



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO**

**O SINCRETISMO DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO:
ANÁLISE DA VIABILIDADE DE UM PROCESSO ÚNICO E
MULTIFUNCIONAL SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO
FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA**

MARIA SOLEDADE SOARES CRUZES

Salvador
Março / 2011

MARIA SOLEDADE SOARES CRUZES

**O SINCRETISMO DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO:
ANÁLISE DA VIABILIDADE DE UM PROCESSO ÚNICO E
MULTIFUNCIONAL SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO
FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Wilson Alves de Souza.

Salvador
Março / 2011

C966s

Cruzes, Maria Soledade Soares.

O sincretismo do processo civil brasileiro: análise da viabilidade de um processo único e multifuncional sob a perspectiva do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva / Maria Soledade Soares Cruzes, 2011.

195f.

Orientador (a): Wilson Alves de Souza.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Programa de Pós-graduação em Direito, Salvador, 2011.

Referências: f. 185-195.

1. Processo civil (Brasil) - Unificação. 2. Processo civil (Brasil) – Autonomia. 3. Sincretismo - Processo civil (Brasil).
I. Souza, Wilson Alves de. II. Universidade Federal da Bahia, Programa de Pós-graduação em Direito. III. T.

CDD:347.8105

TERMO DE APROVAÇÃO

MARIA SOLEDADE SOARES CRUZES

**O SINCRETISMO DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO:
ANÁLISE DA VIABILIDADE DE UM PROCESSO ÚNICO E
MULTIFUNCIONAL SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO
FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA**

Dissertação _____ como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, pela Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Professor Dr. Wilson Alves de Souza
Orientador – Universidade Federal da Bahia

Professor Dr. Dirley da Cunha Júnior
Universidade Federal da Bahia

Professor Dr. George Sarmento Lins Júnior
Universidade Federal de Alagoas

Salvador
Março / 2011

DEDICATÓRIA

A Deus, que prometeu me levar para onde Ele quisesse e que, no caminho escolhido, Ele iria a minha frente.

AGRADECIMENTOS

Finalmente, eu cheguei até aqui. A caminhada exigiu muita perseverança. Diuturnamente, uma nova força me renovava. Não tenho dúvidas de que ela provinha de Deus. Lembro-me de que, muitas vezes, adentrei ao ônibus com um sorriso no rosto para encarar a jornada semanal de 1000 (mil) quilômetros de viagem rumo à concretização deste sonho.

Dificuldades das mais diversas foram enfrentadas e vencidas! Para tanto, contei com a fundamental colaboração de instituições e de pessoas que representaram verdadeiros sustentáculos da minha jornada e às quais presto o meu mais profundo e sincero agradecimento.

Programa de Pós-Graduação em Direito de Universidade Federal da Bahia, as minhas expectativas, que já eram muitas, foram superadas.

Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado da Bahia, o suporte financeiro fornecido foi o corrimão para a subida de muitos degraus em meu crescimento acadêmico.

Faculdade de Tecnologia e Ciências (unidade de Vitória da Conquista), a torcida de vocês, funcionários, alunos e professores (em especial, da amiga Ana Paula Simões) foi bastante importante para que eu me mantivesse no campeonato e superasse os desafios até essa partida final!

Professor Dr. Wilson Alves de Souza, muito mais do que uma primorosa orientação, o senhor transmitiu-me a lição de uma vida dedicada à Academia do Direito e marcada pela distribuição de vasto conhecimento jurídico com humildade e gentileza.

Professores Dr. Dirley da Cunha Júnior, Dr. Ricardo Maurício Freire Soares, Dr. Rodolfo Pamplona Filho e Dr. Nelson Cerqueira, as ideias compartilhadas e discutidas jamais serão esquecidas!

Papai e mainha, chego a este momento porque vocês atribuíram prioridade à educação de suas filhas, abdicando de partes importantes de suas vidas por nós.

Manu e Jó, vocês, mais uma vez, cercaram-me com muito amor, alimentando meus sonhos e ajudando a viabilizá-los. A educação dada a **Cami** e **Mari** é um exemplo para mim. Jamais me esquecerei dos almoços e jantares preparados por Cami e do apoio do tipo: “Tia Maria, faltam quantas páginas?”.

Dani e Tore, meus espelhos acadêmicos, os nossos pés são como os das corças em lugares altos! O amor e a admiração que eu sinto por você, Dani, é extensivo a Tore, *my dear international brother-in-law*.

Gabi e Fabiano, vocês me deram muito apoio e segurança. Sempre que estava em dúvidas sobre determinada decisão a ser tomada, bastava uma ligação e já tinha uma sugestão rápida e inteligente. **Vitor** é fonte inesgotável de alegria e amor. Agora titia vai poder brincar ainda mais com você, amorzinho.

Tia Glória, Tio Geraldo e Maria Rosa, a única palavra que me vem à mente para expressar uma família que me acolheu tão bem, conhecendo-me tão pouco, é “solidariedade”! Que Deus retribua vocês com o que eu me sinto impotente para fazer.

Marcos, muito além de taxista, as nossas descontraídas conversas nos longos trajetos de Salvador transformou-o num amigo.

Day, Marcele e Lu, a amizade de vocês tem um espaço seguro e irretocável em meu coração. Lu, muito obrigada pelo auxílio na formatação do texto.

Andréia, além de agradecer pelas preciosas contribuições na revisão ortográfica do texto, preciso ressaltar que você sempre me socorre nos momentos difíceis, demonstrando o quanto é fiel a nossa amizade.

Ícaro, companheiro, chegamos ao fim de uma das muitas caminhadas que ainda faremos juntos.

Ronildo, a você, meu amor, o agradecimento mais especial que posso fazer é transmitido em forma de convite para passar o resto da vida ao meu lado.

“Querer impor a separação obrigatória das coisas distintas pela natureza individual delas é, aliás, esquecer o óbvio de que nem só as coisas simples existem, mas também as compostas. Estas, pela reunião de elementos heterogêneos, criam uma nova unidade qualificada pelos predicados do produto da união dos elementos e pelas utilidades que só o todo pode gerar”

Humberto Theodoro Júnior

RESUMO

O sincretismo do processo civil brasileiro é um fenômeno que nega, paulatinamente, a autonomia do processo de conhecimento, do processo de execução e do processo cautelar. Seu fortalecimento indica a unificação das espécies processuais e a formação de um processo único, composto das funções de conhecimento, execução, cautelar e antecipatória. A abordagem do fenômeno deve ser contextualizada à luz dos reflexos que a evolução da Teoria do Direito e do Direito Constitucional tem gerado sobre a sistemática do processo civil brasileiro. O objetivo central deste trabalho é analisar em que medida é viável, no processo civil pátrio, sob a perspectiva do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, negar a autonomia do processo de conhecimento, do processo de execução e do processo cautelar, miscigenando-os, sob a égide da formação de um processo sincrético, único e multifuncional. Para o alcance desse objetivo, adotou-se o método indutivo, com enfoque predominante na pesquisa bibliográfica, sendo que, inicialmente, será feito o delineamento dos pressupostos teóricos relacionados à perspectiva do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, que serão constantemente visitados no decorrer do trabalho. Feito isso, buscar-se-á identificar, pontualmente, na relação entre processo de conhecimento e processo de execução, e na relação entre processo cautelar e processo principal, manifestações do sincretismo no processo civil brasileiro, examinando a possibilidade de seu avanço e fortalecimento. Por fim, o fenômeno será avaliado globalmente, investigando seus resultados, identificando a unificação do processo civil brasileiro, traçando aspectos gerais acerca da multifuncionalidade e correlacionando-a com a perspectiva central do trabalho.

Palavras-chave: processo civil - autonomia - sincretismo - unificação - multifuncionalidade.

ABSTRACT

The syncretism of the Brazilian civil procedure is a phenomenon that denies, gradually, the autonomy of the knowledge, execution and precautionary procedures. Its strength indicates the unification of the types of procedures in a single multifunction process composed of knowledge, execution, precautionary and anticipatory functions. The approach of the phenomenon must be contextualized in terms of the reflections that the evolution of legal theory and constitutional law has generated on the systematic of the Brazilian civil procedure. The overall goal of this study is to examine to what extent is feasible to deny the autonomy of knowledge procedure, execution procedure and precautionary procedure, in Brazilian civil procedure, from the perspective of the fundamental right to effective judicial protection, mixing them, under the aegis of the formation of a syncretic unique and multifunctional process. To achieve this goal, we adopted the inductive method, focusing mainly on the literature, initially the theoretical assumptions related to the perspective of the fundamental right to effective judicial protection is delineated and further explored in this document. Moreover, we seek to identify, individually, the relationship between knowledge procedure and the execution procedure, and in the relationship between precautionary procedure and the main procedure, the manifestations of syncretism in Brazilian civil procedure, examining the possibility of their advancement and empowerment. Finally, we evaluate the overall phenomenon, investigating their results, identifying the unification of the Brazilian civil procedure, tracking on general aspects of multi-functionality and correlating it with the core perspective of this work.

Keywords: civil procedure - autonomy - syncretism - unification - multifunctionality.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ampl.	-	ampliada
Art.	-	Artigo
Atual.	-	atualizada
Aum.	-	aumentada
Coord.	-	coordenador(a)
Dr.	-	doutor
Ed.	-	edição
Ibid.	-	ibidem (na mesma obra)
Id.	-	idem (mesmo autor)
Op. cit.	-	<i>opus citatum</i> (obra citada)
Loc. cit.	-	<i>loco citato</i> (no lugar citado)
Org.	-	organizador(a)
P.	-	página(s)
Rev.	-	Revista
T.	-	Tomo
V.	-	volume

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 NEOPROCESSUALISMO E OS REFLEXOS DA EVOLUÇÃO DA TEORIA DO DIREITO E DO DIREITO CONSTITUCIONAL SOBRE A SISTEMÁTICA DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.....	16
2.1 JUSNATURALISMO <i>VERSUS</i> POSITIVISMO JURÍDICO: DICOTOMIA HISTÓRICO-FILOSÓFICA NA BUSCA PELA LEGITIMAÇÃO DO DIREITO JUSTO	17
2.1.1 Panorama do jusnaturalismo	17
2.1.2 Panorama do positivismo jurídico.....	21
2.2 PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO E AS MUDANÇAS PARADIGMÁTICAS NO PENSAMENTO DO DIREITO	26
2.2.1 Reflexos da pós-modernidade na ciência jurídica.....	26
2.2.2 Panorama do pós-positivismo jurídico	30
2.3 NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO	36
2.3.1 Panorama do neoconstitucionalismo	36
2.3.2 A constitucionalização do Direito.....	41
2.4 NEOPROCESSUALISMO E OS REFLEXOS DAS PRINCIPAIS CORRENTES CONTEMPORÂNEAS DO PENSAMENTO JURÍDICO SOBRE O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.....	44
2.4.1 Pós-positivismo jurídico e o advento de uma nova fase metodológica do Direito Processual Civil	44
2.4.2 Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo	50
2.4.3 Dimensões axiológicas do neoprocessualismo e o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva	54
3 PASSADO, PRESENTE E PERSPECTIVAS DE FUTURO DO SINCRETISMO ENTRE PROCESSO DE CONHECIMENTO E PROCESSO DE EXECUÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO	64
3.1 O PARADIGMA DA AUTONOMIA ENTRE PROCESSO DE CONHECIMENTO E PROCESSO DE EXECUÇÃO.....	65
3.1.1 Antecedentes históricos do processo civil europeu de origem romana..	65

3.1.2 A doutrina de Enrico Tullio Liebman e a predominância da autonomia do processo de conhecimento e do processo de execução no texto original do Código de Processo Civil brasileiro de 1973.....	73
3.2 A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A EVOLUÇÃO DO SINCRETISMO ENTRE PROCESSO DE CONHECIMENTO E PROCESSO DE EXECUÇÃO	80
3.2.1 Noções introdutórias sobre sincretismo processual e seu caráter excepcional no texto original do Código de Processo Civil brasileiro de 1973 e na legislação extravagante.....	81
3.2.2 A primeira etapa da reforma e a tutela jurisdicional das obrigações de fazer e não fazer	90
3.2.3 A segunda etapa da reforma e a tutela jurisdicional das obrigações de entrega de coisa	96
3.2.4 A terceira etapa da reforma e a tutela jurisdicional das obrigações de pagar.....	98
3.2.5 Resquícios da autonomia entre processo de conhecimento e processo de execução na atual sistemática (pós-reforma) do Código de Processo Civil brasileiro	102
3.3 O SINCRETISMO COMO NOVO PARADIGMA DA RELAÇÃO ENTRE COGNIÇÃO E EXECUÇÃO	104
3.3.1 Inversão paradigmática entre autonomia e sincretismo no processo civil brasileiro	104
3.3.2 O processo sincrético nos Juizados Especiais Cíveis Federais e nos Juizados Especiais da Fazenda Pública	109
3.3.3 O Projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro e as expectativas com relação ao sincretismo processual	112
4 PASSADO, PRESENTE E PERSPECTIVAS DE FUTURO DO SINCRETISMO ENTRE PROCESSO CAUTELAR E PROCESSO PRINCIPAL NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO	122
4.1 O PARADIGMA DA AUTONOMIA ENTRE PROCESSO CAUTELAR E PROCESSO PRINCIPAL	123
4.1.1 Antecedentes históricos do processo civil europeu	123
4.1.2 Adoção da autonomia pelo texto original do Código de Processo Civil brasileiro de 1973	125

4.2 A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A EVOLUÇÃO DO SINCRETISMO ENTRE PROCESSO CAUTELAR E PROCESSO PRINCIPAL....	129
4.2.1 A primeira etapa da reforma e a generalização da tutela antecipada no ordenamento jurídico brasileiro	129
4.2.2 A segunda etapa da reforma e a fungibilidade entre as tutelas cautelar e antecipada.....	135
4.2.3 Resquícios da autonomia entre processo cautelar e processo principal na atual sistemática (pós-reforma) do Código de Processo Civil brasileiro	141
4.3 O SINCRETISMO COMO NOVO PARADIGMA DA RELAÇÃO ENTRE CONHECIMENTO, EXECUÇÃO, CAUTELAR E ANTECIPAÇÃO DA TUTELA	142
4.3.1 Análise crítica das características fundamentais do processo cautelar	142
4.3.2 Inversão paradigmática entre autonomia e sincretismo no processo civil brasileiro	145
4.3.3 O processo sincrético nos Juizados Especiais Cíveis Federais e nos Juizados Especiais da Fazenda Pública	151
4.3.4 O Projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro e as expectativas com relação ao sincretismo	154
5 REFLEXOS DO AVANÇO DO SINCRETISMO E A MULTIPLICIDADE DE FUNÇÕES DENTRO DE UM PROCESSO ÚNICO	159
5.1 UNIFICAÇÃO DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.....	159
5.1.1 Unidade da jurisdição e anacronismo da repartição do processo em espécies autônomas	159
5.1.2 Síntese conclusiva do avanço do sincretismo e a unificação do processo civil brasileiro	161
5.2 MULTIFUNCIONALIDADE DO PROCESSO SINCRÉTICO E CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA.....	164
5.2.1 Noções introdutórias sobre a multifuncionalidade do processo civil sincrético	164
5.2.2 Multifuncionalidade e equilíbrio entre ativismo processual e garantismo processual	167
6 CONCLUSÕES	178
REFERÊNCIAS.....	185

1 INTRODUÇÃO

No seio de uma sociedade jurídica, política e economicamente organizada, um cidadão vê sua pretensão resistida por outro, e resolve pedir ao Estado que, no exercício de sua atividade jurisdicional, dite o direito no caso concreto. O Estado, uma vez acionado, tem o poder-dever de julgar o pleito do seu jurisdicionado, desde que tomou para si, com exclusividade, esse papel. Dá-se início a um processo.

O que se espera do findar desse simplificado relato? Responder-se-ia: que o Estado-Juiz conheça e solucione o conflito, satisfazendo o direito do autor (se julgado procedente o pedido), e acautelando ou antecipando a tutela jurídica quando necessário.

Quantos processos seriam necessários para solucionar essa lide? Ora, num plano ideal e como reflexo da lógica, se uma é a lide, deve haver apenas um processo.

Ocorre que essa não é (ou pelo menos não foi) a lógica do sistema processual civil brasileiro que, sob a ótica positivista, viu-se repartido em três espécies necessariamente distintas e autônomas: processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar. Ou seja, nota-se uma “multiplicação” de processos em torno de uma única lide, o que retrata um sistema arcaico, calcado em formalismos desnecessários, vãs repetições e etapas mortas, que emperram a máquina judiciária, gerando ônus demasiados às partes e ao próprio Estado brasileiro.

Em síntese, o propósito central deste estudo é buscar uma solução para o seguinte problema: em que medida é viável, no processo civil brasileiro, sob a perspectiva do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, negar a autonomia do processo de conhecimento, do processo de execução e do processo cautelar, miscigenando-os, sob a égide de um processo sincrético, único e multifuncional?

Para embasar sua resolução, no primeiro capítulo será analisado o fenômeno do neoprocessualismo e os reflexos da evolução da Teoria do Direito e do Direito Constitucional sobre a sistemática do processo civil brasileiro. Sendo assim, buscar-se-á, na medida do possível, traçar um panorama das principais correntes do pensamento jurídico, ressaltando a clássica dicotomia existente entre jusnaturalismo e positivismo jurídico, sob a luz do surgimento do pós-positivismo, para fundamentar

o desenvolvimento do neoconstitucionalismo e da constitucionalização do Direito e, a partir daí, investigar seus reflexos sobre o processo civil brasileiro. Feito isso, buscar-se-á delimitar o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva em consonância com dimensões axiológicas do neoprocessualismo.

A partir do segundo capítulo, passa-se ao enfrentamento direto e pontual do problema, na medida em que nele serão visualizados passado, presente e perspectivas de futuro do sincretismo entre processo de conhecimento e processo de execução no Direito Processual Civil brasileiro. Primeiramente, será analisado o paradigma da autonomia existente entre os referidos tipos de processo, fixando-se os antecedentes históricos do processo civil europeu de origem romana e a influência da doutrina de Enrico Tullio Liebman sobre a predominância dessa autonomia no texto original do Código de Processo Civil brasileiro de 1973.

Ainda no capítulo em referência, será examinada a reforma do Código de Processo Civil e a evolução do sincretismo entre processo de conhecimento e processo de execução, observando seu caráter excepcional no texto original do referido Código e na legislação extravagante, bem como seu fortalecimento após as diversas etapas da reforma processual, investigando os resquícios da autonomia na sistemática atual (pós-reforma) do Código de Processo Civil brasileiro.

Finalizando o capítulo em tela, será aventado o reconhecimento do sincretismo como novo paradigma da relação entre cognição e execução, a partir da proposta de inversão no que tange ao dogma da autonomia (o que envolve um posicionamento crítico acerca dos resquícios pontuados). Também nesse trecho final, serão desenvolvidos o estudo acerca do modelo trazido pela Lei dos Juizados Especiais Cíveis Federais e pelos Juizados Especiais da Fazenda Pública e a análise do Projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro, traçando-se as expectativas que se nutrem com relação ao sincretismo, caso o referido Projeto venha a ser aprovado.

Seguindo a mesma metodologia adotada no segundo capítulo, no terceiro serão visualizados passado, presente e perspectivas de futuro do sincretismo entre processo cautelar e processo principal no Direito Processual Civil brasileiro. Inicialmente, será analisado o paradigma da autonomia existente entre os referidos tipos de processo, fixando-se os antecedentes históricos do processo civil europeu e a adoção da autonomia no texto original do Código de Processo Civil brasileiro de 1973.

Também será examinada a reforma do Código de Processo Civil e a evolução do sincretismo entre processo cautelar e processo principal, seu fortalecimento após as diversas etapas da reforma processual, e os resquícios da autonomia na sistemática atual (pós-reforma) do Código de Processo Civil brasileiro.

Para finalizar o capítulo, será sustentado o reconhecimento do sincretismo como novo paradigma da relação entre cognição, execução, cautelar e antecipação de tutela, a partir da análise crítica das características fundamentais do processo cautelar, da proposta de inversão paradigmática entre autonomia e sincretismo e de um posicionamento crítico acerca dos resquícios pontuados. Também nesse trecho final, serão desenvolvidos o estudo acerca do modelo trazido pela Lei dos Juizados Especiais Cíveis Federais e pelos Juizados Especiais da Fazenda Pública e a análise do Projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro, traçando-se as expectativas que se nutrem com relação ao sincretismo, caso o referido Projeto venha a ser aprovado.

Como decorrência lógica dos capítulos anteriores, que terão por objeto a análise de manifestações pontuais do sincretismo processual, no último capítulo, o fenômeno será avaliado globalmente, sistematicamente. Ou seja, serão analisados os reflexos do avanço e do fortalecimento do sincretismo, considerado como um todo, para que se possa, assim, examinar a multiplicidade de funções dentro de um processo único.

Para tanto, inicialmente será ressaltada a unidade da jurisdição e o anacronismo da repartição do processo em espécies autônomas como pressuposto para a apreciação do fenômeno da unificação do processo civil brasileiro, que está associado diretamente à síntese conclusiva acerca do avanço do sincretismo analisado nos capítulos antecedentes.

A partir daí, e por fim, será avaliada a multifuncionalidade do processo sincrético e a sua compatibilidade com o equilíbrio entre ativismo processual e garantismo processual, sob o objetivo final de buscar a satisfação do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, verificando, assim, a sua adequabilidade às dimensões axiológicas do neoprocessualismo, perspectivas que guiarão todo o desenvolvimento do trabalho.

2 NEOPROCESSUALISMO E OS REFLEXOS DA EVOLUÇÃO DA TEORIA DO DIREITO E DO DIREITO CONSTITUCIONAL SOBRE A SISTEMÁTICA DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

O desenvolvimento de tema atualizado de processo civil exige uma análise que se coadune com as correntes contemporâneas do pensamento jurídico. Em outros termos, não há mais como dissociar a teoria do processo civil da evolução (quiçá revolução) pela qual a Teoria do Direito e o Direito Constitucional vêm passando nos últimos tempos.

Assim, antes de adentrar especificamente à proposta final deste capítulo, torna-se necessário pontuar a clássica dicotomia existente entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, destacando a ascensão do pós-positivismo como superação dessa dicotomia, e pontuando as mudanças paradigmáticas alavancadas por esta corrente jusfilosófica no direito contemporâneo.

Faz-se mister esclarecer, contudo, que não se trata de um estudo aprofundado, com intenção de esgotar a matéria, que certamente pode protagonizar pesquisas específicas. Sendo assim, a ideia é, na medida do possível, traçar um panorama das principais correntes do pensamento jurídico sob a égide do surgimento do pós-positivismo, destacando o desenvolvimento do neoconstitucionalismo e da constitucionalização do Direito, a fim de que se possa investigar os reflexos de tudo isso na sistemática do processo civil brasileiro.

É desse modo que se pretende abordar os pressupostos teóricos que servirão de base para o desenvolvimento da problemática central do trabalho que será pautado na perspectiva do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e em sua sintonia com as dimensões axiológicas do neoprocessualismo, sendo este associado ao pós-positivismo e ao neoconstitucionalismo, sob a égide da busca pelo equilíbrio entre os valores segurança e efetividade.

Em outros termos, neste capítulo inicial será apontada a mola propulsora do fortalecimento e expansão do sincretismo entre processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar no direito brasileiro, que será analisado pontualmente, e depois globalmente, nos capítulos seguintes. Enfim, deve-se notar que as ideias aqui desenvolvidas serão constantemente revisitadas no decorrer dos capítulos seguintes.

2.1 JUSNATURALISMO *VERSUS* POSITIVISMO JURÍDICO: DICOTOMIA HISTÓRICO-FILOSÓFICA NA BUSCA PELA LEGITIMAÇÃO DO DIREITO JUSTO

2.1.1 Panorama do jusnaturalismo

O jusnaturalismo representa uma corrente da filosofia do direito que influenciou com veemência o pensamento jurídico até o início do século XIX e que, em busca da legitimação do direito justo, propõe uma distinção entre direito positivo e direito natural, propugnando a superioridade deste com relação àquele, e alertando para a necessidade de uma abordagem axiológica do direito.

Viviane Nunes Araújo Lima, após analisar diversas definições de direito natural, afirma que é possível identificar características comuns a todas elas e que são consideradas por diversos autores como inerentes à própria noção de jusnaturalismo, independente da fase que esteja se referindo.¹ Semelhante caminho é seguido por Norberto Bobbio, que sistematiza a distinção entre direito natural e direito positivo com base em diversas concepções jusnaturalistas.² Assim, somando as considerações advindas desses dois estudos, é possível apontar algumas **características gerais** do jusnaturalismo:

1) Superioridade do direito natural ao direito positivo: para que se possa entender a importância dessa característica, que serve de verdadeiro parâmetro de identificação do jusnaturalismo, é preciso observar que, na época clássica, não havia essa superioridade, e sim uma relação de especificidade, de modo que o direito natural era considerado geral, e o direito positivo, que era tido como especial, prevalecia sobre aquele caso houvesse um conflito entre ambos. Na Idade Média, a relação entre as duas espécies de direito inverteu-se, de modo que o direito natural passou a ser considerado superior ao positivo, deixando de figurar como um direito comum e identificando-se como norma fundada na própria vontade de Deus e por este participada à razão humana. Em síntese, dessa concepção do direito natural como direito de inspiração cristã derivou a tendência permanente no pensamento

¹ LIMA, Viviane Nunes Araújo. **A Saga do Zangão**: uma visão sobre o direito natural. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 10-13.

² BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006 (Coleção elementos de direito), p. 21-23.

jusnaturalista de considerar tal direito como superior ao positivo.

Deve-se notar, todavia, que essa distinção de grau não implica, para o jusnaturalismo, em uma diversidade de qualificação. Ou seja, para a doutrina jusnaturalista, o direito natural e o direito positivo podem ser ambos qualificados como “direitos”, na mesma significação do termo, não havendo pretensão de exclusividade no uso da expressão.

2) Imutabilidade dos princípios e dos valores do direito natural: segundo a doutrina jusnaturalista, os princípios e valores do direito natural perduram por todo tempo, sem possibilidade de fixação nem da data de origem, nem da forma como essa ocorreu. O direito positivo, por sua vez, é mutável.

3) Universalidade dos princípios do direito natural: para o jusnaturalismo, os princípios do direito natural reputam-se válidos e legítimos em qualquer parte, sendo comuns a todos os povos. Já o direito positivo vale apenas em alguns lugares (particularidade).

4) Identidade de fundamentos nas doutrinas jusnaturalistas: as doutrinas calcam-se, em sua generalidade, na ideia da natureza humana, de Deus ou da razão. Isso demonstra o caráter metafísico e pré-científico dessa corrente de pensamento, assinalando ainda a sua postura de reflexão metajurídica no mundo ocidental durante vários séculos. A legitimidade da lei positiva dá-se exatamente se determinada pela lei natural que é perfeita, por apresentar os fundamentos mencionados.

5) Utilização dos princípios do direito natural como parâmetro de bondade e justiça: essa característica aponta para uma permanente e estreita relação entre Direito e Moral, não podendo a norma jurídica afastar-se dos valores que a informam e lhe conferem legitimidade. Segundo a doutrina jusnaturalista, enquanto o direito natural estabelece o que é “bom”, o direito positivo, aquilo que é útil.

6) Criação do direito natural pelos diversos agrupamentos sociais: enquanto o direito positivo é apenas posto pelo Estado, o direito natural pode ser instituído por outras instituições ou agrupamentos sociais, a exemplo da família.

Um estudo panorâmico dessas características permite constatar que a doutrina jusnaturalista calca-se essencialmente nos atributos do direito natural que, segundo essa doutrina, o faz ser superior ao direito positivo.

Deve-se notar, também, que, apesar dessas características poderem ser identificadas como pontos comuns às diversas fases no seu desenvolvimento

histórico, não se pretende com isso invocar a univocidade na noção de direito natural, mas apenas identificar um padrão de pensamento que permeia as doutrinas jusnaturalistas.³

Em decorrência dessa afirmação, observa-se que o jusnaturalismo adquire algumas feições ou particularidades no decorrer de sua evolução histórica, a depender da linha de pensamento à qual esteja associado, mas que não podem deixar de ser identificadas como “jusnaturalismo”.

Nesse sentido, Ricardo Maurício Freire Soares adverte que, embora orientada pela busca de uma justiça eterna e imutável, a doutrina jusnaturalista ofereceu, paradoxalmente, diversos fundamentos para a configuração de um direito justo ao longo da história do Ocidente. Por conseguinte, o autor agrupa o jusnaturalismo nas seguintes **categorias**:⁴

1) Jusnaturalismo cosmológico: vigente na Antiguidade Clássica, fundamenta-se na ideia de que os direitos naturais corresponderiam à dinâmica do próprio universo, refletindo as leis eternas e imutáveis que regem o funcionamento do cosmos.

2) Jusnaturalismo teológico: surgido na Idade Média, tem como fundamento jurídico a ideia da divindade como um ser onipotente, onisciente e onipresente; em outros termos, o direito justo advém de uma revelação religiosa.

3) Jusnaturalismo racionalista: ancorado nas revoluções liberais burguesas dos séculos XVII e XVIII (que caracterizaram a modernidade), apresenta como fundamento a razão humana universal.⁵

4) Jusnaturalismo contemporâneo: consiste num ressurgimento do jusnaturalismo no século XX, após as duras críticas que lhes foram apresentadas no

³ LIMA, Viviane Nunes Araújo. **A Saga do Zangão**: uma visão sobre o direito natural. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 13.

⁴ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 27-41.

⁵ Nesse período, destacam-se com veemência as ideias de Immanuel Kant, que admite normas jurídicas anteriores ao direito positivo e atreladas à ideia de liberdade: “O conceito de liberdade, tendo em vista que a sua realidade é demonstrada por meio de uma lei apodíctica da razão prática, constitui a pedra angular de todo o edifício de um sistema da razão pura, inclusive da razão especulativa, e todos os demais conceitos (os de Deus e de imortalidade) que, enquanto simples idéias, permanecem na razão especulativa sem apoio, conectam-se com este [conceito], e adquirem com ele e por meio dele consistência e realidade objetiva, isto é, a sua possibilidade é demonstrada pelo fato de ser liberdade efetiva, uma vez que tal idéia se manifesta por meio da lei moral”. Seguindo essa linha de raciocínio eminentemente jusnaturalista, merece destaque, ainda na obra de Immanuel Kant, a lei fundamental da razão prática pura: “Age de tal modo que a máxima de tua vontade possa valer sempre como princípio de uma legislação universal” (KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Tradução de Rodolfo Schaefer. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 11-12).

decorrer do século XIX, traduzindo um enraizamento da justiça no plano histórico e social, e atentando para as diversas acepções culturais acerca do direito justo. Revela-se, assim, como contraposição à concepção de justiça perene e imutável, apresentando, em contrapartida, uma visão relativista quanto às possibilidades de um direito justo.

Feita essa síntese das características gerais do jusnaturalismo e das categorias em que pode ser agrupado, é necessário esclarecer que essa corrente de pensamento não se viu ileso de críticas no decorrer de sua história. Com efeito, Ricardo Maurício Freire Soares encarrega-se de enumerar algumas dessas **críticas**, focando-se no problema da fundamentação do direito justo; críticas essas que podem ser compendiadas nos seguintes moldes:⁶

1) Embora a doutrina jusnaturalista tenha desempenhado a importante função de sinalizar a necessidade de um tratamento axiológico para o direito, fracassa na tentativa de fundamentar e legitimar o direito justo, uma vez que não oferece uma proposta satisfatória de compreensão dos liames mantidos entre direito, legitimidade e justiça.

2) O jusnaturalismo confunde os planos do ser e do dever ser, na medida em que boa parte da doutrina entende que o direito injusto seria descaracterizado como fenômeno jurídico.

3) A compreensão de justiça como uma estimativa a-histórica, atemporal e aespacial, não obstante o posicionamento crítico do jusnaturalismo contemporâneo, merece sérias objeções, já que em conformidade com os ensinamentos da axiologia contemporânea, o conceito de justiça é sempre relativo e condicionado ao tempo e ao espaço.

4) O jusnaturalismo identifica os atributos normativos da validade e legitimidade, ao afirmar que a norma jurídica vale se for justa, o que compromete as exigências de segurança jurídica, que se identifica com o princípio da legalidade inerente ao Estado Democrático de Direito.

Por conta das diversas críticas apontadas ao jusnaturalismo em sua trajetória, essa doutrina acabou passando por um colapso no final do século XVIII e cedeu espaço, no início do século XIX, para uma nova corrente da filosofia do Direito, o positivismo.

⁶ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 41-42.

Viviane Nunes Araújo Lima utiliza-se da metáfora do zangão para elucidar, com maestria, essa trajetória do direito natural, ressaltando que, tal qual o zangão, no reino animal, desde o seu nascimento, esforça-se para morrer em seguida, o direito natural, desde os tempos mais remotos, tenta fecundar o direito positivo e impregná-lo dos valores mais preciosos – Justiça, Liberdade e Bem Comum. Contudo, no momento em que realiza essa tarefa, ao final do século XVIII, “morre solapado pelo positivismo imperioso e avassalador do século seguinte”.⁷

Mas, paradoxalmente, a mesma autora nota que no início do século XX, o jusnaturalismo ressurgiu, intensificando-se, especificamente, ao final da 2ª Guerra Mundial, e demonstrando que suas ideias “não haviam morrido, mas apenas entrado num estado de catalepsia”.⁸

Enfim, após essa análise panorâmica da doutrina jusnaturalista, nota-se que, em que pese a pertinência das críticas a ela apontadas, o direito natural, em uma concepção contemporânea, não tem sido totalmente descartado das formulações jurídicas atuais, na medida em que estas atentam para a necessidade de uma visão axiológica do direito e para a preocupação com valores como o de justiça, que devem inspirar e dirigir a formação das normas jurídicas, fundamentando a sua aplicação.

2.1.2 Panorama do positivismo jurídico

O positivismo jurídico é uma corrente do pensamento jurídico que rompe com a dicotomia entre direito positivo e direito natural acima delineada, ao apregoar que apenas o direito positivo pode ser qualificado como direito em sentido próprio.

A exemplo do que se fez no tópico anterior, é possível apontar algumas **características gerais** do positivismo jurídico, tomando por base a doutrina de Norberto Bobbio:⁹

1) Exclusividade do direito positivo para significação do “direito”: por obra do positivismo jurídico, o direito natural é totalmente excluído da categoria do direito, de

⁷ LIMA, Viviane Nunes Araújo. **A Saga do Zangão**: uma visão sobre o direito natural. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 181.

⁸ Ibid., p. 181-182.

⁹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006 (Coleção elementos de direito), p. 26-28.

tal modo que o acréscimo do adjetivo “positivo” ao termo “direito” torna-se um pleonismo. O positivismo jurídico traduz-se, assim, na doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo.

2) Monopolização da produção jurídica por parte do Estado: para que se possa compreender essa característica, é preciso observar que a transição da concepção jusnaturalista para a positivista está ligada à formação do Estado Moderno, que surge com a dissolução da sociedade medieval. Essa era uma sociedade pluralista, pois era constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais, cada um dos quais dispo de um ordenamento jurídico próprio. Com a formação do Estado Moderno, a sociedade passa por um processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado, ou seja, assume uma estrutura monista, reservando para si, com exclusividade, o papel de estabelecer o direito, seja diretamente (através da lei) ou indiretamente (através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária).¹⁰

3) Mudança de posição do juiz quanto à formação do direito: intrinsecamente relacionada com a característica anterior, está o fato de que, antes da formação do Estado moderno, o juiz, ao resolver as controvérsias, não estava vinculado a escolher exclusivamente normas emanadas do órgão legislativo do Estado, mas tinha certa liberdade de escolha na determinação da norma a ser aplicada, uma vez

¹⁰ Sobre a formação do Estado Moderno, torna-se interessante observar a metáfora apresentada por Zigmunt Bauman: “Ao longo de toda a era moderna, a razão legislativa dos filósofos combinou bem com as práticas demasiadamente materiais dos Estados. O Estado moderno nasceu como uma força missionária, proselitista, de cruzada, empenhado em submeter as populações dominadas a um exame completo de modo a transformá-las numa sociedade ordeira, afinada com os preceitos da razão. A sociedade racionalmente planejada era a *causa finalis* declarada do Estado moderno. O Estado moderno era um Estado jardineiro. Sua postura era a de jardineiro. Ele deslegitimou a condição presente (selvagem, inculta) da população e desmantelou os mecanismos existentes de reprodução e auto-equilíbrio. Colocou em seu lugar mecanismos construídos com a finalidade de apontar a mudança na direção do projeto racional. O projeto, supostamente ditado pela suprema e inquestionável autoridade da Razão, fornecia os critérios para avaliar a realidade do dia presente. Esses critérios dividiam a população em plantas úteis a serem estimuladas e cuidadosamente cultivadas e ervas daninhas a serem removidas ou arrancadas. Satisfaziam as necessidades das plantas úteis (segundo o projeto do jardineiro) e não proviam as daquelas consideradas ervas daninhas. Consideravam as duas categorias como objetos de ação e negavam a ambas os direitos de agentes com autodeterminação.” (BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e ambivalência**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999, p. 29). Ademais, segundo Ricardo Maurício Freire Soares nessa concepção de Estado “as normas legais afiguram-se como instrumentos de uma razão planificante, capaz de engendrar a codificação do ordenamento jurídico e a regulamentação pormenorizada dos problemas sociais” (SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 60). Nota-se, assim, uma sincronia entre o pensamento de Zigmunt Bauman e a concepção traçada por Ricardo Maurício Freire Soares, principalmente por conta de uma característica elementar da modernidade: a hegemonia da razão. Em síntese, na visão de Ricardo Maurício Freire Soares, “o fenômeno da positivação é, pois, expressão palmar da modernidade jurídica, permitindo a compreensão do Direito como um conjunto de normas postas” (Ibid., p. 60).

que podia deduzi-la das regras de costume, daquelas elaboradas pelos juristas, ou ainda, baseando-se em critérios equitativos, extrair a regra do próprio caso em questão segundo princípios da razão natural. Todas essas regras constituíam fontes do direito, sendo possível falar em direito positivo e direito natural. Todavia, com a formação do Estado moderno, o juiz torna-se órgão do Estado, o Judiciário, subordinado ao Legislativo, sendo-lhe subtraída a faculdade de obter as normas a aplicar na resolução das controvérsias por normas sociais e sendo-lhe imposta a obrigação de aplicar apenas as normas postas pelo Estado, que se torna, assim, o único criador do direito, não havendo que se falar mais em direito natural, mas sim em uma única forma de direito a ser aplicado: o direito positivo (posto e aprovado pelo Estado).

Bem, traçadas essas características que justificam o surgimento do positivismo jurídico no Estado Moderno, cumpre observar que (assim como o jusnaturalismo) essa corrente de pensamento pode ser agrupada em **categorias**, sistematizadas à luz dos ensinamentos de Ricardo Maurício Freire Soares, e que continuam a caracterizar essa corrente de pensamento:¹¹

1) Positivismo legalista: é retratado na doutrina de Norberto Bobbio sob três aspectos:¹²

O primeiro aspecto diz respeito a certo modo de abordar o estudo do direito, sendo que o positivismo jurídico considera o direito como um fato e não como um valor. Em outros termos, na linguagem juspositivista, o direito é absolutamente avalorativo. Está diretamente relacionada com a teoria da validade do direito, já que, segundo o positivismo jurídico, a afirmação da validade de uma norma jurídica não implica também na afirmação do seu valor.

O segundo aspecto está relacionado a certa teoria do direito e abarca seis características fundamentais do positivismo jurídico: a) teoria da coatividade do direito - considera-se como direito as normas que valem por meio da força; b) teoria da legislação como fonte proeminente do direito - considera a lei com fonte primária do direito, abrindo possibilidade de discussão de questões como os costumes; c) teoria imperativista do direito - considera a norma como um comando; d) teoria da

¹¹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 44-49.

¹² BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006 (Coleção elementos de direito), p. 131-134.

coerência do ordenamento jurídico - exclui a possibilidade de coexistência de duas normas antinômicas (contraditórias ou contrárias) no ordenamento jurídico; e) teoria da completude do ordenamento jurídico - o juiz deve extrair de dentro do ordenamento jurídico a norma para resolver o caso que lhe é submetido, não se podendo falar em lacunas no direito; f) teoria da interpretação mecanicista - na atividade do jurista deve prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito.

O terceiro e último aspecto invoca certa ideologia do direito, propugnando a teoria da obediência à lei e relacionando-se com o positivismo ético, em sua vertente extremista (para a qual o direito tem um valor final, a estimativa suprema da justiça) e na moderada (segundo a qual se trata de um valor instrumental, priorizando a ordem como condição axiológica para a realização dos demais valores jurídicos).

2) Positivismo Lógico: Está estritamente relacionado com o advento da Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, na primeira metade do século XX, que representa uma conversão do positivismo jurídico em uma variante de normativismo lógico, propugnando um aumento significativo da separação da Ciência do Direito em face das dimensões fática e valorativa do fenômeno jurídico. Desse modo, passa-se a privilegiar apenas a validade das normas, já que se desenvolve uma estrutura hierárquica de normas, construída com base na noção de fundamento de validade da norma jurídica superior em relação à norma jurídica inferior, até que seja alcançada a norma fundamental hipotética, que determina o cumprimento obrigatório do direito positivo, independente de sua legitimidade enquanto direito justo. Em síntese, o positivismo lógico defende a impossibilidade de tratamento racional da justiça, não reconhecendo, nas questões valorativas, qualquer objetividade possível.¹³

3) Positivismo funcionalista: desenvolvido sob o pressuposto teórico dos aperfeiçoamentos sofridos pela doutrina positivista no decorrer do século XX, o positivismo funcionalista configura o direito como um sistema comunicativo de natureza autopoietica, no qual a legitimidade das normas é configurada como uma

¹³ Com efeito, nota-se que Hans Kelsen, ao desenvolver sua obra "Teoria Pura do Direito", afirma que se trata de uma teoria geral do direito (e não de uma ordem jurídica específica) que exclui do seu objeto "tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito" (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006 (Coleção Justiça e Direito), p. 01). Diante desta consideração, Hans Kelsen desenvolve a identidade do Estado e do Direito, retirando desse âmbito toda a carga ideológica e valorativa (Ibid., p. 316). Por fim, sobre a estrutura escalonada da ordem jurídica, fundamento de validade e norma fundamental hipotética, conferir: *ibid.*, p. 215-308.

ilusão funcionalmente necessária, que não pode ser revelada, sob pena de abalar-se a própria crença no sistema jurídico.

Sintetizadas as características e categorias inerentes ao positivismo jurídico, faz-se necessário ressaltar que essa corrente de pensamento foi e tem sido alvo de muitas **críticas** no decorrer de sua trajetória. Nesse sentido, cumpre observar algumas críticas pontuais apresentadas por Ricardo Maurício Freire Soares, em face do problema da fundamentação do direito justo:¹⁴

1) De modo geral, no que tange ao problema da fundamentação do direito justo, o positivismo jurídico revela propostas limitadas e insatisfatórias, na medida em que ao identificar direito positivo e direito justo e ao exacerbar a formalização da validade normativa, não propicia uma compreensão adequada da tríade direito, legitimidade e justiça.

2) O positivismo legalista deságua numa ideologia conservadora, que, calcada no positivismo ético, ora identifica a legalidade com o valor fim da justiça (visão extremista), ora concebe a ordem positivada como valor meio suficiente para a realização de um direito justo (visão moderada).

3) O positivismo lógico repulsa o tratamento racional do problema da justiça, afastando as dimensões fática e valorativa do plano da Ciência do Direito, e exigindo um ceticismo axiológico por parte do jurista.

4) O positivismo funcionalista sustenta que a legitimidade das normas figura como uma ilusão funcionalmente necessária, apresentando-se o direito justo como uma fórmula de contingência que não afeta a autonomia sistêmica. Em síntese, sob esse ponto de vista, torna-se irrelevante uma teoria da justiça como critério exterior ou superior do sistema jurídico.

