ao da obrigação, desde que justificado seu caráter coercitivo, visando impor ao devedor o cumprimento da decisão judicial.

⁹⁶ CARVALHO, Fabiano. Execução da Multa (Astreintes) prevista no art. 461 do CPC. **Revista de Processo**, v. 114, p. 208/222, 2004, p. 210

⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. *Op. cit.* 2001, p. 191

A multa incide a partir do momento do descumprimento da ordem judicial. Se a obrigação foi determinada pela sentença, o *dies a quo* se inicia a partir do trânsito em julgado. Sendo a obrigação fixada em decisão interlocutória, a multa incide após o decurso do prazo estabelecido para o cumprimento da ordem judicial.

Quanto à legitimidade, determina-se que está legitimado a cobrar a multa diária o credor da obrigação. Todavia, a doutrina não é pacífica quanto essa questão.

Em vista disso, Luiz Guilherme Marinoni diz que:

A multa diária serve apenas para pressionar o réu a adimplir a ordem do juiz, motivo pelo qual não parece racional a idéia de que ela deva reverter para o patrimônio do autor, como se tivesse algum fim indenizatório ou algo parecido com isso; seu único objetivo é garantir a efetividade da tutela jurisdicional⁹⁸.

Dá se extrai a ilação de que a multa diária deveria ser recolhida aos cofres públicos⁹⁹.

Para a execução da multa diária faz-se necessário o preenchimento dos requisitos da liquidez, certeza e exigibilidade.

Conforme ensina Humberto Theodoro Júnior,

⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. *Op. cit.* 2001, p. 179

⁹⁹ Nesse sentido também é a lição de MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. O processo civil brasileiro: uma apresentação. **Temas de Direito Processual** – quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994.p. 14

a astreinte é uma condenação condicional, a termo, de valor variável. Para exigí-la, pela via da execução forçada, torna-se necessário demonstrar que a obrigação de fazer ou não fazer a que se cominou a pena não foi cumprida pelo devedor, quanto durou o inadimplemento e qual o valor que a multa assumiu¹⁰⁰.

Em relação à multa fixada na sentença, parte da doutrina afirma que “o valor das multas periódicas acumuladas ao longo do tempo só é exigível a partir do trânsito em julgado de preceito mandamental”¹⁰¹.

A conclusão que se chega da leitura da doutrina acima citada é a de que não parece justo tampouco legítimo que o devedor seja constrangido à diminuição patrimonial se, ao final, ele obtiver uma tutela em seu favor, reconhecendo que a obrigação era indevida. Pois “se o processo não pode prejudicar o autor que tem razão, é ilógico imaginar que o processo possa beneficiar o autor que não tem qualquer razão, apenas porque o réu deixou de adimplir uma ordem do Estado-juiz”¹⁰².

Entretanto, parece não haver uma uniformidade doutrinária de entendimento nesse sentido, uma vez que alguns juristas pensam que toda vez que houver cominação de multa diária, com a finalidade de constranger o devedor a satisfazer a obrigação, e esta multa não for exigida desde logo, ou seja, antes do trânsito em julgado, pode-se ter a certeza de que o meio coercitivo empregado será inócuo e o devedor permanecerá inerte, aguardando o resultado final do processo.

¹⁰⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Medida Cautelar. Multa Diária. Exequibilidade. **Revista de Processo**.v. 96, p. 211

¹⁰¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*.p. 239

¹⁰² MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000b, p. 182

O processualista José Roberto dos Santos Bedaque, considerando a possibilidade de imposição de multa pelo descumprimento da tutela antecipada, ensina que “a multa pode ser executada imediatamente, ainda que em curso o processo. Embora inexistente a tutela final, a multa está vinculada ao provimento antecipatório e pode ser exigida desde logo, pois decorre objetivamente do não atendimento ao comando nele contido”¹⁰³.

Barbosa Moreira se manifesta no mesmo sentido ao afirmar que “poderá o exequente, a qualquer tempo, requerer a atualização do cálculo e promover nova execução pelo valor acrescido”¹⁰⁴.

Uma parte muito autorizada da doutrina ainda assinala que, se o réu se omitir, o juiz, verificando que a imposição de multa diária não atingiu seu objetivo, isto é, o devedor continua inadimplente, poderá determinar outras medidas para a efetivação da tutela específica.¹⁰⁵

O verdadeiro argumento que autoriza parte da doutrina entender que as *astreintes* poderiam ser cobradas antes do trânsito em julgado da sentença se fundamenta na idéia de que, do contrário, não se poderia explicar a execução imediata de outras medidas coercitivas enumeradas no art. 461, § 5º, do CPC, tais como busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

¹⁰³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipatória:** tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). São Paulo: Malheiros, 1998, p. 367

¹⁰⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. **O novo processo civil brasileiro**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.p. 220

¹⁰⁵ A doutrina renomada que aponta nesse sentido também adotando o entendimento de que a multa poderá ser cobrada antes do trânsito em julgado: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini (colab.); DINAMARCO, Cândido Rangel (colab.). *Op. cit.* 1997, p. 260

Importa dizer que a outra facção da doutrina referida opta pelo entendimento de que toda vez que a sentença ordenar ao réu o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, sob pena de multa diária, e esta decisão for atacada por meio de apelação que não produza efeito suspensivo, o autor não poderá executar imediatamente as *astreintes* porque a obrigação ainda não é exigida, e, portanto, não houve descumprimento de qualquer comando judicial.

O recurso dotado de efeito suspensivo obsta a produção de efeitos do ato decisório, ocorrendo em verdade um efeito obstativo que impede a atuação imediata da decisão.

Ao contrário, se a apelação não for recebida no efeito suspensivo, significa dizer que a sentença produz efeitos a partir do momento da sua publicação, isto é, a obrigação se torna exigível desde logo. Havendo descumprimento da ordem, é exigível a multa diária (*astreinte*), antes do trânsito em julgado.

Ainda nesse diapasão e em relação à tutela antecipada, Dinamarco afirma que a multa diária (*astreinte*) somente pode ser exigida após o trânsito da decisão “porque enquanto houver incertezas quanto à palavra final do Poder Judiciário sobre a obrigação principal, a própria antecipação poderá ser revogada e, com ela, as *astreintes*”¹⁰⁶.

Todavia, é preciso ter a consciência de que a multa diária não se identifica com o direito material. As *astreintes* têm natureza processual, com a finalidade de forçar o devedor a cumprir decisão judicial que determinou a prestação de uma obrigação. Trata-se da relação entre o Estado-juiz e o devedor.

¹⁰⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, 1996 p. 240

De acordo com o confronto dos diferentes pensamentos acerca da questão, nos parece coerente optar pela idéia de que admitir a cobrança da multa somente após o trânsito em julgado é esvaziar a ordem funcional das *astreintes* e ir na contramão das tendências reformistas, sacramentando a inefetividade da tutela jurisdicional¹⁰⁷.

Se for reconhecido na sentença que a obrigação não deveria ter sido prestada, é caso de responsabilidade objetiva do exequente da multa diária. A responsabilidade do beneficiário da multa diária tem como pressuposto sentença de improcedência que reconhece não ter o demandado o dano causado em função da cobrança da multa diária.

Destarte, reforçou-se o instrumental direcionado à efetividade da tutela jurisdicional *in executivis*, no concernente às obrigações de fazer e não fazer. Estas, pelas suas próprias peculiaridades, mesmo quando versavam obrigações fungíveis, normalmente eram infensas a uma execução específica, que se convolava, no mais das vezes, em mera reparação. Por isso mesmo a inovação a seu respeito é de ser saudada como uma significativa melhoria nesse plano. Restará à jurisprudência aperfeiçoar sua operatividade, eliminando os resquícios remanescentes da pretérita disciplina adotada pelo Código de Processo Civil. Tal será uma árdua tarefa, considerando-se não esclarecer o art. 461 a forma pela qual se efetivarão as medidas ali no seu § 5º preconizadas. O único referencial no Código de Processo Civil a esse respeito é o art. 634, visivelmente inadequado para tanto. O recurso à imposição de multa de escopo coercitivo ou a convalidação de meios de execução em comandos de natureza mandamental são opções viáveis para a espécie¹⁰⁸.

¹⁰⁷ CARVALHO, Fabiano. *Op. cit.* p. 210

¹⁰⁸ ARMELIN, Donaldo. *Op. cit.*, p.686/687

Mas a influência direta do dispositivo nesse art. 461 sobre a execução diz respeito à relativização dos efeitos previstos nos artigos 644 e 645 do Código de Processo Civil à antecipação nele prevista. Atuarão estes últimos dispositivos, no que concerne à imposição de multa, na dependência de não ter sido ela já fixada em virtude de antecipação da tutela ou da sentença prolatada no processo de conhecimento. Ou, ainda, na hipótese de seu *quantum* já fixado tornar-se inadequado, por várias circunstâncias, ao seu escopo meramente coercitivo¹⁰⁹.

Considerando o *contempt of court*, segundo instituto citado neste estudo como meio de imprimir maior efetividade à prestação da tutela jurisdicional, afirma-se que sua origem está associada à idéia de que é inerente à própria existência do Poder Judiciário a utilização dos meios capazes de tornar eficazes as decisões emanadas.

É inconcebível que o Poder Judiciário, destinado à solução de litígios, não tenha o condão de fazer valer os seus julgados. Nenhuma utilidade teriam as decisões, sem cumprimento ou efetividade. Negar instrumentos de força ao Judiciário é o mesmo que negar a sua existência¹¹⁰.

Atualmente, todos os atos tendentes a obstruir o cumprimento das funções de um juízo, envolvendo uma afronta, podem constituir desacato.

Assim, *contempt of court* é a prática de qualquer ato que tenda a ofender um tribunal na administração da justiça ou a diminuir sua autoridade ou dignidade, incluindo a desobediência a uma ordem.

¹⁰⁹ ARMELIN, Donaldo. *Op. cit.*, p.687

¹¹⁰ *Ibidem*.

Nas palavras de Paulo Afonso Brum Vaz:

Contempt of Court quer dizer “desrespeito à corte”, “desacato à corte” ou “atentado à corte”. Trata-se de instituto revelado no Direito Romano e consagrado, principalmente, no Direito anglo-saxão. Na sua essência, funciona como permissão ao juiz, em decorrência do poder de coerção (coertio) contido na jurisdição, de ordenar a prisão das partes ou de seus advogados, diante da prática de atos considerados atentatórios à respeitabilidade, à autoridade e à dignidade do Poder Judiciário, impondo, por assim dizer, limites de ética e decência no curso do processo e cumprindo o dever de zelar pela efetividade das suas determinações¹¹¹.

O Processo Civil moderno é informado por princípios éticos. A relação jurídico-processual triangular que se estabelece entre as partes e o juiz, além de reger-se por normas jurídicas, exige também a atenção a certos preceitos de conduta ética e moral. Por isso dizer-se que o processo de há muito deixou de ser visto como um instrumento simplesmente técnico da prestação jurisdicional, para assumir a feição de instrumento ético voltado a pacificar com justiça.

A Lei 10.358/2001 alterou alguns dispositivos do Código de Processo Civil dentre os quais, encontra-se o artigo 14, que teve seu *caput* modificado e o acréscimo do inciso V e do parágrafo único.

A nova redação do *caput* do art. 14 do CPC, estendendo os deveres de colaboração, lealdade e ética a todos os partícipes do processo e dispondo sobre a sanção pecuniária pelo descumprimento ou embaraço à efetivação de decisão judicial, aperfeiçoa o arcabouço normativo tendente a tornar o processo um instrumento ético de solução de conflitos de interesses.

¹¹¹ VAZ, Paulo Afonso Brum. O contempt of Court no novo Processo Civil. **Genesis-Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba, v. 32, p. 336/356, 2004, p.337

Com a referida lei, o art. 14 do CPC passou a ter o seguinte teor:

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

...

V – cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

A inclusão do inciso V, pela Lei 10.358/01, teve por objetivo impedir, sob pena de multa pecuniária, que qualquer pessoa desobedeça ou oponha resistência ao cumprimento dos provimentos das decisões e ordens judiciais de natureza antecipatória ou final.