5) A importância atribuída à ordem e à segurança pela doutrina positivista, ao difundir a estabilidade e a previsibilidade nas relações sociais como meios de concretização do direito justo, não pode ser elevada à sua caracterização como valor absoluto, capaz de esgotar a ideia de justiça.

Considerando-se pertinentes as críticas apontadas, nota-se que o juspositivismo, ao excluir o direito natural do âmbito jurídico, acabou enrijecendo o direito, na medida em que se abstém de qualquer reflexão axiológica mais aprofundada.

¹⁴ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 50-52.

Além disso, no que tange à exacerbada preocupação com a ordem e com a segurança jurídica como parâmetros para a fixação do direito justo, nota-se que o positivismo jurídico preocupa-se superficialmente com o problema da justiça, subordinado a legitimidade à observância de critérios de validade que presidem a produção das normas jurídicas.

Enfim, mostra-se inevitável a constatação de que esses rígidos padrões estabelecidos pela doutrina positivista precisam ser flexibilizados. É preciso atentar-se para outros valores que não apenas a ordem e a segurança na fixação do direito justo.

2.2 PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO E AS MUDANÇAS PARADIGMÁTICAS NO PENSAMENTO DO DIREITO

2.2.1 Reflexos da pós-modernidade na ciência jurídica

Como visto no item anterior, a transição da concepção jusnaturalista para a positivista está ligada à formação do Estado Moderno. Ocorre que, os excessos cometidos pela modernidade abriram margem para diversos questionamentos acerca de seus ideais. O uso exacerbado dos modelos racionalistas passou a ser objeto de severas críticas. A busca desenfreada pela fixação de verdades precisava ser relativizada.¹⁵

Trata-se da crise do projeto da modernidade, ou como afirma Boaventura de Sousa Santos, da irreversível “crise do paradigma dominante”, que propõe a relativização da verdade e da hegemonia da razão, elementos caracterizadores da modernidade jurídica.¹⁶

¹⁵ Nesse sentido, cumpre observar as ideias de Karl Popper: “Nossa ignorância é sóbria e ilimitada. De fato, ela é, precisamente, o progresso titubeante das ciências naturais (ao qual alude minha primeira tese), que constantemente, abre nossos olhos mais uma vez à nossa ignorância, mesmo no campo das próprias ciências naturais. Isto dá uma nova virada na idéia socrática de ignorância. A cada passo adiante, a cada problema que resolvemos, não só descobrimos problemas novos e não solucionados, porém, também, descobrimos que aonde acreditávamos pisar em solo firme e seguro, todas as coisas são, na verdade, inseguras e em estado de alteração contínua” (POPPER, Karl Raymund. **Lógica das ciências sociais**. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004 (Biblioteca Tempo Universitário nº 50), p. 13).

¹⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2009, p. 40. Nesse sentido, cumpre destacar, ainda, que Thomas S. Kuhn demonstra a necessidade de revoluções científicas para o alcance do progresso científico. Na verdade, o autor é bem contundente

Na visão de Boaventura de Sousa Santos é exatamente a constatação da crise do paradigma dominante que faz surgir os sinais do perfil do paradigma emergente. Entretanto, o autor deixa claro que “a configuração do paradigma que se anuncia no horizonte só pode obter-se por via especulativa. Uma especulação fundada nos sinais que a crise do paradigma actual emite mas nunca por eles determinada”.¹⁷

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, Zigmunt Bauman trata da referida crise destacando que ainda se vive no “rastros da modernidade” e que isso significa que é possível conscientizar-se das sérias falhas que acometem seu projeto. O autor situa a pós-modernidade como uma tomada de consciência, uma auto-reflexão crítica da modernidade. Ele não apresenta a pós-modernidade como uma contraposição à modernidade, mas sim, como a possibilidade de visualizá-la por completo, mudando o que precisa ser mudado.¹⁸

ao afirmar que “aparentemente o progresso acompanha, na totalidade dos casos, as revoluções científicas” (KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006 (Debates; 115), p. 210). Sobre a irreversibilidade da crise da modernidade e ascensão da pós-modernidade, observam-se as seguintes palavras de Norberto Bobbio: “Entramos na era que é chamada pós-moderna e é caracterizada pelo enorme progresso, vertiginoso e irreversível, da transformação tecnológica e, conseqüentemente, também tecnocrática do mundo. Desde o dia em que Bacon disse que a ciência é poder, o homem percorreu um longo caminho! O crescimento do saber só fez aumentar a possibilidade do homem de dominar a natureza e os outros homens” (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 209). Apenas para complementar o sentido das palavras de Norberto Bobbio, nota-se que Francis Bacon, em “Novum Organum”, assevera como “absolutamente certo que ninguém que deixe de levar em conta essas coisas, por ínfimas e insignificantes que sejam, conseguirá e poderá exercer domínio sobre a natureza”, frase que transparece em clareza meridiana o seu propósito (BACON, Francis. **Novum Organum**. Tradução e notas de José Aluysio Reis de Andrade. São Paulo: Nova Cultural, 1997 (Os pensadores), p. 91).

¹⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2009, p. 59.

¹⁸ Zigmunt Bauman tem se debruçado sobre o estudo da pós-modernidade, retratando-a nos seguintes termos: “O que é realmente novo na nossa situação, em outras palavras, é o nosso ponto de observação. Embora ainda bem próximos da era moderna e sentindo os efeitos da turbulência que ela provocou, podemos agora (melhor ainda, estamos preparados para e dispostos a) ter uma visão fria e crítica da modernidade na sua totalidade, avaliar o seu desempenho, julgar a solidez e congruência da sua construção. É isso, em última análise, que representa a idéia da pós-modernidade: uma existência plenamente determinada e definida pelo fato de ser ‘pós’, posterior, e esmagada pela consciência dessa condição. A pós-modernidade não significa necessariamente o fim, o descrédito ou rejeição da modernidade. Não é mais (nem menos) que a mente moderna a examinar-se longa, atenta e sobriamente, a examinar sua condição e suas obras passadas, sem gostar muito do que vê e percebendo a necessidade de mudança. A pós-modernidade é a modernidade que atinge a maioria, a modernidade olhando-se a distância e não de dentro, fazendo um inventário completo de ganhos e perdas, psicanalisando-se, descobrindo as intenções que jamais explicitara, descobrindo que elas são mutuamente incongruentes e se cancelam. A pós-modernidade é a modernidade chegando a um acordo com a sua própria impossibilidade, uma modernidade que se automonitora, que conscientemente descarta o que outrora fazia inconscientemente” (BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e ambivalência**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999, p. 288).

Como é possível observar, a pós-modernidade envolve dúvidas, incertezas, desconfiança, fluidez, especulações. E é com esse referencial que Boaventura de Sousa Santos, em peculiar reflexão epistemológica, reconhece um novo modelo do conhecimento científico, por ele designado como “paradigma de um conhecimento prudente para uma vida decente”, destacando que o mesmo não é somente científico, mas, também, um paradigma social.¹⁹

Boaventura de Sousa Santos se utiliza de um conjunto de **teses que justificam e caracterizam o conhecimento pós-moderno**.²⁰

1) Todo o conhecimento científico-natural é científico-social: a separação, típica da ciência moderna, entre ciências naturais e ciências sociais não faz mais sentido, sendo desprovida de qualquer utilidade; restam igualmente superadas as distinções entre natureza e cultura, natural e artificial, vivo e inanimado, mente e matéria, observador e observado, subjetivo e objetivo, coletivo e individual, animal e pessoa.

2) Todo conhecimento é local e total: a ciência moderna foi marcada por uma profunda especialização do conhecimento, seguindo um pensamento de que quanto mais restrito é o objeto, maior é o rigor científico. Já no paradigma emergente todo conhecimento é local e total, sendo, dessa forma, um conhecimento universal.

3) Todo conhecimento é autoconhecimento: o objeto investigado e o sujeito investigador não são estanques, sendo que o objeto também é o próprio sujeito e na pesquisa científica os juízos de valor imiscuem-se na explicação científica. Ademais, diferentemente da ciência moderna, no paradigma emergente, a ciência é menos ativa do que contemplativa.

4) Todo o conhecimento científico visa constituir-se em senso comum: a ciência pós-moderna reabilita o senso comum, afastado pela ciência moderna. Essa quarta e última tese pode ser encarada como um retorno ao senso comum, mas, não um retorno ao senso comum anterior ao rompimento da ciência moderna, e sim, um senso comum diferenciado, esclarecido.

Após essa breve caracterização da crise da modernidade e do advento da pós-modernidade já é possível visualizá-la em uma abordagem jurídica. Para tanto, vale-se, mais uma vez, dos ensinamentos de Ricardo Maurício Freire Soares, que

¹⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2009, p. 60.

²⁰ Ibid., p. 61-92.

sintetiza com maestria os **elementos da pós-modernidade jurídica**, afirmando que se remete a um fenômeno:²¹

1) Plural: manifesta a deflagração de sistemas normativos genéricos e o conseqüente aparecimento de microssistemas jurídicos. Abre-se, assim, espaço para que uma multiplicidade de fontes legislativas regule os mesmos comportamentos sociais, ao passo em que alavanca um fenômeno de descodificação, em contramão com os ideais da modernidade jurídica. Além disso, o pluralismo coaduna-se com o surgimento dos interesses difusos, que transcendem as esferas dos indivíduos para alcançar toda a comunidade jurídica.

2) Reflexivo: caracteriza-se pela abertura do sistema jurídico e a sua suscetibilidade aos influxos fáticos e axiológicos. Enquanto na modernidade, principalmente por conta do positivismo lógico, notou-se uma rígida separação entre a Ciência do Direito e as dimensões fática e valorativa do fenômeno jurídico, o direito pós-moderno passa a espelhar as demandas da coexistência societária.

3) Prospectivo: a dinamicidade do fenômeno jurídico exige do legislador a elaboração de diplomas legais marcados pela textura aberta, de modo que a utilização de fórmulas normativas propositadamente genéricas, indeterminadas e contingenciais revela a preocupação de conferir a necessária flexibilidade aos modelos normativos, a fim de que possa adaptá-los aos novos tempos.

4) Discursivo: o direito pós-moderno exige o uso apropriado dos instrumentos linguísticos da semiótica, de modo que o jurista deve procurar as significações do direito no contexto das interações comunicativas.

5) Relativo: a repulsa à concepção de verdades absolutas, uma das molas propulsoras do paradigma pós-moderno, também se reflete no direito, que passa a não conceber verdades jurídicas absolutas, mas sempre dados relativos e provisórios, o que abre espaço para um novo modelo interpretativo ou, em outros termos, consolida um novo saber hermenêutico.

Nota-se, pelo exposto, que o Direito não se viu inerte diante das mudanças paradigmáticas operadas pela pós-modernidade. Pelo contrário, abriu-se para uma nova roupagem que envolve um fenômeno jurídico plural, reflexivo, prospectivo, discursivo e relativo.

Luís Roberto Barroso sintetiza com maestria a inevitável interligação entre o

²¹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 67-72.

direito, a crise da modernidade, a fluidez dos acontecimentos contemporâneos e os anseios por mudanças paradigmáticas. Com efeito, o autor destaca que a insegurança é a característica mais marcante dos tempos atuais, que podem ser figurados como momento de fumaça, espuma, penumbra, ou seja, uma era em que tudo é ainda muito incerto.²²

É com esse espírito inquieto e especulativo de uma época que se convencionou chamar de “pós-modernidade”, que se abre margem para a emergência do pós-positivismo jurídico, como superação da dicotomia existente entre positivismo e jusnaturalismo, em busca de um direito legítimo que consiga conciliar valores como segurança e justiça.

2.2.2 Panorama do pós-positivismo jurídico

O pós-positivismo jurídico traduz-se numa corrente jusfilosófica que rompe com a dicotomia moderna existente entre jusnaturalismo e positivismo jurídico, alavancando, em um contexto pós-moderno, mudanças paradigmáticas que invocam uma reflexão axiológica e aproximam o Direito da justiça, buscando conferir-lhe legitimidade.

Com efeito, diante das críticas já apontadas ao jusnaturalismo e ao positivismo jurídico, em suas diversas categorias, essas correntes, isoladamente consideradas, mostraram-se incapazes de fundamentar com consistência a formulação de um direito justo.

Em síntese, na visão de Ricardo Maurício Freire Soares, o jusnaturalismo revelou para a Filosofia do Direito uma fragilidade ao fundamentar o direito justo no direito natural, não apenas pela insegurança gerada pelo caráter absoluto e pela

²² Cumpre conferir diretamente as palavras do autor: “[...]. O Direito vive uma grave crise existencial. Não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos. De fato, a injustiça passeia pelas ruas com passos firmes e a insegurança é a característica da nossa era. Na aflição dessa hora, imerso nos acontecimentos, não pode o intérprete beneficiar-se do distanciamento crítico em relação ao fenômeno que lhe cabe analisar. Ao contrário, precisa operar em meio à fumaça e à espuma. Talvez esta seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos pós e neo: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus” (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 21 de novembro de 2010, p. 2).

abstração metafísica do conceito, senão também pela valorização excessiva da legitimidade em face da validade da norma jurídica, que se faz necessária para a manutenção da ordem e da segurança no convívio social.²³

Ademais, no entender do autor, a jusfilosofia também identificou limites no positivismo jurídico no que tange à fundamentação do direito justo, em suas diversas categorias, em face do seu distanciamento no que se refere à dimensão axiológica do fenômeno jurídico, priorizando nitidamente a validade normativa em face da legitimidade do ordenamento jurídico, sob o argumento de estar garantindo a segurança jurídica.²⁴

O pós-positivismo surge, portanto, para mudar o que precisa ser mudado e, ante a ineficiência das duas correntes, rompe com a dicotomia, propondo **mudanças paradigmáticas** que vão se fincar em bases do pensamento jurídico contemporâneo. Ricardo Maurício Freire Soares debruça-se sobre a identificação dessas mudanças que, à luz das suas explanações, podem ser sintetizadas nos seguintes termos:²⁵

1) O delineamento de uma nova hermenêutica jurídica: um dos aspectos que marca essa mudança paradigmática é a transição da tradicional hermenêutica técnica (mero instrumental para a exegese de textos) para uma hermenêutica filosófica, que reúne os problemas gerais da compreensão no tratamento das práticas interpretativas do direito, e interliga a interpretação jurídica com ideias como a recusa à literalidade textual, a historicidade, a abertura aos valores, a dialogicidade e o horizonte jurídico.

Outro aspecto é o reconhecimento da interpretação do direito como atividade de compreensão, uma vez que se mostra imprescindível a contribuição positiva do sujeito, que realizará as conexões necessárias, executando uma tarefa

²³ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 73.

²⁴ Ibid., loc. cit.

²⁵ Ibid., p. 75-120. Sobre as mudanças paradigmáticas alavancadas pelo pós-positivismo jurídico, Luís Roberto Barroso apresenta a seguinte síntese, que se coaduna com as apontadas por Ricardo Maurício Freire Soares: “No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia” (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 21 de novembro de 2010, p. 5).

eminentemente valorativa e finalística.

Uma terceira perspectiva, ainda dentro do delineamento de uma nova hermenêutica jurídica, diz respeito à emergência da dimensão semiótica da interpretação jurídica. Sob esse prisma, ao decodificar a linguagem estampada no modelo normativo, o intérprete opera verdadeira paráfrase, de modo que decidir acarreta em um remodelamento do discurso do direito positivo. Em outros termos, o significado da norma é produzido pelo intérprete.²⁶

Em quarto lugar, reconhece-se uma transição interpretativa da letra ao espírito da norma jurídica. Com isso, resta esclarecido que a proposição de uma hermenêutica filosófica não envolve uma repulsa à importante função instrumental que as técnicas interpretativas desempenham no processo interpretativo. Pelo contrário, a proposta envolve um sincretismo dos caminhos interpretativos gramatical, lógico-sistemático, histórico, sociológico e teleológico, elevando a importância desse último que exerce o papel de iluminar os outros, permitindo, assim, que o intérprete transite da palavra em direção ao espírito do ordenamento jurídico.

Um último aspecto a ser mencionado diz respeito ao deslocamento do subjetivismo para o objetivismo hermenêutico, com o fulcro de intensificar a participação ativa do intérprete do direito. Em outros termos, combinando a exigência de segurança jurídica com o impulso incessante por transformação, a hermenêutica jurídica, numa perspectiva pós-positivista, inclina-se para a superação do tradicional subjetivismo (vontade do legislador) em favor de um novo entendimento do objetivismo (vontade da lei), avivando uma participação ativa do intérprete na exteriorização dos significados da ordem jurídica.²⁷

²⁶ Eros Roberto Grau, ao discorrer acerca da produção da norma pelo intérprete, esclarece que não se trata de afirmar que ele, literalmente, crie a norma. É que, na visão do autor, a norma já se encontra, em estado de potência, no invólucro do texto normativo. Em síntese, é no sentido de desvencilhamento da norma do seu invólucro (no sentido de fazê-la brotar do texto, do enunciado) que Eros Roberto Grau entende que o intérprete “produz a norma” (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 32).

²⁷ Sobre esse aspecto, torna-se interessante conferir os ensinamentos de Karl Engisch: “[...]. Antes, é precisamente aqui que começa a problemática central da teoria jurídica da interpretação: O conteúdo objectivo da lei e, conseqüentemente, o último ‘escopo da interpretação’, são determinados e fixados através da ‘vontade’ do legislador histórico, manifestada então e uma vez por todas, de modo que a dogmática jurídica deva seguir as pisadas do historiador não, claro está, em razão da história, mas em razão da própria matéria em causa, ou não será, pelo contrário, que o conteúdo objectivo da lei tem autonomia em si mesmo e nas suas ‘palavras’, enquanto ‘vontade da lei’, enquanto sentido objectivo que é independente do mentar e do querer ‘subjectivos’ do legislador histórico e que, por isso, em caso de necessidade, é capaz de movimento autónomo, é susceptível de evolução como tudo aquilo que participa do espírito ‘objectivo’? Em volta desta problemática se trava a luta das

2) A transição do pensamento sistemático para o pensamento tópico: trata-se da passagem de um pensamento de base lógico-dedutiva (o sistemático) para um pensamento calcado na busca pela realização da justiça de acordo com as peculiaridades do caso concreto (o tópico).²⁸

3) A desformalização da lógica jurídica: consiste em uma retomada da ligação entre lógica jurídica e dimensão axiológica do direito, com o fito de garantir a possibilidade de realização concreta da justiça, rompendo-se, assim, com a tradição positivista que impôs esse afastamento.²⁹

4) A valorização da principiologia jurídica: identifica-se como mais uma repulsa ao posicionamento positivista e o seu rígido afastamento da dimensão axiológica do direito. Assim, em rebate a esse ponto de vista, o pós-positivismo jurídico busca conferir aos princípios uma condição central na estruturação do raciocínio do jurista, com reflexos diretos na interpretação e aplicação da norma jurídica, na busca pela realização do direito justo. Com isso, oferece-se um instrumental metodológico mais compatível com o funcionamento dos sistemas jurídicos contemporâneos, a fim de conciliar legalidade e legitimidade e restaurar a interligação entre Direito e Moral.

Seguindo essa linha de raciocínio, a doutrina pós-positivista eleva os princípios à categoria de normas jurídicas, ocupando um espaço ao lado das regras

teorias da interpretação jurídica designadas abreviadamente por teoria subjectivista e teoria objectivista até aos dias de hoje.” (ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de J. Baptista Machado. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 170).

²⁸ Acerca do pensamento tópico e da sua contraposição ao pensamento sistemático-dedutivo, cumpre destacar as ideias de Theodor Viehweg: “a tópica é uma técnica de pensar por problemas, desenvolvida pela retórica. Ela se desdobra numa contextura cultural claramente nas menores particularidades de outra de tipo sistemático dedutivo. A tópica é encontrada no *ius civile*, no *mos italicus*, bem como na civilística atual e presumivelmente também em outros campos. As tentativas da era moderna de desligá-la da jurisprudência tiveram um êxito muito restrito. O prosseguimento destas tentativas exigiu uma sistematização dedutiva rigorosa da nossa disciplina, com auxílio de meios exatos. O seu alvo foi transformar a jurisprudência em ciência do Direito através de sistematização dedutiva. Com isto, ficava pressuposto que os seus problemas podiam, deste modo, ser eliminados completamente. Caso isto não seja aceito, a jurisprudência teria de ser entendida como um procedimento de discussão de problemas que, como tal, é objeto da ciência do Direito. A tentativa seria então, a de permanecer consciente disto em todos os seus pormenores, configurando este procedimento de modo mais claro e completo e o mais possível conforme à sua natureza. Para isto, seria imprescindível ao menos levar a tópica em conta e tentar desenvolver uma suficiente teoria da práxis” (VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília-DF: Editora Universidade de Brasília, 1979, p. 17-18).

²⁹ Nesse sentido, conferir o pensamento de Chaïm Perelman acerca da lógica argumentativa e da nova retórica, que se traduz no “estudo de técnicas jurídicas que visam a provocar ou a intensificar a adesão de certo auditório às técnicas apresentadas”, utilizando-se dos *topoi* mais persuasivos para o desfecho do caso concreto, por meio de uma força argumentativa potencializada pelo uso da principiologia jurídica (PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. Tradução de Verginia K. Puppi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004 (Coleção Justiça e Direito), p. 141-243).

e delas distinguindo-se. Em outros termos, na ótica pós-positivista, a norma jurídica é o gênero, do qual são espécies as regras e os princípios.³⁰

Vale notar que Robert Alexy situa a distinção entre regras e princípios na base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais, visualizando-a como uma verdadeira chave para a solução dos problemas centrais de sua dogmática. Segundo o autor, regras e princípios devem ser reunidos sob o conceito de norma, já que ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição.³¹

Para Robert Alexy o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios situa-se no fato de que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, a seu ver, mandamentos de otimização, que são diferenciados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas (cujo âmbito é determinado pelos princípios e regras colidentes).³²

As regras, por sua vez, são vistas pelo autor como normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Elas contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática ou juridicamente possível. Isso significa que, segundo Robert Alexy, a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa e não de grau. O autor ressalta ainda que toda norma é ou uma regra ou um princípio, não reconhecendo outra espécie normativa.³³

Cumprido observar que para Robert Alexy, a distinção entre regras e princípios mostra-se ainda mais clara nos casos de colisões entre princípios e de conflitos

³⁰ Sobre a normatividade dos princípios merecem destaque os argumentos de Norberto Bobbio: “Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. [...] Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. [...]” (BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 158-159).

³¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85-87.

³² Ibid., p. 90.

³³ Ibid., p. 91.

entre regras. É que, segundo ele, um conflito entre regras somente pode ser solucionado se for inserida, em uma das regras uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. Ou seja, trata-se de uma decisão sobre validade, não se devendo falar em graduação.³⁴

Já as colisões entre princípios dão-se de forma completamente diversa. Com efeito, na visão do autor, se dois princípios colidem, um dos princípios terá que ceder, mas isso não significa nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. O que ocorre é que uma relação de precedência de um princípio em face do outro, sob determinadas condições. E, mudando as condições, a precedência pode ser resolvida de forma oposta.³⁵

Enfim, segundo o entendimento de Robert Alexy, os conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, ao passo que as colisões entre princípios ocorrem em uma dimensão de peso, calcada numa lei de colisão que fundamenta a teoria dos princípios por ele defendida e traduz-se nos seguintes termos: “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”.³⁶

Bem, feitos esses esclarecimentos à luz da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, resta indubitável que os princípios são dotados de normatividade jurídica e que não se confundem com as regras. É preciso destacar, por conseguinte, que, no contexto pós-positivista os princípios desempenham funções diversificadas no ordenamento jurídico. Sendo assim, passam a ser qualificados como fonte imediata do direito, podendo ser aplicados diretamente a todos os casos concretos; fundamentam o direito positivo, exprimindo finalidades e estimativas que inspiram a criação do ordenamento jurídico; e informam e orientam a interpretação e aplicação de todo o sistema normativo.³⁷

Em síntese, somada essa diversificada funcionalidade decorrente da valorização da principiologia jurídica às demais mudanças paradigmáticas operadas pelo pós-positivismo jurídico, chega-se a conclusão de que essa corrente

³⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91-93.

³⁵ Ibid., p. 93-94.

³⁶ Ibid., p. 94-99.

³⁷ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 118-119.

jusfilosófica consegue superar a dicotomia existente entre jusnaturalismo e positivismo jurídico e apontar ferramentas fundamentais para o alcance do direito justo, uma vez que se preocupa com a sincronia entre valores como segurança e efetividade.

2.3 NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

2.3.1 Panorama do neoconstitucionalismo

O neoconstitucionalismo desponta como um novo modelo jurídico e político que orienta o Estado Constitucional de Direito na contemporaneidade, configurando-se como fruto da infiltração do pós-positivismo no Direito Constitucional, e alavancando mudanças paradigmáticas que geram uma nova percepção da constituição e de sua função na interpretação jurídica.

Luís Roberto Barroso destaca-se no estudo do neoconstitucionalismo e, no esforço de reconstituir, de maneira objetiva, a trajetória percorrida pelo Direito Constitucional nas últimas décadas, na Europa e no Brasil, aponta-lhe três **marcos fundamentais**: o histórico, o filosófico e o teórico.³⁸

O **marco histórico** do novo Direito Constitucional na Europa continental foi o constitucionalismo que se desenvolveu após a Segunda Grande Guerra Mundial, redefinindo o lugar da constituição e a influência do Direito Constitucional sobre as instituições contemporâneas. Numa busca pela congruência entre constitucionalismo e democracia, surge uma nova forma de organização política que pode ser identificada como Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito ou Estado constitucional democrático.

Nesse sentido, Antonio Enrique Pérez Luño, ao discorrer sobre o processo de positivação dos direitos fundamentais, afirma que o término da Segunda Guerra Mundial, após a experiência das ditaduras totalitárias, reproduziu a necessidade de renovação constitucional em correspondência com as novas exigências políticas e

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 21 de novembro de 2010, p. 2-12.

sociais. Segundo o autor, no período imediatamente após o fim da guerra, os Estados passaram a desenvolver novas constituições, que apresentam analogias na estrutura e no conteúdo, de tal modo que quase todas podem ser vistas como um ato de fé no regime democrático e uma declaração de direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais que ocupam uma posição central. Nesse contexto, destacam-se as Constituições francesas, de 1946 e 1958, a Constituição italiana, de 1948, e a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949.³⁹

No Brasil, o marco histórico do neoconstitucionalismo foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar. Com efeito, a Carta Constitucional de 1988 representou um papel fundamental na transição do Estado brasileiro de um regime autoritário para o Estado democrático de direito, e tem propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país.

O **marco filosófico** do neoconstitucionalismo é o pós-positivismo jurídico, que, como visto nesse trabalho, está associado à superação histórica do jusnaturalismo e ao fracasso político do positivismo jurídico, que abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado acerca do Direito, sua função social e sua interpretação, reaproximando o Direito da Moral e da Filosofia.

O propósito dos tópicos anteriores desse capítulo foi exatamente pontuar a dicotomia existente entre jusnaturalismo e juspositivismo, e suas relações com a ideia de direito justo, destacando a ascensão do pós-positivismo como superação dessa dicotomia, e pontuando as mudanças paradigmáticas alavancadas por essa corrente jusfilosófica no direito contemporâneo, traçando, na medida do possível, um panorama das correntes do pensamento jurídico sob a égide do surgimento do pós-positivismo jurídico, que se afigura como marco filosófico para o desenvolvimento do neoconstitucionalismo.

Bem compatível com essa infiltração do pós-positivismo no constitucionalismo contemporâneo, é o conceito de direitos humanos apresentado por Antonio Enrique Pérez Luño, segundo o qual esses direitos aparecem como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e

³⁹ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 125.

internacional. Com efeito, nota-se que a definição proposta pretende conciliar duas grandes dimensões que integram a noção geral dos direitos humanos: a exigência jusnaturalista quanto à sua fundamentação; e as técnicas de positivação e proteção que dão a medida de seu exercício. Supera, portanto, a dicotomia entre jusnaturalismo e positivismo jurídico, numa nítida perspectiva pós-positivista.⁴⁰

Mas, estabelecido esse marco filosófico, é preciso destacar ainda os **marcos teóricos** do neoconstitucionalismo, que se traduzem em três grandes transformações que subverteram o pensamento tradicional no que tange à aplicação do Direito Constitucional, quais sejam:

1) Reconhecimento de força normativa à constituição: trata-se de uma das mudanças paradigmáticas atribuídas ao século XX, que confere à constituição o *status* de norma jurídica, superando a caracterização essencialmente política desse documento, que figurava no modelo anterior como mero convite à atuação dos poderes públicos.⁴¹

Atualmente, o reconhecimento da força normativa da constituição constitui uma premissa para o seu estudo. A norma constitucional, como norma jurídica que o é, é dotada de imperatividade e a sua inobservância deve acarretar mecanismos de coação.

No contexto europeu, o divisor de águas para tal mudança de perspectiva foi a Segunda Guerra Mundial, destacando-se a Alemanha e a Itália como países precursores na atribuição de força normativa às suas Constituições. No Brasil, esse fenômeno com veemência na Constituição de 1988.

2) Expansão da jurisdição constitucional: consiste na transição do modelo de supremacia do Poder Legislativo (inspirado na doutrina inglesa e francesa) para o da supremacia da constituição (inspirado na experiência americana), que envolve a

⁴⁰ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 50-53.

⁴¹ Sobre essa temática, destaca-se a obra de Konrad Hesse "A Força Normativa da Constituição", traduzida para o português por Gilmar Ferreira Mendes que, ao apresentá-la aos leitores brasileiros, traça uma noção geral do que vai ser abordado pelo autor, nos seguintes termos: "Esse trabalho do Professor Konrad Hesse que apresentamos ao leitor brasileiro, base de sua aula inaugural na Universidade de Freiburg-RFA, em 1959, é um dos textos mais significativos do Direito Constitucional moderno. Contrapondo-se às reflexões desenvolvidas por Lassale, esforça-se Hesse por demonstrar que o desfecho do embate entre os fatos reais do Poder e a Constituição não há de verificar-se, necessariamente, em desfavor desta. A Constituição não deve ser considerada a parte mais fraca. Ressalta Hesse que a Constituição não significa apenas um pedaço de papel, como definido por Lassale. Existem pressupostos realizáveis (*realizierbare Voraussetzungen*), que, mesmo em caso de eventual confronto, permitem assegurar a sua força normativa" (HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung)**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 5).

constitucionalização dos direitos fundamentais, cuja proteção passa a caber ao Poder Judiciário.

Por conseguinte, a partir da década de 40, inúmeros países europeus passaram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais, figurando como precursores, mais uma vez, a Alemanha e a Itália, tendo alastrado-se por toda a Europa, de modo que atualmente, somente o Reino Unido, Holanda e Luxemburgo ainda mantêm o padrão de supremacia parlamentar. No Brasil, a jurisdição constitucional expandiu-se, notadamente, a partir da Constituição de 1988.⁴²

3) Desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional: seguindo a mesma linha de raciocínio do delineamento de uma nova hermenêutica desenvolvida no contexto pós-positivista, a interpretação constitucional, ao não se contentar apenas com as técnicas tradicionais de interpretação, invoca um verdadeiro sincretismo metodológico.

Assim, ante as especificidades das normas constitucionais, a doutrina e a jurisprudência têm sistematizado um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional, situando-se entre eles: o da supremacia da constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e dos atos do Poder Público, o da interpretação conforme a constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade.

Incluem-se entre as categorias da nova interpretação constitucional, as cláusulas gerais, os princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação. Nas cláusulas gerais utilizam-se termos ou expressões de textura aberta, dotados de plasticidade, que fornecem um início de interpretação a ser complementado pelo intérprete à luz do caso concreto.

⁴² Boaventura de Sousa Santos observa a manifestação desse fenômeno no Brasil, correlacionando com a conscientização da população no que tange aos seus direitos e ao aumento da exigibilidade. Com efeito, afirma o autor: “No caso do Brasil, mesmo descontando a debilidade crônica dos mecanismos de implementação, aquela exaltante construção jurídico-institucional, tende a aumentar as expectativas dos cidadãos de verem cumpridos os direitos e as garantias consignadas na Constituição, de tal forma que, a execução deficiente ou inexistente de muitas políticas sociais pode transformar-se num motivo de recurso aos tribunais. Acresce o facto de, também a partir da Constituição de 1988, se terem ampliado as estratégias e instituições das quais se pode lançar mão para invocar os tribunais, como, por exemplo, a ampliação da legitimidade para a propositura de ações directas de inconstitucionalidade, a possibilidade de as associações interporem ações em nome dos seus associados e a consagração da autonomia do Ministério Público. A redemocratização e o novo marco constitucional darão maior credibilidade ao uso da via judicial como alternativa para alcançar direitos” (SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008, p.18).

Essa mesma perspectiva reflete-se no que tange aos princípios (reconhecidos como normas numa perspectiva pós-positivista), sendo que cabe ao intérprete realizar a definição do conteúdo de cláusulas como a dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência. Ou seja, aqui também nota-se a importância do intérprete na definição concreta de seu sentido e alcance.⁴³

Sobre as colisões de normas de normas constitucionais, aplica-se aqui o pensamento de Robert Alexy apontado na abordagem do pós-positivismo, e segundo o qual os conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, ao passo que as colisões entre princípios ocorrem em uma dimensão de peso. Nessa perspectiva, não basta ao intérprete apenas o exercício da subsunção ou a utilização dos critérios tradicionais de solução de conflitos normativos - hierárquico, cronológico e da especialização -, mas o exercício de uma atividade de sopesamento.⁴⁴

Por último, e ainda na mesma ótica já apontada na abordagem do pós-positivismo, para assegurar a legitimidade e a racionalidade de sua interpretação, num plano argumentativo, o intérprete deverá: fundamentá-la em uma norma constitucional ou legal; utilizar-se de um fundamento jurídico aplicável a casos semelhantes, não se valendo de casuísmo; atentar-se para as consequências práticas que a sua decisão produzirá no mundo dos fatos.

Enfim, por tudo quanto exposto nota-se que as mudanças paradigmáticas alavancadas pelo neoconstitucionalismo influenciam diretamente na interpretação e aplicação do direito, que devem acompanhar as tendências do Direito Constitucional contemporâneo, calcando-se numa base axiológica e argumentativa, sob a égide da força normativa da constituição, que ilumina todo o sistema jurídico com os seus preceitos. E é desse complexo de fenômenos que resulta o processo de

⁴³ Sobre a importância dos princípios nessa nova dogmática da interpretação constitucional, Humberto Ávila afirma que: “Os estudos de direito público, especialmente de direito constitucional, lograram avanços significativos no que se refere à interpretação e à aplicação das normas constitucionais. Hoje, mais do que ontem, importa construir o sentido e delimitar a função daquelas normas que, sobre prescreverem fins a serem atingidos, servem de fundamento para a aplicação do ordenamento constitucional - os princípios jurídicos. É até mesmo plausível afirmar que a doutrina constitucional vive, hoje, a euforia do que se convencionou chamar de Estado Principiológico. Importa ressaltar, no entanto, que notáveis exceções confirmam a regra de que a euforia do novo terminou por acarretar alguns exageros e problemas teóricos que têm inibido a própria efetividade do ordenamento jurídico. Trata-se, em especial e paradoxalmente, da efetividade de elementos chamados de fundamentais - os princípios jurídicos” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 23).

⁴⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 94-99.

constitucionalização do Direito.

2.3.2 A constitucionalização do Direito

Trata-se de um fenômeno atual que decorre do reconhecimento da força normativa da constituição, da expansão da jurisdição constitucional e das mudanças paradigmáticas na interpretação constitucional, conferindo efeito expansivo às normas constitucionais, cujo conteúdo passa a iluminar, num plano material e ideológico, todo o sistema jurídico.

Ricardo Guastini, ao debruçar-se especificamente sobre o tema, conceitua a constitucionalização do ordenamento jurídico como um processo de transformação de um ordenamento ao término do qual o ordenamento em questão estará totalmente impregnado pelas normas constitucionais. Na visão do autor, o ordenamento constitucionalizado caracteriza-se por uma constituição extremamente invasora e intrometida, capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e a doutrina, a ação dos atores políticos, assim como as relações sociais.⁴⁵

Tal autor reconhece, contudo, que esse conceito é mais sugestivo do que preciso e que, para precisá-lo, deve-se observar uma lista do que ele denomina “condições da constitucionalização”, de forma que quando as condições dessa lista estiverem satisfeitas, o ordenamento jurídico estará completamente impregnado pelas normas constitucionais. Essas condições podem ser sintetizadas nos seguintes termos: 1) uma constituição rígida; 2) a garantia judicial da constituição; 3) a força vinculante da constituição; 4) a sobreinterpretação da constituição; 5) a aplicação direta das normas constitucionais; 6) a interpretação das leis conforme a constituição; 7) a influência da constituição sobre as relações políticas.⁴⁶

No que tange à origem e evolução histórica da constitucionalização do Direito, destaca-se como países precursores, seguindo a mesma linha de raciocínio acima delineada no que tange ao neoconstitucionalismo, a Alemanha e a Itália. Mas, segundo Luís Roberto Barroso, há certo consenso de que o verdadeiro marco inicial do processo de constitucionalização do Direito foi estabelecido na Alemanha, uma

⁴⁵ GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 49.

⁴⁶ Ibid., p. 49-58.

vez que, sob o regime da Lei Fundamental de 1949, o Tribunal Constitucional Federal convencionou que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, desempenham o importante papel de instituir uma ordem objetiva de valores.⁴⁷

Com efeito, na visão de Dirley da Cunha Júnior o reconhecimento dessa dupla dimensão (subjetiva e objetiva) dos direitos fundamentais, deve ser apreciada como uma das mais relevantes contribuições da moderna dogmática dos direitos fundamentais. Para o autor, o descobrimento da dimensão objetiva demonstra que os direitos fundamentais, para além de sua condição de direitos subjetivos, permite o desenvolvimento de novos conteúdos e procedimentos, que desempenham papel de relevo na edificação de um sistema eficaz e racional para sua efetivação.⁴⁸

Dirley da Cunha Júnior observa que a dupla perspectiva dos direitos fundamentais é perfilhada na medida em que eles podem ser qualificados tanto como posições jurídicas subjetivas essenciais de proteção da pessoa, quanto como valores objetivos básicos de conformação do Estado Constitucional Democrático de Direito, revelando-se, desse modo, ora como “carta de concessões subjetivas”, ora como “limites objetivos de racionalização” do poder e como vetor para sua atuação.⁴⁹

Por conseguinte, o autor observa que o reconhecimento da dimensão objetiva apresenta importantes consequências, como: 1) a aceitação de que os direitos fundamentais devem ter sua eficácia aferida não só sob a ótica do indivíduo perante o Estado, mas também sob o ângulo da comunidade na qual se encontra inserido; 2) reconhecimento da eficácia dirigente que os direitos fundamentais produzem em face dos órgãos do Estado, que se correlaciona como o direito fundamental à efetivação da constituição; 3) em função autônoma no que tange à dimensão subjetiva, a doutrina tem apontado algumas implicações relacionadas à objetiva, como a questão da eficácia irradiante e da eficácia horizontal dos direitos fundamentais; 4) o respeito ao dever de proteção do Estado, ao qual incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela defesa daqueles direitos contra abusos advindos

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 21 de novembro de 2010, p. 14-15.

⁴⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 613.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 608.

não apenas dos órgãos públicos, mas também dos particulares, ou de outros Estados, o que se dá mediante a adoção, pelo poder público, de medidas positivas nesse sentido.⁵⁰

Condizente com essas observações, deve-se ter em mente que, na visão de Luís Roberto Barroso, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares, e também nas relações entre particulares. No que tange ao Legislativo, o autor observa que a constitucionalização limita sua discricionariedade e lhe impõe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. Com relação à Administração Pública, além de limitar sua discricionariedade, impõe-lhe deveres de atuação e ainda fornece fundamento de validade para atos de aplicação direta e imediata da constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Ao Poder Judiciário, por sua vez, serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade, e condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, no tocante aos particulares, estabelece limites à autonomia da vontade, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito aos direitos fundamentais.⁵¹

Bem, feitas essas considerações é preciso destacar que, no Brasil, o processo de constitucionalização do Direito, embora recente, tem se manifestado de forma bastante intensa. Com efeito, Luís Roberto Barroso ressalta que após 1988, além da supremacia formal, a supremacia material e axiológica foi intensificada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios.⁵²

Deve-se esclarecer, ainda à luz dos ensinamentos de Luís Roberto Barroso, que embora à constitucionalização do direito infraconstitucional possa ser atribuída a inclusão na constituição de normas próprias de outros domínios, a sua principal marca é, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional. Sendo assim, na visão do autor, toda interpretação jurídica é também uma interpretação constitucional. Em outros termos, qualquer operação de realização do direito envolve aplicação da constituição, seja diretamente (quando a pretensão se fundar em uma norma do próprio texto constitucional), seja

⁵⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 610-612.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 21 de novembro de 2010, p. 13.

⁵² *Ibid.*, p. 19-20.

indiretamente (quando a pretensão se calcar em uma norma infraconstitucional, de modo que antes de aplicá-la, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a constituição, e ao aplicá-la, ele deverá adequar seu sentido e alcance à concretização dos fins constitucionais).⁵³

Em síntese, por tudo quanto exposto, nota-se que a constitucionalização do Direito, fruto do neoconstitucionalismo, transforma a constituição no centro iluminador de todo o sistema jurídico, não apenas no que tange à elaboração, mas também à interpretação e aplicação da norma jurídica. E isso tem gerado reflexos santuosos nos diversos ramos do direito infraconstitucional.

2.4 NEOPROCESSUALISMO E OS REFLEXOS DAS PRINCIPAIS CORRENTES CONTEMPORÂNEAS DO PENSAMENTO JURÍDICO SOBRE O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

2.4.1 Pós-positivismo jurídico e o advento de uma nova fase metodológica do Direito Processual Civil

É chegado o momento de observar em que medida toda essa evolução da Teoria do Direito e do Direito Constitucional gerou e tem gerado efeitos sobre o Direito Processual Civil, que numa visão pós-moderna não pode mais ser estudado de modo isolado, mas sim numa perspectiva interdisciplinar.

Bem, para que se possa compreender essa associação é preciso observar, nesse primeiro momento, a evolução histórica do Direito Processual que, conforme preconizado pela doutrina de Cândido Rangel Dinamarco, pode ser repartida em três fases:⁵⁴

Na **primeira fase**, o processo não contava com autonomia e se via atrelado às matrizes conceituais e funcionais situadas no direito material. Essa fase é denominada pelo autor de “sincretismo” jurídico por caracterizar-se pela confusão

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 21 de novembro de 2010, p. 20-21.

⁵⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 17-25.

entre os planos substancial e processual do ordenamento estatal.⁵⁵

A **segunda fase**, parte de uma proposta de renovação dos estudos de Direito Processual, que adquire posição de autonomia em relação ao Direito Material, passando a figurar como ciência, com objeto e método próprios. Isso se coaduna com o desenvolvimento científico de seus institutos, como a ação e o processo. Sobre o progresso alcançado nessa fase, Cândido Rangel Dinamarco assevera que “fundada a ciência, definido seu objeto, estabelecidas as suas grandes premissas metodológicas e traçada a sua estrutura sistemática, chegou-se afinal a um ponto de maturidade mais do que satisfatório no direito processual”.⁵⁶

Foi assim que se percebeu que era preciso ir além e havia uma preocupação que impulsionava o advento de uma **terceira fase** na evolução do Direito

⁵⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 18. Como se pode observar, o autor opta por utilizar o termo “sincretismo” para caracterizar a referida fase. Com efeito, em outra obra escrita em co-autoria com Antonio Carlos de Araújo Cintra e Ada Pellegrini Grinover, a nomenclatura utilizada é a mesma, sendo que a primeira fase metodológica do Direito Processual é sintetizada nos seguintes termos: “Até meados do século passado, o processo era considerado simples meio de exercício dos direitos (daí, direito adjetivo, expressão incompatível com a hoje reconhecida independência do direito processual). A ação era entendida como sendo o próprio direito subjetivo material que, uma vez lesado, adquiria forças para obter em juízo a reparação da lesão sofrida. Não se tinha consciência da autonomia da relação jurídica processual em face da relação jurídica de natureza substancial eventualmente ligando os sujeitos do processo. Nem se tinha noção do próprio direito processual como ramo autônomo do direito e, muito menos, elementos para a sua autonomia científica. Foi o longo período do **sincretismo**, que prevaleceu das origens até quando os alemães começaram a especular a natureza jurídica da ação no tempo moderno e acerca da própria natureza jurídica do processo” (ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 48, grifo nosso). Na opinião de Cassio Scarpinella Bueno, a nomenclatura é bastante apropriada: “Fase sincrética é um nome que bem descreve a postura do estudioso do processo civil de então. Faltavam-lhe elementos mínimos para separar, para distinguir, as normas processuais civis e, conseqüentemente, o próprio direito processual civil das normas de outra qualidade, de outra categoria, as normas substanciais. Os planos do direito material e do direito processual não conseguiam ou, mais do que isso, não conseguiram ser vistos e analisados separadamente ao longo do largo espaço de tempo que embasou esta diretriz científica” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Bases para um pensamento contemporâneo do Direito Processual Civil*. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio. **Bases científicas para um renovado Direito Processual**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 376). Já Alexandre Freitas Câmara opta por adotar o termo “imanentista”: “a primeira fase, chamada **imanentista**, é anterior à afirmação da autonomia científica do Direito Processual. Durante esta fase do desenvolvimento do Direito Processual (na verdade, nesta fase não se pode falar propriamente em Direito Processual, o que se faz por mera comodidade), o processo era mero apêndice do direito material. [...]. A fase imanentista, que como se viu é caracterizada pela negação à autonomia científica do Direito Processual, tem como luminares os praxistas, ou procedimentalistas, juristas que concentraram seus esforços na análise das formas processuais, e que viam no processo, portanto, mera seqüência de atos e formalidades. Muitos dos praxistas, aliás, eram juristas que sempre estudaram o Direito Civil, mas que analisavam também as normas processuais por serem estas, como dito, consideradas um apêndice daquele importante ramo do Direito” (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 16. ed. rev. e atual. até a Lei 11.419/2006. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1, p. 08-09, grifo nosso). Em síntese, após essas caracterizações da primeira fase metodológica, nota-se que, seja qual for o termo utilizado, o que se pretende destacar é a ausência de autonomia científica do Direito Processual nesse período.

⁵⁶ DINAMARCO, op. cit., p. 20.

Processual: a instrumentalidade do processo. O foco passa a situar-se nos escopos jurídicos, políticos e sociais do processo, ou seja, na efetiva concretização dos resultados por ele almejados.⁵⁷

Sob estes pressupostos, embora mantidas as distinções funcionais entre o direito processual e o direito material alavancadas na fase anterior, apregoa-se uma necessária interligação entre eles. Nesse diapasão, destacam-se as ideias de Francesco Carnelutti, segundo o qual, há uma relação circular entre direito e processo, de modo que enquanto o processo serve ao direito, para sua constituição ou para sua integração, o direito serve ao processo, assegurando o desenvolvimento do mesmo.⁵⁸

Bem, feitas essas considerações acerca das três fases metodológicas, é chegado o momento de levantar uma questão: diante do progresso alcançado pela

⁵⁷ Essa fase foi retratada por Cândido Rangel Dinamarco nos seguintes termos: “Com tudo isso, chegou o terceiro momento metodológico do direito processual, caracterizado pela consciência da instrumentalidade como importantíssimo pólo de irradiação de idéias e coordenador dos diversos institutos, princípios e soluções. O processualista sensível aos grandes problemas jurídicos sociais e políticos do seu tempo e interessado em obter soluções adequadas sabe que agora os conceitos inerentes à sua ciência já chegaram a níveis mais do que satisfatórios e não se justifica mais a clássica postura metafísica consistente nas investigações conceituais destituídas de endereçamento teleológico. Insistir na autonomia do direito processual constitui, hoje, como que preocupar-se o físico com a demonstração da divisibilidade do átomo. [...]. O que conceitualmente sabemos dos institutos fundamentais deste ramo jurídico já constitui suporte suficiente para o que queremos, ou seja, para a construção de um sistema jurídico-processual apto a conduzir aos resultados práticos desejados. Assoma, nesse contexto, o chamado aspecto ético do processo, a sua conotação deontológica” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 22-23).

⁵⁸ CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Traducción de la quinta edición italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, v.1, p. 289-290. Nesse sentido, Hermes Zaneti Jr., ao discorrer acerca da “teoria circular dos planos”, observa uma relação de interdependência e complementaridade entre direito processual e direito material, visualizando entre eles um nexo de finalidade que une o primeiro ao segundo como uma ligação entre instrumento e objeto. Por conseguinte, enfatiza que “da mesma maneira que a música produzida pelo instrumento de quem lê a partitura se torna viva, o direito objetivo, interpretado no processo, reproduz no ordenamento jurídico um novo direito” (ZANETI JR., Hermes. *A Teoria Circular dos Planos (Direito Material e Direito Processual)*. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 315-344). Seguindo a mesma linha de raciocínio, Fredie Didier Jr. afirma que: “Não há processo oco: todo processo traz a afirmação de ao menos uma situação jurídica carecedora de cautela. Essa situação jurídica afirmada pode ser chamada de direito material processualizado. [...]. O processo deve ser compreendido, estudado e estruturado tendo em vista a situação jurídica material para o qual serve de instrumento de tutela. A essa abordagem metodológica do processo pode dar-se o nome de instrumentalismo, cuja principal virtude é a de estabelecer a ponte entre o direito processual e o direito material. [...]. Ao processo cabe a realização dos projetos do direito material, em uma relação de complementaridade que se assemelha àquela que se estabelece entre o engenheiro e o arquiteto. O direito material sonha, projeta; ao direito processual cabe a concretização tão perfeita quanto possível desse sonho. A instrumentalidade do processo pauta-se na premissa de que o direito material coloca-se como o valor que deve presidir a criação, a interpretação e a aplicação das regras processuais” (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010, v. 1, p. 22-23).

Teoria do Direito e pelo Direito Constitucional nas últimas décadas, é possível, numa perspectiva interdisciplinar, reconhecer o advento de uma **quarta fase** na evolução do Direito Processual?

Fredie Didier Jr. entende que sim. O autor reconhece que embora devam ser preservadas as respeitáveis conquistas alcançadas pelo processualismo (segunda fase acima apontada) e pelo instrumentalismo (terceira fase), já é possível reconhecer o neoprocessualismo como nova fase da evolução do direito processual.⁵⁹

Em sua visão, o neoprocessualismo representa o estudo e a aplicação do Direito Processual de acordo com o novo modelo de repertório teórico (que foi retratado nos tópicos anteriores deste capítulo). Além disso, Fredie Didier Jr. destaca a função didática do termo, que remete rapidamente ao neoconstitucionalismo que, por sua vez, traz consigo um complexo de premissas metodológicas, além da vasta produção doutrinária a respeito deste tema, que já se encontra bem propalada.⁶⁰

O autor observa ainda que o termo “neoprocessualismo” também pode ser útil por assinalar uma das características centrais do atual estágio metodológico dos estudos do Direito Processual: a revisão das categorias processuais, cuja definição é a marca do “processualismo”, a partir de novas premissas teóricas, o que justificaria a utilização do prefixo “neo”.⁶¹

Seguindo essa linha de pensamento, mas com terminologia diversa, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob a liderança de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, a nova fase metodológica na evolução do Direito Processual é reconhecida como “formalismo-valorativo”. Com efeito, em recente revisão à tese “Do Formalismo no processo civil”, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira observa, em nota prévia à terceira edição da obra, que talvez a mais relevante modificação em seu pensamento tenha sido a constatação de que a tese detecta uma nova fase metodológica do fenômeno processual, superando o mero instrumentalismo. O autor atribui tanta importância a essa nova faceta de seu estudo que resolveu incluir, como subtítulo de sua obra, a “Proposta de um formalismo-valorativo”, inexistente

⁵⁹ DIDIER JR, Fredie. Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo. In: _____ (org.). **Teoria do Processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPODIVM, 2010. v. 2, p. 262.

⁶⁰ Ibid., loc. cit.

⁶¹ Ibid., loc. cit..

nas edições anteriores à terceira (que trouxe modificações mais substanciais na exposição de sua tese).⁶²

Torna-se interessante notar que, na nota à terceira edição, o autor confessa que se incomodava por não conseguir designar precisamente o objeto do seu estudo, ressaltando o indiscutível desgaste da palavra “formalismo”. É que, como bem observa Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, no ambiente cultural brasileiro, o “formalismo” geralmente está associado a um sentido negativo, sendo considerado como excesso de formalidades que dificulta o trabalho do juiz e dos advogados, emperrando a marcha adequada do processo e a realização da justiça. Ou seja, entre outros aspectos, o papel ordenador do formalismo, que contribui para a efetividade, e o suporte que presta ao cidadão contra o arbítrio estatal, e em garantia da segurança.⁶³

Ademais, o autor, ao justificar o uso da expressão “formalismo-valorativo”, esclarece que sua tese não só se atenta para as expressões do problema acima apontadas, como também visualiza o processo como fenômeno cultural, embebido de valores, e não como mera técnica.⁶⁴ Sendo assim, na visão de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, o processo não se encontra *in res natura*, devendo ser reconhecido como produto do homem, traduzindo, inevitavelmente, a sua cultura. Para o autor, versar sobre cultura é versar sobre valores, pois estes não são a-históricos, visto que constituem frutos da experiência, da própria cultura humana.⁶⁵

Essa visão do processo enquanto fenômeno cultural, que coaduna valores como efetividade e segurança, ultrapassa, nitidamente, as concepções tradicionais do jusnaturalismo (que se calcava em um conceito de justiça a-histórico, aespacial e atemporal) e do positivismo (que propõe o ceticismo axiológico, ao identificar o

⁶² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 15. Seguindo os passos de seu orientador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Daniel Mitidiero se calca no formalismo-valorativo para o desenvolvimento de sua tese de doutorado acerca dos pressupostos sociais, lógicos e éticos da colaboração no processo civil, defendida perante a Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Com efeito, Daniel Mitidiero afirma que: “Como o novo se perfaz afirmando-se contrariamente ao estabelecido, confrontando-o, parece-nos, haja vista o exposto, que o processo civil brasileiro já está a passar por uma quarta fase metodológica, superada a fase instrumentalista. Com efeito, da instrumentalidade passa-se ao formalismo-valorativo, que ora se assume como um verdadeiro método de pensamento e programa de reforma de nosso processo. Trata-se de uma nova visão metodológica, uma nova maneira de pensar o direito processual civil, fruto de nossa evolução cultural.” (MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009 (Coleção temas atuais de direito processual civil; v. 14), p. 47).

⁶³ OLIVEIRA, op. cit., p. 15-16.

⁶⁴ Ibid., p. 16.

⁶⁵ Ibid., p. 92.

direito justo com o direito positivo), coadunando-se com o pós-positivismo que, ao superar a dicotomia entre essas correntes, propõe uma abordagem axiológica do direito, de forma condizente com os termos delineados pelo autor.

É preciso destacar, nesse sentido, o posicionamento de Luiz Guilherme Marinoni acerca dos princípios constitucionais, naturalismo e pós-positivismo. É que, em sua visão como os princípios remetem aos direitos humanos e aos princípios materiais de justiça e, sendo assim, revelam valores que devem conformar a realidade e direcionar a compreensão e aplicação das leis, é possível encontrar no direito através dos princípios algo parecido com o que se alvitra no direito natural. Desse modo, o autor afirma que “não é errado pensar que as normas constitucionais refletem uma ‘ordem natural’, desde que a essa expressão se atribua o significado de situação histórica e concreta de uma sociedade pluralista e participativa que conduziu a uma ‘concordância’ em um momento de cooperação”.⁶⁶

Deve-se notar que essa afirmação não se coaduna com a concepção tradicional de direito natural. É que, como bem esclarece o autor, “a sua relação de parentesco está no fato de que os princípios positivaram o que o direito natural afirmava sobre os direitos do homem. Se a constituição é uma criação política, é evidente que os direitos se fundam em algo que foi elaborado pela vontade humana e não na natureza das coisas”.⁶⁷

Por conseguinte, na visão de Luiz Guilherme Marinoni, trata-se de outra configuração do positivismo, que pode ser qualificada de “positivismo crítico” ou de “pós-positivismo”, uma vez que submete o texto legal ao ditame de princípios materiais de justiça e direitos fundamentais.⁶⁸ Faz-se mister esclarecer, contudo, que essas ideias não podem minorar a importante função desempenhada pelo jusnaturalismo ao sinalizar a necessidade de um tratamento axiológico para o direito, espírito que, em outros moldes, não deixou de ser resgatado pelo pós-positivismo,

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007 (Curso de processo civil; v. 1), p. 51.

⁶⁷ Ibid., loc. cit.

⁶⁸ Ibid., loc. cit.. No que tange à discussão sobre a terminologia a ser utilizada para expressar a corrente jusfilosófica contemporânea, cumpre observar o posicionamento de Fredie Didier Jr.: “Há quem denomine esta fase de ‘pós-positivismo’, o que também não quer dizer muita coisa, a não ser o fato de que é um estágio posterior ao ‘positivismo’ característico da segunda metade do século XIX e primeira metade do século XX. Talvez fosse mais adequado referir a um ‘positivismo jurídico reconstruído’ ou ‘neopositivismo’” (DIDIER JR, Fredie. Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo. In: _____ (org.). **Teoria do Processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPODIVM, 2010. v. 2, p. 260).

que por sua vez, é concebido como superação da dicotomia existente entre jusnaturalismo e positivismo jurídico.

Sem mais alongamentos nessa seara que, como restou observado no estudo dos tópicos anteriores, ainda é calcada na incerteza e fluidez típica da pós-modernidade, o que se pretendeu ressaltar aqui foi que, indubitavelmente, a Teoria do Direito tem passado por nítidas transformações nas últimas décadas e a ciência do processo não esteve inerte diante desse quadro evolutivo. Sendo assim, embora se tenha feito opções terminológicas e epistemológicas no presente trabalho, o que realmente deve importar é a essência da evolução (quijá revolução) pela qual esses ramos do direito vêm passando na contemporaneidade. E nesse sentido não se pode olvidar que a ciência processual atingiu a quarta fase metodológica em sua evolução, sob a égide de ingerências pós-positivistas.

2.4.2 Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo

É preciso observar que as transformações paradigmáticas alavancadas pelo neoconstitucionalismo, pelo pós-positivismo (seu marco filosófico), e pela constitucionalização do Direito (seu fruto) assumem o papel de indubitável relevo na evolução do Direito Processual, na medida em que a estrita relação entre constituição e processo passa a figurar como verdadeira mola propulsora do neoprocessualismo.

Eduardo Cambi desenvolve com maestria essa interligação, ao afirmar que a partir do momento em que a constituição passa a figurar como ponto de partida para a interpretação e argumentação jurídicas, ela assume um caráter fundamental na construção do neoprocessualismo.⁶⁹

⁶⁹ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 248. Em semelhante sentido, Gisele Santos Fernandes Góes assevera que: “A *ratio* atual do Direito Processual deve estar envolvida essencialmente na tutela constitucional do processo, pelos princípios e regras, no modelo interpretativo constante, de forte presença da jurisdição constitucional, para consecução, não só da tutela dos direitos fundamentais, mas numa acepção maior dos próprios direitos humanos. O paradigma normativo processual não se adéqua mais a uma visão de mundo estática, de uma teoria procedimental acrítica, desprovida de novos valores e de investimentos sobre possíveis alternativas substitutivas (Kuhn), ao contrário, é um por vir, em franca tendência à expansão pela velocidade dos acontecimentos e experiências histórico-sociais, numa conduta de proibição do retrocesso (Ingo Sarlet). O sistema processual não está assentado sobre experiências universais no estilo kantiano (Villanova). Portanto, se existe pretensão para renovação das bases científicas do Direito Processual, essas devem ter como primeiro vetor a Constituição Federal de 1988 [...]. Se a ideologia, aqui não como falsa consciência, como defendida por Marilena Chauí, for a do novo ou

Nesse sentido, cumpre observar uma síntese da exposição de Luiz Guilherme Marinoni acerca da transição do Estado liberal para o modelo de Estado constitucional, e os reflexos de tudo isso sobre o exercício da atividade jurisdicional. Ao discorrer acerca da concepção de Direito no Estado liberal o autor leciona que esse modelo se insurgiu contra os abusos cometidos no regime absolutista que lhe antecedeu, erigindo o princípio da legalidade como alicerce para sua imposição. Nesse contexto, a lei era vista como um ato supremo, restando rechaçados qualquer direito ou razão pública que se chocasse com ela. Ou seja, era nítida a identificação entre direito e lei.⁷⁰

Por conseguinte, o autor ressalta que no Estado liberal de Direito houve uma protuberante hegemonia do Parlamento em face do Executivo e do Judiciário, que assumiram posições de subordinação: o primeiro, somente poderia atuar se autorizado pela lei e estritamente dentro de seus limites; e o segundo apenas poderia aplicar a lei, sendo vedada sua interpretação. Em suma, a criação do direito era tarefa única e exclusiva do Legislativo; e dentro desse ideal, as leis deveriam ser tão claras e completas que apenas poderiam desaguar em uma única interpretação, a qual deveria ser reconhecida como inquestionavelmente correta.⁷¹

Essas elucidações de Luiz Guilherme Marinoni constituem um pressuposto para a caracterização da forma como a atividade jurisdicional era exercida no final do século XIX, devendo-se notar que ela se encontrava impregnada pelos valores do Estado liberal e do positivismo jurídico, que apregoavam a máxima preservação da liberdade individual, sob o pressuposto da igualdade de todos perante a lei. Diante disso, uma vez que restava intocável a separação dos poderes, se à lei não era permitido considerar determinados bens ou posições sociais, ao juiz, por óbvio, era proibido interpretar a norma considerando as diferenças entre as pessoas.

Sendo assim, o autor elucida que restava conjecturada a ideia de uma

renovado Direito Processual, instaurando-se o que se poderia chamar de nova fase, sem sombra de dúvida, ela é a da tutela constitucional do processo focada no formalismo valorativo (Picardi; Álvaro de Oliveira; Daniel Mitidiero)” (GÓES, Gisele Santos Fernandes. Quais as bases científicas para um renovado Direito Processual? In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio. **Bases científicas para um renovado direito processual**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 862-863).

⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007 (Curso de processo civil; v. 1), p. 23-25. Ainda sobre essa temática, conferir: Id. **Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social**. Disponível em: <http://www.professormarinoni.com.br/manage/pub/anexos/20080320041348DO_PROCESSO_CIVIL_CLASSICO.pdf>. Acesso em: 21 de novembro de 2010, p. 01.

⁷¹ Id. **Teoria geral do processo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007 (Curso de processo civil; v. 1), p. 25-29.

sociedade homogênea, composta por homens livres e iguais e dotados das mesmas necessidades. Ocorre que isso não se coaduna com a diversidade que marca a vida concreta em sociedade. E é sob essa constatação que surge um novo modelo de Estado, aquele que se preocupa com questões sociais e que dissolve a uniformidade característica do Parlamento do Estado liberal, para permitir a divergência dos diversos grupos sociais em seu contexto, passando a lei a figurar como fruto do pluralismo das forças sociais.⁷²

Mas, essa nova concepção torna manifesto o imperativo de submeter a produção normativa a um controle que atenda aos princípios de justiça. E esse controle deve partir de uma norma superior, a constituição. Em decorrência dessa nova concepção de direito e de Estado, a atividade jurisdicional também passa por uma mudança substancial, pois “não há mais qualquer legitimidade na velha idéia de jurisdição voltada à atuação da lei; não é possível esquecer que o judiciário deve compreendê-la e interpretá-la a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais”.⁷³

Essa percepção anda em perfeita sintonia com a abordagem desenvolvida neste trabalho acerca do neoconstitucionalismo e, mais especificamente, com o fenômeno da constitucionalização do direito. É que, como restou observado, à luz dos ensinamentos de Luís Roberto Barroso, embora à constitucionalização do direito infraconstitucional possa ser atribuída a inclusão na constituição de normas próprias de outros domínios, a sua principal marca é, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.⁷⁴

Sendo assim, na visão do autor, toda interpretação jurídica é também uma interpretação constitucional. Em outros termos, qualquer operação de realização do direito envolve aplicação da constituição: seja diretamente, quando a pretensão se fundar em uma norma do próprio texto constitucional; seja indiretamente, quando a pretensão se calcar em uma norma infraconstitucional, de modo que antes de aplicá-la, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a constituição, e ao aplicá-la,

⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007 (Curso de processo civil; v. 1), p. 40-45.

⁷³ Ibid., p. 45.

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 21 de novembro de 2010, p. 20-21.

ele deverá adequar seu sentido e alcance à concretização dos fins constitucionais.⁷⁵

Nesse contexto, deve-se observar o pensamento de J. J. Gomes Canotilho no que tange ao “Direito Constitucional Processual”, e sua distinção com relação ao “Direito Processual Constitucional”. É que, à luz dos ensinamentos do autor, não se deve confundir os referidos conceitos, pois este último deve ser entendido como “o conjunto de regras e princípios positivados na Constituição e noutras fontes do direito (leis, tratados) que regulam os procedimentos juridicamente ordenados à solução de questões de natureza jurídico-constitucional pelo Tribunal Constitucional”. Já o Direito Constitucional Processual “tem como objecto o estudo dos princípios e regras de natureza processual positivados na Constituição”, abrangendo normas constitucionais atinentes ao processo penal, administrativo e civil.⁷⁶

Sendo assim, a exemplo do corte epistemológico desenvolvido por Nelson Nery Júnior, faz-se necessário esclarecer que não se tratará, neste estudo, do Direito Processual Constitucional, mas sim da parte do Direito Constitucional Processual que abarca os princípios do processo civil insculpidos na Constituição de 1988.⁷⁷

No que tange a essa importante abordagem principiológica do processo civil, Rui Portanova afirma que “não se faz ciência sem princípios. Costuma-se mesmo definir ciência como o conjunto de conhecimentos ordenados coerentemente segundo princípios”.⁷⁸ Além disso, o autor destaca a relevância do princípios na transição paradigmática que se opera no processo civil brasileiro rumo à superação do dogmatismo liberal positivista, traçando uma visão do processo no contexto pós-positivista, e conferindo aos princípios uma condição central na busca pela concretização do direito justo.⁷⁹

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 21 de novembro de 2010, p. 20-21.

⁷⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 965-967.

⁷⁷ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 44.

⁷⁸ PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 13.

⁷⁹ Eis as palavras do autor: “Os princípios deixam cada vez mais distante a idéia de aferramento à ritualística incosequente, burocrática, mecanicista e alienante de origem positivista. [...] os princípios escancaram as portas do processo para que o interesse público na justa solução da lide afaste por

Por conseguinte, cumpre relembrar que a doutrina pós-positivista eleva os princípios à categoria de normas jurídicas. Ora, o Direito Constitucional Processual é exatamente o composto das normas jurídicas de processo que estão situadas, em quase sua totalidade, no campo reservado aos direitos fundamentais. E, na visão de Dirley da Cunha Júnior, as normas que consagram direitos fundamentais são da espécie “norma-princípio”, na medida em que expressam “mandados de otimização”, figurando como verdadeiros “princípios jurídico-constitucionais especiais” que concretizam o “princípio jurídico-constitucional fundamental e estruturante da dignidade da pessoa humana”. Desse modo, para o autor, não devem ser confundidas com as “normas-regras”, que são menos abstratas e genéricas. Feito isso, o autor defende a ideia de “direito fundamental à efetivação da constituição”, com a emanção de atos legislativos, administrativos e de concretização judicial.⁸⁰

É nesse sentido que se deve entender a relação entre neoconstitucionalismo, constitucionalização do direito (seu fruto) e neoprocessualismo. Ou seja, a partir do momento em que se configura a constituição como centro iluminador de todo o sistema jurídico, não apenas no que tange à elaboração, mas também à interpretação e aplicação da norma jurídica, o Direito Constitucional Processual vai desempenhar, em específico, o mesmo papel perante a sistemática do processo civil brasileiro.

2.4.3 Dimensões axiológicas do neoprocessualismo e o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva

Bem, é chegado o momento de delinear dimensões axiológicas do neoprocessualismo, à luz do contexto filosófico pós-positivista e do modelo neoconstitucionalista acima retratado. A fim de que se estabeleça de pronto essa contextualização, nota-se que o pós-positivismo, em busca do direito justo, almeja alcançar uma sincronia entre valores como efetividade e segurança; e repulsa,

completo os resquícios de uma mentalidade liberal e individualista que ainda se fazem sentir, tanto no direito material como no direito instrumental. O momento atual do processo civil no Brasil aponta claramente para o rumo da superação do dogmatismo liberal positivista” (PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 283).

⁸⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 543.

desse modo, a exacerbação da segurança que figurava como característica basilar do positivismo jurídico.

Nesse sentido, deve-se observar que, ao tratar do formalismo-valorativo, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira destaca exatamente esses dois valores como verdadeiros instrumentos para a realização da finalidade maior do processo que é o alcance da justiça no caso concreto. Em verdade, na visão do autor, pode-se afirmar, numa perspectiva deontológica, tratar-se de sobreprincípios, embora sejam também instrumentais em relação ao fim último do processo que é a realização da justiça do caso. Como sobreprincípios, podem atuar sobre outras normas, tanto no âmbito semântico como no axiológico.⁸¹

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira observa ainda que os valores efetividade e segurança encontram-se em constante conflito, numa relação proporcional, sendo que quanto maior a efetividade, menor a segurança, e vice-versa. Para ilustrar sua afirmação, o autor cita o exemplo do exercício do direito de defesa, princípio ligado à segurança, que não pode ser excessivo nem desarrazoado. Ademais, nos casos não solucionados pela norma, caberá ao órgão judicial, com emprego das técnicas hermenêuticas adequadas, ponderar qual dos valores deverá prevalecer.⁸²

Deve-se notar que, para o autor, o formalismo, ao contrário do que normalmente se pensa, constitui o elemento fundador tanto da efetividade (que decorre do seu poder organizador e ordenador) quanto da segurança (que deriva do seu poder disciplinador) do processo. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira observa, contudo, que ao longo do tempo, o termo “formalismo” sofreu certo desgaste e passou a simbolizar apenas o formalismo excessivo, de caráter essencialmente negativo.⁸³

Feitos esses esclarecimentos, é chegado o momento de discorrer, ainda que sucintamente, acerca dos valores segurança e efetividade, notando as peculiaridades de cada um deles. A segurança está relacionada à própria concepção de Estado Democrático de Direito, que se situa como princípio fundamental na Constituição de 1988, e protege o cidadão contra o arbítrio estatal, preservando

⁸¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 98.

⁸² Ibid., loc. cit.

⁸³ Ibid., p. 98-99.

elementos edificantes da sociedade, como democracia, justiça, igualdade, divisão de poderes e legalidade.⁸⁴

Ao refletir acerca da segurança jurídica no contexto pós-moderno (já retratado neste trabalho), Carlos Alberto Alvaro de Oliveira assevera que, mesmo no ambiente atual de modernidade líquida, em que as normas não propiciam total segurança, deve-se buscar minimizar as incertezas. Segundo ele, um aspecto importante para que isso se concretize consiste na motivação das decisões judiciais, sendo que o emprego de argumentos jurídicos mais persuasivos, adequados e objetivos pode estimular a confiança da sociedade nos magistrados, na medida em que minimiza o risco da apresentação de convicções pessoais como se fossem direito objetivo.⁸⁵

O autor deixa claro que não se trata de uma apologia ao positivismo jurídico e à sua filosofia de identificação do Estado com a ordem e da lei com a justiça, impedindo qualquer acolhimento de direito não estatal, bem como o influxo dos clamores de justiça do povo. Na opinião de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, essa percepção da realidade social é míope e indesejada, pois a manutenção da ordem jurídica só pode ser concretizada por meio de questionamentos e aperfeiçoamentos, em consonância com um modelo racional que certamente passa pelo Estado, mas que vai além dele, visto que atenta aos direitos construídos pelo processo histórico.⁸⁶

O autor observa, contudo, que essa visão diz respeito à formulação e aplicação do direito em geral. Por outro lado, afirma que quando se pensa em contornos jurídicos da segurança jurídica no que tange ao formalismo processual, considerando a sua condição de elemento disciplinador do processo, deve-se atribuir lugar de destaque ao devido processo legal que traz consigo algumas garantias expressas na Constituição de 1988, tais como: 1) princípio da isonomia (art. 5º, *caput* e I); 2) princípio do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII); 3) princípio do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV); 4) princípio da proibição da prova ilícita (art. 5º, LVI); 5) princípio da motivação

⁸⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 100.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 101.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 101-102.

das decisões (art. 93, IX); 6) princípio da duração razoável do processo (art. 5º, LCCVIII).⁸⁷

Ademais, torna-se interessante notar que, na visão de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, é desse complexo de garantias que consubstanciam o devido processo legal que decorre a norma principal do direito fundamental ao processo justo, que traduz-se em um complexo de direitos fundamentais processuais e substanciais, inclusive o da efetividade. Com efeito, o autor adverte que não pode configurar uma surpresa essa relação entre efetividade e segurança, pois esses valores implicam-se reciprocamente, de modo que nenhum deles se realiza sem influir, direta ou indiretamente, na realização dos demais.⁸⁸

Por conseguinte, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira ressalta que a visão estática da segurança, que se calcava na garantia do “devido processo legal” (art. 5º, LIV, da Constituição de 1988), deve ceder espaço à visão dinâmica, ligada aos princípios e aos direitos fundamentais. Sendo assim, o direito fundamental ao processo não deve ser caracterizado por um objeto puramente formal ou abstrato, mas sim por seu conteúdo qualificado como “direito ao justo processo”, que é exatamente a face dinâmica do “devido processo legal”, que exige que todos os institutos e categorias jurídicas sofram uma releitura à luz da Constituição, sendo o processo civil materialmente informado pelos direitos fundamentais.⁸⁹

Nessa seara, deve-se destacar, na ótica de J. J. Gomes Canotilho, as duas concepções do *due process* (“processo justo”, na expressão do autor), que são a concepção processual e a concepção material ou substantiva. Em conformidade com a afirmação do jurista, a teoria processual (*process oriented theory*) limita-se a afirmar que uma pessoa privada de seus direitos fundamentais à vida, liberdade e

⁸⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 102. Deve-se observar que o autor aponta ainda outros aspectos relevantes no que tange à segurança jurídica no âmbito processual, como é o caso do respeito à coisa julgada, expressa no art. 5º, XXXVI da Constituição de 1988 (Ibid., p. 104-105).

⁸⁸ Ibid., p. 102.

⁸⁹ Ibid., p. 107. Nesse sentido, Rui Portanova assevera que: “*Due process of law* não pode ser aprisionado dentro dos traiçoeiros lindes de uma mera fórmula. O princípio é produto da história, da razão, do fluxo das decisões passadas e da inabalável confiança na força da fé democrática que professamos. *Due process of law* não é um instrumento mecânico. Não é um padrão. É um processo. [...]. O princípio nasceu com a preocupação de garantir ao cidadão um processo ordenado. Hoje o objetivo é maior. Adaptado à instrumentalidade, o processo legal é devido quando se preocupa com a adequação substantiva do direito em debate, com a dignidade das partes, com preocupações não só individualistas e particulares, mas coletivas e difusas, com, enfim, a efetiva igualização das partes no debate judicial” (PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 147).

propriedade tem o direito de reivindicar que essa privação se dê segundo um processo especificado na lei. Em síntese, o ponto relevante dessa teoria consiste na observância ou não do processo criado por lei para a aplicação de medidas privativas da vida, liberdade ou propriedade.⁹⁰

Já a teoria substantiva (*value-oriented theory*) busca justificar a ideia material de um processo justo, ao apregoar que uma pessoa tem direito não apenas a um processo legal mas, sobretudo, a um processo legal, justo e adequado, quando tiver por objeto a legitimação do sacrifício à vida, liberdade e propriedade dos particulares. Nesta visão, o processo devido deve ser materialmente informado pelos princípios da justiça. Ou seja, o problema central da exigência de um devido processo não estaria somente no processo legal mediante o qual alguém é privado da vida, da liberdade e da propriedade, por haver violado a lei, mas sim no fato de a lei poder ela mesma transportar a injustiça privando uma pessoa de direitos fundamentais.⁹¹

Wilson Alves de Souza, ao discorrer acerca da teoria processual e da teoria substantiva que caracterizam o princípio do processo devido em direito, assevera que as duas teorias, isoladamente consideradas, são insuficientes. É que, em sua

⁹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 494. Ricardo Mauricio Freire Soares sintetiza a cláusula principiológica do devido processo legal em sentido formal, nos seguintes termos: “[...] o devido processo legal em sua acepção formal ou procedimental (*procedural due process*) designa o conjunto de garantias de ordem constitucional que de um lado asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, legitimam a própria função jurisdicional. Para que seja efetivada a cláusula do *due process of law* em seu sentido formal, certas garantias devem ser postas pelo Estado em favor dos cidadãos, geralmente enunciadas na forma de princípios jurídicos. [...]. Sendo assim, merecem destaque as seguintes garantias: isonomia; contraditório e ampla defesa; a previsão do juiz natural; a inafastabilidade da jurisdição; a publicidade dos atos processuais; a motivação das decisões judiciais; o duplo grau de jurisdição; a proibição do uso de prova ilícita; e a duração razoável do processo” (SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O devido processo legal: uma visão pós-moderna**. Salvador: JusPODIVM, 2008 (Coleção temas de processo civil / estudos em homenagem a Eduardo Espínola / coordenada por Fredie Didier Jr), p. 73-74).

⁹¹ CANOTILHO, op. cit., p. 494. Ricardo Mauricio Freire Soares sintetiza a cláusula principiológica do devido processo legal em sentido substancial, nos seguintes termos: “[...] o devido processo legal em sua acepção substantiva refere-se ao modo pelo qual a lei, o regulamento, o ato administrativo, a decisão judicial são interpretados e aplicados, de molde a otimizar a busca de uma opção hermenêutica legítima e efetiva, com base nos resultados obtidos pela ponderação principiológica e pelo uso do postulado da razoabilidade/proporcionalidade” (SOARES, op. cit., p. 81). Cumpre observar que o professor estabelece uma interessante conexão entre o devido processo legal (em suas duas acepções) e o princípio da dignidade da pessoa humana, que pode ser sintetizada nos seguintes termos: “O exame do sentido e alcance da cláusula do *due process of law*, em suas acepções procedimental e substantiva, não pode ser apartado da investigação sobre o significado ético-jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana. Isso porque o devido processo legal se afigura como uma das projeções principiológicas mais genérica da dignidade humana, despontando como o sincretismo capaz de materializar e tutelar, nas lides concretas, o respeito à existência digna, síntese da imensa totalidade dos direitos fundamentais dos cidadãos” (Ibid., p. 68).

visão, deve haver uma necessária interligação entre essas duas concepções do princípio do processo devido em direito, na medida em que o processo não pode e não tem como ignorar o aspecto material que vem para o seu bojo. Sendo assim, o autor é enfático ao afirmar que processo (dimensão processual) e mérito (dimensão material, em regra) constituem um todo.⁹²

O autor observa ainda que não há como se afirmar, por um lado, a justiça de uma decisão sob o enfoque material, se no caso concreto o juiz não observou princípios processuais, decidindo, por exemplo, contra o réu sem lhe garantir defesa e sem lhe permitir produção de prova autorizada em lei, quando o caso exigia dilação probatória. Por outro lado, o autor assevera que não é possível reconhecer um processo devido em direito se o juiz, por mais que tenha garantido todos os princípios processuais, decidiu o caso aplicando uma lei absurda e sem razoabilidade ou proporcionalidade. Em síntese, na visão de Wilson Alves de Souza, um processo no qual não houve observância do princípio do processo devido em direito em suas dimensões processual e material, também infringe o princípio do acesso à justiça, já que o direito à jurisdição só faz sentido se o processo desaguou em uma decisão justa sob todas essas perspectivas.⁹³

Pelo exposto, é de se notar que, não obstante a preciosa obediência que se deva atribuir às garantias do devido processo legal, a segurança jurídica não pode mais ser elevada à categoria de valor supremo, absoluto e único a ser preservado no processo, como propagavam os teóricos do positivismo jurídico. Em um contexto pós-positivista, ela deve estar em relação de harmonia com a efetividade, em busca da mais ampla possível concretização da justiça no caso concreto.

Com efeito, Carlos Alberto Alvaro Oliveira assevera que cada vez mais a efetividade tem alcançado lugar de destaque na doutrina processual, pelo fato de traduzir preocupações tanto com o tempo quanto com o conteúdo dos pronunciamentos judiciais, com o objetivo de alcançar a justiça do caso concreto e o respeito ao direito fundamental ao processo justo. Interessante notar que essa

⁹² SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à justiça e responsabilidade civil do Estado por sua denegação**: estudo comparativo entre o direito brasileiro e o direito português. 2006. Tese (Pós-Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal, p. 119.

⁹³ Ibid., loc. cit.

inclinação contribui para a criação de novos meios jurisdicionais, mais eficientes e adequados ao resguardo da pretensão processual exercida.⁹⁴

Na Constituição de 1988, a efetividade está consagrada no art. 5º, XXXV, cujo sentido vai muito além do mero acesso ao Poder Judiciário, na medida em que tem por fito assegurar a todos uma tutela jurisdicional eficiente, efetiva, justa, adequada, em tempo razoável e livre de formalismos excessivos.⁹⁵

Um ponto que merece destaque no que tange à efetividade é a sua intrínseca relação com a exigência da duração razoável do processo na construção do conteúdo do acesso à justiça. Em outros termos, para que se pense em uma tutela jurisdicional efetiva é preciso delimitar com cuidado a relação do processo com o tempo.

Nesse sentido, é imperioso que se busque um equilíbrio, evitando uma busca desenfreada e inconsequente pela rapidez, e em contraponto, coibindo o retardamento desnecessário do processo, por meio do uso de técnicas processuais adequadas.⁹⁶ Não se trata, como se pode observar, de uma visão pessimista no que tange à busca pela celeridade. Pelo contrário, o que se objetiva é o entendimento de que muitas vezes a demora é necessária para o desenvolvimento do processo, o que não deve ser confundida com apologia à demora excessiva e irregular.

É por isso que, no contexto pós-positivista, que pugna por construções valorativas coerentes, mostra-se necessário coadunar celeridade com efetividade; o que se traduz no espírito que preenche a expressão “duração razoável do processo” (adotada expressamente na Constituição de 1988, pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que inseriu o inciso LXXVIII), sendo que a razoabilidade coaduna-se perfeitamente com as ideias acima expostas.

Deve-se reconhecer que a razoabilidade traz consigo um elevado grau de indeterminação. Mas, como bem assevera Wilson Alves de Souza, isso não é

⁹⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 111.

⁹⁵ Ibid., loc. cit.

⁹⁶ Nesse sentido, cumpre observar as enfáticas afirmações de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira acerca do princípio da duração razoável do processo: “Pondere-se, outrossim, que o princípio pode ainda ser aplicado nas hipóteses de prazos demasiadamente curtos e abreviados, se verificada sua inadequação em vista da situação concreta. Também aqui haverá violação à duração razoável do processo. [...]. Impõe-se advertir, outrossim, que a justa preocupação com a celeridade não pode acarretar drástica perda de qualidade, a constituir igualmente denegação de justiça. A efetividade virtuosa não pode ser substituída por uma efetividade perniciosa, símbolo de uma mentalidade tecnoburocrática, preocupada mais com a performance, com a estatística, do que com os valores fundamentais do processo” (Ibid., p. 114-115).

obstáculo para o exame, no caso concreto, da tramitação e conclusão do processo em tempo devido. O autor observa que o nível de imprecisão pode gerar, sim, uma margem de dúvida em determinados casos, mas em outros não haverá dúvidas de que o processo tramitou em tempo razoável porque tudo correu dentro da normalidade; e há ainda os processos que nitidamente extrapolaram o limite do tempo razoável por conta de adiamentos desnecessários e procrastinações que poderiam ser evitadas.⁹⁷

Em síntese, na visão do autor, “para que um processo possa terminar em tempo razoável é necessário que se imprima celeridade à sua marcha. No entanto, necessário se faz o cumprimento dos direitos e garantias processuais inerentes a um processo devido em direito”.⁹⁸ Ou seja, é preciso conciliar efetividade com celeridade, sem, no entanto, comprometer a segurança jurídica, a fim de que se possa, desse modo, garantir o mais amplo possível acesso à justiça.

Ora, essas ideias auxiliam na composição do próprio sentido da expressão “acesso à justiça” que, no dizer de Wilson Alves de Souza, vai muito além do mero sentido literal de porta de entrada ao Poder Judiciário, pois “significa também o direito a um devido processo, vale dizer, um processo carregado de garantias processuais, um processo equitativo (justo), que termine num prazo mínimo razoável e produza uma decisão eficaz”.⁹⁹

É com esse espírito de equilíbrio que se deve delinear o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, ou seja, atentando-se para o valor da segurança jurídica advinda das garantias processuais e para a razoabilidade do tempo que deve impulsionar todo o processo até o eficaz cumprimento da decisão final.¹⁰⁰

Por conseguinte, é com esse fundamento que se devem impulsionar as reformas processuais no ordenamento jurídico brasileiro, que não podem ser ditadas apenas pela imperiosa necessidade de impelir rapidez ao processo. É preciso, sim,

⁹⁷ SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à justiça e responsabilidade civil do Estado por sua denegação**: estudo comparativo entre o direito brasileiro e o direito português. 2006. Tese (Pós-Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal, p. 258.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 259.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 20.

¹⁰⁰ Nesse sentido, Rodrigo da Cunha Lima Freire observa que “A EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO pressupõe: de um lado, equilíbrio entre CELERIDADE (ou duração razoável do processo – Inciso LXXVIII do art. 5º da CF) e SEGURANÇA JURÍDICA (preâmbulo e *caput* do art. 5º da CF) – como se sabe, toda justiça lenta é injusta, mas nem toda justiça rápida é justa – e de outro, a MÁXIMA COINCIDÊNCIA, vale dizer, o resultado o mais próximo possível do direito material. [...]” (FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Direito fundamental à jurisdição efetiva na sociedade da informação. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (org.). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista**: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 389).

livrar o processo civil brasileiro das amarras do espírito liberal positivista que sobrepunha a segurança jurídica a qualquer outro valor, engessando o processo e tolhendo, com força notória, a sua eficácia. Contudo, o melhor caminho não é a busca desenfreada pela rapidez.

Nesse sentido, merece destaque o posicionamento crítico que Boaventura de Sousa Santos constrói diante das reformas processuais ditadas essencialmente pela garantia de celeridade ao processo, sobre as quais afirma que embora seja naturalmente a favor de uma justiça rápida, entende que, do ponto de vista de uma revolução democrática da justiça, a rapidez não é suficiente, sendo necessária, acima de tudo, uma justiça cidadã.¹⁰¹ Além disso, ao refletir especificamente sobre as reformas processuais brasileiras, advindas após a EC n. 45/2004, arremata o referido doutrinador: “deve-se ter em mente que, nalguns casos, uma justiça rápida pode ser uma má justiça. E, portanto, não podemos transformar a justiça rápida num fim em si mesmo”.¹⁰²

Resta claro, assim, o sentido que impulsiona o desenvolvimento da presente proposta, qual seja: sob os pilares do acesso à justiça, deve-se garantir a adequação da técnica processual à prestação da tutela jurisdicional de modo efetivo, que atenda, na medida do possível e de modo seguro, às necessidades da vida, em tempo razoável e caminhando em sintonia com a tutela de direitos.