Este dispositivo legal, de extrema importância para a efetivação das decisões judiciais (especialmente as interlocutórias concessivas de tutela antecipada e as sentenças mandamentais ou executivas *lato sensu*), ao tempo em que empresta reconhecimento legal aos provimentos de natureza mandamental, introduz, no sistema processual civil brasileiro, o instituto do *contempt of court* e seguro indício disso são a destinação da multa (ao Estado) e a aplicação da sanção ao responsável, que pode não ser a parte.

O sistema do *contempt of court* civil que foi adotado no Brasil, a partir da nova redação do art. 14 do CPC, não contempla a possibilidade de prisão civil, ao contrário do

sistema anglo-americano. Foi concebido com limitação, concebendo poder judicial para aplicação, somente, de sanção pecuniária (parágrafo único)¹¹².

Na perspectiva do *due process of law* pode-se afirmar que somente poderá haver prisão civil se precedente a autorização legal. É certo que a Constituição autoriza a prisão civil (Art. 5º., LXVII: “Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”). Não temos, todavia, disposição legal que confira autorização ao juiz para decretar a prisão civil (por descumprimento de ordem judicial) fora dos casos de depositário infiel e devedor de alimentos¹¹³.

O *contempt of court* inglês, embora dele não se distanciam substancialmente os dos demais países de *common law*, hoje se divide em criminal e civil. O criminal destina-se à punição pela conduta atentatória praticada. O civil destina-se ao cumprimento da decisão judicial, usando para tanto meios coercitivos. Uma conduta desrespeitosa pode ser passível, ao mesmo tempo, de *contempt* civil e criminal, seja no processo civil, seja no processo penal¹¹⁴.

¹¹² VAZ, Paulo Afonso Brum. *Op. cit.*, p.348

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ No *contempt* criminal (punitivo), o processo autônomo, sumário, é instaurado de ofício ou por provocação da parte interessada; no civil (coercitivo), a aplicação ocorre nos mesmos autos, mediante provocação do interessado, garantida a ampla defesa. Admite-se transação sobre o *contempt* civil. GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética; Abuso do Processo e Resistência às Ordens Judiciárias: O Contemp of Court. **Revista de Processo**.v. 102, p. 219/227, p. 222

As sanções ensejadas pelo *contempt*, em qualquer de suas modalidades, são a prisão, a multa, a perda de direitos processuais e o seqüestro. No civil, a punição é por tempo indeterminado, até que haja o cumprimento da ordem judicial. Se a decisão se tornar de impossível cumprimento, a sanção também deve cessar, motivando, entretanto, o *contempt criminal*. A multa pode ser compensatória ou não. Quando compensatória, reverte ao prejudicado; quando coercitiva reverte ao Estado, considerado o grande prejudicado pela recalcitrância. A prisão, aplicada com prudência, por óbvio, é considerada medida de grande praticidade para a efetividade do processo.

O *contempt civil*, destinado ao cumprimento das ordens judiciárias, pode ser direto ou indireto. O direto autoriza o juiz a prender imediatamente o recalcitrante, concedendo-lhe um prazo para justificar sua conduta. O indireto exige um procedimento incidental que, no *contempt* anglo-saxão, obedece aos seguintes requisitos: a) prova da ocorrência da ação ou da omissão; b) que a ordem judiciária determine com clareza a ação ou omissão imposta à parte; c) que a parte seja adequadamente informada sobre o teor e a existência da ordem judiciária; d) que a ordem judiciária desrespeitada seja de possível cumprimento. A citação e a oportunidade de ser ouvido são atributos essenciais do procedimento. Com a citação, a pessoa deve ser informada das condições dentro das quais o atendimento à ordem judicial resultará na revogação das sanções. Após a apresentação das razões, o juiz decide, apreciando as provas produzidas, considerando ou não a parte em *contempt* e impondo uma sanção condicionada, a incidir no caso de a parte resistir em não cumprir a ordem desobedecida. Finalmente, a sanção imposta é concretamente aplicada, se o *contemptor* não cumprir a ordem¹¹⁵.

¹¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética; Abuso do Processo e Resistência às Ordens Judiciárias. *Op. cit.*, p. 223

As maiores críticas do *contempt* dirigem-se ao criminal (punitivo), sobretudo pela sumariedade na aplicação da pena e pelo fato de ser o próprio juiz ofendido quem decide a respeito de sua aplicação. Quanto ao civil, critica-se o direito, porque autoriza a imediata prisão. O *contempt* civil indireto, contudo, praticamente não sofre críticas e se afirma a impossibilidade de admitir sua inexistência, sem graves riscos para a efetividade das decisões judiciais.

Com relação à influência do sistema do *common law* na reformulação de institutos jurídicos da *civil law*, asseverou Araken de Assis:

Em todo o mundo, o predomínio econômico, político e militar dos Estados Unidos da América, filiado ao sistema da *common law*, conduziu ao reexame dos ordenamentos jurídicos da *civil law* sob novas luzes. (...) Dentre os mecanismos dignos de atenção e respeito, e da inobscurecível simpatia do legislador na última década, situa-se o *contempt of court*. A alteração do artigo 601 do CPC, através da Lei nº 8.953, de 13.12.94, e a introdução do inciso.V e parágrafo único ao art. 14, obra da Lei nº 10.358, de 17.12.2001, exploram semelhante providência¹¹⁶.

Quanto ao *contempt of court* nos sistemas de *civil law*, pode-se dizer que o mesmo está parcialmente consagrado, sem esse nome, na legislação de diversos países. Muitos dispositivos dos códigos brasileiros possuem a mesma finalidade do *contempt*¹¹⁷.

Porém, pelo menos no Brasil, raríssimas são as aplicações de sanções ao litigante de má-fé, talvez porque a multa reverte em favor da parte prejudicada, caracterizando assim medida compensatória na qual a dignidade da justiça não fica restabelecida. Por outro lado, é

¹¹⁶ ASSIS, Araken de. O *Contempt Of Court* no Direito Brasileiro.Revista de Processo. v.111.p.18

¹¹⁷ Idem, p. 224

freqüente atribuir a litigância de má-fé ao advogado, e não à parte, de modo que a sanção que recai sobre esta não pune o verdadeiro responsável¹¹⁸.

É preciso destacar que, nitidamente, os julgadores confundem a aplicação do *contempt of court* com as *astreintes*, por uma variada gama de razões, tais como a massificação da justiça, a pouca familiaridade com o instituto do *contempt of court*, recentemente introduzido no ordenamento jurídico processual. O fato é que os intérpretes e aplicadores do Direito acabam pretendendo colher os efeitos das *astreintes* onde e quando, na verdade, deveriam esperar a eficácia mais severa do *contempt of court*¹¹⁹.

Por fim, referindo-se à função preventiva do *contempt of court*, destaca Júlio César Bueno:

Diante da inefetividade do processo, em inúmeras situações, o litigante faltoso resiste em cumprir determinações do juiz, e, nesse passo, a *sanctio legis* robustece o poder de convencimento. A imposição da sanção servirá não só para mitigar a insatisfação da parte prejudicada, mas também para fixar a desaprovação das Cortes, inibindo futuros infratores de atos semelhantes¹²⁰.

Dessa forma, o autor esclarece que a determinação da sanção do *contempt of court* não tem apenas o objetivo de atenuar a inconformidade da parte prejudicada, tendo o condão também de demarcar a reprovação das Cortes aos desmandos das partes e, assim, exercer uma atividade preventiva, evitando que novos casos de descumprimento de ordens judiciais ocorram.

¹¹⁸ ASSIS, Araken de. *O Contempt Of Court no Direito Brasileiro. Op. cit.* p.224

¹¹⁹ SÁ, Fernando. *Op. cit.* p. 210

¹²⁰ BUENO, Júlio César. **Contribuição ao estudo do contempt of court e seus reflexos no processo civil brasileiro.** P.182

3.3 AS ALTERAÇÕES NA ORDEM RECURSAL BRASILEIRA

De todo o exposto nesta monografia, ficou clara a idéia de que o direito moderno não se coaduna mais com a demora na prestação jurisdicional. Portanto, a prestação jurisdicional não pode ficar aguardando por anos a fio, engessada, em razão de um sistema recursal inchado e hipertrofiado, que além de desprestigiar as decisões de primeira instância serve como escudo para os inadimplentes contumazes, que preferem escudar-se na paquidérmica demora na prestação jurisdicional a cumprir suas obrigações¹²¹.

Não se pretende com isso extirpar o segundo grau de jurisdição nem enfraquecer os direitos constitucionais da ampla defesa e do contraditório realizados através dos recursos (ambos necessários para um sistema jurídico eficaz e democrático), mas é certo que necessitamos encontrar fórmulas que sejam efetivas para desmotivar os recursos infundados e meramente procrastinatórios.

Também é certo que devemos permitir uma maior efetividade da justiça, conferindo, via de regra, executividade às decisões ainda não transitadas em julgado (mesmo que com garantias da parte para suportar uma eventual modificação do julgamento em superior instância). O efeito suspensivo dos recursos (a permanência do estado de ineficácia da sentença) deve ficar reservado, para aqueles casos em que a execução causará danos maiores do que o aguardo pelo desfecho da causa no Tribunal.

¹²¹ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Op. cit.*, p. 536

Enquanto tal modificação legislativa não ocorre, resta a utilização dos mecanismos processuais existentes para driblar os óbices de nosso sistema e viabilizar a execução provisória das sentenças naqueles casos em que o recurso cabível seja dotado de efeito suspensivo. Para tanto, pode-se lançar mão da antecipação de tutela quando do sentenciamento do feito, o que teria o condão de inutilizar o efeito suspensivo do recurso e, bem assim, podemos, ainda, excogitar da utilização do parágrafo único do art. 558 do CPC, para conceder o chamado efeito “suspensivo ativo” ao recurso que foi recebido no duplo efeito, antecipando, desta feita, a decisão de primeira instância, que deixa, portanto, de permanecer num grau de ineficácia até decisão final do recurso¹²².

Neste caso, tanto com a antecipação de tutela quanto com a execução provisória, ocorreria o abrandamento do procedimento ordinário, tornando-o mais efetivo.

Uma das grandes inovações contidas em recente lei que altera o Código de Processo Civil, e no particular que aqui interessa o art. 515 (relativo ao recurso de apelação), passa a admitir que o Tribunal, nos casos em que a sentença recorrida extinguiu o processo sem julgamento do mérito (art. 267, CPC), julgue desde logo o mérito. Para que isto seja possível exige-se que a causa verse sobre questão exclusivamente de direito e esteja em condições de imediato julgamento. Tal inovação tem por objetivo evitar que o Tribunal, admitindo que o caso não era de extinção do processo sem julgamento do mérito, veja-se obrigado a baixar os autos para que o juiz de primeiro grau profira sentença sobre o mérito. Com a alteração busca-se, evidentemente, maior celeridade processual.

¹²² RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Op. cit.*, p. 552

O recurso de apelação deve ser, em regra, recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo, e assim a sentença proferida pelo juiz de primeiro grau em regra só pode ser executada após ter sido confirmada pelo Tribunal. Tal norma mostra-se equivocada, pois, a sentença deveria poder ser executada na pendência do recurso de apelação, a exemplo do que ocorre nos casos em que o juiz pode reconhecer os pressupostos para o deferimento da tutela antecipada, onde a pretensão do autor é satisfeita, mesmo que provisoriamente.

Nessa esteira, encontra-se a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni:

Se o direito brasileiro admite expressamente a tutela antecipatória, contraditoriamente ele não viabiliza a possibilidade da sentença – que é o instrumento que concede a tutela final – ser executada na pendência do recurso interposto para o tribunal. Em outras palavras: é viável a execução da tutela no curso do processo, mas não é possível a execução da sentença na pendência do recurso de apelação! Não é preciso grande esforço para demonstrar a incoerência do sistema brasileiro neste ponto. Ora, dever-se-ia admitir a execução da sentença na pendência do recurso ao menos com base nos mesmos fundamentos que podem ser invocados para a concessão da tutela antecipatória¹²³.