Em síntese, após percorrer, em panorama, as correntes de pensamento jusnaturalista e positivista, chegou-se, numa abordagem crítica, à superação dessa dicotomia pelo pós-positivismo jurídico que, no contexto pós-moderno, operou mudanças paradigmáticas no direito, trazendo à tona a necessária preocupação com a configuração do direito justo, reassociando-o a uma dimensão axiológica que lhe havia sido apartada pelo positivismo jurídico, e que busca conciliar valores como efetividade e segurança.

Observou-se que o pós-positivismo figura como marco filosófico do neoconstitucionalismo, que apresenta como um de seus frutos a constitucionalização do Direito, e que, por sua vez, põe a constituição como centro iluminador do sistema jurídico, exercendo uma força irradiante sobre seus ramos, situando-se o Direito Processual Civil entre eles.

¹⁰¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 24.

¹⁰² *Ibid.*, p. 27.

É assim que se concebe o neoprocessualismo, que traz consigo toda essa carga teórica, em tal medida que qualquer transformação estrutural que se proponha no processo civil brasileiro, por mínima que seja, não pode estar alheia a ela. Enfim, a identificação e o avanço do fenômeno do sincretismo do processo civil brasileiro, bem como as reformas processuais e as mudanças práticas a ele inerentes, precisam calcar-se em todo o aparato axiológico que envolve, hoje, a noção de tutela jurisdicional efetiva.

3 PASSADO, PRESENTE E PERSPECTIVAS DE FUTURO DO SINCRETISMO ENTRE PROCESSO DE CONHECIMENTO E PROCESSO DE EXECUÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Sob a égide dos pressupostos teóricos acima delineados, é chegado o momento de enfrentar diretamente as diversas nuances da problemática proposta. Opta-se, para tanto, pelo seguimento de uma linha metodológica de investigação do sincretismo processual que parta de suas manifestações pontuais até chegar à sua análise global ou sistematizada, momento no qual há de se auferir os resultados do fortalecimento e dos possíveis avanços desse fenômeno na sistemática do processo civil brasileiro.

Este capítulo enquadra-se, portanto, na primeira etapa de enfrentamento da questão evocada, na medida em que se centra no exame das revelações do sincretismo especificamente no que tange à relação entre processo de conhecimento e processo de execução no Direito Processual Civil brasileiro. Aqui serão visualizados passado, presente e perspectivas de futuro do sincretismo nessa seara.

Primeiramente, será analisado o paradigma da autonomia existente entre os referidos tipos de processo, fixando-se os antecedentes históricos do processo civil europeu de origem romana e a influência da doutrina de Enrico Tullio Liebman sobre a predominância dessa autonomia no texto original do Código de Processo Civil brasileiro de 1973.

Será examinada, igualmente, a reforma do Código de Processo Civil e a evolução do sincretismo entre processo de conhecimento e processo de execução, observando seu caráter excepcional no texto original do referido Código e na legislação extravagante, bem como seu fortalecimento após as diversas etapas da reforma processual, investigando os resquícios da autonomia na sistemática atual (pós-reforma) do Código de Processo Civil brasileiro.

Por fim, será aventado o reconhecimento do sincretismo como novo paradigma da relação entre cognição e execução, a partir da proposta de inversão no que diz respeito ao dogma da autonomia (o que envolve um posicionamento crítico acerca dos resquícios pontuados). Ainda nesse trecho final, serão realizados

o estudo acerca do exemplo trazido pela Lei dos Juizados Especiais Cíveis Federais e pelos Juizados Especiais da Fazenda Pública e a análise do Projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro, traçando-se as expectativas que se nutrem com relação ao sincretismo, caso o referido Projeto venha a ser aprovado.

3.1 O PARADIGMA DA AUTONOMIA ENTRE PROCESSO DE CONHECIMENTO E PROCESSO DE EXECUÇÃO

3.1.1 Antecedentes históricos do processo civil europeu de origem romana

As raízes históricas da repartição do processo civil em espécies autônomas mostram-se muito instigantes e reveladoras. Um apurado apanhado dessas raízes permite que se tenha acesso às premissas que fincaram as bases do seu desenvolvimento. Sendo assim, ao analisá-las, deve-se buscar identificar os reais motivos da absorção, pelo direito brasileiro, de tal sistemática, investigando outras opções de organização experimentadas na evolução histórica do instituto, e observando com atenção as mudanças paradigmáticas operadas no seu decorrer.

Para tanto, é preciso percorrer um caminho que vai desde os primórdios do processo civil romano (que figura como verdadeira pedra fundamental de toda essa empreitada), passando pelos avanços alcançados no direito medieval (mais especificamente no direito comum ou intermediário) até chegar ao direito moderno, verificando, então, as opções do direito brasileiro.¹⁰³

¹⁰³ Merece destaque, nesse sentido, o precioso apanhado histórico desenvolvido por Enrico Tullio Liebman, no estudo: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Embargos do executado (oposições de mérito no processo de execução)**. Campinas-SP: Bookseller, 2003. No Brasil, nota-se com evidência a tese de doutorado de Humberto Theodoro Júnior, pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, “A execução de sentença e a garantia do devido processo legal”. Cumpre esclarecer que a primeira edição desta obra possuía o mesmo título da tese, e foi publicada pela editora AIDE em 1987 (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A execução de sentença e a garantia do devido processo legal**. Rio de Janeiro: AIDE Ed., 1987). Em nova edição, o autor optou por alterar o título para “Cumprimento da sentença” com o fito de adequá-la à nomenclatura utilizada pela Lei n. 11.232. de 22.12.2005 (que será comentada mais adiante no presente trabalho). De todo modo, a tese continua sendo reproduzida com inteira fidelidade ao texto original, tendo o autor acrescentado, em epílogo, algumas notas acerca das reformas a que foi submetido o Código de Processo Civil brasileiro após a publicação de sua tese – o que impulsionou a utilização da nova publicação deste trabalho (Id. **O cumprimento da sentença e a garantia do devido processo legal: antecedente histórico da reforma da execução de sentença ultimada pela lei 11.232 de 22.12.2005**. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007).

Nesse sentido, observa-se, inicialmente, que a história do **processo civil romano** pode ser dividida em três grandes períodos: 1) Ações da lei (*legis actiones*) - vai da fundação de Roma até o século VII; 2) Processo formular - abrange os três primeiros séculos do Império Romano; 3) Processo extraordinário (*extraordinaria cognitio*) - vigora nos últimos séculos do Império até Justiniano.

Antes de se destacar, de forma detalhada, as principais características de cada um desses períodos, cumpre apontar alguns traços comuns aos dois primeiros. Deve-se ressaltar, inicialmente, que ambos estavam submetidos à sistemática da *ordo iudiciorum privatorum*, que se caracterizava como um procedimento duplo, iniciado pela fase *in iure* (processada perante o magistrado estatal), e finalizado pela fase *in iudicio* (na qual o juiz privado deveria proferir a sentença).¹⁰⁴

Além disso, nota-se que, à luz do pensamento de Enrico Tullio Liebman, a natureza privada e contratual da sentença romana, decorrente dos dois períodos iniciais do processo civil romano, confere-lhe a eficácia de um mero parecer. Ou seja, como falta, em qualquer desses períodos, a atribuição de poder público ao juiz, da sentença por este proferida não decorria, como consequência lógica, o poder de realizar o direito pela força.¹⁰⁵

No período das *legis actiones*, que era marcado pela descrição das ações estritamente na lei, para que se alcançasse a execução da sentença condenatória era necessária a propositura da *legis actio per manus iniectioem*; sendo que, ultrapassado o prazo de trinta dias para que se cumprisse a condenação, e não obtido êxito, dava-se início à execução pessoal do devedor, que se submetia a procedimento consideravelmente privado, na medida em que cabia ao próprio credor conduzi-lo à presença do magistrado.¹⁰⁶

O processo de execução pessoal do período da *legis actiones* era sumário, célere, desumano e sem direito de defesa pessoal, de modo que se não houvesse a intervenção eficaz de um terceiro no processo, o devedor era adjudicado ao credor, sendo reduzido à condição de escravo. Esse procedimento só veio a ser atenuado no final do referido período, momento em que se passou a permitir que o devedor

¹⁰⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O cumprimento da sentença e a garantia do devido processo legal**: antecedente histórico da reforma da execução de sentença ultimada pela lei 11.232 de 22.12.2005. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p. 99-101.

¹⁰⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Embargos do executado (oposições de mérito no processo de execução)**. Campinas-SP: Bookseller, 2003, p. 29-31.

¹⁰⁶ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 101.

pagasse sua dívida com o próprio trabalho.¹⁰⁷

A inadequação desse desumano sistema das *legis actiones* ao progresso da civilização romana justificou a ascensão de um novo período na história do processo civil romano: o período do processo *per formulas*. Neste, o demandante expunha oralmente o seu pleito ao magistrado, que escolhia a fórmula (fruto da elaboração pretoriana, e não mais uma imposição de lei) e remetia a causa ao juiz privado.¹⁰⁸

A execução, assim como no período das *legis actiones*, deveria ser proposta através de uma nova ação, mas seu formato mudou. A *legis actio per manus iniunctionem* transformou-se na *actio iudicati* que, sem eliminar de todo a execução pessoal do devedor, atenuou consideravelmente seus rigores, ampliando consideravelmente as possibilidades de defesa do réu.¹⁰⁹

O credor aguardava trinta dias na expectativa do cumprimento voluntário da sentença condenatória e, persistindo o inadimplemento, promovia a instauração da *actio iudicati*, perante o magistrado (*in iure*). Era permitido ao réu, sem a necessidade de intervenção de terceiro, adimplir a obrigação, permanecer inerte (acarretando, desde já, a execução sobre si ou sobre seu patrimônio) ou contestar o referido pedido. Havendo contestação, o magistrado estatal escolhia a fórmula adequada e encaminhava o processo ao juiz privado escolhido pelas partes, cumprindo-se, assim, a sistemática da *ordo iudiciorum privatorum*.¹¹⁰

Humberto Theodoro Júnior, ao discorrer acerca da natureza obrigacional da sentença no período formulário, observa que a *actio iudicati* não era uma ação de execução, mas apenas outro processo de conhecimento, que também se encerrava por sentença, se o devedor não confessasse o seu débito. O autor esclarece que a execução só ocorria fora da *actio iudicati*, por decreto do pretor e nos casos em que fosse por ele deliberado *in iure*. Por conseguinte, a *bonorum venditio*, forma prática de expropriação do patrimônio do devedor inadimplente e efetivação da garantia dos

¹⁰⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O cumprimento da sentença e a garantia do devido processo legal**: antecedente histórico da reforma da execução de sentença ultimada pela lei 11.232 de 22.12.2005. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p. 102-104.

¹⁰⁸ Ibid., p. 109.

¹⁰⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Embargos do executado (oposições de mérito no processo de execução)**. Campinas-SP: Bookseller, 2003, p. 20. Sobre a basilar importância da sistemática da *actio iudicati* na estrutura do processo civil romano, o autor ensina que: “O estudo das formas com que, após a prolação da sentença, era cabível um processo sobre a legitimidade de sua execução, está, no processo romano, indissolúvelmente relacionado com a teoria da *actio iudicati*. [...] Ensina a doutrina comum que o autor que obteve a seu favor uma sentença de condenação, pode, caso não alcance a espontânea satisfação de seu direito, exercer contra o devedor nova ação, a *actio iudicati*, com o objetivo de conseguir a execução coativa direta ou indireta da condenação” (Ibid., p. 16-17).

¹¹⁰ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 111-112.

credores, só podia ser atingida por via da *actio iudicati*, que, por sua vez, só tinha cabimento por meio da ação condenatória.¹¹¹

Feitos esses esclarecimentos, pode-se apontar os marcos do terceiro e último período do processo civil romano: o do processo extraordinário (*extraordinaria cognitio*). Foi nesse período que ocorreu a publicização do processo civil e, por conseguinte, que a *ordo iudiciorum privatorum* (sistemática binária utilizada nos períodos anteriores) foi substituída pela *cognitio extra ordinem*, segundo a qual o magistrado (autoridade estatal) não mais remeteria as partes com a fórmula ao *iudex*, assumindo para si as funções de aplicar a lei, conhecer a causa, dar-lhe processamento, proferir sentença e executá-la.¹¹²

Mas, em que pese essa concentração de atos nas mãos do magistrado, Enrico Tullio Liebman assevera que a sua atuação no sentido de executar a sentença não decorria da simples força desta, na medida em que, por conta do caráter obrigacional desta, ainda era necessária a instauração da *actio iudicati* (que também seria processada perante o magistrado) para que a atividade executiva fosse desempenhada. Para o jurista italiano, o ponto capital para demonstrar essa existência (ou sobrevivência) da *actio iudicati* no período do processo extraordinário, está na necessidade de citação do devedor para ouvir suas possíveis contestações e decidir sobre elas.¹¹³

Humberto Theodoro Júnior, contudo, entende que houve certo esvaziamento da *actio iudicati* no período do processo extraordinário, visto que, com a assunção integral da função judicante pela autoridade estatal, a sentença deixou de figurar como uma mera opinião ou parecer de árbitro, assumindo o caráter de verdadeira imposição, o que, na opinião do autor, “chegou quase a tornar despicienda a figura de uma nova ação para fazer atuar o comando emergente da sentença condenatória”.¹¹⁴

Em síntese, o que se pode observar é que o processo civil romano evoluiu da execução privada para a execução judicial. Mas, nunca chegou a utilizar a sistemática do título executivo, visto que, por conta do caráter meramente

¹¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O cumprimento da sentença e a garantia do devido processo legal**: antecedente histórico da reforma da execução de sentença ultimada pela lei 11.232 de 22.12.2005. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p. 117-121.

¹¹² *Ibid.*, p. 126.

¹¹³ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Embargos do executado (oposições de mérito no processo de execução)**. Campinas-SP: Bookseller, 2003, p. 34-36.

¹¹⁴ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 143-144.

obrigacional de sua sentença, jamais se desvencilhou, efetiva e integralmente, da necessidade de propositura de uma nova ação, com pleno contraditório, para que se pudesse dar início aos atos de execução.¹¹⁵

É preciso, entretanto, investigar outras sistemáticas surgidas após a queda do Império Romano, para que se possa verificar a persistência dessa sistemática. Passa-se, então, ao estudo da execução de sentença no **direito medieval**, apontando-se, inicialmente, as principais características do direito germânico e, posteriormente, do direito comum ou intermediário.

Bem, o direito germânico (ou bárbaro) caminhou em sentido contrário à evolução apontada pelo processo civil romano. É que, por nutrir-se de um caráter essencialmente individualista, sua atividade executiva era voltada para a exclusiva tutela do credor, o que era legitimado pelas próprias normas germânicas que sancionavam o uso da força e da vingança pessoal como instrumentos normais de reação do credor contra o inadimplemento do devedor.¹¹⁶

Cumprir observar que, sob a égide do direito germânico, a atividade procedimental iniciava-se pela execução, sendo que o conhecimento se dava após aquela atividade ou nela se inseria como mero incidente.¹¹⁷ Nota-se, portanto, mais uma diferença no que tange ao processo civil romano que, além de começar pelo conhecimento, conferia grande relevo a essa função. Além disso, e também em sentido contrário ao direito romano, um traço característico do processo germânico era a não-separação entre as atividades executiva e cognitiva, que eram exercidas em um só processo.¹¹⁸

Ocorre que, ainda no período sob comento, o direito romano passou a ser revivido pelos estudos universitários que o mostrava em constante confronto com a sistemática do direito germânico. Desse confronto, é que surgiu, ainda na Idade Média, o direito comum ou intermédio, assim denominado porque se propagou por toda a Europa Continental.

Sob a égide do novo direito, a execução atingiu também nova roupagem. Longe da complexa *actio iudicati* romana, mas também afastada da execução

¹¹⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Embargos do executado (oposições de mérito no processo de execução)**. Campinas-SP: Bookseller, 2003, p. 45-46.

¹¹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O cumprimento da sentença e a garantia do devido processo legal**: antecedente histórico da reforma da execução de sentença ultimada pela lei 11.232 de 22.12.2005. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p. 147.

¹¹⁷ LIEBMAN, op. cit., p. 49.

¹¹⁸ Ibid., p. 66.

privada dos germânicos, restaram conciliados apenas os aspectos positivos de cada um dos sistemas anteriores: da técnica romana, adotou-se a “judicialização” do processo executivo; e do direito germânico, extraiu-se medidas de garantia imediata para o credor.¹¹⁹

Foi nesse período que ocorreu uma evolução notável e plausível na execução de sentença (evolução esta que será de fundamental interesse para o desenvolvimento do presente trabalho). É que o direito comum, assim como o direito germânico, não se rendeu ao modelo da *actio iudicati* romana, porque também não aceitou a tese de que o vencedor na etapa de conhecimento tivesse que se valer de outra ação para atingir a execução da sentença. Contudo, diferente do direito germânico, apontou a necessidade de conceber outra sistemática de organização do processo, que viabilizasse uma estrutura livre da multiplicidade de ações para resolução de uma única lide, mas com a erradicação da execução privada.

Assim surgiu a ideia de *officium iudicis*, concebida por Martino de Fano que, por meio de sistemática totalmente inédita ao seu tempo, conseguia distinguir função cognitiva de função executiva dentro da jurisdição. O *officium iudicis* compreendia todas as atividades que o juiz deveria exercer naturalmente, em virtude de seu ofício, e como decorrência da invocação da parte por meio de uma única petição inicial. Sendo assim, o requerimento que provocava a execução não constituía exercício de ação, mas mero ato de impulso oficial que tinha por objetivo provocar a realização concreta dos atos incumbidos ao juiz.¹²⁰

Ou seja, a execução era proposta de modo simples e sem nenhuma formalidade, sendo que não necessitava de ação, não precisava de libelo e nem se chegava à contestação da lide ou à emissão de uma sentença. A decisão do juiz já consistia em um imediato mandado de pagamento, que exortava o devedor a conformar-se à sentença de conhecimento, sob pena de início dos atos materiais de execução. Além disso, prevaleceu o entendimento de que os primeiros atos

¹¹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O cumprimento da sentença e a garantia do devido processo legal**: antecedente histórico da reforma da execução de sentença ultimada pela lei 11.232 de 22.12.2005. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p. 149-150.

¹²⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Embargos do executado (oposições de mérito no processo de execução)**. Campinas-SP: Bookseller, 2003, p. 78-85. O autor apresenta um importante esclarecimento acerca de Martino de Fano no seguinte trecho de sua obra: “Relevava, portanto, procurar uma via de saída capaz de satisfazer a essas exigências e tivesse, não obstante, aparente justificação nas fontes. Quem a encontrou, foi Martino de Fano, um jurista do século XIII, que recorreu ao conceito de *officium iuris* e cuja doutrina logrou a acolhida de seu contemporâneo e, depois, de todos os escritores do direito comum. Infelizmente não se recuperou o texto de seu trabalho, mas outros escritores lhe reproduzem excertos [...]” (Ibid., p. 80).

executivos prescindiam de citação, a qual só se fazia necessária antes do ato final e irreparável de alienação ou adjudicação.¹²¹

Não se pode deixar de mencionar, contudo, que havia casos no direito comum em que, excepcionalmente, ainda se admitia a *actio iudicati* romana, o que demonstra que não se calcava pura e exclusivamente na sistemática da *officium iudicis*. Eram aqueles casos em que havia prestações vencidas em seguida à sentença, a serem apuradas e calculadas, e também, aqueles em que pendia de liquidação, por ter sido a condenação proferida de forma genérica.¹²²

Observada a metódica da *officium iudicis*, pode-se passar à análise do **direito moderno**, que se desenvolveu após a Idade Média, e em sede do qual, por conta da expansão das atividades comerciais, surgiram os títulos de crédito, que exigiam meios mais eficazes de provimento jurisdicional, reconhecendo-se, assim, a eficácia executiva a esses títulos negociais. Em decorrência disso, impôs-se a necessária diferenciação dos dois procedimentos executivos: 1) a sentença condenatória permanecia com o procedimento do *officium iudicis*; 2) os títulos executivos extrajudiciais submetiam-se a um processo executivo contencioso, uma verdadeira ação executiva, com prazos e oportunidades especiais para defesa e discussão das alegações das partes.¹²³

Entretanto, por conta da evolução mercantil do século XVII, as execuções calcadas em títulos extrajudiciais tornaram-se mais volumosas e alcançaram maior importância econômica do que as que envolviam sentenças condenatórias. E isso alcançou tal repercussão que, em determinado momento, e por influência do direito francês, o padrão executivo passou a ser o dos títulos executivos extrajudiciais, o que desaguou em uma unificação de todo o processo executivo, culminando no desaparecimento da *executio per officium iudicis* e reinstalando-se o método romano de só se poder chegar à execução forçada por meio de nova relação processual.¹²⁴

¹²¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Embargos do executado (oposições de mérito no processo de execução)**. Campinas-SP: Bookseller, 2003, p. 91-93.

¹²² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O cumprimento da sentença e a garantia do devido processo legal**: antecedente histórico da reforma da execução de sentença ultimada pela lei 11.232 de 22.12.2005. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p. 152.

¹²³ Ibid., p. 159-160.

¹²⁴ Ibid., p. 160-161. Sobre a influência do direito francês nessa mudança paradigmática ocorrida em sede de execução, podem-se destacar dois trechos da obra de Enrico Tullio Liebman: “Mas o que é sobretudo característico, é a inversão do vínculo entre a sentença e a obrigação escrita, que se vem operando em França, onde o instituto de vanguarda (ao revés do que sucede na Itália) é o das *lettres*, sobre o qual se virá, depois, modelando a execução com fundamento em outros títulos: porque a sentença equipara-se às *lettres obligatoires*” (LIEBMAN, op. cit., p. 110). “O princípio fundamental que

Em outros termos, essa mudança paradigmática, operada em busca de padronização do processo executivo, acabou acarretando a involução na sistemática da execução de sentença, que já não necessitava de nova ação para se instaurar. A partir dessa mutação, que acarreta nítida separação entre o processo de conhecimento (que no caso de condenação passou a limitar-se a dispor e declarar a vontade sancionada da lei) e o processo de execução (esse sim dirigido à atuação da sanção), a função da sentença condenatória é reduzida à constituição em favor do autor do título que vai habilitá-lo a propor a ação de execução em face do vencido.¹²⁵

Enfim, por tudo quanto exposto, pode-se constatar que a relação entre atividade de conhecimento e atividade de execução passou por diferentes formulações no decorrer de sua evolução histórica. Com efeito, nota-se que, do caráter essencialmente privado que marcou o início do processo civil romano, este conseguiu evoluir para a publicização do processo, sem, contudo, abdicar-se da exigência de nova ação (a *actio iudicati*) para que se tivesse acesso à execução. Já o direito medieval, em que pese os exageros dos germânicos, conseguiu desvencilhar-se dessa sistemática, o que se deu de forma congruente com a ideia de *officium iudicis* formulada pelo direito comum ou intermediário.

Mas, toda essa evolução sofreu um paradoxo histórico com a ascensão e expansão dos títulos executivos extrajudiciais no direito moderno. Assim, prevaleceu a nova sistemática dos “títulos executivos”, tendo sido incluída em seu rol a sentença condenatória, que exigia ação de execução como meio eficaz de atuação

se, elo constituindo no processo comum italiano e se desenvolveu ulteriormente em França, fundado no qual a existência de um título é condição necessária e, ao mesmo tempo, suficiente para obter a execução, com exclusão portanto, de qualquer outra forma de verificação preliminar do direito, encontra acolhida, hoje, nas leis vigorantes em quase todos os países do continente europeu [...]” (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Embargos do executado (oposições de mérito no processo de execução)**. Campinas-SP: Bookseller, 2003, p. 123).

¹²⁵ Ibid., p. 159. Para um melhor entendimento dessa sistemática, destaca-se a seguinte explanação: “Dessa forma, a sentença condenatória, sob o aspecto substancial, não passa de uma declaração, porquanto os direitos e obrigações das partes preexistem, e aquela, sem nenhuma eficácia inovadora, nada mais faz que dar a certeza de sua existência. Sob o aspecto processual, todavia, tem eficácia constitutiva, porque a sanção só preexiste à condenação como vontade abstrata e é o juiz quem a faz tornar-se concreta, transferindo-lhe o conteúdo do direito substancial declarado: aquela, pois, se precisa na vontade de que se leve a efeito determinada execução em prejuízo de determinada pessoa e a favor de outra, com o escopo de atingir, pelos meios do processo, o resultado a que tendia o imperativo jurídico inobservado. A novidade produzida pela sentença condenatória não é pois, simplesmente, a ordem aos órgãos encarregados de execução, senão a própria vontade da lei de que se atue a sanção, isto é, de que a execução se faça. Desde esse momento, adquire o credor o de que antes não dispunha, a saber, o poder de provocar com o seu pedido a atuação prática da sanção (ação executória), a que corresponde a *parte debitoris* a sujeição a ela (responsabilidade executória)” (Ibid., p. 159-160).

da sanção; restando consagrada, desse modo, a autonomia do processo de execução em relação ao processo de conhecimento.¹²⁶

3.1.2 A doutrina de Enrico Tullio Liebman e a predominância da autonomia do processo de conhecimento e do processo de execução no texto original do Código de Processo Civil brasileiro de 1973

Observada toda a evolução pela qual passou a execução civil, é chegado o momento de traçar um breve panorama histórico do instituto no direito brasileiro, destacando as sistemáticas adotadas nas diferentes normas que sucederam a sua independência do direito português, em busca de fundamentos para a consagração da autonomia processual pelo Código de Processo Civil, de 1973.

Bem, para que se possa entender a formação do Direito Processual Civil brasileiro e, mais especificamente, a abordagem por ele atribuída ao processo de execução, faz-se necessário destacar, ainda que brevemente, a forte influência do direito português. Para tanto, é preciso observar que esse direito, por sua vez, sofreu fortes inserções do direito italiano, o que se tornou nítido nas Ordenações promulgadas a partir do século XV.

Nesse sentido, deve-se ressaltar que nas Ordenações Afonsinas (sec. XV) a execução era considerada uma atividade estatal, realizada com base em sentença, com a admissibilidade da prisão do devedor, em cárcere público. Já nas Ordenações Manoelinas, a execução das sentenças era feita *per officium iudicis*, sendo que alguns negócios conduziam a uma ação cognitiva sumária denominada “assinção de dez dias”, que foi assimilada, pela doutrina, à *actio iudicati* romana. Por fim, esse mesmo regulamento das execuções passou, sem modificações substanciais, para as Ordenações Filipinas, que determinava, como competente para julgar a execução, o

¹²⁶ Nesse sentido, mostram-se apropriadas as afirmações de Cândido Rangel Dinamarco que, ao discorrer acerca da evolução histórica da execução civil, apresenta reflexão acerca do curso variável da História, o que o faz nos seguintes termos: “A História não caminha em linha reta, evoluindo inexoravelmente no sentido das tendências fundamentais da Humanidade e de sua civilização, sem percalços, sem estagnações, sem retrocessos. Fatores múltiplos determinam paradas no desenvolvimento das instituições, adoção de métodos e princípios já falidos numa primeira experiência, contramarchas de volta às origens, de modo que apenas numa visão macroscópica de seu curso é que se podem vislumbrar os rumos que marcam o progresso e compreender quais são essas tendências básicas” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 53).

juiz que tivesse julgado a causa em primeira instância.¹²⁷

As Ordenações Filipinas e a legislação portuguesa subsequente vigoraram no Brasil, mesmo após a sua independência, até que o Direito Processual positivo brasileiro se desligou efetivamente do direito português - o que se deu por conta de dois momentos principais: quando, o Regulamento 737, de 1850, traçou a nova disciplina do processo comercial; e quando o Decreto 763, de 1890, estendeu ao processo civil em geral as disposições daquele diploma.¹²⁸

No Regulamento 737, a execução era uma atividade estatal, cuja competência era, em regra, do juiz que tivesse conduzido originariamente o processo de conhecimento, e que, para ser instaurada, era necessária a citação do executado, sob pena de nulidade absoluta. Além disso, a execução só era possível se calcada em sentença líquida, e a liquidação constituía mero incidente inicial do processo executivo, de modo que o devedor era citado apenas para este.¹²⁹

Ademais, no referido Regulamento havia uma formulação binária de execução. Sob a previsão de “execução”, enquadrava-se como título executivo apenas a sentença. Por outro lado, além da “assinação de dez dias” (procedimento sumário de natureza cognitiva), existia a “ação executiva”, que se destinava aos títulos extrajudiciais, e cujo processo se iniciava com a citação para pagar, sob pena de penhora, sendo que à falta de embargos nos seis dias depois de acusada esta, seria a penhora julgada por sentença.¹³⁰

No século XX, vários outros diplomas legislativos dispuseram sobre a matéria referente à execução forçada, mas sem modificações capazes de alterar a essência do sistema. Situam-se, nesse contexto, a legislação atinente ao processo na Justiça Federal e os Códigos estaduais de processo civil promulgados entre 1905 e 1930, que apenas aperfeiçoaram, em alguns aspectos pontuais, o disposto no

¹²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 68-71. Merece destaque, sobre esse aspecto, a síntese apresentada por Humberto Theodoro Júnior: “Pode-se, portanto, sintetizar que Portugal, desde as origens medievais de seu ordenamento jurídico, conheceu duas modalidades de execução de sentença: a) a *actio iudicati*, em rito mais complexo e contencioso, para os casos de sentença pendente de liquidação; e b) a execução *per officium iudicis*, sem contenciosidade, para a execução das sentenças líquidas [...]” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O cumprimento da sentença e a garantia do devido processo legal: antecedente histórico da reforma da execução de sentença ultimada pela lei 11.232 de 22.12.2005**. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p. 157).

¹²⁸ DINAMARCO, op. cit., p. 74.

¹²⁹ Ibid., p. 74-76.

¹³⁰ Ibid., p. 77.

Regulamento 737.¹³¹

Submeteu-se, assim, à disciplina do referido Regulamento, até que, em 1939, houve uma unificação legislativa em matéria processual, com a promulgação do primeiro Código de Processo Civil brasileiro, que manteve a opção brasileira pelo sistema dualista, banindo, contudo, a “assinação de dez dias”.¹³²

A ação executiva adquiriu nova feição, na medida em que apareceu apoiada em dezoito categorias de títulos executivos extrajudiciais, e que passou a obedecer a procedimento em que se viam presentes todos os atos de um procedimento ordinário cognitivo. Sendo assim, após o ajuizamento da demanda e citação para pagar, sobrevinha a penhora, que podia ser seguida de embargos, e que tinha como imprescindível a presença do despacho saneador, de audiência e de sentença.¹³³

Ao lado da ação executiva, continuou a existir o processo executório ou de execução de sentença, que se caracterizava como execução pura e se fazia com base em sentença condenatória ou em outros títulos judiciais elencados em dispositivos esparsos. A liquidação era feita no próprio bojo do processo executório, como incidente inicial após a citação do devedor. Por conseguinte, proferida a sentença de liquidação, não era necessária nova citação.¹³⁴

Ao abordar essa sistemática binária adotada pelo Código de Processo Civil brasileiro de 1939, Enrico Tullio Liebman (ainda sob a vigência do referido *Codex*) observou que o Direito Processual Civil brasileiro se diferenciava, nessa matéria, da maior parte dos países do continente europeu, nos quais existia um único tipo de execução, que era empregado tanto para a sentença condenatória quanto para os títulos executivos extrajudiciais, com a estrutura do processo autônomo.¹³⁵

O autor esclareceu que, na alta Idade Média, a necessidade de oferecer a determinadas categorias de crédito uma tutela mais rápida e fácil do que a do processo ordinário ocasionou o surgimento dos *instrumenta guarentigiata* ou *confessionata*, dotando-os de execução imediata como se dava com as sentenças. Mas, para não retardar muito a execução procedia-se sumariamente, omitindo-se

¹³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 78.

¹³² *Ibid.*, p. 81.

¹³³ *Ibid.*, loc. cit.

¹³⁴ *Ibid.*, loc. cit.

¹³⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Bestbook, 2004, p. 24-28.

muitos atos do processo ordinário, como o libelo e a contestação da lide.¹³⁶

Mais tarde, a doutrina e a prática italianas e, principalmente, alemãs, acentuaram a diferença entre execução de sentença (que se promovia sem citação, como prosseguimento do processo de execução) e processo executivo sumário (que se iniciava com citação, permitia uma discussão mais ampla das defesas do devedor e se configurava como resultado da propositura de ação executiva, que visava à execução, mas com prévia cognição sumária do pedido).¹³⁷

A França, contudo, não se curvou diante de tal sistemática e afirmou, decisivamente, a equivalência entre a execução pura pertencente às sentenças e a pertencente aos títulos extrajudiciais. Foi assim que, como visto no tópico anterior deste trabalho, por influência do direito francês dos séculos XVII e XVIII, o direito moderno alemão e o italiano adotaram essa sistemática da equiparação de todos os títulos executivos, eliminando muitos elementos característicos da época medieval, e reconhecendo a completa autonomia dos processos de conhecimento e de execução.¹³⁸

Em síntese, o que se pretende observar é que Enrico Tullio Liebman criticou a individualidade histórica do processo civil brasileiro decorrente da adoção da ação executiva pelo Código de Processo Civil de 1939, por considerar uma criação do processo medieval italiano, que já havia desaparecido da Europa por conta dos avanços comerciais vividos naquele continente.

Além disso, deve-se notar que o autor apontou severas críticas ao art. 196 do Código de Processo Civil de 1939, o qual prescrevia que a instância começava pela citação inicial válida e terminava por sua absolvição ou cessação ou pela execução da sentença; deixando margem para a afirmação de que, no caso de execução de sentença condenatória, o processo de execução não seria autônomo. Em sua visão, o artigo caminhou em sentido contrário a vários dispositivos do próprio Código em que estava inserido, que apontavam o processo de execução como um processo diverso do de execução como, por exemplo: 1) o art. 165, que determinava a necessidade de citação, sob pena de nulidade, no começo da causa ou da execução; 2) os arts. 885 e 887, que previam que as partes do processo de execução podiam ser diversas das do processo de conhecimento; 3) os arts. 904 e

¹³⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Bestbook, 2004, p. 47-48.

¹³⁷ Ibid., p. 48.

¹³⁸ Ibid., p. 61-62.

905, que possibilitava que vários processos de execução decorressem de apenas uma sentença condenatória.¹³⁹

Essa exposição crítica de Enrico Tullio Liebman invoca, por conseguinte, uma reflexão acerca de seu nítido posicionamento em prol da autonomia entre os processos de conhecimento e de execução, cujos fundamentos podem ser sintetizados em trecho do seu Manual, no qual o autor assevera que a declaração preceder, em regra, à sanção é uma exigência lógica e de justiça. Contudo, ao seu ver, o processo de conhecimento e o processo executivo devem ser concebidos como independentes entre si. De um lado, porque, na visão do jurista italiano, o processo de conhecimento pode realmente não requerer a execução, seja porque o ato que lhe põe fim atinge plenamente, por si só, o fim predeterminado (sentença declaratória ou constitutiva), seja porque, depois da sentença condenatória, o devedor vem a cumprir voluntariamente a obrigação. De outro, porque nem sempre a execução precisa ser precedida de uma cognição, sendo que, em determinados casos, é possível procedê-la sem necessidade de prévio processo de conhecimento.¹⁴⁰

Para que se possa compreender essa afirmação, é preciso fazer alguns esclarecimentos teóricos à luz do pensamento do autor. Em primeiro lugar, cumpre observar que, para Enrico Tullio Liebman, “ações de conhecimento são aquelas que instauram um processo de conhecimento e conduzem à prolação de uma decisão, a qual na maioria das vezes tem a forma de sentença”. Elas têm o escopo e a função específica de “provocar o juízo”, isto é, de convocar o órgão jurisdicional a declarar

¹³⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Bestbook, 2004, p. 35. Com efeito, o autor afirmou que: “[...] o art. 196 não pode representar um obstáculo a que se considere o processo de cognição como encerrado com a pronúncia da sentença definitiva e, conseqüentemente, o processo de execução como um processo separado e autônomo. De resto, se assim não fosse, e se, portanto, o processo continuasse pendente depois de passada em julgado a sentença de condenação, dever-se-ia reconhecer também ao devedor o direito de dar impulso à continuação do processo, isto é, ao início da execução, porque, quando pende um processo, ambas as partes têm igual direito de promover o seu andamento. [...]” (Ibid., p. 37). Em sentido contrário a esse entendimento, Orlando de Souza (também sob a vigência do Código de Processo Civil brasileiro de 1939) asseverou que: “[...] pela sistemática do atual Código de Processo Civil Brasileiro, a sentença não põe termo à ação, cujo remate é a execução, de vez que a instância, que começa pela citação inicial válida, vai além da ação até a execução da sentença (art. 196). Ora, se a instância não finda com a sentença, como no direito anterior, mas prossegue além, para terminar com a execução, logo não constitui esta novo juízo; devendo ser mesmo, como efetivamente é, o desdobramento da ação, sua fase executória, seu remate. Mesmo porque a sentença não induz nova ação, nem gera direito, mas apenas apresenta, declara e fixa a relação de direitos controvertida.” (SOUZA, Orlando de. **Doutrina e prática das execuções de sentenças**. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Sugestões Literárias, 1970, p. 22).

¹⁴⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1, p. 263.

quem tem razão entre os dois contendores. Por conseguinte, o “juízo” contido na sentença consiste em acolher ou rejeitar, total ou parcialmente, a demanda formulada pelo autor, verificando a situação jurídica existente entre as partes.¹⁴¹

As ações de conhecimento, na visão do jurista italiano, podem ser classificadas, de acordo com o efeito característico próprio da sentença, em três categorias: 1) ação declaratória – visa eliminar a incerteza quanto à existência ou modo de ser de uma relação jurídica, gerando uma sentença declaratória ou meramente declaratória, cuja função é declarar a situação jurídica existente entre as partes; 2) ação condenatória – gera uma sentença condenatória, que é aquela que além de declarar a existência do direito a uma prestação e o seu adimplemento, tem eficácia executiva, ou seja, permite que o credor peça a execução forçada contra o condenado, por meio de uma nova ação, a ação executiva; 3) ação constitutiva – busca uma sentença que constitua, modifique ou extinga uma relação jurídica, além da declaração da existência das condições requeridas pela lei.¹⁴²

Ainda em busca do entendimento do trecho acima transcrito, é preciso compreender que Enrico Tullio Liebman entende por ação executiva aquela destinada à “atuação da sanção” estabelecida pela lei para o ilícito civil, com a consequência de restabelecer o império da lei e, ao mesmo tempo, reintegrar, mediante coação, o patrimônio do titular do direito subjetivo que sofreu a lesão. Ou seja, é a ação destinada a “produzir coativamente um resultado prático equivalente ao que outra pessoa deveria ter produzido em cumprimento a uma obrigação jurídica”.¹⁴³

Feitos esses esclarecimentos, nota-se que, na visão do autor, o argumento fundamental para sustentar a autonomia processual pode ser resumido na ideia de processos puros, ou seja, daqueles que, por motivos diversos, não se ligam a outros, encerrando por si mesmos a prestação da tutela jurisdicional. É o caso dos processos de conhecimento decorrentes de ações constitutivas e declaratórias, e dos processos de execução calcados em títulos extrajudiciais. Sendo assim, numa relação entre processo de conhecimento e de execução, apenas no caso de sentença condenatória será necessária uma ação de execução posterior, caso o

¹⁴¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1, p. 215.

¹⁴² Ibid., p. 231-247.

¹⁴³ Ibid., p. 262-263.

devedor não cumpra voluntariamente a obrigação determinada pela decisão.¹⁴⁴

Bem, essa foi a sistemática adotada pelo Código de Processo Civil brasileiro de 1973, que referendou a autonomia processual nos moldes preconizados por Enrico Tullio Liebman.¹⁴⁵ Com efeito, a mais importante modificação operada no instituto da execução forçada pelo novo *Codex* foi a eliminação da ação executiva, o que acarretou na equiparação dos títulos executivos extrajudiciais aos judiciais, de modo que todos eles passaram a se submeter a uma execução pura, sem intromissão de atos cognitivos de mérito. Reservou-se, contudo, a eventualidade de embargos de execução, como já era possível para as execuções por títulos judiciais.¹⁴⁶

Todavia, em que pese a aprovação de muitos doutrinadores¹⁴⁷, é preciso observar que a autonomia dos processos de conhecimento e de execução não era ponto pacífico na doutrina, embora assim tenha prevalecido no Código de Processo Civil brasileiro de 1973. Com efeito, Olavo de Oliveira Neto observa que, na época em que o Código entrou em vigor, já havia quem propusesse uma evolução ainda maior, com a eliminação do processo de execução fundado em título judicial, que passaria a figurar apenas como uma fase do processo de conhecimento de natureza condenatória.¹⁴⁸

¹⁴⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1, p. 263. Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior, em seu Curso de Direito Processual Civil, afirma que: “Importa a execução forçada de uma relação processual própria e autônoma frente a do processo de conhecimento, ainda quando seu fito seja o cumprimento coativo de uma sentença condenatória. A evidência da autonomia do processo de execução pode ser dada através dos seguintes fatos: a) nem todo processo de conhecimento tem como conseqüência uma execução forçada: o cumprimento voluntário da condenação, por exemplo, torna impossível a execução forçada; e as sentenças declaratórias e constitutivas não comportam realização coativa em processo executivo; b) nem toda execução forçada tem como pressuposto uma sentença condenatória obtida em anterior processo de conhecimento, haja vista a possibilidade de baseá-la em títulos extrajudiciais; c) os processos de cognição e execução podem correr ao mesmo tempo, paralelamente, como se passa na hipótese de execução provisória” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 2, p. 09).

¹⁴⁵ É o que se constata na seguinte afirmação de Alexandre Freitas Câmara: “É indiscutível que o Direito brasileiro vigente foi estruturado com base na idéia de autonomia entre os dois processos, cognitivo e executivo. Tal se deu, até mesmo, pela inegável influência de Liebman sobre nosso sistema processual” (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 16. ed. rev. e atual. até a Lei 11.419/2006. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1, p. 231).

¹⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 83.

¹⁴⁷ Cândido Rangel Dinamarco deixa transparecer essa aprovação ao afirmar que: “No estatuto vigente inexistente dúvida *de lege data* acerca da autonomia do processo executivo, porque não se repete a frase infeliz daquele art. 196 e porque a sentença de mérito é apontada expressamente como ato extintivo do processo de conhecimento (art. 269, inc. I). Hoje é pacífica em doutrina a autonomia do processo de execução, nesse sentido em que vem sendo afirmada no presente texto” (ibid., p. 138).

¹⁴⁸ OLIVEIRA NETO, Olavo de. Novas perspectivas da execução civil – cumprimento da sentença. In:

Muitas dessas propostas foram alavancadas pelas ideias de Eduardo J. Couture que, ao discorrer sobre a sentença e sua execução, afirma que esta deve ser vista como a etapa final de um largo itinerário, de modo que a atividade jurisdicional se cumpre tanto mediante a atividade de conhecimento como mediante a atividade de coerção. Em outros termos, o autor assevera que se deve reconhecer que existe uma unidade fundamental entre todos os momentos da jurisdição (tanto nos declaratórios, ou cognitivos, como nos executivos).¹⁴⁹

Pelo exposto, nota-se que, apesar da forte influência de Enrico Tullio Liebman sobre o direito brasileiro ter acarretado a adoção da quase completa autonomia entre processos de conhecimento e de execução pelo Código de Processo Civil de 1973, parte da doutrina não acatou pacificamente tal solução. Em verdade, desde a vigência do Código anterior (de 1939), doutrinadores brasileiros já se manifestavam contra a repartição de processos, pelo menos em sede de execução de sentença e, mesmo sob a égide do atual, o tema continuou sendo discutido pelos processualistas.