No tocante ao agravo, as alterações introduzidas no Código de Processo Civil promoveram uma considerável aceleração em sua tramitação. A interposição diretamente perante o órgão de segundo grau diminui o impacto do recurso no andamento do processo. Ademais, quando há intervenção do Ministério Público, apenas o órgão de segundo grau se manifesta, o que abrevia a tramitação do recurso.

O recurso de agravo, recentemente alterado pela Lei Federal nº 11.187, de 19/10/2005, deve ser recebido, em regra, apenas no efeito devolutivo (art. 497, CPC), admitindo-se que o

¹²³ MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. O custo e o tempo do Processo Civil Brasileiro. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 375, 2004a, p.90

relator possa conferir ao recurso efeito suspensivo nas hipóteses do art. 558 do Código de Processo Civil, que assim estabelece:

Art. 558 – O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

Além disso, o Código de Processo Civil brasileiro dá poderes ao relator para que qualquer recurso, se for o caso, possa ser indeferido liminarmente, ou mesmo imediatamente provido. É neste sentido a regra do art. 557 do Código de Processo Civil, que merece transcrição:

Art. 557 – O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior

§ 1o-A - Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

§ 1o - Da decisão caberá agravo, no prazo de 5 (cinco) dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento.

§ 2o - Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre 1% (um por cento) e 10% (dez por cento) do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor.

Interessante inovação também foi introduzida na disciplina dos embargos de declaração. Neste recurso, onde a suspensão do prazo para apelação provocava grandes

questionamentos práticos, implantou-se o efeito interruptivo, o que poderia gerar procrastinações. Prevendo isto, a Lei nº 8.950/94 estabeleceu a multa de 1% sobre o valor da causa ao embargante que utilizasse o recurso com propósito manifestamente protelatório, multa esta elevada a até 10% do valor da causa, na hipótese de reiteração dos embargos protelatórios.

No caso dos embargos infringentes, não há no diploma processual civil menção a respeito do efeito suspensivo. Portanto, diante do silêncio da lei, atua a regra geral, conferindo aos embargos o referido efeito. Esse fator, indubitavelmente, contribui ainda mais para a lentidão da efetivação do julgado em que haja a interposição do recurso. Não fosse o efeito suspensivo, muitos recursos de embargos infringentes não seriam interpostos, pois, no mais das vezes, a parte vencida tem o intuito de procrastinar o processo com o exclusivo propósito de adiar uma inevitável execução¹²⁴.

Já temos recursos demais em nosso ordenamento processual civil. Nesse sentido, as palavras de Liebman: “o direito brasileiro conta, em cotejo com os outros direitos modernos, um número demasiado grande de recursos”¹²⁵. A eventual exclusão dos embargos infringentes, de forma alguma provocaria desarmonia no sistema recursal brasileiro. Em ocorrendo, manter-se-ia intacto o princípio do duplo grau de jurisdição que, apesar de não contemplado constitucionalmente pelo constituinte de 1988, é elemento basilar do ordenamento jurídico pátrio.

¹²⁴ SANTOS, Diogo Caneda dos. Embargos Infringentes: Um recurso desnecessário. **Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 82, p.311/318, 2001..p. 315.

¹²⁵ LIEBMAN, Enrico Tulio. **Nota às Instituições de Chiovenda**. v.3, p. 297

Entretanto, em atenção ao caráter protelatório deste recurso, recentemente foi promulgada a Lei nº 10.352/01 alterando o teor do atual art. 530 do Código de Processo Civil – que especifica as hipóteses em que os embargos infringentes são admissíveis. O novo art. 530, segundo tal alteração legislativa, passará a ter a seguinte redação:

Art. 530. Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.

A referida alteração do art. 530 objetiva restringir o campo de admissibilidade dos embargos infringentes, já que para a sua interposição bastava julgado não unânime proferido em apelação ou em ação rescisória, ao passo que com a nova redação proposta tal recurso somente será admissível "quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória".

O mesmo diploma legal (Lei nº 10.352/01) também promoveu alterações no tocante ao procedimento dos embargos infringentes, alterando os artigos 531, 533 e 534 do Código de Processo Civil. Antes da reforma, o relator dos embargos infringentes exercia preliminarmente o juízo de admissibilidade do recurso, procedida ao sorteio do novo relator, só após, o embargado tinha oportunidade para oferecer resposta. Agora, o procedimento foi simplificado, posto que o embargado responde ao recurso antes de o relator proferir seu juízo de admissibilidade.

Os artigos 533 e 534 do Código de Processo Civil também sofreram alterações. Agora, o procedimento dos embargos infringentes deverá ser regulado pelo regimento interno do Tribunal

e, havendo necessidade de escolha de um novo relator, este deverá recair, se possível, em juiz que não tenha participado do julgamento anterior.

Como se percebe, a reforma de 2001 deu um novo formato ao procedimento dos embargos infringentes, primando pela celeridade na tramitação do recurso e permitindo, com isto, mais eficácia na prestação jurisdicional.

A Emenda Constitucional 45/2004 introduziu dois institutos tendentes a colaborar com a efetividade e celeridade do processo. O primeiro é o inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88 que determina a duração razoável do processo e meios que garantam a celeridade de sua tramitação¹²⁶. O segundo, corresponde à Súmula Vinculante, que em sua redação final, limitou-a à matéria Constitucional (art. 103 – A CF/88), ressaltando que o STF, a partir da reforma, também possa analisar, com restrições, matéria infraconstitucional.

Contudo, a súmula vinculante apresenta-se como um engessamento desmedido do Judiciário, que dificulta a criação da jurisprudência além de tolher o poder decisório do juiz, sendo suprimidos os princípios da independência e livre convencimento.

Nesse sentido e considerando a súmula vinculante um mecanismo prejudicial, está a posição de Ovídio Baptista:

¹²⁶ AGRA, Walber de Moura (coord). **Comentários à Reforma do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.. Processo de Execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.p. 16

Tal alvitre, porém, mostra-se desaconselhável, por duas razões básicas. A primeira decorrente de seu pressuposto metodológico, que considera possível, contra a opinião praticamente unânime da doutrina moderna, a uniformidade abstrata dos julgados, supostamente idênticos, com implícita recusa ao poder criador da jurisprudência e, portanto, com a igualmente pressuposta negação do caráter hermenêutico do direito, de modo especial de seu momento de aplicação judicial. (...) A segunda razão para recusar a solução pela via da “súmula vinculante” é que seu propósito não é propriamente contribuir para evolução do sistema jurídico, mas ao contrário, aprisiona-lo ao passado, impedindo que a elaboração jurisprudencial lhe permita progredir, em convivência com a constantemente transformada realidade social¹²⁷.

O nosso sistema codificado tem a lei como base central, cabendo ao juiz a função de interpretá-la. Passamos então, através da súmula vinculante implantada pela EC 45/2004 a contar com um sistema misto onde a fonte de direito será a lei, caso não seja questão sumulada. Em outras palavras, podemos sustentar que a EC 45/2004 deu competência legislativa aos tribunais superiores. Anteriormente à EC n. ° 45/2004, as súmulas do Excelso Pretório representavam mera cristalização da jurisprudência predominante na Corte. Não eram dotadas, contudo, de efeito “vinculante”, motivo por que, assim destituídas de normatividade¹²⁸.

A súmula vinculante cria um autoritarismo desmedido ao sistema. Por outro lado, o precedente, se não tivesse qualquer efeito vinculante, autorizaria a criação e renovação da jurisprudência, que poderia ser reciclada conforme se renovasse a composição dos tribunais ou ainda conforme ocorressem mudanças sociais e culturais. Além de que, os tribunais superiores, por sua vez, poderiam, com a redução de sua carga, discutir novos casos e oferecer novos horizontes, como também, rever posições, evitando as súmulas vazias, que às vezes distanciam-se da realidade.

¹²⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e Ideologia, o Paradigma Racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.p. 256/257

¹²⁸ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Breves Comentários à Reforma do Poder Judiciário*.p. 231

Outra questão concernente ao sistema recursal capaz de viabilizar uma substancial redução do tempo de tramitação dos processos é a restrição dos recursos de índole extraordinária, através de uma sistemática mais racional, simplificada e objetiva para a admissão de tais recursos.

Os nossos tribunais superiores estão abarrotados de processos, não havendo modo de suprir a demanda. O Superior Tribunal de Justiça recebeu 216.973¹²⁹ novos processos no ano de 2004, enquanto que ao Supremo Tribunal Federal chegaram no ano de 2003, um total de 109.965 processos¹³⁰.

A criação de critérios que evitem o excessivo número de recursos de índole extraordinária haveria de valorizar sobremaneira as decisões proferidas pelos colegiados dos tribunais de segunda instância. Pois a admissão de um recurso especial, por exemplo, de decisão de tribunal estadual, transforma os desembargadores em meros “pareceristas”, ao invés de julgadores.

A forma que se mostra capaz de “frear” o acesso aos tribunais superiores é a arguição de relevância. Tal instituto, que havia sido retirado de nosso ordenamento pela Constituição Federal de 1988, foi reinserido pela EC 45/2004, que inclui o parágrafo 3º ao art. 102 da CF/88¹³¹.

¹²⁹ Fonte: Subsecretaria de Autuação, Classificação e Encaminhamento. <http://www.stj.gov.br/>. Acesso em 17/09/2005

¹³⁰ Idem.

¹³¹ Parágrafo 3º do art. 102 da CF/88: No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros

Ressalta-se que a emenda somente trouxe a argüição de relevância para os recursos extraordinários de fundamento constitucional.

Como se vê, a argüição de relevância mostra-se como uma porta aberta para que possamos solucionar o problema do número de recursos endereçados aos Tribunais Superiores.

De acordo com esta idéia, encontra-se o pensamento de Ovídio Baptista da Silva:

A revisão do sistema recursal, a nosso ver, tornou-se inadiável, como pressuposto para superação da crise do processo civil. A revisão deve abranger tanto as instâncias ordinárias quanto os tribunais de direito estrito, porquanto, em que pesem certas opiniões que medram na jurisprudência, também as Cortes Supremas laboram sob os mesmos princípios, nada havendo que distinga a hermenêutica constitucional daquela exigida para a compreensão de uma norma infra-constitucional. Esta singela verdade impõe que revise com seriedade e competência as funções atribuídas aos supremos tribunais, eliminando-se a ilusão ingênua de que as sentenças de última instância sejam expressões da justiça perfeita¹³².

Enfim, a argüição de relevância parece pretender colocar os tribunais superiores em sua condição natural de tribunais excepcionais, possibilitando que os ministros possam ater-se apenas a questões realmente relevantes ou ainda na revisão de suas posições, ao mesmo tempo em que se oferece ao jurisdicionado uma tutela mais efetiva.

O sistema recursal atual padece de mal grave e de difícil solução. A busca de decisões mais perfeitas bate-se contra a necessidade de respostas rápidas. Se o primeiro objetivo exige tempo, o segundo escopo impõe a restrição deste elemento. A compatibilização destas duas metas não é fácil e o sistema processual, por vários meios, tenta acomodar estes interesses conflitantes na busca da tão almejada e necessária efetividade da tutela jurisdicional.

¹³² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Op. cit.*, 2004.p. 253

Após essa breve análise das inovações trazidas na seara recursal, percebemos que o novo formato impresso à ordem recursal civil brasileira, sob o aspecto da efetividade, é relativamente satisfatório, porém não suficiente. Não houve mudanças quanto à quantidade dos recursos (nenhum deles foi suprimido pelas mini reformas), mas pelo menos se buscou criar instrumentos destinados a permitir que os recursos existentes não dificultem tanto a prestação jurisdicional.

CONCLUSÃO

Nos capítulos precedentes desta monografia, procurou demonstrar-se a necessidade de se repensar e reavaliar a concepção dogmática e ideológica do processo civil, visto que o mesmo não tem conseguido atingir, com eficiência e adequação, os fins a que se destina. Esse fato mostra-se claro na medida em que, apesar das mudanças empreendidas, ainda vigora a perniciosa morosidade processual e a conseqüente inefetividade da prestação jurisdicional.