3.2 A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A EVOLUÇÃO DO SINCRETISMO ENTRE PROCESSO DE CONHECIMENTO E PROCESSO DE EXECUÇÃO

SHIMURA, Sérgio; NEVES, Daniel A. Assumpção (Coord.). **Execução no processo civil: novidades & tendências**. São Paulo: Método, 2005, p. 192. Sobre essa constatação, vale a pena conferir, ainda, as palavras de Antônio Macedo de Campos: “Discutia-se doutrinariamente se o processo comportava duas grandes fases, a cognitiva e a executória ou se cuidava de processos autônomos. Entre os que doutrinaram no sentido de ser a execução fase do processo, constavam-se Gabriel de Rezende, Costa Carvalho e outros, apoiados no pensamento de Eduardo Couture. Entretanto sustentando a tese da autonomia do processo de execução apontam-se entre os contemporâneos, Pontes de Miranda, Buzaid, Eulálio Vidigal, Frederico Marques, além de vários que esposam a mesma idéia. O atual Código, como se verifica através da leitura dos artigos 566 a 795 e da Exposição de Motivos, colocou um ponto final na discussão. Face à sistemática processual vigente, o processo de execução é ‘independente’, ‘autônomo’ e ‘desligado’ do processo de conhecimento” (CAMPOS, Antônio Macedo de. **Do conhecimento e da execução no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1977, p. 311).

¹⁴⁹ COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. 3. ed. (póstuma). Buenos Aires: Roque Depalma, 1958, p. 439-440.

3.2.1 Noções introdutórias sobre sincretismo processual e seu caráter excepcional no texto original do Código de Processo Civil brasileiro de 1973 e na legislação extravagante

A proposta de traçar noções introdutórias sobre o sincretismo processual significa que não é pretensão dessas primeiras linhas o esgotamento do vasto conteúdo que há de preencher esse fenômeno. Pelo contrário, trata-se de uma ideia geral e sintetizada sobre ele, com o simples objetivo de fincar a base que será preenchida e aprimorada pela análise pontual que se desenvolverá no decorrer deste trabalho.

Nesse sentido, um primeiro passo para que se possa compreender o sincretismo consubstancia-se na investigação das raízes etimológicas e filosóficas do termo.¹⁵⁰ Ao examiná-las, nota-se que o verdadeiro sincretismo (palavra derivada do grego *suncretizo*, que expressa a ideia de combinação) é o que não se permite corromper pela superficialidade. Sendo assim, uma proposta eficaz de sincretismo, independente da área de conhecimento na qual esteja inserida, tem que ser bem estruturada e fundamentada. Para tanto, é preciso constatar que o tratamento

¹⁵⁰ “SINCRETISMO Palavra derivada do grego, *suncretizo*, «combinar». Ao que parece, Plutarco foi a primeira pessoa a usar essa palavra. Ele a empregou para indicar os esforços harmonizadores dos neoplatonistas, que incorporavam várias linhas de idéias no tapete de seu pensamento. O sincretismo pode ser superficial ou profundo. É superficial quando uma mente preguiçosa, não desejando investigar em profundidade, meramente ajunta peças de sistemas já existentes, servindo uma salada indigesta de idéias. Mas, quando o sincretismo é profundo, dá-nos discernimento quanto a vários sistemas que contêm fragmentos da verdade, e como, juntando esses fragmentos, podemos obter um quadro melhor da própria verdade” (BENTES, João Marques; CHAMPLIN, Russell Norman. **Enciclopédia de Bíblia Teologia e Filosofia**. São Paulo: Candeia, 1997. v. 6, p. 294). Sem adentrar em considerações filosóficas aprofundadas acerca da fenomenologia, cumpre destacar que a noção traçada de sincretismo pode ser associada à busca eidética, sintetizada por Edmund Husserl nos seguintes termos: “Neste aspecto, não há manifestamente sérias dificuldades que possam ser impeditivas à execução efetiva dessas ciências e, em particular, da fenomenologia. Ora, se esta quer ser mesmo uma ciência no âmbito da mera intuição imediata, uma ciência eidética puramente ‘descritiva’, a generalidade de seu procedimento está previamente dada como por si mesma. Ela tem de pôr diante dos olhos, exemplarmente, puros eventos da consciência, tem de trazê-los à clareza mais completa, para, dentro dessa clareza, analisá-los e apreender intuitivamente a sua essência, tem de perseguir os nexos eidéticos evidentes, formular o intuído em expressões conceituais fiéis, cujo sentido só pode ser prescrito puramente por aquilo que foi intuído ou foi visto com evidência em sua generalidade. Se esse procedimento, corroborado ingenuamente, serve de início apenas para tomar conhecimento do novo domínio, para nele exercitar em geral a visão, a apreensão e a análise, e se familiarizar um pouco com seus dados, agora a reflexão científica sobre a essência do próprio procedimento, sobre a essência dos modos de doação nele atuantes, sobre essência, alcance e condições da clareza e evidência mais completas, bem como de expressões conceituais completamente fiéis e firmemente estabelecidas — e assim por diante — assume a função de uma fundação geral e logicamente rigorosa do método” (HUSSERL, Edmund. **Idéias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**: introdução geral à fenomenologia pura. Tradução de Márcio Suzuki. Aparecida, SP: Idéias & Letras, 2006, p. 146).

apartado dos sistemas que se pretende combinar ou agrupar é incapaz de gerar a eficácia que só ao todo se pode atribuir.

Foi exatamente para evitar a referida superficialidade que se desenvolveu o estudo da autonomia dos processos, buscando estabelecer os fundamentos que sustentaram a sua adoção pelo direito brasileiro, como pressuposto necessário para que se possa investigar não apenas se as ideias ali expressas são condizentes com a conjuntura processual civil brasileira, mas também se em sua origem tal repartição já não seria contraditória ou distorcida.

Por outro lado, cumpre observar que, à luz das reflexões da pós-modernidade, não se trata aqui de buscar o estabelecimento de verdades absolutas. Com efeito, deve-se ter em mente que se vive em um contexto de incertezas, mas isso não pode figurar como empecilho para que se busquem novas soluções para o processo civil brasileiro. E essas soluções não parecem se coadunar com a multiplicidade de processos para que se possa solucionar uma única lide.

Feitos esses esclarecimentos preliminares, deve-se ressaltar que a utilização do termo sincretismo no processo civil brasileiro traduz-se numa combinação ou miscigenação das diferentes espécies processuais às quais foi conferida autonomia, sendo que a sua intensidade pode desaguar na formação de um processo único, no qual as espécies se transformam em funções que se entrelaçam harmonicamente.

Ao aplicar o termo sincretismo no binômio conhecimento-execução, Cândido Rangel Dinamarco contribui para a elucidação basilar do termo. O autor afirma que o sincretismo de uma ação é identificado quando são combinados, ao mesmo tempo, o poder de exigir o julgamento da pretensão e a satisfação do direito reconhecido nesse julgamento. Sendo assim, julgada procedente a pretensão, o mesmo processo prossegue, sem que seja proposta nova demanda, nem que seja necessária citação para que se concretizem os atos executivos adequados. Nesse contexto, o processo é único e uma só também é a ação, sendo que ambos partilham da natureza cognitivo-executiva.¹⁵¹

Essa afirmação deve ser atrelada a uma importante constatação: a de que o direito brasileiro (não apenas o Código vigente, mas também a legislação extravagante) não adotou a completa autonomia entre processos de conhecimento e execução, na medida em que alguns procedimentos especiais (ações possessórias,

¹⁵¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 138-139.

de despejo, de depósito, ações trabalhistas, entre outras) nele inseridos submeteram-se à sistemática do sincretismo, restando descartada a possibilidade de ação de execução autônoma nesses casos.

A **ação de despejo**, disciplinada pela Lei n. 8.245/91 (com as recentes alterações efetuadas pela Lei n. 12.112/2009), tem por objetivo a retomada do bem objeto da locação.¹⁵² Ela segue, subsidiariamente, o rito ordinário, adequado, porém, às especificidades previstas na referida lei. Valendo-se da classificação quinária das ações, por Pontes de Miranda¹⁵³, Humberto Theodoro Júnior afirma que a grande

¹⁵² Com relação ao objeto da relação de despejo, cumpre observar o seguinte esclarecimento de Humberto Theodoro Júnior: “Há, pois, que se distinguir entre a extinção do contrato e o ato de retomar judicialmente o prédio objeto da locação. Quando, por exemplo, a lei permite a denúncia vazia ou a retomada para uso próprio, não é a ação de despejo que vai pôr fim ao vínculo contratual. A declaração de vontade unilateral do locador, nos termos da lei, é por si o ato jurídico extintivo da relação contratual, como o é, também, a venda do prédio ou término do prazo estipulado no contrato. A ação de despejo funciona como o procedimento destinado a comprovar a extinção do contrato e, em consequência, a assegurar a recuperação do prédio pelo senhorio” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O cumprimento da sentença e a garantia do devido processo legal**: antecedente histórico da reforma da execução de sentença ultimada pela lei 11.232 de 22.12.2005. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p. 170).

¹⁵³ Em sentido diverso à classificação ternária defendida por Enrico Tullio Liebman (e destacada no tópico 3.1.2 deste trabalho), Pontes de Miranda apresenta a classificação quinária das ações, segundo o quanto de eficácia, e sob a afirmação de que a preocupação da ciência do direito até então foi a de conceituar as ações e classificá-las como se cada uma delas só tivesse uma eficácia: declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva. O autor afirma que seu objetivo é, em verdade, vislumbrar o que as preenche, mostrando o que prepondera e lhes dá lugar numa das cinco classes, e o que vem, dentro delas, em espectração de efeitos. Sendo assim, não lhe interessa apenas as características exteriores das ações, mas também e principalmente, as interiores. Feito isso, Pontes de Miranda assevera que a classificação binária, assim como a classificação ternária (ação declaratória, ação constitutiva, ação condenatória), de que se valiam os juristas europeus, se mostram superadas, na medida em que não resistem às críticas e concorreram para celemas entre os juristas, como também não viam que uma coisa é força de sentença (eficácia preponderante) e outra a eficácia imediata ou a mediata (MIRANDA, Pontes de. **Tratado das Ações**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998, t.1, p. 131-132). Por conseguinte, Pontes de Miranda apresenta as cinco classes de ações, de acordo com a preponderância da eficácia, nos seguintes termos: “(a) A **ação declarativa** é ação a respeito de ser ou não-ser a relação jurídica. Supõe a pureza (relativa) do enunciado que se postula; por ele, não se pede condenação, nem constituição, nem mandamento, nem execução. Só se pede que torne claro (de-clare), que se ilumine o recanto do mundo jurídico para se ver se é, ou se não é, a relação jurídica de que se trata. O enunciado é só enunciado de existência. A prestação jurisdicional consiste em simples clarificação. [...]. O interesse jurídico há de consistir na prestação jurisdicional de declaração da existência, ou inexistência, de relação jurídica, ainda futura, se nela está, ou estará ou dela decorreu, decorre ou vai decorrer direito, pretensão, ou ação, ou exceção, ou se há de o autor defender-se, ou excepcionar, no futuro, quanto a tal direito, pretensão ou faculdade. [...]. (b) De regra, a **ação constitutiva** prende-se à pretensão constitutiva, *res deducta*, quando se exerce a pretensão à tutela jurídica. Quando a ação constitutiva é ligada ao direito, imediatamente, não há, no plano da *res in indicium deducta*, pretensão constitutiva (há-a, no plano do direito subjetivo à tutela jurídica, que é a especialização, pelo exercício, da pretensão à tutela jurídica em pretensão constitutiva). Então, o titular da ação age para a constituição, a que tem direito, ou por ato próprio (direito de denúncia, direito de resolução), ou através de ato judicial (sentença), ou de outra autoridade que o juiz. Pode dar-se, porém, que a ação de constituição se ligue a pretensão que não foi cumprida [...]. (c) A **ação de condenação** supõe que aquele ou aqueles, a quem ela se dirige, tenham obrado contra direito, que tenham causado dano e mereçam, por isso, ser condenados (com-damnare). Não se vai até a prática com-dano; mas já se inscreve no mundo jurídico que houve a danoção, de que se acusou alguém, e pede-se a

peculiaridade da ação de despejo é, em verdade, sua natureza de ação executiva, uma vez que nela, a execução é mera fase, independente de nova ação.¹⁵⁴

Com efeito, o art. 63 da Lei n. 8.245/91, de acordo com a nova redação atribuída pela Lei n. 12.112/2009, prevê que, julgada procedente a pretensão ao despejo, deve o magistrado determinar a expedição de mandado de despejo, que conterà o prazo de 30 (trinta) dias para a desocupação voluntária, sendo que o prazo será reduzido para 15 (quinze) dias se: a) entre a citação e a sentença de primeiro grau se passarem mais do que quatro meses; b) se o fundamento do despejo for por mútuo acordo, por existência de infração contratual ou legal, de falta de pagamento de aluguéis e demais encargos, de realização de reparações urgentes determinadas pelo Poder Público (que não possam ser normalmente executadas com a permanência do locatário no imóvel ou, podendo, ele se recuse a consenti-las) ou ainda, de denúncia vazia em caso de contrato de locação residencial prorrogado tacitamente após o vencimento do seu prazo.¹⁵⁵

Segundo Humberto Theodoro Júnior, a grande consequência prática desse procedimento unitário é a inexistência dos incidentes processuais decorrentes da ação autônoma de execução. É o caso, por exemplo, da ausência de embargos do devedor, sendo que tudo aquilo que se poderia questionar por meio desse instituto

condenação. À ação executiva é que compete, depois, ou concomitantemente, ou por adiamento, levar ao plano fático o que a condenação estabelece no plano jurídico. (d) A **ação mandamental** prende-se a atos que o juiz ou outra autoridade deve mandar que se pratique. O juiz expede o mandado, porque o autor tem pretensão ao mandamento e, exercendo a pretensão à tutela jurídica, propõe a ação mandamental. (e) A **ação executiva** é aquela pela qual se passa para a esfera jurídica de alguém o que nela devia estar, e não está. Segue-se até onde está o bem e retira-se de lá o bem (*ex-sequor, ex-secutio*). No definir títulos executivos e em apontá-los, o direito material reputa-os suficientes para começo de execução (cognição incompleta). É comum às sentenças condenatórias que passam em julgado terem em si elementos de cognição completa para a execução, salvo *lex specialis*" (MIRANDA, Pontes de. **Tratado das Ações**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998, t.1, p. 132-136, grifo nosso). É preciso observar, contudo, que na visão de Pontes de Miranda não há ação, nem sentença que seja pura. Sendo assim, nenhuma é somente declarativa, somente constitutiva, somente condenatória, ou somente executiva. Ou seja, na visão do jurista, cada uma das ações típicas das cinco classes possui (em graus diferenciados) eficácia declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva, mas serão identificadas pela eficácia preponderante (Ibid., p. 137-143). Sobre discussões atuais acerca da teoria quinária da ação, conferir: COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Teoria quinária da ação**: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento. Salvador: JusPODIVM, 2010.

¹⁵⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O cumprimento da sentença e a garantia do devido processo legal**: antecedente histórico da reforma da execução de sentença ultimada pela lei 11.232 de 22.12.2005. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p. 172. Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009 (Curso de processo civil; v. 5), p. 181-182.

¹⁵⁵ BRASIL. **Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991**. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8245.htm>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2011.

haverá de ser tratado na contestação, sob pena de preclusão.¹⁵⁶

No que tange às **ações possessórias**, por sua vez, o Código de Processo Civil brasileiro de 1973 regula, em seus arts. 920 a 932, três ações típicas: a) ação de manutenção de posse: destinada a proteger o possuidor contra atos de turbacão de sua posse, buscando cessar o ato do turbador, que molesta o exercício da posse, sem eliminá-la; b) ação de reintegração de posse: visa restituir o possuidor na posse em caso de esbulho, ou seja, em caso de injusta e total privação da posse, sofrida por alguém que a exercia; c) interdito proibitório: trata-se de uma proteção possessória preventiva em que o possuidor é conservado na posse que detém e é assegurado contra moléstia apenas ameaçada.¹⁵⁷

O autor observa que, embora o procedimento das ações possessórias seja, em linhas gerais, o ordinário, um dos aspectos que o especializa é, à luz dos ensinamentos de Pontes de Miranda, a natureza executiva das ações, que atingem a concretização das medidas práticas de defesa da posse, independentemente da ação autônoma de execução, e de forma diferente do que se dá com as demais ações condenatórias, na medida em que, de acordo com os arts. 928 e 929 do Código de Processo Civil, os mandados são imediatamente executados, dentro de processo único e, às vezes, até mesmo antes do julgamento definitivo da causa.¹⁵⁸ Sendo assim, na opinião de Humberto Theodoro Júnior, não existe, no caso das ações possessórias, ação de condenação e posterior ação de execução de

¹⁵⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O cumprimento da sentença e a garantia do devido processo legal**: antecedente histórico da reforma da execução de sentença ultimada pela lei 11.232 de 22.12.2005. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p. 173. Torna-se interessante notar que, Kazuo Watanabe, ao discorrer a respeito das ações executivas *lato sensu*, filiando-se à classificação acima retratada por Pontes de Miranda, reconhece como seu exemplo mais expressivo ações de despejo, e aponta as consequências práticas de seu posicionamento, nos seguintes termos: “É indubitoso, assim, que a sentença de despejo é dotada de carga de executividade tal que torna desnecessário o ajuizamento de uma nova ação (a de execução). E isto, como é de intuitiva percepção, traz grandes consequências práticas, que a jurisprudência vem sublinhando há muitos anos e os operadores do direito sempre as aceitaram sem qualquer questionamento mais expressivo. Dessas consequências, as mais significativas são as seguintes: a) inadmissibilidade de embargos do executado, conclusão que decorre do simples fato de inexistir ação executória; b) necessidade de dedução de toda a defesa na fase de conhecimento, inclusive no tocante ao direito de retenção por benfeitorias, e não através de embargos na fase de execução; c) execução promovida por simples mandado, após a notificação para a desocupação no prazo fixado, sem a necessidade de processo de execução forçada previsto no Livro II do Código de Processo Civil, que disciplina o ‘Processo de Execução’. [...] Tudo isso, como é de fácil percepção, assegura à ação de despejo, destinada à proteção de um direito patrimonial, uma grande efetividade. [...]” (WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 22-23).

¹⁵⁷ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 177.

¹⁵⁸ BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2011.

sentença, mas sim, um procedimento unitário que compreende, na mesma relação processual, atos de conhecimento e de execução (o que demonstra o caráter sincrético do processo delas decorrente), sem a possibilidade de embargos do devedor na fase de execução.¹⁵⁹

A **ação de depósito**, disciplinada nos arts. 901 a 906 do Código de Processo Civil, tem por objetivo compelir o inadimplente a restituir a coisa depositada sob sua guarda. No que tange especificamente ao aspecto aqui focado (o sincretismo processual), deve-se notar que, conforme disposto no art. 904 do Código de Processo Civil, julgado procedente o pedido, o juiz ordenará a expedição de mandado para a entrega da coisa ou do seu equivalente em dinheiro no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.¹⁶⁰ Além disso, segundo o art. 905 do referido Código, é lícito

¹⁵⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O cumprimento da sentença e a garantia do devido processo legal**: antecedente histórico da reforma da execução de sentença ultimada pela lei 11.232 de 22.12.2005. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p. 177-182. Em sentido diverso, Alexandre Freitas Câmara assevera que, por não aceitar a classificação da sentença que admite cinco espécies, atribui natureza condenatória à sentença de procedência proferida nas ações de manutenção e de reintegração da posse. Feito isso, o autor explica seu posicionamento nos seguintes termos: “A sentença é condenatória, pois impõe ao demandado a prestação de restituir a posse ao demandante (no caso de reintegração de posse) ou a de abster de cometer novas turbações (no caso de manutenção de posse). A execução, é certo, se dará no mesmo processo, sem necessidade de instauração de processo autônomo de execução. Esta característica, porém, em nada afeta nossa posição. Em primeiro lugar, recordamos nossa convicção em afirmar que a execução de sentença não deveria ser tratada como processo autônomo, mas como uma segunda fase de um processo único (como se dá, aliás, nos processos que se desenvolvem perante os Juizados Especiais Cíveis, e passou a ser o sistema do CPC para a execução das sentenças que condenam a fazer, não fazer ou entregar coisa diferente de dinheiro a partir da edição da Lei nº 10.444/2002). Em segundo lugar, estamos convencidos de que a forma pela qual a execução do comando contido na sentença se desenvolve é consequência de uma opção do legislador, que pode determinar a instauração de processo executivo autônomo ou mera expedição de um mandado, ou prática de um (ou mais de um) ato executivo no mesmo processo em que foi proferida a sentença. Tampouco é capaz de modificar a posição aqui sustentada o fato de a sentença que concede a manutenção de posse ser efetivada (ao menos principalmente) através de meios de coerção, e não através de atos executivos. Isto porque não consideramos existir correlação necessária entre condenação e execução, admitindo a efetivação de sentenças condenatórias através de emprego de outros meios, que não a execução *stricto sensu*. Transitada em julgado a sentença condenatória (proferida em ‘ação de manutenção ou de reintegração de posse’) ou estando ainda pendente recurso desprovido de recurso [sic.] suspensivo, tem início a atividade de efetivação do comando contido na sentença. No caso de reintegração de posse, será expedido um mandado reintegratório, a ser cumprido por oficial de justiça, retirando-se a posse do demandado e entregando-se a mesma ao demandante. Já na manutenção de posse também um mandado, dirigido ao réu, impondo-lhe que se abstenha de cometer novas turbações (e, se for necessário, retirando o réu da posse da coisa).” (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 5. ed. rev. e atual. até a Lei 11.441/2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 3, p. 409-410). Cumpre observar que, embora a natureza jurídica da sentença apontada por Alexandre Freitas Câmara, seja distinta da apresentada por Humberto Theodoro Júnior, nota-se formas teóricas diversas de visualizar um mesmo fenômeno: o sincretismo do processo civil brasileiro.

¹⁶⁰ Cumpre observar que, segundo o texto do parágrafo único do art. 904 do Código de Processo Civil, “não sendo cumprido o mandado, o juiz decretará a prisão do depositário infiel” (BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2011). Ocorre

ao autor promover a busca e apreensão da coisa.¹⁶¹

Humberto Theodoro Júnior, valendo-se novamente da classificação apontada por Pontes de Miranda, observa que uma das características mais marcantes do procedimento específico da ação de depósito é exatamente sua natureza executiva que, sem necessidade de ação autônoma de execução, possibilita várias medidas de cunho satisfativo do direito material do autor, dentro da própria relação em que ocorre o accertamento de seu direito contra o réu, restando, assim, dispensado processo posterior para tornar efetivo o comando contido na sentença. Com efeito, Humberto Theodoro Júnior observa que, para atender à real pretensão do depositante (a pretensão à coisa depositada), a lei processual possibilita a utilização de diversas técnicas, tanto de condenação, como de coação e execução, mas o caráter marcante do sistema escolhido é, indubitavelmente, voltado para fim tipicamente executivo, qual seja, o de dar realidade a uma restituição forçada.¹⁶²

Além dos procedimentos especiais cíveis acima apontados, cumpre observar que, apesar de não compor o objeto do presente estudo, o **processo do trabalho** fornece interessante contribuição para a configuração do sincretismo no processo civil brasileiro. Ao discorrer sobre o assunto, Carlos Henrique Bezerra Leite observa que no processo do trabalho, as sentenças que tenham por objeto obrigações de fazer, não fazer, entregar e pagar quantia certa sempre foram executadas nos

que, no dia 16 de dezembro de 2009, o Supremo Tribunal Federal aprovou a Súmula Vinculante n. 25, segundo a qual “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n. 25**. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=25.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2011).

¹⁶¹ Id. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2011.

¹⁶² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O cumprimento da sentença e a garantia do devido processo legal**: antecedente histórico da reforma da execução de sentença ultimada pela lei 11.232 de 22.12.2005. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p. 185-188. No mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009 (Curso de processo civil; v. 5), p. 72. Em sentido diverso e na mesma linha de raciocínio apresenta com relação às ações possessórias, Alexandre Freitas Câmara afirma que a sentença que julga procedente o pedido é, em seu entendimento, condenatória, na medida em que impõe ao vencido a obrigação de restituir a coisa depositada. O autor observa, contudo, que não haverá necessidade de instauração de processo de execução para que o comando contido na sentença seja efetivado, sendo que a execução se dará como uma segunda fase de um processo único, em que se concretizam as atividades de cognição e de execução. Em síntese, sob a afirmação de que a “sentença é o provimento jurisdicional que põe termo ao ofício de julgar do magistrado, resolvendo ou não o mérito da causa”, Alexandre Freitas Câmara assevera que, proferindo-a, o juiz poderá praticar outros atos no processo (a exemplo de atos de execução), mas não emitirá mais juízos de valor a respeito da demanda (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 5. ed. rev. e atual. até a Lei 11.441/2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 3, p. 350-351).

mesmos autos e perante o mesmo juízo.¹⁶³

O autor adverte, contudo, que existem duas correntes doutrinárias a respeito da natureza jurídica da execução de sentença trabalhista. A primeira corrente, integrada por Coqueijo Costa, José Augusto Rodrigues Pinto, Eduardo Gabriel Saad, Lúcio Rodrigues de Almeida, entre outros, sustenta que a execução de sentença trabalhista é “processo” já que se inicia com a instauração de um novo processo, de execução de título judicial. Um de seus argumentos situa-se no fato de que a execução emerge da existência de mandado de citação ao executado (previsto no art. 880 da Consolidação das Leis do Trabalho)¹⁶⁴, da qual decorre o fato de que existe uma “ação de execução”. Outro argumento dessa corrente é interdisciplinar entre processo civil e processo do trabalho, e se refere ao fato de que a sistemática original do Código de Processo Civil de 1973 conferiu autonomia ao processo de execução em relação ao processo de conhecimento.¹⁶⁵

Por outro lado, a segunda corrente, que apresenta como defensores Manoel Antonio Teixeira Filho, Francisco Antonio de Oliveira e Pedro Paulo Teixeira Manus, dentre outros, sustenta que a execução trabalhista nada mais é do que simples fase do processo de conhecimento, não havendo aí processo autônomo de execução. O primeiro argumento dessa corrente reside no fato de a execução trabalhista permitir a execução *ex officio*, o que comprova a tese de que não há ação de execução, já que lhe é inerente o princípio da demanda ou dispositivo. O segundo, pauta-se em situação não mais existente no processo trabalhista que era a inexistência de títulos executivos extrajudiciais determinada pela antiga redação do art. 876 da Consolidação das Leis do Trabalho, que somente permitia a execução de decisões ou acordos homologados judicialmente, passados em julgado. Ocorre que a Lei n. 9.958, de 12.01.2000, deu nova redação ao *caput* do art. 876, prevendo a existência de títulos executivos extrajudiciais no processo do trabalho.¹⁶⁶

Após tecer esses esclarecimentos, Carlos Henrique Bezerra Leite afirma que, ao seu ver, em se tratando de título executivo extrajudicial há processo autônomo de execução, instaurado pela propositura de ação de execução. Por outro lado,

¹⁶³ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 933.

¹⁶⁴ BRASIL. **Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del5452.htm>>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2011.

¹⁶⁵ LEITE, op. cit., p. 933.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 933-934.

cuidando-se de título executivo judicial, não há que se falar, em princípio, em processo autônomo de execução. Além disso, o autor defende a necessidade de “heterointegração” entre a execução trabalhista e as regras do processo sincrético advindas das recentes modificações ocorridas no Código de Processo Civil brasileiro (que ainda serão comentadas neste trabalho).¹⁶⁷

Em síntese, pelo exposto neste tópico, pode-se constatar que, embora o Código de Processo Civil de 1973 tenha sido estruturado, basicamente, sob a égide do sistema binário entre cognição e execução, submetendo-as a processos autônomos, podem ser identificados procedimentos especiais no direito brasileiro (dentro do próprio Código ou em legislação extravagante) que permitem que a atividade jurisdicional seja desempenhada em uma única relação processual, evidenciando que não existe uma contradição que determine que essas atividades sejam necessariamente submetidas a processos estanques.¹⁶⁸

Além disso, cumpre observar que o autor é partidário da ampliação dessa sistemática no direito brasileiro. Em verdade, a sua tese “A execução de sentença e a garantia do devido processo legal”, desenvolvida para o seu doutoramento em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, em 1987, acabou se tornando referência para os seguidores da proposta de abolir, definitivamente, a ação autônoma de execução de sentença.¹⁶⁹

Referendando tal posicionamento de expansão do fenômeno do sincretismo, é interessante notar que Cândido Rangel Dinamarco, associando-o à sistemática da *officium iudicis* do direito comum ou intermediário, observa que a permissão concedida ao juiz para a realização dos atos executivos, independentemente de provocação depois da sentença, tem relevante significado político, pois torna desnecessária uma nova iniciativa do demandante para que o Estado cumpra a função jurisdicional. Além disso, esse alargamento pode gerar resultados positivos

¹⁶⁷ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 934-935.

¹⁶⁸ Nesse sentido: THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O cumprimento da sentença e a garantia do devido processo legal**: antecedente histórico da reforma da execução de sentença ultimada pela lei 11.232 de 22.12.2005. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p. 167.

¹⁶⁹ Com efeito, assevera o autor nas considerações finais de sua tese: “Não há, enfim, nada de revolucionário e inusitado na proposição de abolir-se a ação autônoma de execução de sentença. Houve, historicamente, longos períodos do direito processual em que essa dicotomia entre o conhecimento e a execução inexistiu, mesmo entre os povos que hoje a consagram. [...]. Aqui mesmo, dentro de nosso sistema processual, grande é o número de procedimentos especiais que fogem do padrão dicotômico, para adotar o unitário (despejo, possessório, depósito, etc.); e o mais interessante é que são eles os que melhor desempenham a função de, rápida e adequadamente, compor os litígios deduzidos em juízo. Por que não generalizar o sistema?” (Ibid., p. 267).

no que tange ao cumprimento do escopo pacificador que move o Estado a exercer a jurisdição, na medida em que permite a eliminação do litígio de modo menos complicado e mais célere.¹⁷⁰

É com esse suporte doutrinário expansionista que se propõe um aprofundamento no estudo do sincretismo calcado em modificações legislativas operadas no processo civil brasileiro sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973. Em outros termos, é a partir dessas alterações e das mudanças paradigmáticas por elas concretizadas, que se pretende preencher o conteúdo do fenômeno sob comento, ao mesmo tempo em que se analisa em que medida é viável a sua ampliação no ordenamento jurídico pátrio.

3.2.2 A primeira etapa da reforma e a tutela jurisdicional das obrigações de fazer e não fazer

Sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 e sofrendo forte influência das ideias de Mauro Cappelletti e Bryant Garth acerca das ondas renovatórias da justiça¹⁷¹, a ciência processual brasileira passou a vivenciar uma nova fase metodológica (a da instrumentalidade), uma vez que sentiu a necessidade de buscar uma aproximação entre o processo e o direito material, com o fito de garantir o mais amplo acesso à justa aos cidadãos brasileiros.¹⁷²

Essa orientação de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, contudo, trazia um intrínseco encorajamento à “exploração de uma ampla variedade de reformas,

¹⁷⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 139-140.

¹⁷¹ Essas ideias podem ser sintetizadas nos seguintes termos: “O recente despertar de interesse em torno do acesso efetivo à Justiça levou a três posições básicas, pelo menos nos países do mundo Ocidental. Tendo início em 1965, estes posicionamentos emergiram mais ou menos em seqüência cronológica. Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira ‘onda’ desse movimento novo – foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses ‘difusos’, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente ‘enfoque de acesso à justiça’ porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 31).

¹⁷² Sobre a evolução da ciência processual, observar o item 2.4.1 deste trabalho. Acerca da influência das ideias de Mauro Cappelletti e Bryant Garth sobre essa fase da ciência processual brasileira, conferir: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A reforma processual na perspectiva de uma nova justiça. In: _____ (coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 887.

incluindo alterações nas formas de procedimento”.¹⁷³ Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco é enfático ao afirmar que “vieram essas ondas renovatórias com a pragmática postulação de alterações legislativas, a par da mudança da mentalidade dos operadores do sistema”.¹⁷⁴

Foi sob esse aparato teórico, portanto, que surgiram, nas décadas de 1980 e 1990, importantes inovações no direito brasileiro, a exemplo da Lei n. 7.244 de 08/11/1984 (que dispôs sobre a criação e funcionamento dos Juizados Especiais de Pequenas Causas)¹⁷⁵, da Lei n. 7.347 de 24/07/1985 (que disciplinou a ação civil pública), da Constituição de 1988 (que trouxe em seu bojo diversos instrumentos e garantias processuais) e da Lei n. 8.078 de 11/09/1990 (o Código de Defesa do Consumidor).

O Código de Processo Civil de 1973 não permaneceu intacto diante desse espírito transformador que pairava sobre a realidade jurídica e social brasileira. Mas, nesse caso, o legislador optou por realizar modificações paulatinas e pontuais que, na década de 1990 e sob os auspícios da Escola Nacional da Magistratura e do Instituto Brasileiro de Direito Processual (sob a liderança de Athos Gusmão Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira), consubstanciou-se num conjunto de leis denominado de “reforma do Código de Processo Civil”.¹⁷⁶

¹⁷³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 71. Cumpre observar que, ao discorrer sobre a reforma dos procedimentos judiciais em geral, os Mauro Cappelletti e Bryant Garth atentam para uma temática que é bastante atual no contexto sócio-jurídico brasileiro, ao afirmar que “embora a atenção dos modernos reformadores se concentre mais em alternativas ao sistema judiciário regular, que nos próprios sistemas judiciários, é importante lembrar que muitos conflitos básicos envolvendo os direitos de indivíduos ou grupos, necessariamente continuarão a ser submetidos aos tribunais regulares” (Ibid., p. 76).

¹⁷⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Nasce um novo processo civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 04. Com efeito, Cândido Rangel Dinamarco recorda que vários doutrinadores brasileiros seguiram essa tendência, merecendo destaque José Carlos Barbosa Moreira, Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, e confessa que ele mesmo aderiu com entusiasmo, rememorando que: “todos tínhamos a consciência de que era preciso mudar e tentávamos identificar os pontos que clamam por reformas mais agudas e mais urgentes” (Ibid., loc. cit.).

¹⁷⁵ Revogada pela Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.

¹⁷⁶ Cândido Rangel Dinamarco esclarece que “optou-se por reformar setorialmente o Código, retocando-lhe alguns institutos e introduzindo inovações em alguns capítulos, numa técnica de guerrilhas e não de guerra total. Por isso é que cada um desses projetos é uma minireforma, embora se saiba que a soma de todos eles acaba por introduzir uma profunda alteração no Código mesmo e sobretudo na feição do processo civil brasileiro” (Ibid., p. 06). Por conseguinte, faz mister observar a explanação de um dos líderes do movimento da reforma acerca da metodologia utilizada para a sua concretização: “Ao assumir a missão, a ‘ENM’ adotou, como metodologia, dentro de uma linha prioritária de simplificar, agilizar e dar efetividade: a) localizar os pontos de estrangulamento da prestação jurisdicional; b) adotar uma postura pragmática, sem prejuízo do rigor científico, deixando de lado divergências de ordem doutrinária ou meramente acadêmicas, valendo-se, para tanto, inclusive, de experiências anteriores; c) encaminhar as sugestões não em um único anteprojeto, mas

Vários dispositivos do Código foram alterados por leis específicas como os que disciplinam a prova pericial (Lei n. 8.455 de 24/08/1992), a citação e a intimação (Lei n. 8.710 de 24/09/1993), a liquidação de sentença (Lei n. 8.898 de 29/06/1994), o sistema recursal (Lei n. 8.950 de 13/12/1994), ação de consignação em pagamento e a ação de usucapião (Lei n. 8.951 de 13/12/1994), o processo de conhecimento e o processo cautelar (Lei n. 8.952 de 13/12/1994), e o processo de execução (Lei n. 8.953 de 13/12/1994).

A identidade de data das quatro últimas leis revela o enfeixamento característico da reforma que, embora tenha se dado de forma pontual, trouxe consigo um espírito comum que se consubstanciou na busca pela garantia do mais amplo acesso à ordem jurídica justa. Segundo Cândido Rangel Dinamarco, às novas normas advindas desse fenômeno, podem ser atribuídas quatro finalidades específicas: “a) simplificar e agilizar o procedimento; b) evitar ou pelo menos minimizar os males do decurso do tempo de espera pela tutela jurisdicional; c) aprimorar a qualidade dos julgamentos; e d) dar efetividade à tutela jurisdicional”.¹⁷⁷

Sobre a repercussão da reforma, pode-se afirmar que ela ampliou os horizontes do processo civil brasileiro, já que possibilitou que este se permeasse das novidades apontadas pela ciência processual, sistematizadas no escopo comum de garantir o acesso à justiça. Enfim, com ela foram dados os primeiros passos rumo à reconstrução do processo civil brasileiro.¹⁷⁸

No que tange especificamente à relação entre processos de conhecimento e de execução, cumpre observar que, antes da primeira etapa da reforma do Código

através de vários, setoriais, inclusive para facilitar a tramitação e viabilizar a aprovação no Congresso Nacional, sendo de recordar-se que um único pedido de vista poderia comprometer todo o trabalho e que os procedimentos no Parlamento muitas vezes também variam conforme a natureza e relevância da matéria; d) aproveitar a própria disposição dos artigos existentes, abrindo espaço para novos se necessário (v. g., CPC arts. 272/273, 460/461, 478/479), mas sem alterar a fisionomia dos Códigos); e) buscar o consenso nas alterações propostas, democratizando o debate, fazendo da reforma não uma manifestação isolada da magistratura, mas uma reivindicação uníssona de todos os segmentos interessados, nela integrando foro e Universidade, professores e profissionais, juízes, advogados, defensores e representantes do Ministério Público” (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A reforma processual na perspectiva de uma nova justiça. In: _____ (coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 890).

¹⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Nasce um novo processo civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 07.

¹⁷⁸ Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco, pouco tempo após a reforma e ainda sob o entusiasmo do seu espírito, foi enfático ao afirmar que: “Desenganadamente, a Reforma abriu caminhos para uma nova era no processo civil brasileiro. Lançou-se contra dogmas, temores e preconceitos, numa releitura de princípios tradicionais e tentativa de afeiçoar sua interpretação às exigências do tempo. É tempo de repúdio ao conceitualismo e ao conformismo. O processo civil de hoje é necessariamente um processo civil de resultados, porque sem bons resultados, e efetivos, o sistema processual não se legitima” (Ibid., p. 14).

de Processo Civil de 1973, a tutela das obrigações de fazer e não fazer era tratada pelo Código dentro da regra geral da autonomia por ele preconizada; havendo expressa remissão ao rito previsto nos arts. 632 e seguintes do Código de Processo Civil, que tratavam da execução nesta seara.

Deve-se esclarecer que, em verdade, foi o Código de Defesa do Consumidor que deu o primeiro passo para uma mudança significativa na sistemática da tutela jurisdicional das obrigações de fazer e não fazer, na medida em que determinou, em seu art. 84, que nas ações que envolvam o cumprimento de obrigações dessa natureza, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará medidas que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.¹⁷⁹

Bruno Miragem, ao comentar o Código de Defesa do Consumidor, em obra em co-autoria com Cláudia Lima Marques e Antônio Herman V. Benjamin, ressalta que o art. 84 do Código é um dos demonstrativos do caráter precursor de suas disposições e da preocupação fundamental com a efetividade do processo, uma vez que apresenta como finalidade a possibilidade de obtenção do resultado concreto do interesse do consumidor oponível ao fornecedor.¹⁸⁰

Cumprido esclarecer que Kazuo Watanabe, em obra coletiva com os demais autores do Anteprojeto do Código brasileiro de Defesa do Consumidor, ressalta que, em verdade, a fonte inspiradora do art. 84 desse *Codex* foi o Anteprojeto de modificação do Código de Processo Civil elaborado por comissão nomeada, em 1985, pelo Ministério da Justiça, e composta por Luis Antonio de Andrade, José Joaquim Calmon de Passos, Kazuo Watanabe, Joaquim Correia de Carvalho Júnior e Sérgio Bermudes, que sugeriram a criação de uma ação especial de tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer.¹⁸¹ Além disso, ao comentar a primeira etapa da reforma do Código de Processo Civil, Kazuo Watanabe aponta essa mesma fonte inspiradora à comissão de juristas que formulou as modificações legislativas aprovadas entre 1992 e 1994.¹⁸²

¹⁷⁹ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2011.

¹⁸⁰ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 1021.

¹⁸¹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 771-772.

¹⁸² WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 40.

Ou seja, a modificação introduzida pelo Código de Defesa do Consumidor foi generalizada no sistema jurídico brasileiro, por meio da redação bastante semelhante dada ao art. 461 do Código de Processo Civil pela Lei n. 8.952/94. Deu-se, assim, com a disciplina da tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, um significativo passo no que tange ao rompimento do dogma da separação dos processos de conhecimento e de execução, e conseqüente avanço do sincretismo, a partir do momento em que permitiu que o devedor inadimplente sofresse a sanção no próprio processo de conhecimento, independentemente de uma nova relação processual.¹⁸³

Essa inovação trouxe consigo a previsão de espécies de ações que não se enquadravam na repartição tripartite, acatada inicialmente pelo Código de Processo Civil de 1973, sob nítida influência da doutrina de Enrico Tullio Liebman. Adquire força, assim, a par dessa classificação, a quinária preconizada por Pontes de Miranda (já mencionada neste trabalho) e que abarca as ações mandamentais e as executivas *lato sensu*, que representam um verdadeiro ponto de interseção na medida em que não demandam processo executivo *ex intervallo* para a garantia do efetivo provimento jurisdicional.¹⁸⁴

Com efeito, Kazuo Watanabe, que é adepto dessa classificação quinária¹⁸⁵, assevera que o estudo dessas ações é de superlativa importância para as tutelas específicas das obrigações de fazer ou não fazer, já que o legislador se valeu, no

¹⁸³ Nesse sentido, Marcelo Abelha Rodrigues assevera que: “Com o advento da primeira fase da reforma processual, uma das inovações mais marcantes foi, sem dúvida, a modificação do regime jurídico da tutela das obrigações de fazer e não fazer. O reconhecimento da inefetividade, impotência e insatisfatividade do provimento condenatório para obter uma solução às crises jurídicas de inadimplemento, especialmente para aquelas que dependiam da concretização mediante uma conduta transformadora do devedor (fazer e não fazer), fez com que essa modalidade de obrigação fosse escolhida pelo legislador para ser premiada com uma reforma de choque”. (RODRIGUES, Marcelo Abelha. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer e das obrigações de entrega de coisa. In: JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR., Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A nova reforma processual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 202-203).

¹⁸⁴ MIRANDA, Pontes de. **Tratado das Ações**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998, t.1, p. 132-136.

¹⁸⁵ A filiação de Kazuo Watanabe a essa classificação é sintetizada nos seguintes termos: “Não são considerados pela doutrina dominante, como categorias autônomas, o provimento executivo *lato sensu*’ e o provimento mandamental, que são defendidos, entre nós, por Pontes de Miranda e Ovídio Baptista da Silva. Após perplexidade inicial e resistência causada pela influência da concepção predominante, a meditação e a análise a que procedemos sobre os fenômenos que ocorrem efetivamente na prática processual conduziram-nos, a final, à conclusão de que os provimentos mencionados são efetivamente distintos do provimento condenatório, pela própria natureza e também pela forma de atuação, e não apenas pelo momento processual em que o ato de atuação do direito é efetivado (execução feita no próprio processo em que a cognição é estabelecida – executiva *lato sensu* e mandamental)” (WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 22).

art. 461, da conjugação de vários tipos de provimento, especialmente do mandamental e do executivo *lato sensu*, para conferir a maior efetividade possível às referidas tutelas. Sendo assim, o autor observa que a execução específica ou a obtenção do resultado prático correspondente à obrigação pode ser alcançada, seja por meio do provimento mandamental, seja do provimento executivo *lato sensu*, ou ainda, através da conjugação de ambos.¹⁸⁶

Tal autor leciona também, que através do provimento mandamental é imposta uma ordem de pagamento ao demandado, que deve ser cumprida sob pena de restar configurado o crime de desobediência, ou seja, há uma imposição de medida coercitiva indireta.¹⁸⁷ Isso, contudo, não exclui a possibilidade da execução específica, que pode ser alcançada por meio de medidas de atuação que sejam adequadas e juridicamente possíveis, e cuja extensão de possibilidades não deve ser reduzida. É nesse momento que, na visão do autor, pode ser identificada a conjugação do provimento mandamental com o provimento executivo *lato sensu*, uma vez que este último permite que os atos executivos do comando judicial sejam praticados no próprio processo de conhecimento, sem necessidade de processo autônomo de execução.¹⁸⁸

Pode-se observar, então, que a ação mandamental é aquela que deságua numa sentença que não se contenta com a condenação, mas sim com uma ordem do juiz que, acompanhada de mecanismos coercitivos, coíbe a parte a cumprir a obrigação que lhe é imposta. De acordo com Pontes de Miranda, a ação

¹⁸⁶ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 43-44.