Alguns institutos constantes no diploma processual mostram-se obsoletos, defasados e incapazes de proporcionar a tão almejada efetividade das normas processuais. Podemos apontar aqueles que foram tratados neste trabalho, como o procedimento comum do rito ordinário, que se revela na própria expressão da morosidade por determinar um longo período de tempo para que todos os rituais próprios sejam seguidos. Contudo, atentando para este fato, felizmente o legislador introduziu a tutela antecipada, que minimizou a produção de seus negativos efeitos.

Ainda nesse sentido, aparece a sentença condenatória, se consistindo em um mecanismo de efetividade inoperante, já que não viabiliza, por si só, a satisfação do autor, obrigando a instauração de um novo processo (Execução) para operar seus efeitos. Para tal

problema, sugeriu-se a imposição da execução imediata das sentenças condenatórias, buscando a garantia de que a decisão ostente forte conteúdo executivo e dispense um novo processo.

Na verdade, trata-se de casos que expressam a defasagem de correspondência entre as mais variadas situações de direito material e as formas disponíveis de tutela, que são insuficientes e inefetivas por não promoverem a adequação casuísta necessária e por estabelecerem procedimentos padronizados e uniformes para situações completamente distintas.

Outra característica do sistema processual, anteriormente explanada e tratada, que se mostra problemática é o caráter meramente declaratório da função jurisdicional, onde o juiz é desprovido de um “poder de império” necessário para o andamento eficaz do processo. Ainda nesse contexto, revelou-se nesta dissertação o total descrédito que o excessivo espectro recursal impôs aos juízes de primeiro grau, revelada na amplitude com que é admitido o recurso de agravo de instrumento e nas flexíveis formas de acesso aos Tribunais Superiores.

Alguns desses entraves à efetividade processual foram atenuados pela introdução de inovações como o instituto da tutela antecipada (cognição sumária), das *astreintes* e do *contempt of court* e de alterações realizadas na seara recursal como a ampliação do rol de situações de retenção obrigatória do recurso de agravo, a restrição das hipóteses de cabimento dos embargos infringentes, a simula vinculante, a argüição de preceito fundamental, entre outras discutidas no capítulo próprio. Ainda existem propostas não implementadas, como a de conferir-se caráter mandamental à sentença ou da regra da execução provisória da sentença, quando o recurso for recebido no efeito suspensivo.

Parece-nos que somos levados a concluir que tais reformas enfrentaram com timidez alguns problemas merecedores de soluções mais enérgicas, mais amplas e abrangentes, porém, interessa destacar que ao menos vêm sendo buscadas medidas capazes de resolver o problema da morosidade processual e da falta de efetividade da prestação jurisdicional. A doutrina parece estar consciente de seu compromisso no tocante a essa questão e o processo, hoje em dia, caminha ao encontro de um perfeito equilíbrio entre a valorização da justiça, da segurança e da celeridade. E, é para essa realidade que, cada vez mais, devem atentar todos os operadores do direito, intérpretes da lei e aplicadores da justiça, por serem os verdadeiros protagonistas desta busca.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura (coord). **Comentários à Reforma do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.. Processo de Execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

AMARAL, Guilherme Rizzo.“A polêmica em torno da “ação de direito material”, **Genesis – Revista de Direito Processual Civil**, n. 33, Curitiba, jul./set. 2004, pp. 533-547

ARMELIN, Donaldo. O processo de execução e a Reforma Do Código de Processo Civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

ASSIS, Araken de. **Manual do Processo de Execução**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

ASSIS, Araken de. O Contempt Of Court no Direito Brasileiro. **Revista de Processo**, nº 111. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/setembro de 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da constituição brasileira**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

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

BUENO, Júlio César. Contribuição ao estudo do contempt of court e seus reflexos no processo civil brasileiro. Tese de Doutorado. São Paulo, 2001.In: www.usp.br. Acesso em 10.09.2005.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico, in **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. José Eduardo FARIA (org.). 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. A ideologia no processo civil. **Ajuris: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 23, p. 16/33, 1981.

_____. O acesso dos consumidores à Justiça. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 310, p. 53/64, 1990.

_____. **Juízes Legisladores?** Traduzido por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

_____; GARHT, Bryant. **Acesso à Justiça. Access to Justice** /Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CARMONA, Carlos Alberto. O Processo de Execução depois da reforma. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

CARNEIRO, Athos Gusmão; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do CPC: 0 12º Anteprojeto**. Disponível em: <www.campus.fortunecity.com>. Acesso em: 12 jan 2005.

CARNELUTTI, Francesco. Diritto e processo. Nápoles: Morano Editore, 1958.

CARREIRA ALVIM, J.E. A antecipação de tutela na reforma processual. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

CARVALHO, Fabiano. Execução da Multa (Astreintes) prevista no art. 461 do CPC. **Revista de Processo**, v. 114, p. 208/222, 2004.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini (colab.); DINAMARCO, Cândido Rangel (colab.). **Teoria Geral do Processo**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CRUZ, José Raimundo Gomes da. A antecipação de tutela e o prosseguimento da reforma do Código de Processo Civil. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 368, p. 91/118, 2003.

DIAS, Norma Chrissanto. **Os Prazos Processuais e seus reflexos na Efetividade do Processo Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Nasce um novo processo civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Direito e processo**. In Fundamentos do processo civil moderno. t. I. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2000a.

_____. **Os institutos fundamentais do direito processual**. In Fundamentos do processo civil moderno. t. I. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2000b.

_____. **Tutela jurisdicional**. In Fundamentos do processo civil moderno. t. II. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2000c.

_____. **A Instrumentalidade do Processo**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2002a.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2002b.

_____. A reforma da reforma – São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. v.1. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINIZ, JOSE JANGUIE BEZERRA. A efetividade do processo como instrumento de cidadania. *Revista Juridica Consulex*. Brasília, 2003. N.155, P.40-44.

DUARTE, Francisco Carlos. Medidas coercitivas civis e efetividade da tutela jurisdicional. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 70, p. 214/225, 1993.

FADEL, Sergio Sahione. **Antecipação de tutela no processo civil**. 2.ed. São Paulo: Dialética, 2002.

GARBI, Carlos Alberto. Tutela jurisdicional diferenciada e efetividade do processo. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 782, p. 48/67, 2000.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **Inovações do Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 101/110, 1996.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, v.1, 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética; Abuso do Processo e Resistência às Ordens Judiciárias: O Contemp of Court. **Revista de Processo**.v. 102, p. 219/227.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Tutela específica do art. 461 do CPC e o Processo de Execução. In: SHIMURA, Sérgio; ARRUDA ALVIM, Teresa (coord). **Processo de Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Traduzido por João Baptista Machado. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

LEONEL, Ricardo de Barros. Eficácia imediata da sentença e as reformas do CPC: um aspecto da caminhada para a efetividade da tutela jurisdicional. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 119, p. 117/138, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Nota às Instituições de Chiovenda**. São Paulo: Saraiva, 1945,v.3, p. 297.

LIEBMAN, Enrico Tullio, Manual de Direito Processual Civil, 1a. Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1984.

LIMA, George Marmelstein. **Efetividade do processo civil** - em busca de um processo de resultados. Disponível em: <www.google.com.br> Acesso em 20 jan 2005.

MACHADO, Fábio Cardoso. **Jurisdição, Condenação e Tutela Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004a.

MACHADO, Fábio Cardoso. Sobre o escopo jurídico do processo: o problema da tutela dos direitos, **Genesis – Revista de Direito Processual Civil**. V. 9 N. 32 ABR./JUN. 2004b.pp 256/265.

MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. Efetividade do Processo e Tutela Antecipatória. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 168, p. 56/60, 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994.

_____. E a efetividade do direito de ação? **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 336, p. 137/143, 1996.

_____. **Novas linhas do processo civil**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2000a.

_____. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000b.

_____. Tutela Inibitória. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília, v. 41, p. 40/43, 2000c.

_____. **Tutela específica**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. O custo e o tempo do Processo Civil Brasileiro. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 375, p. 81/102, 2004a.

_____. Do processo civil clássico à noção de direito à tutela adequada a direito material e a realidade social. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 824, p. 34/60, 2004b.

_____. **A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. A consagração da tutela antecipatória na reforma do CPC. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MARQUES, Luiz Guilherme. **A fragilidade do processo civil brasileiro**. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>> Acesso em: 20 jan 2005.

MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. **Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes De. **Tratado das ações**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

_____. **Tratado das ações**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. **A tutela específica do credor nas obrigações negativas**. In: Temas de Direito Processual – segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. O processo civil brasileiro: uma apresentação. **Temas de Direito Processual** – quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. Efetividade do processo e técnica processual. **Temas de Direito Processual** – sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **O novo processo civil brasileiro**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. Tutela de Urgência e Efetividade do Direito. **Revista de Direito Renovar**.v. 26, 2003.p. 45/58.

NUNES, Cláudio Pedrosa. **A efetividade do processo**. Disponível em: <<http://www.trt13.gov.br>>. Acesso em: 05 maio 2005.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Efetividade e tutela jurisdicional, **Genesis – Revista de Direito Processual Civil**, n. 34, Curitiba, out./dez., 2004, pp. 665-689

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Democracia, participação e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord). **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. **Comentários ao código de processo civil**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, v.3, 2001.

PISANI, Andréa Proto.**Lezioni di Diritto processuale civile**. Pádua: Cedan, 1920.

PORTO, Sérgio Gilberto. Recursos: reforma e ideologia. **Gênesis: Revista de Direito Processual Civil**. v.2. p. 395/402.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Execução e Antecipação de Tutela: Princípios comuns e sua aplicação visando a efetividade do processo. In: SHIMURA, Sérgio; ARRUDA ALVIM, Teresa (coord). **Processo de Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SÁ, Fernando. Astreinte e Contemp of Court: eficácia e efetividade (estudo de um caso). **Revista de Processo**. n. 115, p. 205/228, maio/jun 2004.

SANTOS, Diogo Caneda dos. Embargos Infringentes: Um recurso desnecessário. **Ajuris: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 82, p.311/318, 2001.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, v.1, 1992.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista Da. **Democracia Moderna e Processo Civil. Participação e Processo**. In: GRINOVER Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. Tutela antecipatória e prejuízos de verossimilhança. In: MARINONI, Luiz Guilherme **O processo civil contemporâneo coordenado**. Curitiba: Juruá, 1994.

_____. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Celeridade versus Economia Processual. Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Curso de Processo Civil**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.3, 2000.

_____. **Curso de Processo Civil**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1, 2001a.

_____. **Curso de Processo Civil**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.2, 2001b.

_____. **O Processo Civil e sua recente reforma. Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2001c.

_____. **Reforma dos Processos de Execução e Cautelar**. Da sentença liminar à nulidade da sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2001d.

_____. Processo e Ideologia. **Revista de Processo**, v. 110, p. 19/36, 2003.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista Da. **Processo e Ideologia, o Paradigma Racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Direito Material e Processo. **Gênesis — Revista de Direito Processual Civil**, v. 33, jul- p.615-635 set/2004a.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1978.

_____. **O processo civil brasileiro no limiar do novo século**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Curso de direito processual civil**. 41.ed. Rio de Janeiro: Forense, v.1, 2004.

_____. **Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional**. Insuficiência da Reforma das Leis Processuais. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br>>. Acesso em: 18 nov 2004.

_____. Medida Cautelar. Multa Diária. Exequibilidade. **Revista de Processo**.v. 96.

VAZ, Paulo Afonso Brum. O contempt of Court no novo Processo Civil. **Genesis-Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba, v. 32, p. 336/356, 2004.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do processo em face da fazenda pública**. São Paulo: Dialética, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Anotações sobre a efetividade do processo. **Revista dos Tribunais**, n. 814, p.63- 70, ago 2003.

WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Ministro Sálvio de Figueiredo. (Coord). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

YARSHELL, Flávio Luiz. A Execução E A Efetividade Do Processo Em Relação À Fazenda Pública. **Direito Processual Público: A Fazenda Pública Em Juízo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Efetividade do processo de execução e remédios com efeito suspensivo**. In: SHIMURA, Sérgio; ARRUDA ALVIM, Teresa (coord). **Processo de Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001