¹⁸⁷ Ibid., p. 44. Cumpre observar a argumentação de Kazuo Watanabe no que tange à possibilidade de prisão civil nesses casos: “O provimento mandamental, isoladamente considerado, poderá conduzir à tutela específica da obrigação através da colaboração do devedor. Há a imposição de medida coercitiva indireta consistente em fazer configurar, ao descumprimento da ordem do juiz, o crime de desobediência. Os executores da ordem judicial poderão, inclusive, lavrar a prisão em flagrante, mas o processo criminal respectivo será julgado pelo juiz criminal competente. Semelhante prisão não é proibida pelo art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, pois não se trata de prisão civil por dívida, e sim de prisão por crime de desobediência. É chegada a hora de se interpretar adequadamente o mencionado dispositivo constitucional, que não proíbe, de forma alguma, a imposição da prisão civil por ato de desprezo à dignidade da justiça ou atos que embaracem o regular exercício da jurisdição, uma das funções basilares do Estado Democrático de Direito. [...]. Os sistemas alemão e austríaco permitem a imposição de sanção limitativa da liberdade em caso de desobediência à ordem do juiz, além da previsão de pena pecuniária, que é devida ao Estado e não ao credor. Também o modelo anglo-saxão, através do instituto do *Contempt of Court*, admite a prisão, além da multa, esta devida à outra parte, e não ao Estado. No nosso sistema processual, agora com o texto claro do art. 461, *caput* e parágrafos, é através da conjugação dos vários provimentos, principalmente do mandamental e do executivo *lato sensu* que se poderá obter a tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer ou o resultado prático equivalente” (Ibid., p. 46-47).

¹⁸⁸ Ibid., p. 44.

mandamental está relacionada com atos que o juiz ou outra autoridade deve mandar que se pratique. Sendo assim, o juiz expede o mandado, porque o autor tem pretensão ao mandamento e, exercendo a pretensão à tutela jurídica, propôs a ação mandamental.¹⁸⁹

Já a ação executiva *lato sensu* traz em si a possibilidade de o juiz adotar, dentro do próprio processo de conhecimento, medidas necessárias à obtenção de uma tutela específica, independente da vontade e colaboração do devedor. Segundo Pontes de Miranda, a ação executiva é aquela pela qual se passa para a esfera jurídica de alguém o que nela devia estar, e não está.¹⁹⁰

Em síntese, seguindo as linhas conclusivas apontadas por Kazuo Watanabe após estudo das ações mandamentais e executivas *lato sensu*, em consonância com as modificações advindas da primeira etapa da reforma do Código de Processo Civil, pode-se afirmar que: a) nota-se a relatividade da dicotomia processo de conhecimento – processo de execução; b) as espécies de execução forçada previstas no Livro II do Código de Processo Civil, calcadas na responsabilidade patrimonial do executado, não esgotam as formas de atuação do direito admitidas pelo sistema processual civil brasileiro, que permite a conjugação de provimentos executivos com vários tipos de provimentos de conhecimento.¹⁹¹

Em outros termos, pode-se afirmar que as mudanças apontadas consubstanciaram um nítido avanço do sincretismo do processo civil brasileiro na medida em que, aos estabelecerem as tutelas específicas das obrigações de fazer e não fazer, propagam a combinação das atividades de execução e conhecimento dentro de um só processo, sob a sistemática das técnicas mandamental e executiva *lato sensu*.

3.2.3 A segunda etapa da reforma e a tutela jurisdicional das obrigações de entrega de coisa

Logo após a virada do novo século, mais especificamente nos anos 2001 e

¹⁸⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado das Ações**. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998, t.1, p. 135.

¹⁹⁰ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁹¹ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 28-29.

2002, o Código de Processo Civil de 1973 foi submetido a uma segunda etapa da reforma que, embora tenha trazido algumas inovações ao sistema, apresentou-se com o principal objetivo de aperfeiçoar a reforma anterior e de estender as modificações aí realizadas. Para tanto, o legislador optou por continuar fazendo alterações setoriais no Código de Processo Civil por meio de leis específicas.

Nesse sentido, mais dispositivos do Código foram alterados por leis como as que disciplinam os recursos e o reexame necessário (Lei n. 10.352 de 26/12/2001); e o processo de conhecimento (Lei n. 10.358 de 27/12/2001). O que mais interessa a este trabalho, contudo, são as alterações alavancadas pela Lei n. 10.444 de 07/05/2002, pois, ao introduzir o art. 461-A no Código de Processo Civil, estendeu a aplaudida tutela específica das obrigações de fazer e não fazer às obrigações de entrega de coisa.

Ao comentar as modificações advindas da Lei 10.444/2002, Marcelo Abelha Rodrigues afirma que a introdução do art. 461-A constitui um avanço menor do que o provocado pelo legislador de 1994 no que tange ao art. 461. É que, o legislador de 1994 operou uma quebra na sistemática da dicotomia entre processo de conhecimento e processo de execução, que, antes dessa reforma, só era excepcionada por alguns procedimentos especiais previstos no Código de Processo Civil de 1973 e em legislação extravagante.¹⁹²

Mas, isso não significa que a introdução do art. 461-A não tenha sido positiva. Na verdade, o autor observa que foi acertada e era naturalmente necessária tal modificação da tutela jurisdicional da entrega de coisa, porque, sob a égide o devido processo legal, seria incongruente e injusto que os credores de obrigações que se submeteram a um desapossamento não tivessem em seu favor a possibilidade de utilização de técnicas de cognição e execução em um mesmo processo.¹⁹³

Por fim, Marcelo Abelha Rodrigues expressa um nítido espírito expansionista ao afirmar que “na verdade, o legislador perdeu uma grande oportunidade de introduzir o mecanismo da cognição com execução num só processo para todo e qualquer tipo de obrigação em que o credor não disponha de título executivo

¹⁹² RODRIGUES, Marcelo Abelha. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer e das obrigações de entrega de coisa. In: JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR., Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A nova reforma processual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 224.

¹⁹³ Ibid., p. 224-225.

extrajudicial”.¹⁹⁴

Essa afirmação traduz o exposto interesse dos legisladores reformistas em operar alterações setoriais e paulatinas no Código de Processo Civil de 1973. Mas, ao mesmo tempo, consubstancia-se em uma visão prospectiva pela ampliação do sincretismo do processo civil brasileiro. Em outros termos, restava nítido, nesse momento da reforma que ainda havia muitas alterações a serem feitas.¹⁹⁵

3.2.4 A terceira etapa da reforma e a tutela jurisdicional das obrigações de pagar

Entre 2005 e 2007, nota-se o advento da terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil, dando prosseguimento à onda reformista iniciada em 1994. Integram essa nova etapa as alterações dos dispositivos do Código de Processo Civil que disciplinam: o cabimento de agravo retido ou por instrumento (Lei n. 11.187 de 19/10/2005); a fase de cumprimento de sentença no processo de conhecimento e a execução fundada em título judicial (Lei n. 11.232 de 22/12/2005); a forma de interposição de recursos, o saneamento de nulidades processuais e o recebimento de recurso de apelação (Lei n. 11.276 de 07/02/2006); o julgamento das ações repetitivas (Lei n. 11.277 de 07/02/2006); a incompetência relativa, meios eletrônicos, prescrição, distribuição por dependência, exceção de incompetência, revelia, carta precatória e rogatória, ação rescisória e vista dos autos (Lei n. 11.280, de 16/02/2006); o processo de execução de títulos extrajudiciais (Lei n. 11.382 de 06/12/2006); entre outras.

¹⁹⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer e das obrigações de entrega de coisa. In: JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR., Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A nova reforma processual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 225.

¹⁹⁵ De qualquer modo, é interessante notar que os passos dados com as sucessivas etapas da reforma foram firmes e seguros. Nesse diapasão, Jeferson Isidoro Mafra, ao analisar o fenômeno do sincretismo processual após a segunda etapa da reforma do Código de Processo Civil, afirma que: “A superação das técnicas clássicas de tutela, especificamente da ‘necessidade’ da dualidade de mecanismos jurisdicionais visando a atingir o mesmo fim, parece ser irreversível. Para tanto, esse sistema, na última década, sofreu alterações significativas, dentre as quais destacam-se as tutelas dimensionadas nos artigos 273, 461 e 461-A, do Código de Processo Civil, pelas quais se tem a busca da especificidade dos direitos, a antecipação da tutela jurisdicional, o reconhecimento de efeitos mandamentais e executivos *lato sensu* nos provimentos jurisdicionais e a possibilidade de cognição e execução em uma única demanda. Nesta linha, supera-se, em certas situações, a dicotomia processual até então prevalecente pelo processo clássico, com a possibilidade de satisfação, através de atos executivos, no próprio processo de conhecimento. Através destas técnicas há um sincretismo processual, a simultaneidade de cognição e execução em uma única demanda” (MAFRA, Jeferson Isidoro. Sincretismo Processual. **Revista Jurídica. Universidade Federal de Blumenau. Centro de Ciências Jurídicas**, ano 7, n. 13, jan./jun., 2003, p. 157).

Dentro desse rol, merece destaque as alterações operadas pela Lei n. 11.232, em 22.12.05, que retirou a liquidação e a execução da sentença cível do Livro II do Código (que trata do processo de execução), incorporando-as ao Livro I (que disciplina o processo de conhecimento), modificando radicalmente a disciplina da tutela jurisdicional das obrigações de pagar, e pondo fim, definitivamente, à autonomia do processo de conhecimento e do processo de execução calcado em sentença civil.

A liquidação de sentença foi transformada em um mero incidente procedimental pela Lei n. 11.232/2005, considerando-se que esta revogou o Capítulo VI do Título I do Livro II (“Do processo de execução”), acrescentando os Capítulos IX e X ao Título VIII do Livro I (“Do processo de conhecimento”) do Código de Processo Civil.

No que tange ao cumprimento da sentença, alterou-se, definitivamente, toda a sistemática dos provimentos condenatórios, com o fito de tornar a execução de sentença como mera fase, subsequente à fase de conhecimento, amalgamando num único processo as duas atividades, cognitiva e executiva.

Deve-se observar que uma das inovações trazidas pela referida lei foi o novo conceito de sentença que, em conformidade com a redação do art. 162, § 1º do Código de Processo Civil (de acordo com a Lei n. 11.232/2005), passou a significar o ato do magistrado que envolve alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 do referido Código.¹⁹⁶

¹⁹⁶ A redação do § 1º do art. 162 do Código de Processo Civil antes da terceira etapa da reforma era no seguinte sentido: “Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”. A nova redação preconiza que “Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”. O art. 267, de acordo com as alterações realizadas pela Lei n. 11.232/2005, determina que: “Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005) I - quando o juiz indeferir a petição inicial; II - quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes; III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias; IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; V - quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada; VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual; VII - pela convenção de arbitragem; (Redação dada pela Lei nº 9.307, de 23.9.1996) VIII - quando o autor desistir da ação; IX - quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal; X - quando ocorrer confusão entre autor e réu; XI - nos demais casos prescritos neste Código. [...]”. O art. 269, também de acordo com as alterações realizadas pela Lei n. 11.232/2005, determina que: “Haverá resolução de mérito: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005) I - quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973) II - quando o réu reconhecer a procedência do pedido; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973) III - quando as partes transigirem; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973) IV - quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973) V - quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação. (Redação dada pela

Na opinião de Luiz Fux, essa modificação teve por objetivo a realização de um ajuste vocabular. A definição anterior, ao assentar que a sentença extinguiu o processo, era bastante criticada, pois, em verdade, ela se limitava a pôr fim ao procedimento em primeiro grau de jurisdição. Nesse sentido, o autor destaca que o prosseguimento da relação processual, através dos recursos, impedia a propositura de outra ação idêntica, sob pena de restar configurada a litispendência, sem prejuízo do regime do efeito devolutivo pautar-se na pendência do processo, como se dá no caso da devolutividade adstrita à superfície contenciosa do recurso.¹⁹⁷

Sendo assim, o autor observa que a sentença deve ser vista como o ato estatal dotado de soberania e imperatividade, no qual o juiz acolhe ou rejeita o pedido do autor (ou do réu, no caso das ações dúplices ou da reconvenção), ainda que calcado em prescrição ou decadência. Desse modo, Luiz Fux é enfático ao afirmar que a nova redação do art. 162 do Código de Processo Civil deixou mais do que explícito que não se pode atribuir a natureza de “sentença” à liminar satisfativa concedida na forma dos arts. 461 e 273 do referido Código, sob a denominação de tutela antecipada, em face da remissão feita pelo primeiro dispositivo apenas aos arts. 267 e 269 do Código de Processo Civil.¹⁹⁸

O autor nota, por outro lado, que não foram apenas esses aspectos que conduziram o legislador à alteração. Ele destaca, então, ponto de essencial interesse para esse trabalho: o fato de a sentença, na reforma, ter passado a ser autoexecutável, inaugurando nova fase de cumprimento sem solução de continuidade, por isso que inadequado aduzir-se à extinção do processo. Por conseguinte, Luiz Fux assevera que a sentença identifica-se, no presente momento pós-reforma do Código de Processo Civil, como “resolução”, que pode ser de mérito (quando analisada a questão de fundo por ato intelectual do juiz ou pela vontade das partes) ou formal (meramente terminativa, de acordo com o art. 267 do Código de Processo Civil).¹⁹⁹

Luiz Fux nota, assim, que a resolução do mérito, a partir da terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil, passou a ser passível de cumprimento,

Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)”. (BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2011).

¹⁹⁷ FUX, Luiz. **A reforma do processo civil**: comentários e análise crítica da reforma infraconstitucional do Poder Judiciário e da reforma do CPC. 2. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2008, p. 78.

¹⁹⁸ Ibid., p. 79.

¹⁹⁹ Ibid., p. 80.

sistemática substitutiva da antiga execução de título judicial, com a diferença de que não acarreta relação processual nova, na medida em que engendra interinamente atos de satisfação até a efetiva concretização do direito declarado.²⁰⁰

Trata-se, como bem observa o autor, de algo que já se sucedia nas ações executivas *lato sensu*, nas quais a efetivação da decisão revela-se sincrética, operando-se no mesmo processo de sentença, como também já se procedia nos casos de ações de despejo e ações possessórias, conforme já destacado no presente trabalho.²⁰¹

Luiz Fux reconhece uma nova ideologia no processo de execução civil do direito brasileiro. Ele ressalta que a tradição brasileira sempre foi a de sagrar a sentença condenatória cível como título executivo judicial por excelência, diferenciado do título extrajudicial, muito embora equiparados para fins de aparelhar execução forçada, uma vez que o título formado fora do juízo equivalia à coisa julgada para fins de considerar a execução como definitiva. A distinção, contudo, se dava no âmbito de cognição dos embargos do executado, mais amplo nas execuções extrajudiciais, sendo que nelas era a primeira vez que o título aparecia em juízo.²⁰²

Mas, observa, por outro lado, que se mostrava suficiente para demonstrar ao jurisdicionado favorecido pela condenação que, após todas as prolongadas etapas do processo de maturação do direito e com a definição do direito imune de impugnações, era necessário inaugurar um novo processo para a implementação do julgado. É nesse ponto que o autor identifica, sob a perspectiva do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, o surgimento da “crise da condenação”, sendo que a sentença condenatória passa a ser identificada como a forma mais imperfeita de prestação jurisdicional, tendo em vista que as sentenças declaratórias e as sentenças constitutivas concediam à parte tudo quanto poderiam esperar do Judiciário, ao passo que as condenatórias figuravam como um “nada jurídico”, acompanhadas por um processo frustrante, como se revelava a execução do julgado.²⁰³

Foi com base em pressupostos dessa magnitude que o legislador, seguindo o

²⁰⁰ FUX, Luiz. **A reforma do processo civil**: comentários e análise crítica da reforma infraconstitucional do Poder Judiciário e da reforma do CPC. 2. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2008, p. 80.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 82.

²⁰² *Ibid.*, p. 106.

²⁰³ *Ibid.*, p. 107.

caminho traçado nas etapas anteriores de reforma - que consagraram a tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa - atribuiu, na terceira etapa de modificações substanciais ao Código de Processo Civil, o caráter autoexecutável às condenações por quantia certa, de modo que a realização prática da sentença passa a operar-se em continuação à relação de cognição, sem necessidade de instauração de processo autônomo de execução.

Segundo entendimento de Luiz Fux, aqui avalizado, essa nova sistemática não tem o condão de desnaturar a sentença condenatória como título judicial, mas sim de ressaltar apenas que a execução desse título se dá na própria relação de conhecimento, tornando o ato autoexecutável. A implementação das demais sentenças (constitutiva e declaratória) são atos secundários, efeitos acessórios das mesmas. Desta sorte, o grau de satisfatividade de todas elas se equipara. É sob esse novel enfoque que Luiz Fux entende que deve ser lido o Código de Processo Civil.²⁰⁴ Eis um passo fundamental para a consubstanciação do sincretismo entre a atividade de conhecimento e a atividade executiva.

3.2.5 Resquícios da autonomia entre processo de conhecimento e processo de execução na atual sistemática (pós-reforma) do Código de Processo Civil brasileiro

Observadas as mudanças legislativas operadas na relação entre processo de conhecimento e processo de execução, é preciso sistematizar os resquícios de autonomia presentes no Código de Processo Civil brasileiro em seu molde contemporâneo. Nesse sentido, pode-se afirmar que, existe, hoje, no Direito Processual Civil brasileiro, três diferentes relações entre a função de conhecimento e a função executiva:

a) a fase executiva do processo, que se configura como complemento da fase de conhecimento, formando um processo único e sincrético, e que abarca os seguintes títulos executivos judiciais: a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia (Código de Processo Civil, art. 475-N, I); a sentença homologatória de

²⁰⁴ FUX, Luiz. **A reforma do processo civil**: comentários e análise crítica da reforma infraconstitucional do Poder Judiciário e da reforma do CPC. 2. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2008, p. 108.

conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo (Código de Processo Civil, art. 475-N, III); o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente (Código de Processo Civil, art. 475-N, V); e, o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal (Código de Processo Civil, art. 475-N, VII).²⁰⁵

b) o processo executivo autônomo fundado em título executivo judicial, que tem natureza de processo autônomo e se desenvolve com a aplicação – no que couber – das regras previstas no Livro I do CPC para o cumprimento de sentença, e cujo mandado inicial, conforme determina o parágrafo único do art. 475-N do Código de Processo Civil, incluirá a ordem de citação do devedor, no juízo cível, para liquidação ou execução, conforme o caso. Trata-se da situação dos seguintes títulos executivos judiciais: a sentença penal condenatória transitada em julgado (Código de Processo Civil, art. 475-N, II); a sentença arbitral (Código de Processo Civil, art. 475-N, IV); a sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça (Código de Processo Civil, art. 475-N, VI).²⁰⁶

c) o processo executivo autônomo fundado em títulos executivos extrajudiciais, que é regulado pelo Livro II, do Código de Processo Civil. Cumpre observar que esses títulos, apesar de terem sido submetidos a uma plausível reformulação, trazida pela Lei n. 11.382/2006 - que simplificou consideravelmente o seu procedimento - permaneceram como fundamento da autonomia do processo, regulando-se pelo referido Livro.²⁰⁷

Em síntese, pelo exposto, pode-se observar que, na atual sistemática (pós-reforma) do Código de Processo Civil brasileiro, a autonomia do processo de execução em relação ao processo de conhecimento apenas pode ser verificada no caso dos títulos executivos judiciais (previstos nos incisos II, IV e VI do art. 475-N do Código de Processo Civil) e no caso dos títulos executivos extrajudiciais (disciplinados pelo Livro II do mesmo Código).²⁰⁸

²⁰⁵ BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2011.

²⁰⁶ Ibid., loc. cit.

²⁰⁷ Ibid., loc. cit.

²⁰⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. **A nova Execução de Sentença**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 108. Nesse sentido, merece destaque também o posicionamento de Sérgio Shimura, que ao comentar o Projeto de Lei nº. 3.253/2004, afirmou: “De conseguinte, dá-se a fusão de dois processos em uma única relação processual (sincretismo processual), pelo menos quando o título executivo judicial se consubstanciar em sentença condenatória proferida no processo civil, sentença

Deve-se notar, por outro lado, que ainda podem ser aventados como resquícios do autonomia, mas agora do processo de conhecimento em relação ao processo de execução, os casos que envolvem o processo de conhecimento puro. Enquadram-se aqui a ação declaratória e a ação constitutiva, ou seja, aquelas ações que não necessitam de processo de execução para cumprir o seu desiderato. Também poder-se-ia emoldurar entre esses resquícios, a hipótese de cumprimento voluntário da sentença condenatória.

3.3 O SINCRETISMO COMO NOVO PARADIGMA DA RELAÇÃO ENTRE COGNIÇÃO E EXECUÇÃO

3.3.1 Inversão paradigmática entre autonomia e sincretismo no processo civil brasileiro

Após a apresentação da autonomia do processo de conhecimento e do processo de execução, e realizada a investigação de sua realidade jurídica em face das recentes alterações legislativas, chega-se à conclusão de que o avanço do sincretismo atingiu tal proporção que não se pode deixar de reconhecer uma mudança de perfil na sistemática do processo civil brasileiro.

Em termos mais precisos: o paradigma da autonomia processual que imperava sobre a estrutura original do Código de Processo Civil de 1973, por conta da forte influência da doutrina de Enrico Tullio Liebman, foi quebrado paulatinamente pelas alterações advindas das etapas da reforma do referido Código, e isso se deu

homologatória de conciliação, transação ou acordo extrajudicial, e o formal ou certidão de partilha. Quer dizer, continuará havendo processo autônomo de execução quando o título executivo judicial for sentença penal condenatória transitada em julgado, sentença arbitral ou sentença estrangeira, homologada pelo Supremo Tribunal Federal [leia-se: Superior Tribunal de Justiça, em face da modificação trazida pela EC nº 45/2004], caso em que se exige, como ainda hoje vigora, ordem de citação do devedor, no juízo cível, para liquidação ou execução, dependendo da hipótese". (SHIMURA, Sérgio. Cumprimento de sentença. In: SHIMURA, Sérgio; NEVES, Daniel A. Assumpção (Coord.). **Execução no processo civil: novidades & tendências**. São Paulo: Método, 2005, p. 245). Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart também constataam a existência do "processo" de execução apenas nos casos dos incisos II, IV e VI do art. 475-N do Código de Processo Civil, e dos títulos executivos extrajudiciais (apesar destes terem sido submetidos a uma plausível reformulação pela Lei nº. 11.382 de 07/12/2006, que simplificou, consideravelmente, o seu procedimento) (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008 (Curso de processo civil; v. 2), p. 61). Ainda nesse diapasão pode-se mencionar o pensamento de José Carlos Barbosa Moreira (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. 25. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 204).

em tal proporção que já se pode reconhecer a emergência de um novo paradigma – o do sincretismo do processo civil brasileiro.

O status atual do processo civil pátrio já permite que se afirme uma inversão. O sincretismo virou regra e a autonomia, exceção. Isso implica mudanças estruturais, na medida em que o que ainda hoje se denomina “processos” de execução e de conhecimento, sob a égide do sincretismo, passam a traduzir-se em “funções” dentro de um processo único.

Como decorrência dessa mudança paradigmática, é chegado o momento de refletir em torno dos eventuais resquícios apontados como justificativa para a autonomia processual, identificando as possibilidades de avanço e fortalecimento do fenômeno do sincretismo entre cognição e execução. Fala-se propositadamente em avanço e fortalecimento, porque se parte do pressuposto de que o sincretismo já existe e já pode ser reconhecido como novo paradigma na estrutura do processo civil brasileiro.

Em primeiro lugar, cumpre observar que a autonomia do processo de execução calcado em títulos executivos judiciais não se justifica. Como já pontuado neste trabalho, a Reforma do Código de Processo Civil concretizou, em parte, tal afirmação. Ela determinou que, no caso dos títulos executivos judiciais previstos nos incisos I, III, V e VII do art. 475-N do referido Código, o processo é único e sincrético, ou seja, dá-se uma combinação entre a função de conhecimento e a função de execução.

Sendo assim, pode-se afirmar que, em se tratando de títulos executivos judiciais, figurariam como resquícios da autonomia do processo de execução, os previstos nos incisos II, IV e VI do art. 475-N do Código de Processo Civil, que se referem, respectivamente, à sentença penal condenatória transitada em julgado, à sentença arbitral e à sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Ocorre que esses casos não devem ser vistos como justificantes da referida autonomia processual. É que existe aí, em verdade, função jurisdicional executiva que se dá apenas com alteração de jurisdição, ou seja, o processo deve ser concebido como único e sincrético, continuando apenas com a fase executiva. Sendo assim, deveriam ser submetidos, definitivamente, à sistemática prevista nos Capítulos IX e X do Título VIII do Livro I (“Do processo de conhecimento”) do Código de Processo Civil. Em síntese, a disciplina jurídica desses títulos não deve ser vista

como entrave ao fortalecimento do sincretismo do processo civil brasileiro.

Por outro lado, no que tange aos títulos executivos extrajudiciais, ainda pode aventar-se uma certa resistência à aplicação desse raciocínio. É que, analisando sua estrutura atual, nota-se que eles parecem figurar como o único resquício da autonomia do processo de execução em relação ao processo de conhecimento. É certo, contudo, que, nesses casos, existe possibilidade de combinação entre função executiva e função cognitiva, que se dá por meio do exercício dos embargos à execução. Isso pode ser vislumbrado como uma manifestação do fenômeno do sincretismo, mas não se mostra capaz de justificar o total comprometimento da autonomia do processo executivo em sede dos títulos executivos extrajudiciais, que ainda demonstra mais força do que o fenômeno aqui estudado (o que não significa, reforce-se, que ele aqui não se manifeste).²⁰⁹

Em síntese, o que se constata é que resta apenas um resquício de autonomia do processo de execução, de modo que não se deve sustentar qualquer autonomia em sede de título executivo judicial. E isso se coaduna, perfeitamente, com a mais ampla utilização de técnicas processuais (a exemplo da mandamental e a executiva)

²⁰⁹ Nesse sentido, mister se faz observar as seguintes palavras de Luiz Fux: “[...] expressivo é o elemento cognitivo introduzido na execução de título extrajudicial, quando o devedor opõe-se à mesma através de embargos, fazendo exsurgir um contraditório eventual, o que o distingue do processo de conhecimento genuíno. Neste, o contraditório é inaugurado a pedido do próprio autor ao requerer a citação do réu para responder. A razão está em que a execução não se instaura para obtenção de pronunciamento judicial, senão para a realização do direito do credor; daí o porquê de o contraditório ser eventual e surgir por obra do próprio devedor, que se opõe à suposta legitimidade daquele processo autoritário-judicial. Os embargos do executado, na execução de título extrajudicial, representam, assim, um verdadeiro processo de cognição introduzido no organismo do processo de execução” (FUX, Luiz. **A reforma do processo civil: comentários e análise crítica da reforma infraconstitucional do Poder Judiciário e da reforma do CPC**. 2. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2008, p. 82-83). Já Glauco Gumerato Ramos é mais revolucionário ao analisar a sistemática dos títulos executivos extrajudiciais: “Atualmente – e me parece que mesmo diante da estruturação sistemática do nosso CPC com seus Livros I, II e III – bastará que exista processo jurisdicional civil (=atividade sob contraditório e ampla defesa) para que o jurisdicionado maneje as diversas técnicas processuais previstas no sistema e busque a tutela jurisdicional que seja útil e adequada para tutelar o seu direito. Mas, certamente serei indagado: – E o processo de execução do título extrajudicial (CPC, Livro II), o que fazer com ele?... Não estabelece o respectivo Livro II “atividade executiva”? E respondo: – sim, mas a atividade que lá se desenvolve é atividade voltada à obtenção de tutela executiva, e – portanto – não é o processo que é de execução, mas a tutela jurisdicional que por meio dele se busca, já que processo é atividade regida pelo contraditório e ampla defesa. O Livro II do CPC, portanto, não trata do ‘processo de execução’, mas das regras que viabilizam a tutela jurisdicional executiva da obrigação de pagar quantia, regras que também se aplicam ao cumprimento da sentença quando a respectiva obrigação estiver contida em título judicial (CPC, art. 475-R). Processo é atividade e deve funcionar como uma ‘plataforma de trabalho’ – permita-me colocar as coisas nestes termos – em que o jurisdicionado maneje as técnicas adequadas à obtenção do resultado útil (= tutela jurisdicional) útil” (RAMOS, Glauco Gumerato. *Processo jurisdicional civil, tutela jurisdicional e sistema do CPC: como está e como poderá estar o CPC brasileiro*. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio. **Bases científicas para um renovado Direito Processual**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 577).

com o fito de dar cumprimento ao direito à tutela jurisdicional efetiva.

Com efeito, valendo-se dos ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart pode-se afirmar que foi necessário demonstrar tudo isso para que restasse claro que o processo de conhecimento (idealizado para averiguar e declarar um direito) e o processo de execução (concebido para permitir a realização concreta de um direito já declarado) acabaram se misturando, combinando-se, em virtude das novas necessidades de tutela dos direitos.²¹⁰

Ainda nesse contexto, tornam-se oportunas as ideias de Teori Albino Zavascki, no que tange ao inevitável reconhecimento da relatividade da segmentação do processo em espécies de conhecimento e execução. É que, na visão do autor, é preferível considerar as atividades jurisdicionais de cognição e de execução, não como fases ou momentos distintos e sucessivos da prestação da tutela, e sim como classes de atividades que até poderão coincidir e confundir-se no tempo e no espaço, nas ações e nos procedimentos.²¹¹

Mas, não se deve esquecer que, na relação entre processo de conhecimento e processo de execução, ainda podem ser aventados como resquícios do autonomia do processo de conhecimento, o casos de pureza processual. Enquadram-se aí, como visto, a ação declaratória e a ação constitutiva, ou seja, aquelas ações que não necessitam de processo de execução para cumprir o seu desiderato. Também poder-se-ia emoldurar entre os resquícios, a hipótese de cumprimento voluntário da sentença condenatória.

Conforme já observado neste trabalho, na visão de Enrico Tullio Liebman, o argumento fundamental para sustentar a autonomia processual pode ser resumido na ideia de processos puros, ou seja, daqueles que, por motivos diversos, não se ligam a outros, encerrando por si mesmos a prestação da tutela jurisdicional. É o caso dos processos de conhecimento decorrentes de ações constitutivas e declaratórias, e dos processos de execução calcados em títulos extrajudiciais.²¹²

No que tange especificamente às ações constitutivas e às ações declaratórias, Alexandre Freitas Câmara segue tal posicionamento, ao destacar que a sentença definitiva, advinda dessas ações, possuem uma característica comum: a

²¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008 (Curso de processo civil; v. 2), p. 61.

²¹¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 12.

²¹² LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1, p. 263.

capacidade de proporcionar tutela jurisdicional plena. Ou seja, são sentenças auto-suficientes, hábeis à satisfação integral da pretensão manifestada pelo demandante. Já as sentenças condenatórias, não proporcionam tutela jurisdicional plena, sendo que a plena realização da pretensão dependerá de atividades posteriores, do devedor ou do Estado.²¹³

Deve-se notar, contudo, que há algo em comum nos resquícios que subsistem como fundamento para a autonomia do processo de conhecimento e para a do processo de execução: a unificação processual. Essas situações (títulos executivos extrajudiciais, ação declaratória, ação constitutiva, cumprimento voluntário da sentença condenatória) não se configuram em casos nos quais caberiam sincretismo (combinação de atividades) e o mesmo não foi aplicado. Pelo contrário, são casos de processo único que, ainda assim, podem apresentar uma certa dose de sincretismo, como se dá com os títulos executivos extrajudiciais.

Enfim, buscou-se demonstrar no presente tópico que o paulatino fortalecimento do sincretismo faz com que este já figure como novo paradigma do processo civil brasileiro, pelo menos nas hipóteses em que ele poderia se manifestar, na medida em que envolve mais de uma atividade. Em síntese, constata-se que o processo civil pátrio caminhou e tem caminhado, progressivamente, rumo à formação de um novo sistema processual, não mais estruturado na rígida autonomia

²¹³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **A nova Execução de Sentença**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 30. Também nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior é preciso ao afirmar que: “nem todo processo de conhecimento tem como consequência uma execução forçada: o cumprimento voluntário da condenação, por exemplo, torna impossível a execução forçada; e as sentenças declaratórias e constitutivas não comportam realização coativa em processo executivo” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 2). Por outro lado, Fredie Didier Júnior, ao discorrer acerca da sentença declaratória após o acréscimo do art. 475-N, I, ao Código de Processo Civil, pela Lei n. 11.232/2005, assevera: “Há muito, alertávamos de que havia uma tendência de conferir executividade à sentença meramente declaratória, quando houvesse o reconhecimento de uma obrigação exigível. Neste ponto, seria muito difícil distingui-la de uma sentença de prestação, quando fosse resultado de uma ação declaratória proposta em momento em que já se poderia propor uma ação de prestação (art. 4º, parágrafo único, CPC). [...] A Lei Federal n. 11.232/2005 consagrou essa distinção, acolhendo uma sugestão que encaminhamos ao Senado Federal. O art. 475-N, I, prescreve que é título judicial a ‘sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia’. Retirou-se a menção que havia à sentença condenatória, para deixar claro que qualquer sentença que reconhecer a existência de obrigação exigível, o que inclui a declaratória, tem eficácia executiva. Há diversos exemplos de ações meramente declaratórias que geram decisão com força executiva: consignação em pagamento, oferta de alimentos, desapropriação etc.” (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010, v. 1, p. 223). Deve-se notar, contudo, que tal posicionamento não terá consequência diferenciada ou negativa sobre o objeto deste trabalho, na medida em que, como se pode observar, o reconhecimento de eficácia executiva à sentença declaratória, submete-se à sistemática do processo sincrético prevista para o cumprimento de sentenças no Código de Processo Civil brasileiro.

processual, mas sim na ideia do processo único e, sempre que necessário, sincrético.

3.3.2 O processo sincrético nos Juizados Especiais Cíveis Federais e nos Juizados Especiais da Fazenda Pública

A sistemática da relação entre tutela cognitiva e tutela executiva, prevista na lei que disciplina os Juizados Especiais Federais (Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001) e na que dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei n. 12.153, de 22 de dezembro de 2009), deve ser vista como um bom exemplo de processo sincrético e de busca pela mais ampla concretização da efetividade processual.

Os Juizados Especiais Cíveis Federais são aqueles aos quais compete, conforme o art. 3º da Lei n. 10.259/2001, “processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças”.²¹⁴ Já aos Juizados Especiais da Fazenda Pública compete, de acordo com o art. 2º da Lei n. 12.153/2009 “processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos”.²¹⁵

No que tange à execução das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa, o art. 16 da Lei n. 10.259/2001, determina que o cumprimento do acordo ou da sentença, com trânsito em julgado, será efetuado mediante ofício do Juiz à autoridade citada para a causa, que será acompanhado de cópia da sentença ou do acordo.²¹⁶ O art. 12 da Lei n. 12.153/2010 repete, literalmente, tal dispositivo.²¹⁷

²¹⁴ BRASIL. **Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001.** Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2011.

²¹⁵ Id. **Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009.** Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2011.

²¹⁶ Id.. **Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001.** Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2011.

²¹⁷ Id. **Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009.** Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Disponível em:

Ao comentar o art. 16 de Lei n. 10.259/2011, J. E. Carreira Alvim e Luciana Gontijo Carreira Alvim Cabral observam que o dispositivo caminha em sintonia com a tendência do moderno direito processual de sincretizar o processo de conhecimento com o processo de execução, evitando que a parte vencedora, após ter percorrido todo um processo para obter o reconhecimento de seu direito, tenha que se submeter a novo processo para vê-lo satisfeito. Ressalte-se que, em conformidade com o disposto no artigo sob comento, a execução da sentença ou do acordo é feita mediante simples ofício dirigido pelo juiz à autoridade citada para a causa com a respectiva cópia para que se cumpra.²¹⁸

Em se tratando de obrigação de pagar quantia certa, por sua vez, o art. 17 da Lei n. 10.259/2001 determina que após o trânsito em julgado da decisão, o pagamento deverá ser efetuado no prazo de sessenta dias, contados da entrega da requisição, por ordem do magistrado, à autoridade citada para a causa, na agência mais próxima da Caixa Econômica Federal ou do Banco do Brasil,

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2011.

²¹⁸ ALVIM, J. E. Carreira; CABRAL, Luciana Gontijo Carreira Alvim. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Federais Cíveis**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 234-235. Em comentários ao art. 16 da Lei n. 10.259/2001 e ao art. 12 da Lei n. 12.153/2009, Alexandre Freitas Câmara pontua que, não cumprida a obrigação no prazo, começa a correr multa diária no cumprimento da obrigação, bem como, deverá o juiz determinar a prática dos atos necessários à efetivação da sentença, com o fito de obter resultado prático equivalente ao do adimplemento da obrigação. Neste caso, o autor recorreu à aplicação subsidiária dos arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil brasileiro. Além disso, Alexandre Freitas Câmara observa que o magistrado deverá impor à autoridade que tem o dever de praticar os atos necessários à efetivação do comando contido na sentença a multa prevista no parágrafo único do art. 14 do Código de Processo Civil. Por fim, cumpre observar a interessante crítica apresentada pelo autor: “Não posso deixar de dizer, porém, que me parece lamentável ter de se fazer um estudo, ainda que breve, a respeito do sistema de execução de sentenças condenatórias dirigidas à Fazenda Pública (ou a outras entidades públicas). Em um Estado Democrático de Direito, o mínimo que se espera da Administração Pública é que cumpra as decisões judiciais. É absurda a ideia de que em um Estado Democrático seja necessário ao Estado-juiz intimar o administrador público para que cumpra a sentença condenatória. Esse cumprimento deveria ser voluntário, e o que se pode augurar é que o Brasil chegue, um dia, a um estágio de desenvolvimento de suas instituições estatais que permita afirmar que as decisões judiciais são respeitadas. A teimosia das autoridades públicas (de todas as esferas, seja qual for o partido político que esteja no Poder) em não cumprir as decisões judiciais é uma manifestação de subdesenvolvimento cultural e político que, espero, possa ser brevemente superado (embora tenha de confessar não ter muita esperança de que isso venha, realmente, a mudar)” (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados especiais cíveis estaduais, federais e da fazenda pública**: uma abordagem crítica. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 252).

independentemente de precatório.²¹⁹ O art. 13 da Lei n. 12.153/2010 segue semelhante caminho.²²⁰

J. E. Carreira Alvim e Luciana Gontijo Carreira Alvim Cabral afirmam que essa é uma regra que foi sustentada pelo professor Carreira Alvim, juntamente com a quebra de todos os privilégios do Poder Público, num dos primeiros encontros de que participou, na cidade de Recife, acerca dos Juizados Especiais Federais. Com efeito, tais autores asseveram que o pagamento por meio de precatório, embora tenha previsão constitucional, é um dos maiores acintes cometido pelo Poder Público em face do direito de seu credor, pois, depois de vencer a demanda, e dependendo do valor, fica à espera da benevolência do Poder Executivo em alocar recursos para atender ao pagamento.²²¹

Seguindo semelhante linha de raciocínio, Alexandre Freitas Câmara observa que o dispositivo sob comento apresenta uma sensível diferença em relação ao sistema executivo comum em que é demandada a Fazenda Pública, já que, como regra geral, essa execução se faz através do famigerado precatório.²²²

Deve-se ressaltar ademais que, de acordo com o § 2º do art. 17 da Lei n. 10.259/2001, em caso de descumprimento da requisição de pagamento, o magistrado determinará o sequestro do numerário suficiente ao cumprimento da decisão.²²³ Em semelhante sentido caminha o § 1º do art. 13 da Lei n.

²¹⁹ BRASIL. **Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001**. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2011.

²²⁰ Id. **Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009**. Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2011.

²²¹ ALVIM, J. E. Carreira; CABRAL, Luciana Gontijo Carreira Alvim. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Federais Cíveis**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 235-236.

²²² Cumpre conferir o posicionamento de Alexandre Freitas Câmara acerca da sistemática constitucional dos precatórios: “[...]. O precatório, tristemente famoso, é um mecanismo executivo que é usado no Brasil e em pouquíssimos outros lugares do Planeta. Trata-se de um mecanismo odioso, por força do qual o Estado pode até mesmo começar a pagar seu débito, reconhecido em sentença, dois anos depois do trânsito em julgado da sentença. Veja-se, aliás, que ele estará aí começando a pagar, pois esse pagamento pode ser feito em até quinze anos! Assim, em tese, é possível que o credor só veja seu crédito satisfeito dezessete anos após o trânsito em julgado da sentença, o que é inteiramente despido de qualquer razoabilidade. Registro, ainda, que estou aqui apresentando o sistema do ponto de vista teórico, uma vez que na prática é comum o Estado, simplesmente, não pagar a dívida a que se refere o precatório” (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados especiais cíveis estaduais, federais e da fazenda pública: uma abordagem crítica**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 253-254).

²²³ BRASIL. **Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001**. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em:

12.153/2009.²²⁴ Alexandre Freitas Câmara ressalva que falam as leis em “sequestro” quando, em verdade, querem se referir ao “arresto”, que consiste na medida de apreensão de bens destinada a assegurar a efetividade de uma execução por quantia certa. Sendo assim, uma vez não cumprida a requisição de pagamento, o juiz da causa determinará a apreensão da verba necessária para que ele seja efetuado.²²⁵

Pelo exposto, nota-se que a adoção do processo sincrético, nos Juizados Especiais Cíveis Federais e nos Juizados Especiais da Fazenda Pública, possui um “plus” de efetividade processual (afora a que já é inerente ao sincretismo processual), uma vez que, por meio da previsão de requisição de pagamento, foge à sistemática dos precatórios (que vêm sendo, em verdade, utilizados como instrumentos de inefetividade no que tange ao cumprimento de decisões judiciais).

3.3.3 O Projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro e as expectativas com relação ao sincretismo processual

Como se observou até o momento do presente trabalho, o Código de Processo Civil brasileiro de 1973 sofreu e vem sofrendo inúmeras e profundas alterações, intensificadas, sobretudo, após o advento da Constituição de 1988, e consubstanciadas em três etapas da reforma, que se concretizaram sucessivamente em 1994/1996, 2001/2002 e 2005/2009.

Gregório Assagra de Almeida e Luiz Manoel Gomes Junior observam que a elaboração de tal Código foi direcionada predominantemente pelo método técnico-jurídico, o que fez com que ele se caracterizasse como um sistema mais fechado de

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2011.

²²⁴ BRASIL. **Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009**. Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2011.

²²⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados especiais cíveis estaduais, federais e da fazenda pública: uma abordagem crítica**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 257. Cumpre observar que, na visão de Alexandre Freitas Câmara, a referida medida não é a única consequência do descumprimento da requisição de pagamento, sendo que deve incidir aí, em toda sua plenitude, o disposto no seu art. 14, V do Código de Processo Civil, bem como o que consta de seu parágrafo único. É que, na visão do autor, o não-cumprimento da requisição de pagamento implica violação ao dever jurídico de obedecer com exatidão aos provimentos mandamentais e não opor embaraços ao cumprimento das decisões judiciais antecipatórias ou finais. Sendo assim, deverá o magistrado fixar multa, de até vinte por cento do valor da causa, a ser imposta à autoridade responsável pelo cumprimento da execução (ibid., p. 258).

concepção introspectiva, típica da fase autonomista e conceitual do direito processual (já mencionada no capítulo anterior desse trabalho). Os autores asseveram que é por isso que o Código de Processo Civil de 1973 vem sofrendo reiteradas alterações para atender às necessidades inerentes às garantias constitucionais do acesso à justiça e da duração razoável do processo.²²⁶

Mas, tais autores ressaltam, por outro lado, que o método de estudo, reforma e aplicação do direito processual, na visão do acesso à justiça é o pluralista, que, diferente do mencionado, é aberto e composto por diversos elementos (ético, histórico, político, social, jurídico e sistemático) que se encontram interligados por um fio de condução que é a teoria dos direitos e garantias fundamentais.²²⁷ Foi essa a mola propulsora das diversas modificações do Código de Processo Civil de 1973.

Gregório Assagra de Almeida e Luiz Manoel Gomes Junior ressaltam que muitos foram os pontos positivos alcançados por meio das diversas etapas de reforma desse Código, como por exemplo, a implementação de novas vias jurisdicionais à disposição dos jurisdicionados, as opções de meios alternativos de solução de conflitos e previsão de mecanismos mais efetivos para garantir medidas de urgências, bem como técnicas para garantir a aceleração da prestação jurisdicional.²²⁸

Ocorre que tais modificações legislativas também foram acompanhadas de sérios problemas. É que, como bem observam tais autores, a grande quantidade de reformas pontuais no Código de Processo Civil brasileiro comprometeram sua sistematização e coerência metodológica.²²⁹ Não é outra a preocupação de Cândido Rangel Dinamarco, ao alertar para o perigo de que o Código de Processo Civil brasileiro se configure, diante das sucessivas etapas da Reforma Processual, como uma verdadeira “colcha de retalhos”.²³⁰

²²⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Um Novo Código de Processo Civil para o Brasil**: Análise teórica e prática da proposta apresentada ao Senado Federal. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010, p. 65-66.

²²⁷ Ibid., p. 66.

²²⁸ Ibid., p. 70.

²²⁹ Ibid., p. 70-71.

²³⁰ Cumpre conferir diretamente as palavras do autor: “[...]. As reformas não se pautam por preocupações concentradamente sistemáticas, o que gera o risco de alojar no Código disposições mal costuradas entre si, sem a indispensável coordenação orgânica, funcional e mesmo conceitual.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 39). Ainda no que tange às reformas processuais, deve-se destacar o posicionamento crítico de Alexandre Freitas Câmara: “Tenho, em primeiro lugar, uma crítica principal à reforma: não me parece que a opção por reformas setoriais fosse, verdadeiramente, uma alternativa à elaboração de um novo Código de Processo Civil, como pareceu aos idealizadores da reforma. A necessidade de

É nesse contexto que surge a necessidade de formulação de um novo Código de Processo Civil para o direito brasileiro. Gregório Assagra de Almeida e Luiz Manoel Gomes Junior afirmam que sua criação envolve um enorme desafio. Em primeiro lugar, porque deve-se ter em vista que sua preocupação não pode ser só com seu objeto formal (composto pelo conjunto de princípios, garantias e regras processuais), mas também com o objeto material (que abarca a tutela dos direitos materiais pela via do direito processual civil). Em segundo lugar, porque a visão do próprio direito na atualidade deve estar plenamente conectada com o plano da efetividade, do acesso à justiça, que passa a ser o novo método de pensamento.²³¹

Tomando por base tais pressupostos, Gregório Assagra de Almeida e Luiz Manoel Gomes Junior apontam algumas diretrizes metodológicas para a criação de um novo Código de Processo Civil para o Brasil, que podem ser sintetizadas nos seguintes termos: 1) orientação pela teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais, que será qualificada como verdadeira guia de condução dos diversos elementos que compõem a metódica pluralista do direito processual; 2) planejamento amplo de todos os passos até a conclusão da proposta e sua aprovação, o que abarca pesquisas estatísticas amplas e pontuais acerca do que está ou não funcionando bem no Código vigente, e que, embora demande tempo, se faz estritamente necessário; 3) o fator urgência deve ser observado, principalmente

elaboração de um novo código, mais sucinto, e capaz de regular um processo civil menos formalista e mais comprometido com os resultados me parece, há muito tempo, evidente. As reformas setoriais, a meu juízo, deveriam ter sido elaboradas apenas como um paliativo, destinadas a minorar os efeitos perversos da inevitável demora que a elaboração e aprovação de um novo Código de Processo Civil exigiria. A afirmativa usual de que com a elaboração de reformas setoriais ganhou-se tempo, pois as reformas foram feitas rapidamente, enquanto a elaboração de um novo CPC poderia levar trinta anos, me parece, com todas as vênias, equivocada. Hoje se pode dizer que a realização das reformas setoriais em vez da elaboração de um novo Código não nos fizeram ganhar trinta anos, mas perder quinze anos (tempo decorrido entre a aprovação das primeiras leis da primeira etapa da reforma do CPC e o momento em que este estudo é escrito). Afinal, se só agora se começa a elaborar um novo CPC, este só estará pronto em trinta anos a contar de hoje, e não em trinta anos a contar de quinze anos atrás. Esta não é, porém, a única crítica que dirijo à reforma do CPC. A meu ver há nessa reforma (e não só nessa, mas em várias – para não dizer em todas – das reformas legislativas feitas no Brasil) a absoluta ausência de preocupação com a verificação objetiva dos pontos a serem reformados e dos resultados alcançados com ela. [...]. A ausência de elementos objetivos de análise da reforma do CPC, portanto, faz com que não se possa saber ao certo se, do ponto de vista prático, tais reformas foram ou não capazes de atingir seu objetivo: melhorar a qualidade da prestação jurisdicional civil na prática forense. Minha maior crítica às reformas por que o CPC passou nos últimos anos, porém, diz respeito ao fato de que o Código perdeu a harmonia que um diploma legal dessa espécie deve ter” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Bases teóricas para um Novo Código de Processo Civil*. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio. **Bases científicas para um renovado Direito Processual**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 34-35).

²³¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Um Novo Código de Processo Civil para o Brasil**: Análise teórica e prática da proposta apresentada ao Senado Federal. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010, p. 127.

porque vive-se em uma sociedade de risco em que a urgência da tutela jurídica é comum no cotidiano do cidadão; 4) após a elaboração do texto, mostra-se indispensável a realização de estudos de fatos e prognoses para que sejam verificados os possíveis impactos da reforma para a sociedade e para o jurisdicionado; 5) deve ser garantida a mais ampla participação popular, com a realização de audiências públicas, para que seja a sociedade seja ouvida e sejam discutidas as propostas com especialistas e operadores do Direito; 6) o posicionamento crítico sobre todos os institutos processuais e seus funcionamentos também relevante para a não aprovação de proposta legislativa divorciada da realidade social.²³²

Alexandre Freitas Câmara, por sua vez, pontua as bases teóricas necessárias para a elaboração de um novo Código de Processo Civil, que podem ser assim sistematizadas: 1) respeito às conquistas teóricas das fases anteriores da evolução do direito processual civil; 2) observância da constitucionalização do direito processual civil, em outros termos, dos princípios que compõem o modelo constitucional do processo civil brasileiro, como o contraditório e a isonomia; 3) especial atenção ao princípio da efetividade, na medida em que é absolutamente essencial que se construa um modelo de processo dedicado a assegurar que o titular de uma posição jurídica de vantagem tenha seu direito concretizado de modo tão coincidente quanto teria caso fosse espontaneamente atuado; 4) ampla possibilidade de utilização dos instrumentos processuais pelos cidadãos; 5) direcionamento do processo para a produção de decisões afinadas com a verdade, atribuindo-se ao juiz amplos poderes de iniciativa probatória; 6) observância do princípio da economia processual, com o fito de extrair do processo o máximo de proveito com o mínimo de esforços, desde que respeitada a segurança necessária; 7) visão do processo como instrumento de realização do direito material e de persecução dos escopos do Estado Democrático.²³³

Fixadas essas bases e diretrizes, é chegado o momento de observar que já se encontra em tramitação no Congresso Nacional, Projeto de Lei que visa à promulgação de um novo Código brasileiro de Processo Civil. Uma Comissão de

²³² ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Um Novo Código de Processo Civil para o Brasil**: Análise teórica e prática da proposta apresentada ao Senado Federal. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010, p. 127-128.

²³³ CÂMARA, Alexandre Freitas. Bases teóricas para um Novo Código de Processo Civil. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio. **Bases científicas para um renovado Direito Processual**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 38-41.

Juristas, designada pelo Senado Federal e presidida pelo Ministro Luiz Fux, elaborou e encaminhou o Anteprojeto aos Senadores, em junho de 2010. Na dita Casa Legislativa, a proposta tramitou como Projeto n. 166/2010 e foi aprovada em dezembro do mesmo ano, sendo, por conseguinte, encaminhado à Câmara de Deputados, onde atualmente se encontra como Projeto n. 8.046/2010.

Um breve estudo do Anteprojeto, em comparação com o Código de Processo Civil vigente e com o formato atual do Projeto n. 8.046/2010, possibilita a afirmação de que só existirá processo autônomo de execução, no ordenamento jurídico brasileiro, para títulos executivos extrajudiciais.

O direito brasileiro parece caminhar no sentido da manutenção e fortalecimento da mudança paradigmática já operada entre autonomia e sincretismo no processo civil brasileiro, mas é preciso investigar as alterações propostas a fim de que se visualize em que medida a expectativa do presente trabalho de fortalecimento do sincretismo processual, em sede do binômio conhecimento-execução, será ou não concretizada caso as propostas venham a ser aprovadas.

Nesse sentido, cumpre observar que o art. 492 do Anteprojeto esclarece que, além da sentença proferida em ação de cumprimento de obrigação, serão executados de acordo com os artigos previstos no capítulo do “Cumprimento da Sentença” todos os títulos executivos judiciais. Nesse rol, estão inseridos a sentença penal condenatória transitada em julgado, a sentença arbitral e a sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça, casos nos quais, em conformidade com o § 1º do art. 492 do Anteprojeto, “o devedor será citado no juízo cível para o cumprimento da obrigação no prazo que o juiz fixar não superior a quinze dias, sob pena de execução”.²³⁴ Cumpre observar que tal artigo já sofreu

²³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 357. Cumpre observar que, de acordo com a redação atual do art. 475-N do Código de Processo Civil, incluído pela Lei nº 11.232/2005, “São títulos executivos judiciais: I – a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia; II – a sentença penal condenatória transitada em julgado; III – a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo; IV – a sentença arbitral; V – o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente; VI – a sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça; VII – o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal. Parágrafo único. Nos casos dos incisos II, IV e VI, o mandado inicial (art. 475-J) incluirá a ordem de citação do devedor, no juízo cível, para liquidação ou execução, conforme o caso” (BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2011). Já a proposta de art. 492, conforme redação do Anteprojeto caminha no seguinte sentido: “Além da sentença proferida em ação de cumprimento de obrigação, serão executados de acordo com os artigos previstos neste Capítulo: I – outras sentenças proferidas

modificações durante a tramitação das propostas no Congresso Nacional e atualmente figura no Projeto n. 8.046/2010, renumerado como art. 502, sem comprometer, contudo, os aspectos nele destacados como relevantes para este trabalho.²³⁵

Em síntese, o que se pode observar da leitura do dispositivo proposto é que embora ainda tenha sobrevivido a necessidade de citação (que deveria ter sido dispensada já que se considera que a decisão provém de dentro do Poder Judiciário) para os casos de sentença penal condenatória, sentença arbitral e sentença estrangeira, de qualquer modo, é possível vislumbrar que tais títulos são submetidos, expressamente, à sistemática do cumprimento de sentenças.

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero afirmam, todavia, que o Anteprojeto não foi preciso ao tratar dessa matéria, pois deveria ter observado com mais cuidado o fato de que o gênero “cumprimento de sentenças” abarca duas espécies de atividades voltadas para a concretização das sentenças que têm: 1) executividade intrínseca, caso em que as sentenças já contêm as modalidades executivas idôneas à tutela do direito, situando-se aqui as sentenças mandamentais e executivas *lato sensu*; 2) a executividade extrínseca, situação na qual existe

no processo civil que reconheçam a existência de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa; II – a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo; III – o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente; IV – o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal; V – as sentenças homologatórias de divisão e de demarcação; VI – a sentença penal condenatória transitada em julgado; VII – a sentença arbitral; VIII – a sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça; § 1º Nos casos dos incisos VI a VIII, o devedor será citado no juízo cível para o cumprimento da obrigação no prazo que o juiz fixar, não superior a quinze dias, sob pena de execução. § 2º Aplica-se o disposto nos parágrafos do art. 495 às hipóteses previstas no presente artigo.” (BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. SENADO FEDERAL. COMISSÃO DE JURISTAS RESPONSÁVEL PELA ELABORAÇÃO DE ANTEPROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. **Código de Processo Civil**: anteprojeto. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 02 de março de 2011).

²³⁵ Cumpre observar a redação do art. 502 do Projeto n. 8.046/2010: “Além da sentença condenatória, serão também objeto de cumprimento, de acordo com os artigos previstos neste Título: I - as sentenças proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa; II - a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo; III - o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente; IV - O formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal; V - o crédito de serventário de justiça, de perito, de intérprete, tradutor e leiloeiro, quando as custas, os emolumentos ou os honorários tiverem sido aprovados por decisão judicial; VI - sentença penal condenatória transitada em julgado; VII - a sentença arbitral; VIII - a sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça. Parágrafo único. Nos casos dos incisos VI a VIII, o devedor será citado no juízo cível para o cumprimento da sentença no prazo de quinze dias”. (BRASIL. **Projeto n. 8.046/2010**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=490267>. Acesso em: 02 de março de 2011).

apenas a autorização para que se proceda a adoção dos meios executivos para tutela do direito, enquadrando-se aqui as sentenças condenatórias.²³⁶

Nesse sentido, os autores notam, por exemplo, que o Capítulo II, que trata do cumprimento da sentença que visa ao pagamento de soma em dinheiro (que é qualificada como de executividade extrínseca dentro da classificação acima exposta), apresenta regras, na Seção IV, sobre o “cumprimento de obrigação de fazer e de não fazer” (que é de executividade intrínseca).²³⁷ Nesse diapasão, cumpre destacar que a versão atual do Projeto n. 8.046/2010 apresenta modificações substanciais, sendo que dentro do Título II (“Do cumprimento da sentença”), o Capítulo II trata exclusivamente “Do cumprimento provisório da sentença condenatória em quantia certa”, sendo que o Capítulo III trata do “Do cumprimento definitivo da sentença condenatória em quantia certa”, restando ambos não repartidos em seções. Ademais, cumpre ao Capítulo VI a disciplina “Da sentença condenatória de fazer, não fazer e entrega de coisa”.²³⁸

No que diz respeito à liquidação da obrigação de pagar quantia, deve-se lembrar que, no Código de Processo Civil vigente, por conta do disposto no art. 475-A, a liquidação tem de ser requerida pelo demandante.²³⁹ Já pelo Anteprojeto, a liquidação se inicia de ofício, sendo a proposta de art. 494 no sentido de que “quando a sentença não determinar o valor devido, o processo prosseguirá para que, de imediato, se proceda à sua liquidação, salvo se o credor justificar a impossibilidade ou a inconveniência de sua realização”.²⁴⁰ Ou seja, caso o artigo venha a ser aprovado com essa redação, o demandante terá o ônus de requerer o não prosseguimento da liquidação, se for o caso. Deve-se observar, contudo, que a proposta do art. 494 do Anteprojeto foi modificada, de modo que o art. 496 do formato atual do Projeto n. 8.046/2010 apresenta redação em que a liquidação de

²³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 134.

²³⁷ *Ibid.*, p. 135.

²³⁸ BRASIL. **Projeto n. 8.046/2010**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=490267>. Acesso em: 02 de março de 2011.

²³⁹ *Id.* **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2011.

²⁴⁰ BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. SENADO FEDERAL. COMISSÃO DE JURISTAS RESPONSÁVEL PELA ELABORAÇÃO DE ANTEPROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. **Código de Processo Civil: anteprojeto**. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 02 de março de 2011.

sentença que condenar ao pagamento de quantia ílquida deve proceder-se mediante requerimento do vencedor.²⁴¹

Na opinião de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, a regra do art. 494 do Anteprojeto busca concretizar o direito fundamental ao processo sem dilações indevidas, preconizado no at. 5º, LXXVIII da Constituição de 1988.²⁴² Deve-se observar, em verdade, que se trata de uma nítida sintonia entre o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e o direito fundamental à duração razoável do processo, seguindo a perspectiva que guia este trabalho. Além disso, pode-se qualificar tal proposta como de aprimoramento do processo sincrético, já que se retira um requisito desnecessário do seu contexto. Sendo assim, entende-se como retrocesso a modificação que consta da versão atual do art. 496 do Projeto 8.046/2010.

Outra alteração que caminha em consonância com as premissas deste trabalho é a proposta no art. 490 do Anteprojeto, segundo a qual “a execução da sentença proferida em ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação independe de nova citação”. Em complemento, o § 1º do mesmo dispositivo propõe que “a parte será pessoalmente intimada por carta para o cumprimento da sentença ou da decisão que reconhecer a existência de obrigação”.²⁴³ Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero entendem que o ideal é que essa intimação não fosse pessoal.²⁴⁴

Nesse diapasão, o Projeto 8.046/2010 caminha bem, sendo que mantém a desnecessidade de citação e retira a exigência da intimação pessoal, esclarecendo, no § 2º do art. 500, que o devedor será intimado para cumprimento da sentença: 1) pelo Diário da Justiça, na pessoa do seu advogado constituído nos autos; 2) por carta com aviso de recebimento, quando representado pela Defensoria Pública ou não tiver procurador constituído nos autos; 3) por edital, caso tenha sido revel na

²⁴¹ BRASIL. **Projeto n. 8.046/2010.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=490267>. Acesso em: 02 de março de 2011.

²⁴² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 137.

²⁴³ BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. SENADO FEDERAL. COMISSÃO DE JURISTAS RESPONSÁVEL PELA ELABORAÇÃO DE ANTEPROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. **Código de Processo Civil: anteprojeto.** Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 02 de março de 2011.

²⁴⁴ MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 138.

fase de conhecimento.²⁴⁵

É preciso observar ainda que, seguindo a mesma linha proposta para a liquidação, o Anteprojeto (art. 490, § 3º e art. 495, § 2º) pretende determinar que, ao contrário do que ocorre no Código de Processo Civil vigente (art. 475-J, *caput*), a execução da sentença condenatória se inicie de ofício e que a ausência de interesse na execução seja manifestada expressamente pelo exequente.²⁴⁶ Mais uma vez, pode-se ressaltar que o Anteprojeto caminha em consonância com as perspectivas do presente trabalho. Ocorre que, segundo a redação atual do Projeto 8.046/2010, o § 1º do art. 500 preconiza que “o cumprimento da sentença, provisório ou definitivo, far-se-á a requerimento do credor”.²⁴⁷ Sendo assim, a exemplo do que se disse para a sistemática da liquidação, opera-se um retrocesso.

No que tange às inovações previstas para o Livro III, que tratará do “processo de execução”, cumpre tecer duas considerações. A primeira diz respeito à presença do dever de colaboração, premissa que há de guiar toda a sistemática do novo código, inclusive a atividade executiva, sendo que, na opinião de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, constitui um dos fundamentos do processo civil no Estado Constitucional, apregoando a necessidade de um processo justo e idôneo à prestação da tutela efetiva dos direitos.²⁴⁸ O Projeto 8.046/2010 mantém o mesmo espírito.²⁴⁹

²⁴⁵ BRASIL. **Projeto n. 8.046/2010.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=490267>. Acesso em: 02 de março de 2011.

²⁴⁶ BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. SENADO FEDERAL. COMISSÃO DE JURISTAS RESPONSÁVEL PELA ELABORAÇÃO DE ANTEPROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. **Código de Processo Civil: anteprojeto.** Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 02 de março de 2011.

²⁴⁷ BRASIL. **Projeto n. 8.046/2010.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=490267>. Acesso em: 02 de março de 2011.

²⁴⁸ Ao discorrer sobre o dever de colaboração na execução, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero apontam uma série de manifestações pontuais no Projeto. Cumpre conferir algumas delas: “[...]. O Projeto, na esteira do que já sustentávamos, explicitou o dever do órgão jurisdicional de auxiliar o exequente nessa atividade (art. 698, III e 699) e reforçou a necessidade de punição do executado que se esquivava do cumprimento de seus deveres processuais (art. 700).” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 149). Para aprofundamento na temática da colaboração no processo civil, conferir: MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009 (Coleção temas atuais de direito processual civil; v. 14).

²⁴⁹ Cumpre observar que as redações dos arts. 698, 699 e 700 do Anteprojeto, apontados por Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero como manifestações da colaboração na execução, são essencialmente mantidas pelos arts. 731, 732 e 733 do Projeto n. 8.046/2010 (BRASIL. **Projeto n. 8.046/2010.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=490267>. Acesso em: 02 de março de 2011).

A segunda consideração diz respeito à proposta do art. 839, § 2º do Anteprojeto que preconiza que “a ausência de embargos obsta à propositura de ação autônoma do devedor contra o credor para discutir o crédito”.²⁵⁰ Na opinião de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, trata-se de disposição que afronta o direito fundamental à tutela jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV da Constituição de 1988, na medida em que as regras de direito processual civil não podem excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça da direito, salvo se no caso em tela já tenha ocorrido coisa julgada.²⁵¹ Nesse sentido, caminhou bem a modificação trazida pelo Projeto n. 8.046/2010, que suprimiu o referido parágrafo do texto do art. 874, que equivale ao art. 839 do Anteprojeto.²⁵²

Em síntese, sem pretensão de esgotar a abordagem das propostas de mudanças protagonizadas pelo Projeto do Novo Código de Processo Civil, nota-se que muitas delas ainda precisam de amadurecimento e aprimoramento técnico. Isso restou observado, por exemplo, nas oscilações entre o texto do Anteprojeto e o do atual Projeto 8.046/2010, sendo que este, em alguns aspectos, encontra-se com alterações produtivas, mas em outros apresenta retrocessos no que tange ao primeiro.

Seguindo-se, contudo, as considerações aqui explanadas, bem como outras que possam ser observadas, sob a égide da mais ampla concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, entende-se que a aprovação do Projeto permitirá, de modo geral, o fortalecimento do sincretismo entre conhecimento e execução, andando, via de regra, em sintonia com a sua consagração como novo paradigma do processo civil brasileiro. Aprimoramentos, todavia, ainda se fazem necessários em busca da plena concretização das diretrizes metodológicas apontadas.

²⁵⁰ BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. SENADO FEDERAL. COMISSÃO DE JURISTAS RESPONSÁVEL PELA ELABORAÇÃO DE ANTEPROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. **Código de Processo Civil: anteprojeto**. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 02 de março de 2011.

²⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 162-163.

²⁵² BRASIL. **Projeto n. 8.046/2010**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=490267>. Acesso em: 02 de março de 2011.

4 PASSADO, PRESENTE E PERSPECTIVAS DE FUTURO DO SINCRETISMO ENTRE PROCESSO CAUTELAR E PROCESSO PRINCIPAL NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Ainda sob a égide dos pressupostos teóricos delineados na parte inicial deste trabalho, este capítulo dará prosseguimento à abordagem das diversas nuances da problemática proposta, que segue o parâmetro de uma linha metodológica de investigação do sincretismo processual que parta de suas manifestações pontuais até chegar à sua análise global ou sistematizada, momento em que serão auferidos os resultados do fortalecimento e dos possíveis avanços desse fenômeno na sistemática do processo civil brasileiro.

Este capítulo enquadra-se, ainda, na primeira etapa de enfrentamento do problema proposto mencionado, na medida em que se centra no exame das revelações do sincretismo, no que tange a um objeto específico. Aqui, entretanto, foca-se no processo cautelar em sua relação com o processo principal e não mais na relação entre processo de conhecimento e processo de execução, retratados no capítulo anterior.

Serão visualizados, neste capítulo, passado, presente e perspectivas de futuro do sincretismo entre processo cautelar e processo principal no Direito Processual Civil brasileiro. Primeiramente será analisado o paradigma da autonomia existente entre os referidos tipos de processo, fixando-se os antecedentes históricos do processo civil europeu e a adoção da autonomia no texto original do Código de Processo Civil brasileiro de 1973.

Também será examinada a reforma do Código de Processo Civil e a evolução do sincretismo entre processo cautelar e processo principal, bem como seu fortalecimento após as diversas etapas da reforma processual. Ademais, investigar-se-á quais são os resquícios da autonomia na sistemática atual (pós-reforma) do Código de Processo Civil brasileiro.

Para finalizar, será aventado o reconhecimento do sincretismo como novo paradigma da relação entre cognição, execução, cautelar e antecipação de tutela, a partir da análise crítica das características fundamentais do processo cautelar, da proposta de inversão paradigmática entre autonomia e sincretismo (o que envolve um posicionamento acerca dos resquícios pontuados). Ainda nesse trecho final,

serão desenvolvidos o estudo acerca do modelo trazido pela Lei dos Juizados Especiais Cíveis Federais e pelos Juizados Especiais da Fazenda Pública e um exame do Projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro, traçando as expectativas que se nutrem com relação ao sincretismo, caso o referido Projeto venha a ser aprovado.

4.1 O PARADIGMA DA AUTONOMIA ENTRE PROCESSO CAUTELAR E PROCESSO PRINCIPAL

4.1.1 Antecedentes históricos do processo civil europeu

Assim como se observou ao analisar a relação entre processo de conhecimento e processo de execução, a história do processo cautelar deve ser investigada sob os relatos doutrinários acerca do processo civil romano e da evolução do direito europeu, em especial, o italiano.

Nesse sentido, Ovídio Araujo Baptista da Silva observa que a teoria da tutela cautelar, tal como foi formulada nos sistemas jurídicos de tradição romano-canônica da Europa Ocidental, está intimamente relacionada com o “processo de conhecimento” (que o autor situa como instituto de Direito Processual Moderno).²⁵³

Sendo assim, a tutela cautelar, concebida pelos grandes mestres italianos (aos quais o direito brasileiro se vincula diretamente), passou a constituir-se modalidade especial de tutela jurisdicional a partir da concepção de um tipo de processo de índole eminentemente declarativa, dominado pelo exacerbado princípio dispositivo.²⁵⁴

²⁵³ SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. **Teoria de la acción cautelar**. Tradução para o espanhol de Martha Olivar. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 09. Em nota explicativa à obra “Do processo cautelar”, Ovídio A. Baptista da Silva esclarece que: “Esta obra constitui uma terceira edição dos Comentários ao Código de Processo Civil, vol. XI, publicados, em 1ª e 2ª edições, respectivamente, em 1985 e 1986, pela Lejur – Letras Jurídicas Editora Ltda., de Porto Alegre. [...] A teoria da ação cautelar que precede os comentários constitui uma reelaboração do mesmo tema tratado nas edições anteriores, como Introdução ao trabalho de exegese dos textos do Código de Processo Civil. Uma versão em língua espanhola desta teoria reelaborada foi publicada em 1993 por Sérgio Antônio Fabris Editor, não existindo, porém, publicação em português deste texto” (Id. **Do processo cautelar**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 01). Diante disso, opta-se, neste trabalho, pela utilização da versão espanhola por sua maior completude no que tange à teoria da ação cautelar.

²⁵⁴ Id. **Teoria de la acción cautelar**. Tradução para o espanhol de Martha Olivar. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 09.

Ovídio Araujo Baptista da Silva assevera que a tutela cautelar deveria ser caracterizada pelo fato de constituir uma forma especial de proteção jurisdicional de “simples segurança” condizente com a forma de tutela preventiva e não-satisfativa do provável direito material ou processual ao qual presta auxílio judicial.²⁵⁵

O autor adverte, ainda, que é um engano supor que a tutela cautelar seja um descobrimento do século XX, na medida em que, embora só tenha sido compreendida como espécie autônoma no direito moderno, essa função jurisdicional sempre existiu, podendo ser atribuída uma importância maior ao Direito Romano em sua trajetória histórica. Mas observa que, somente no referido século é que foi possível conceber um processo jurisdicional definitivo que não fosse satisfativo do direito protegido judicialmente, visto que os institutos do Direito Romano não eram tidos, por seus estudiosos, como verdadeiramente jurisdicionais.²⁵⁶

²⁵⁵ SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. **Teoria de la acción cautelar**. Tradução para o espanhol de Martha Olivar. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 09. Nesse sentido, J. J. Calmon de Passos é preciso ao afirmar que: “Distinguimos, portanto, na tutela preventiva, que se efetiva mediante o exercício da jurisdição preventiva, provocado pelo ajuizamento de uma pretensão à segurança, a que diz respeito a pretensões de direito material (substancial) e a que concerne a pretensões de direito processual. Na tutela preventiva substancial, o que se busca assegurar é um direito (melhor dizendo, o bem da vida que é seu objeto) mediante a certificação da existência de uma situação de perigo que o ameaça de lesão desautorizada pela ordem jurídica. Assim, o objeto da controvérsia não é aquele direito, sim a situação de perigo que o ameaça. Na tutela preventiva processual, o que se busca assegurar é a efetividade da futura tutela de um direito controvertido, porque existente uma situação de perigo que ameaça de ineficácia, total ou parcial, a sentença que a efetivará. A tutela preventiva substancial se exercita mediante os processos de conhecimento ou de execução, atendidos os pressupostos que informam esses processos. Já a tutela preventiva processual se cumpre mediante o processo cautelar, com pressupostos que lhe são próprios e específicos. A tutela preventiva substancial é satisfativa. Exaure-se em si mesma, normalmente, e quando conexa a outra pretensão, isso é resultado da conexão de relações jurídicas substanciais [...]. A tutela preventiva processual (cautelar) é necessariamente instrumental e nunca satisfativa, porque relacionada, necessariamente, a um processo, dito principal, cujo resultado útil busca assegurar” (PASSOS, J. J. Calmon de. **Comentários ao Código de processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, v. X, t. I, arts. 796 a 812, p. 46-47).

²⁵⁶ SILVA, op. cit., p. 10. Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior assevera que: “Por longo tempo, apenas se conceberam medidas avulsas de aceleração de tutela, ora de adiantamento provisório da satisfação do direito substancial, como nos interditos romanos, dos quais herdamos as atuais ações possessórias, dotadas de medidas liminares, ora de simples preservação de bens litigiosos ou necessários à fiel e útil realização do escopo prático da prestação jurisdicional, como o arresto e o seqüestro. Somente no século atual, foi que, graças à cientificação do estudo do direito processual, se conseguiu a generalização e a sistematização da tutela cautelar, até chegar à concepção de um poder geral de cautela que dotasse o juiz de faculdades suficientes para evitar as situações de perigo de dano mesmo fora das hipóteses clássicas e específicas que o direito positivo já conhecia de longa data” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela de Emergência. Antecipação de Tutela e Medidas Cautelares*. In: _____. **O processo civil brasileiro: no limiar do novo século**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 76).

4.1.2 Adoção da autonomia pelo texto original do Código de Processo Civil brasileiro de 1973

No Brasil, embora tenha sido disciplinado, com aplaudido tecnicismo, no Código de Processo Civil de 1939, o instituto não alcançou a esperada aplicabilidade prática. Com efeito, segundo Ovídio Araujo Baptista da Silva, o fenômeno da ligação entre as instituições jurídicas e as determinantes sociais que lhes dão sustentação e legitimidade tem um exemplo significativo no que se passou com a tutela cautelar no direito brasileiro. É que, conforme seu relato, no revogado Código de Processo Civil Brasileiro de 1939, podia ser notada uma disciplina da tutela cautelar inominada possivelmente melhor que a criada pelo Código de 1973. Entretanto, os tribunais apenas em casos raros eram convocados a aplicar essa espécie de tutela jurisdicional.²⁵⁷

Sendo assim, a verdadeira descoberta e a conseqüente expansão do processo cautelar no direito brasileiro se deram com a promulgação do Código de Processo Civil de 1973, que lhe dedicou um livro especial, com cerca de cem artigos, em contraposição a apenas treze do Código anterior.

Desse modo, afora a bipartição clássica do processo em conhecimento e execução, o Direito Processual Civil brasileiro reconheceu um terceiro gênero: o processo cautelar. É nesse sentido que Enrico Tullio Liebman ensina que à atividade cognitiva e à executiva, com que, em sua opinião, a jurisdição realiza todo o ciclo de suas funções mais relevantes, soma-se uma terceira atividade, a cautelar, que se apresenta com o objetivo auxiliar e subsidiário de assegurar o curso eficaz e o resultado útil das outras duas, concorrendo, assim, indiretamente, para a consecução dos objetivos gerais da jurisdição.²⁵⁸

Ademais, o autor reconhece que a ação cautelar é sempre ligada por uma relação de complementaridade a uma ação principal já proposta ou cuja propositura seja iminente. Essa relação é identificada no fato de a cautela pedida ter por objetivo fundamental a garantia do resultado útil da ação principal. Enrico Tullio Liebman assevera, contudo, que a ação cautelar é autônoma e pode ser acolhida ou

²⁵⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. v. 3, p. 21.

²⁵⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1, p. 276.

rejeitada, conforme seja em si mesma procedente ou improcedente.²⁵⁹

Em síntese, seguindo a linha de raciocínio do autor, pode-se observar que a finalidade do processo cautelar é garantir o seguro e efetivo desenrolar do processo principal, assegurando a utilidade do seu resultado. Sendo assim, reuniu-se sob o gênero de “principal”, processo de cognição e processo de execução, ditos autônomos, a fim de que se construa o conceito de um “terceiro” gênero, ao qual foi conferida autonomia.

No que tange à referida autonomia do processo cautelar, torna-se interessante observar a preciosa análise elaborada por J. J. Calmon de Passos em comentários ao art. 810 do Código de Processo Civil, que determina que “o indeferimento da medida não obsta a que a parte intente a ação, nem influi no julgamento desta, salvo se o juiz, no procedimento cautelar, acolher a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor”.²⁶⁰

Com relação à primeira parte do artigo, J. J. Calmon de Passos observa que a ação cautelar, mesmo quando instrumentalmente vinculada ao processo principal, tem autonomia, sendo que não pode ser confundida, no que tange aos seus elementos constitutivos, com a ação principal. Com efeito, o autor assevera que, se há quase sempre identidade de sujeitos, existe sempre diversidade de pedido e de causa de pedir.²⁶¹

Da reconhecida autonomia da ação cautelar decorre que esta não influi na propositura da ação principal. Sendo assim, deve-se notar que o indeferimento da cautelar antecedente (na intercorrente da está proposta a ação) não impede o ajuizamento da ação principal. Deve-se assinalar, também, que o indeferimento da cautelar não influi no julgamento da ação principal, pois, tanto no caso da antecedente, quanto no da intercorrente, o julgamento sempre diz respeito a situação fática distinta da que é fundamento da ação principal, na medida em que está relacionado à situação de perigo que põe em risco o resultado útil do processo.²⁶²

Sendo assim, os juízos formulados pelo magistrado, no que concerne a essa

²⁵⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1, p. 278.

²⁶⁰ BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2011.

²⁶¹ PASSOS, J. J. Calmon de. **Comentários ao Código de processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, v. X, t. I, arts. 796 a 812, p. 238-239.

²⁶² Ibid., p. 239.

matéria de fato, não podem ser transportados para o julgamento do processo principal. Ou seja, as considerações de direito e de fato postas pelo juiz, em sua decisão em sede de cautelar, em nada influem sobre o processo principal e não vinculam o juiz no que tange ao julgamento deste.²⁶³

Por conseguinte, deve-se observar que, se a ação cautelar tem seus próprios elementos, também a defesa oferecida deve se vincular a esses elementos. Ela deve se voltar contra o pedido e a causa de pedir da ação cautelar, sem poder envolver questões relativas ao litígio principal, salvo incidentalmente quando a apreciação se mostre como premissa indeclinável da conclusão a que se pretende chegar. Cumpre observar, contudo, que a exceção ou objeção incidentalmente arguida pelo réu será também incidentalmente apreciada pelo magistrado, com o objetivo de formar seu convencimento a respeito da plausibilidade do direito do autor (ou seja, do *fumus boni iuris*), sem que se possa falar em decisão válida para o processo principal e nele influente.²⁶⁴

J. J. Calmon de Passos observa, todavia, que o Código de Processo Civil abriu duas exceções a esse entendimento, previstas na segunda parte do art. 810, que determina que, consistindo a defesa do réu, em sede de cautelar, da arguição da exceção de prescrição ou da objeção de decadência, essas alegações são feitas em caráter principal e não de forma incidente; disso decorre que a decisão do juiz faz coisa julgada material e impede propositura da ação principal, caso reste declarada a decadência ou decretada a prescrição.²⁶⁵

Ou seja, a legislação processual permitiu, com essas ressalvas, que se discutisse e se decidisse, por antecipação, no processo cautelar, preliminares do mérito da ação principal. Cumpre observar que, na opinião de J. J. Calmon de Passos, trata-se de caso de reconvenção, uma vez que, como diz respeito à decisão que faz coisa julgada material, a ela deve corresponder um pedido do réu, e pedido só se faz em ação, que neste caso será do réu contra o autor e que se fará no próprio bojo do processo cautelar, com o fito de não apenas obstar a concessão da medida, mas também de obter, desde já, o pronunciamento que resolva a lide principal, em um de seus aspectos preliminares. O autor reconhece que se trata, em verdade, de uma modalidade especial de reconvenção, excepcionalmente admitida,

²⁶³ PASSOS, J. J. Calmon de. **Comentários ao Código de processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, v. X, t. I, arts. 796 a 812, p. 239.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 239-240.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 241.

e com pressupostos bem delimitados, mas que isso não impede de caracterizá-la como reconvenção, na medida em que se trata de ação do réu contra o autor, no mesmo processo, e que busca extinguir, total ou parcialmente, a eficácia da pretensão do autor, conexa à defesa posta pelo réu na ação.²⁶⁶

J. J. Calmon de Passos assevera, contudo, que devem ser obedecidas, nos dois casos excepcionais mencionados, todas as garantias decorrentes do devido processo legal, de modo que há necessidade de ciência do autor, obediência do contraditório e da ampla defesa, não devendo incidir, assim, as limitações que sejam específicas do processo cautelar.²⁶⁷

É interessante observar que, na opinião de J. J. Calmon de Passos, a segunda parte do art. 810 do Código de Processo Civil poderia ter abarcado outras exceções e objeções, ou melhor, deveria ter abrangido todas as situações que permitissem, desde logo, a resolução da lide principal em sede de processo cautelar. Em verdade, o autor vai além. É que, para ele, na prática, será sempre viável, ao réu da cautelar, ajuizar ação perante o juiz competente para deferimento da medida, buscando comprovar a existência de exceção ou objeção capaz de elidir, totalmente, a pretensão do autor da cautelar, em futuro processo principal. E isso acontecendo, a cautelar será apensada aos autos dessa ação, cujo andamento terá decisiva influência, por sua vez, sobre a cautelar.²⁶⁸

Pelo exposto, pode-se afirmar que, em termos gerais, o Código de Processo Civil brasileiro adotou a autonomia do processo cautelar em relação ao processo principal. É preciso verificar, contudo, que a situação excepcional prevista na segunda parte do art. 810, acima analisada, pode ser caracterizada como uma possibilidade de sincretismo processual prevista, originalmente, no referido Código.

Com efeito, ao permitir uma transmutação, possibilitando o julgamento principal e a coisa julgada material, em sede de processo cautelar, no que tange ao julgamento de prescrição e decadência, a legislação processual civil, configurou uma hipótese de miscigenação ou uma combinação entre os referidos processos. Além disso, cumpre observar que, alargadas tais hipóteses (como defende J. J. Calmon de Passos), têm-se, igualmente, a expansão do sincretismo processual, e o enfraquecimento da autonomia entre processo cautelar e processo principal.

²⁶⁶ PASSOS, J. J. Calmon de. **Comentários ao Código de processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, v. X, t. I, arts. 796 a 812, p. 241.

²⁶⁷ Ibid., p. 242.

²⁶⁸ Ibid., p. 243.

Enfim, a par dessas considerações, é preciso verificar, ainda, em que medida essa autonomia resistirá às reformas legislativas, operadas a partir da década de 1990 em face do Código de Processo Civil brasileiro, que ampliou e fortaleceu o sincretismo processual.

4.2 A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A EVOLUÇÃO DO SINCRETISMO ENTRE PROCESSO CAUTELAR E PROCESSO PRINCIPAL

4.2.1 A primeira etapa da reforma e a generalização da tutela antecipada no ordenamento jurídico brasileiro

Como visto, Enrico Tullio Liebman entende que a atividade cautelar se apresenta com o objetivo auxiliar e subsidiário de assegurar o curso eficaz e o resultado útil da atividade cognitiva e da atividade executiva, concorrendo, assim, indiretamente, para a consecução dos objetivos gerais da jurisdição.²⁶⁹ Em decorrência disso, pode-se afirmar que a cautelar não deve ser concebida como uma tutela satisfativa.

A contrario sensu, cumpre observar que Piero Calamandrei aponta exemplo típico de medida satisfativa como possibilidade de exercício de medida cautelar. Segundo relato do autor, trata-se do caso em que o proprietário de um clube noturno em Paris tinha encarregado um pintor de decorar a sala de baile com afrescos, que representassem danças de sátiros e ninfas. O pintor, para aumentar o interesse pela decoração, resolveu dar aos personagens, que nessas fotografias figuravam em vestes consideravelmente primitivas, os semblantes, facilmente reconhecíveis, de artistas muito conhecidos nos clubes mundanos. Na noite da inauguração, uma atriz, que se situava entre os convidados, reconheceu-se em uma ninfa que usava roupas extremamente reduzidas; e considerando a representação indecorosa, acionou judicialmente o proprietário do local, com o fito de condená-lo a apagar a figura e a ressarcir os danos. Pediu, ainda que, nas moras do julgamento, lhe fosse estabelecido cobrir provisoriamente aquele pedaço de afresco, que representava a

²⁶⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1, p. 276.

sua imagem de forma vergonhosa. Em síntese, segundo o autor, na Itália a melhor solução para o caso relatado seria uma medida cautelar que, embora não prevista expressamente no ordenamento jurídico, configuraria exercício do poder geral de cautela.²⁷⁰

Com efeito, Humberto Theodoro Júnior observa que no direito europeu (merecendo destaque o direito italiano, o alemão, o suíço e o francês), restou consolidada a ampliação do poder geral de cautela, nele se incluindo as medidas urgentes de antecipação de tutela satisfativa.²⁷¹ Em outros termos, entendeu-se que a lei poderia estender a tutela cautelar para incluir, entre as medidas de eliminação do *periculum in mora*, providências que satisfizessem antecipadamente o direito material do litigante, desde que sob égide de uma preocupação constante com a máxima efetividade da prestação jurisdicional e que fosse garantida a possibilidade de reversão, no caso de eventual resultado adverso para o beneficiário na sentença definitiva da lide.²⁷²

No Brasil, o Código de Processo Civil de 1973 havia atribuído ao juiz, através de seu art. 798, o poder geral de cautela, ou seja, o poder de “determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.²⁷³ Contudo, por forte influência da doutrina de Enrico Tullio Liebman, esse Código concebeu as medidas cautelares sob um nítido caráter não satisfativo. Ou seja, não havia abertura no sistema para sua extensão às medidas de caráter satisfativo.

Kazuo Watanabe observa, por outro lado, que o legislador processual brasileiro, buscando conferir maior celeridade à prestação jurisdicional, utilizou a técnica da cognição sumária de várias formas. Uma delas consiste na concepção de procedimentos sumários em geral (de cognição sumária), cautelar e não cautelar. Outra, na criação de procedimentos especiais de cognição exauriente, nos quais, excepcionalmente, admite-se a tutela antecipatória calcada na cognição sumária provisória, realizada no Estado em que se encontra o processo, por vezes, até

²⁷⁰ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares**. Campinas: Servanda, 2000, p. 77-78.

²⁷¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela de Emergência. Antecipação de Tutela e Medidas Cautelares. In: _____. **O processo civil brasileiro: no limiar do novo século**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 77-79.

²⁷² Ibid., p. 92-93.

²⁷³ BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2011.

liminarmente. Segundo o autor, enquadram-se nesse segundo caso: as ações possessórias (art. 928 e 929 do Código de Processo Civil); a ação de nunciação de obra nova (art. 937 do Código de Processo Civil); a ação de busca e apreensão de coisa vendida a crédito com reserva de domínio (art. 1.071 do Código de Processo Civil); a ação de embargos de terceiros (art. 1.051 do Código de Processo Civil); a ação de mandado de segurança (revogado artigo 7º, II da Lei n. 1.533/51 e atual art. 7º, III da Lei n. 12.016/2009); a ação de desapropriação (art. 15 do Dec.-Lei n. 3.365/41); a ação popular (art. 5º, § 4º da Lei n. 4.717/65); a ação civil pública (art. 12 da Lei n. 7.347/85); e a tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer (art. 84, § 3º do Código de Defesa do Consumidor).²⁷⁴

Por conseguinte, tal autor esclarece que, afora as ações coletivas de tutela de interesses transindividuais, as ações previstas no Código de Defesa do Consumidor e a ação de mandado de segurança, as demais ações que admitem a tutela antecipatória privilegiam basicamente direitos patrimoniais; de modo que os direitos não patrimoniais deveriam ser abarcados pelo processo de procedimento comum, ordinário ou sumário.²⁷⁵

Sendo assim, Kazuo Watanabe afirma que a inexistência de instrumento processual adequado à tutela desses direitos, somada à aporrinhadora lentidão da Justiça, estimulou a criatividade dos operadores do direito, que começaram a utilizar intensamente da ação cautelar inominada para obtenção da antecipação da tutela postulada ou a ser postulada na ação principal. O autor é enfático ao observar que trata-se, em verdade, de desvio e excesso no uso da ação cautelar inominada, que passou a servir de instrumento para a postulação de tutela satisfativa, e não simplesmente acautelatória (conforme a sua natureza genuína). Por outro lado, pondera que esse fenômeno, ressalvados os casos manifestamente abusivos, traduz uma compreensível reação das exigências dos operadores do direito contra a deficiência do sistema processual e a organização judiciária, que se mostravam incompetentes para a prestação de uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva.²⁷⁶

Além disso, o autor assevera que a ausência de critérios objetivos e claros

²⁷⁴ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 30-31.

²⁷⁵ Ibid., p. 31.

²⁷⁶ Ibid., loc. cit.

que estabelecessem, a um tempo, o direito à antecipação da tutela e as medidas de salvaguardada contra imprecisões e exageros fazia com que a tutela jurisdicional fosse concedida mediante o critério pessoal e essencialmente subjetivo de cada magistrado na fixação dos pressupostos para a concessão da tutela antecipatória. E isso feria valores como a justiça e a segurança.²⁷⁷

Kazuo Watanabe ressalta, ainda, que era comum, em sede de liminares de ações cautelares inominadas propostas com vistas à obtenção de antecipação dos efeitos da tutela, a concessão ou denegação por meio de chavões de conteúdo inexpressivo do tipo “presentes (ou ausentes) os pressupostos legais, concedo (ou nego) a medida liminar”, ou “presentes (ou ausentes) os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* concedo (ou denego) a medida liminar”. Na opinião do autor, tratava-se de decisões nulas por ausência de fundamentação.²⁷⁸

Foi assim até que, para adaptar o processo civil às exigências sociais, e para disciplinar, com estabelecimento de critérios objetivos e com previsão de medidas de salvaguarda, um fenômeno que já vinha ocorrendo há muito tempo, de forma aleatória e incontrolada, o legislador brasileiro decidiu, por intermédio da primeira etapa da reforma do Código de Processo Civil, de 1994, admitir expressamente a possibilidade da antecipação da tutela no processo de cognição (art. 273), eliminando-se, definitivamente, os questionamentos acerca da possibilidade de o autor – para obter tutela sumária satisfativa – ter de valer-se do art. 798.²⁷⁹

²⁷⁷ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 31.

²⁷⁸ Ibid., p. 32. No que tange à ausência de fundamentação das decisões apontadas, cumpre observar o posicionamento do professor Wilson Alves de Souza: “O que não se pode tolerar é a falta de motivação (decisão reconhecidamente arbitrária sem engodo ou sem tergiversações onde o juiz passa do relatório diretamente para o dispositivo) ou falsa motivação, que, na verdade, é também falta de motivação (decisão com apresentação de fórmulas gerais, que nada dizem em termos de verdadeira motivação) [...]”. Em complemento, o autor aponta, em nota de rodapé, alguns exemplos de fórmulas gerais ao afirmar que: “De fato, em alguns processos judiciais é possível verificar decisões interlocutórias com fórmulas assim: ‘presentes os pressupostos legais autorizadores da tutela antecipatória, eis que a concedo’; ‘indefiro o pedido de liminar por falta de amparo legal’. O que é mais lamentável é que tal prática também existe até mesmo na redação de sentenças de mérito, de primeiro grau ou de instâncias superiores, com fórmulas assim: ‘tendo em vista que as provas produzidas nos autos são convincentes, acolho o pedido’; ‘tendo em vista os judiciosos fundamentos apresentados pelo autor, acolho o pedido. [...]’ (SOUZA, Wilson Alves de. **Sentença civil imotivada: caracterização da sentença civil imotivada no direito brasileiro**. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 208). Deve-se destacar, em síntese que, no posicionamento do autor, a sentença civil imotivada deve ser considerada como ato juridicamente inexistente, por configurar como mero abuso, arbítrio ou violência, na medida em que afronta à cidadania, é fator de insegurança jurídica, e totalmente inadequado aos ditames do Estado Democrático de Direito (Ibid., p. 230-231).

²⁷⁹ No que tange às fontes inspiradoras da referida modificação, Kazuo Watanabe, que integrou a Comissão de Juristas, constituída pelo Ministério da Justiça para apresentar as propostas legislativas

Nota-se que, com a entrada em vigor da nova redação do art. 273 do Código de Processo Civil, houve uma ampliação da cobertura das tutelas de urgência, estabelecendo-se objetos distintos a serem assegurados pela cautelar e pela antecipação de tutela. Segundo Luiz Guilherme Marinoni, a cautelar teria por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito, não podendo, entretanto, realizá-lo; haveria de servir, sempre, como objeto de referibilidade a um direito acautelado. Já a antecipatória, ainda que calcada em um juízo de aparência, seria “satisfativa sumária”, ou seja, satisfaria diretamente ao direito pleiteado, sem qualquer referibilidade.²⁸⁰

Deve-se notar que a primeira etapa da reforma do Código de Processo Civil representou uma retomada de consciência no que tange ao alcance que pode ser dado à aceção de acesso à justiça que, conforme mencionado no presente trabalho, deve coadunar-se com a promoção de uma tutela jurisdicional efetiva,

que originaram as quatro leis promulgadas em 1994 (Lei n. 8.950, 8.951, 8.952 e 8.953), que se incluem na primeira etapa da reforma do Código de Processo Civil, lembra que: “Uma das primeiras propostas de tutela antecipatória foi formulada por Ovídio Baptista da Silva por ocasião do Congresso Nacional de Direito Processual Civil realizado em 1983, em Porto Alegre. Sua proposta consistia em acrescentar ao art. 285 um parágrafo único com a seguinte dicção: ‘Parágrafo único. Sempre que o juiz, pelo exame preliminar dos fundamentos da demanda e pelas provas constantes da inicial, convencer-se da plausibilidade do direito invocado, poderá conceder medida liminar antecipando os efeitos da sentença de mérito, se a natureza de tais eficácias não for incompatível com tal providência’. A proposta foi intensamente discutida pelos juízes presentes ao conclave, que redigiram, na oportunidade, um substitutivo cujo texto lamentavelmente não conseguimos localizar. O ponto saliente do substitutivo, que possibilitou a obtenção do consenso dos juristas na oportunidade, foi a adoção, como medida de salvaguarda, do requisito do *periculum in mora* (situação objetiva de perigo) ao lado do juízo de plausibilidade fundado em provas existentes nos autos. Uma outra importante proposta foi a apresentada pela Comissão Revisora do Código de Processo Civil, nomeada pelo governo da república em 1985 e integrada por Luís Antônio de Andrade, José Joaquim Calmon de Passos, Sergio Bermudes, Joaquim Correia de Carvalho e Kazuo Watanabe. Na revisão do Livro III, que ficou a cargo de J. J. Calmon de Passos, a Comissão optou por alterar o título do Livro para ‘Processo de Cognição Sumaria’, em vez de ‘Processo Cautelar’, e criou um título especial para a antecipação da tutela no processo de cognição de procedimento comum ou especial. A proposta possibilitava a antecipação desde que: ‘I - ocorrendo a revelia, haja prova documental convincente da pretensão do requerente; II – a contestação oferecida pelo réu careça de consistência nos pontos fundamentais do litígio, evidenciando-se como injusto prejuízo para o autor a dilação, para final, da tutela pretendida’. Essas duas propostas tiveram grande influência na formulação do art. 273 [...]” (WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 32- 33).

²⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela**. 7. ed. rev. e atual. em atenção às Leis 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002, que alteram o Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 124. Nesse sentido, manifesta-se Kazuo Watanabe: “A tutela antecipatória é satisfativa, parcial ou totalmente, da própria tutela postulada na ação de conhecimento. A satisfação se dá através do adiamento dos efeitos, no todo ou em parte, do provimento postulado. Já na tutela cautelar, segundo a doutrina dominante, há apenas a concessão de medidas colaterais que, diante da situação objetiva de perigo, procuram preservar as provas ou assegurar a frutuosidade do provimento da ‘ação principal’. Não é dotado, assim, de caráter satisfativo, a menos que se aceite, como o fazemos, a existência de direito substancial de cautela, que é satisfeito pelo provimento concessivo da tutela cautelar” (WATANABE, op. cit., p. 38).

adequada, tempestiva e que traduza a concretização da segurança jurídica por meio das garantias do devido processo legal.²⁸¹

É exatamente nesse sentido que caminha Humberto Theodoro Júnior ao ressaltar a compatibilização da tutela antecipada com os direitos fundamentais. O autor assevera que à primeira vista, pode-se imaginar que a tutela antecipada seja uma providência inconciliável com as garantias decorrentes do devido processo legal, como o contraditório e a ampla defesa. Ele observa, contudo, que as múltiplas garantias fundamentais nem sempre são absolutas, sendo que, com muita frequência, entram em conflito umas com as outras, reclamando do aplicador um trabalho de harmonização ou compatibilização, para definir qual princípio deverá prevalecer e, para tanto, o intérprete deverá valer-se de princípios exegéticos como o da proporcionalidade.²⁸²

Humberto Theodoro Júnior observa ainda que, no caso da tutela antecipada, estão em jogo dois grandes e fundamentais princípios: o da efetividade da tutela jurisdicional e o da segurança jurídica. Deve-se caminhar no sentido de harmonizá-los e não de fazer com que um simplesmente anule o outro. Sendo assim, na visão do doutrinador, se dentro do padrão normal o contraditório irá anular a efetividade da jurisdição, impõe-se alguma medida de ordem prática para que a tutela jurisdicional alcance, com prioridade, sua tarefa de fazer justiça no caso concreto. Feito isso, ou seja, uma vez assegurado o resultado útil e efetivo do processo, vai-se, em seguida, observar também o contraditório. Desse modo, o adversário não fica privado das

²⁸¹ Com efeito, Kazuo Watanabe transparece que as modificações operadas no Código de Processo Civil, por conta da primeira etapa de sua reforma, trouxeram consigo uma nítida preocupação com a retomada de consciência dos verdadeiros alcances que devem ser atribuídos ao acesso à justiça. O autor afirma que: “O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciários, mas sim o acesso à Justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem jurídica justa. Cuida-se de um ideal que, certamente, está ainda muito distante de ser concretizado, e, pela falibilidade do ser humano, seguramente jamais o atingiremos em sua inteireza. Mas a permanente manutenção desse ideal na mente e no coração dos operadores do direito é uma necessidade para que o ordenamento jurídico esteja em contínua evolução. [...] As quatro leis de modificação do Código de Processo Civil promulgadas em dezembro de 1994 (n. 8.950, 8.951, 8.952 e 8.953), que fizeram parte de um conjunto de propostas legislativas apresentadas pela Comissão de Juristas constituída pelo Ministério da Justiça e coordenada pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça Sálvio de Figueiredo Teixeira e Athos Gusmão Carneiro, da qual tivemos a honra de fazer parte, procuram dar um passo importantíssimo no sentido do ideal mencionado, buscando a simplificação, a agilização e principalmente a efetividade e tempestividade da tutela jurisdicional. [...] (WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 20).

²⁸² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela de Emergência. Antecipação de Tutela e Medidas Cautelares. In: _____. **O processo civil brasileiro: no limiar do novo século**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 82.

garantias do devido processo legal, pois, após a antecipação, possibilita-se o pleno contraditório e a ampla defesa, para só então dar-se uma solução definitiva à lide. Ou seja, diante da natureza constitucional do princípio da segurança jurídica, contido nas garantias do contraditório e da ampla defesa, a antecipação da tutela somente será admissível quando houver o risco de frustrar-se a garantia maior da efetividade da jurisdição.²⁸³

Em síntese, por essa perspectiva, nota-se que é possível harmonizar, em sede de tutela antecipada, os princípios da efetividade da jurisdição e da segurança jurídica, ambos consagrados como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. Eis uma nítida aplicação dos pressupostos teóricos traçados neste trabalho, em especial, no que tange à conexão estabelecida entre pós-positivismo, neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, sendo que as dimensões axiológicas deste último envolvem exatamente a busca pela máxima conciliação entre a tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva, e a segurança jurídica advinda das garantias do devido processo legal.

4.2.2 A segunda etapa da reforma e a fungibilidade entre as tutelas cautelar e antecipada

A distinção entre tutela cautelar e tutela antecipada que, como visto, na doutrina de Luiz Guilherme Marinoni, calca-se essencialmente no parâmetro da satisfatividade,²⁸⁴ não pareceu tão simplista, seja no plano doutrinário, seja quando posta no plano prático e jurisprudencial. Com efeito, ao se aferir as consequências práticas advindas da inserção do instituto da tutela antecipada na sistemática do Código de Processo Civil brasileiro, por ocasião da primeira etapa da reforma desse

²⁸³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela de Emergência. Antecipação de Tutela e Medidas Cautelares. In: _____. **O processo civil brasileiro: no limiar do novo século**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 82-84. Não é outro o caminho seguido por J. J. Calmon de Passos, para o qual: "Aqui, dois valores constitucionais conflitam. O da efetividade da tutela e o do contraditório e ampla defesa. Caso a ampla defesa ou até mesmo a simples citação do réu importe certeza da ineficácia da futura tutela, sacrifica-se, provisoriamente, o contraditório, porque recuperável depois, assegurando-se a tutela, que, se não antecipada, se faria impossível no futuro. Cuida-se da aplicação do princípio da proporcionalidade, que impõe o sacrifício de um bem jurídico, suscetível de tutela subsequente, em favor de outro bem jurídico que, se não tutelado de pronto, será definitivamente sacrificado" (PASSOS, J. J. Calmon de. Da antecipação da tutela. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 189).

²⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela**. 7. ed. rev. e atual. em atenção às Leis 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002, que alteram o Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 124.

Código, nota-se que restaram identificadas zonas de penumbra, nas quais o operador do direito não conseguia identificar o instituto apropriado para obter a tutela no caso concreto.

Para que se possa compreender quais as dimensões dessa afirmação e o desfecho alcançado pela segunda etapa da reforma do Código de Processo Civil, faz-se necessária a realização de um estudo comparativo entre a medida cautelar e a medida antecipatória de tutela, partindo-se da análise dos pressupostos de cada uma delas. Nesse sentido, cumpre observar que, pelo primeiro pressuposto da tutela cautelar, o *fumus boni iuris*, exige-se do requerente a demonstração da aparência do direito subjetivo envolvido no litígio. Já pelo segundo pressuposto, o *periculum in mora*, compreende-se o risco de dano grave e de difícil reparação caso seja necessário aguardar o desfecho definitivo do processo.²⁸⁵

Quanto à tutela antecipada, disciplinada pelos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil, a lei exige requisitos semelhantes aos da tutela cautelar, que são: a) a prova inequívoca do direito da parte e a verossimilhança de suas alegações (Código de Processo Civil, art. 273, *caput*); b) o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (Código de Processo Civil, art. 273, I). Deve-se destacar que este segundo pressuposto pode ser substituído pelo abuso de direito de defesa ou pelo manifesto propósito protelatório do réu (Código de Processo Civil, art. 273, II).²⁸⁶

Seguindo a linha de raciocínio de Humberto Theodoro Júnior, pode-se observar que há notável semelhança entre os pressupostos das medidas cautelares e os da antecipação da tutela. Na visão do autor, tal similitude permite classificar ambas como destinadas a assegurar a eficácia da prestação jurisdicional, restando reservada, contudo, a cada uma delas um campo próprio de atuação. Sendo assim,

²⁸⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela de Emergência. Antecipação de Tutela e Medidas Cautelares. In: _____. **O processo civil brasileiro: no limiar do novo século**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 88. Sobre os pressupostos apontados, cumpre destacar os esclarecimentos de Enrico Tullio Liebman: “[...]. Essas condições são, em princípio, as seguintes: a) a provável existência de um direito cuja tutela se pede no processo principal (*fumus boni iuris*); b) o fundado temor de que, enquanto se espera, venha a faltar as circunstâncias de fato favoráveis a essa tutela (*periculum in mora*). Sobre o primeiro ponto, não se trata de verificar a existência do direito, o que constitui objeto do processo principal; mas apenas de formular um juízo de probabilidade sobre sua existência, com base em uma cognição sumária e superficial; sobre o segundo, deve-se indagar da verossimilhança de um perigo que possa vir a tornar impossível ou mais difícil a tutela do direito” (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1, p. 278).

²⁸⁶ BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2011.

como já se observou nesse trabalho, enquanto a medida cautelar se esquivava da incumbência de satisfação precoce do direito material da parte, contentando-se em assegurar a idoneidade genérica do processo para atingir seu objetivo final, a medida antecipatória, por sua vez, é essencialmente satisfativa, sendo que se apresenta com o propósito de assegurar ao litigante, antes do encerramento do processo, aquilo que seria inerente aos efeitos práticos da situação material emergente da sentença final de procedência do pedido.²⁸⁷

Feito isso, Humberto Theodoro Júnior afirma que o campo de atuação do juiz é mais livre em sede de medidas cautelares, para as quais prevalece o princípio da fungibilidade, que autoriza o deferimento de providência prática diferente da que fora requerida pela parte (Código de Processo Civil, art.805). Já no que concerne à tutela antecipada, o espaço de liberdade do juiz é bem reduzido, sendo que somente o que for estritamente requerido pela parte poderá ser abarcado pela proteção do art. 273 do Código de Processo Civil.²⁸⁸

Tal autor observa ainda que outra grande distinção entre as medidas sob comento diz respeito às provas. É que, para que se obtenha uma medida neutra, isto é, de caráter cautelar puro, é suficiente o *fumus boni iuris*, mera aparência do bom direito; e isso abre margem para a admissão da medida cautelar até mesmo em caso de dúvida, sob o pretexto de que é preferível prevenir do que remediar. Por outro lado, para a concessão da tutela antecipatória é imprescindível a produção de prova inequívoca, ou seja, a prova que se mostra capaz de autorizar uma sentença de mérito favorável à parte que propõe a tutela antecipada, caso pudesse ser julgada desde logo. Cumpre ressaltar ademais que, além da prova inequívoca, o requerente da tutela antecipada deverá apresentar ao juiz a verossimilhança de sua alegação, que se identifica como o juízo de convencimento a ser feito em torno de toda a conjuntura fática invocada pela parte que requer a antecipação da tutela, não apenas no que diz respeito à existência de seu direito subjetivo material, mas também, e principalmente, no que concerne ao perigo de dano e à sua irreparabilidade, bem como ao abuso de atos de defesa e de procrastinação praticados pelo réu.²⁸⁹

²⁸⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela de Emergência. Antecipação de Tutela e Medidas Cautelares. In: _____. **O processo civil brasileiro: no limiar do novo século**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 89.

²⁸⁸ Ibid., loc. cit.

²⁸⁹ Ibid., p. 89-90.

Outro ponto de distinção entre as medidas cautelares e as antecipatórias, apontado por Humberto Theodoro Júnior, encontra-se na possibilidade de o juiz antecipar a tutela ao autor sem a exigência de risco de dano imediato e irreparável, calcando-se apenas no abuso do direito de defesa ou no incontestado propósito protelatório do réu, conforme determinação do art. 273, II do Código de Processo Civil. Conforme leciona Humberto Theodoro Júnior, esse abuso do direito de defesa configura-se quando o réu contrapõe-se à pretensão do autor de forma totalmente infundada ou contra direito expresso, ou ainda quando se vale de meios ilícitos ou escusos para forjar sua defesa. Deve-se observar que não há possibilidade semelhante em sede de medida cautelar, sendo que esta sempre deverá sujeitar-se ao requisito do perigo de dano grave e de difícil reparação, determinado pelo art. 798 do Código de Processo Civil.²⁹⁰

Por fim, o autor ressalta como aspecto distintivo entre as medidas sob comento o fato de que as cautelares foram originalmente submetidas à ação separada da ação principal, embora a ela esteja umbilicalmente ligada por conta da acessoriedade. Já as antecipatórias são sempre incidentes do processo principal, figurando aí como objeto de simples decisão interlocutória.²⁹¹

Bem, deve-se observar que todas essas distinções traçadas por Humberto Theodoro Júnior não devem figurar como argumentos para a defesa de uma separação estanque dos casos submetidos à tutela antecipada dos casos de tutela cautelar. Pelo contrário, a radicalização dessa separação é vista pelo autor como inconveniente e desnecessária.²⁹²

Sendo assim, o autor assevera que embora a antecipação da tutela exija menos formalismos (já que é pleiteável no próprio bojo da ação de conhecimento, por meio de simples petição), os requisitos a serem preenchidos pela parte são mais numerosos e rigorosos do que os exigidos para as medidas cautelares. É em decorrência disso que Humberto Theodoro Júnior ressalta que, em princípio, não se pode formular pretensão de antecipação de tutela, em sede de ação cautelar, porque, em sua visão, isso ensejaria à parte a obtenção da tutela excepcional do art.

²⁹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela de Emergência. Antecipação de Tutela e Medidas Cautelares. In: _____. **O processo civil brasileiro: no limiar do novo século**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 91.

²⁹¹ Ibid., loc. cit.

²⁹² Ibid., loc. cit.

273 do Código de Processo Civil, sem se submeter às suas exigências.²⁹³

Humberto Theodoro Júnior reconhece, todavia, que haverá situações limítrofes que acarretarão dificuldades práticas na delimitação de uma ou outra espécie de tutela. Nesses casos, ele entende que o magistrado deverá esquivar-se do rigor tecnicista, agindo com maior flexibilidade e buscando, assim, a concretização da mais ampla efetividade da tutela jurisdicional. Para tanto, recorre aos antecedentes históricos do art. 273 do Código de Processo Civil, para destacar que, como já observado neste trabalho, no direito europeu tudo é feito dentro do próprio conceito de poder geral de cautela, não se concebendo uma aversão rígida entre a noção de prevenção cautelar e antecipação provisória emergencial, na medida em que ambas foram geradas pela conjuntura comum do *periculum in mora*.²⁹⁴

Em síntese, na visão de Humberto Theodoro Júnior, em publicação datada de um ano antes da segunda etapa da reforma do Código de Processo Civil brasileiro, constatado evidente risco de dano grave e de difícil reparação, que tenha real capacidade de comprometer a efetividade da futura prestação jurisdicional, não cometerá falha alguma o ato decisório que admitir, na liminar do art. 273 do Código de Processo Civil, providências preventivas que, com maior rigor, deveriam ser tratadas como cautelares. O autor não admite, contudo, a manobra inversa, ou seja, a que transmuda tutela antecipatória em medida cautelar, para alcançar tutela preventiva, porque as exigências para o deferimento da tutela antecipada são maiores e mais rigorosas do que as da tutela cautelar.²⁹⁵

Foi essa a linha de raciocínio seguida com a introdução do § 7º no art. 273 do Código de Processo Civil, pela Lei n. 10.444/2002, que integra a segunda etapa da reforma do referido Código, e que atribuiu ao juiz o poder de, no caso de o autor requerer, a título de tutela antecipada, providência de natureza cautelar, deferir esta medida, em caráter incidental no processo, e desde que presentes os pressupostos para a concessão.²⁹⁶ Trata-se da fungibilidade entre as medidas urgentes, ou em termos mais precisos, da possibilidade de a cautelar poder ser concedida a título de

²⁹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela de Emergência. Antecipação de Tutela e Medidas Cautelares. In: _____. **O processo civil brasileiro: no limiar do novo século**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 91-92.

²⁹⁴ Ibid., p. 92-93.

²⁹⁵ Ibid., p. 94.

²⁹⁶ BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2011.

tutela antecipada, no próprio bojo do processo de conhecimento.

Fredie Didier Jr. observa que a redação dada ao § 7º do art. 273 do Código de Processo Civil acolheu, quase que literalmente, a sugestão de Humberto Theodoro Júnior acima exposta, embora devam ser reconhecidos outros notáveis ensaios doutrinários a respeito do assunto, que também influenciaram a opção legislativa. Com efeito, Fredie Didier Jr. é preciso ao afirmar que o pensamento do professor mineiro era claro no sentido de apenas sugerir a fungibilidade de mão única, ou seja, da antecipação da tutela para a providência cautelar, preocupando-se, desse modo, em partir do mais para o menos rigoroso, e não admitindo o caminho em sentido inverso.²⁹⁷

Cândido Rangel Dinamarco, por sua vez, esclarece que o disposto no art. 273, § 7º do Código de Processo Civil não se refere a uma “fungibilidade de procedimentos”, ou seja, não se trata de se proceder de um modo, havendo o autor pedido que se procedesse de outro. É que, em sua visão, o procedimento pode até ser o mesmo, ou seja, a disciplina formal dos atos processuais a realizar. Mas, o que se trata, em verdade, é de uma autêntica “fungibilidade de pedidos”, no sentido de que, nominalmente postulada uma daquelas medidas, ao juiz é lícito conceder a tutela a outro título.²⁹⁸

Seguindo essa linha de raciocínio, Cândido Rangel Dinamarco posiciona-se no sentido de que o novo texto legal sob comento não deve ser lido somente como uma autorização para concessão de medida cautelar quando pedida antecipação de tutela. Em sua opinião, também o sentido oposto está autorizado, ou seja, em caso de pedido a título de medida cautelar, o juiz poderá conceder tutela antecipada se esse for o seu entendimento e os pressupostos estiverem satisfeitos. Em outros termos, na visão de Cândido Rangel Dinamarco “não há fungibilidade em sua só mão de direção”.²⁹⁹

²⁹⁷ DIDIER JR., Fredie. Processo de conhecimento. In: JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR., Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A nova reforma processual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 89-90.

²⁹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 92.

²⁹⁹ *Ibid.*, loc. cit. Cumpre observar que Fredie Didier Jr. admite a fungibilidade progressiva ou de mão dupla defendida por Cândido Rangel Dinamarco, apontando, contudo, a seguinte ressalva: “[...]. É razoável defender a fungibilidade ‘progressiva’ dos provimentos de urgência, desde que acompanhada de uma mudança (conversão) do procedimento. Vislumbramos solução intermediária, sugerida principalmente para os magistrados, como homenagem ao princípio da instrumentalidade. Se a parte requerer medida antecipatória/satisfativa via processo cautelar, e o magistrado entender que os requisitos da tutela antecipada estão preenchidos, deve ele conceder a medida, desde que

Segue-se, assim, o posicionamento desse autor, pois se entende que, em nome da efetividade do processo, bem como contrapondo-se a formalismos (no sentido usual, ou seja, negativo da expressão), deve-se conceber como possível a concessão de tutela antecipatória pedida sob o título de tutela cautelar, desde que trate-se de uma situação em que se verifique nome certo em caso com o nome errado, ou seja, desde que os pressupostos da tutela a ser concedida estejam presentes.

De qualquer modo, pode-se afirmar precisamente que a celeuma que se observava antes da alteração trazida em sede da segunda etapa da reforma do Código de Processo Civil, que exigia que a postulação da tutela antecipada se desse no bojo do processo de conhecimento e a tutela cautelar em processo próprio, foi resolvida pela previsão da fungibilidade, que possibilitou, expressamente, que a cautelar pudesse ser concedida a título de tutela antecipada, no próprio bojo do processo de conhecimento, fortalecendo, significativamente, o sincretismo entre processo cautelar e processo principal.

4.2.3 Resquícios da autonomia entre processo cautelar e processo principal na atual sistemática (pós-reforma) do Código de Processo Civil brasileiro

Bem, observadas as mudanças operadas em sede do processo cautelar, por intermédio das reformas legislativas, é preciso investigar a sua situação na atual sistemática (pós-reforma) do Código de Processo Civil de 1973.

Nesse sentido, cumpre apontar alguns dos resquícios da autonomia do

determine a conversão do procedimento para o rito comum (ordinário ou sumário, conforme seja), intimando o autor para que proceda, se assim o desejar ou for necessário, às devidas adaptações em sua petição inicial, antes da citação do réu. Essa medida pode ser tomada de ofício, com base no art. 295, V, do CPC. Em hipótese alguma deve determinar a extinção do feito, sob a absurda rubrica de interesse de agir. A conversibilidade do procedimento é uma das maiores manifestações do princípio da instrumentalidade das formas, e não pode ser olvidada. Trata-se aqui de adaptação da fungibilidade dos provimentos de urgência, junto com uma adaptação procedimental: acaso requerida uma medida antecipatória pelo procedimento equivocado (cautelar), corrige-o o juiz – em situação contrária, como visto, não é necessária essa conversão procedimental.[...]. Com isso, os interesses da parte autora não ficam desguarnecidos por questiúnculas técnicas; os interesses do réu também ficam protegidos, pois a dilação temporal do procedimento comum permitir-lhe-á formular defesa condizente com a pretensão satisfativa que lhe foi direcionada, o que não ocorreria – ou ao menos seria mitigado – no procedimento cautelar (p. ex.: teria apenas cinco dias de prazo de resposta)” (DIDIER JR., Fredie. Processo de conhecimento. In: JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR., Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A nova reforma processual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 91-92).

processo cautelar pontuados por Fredie Didier Júnior:

a) sua utilização como ação cautelar incidental (art. 800 do Código de Processo Civil), com o fito de garantir a necessária estabilização da demanda acautelada (arts. 264 e 294 do Código de Processo Civil), que já fora ajuizada, e também como forma de não tumultuar o processo com novo requerimento;³⁰⁰

b) nos casos em que a ação cautelar dispensa o ajuizamento da ação principal, exatamente pelo fato de não se tratar de medida cautelar, como se dá na exibição (arts. 844 e 845 do Código de Processo Civil) e na caução (arts. 826 a 838 do Código de Processo Civil).³⁰¹

Poder-se-ia, ainda, tentar apontar como resquícios da autonomia do processo cautelar, situações como a da propositura em momento anterior ao processo principal sendo que o autor ainda não dispõe, ao final daquele, de subsídios para a propositura deste. Ou, até mesmo, os casos em que, findo o processo cautelar, o autor desiste da propositura da ação principal.

É preciso, contudo, analisar em que medida esses resquícios resistiriam a uma reformulação do processo civil brasileiro, com o fortalecimento do sincretismo, ou ainda, se já não se coadunam, na sistemática atual do processo civil brasileiro, com as expressões deste fenômeno.

4.3 O SINCRETISMO COMO NOVO PARADIGMA DA RELAÇÃO ENTRE CONHECIMENTO, EXECUÇÃO, CAUTELAR E ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

4.3.1 Análise crítica das características fundamentais do processo cautelar

Tem-se apontado, tradicionalmente, algumas características fundamentais ao processo cautelar, com o intuito de distingui-lo dos demais institutos, conferindo-lhe autonomia. Todavia, há de se desenvolvê-las, nesse instante, com a ressalva do pensamento crítico, a fim de que se investigue se essas características realmente

³⁰⁰ DIDIER JR., Fredie. Processo de conhecimento. In: JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR., Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A nova reforma processual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 87-88.

³⁰¹ Ibid., p. 88.

indicam uma distinção ou, *a contrario sensu*, apontam uma miscigenação das diferentes funções jurisdicionais.³⁰²

A primeira aqui destacada é a **urgência**. Trata-se de característica necessária e indispensável à concessão da tutela cautelar, uma vez que o perigo da demora é requisito essencial para a sua concessão. Cumpre observar, entretanto, que a urgência não é característica peculiar da medida cautelar, não sendo, pois, capaz de garantir-lhe autonomia. Com efeito, o instituto da tutela antecipada também constitui modalidade de tutela urgente, o que faz com que a cautelar seja espécie desse gênero.

A **preventividade**, por sua vez, pode ser observada no fato de a tutela cautelar buscar assegurar e salvaguardar o resultado útil da ação principal, evitando que o passar do tempo cause danos de difícil ou incerta reparação. Ocorre que, assim como a urgência, não se trata aqui de característica específica das cautelares, vez que o caráter preventivo está presente também em outros institutos, a exemplo da interdito proibitório, a tutela antecipatória, mandado de segurança preventivo, entre outros.³⁰³

Outra característica é a **sumariedade**, que se apresenta em seu aspecto formal e em seu aspecto material. A formal diz respeito à abreviação do procedimento, do rito. A material funda-se no juízo de probabilidade, de verossimilhança, do não comprometimento com a certeza. Novamente, não se trata de atributo exclusivo do processo cautelar, uma vez que existe no mundo jurídico uma ampla gama de processos de conhecimento regidos por rito sumário ou sumaríssimo, caráter também presente no instituto da tutela antecipada.³⁰⁴

A **provisoriedade**, por sua vez, funda-se no fato de o processo cautelar ter por propósito a garantia da segurança e eficácia do processo principal, não se revestindo de definitividade, própria das ações de conhecimento e de execução. Em outros termos, a eficácia do processo cautelar já nasce com a previsão do seu resultado final, que ocorrerá quando da prolação da sentença definitiva e de mérito no feito principal, momento em que será modificada, absorvida ou substituída. Ou

³⁰² Sobre uma descrição detalhada das principais características do processo cautelar, conferir: ORIONE NETO, Luiz. **Tratado das medidas cautelares**: teoria geral do processo cautelar. São Paulo: LEJUS, 2000 (Coleção tratado das medidas de urgência), v. 3, t. 1, p. 233-278.

³⁰³ *Ibid.*, p. 236.

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 239.

seja, não sobrevive senão em razão do processo principal.³⁰⁵

A **revogabilidade** da medida cautelar consiste na possibilidade de sua modificação, substituição ou revogação.³⁰⁶ Ora, nesse momento, há de se apelar para a lógica: como pode um processo, dito autônomo, ser dotado de provisoriedade em seu desenrolar, sendo o seu provimento passível de ser modificado, substituído, ou até mesmo, desconsiderado? Como pode ser autônomo, se é submetido à apreciação ulterior de um processo principal? Definitivamente não há lógica em tal raciocínio.

Mas há ainda a característica da **instrumentalidade hipotética**, segundo a qual se ressalta que o processo cautelar é instrumental, pois se liga a outro processo, o principal, com o fim de assegurar o seu efetivo desenrolar. Como é sabido, todo processo é instrumento, seja do Estado (para atingir os escopos da jurisdição), seja de realização da vontade concreta do direito substancial do jurisdicionado. Assim, enquanto o processo principal é instrumento de realização do direito material, o processo cautelar é instrumento de realização do principal.

Ou seja, a pretensão cautelar “sempre estará umbilicalmente amalgamada ao direito acautelado”.³⁰⁷ Ora, algo que se vê umbilicalmente ligado, não pode se desligar, salvo para adquirir vida própria. Então o processo cautelar não tem vida própria; e, conseqüentemente, não deveria ser visto como apartado do principal. Em síntese, um processo que é instrumento de outro, tendo sua razão de ser na existência dele, não pode, definitivamente, ser considerado, em regra, como autônomo.

Outra característica, pouco mencionada pelos doutrinadores - por estar, de certa forma, ligada à instrumentalidade -, é a **referibilidade** que consiste no fato de que toda medida cautelar remete a uma situação substancial que se quer resolver. Ela não permite a realização imediata da pretensão substancial do demandante a que se refere, apenas se limitando a assegurar o seu gozo futuro.

Como bem observa Alexandre Freitas Câmara, é exatamente a característica da referibilidade a uma situação a ser acautelada, que explica a razão pela qual o

³⁰⁵ ORIONE NETO, Luiz. **Tratado das medidas cautelares**: teoria geral do processo cautelar. São Paulo: LEJUS, 2000 (Coleção tratado das medidas de urgência), v. 3, t. 1, p. 257.

³⁰⁶ Nesse diapasão, o art. 807 do Código de Processo Civil: “As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas” (BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2011).

³⁰⁷ ORIONE NETO, op. cit., p. 244.

processo cautelar está sempre ligado ao processo principal. É que no processo principal será regulada a situação acautelada, a que se refere a medida cautelar que tenha sido concedida. Sendo assim, o autor é enfático ao afirmar que a inexistência de referibilidade afasta a natureza cautelar da medida, tornando desnecessária (ao menos em alguns casos) a propositura de processo principal.³⁰⁸

Deve-se observar, então, que, sem a existência de um processo principal não há razão de ser para um processo cautelar, uma vez que àquele incumbe tratar da situação substancial a que este se refere. Se o primeiro não existe, para que há de servir o segundo? Em regra, para nada.

Enfim, pelo exposto, pode-se afirmar que a maioria das características do processo cautelar, que são postas como sustentáculos de sua autonomia, devem ser analisadas sob uma visão crítica que, em verdade, só faz reforçar a miscigenação existente entre processo principal e processo cautelar, e o fortalecimento da fungibilidade entre este e a tutela antecipada (devido à proximidade que possuem, salvo pelo critério da satisfatividade), fatores que, indubitavelmente, enfraquecem a sua autonomia.

4.3.2 Inversão paradigmática entre autonomia e sincretismo no processo civil brasileiro

Como restou observado no tópico anterior, as características do processo cautelar, que deveriam funcionar como sustentáculos para a sua autonomia, possibilitam, em verdade, questionamentos em torno dela. Com efeito, a doutrina brasileira vem apresentando contra-argumentos à necessidade de manutenção de um *tertium genus* (terceiro gênero) de processo.

Nesse sentido, Celso Neves assevera que no sistema jurídico brasileiro, por conta de clara determinação do art. 796 do Código de Processo Civil, o “procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente”³⁰⁹. Ainda em conformidade com o referido Código, o processo cautelar tem caráter provisório (art. 798) e sua eficácia é restrita (arts. 807

³⁰⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 5. ed. rev. e atual. até a Lei 11.441/2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 3, p. 23.

³⁰⁹ BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2011.

e 808). Ademais, o autor observa que a segurança que com ele se intenta obter é concernente ou a elementos de prova, ou à realização da pretensão principal, de que aparece como simples acessório. Esses dados levam Celso Neves a afastar a ideia do processo cautelar como terceiro gênero, para colocá-lo, segundo a dependência que apresente, ora na classe dos declaratórios, ora na dos executórios.³¹⁰

A verdade é que o processo cautelar configura-se como verdadeiro apêndice, acessório dos demais processos, tendo sido, equivocadamente, erigido ao cargo de *tertium genus*. O que ocorre é que ele não vive por si, estando, em regra, na dependência da propositura de outra relação processual, na qual, poderia certamente ser desenvolvido, seja em sua abertura, seja de forma incidental.

Toda essa problemática tornou-se ainda mais intensa por conta da fungibilidade do processo cautelar com o instituto da tutela antecipada, disciplina na segunda etapa da reforma do Código de Processo Civil; o que trouxe à tona alguns questionamentos como: “Processo Cautelar: ainda é útil?”³¹¹; “é o fim do processo cautelar?”³¹².

Analisando o ordenamento jurídico brasileiro vigente (e, levando-se em consideração as suas recentes modificações trazidas pelas diversas etapas da reforma legislativa), poder-se-ia afirmar que, se não é o fim é, ao menos, um grande indicativo. Trata-se de uma verdadeira amostra de que é viável a sobrevivência do processo civil brasileiro sem a necessidade de um processo cautelar autônomo, ou seja, de que é possível fortalecer o sincretismo no que tange ao processo principal.

Ora, como se viu, o processo cautelar e a tutela antecipada são institutos que se diferenciam, essencialmente, por conta da ausência de satisfatividade naquele e presença neste. Ou seja, são técnicas processuais que fazem parte de um mesmo gênero, que possui como função jurisdicional preponderante a tutela da urgência; podendo o juiz exercê-la em caráter satisfativo (antecipação) ou conservativo (cautelar). Devem, portanto, receber o mesmo tratamento jurídico e proceder de forma semelhante.

Nesse momento, é preciso observar que Fredie Didier Jr. visualizou como

³¹⁰ NEVES, Celso. **Estrutura fundamental do processo civil**: tutela jurídica processual, ação, processo e procedimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 205-206.

³¹¹ DIDIER JR., Fredie. **Processo Cautelar**: ainda é útil? Disponível em <http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_333.html>. Acesso em: 21 de novembro de 2010.

³¹² Id. Processo de conhecimento. In: JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR., Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A nova reforma processual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 87.

primeiro resquício da autonomia do processo cautelar a sua utilização como ação cautelar incidental, com o fito de garantir a necessária estabilização da demanda acautelada, que já foi ajuizada, e também como forma de não tumultuar o processo com o novo requerimento. O mesmo doutrinador aponta como solução para esse resquício, “a criação de dispositivo normativo que expressamente autorize a formulação ulterior de pedido cautelar, nos mesmos autos da demanda de conhecimento”.³¹³

Contudo, analisando tal empecilho, há de se observar que o exercício da função cautelar não há de tumultuar o andamento do processo, nem, muito menos, o exercício das demais funções. Pelo contrário, as partes poderão resolver o motivo da urgência dentro de uma mesma relação processual. Então, o que seria mais benéfico aos jurisdicionados: a instituição de uma nova relação processual (com todos os percalços a ela não inerentes) ou a discussão de forma incidental como função/atividade do magistrado (sendo, assim, garantida a celeridade que a urgência pugna)? Certamente, a segunda opção. Desse modo, afirma-se que a visão prospectiva do processo em funções, já é, por si, capaz de solucionar esse primeiro empecilho, sem a necessidade da criação de um novo instituto, nem de uma nova relação processual.

Por outro lado, deve-se observar que Fredie Didier Jr. aponta, ainda, um segundo resquício para a resistência da autonomia do processo cautelar, consubstanciado nos casos em que a ação cautelar dispensa o ajuizamento da ação principal exatamente pelo fato de não se tratar de medida cautelar (como ocorre, por exemplo, na exibição e na caução).³¹⁴

No que tange à exibição, Ovídio A. Baptista da Silva, ao comentar o art. 844 do Código de Processo Civil, esclarece que nem toda pretensão na qual se exiba coisa ou documento tem natureza cautelar; sendo que pode haver direito, pretensão e ação de exibição advinda de uma relação de direito material, imediatamente satisfeita (e não apenas assegurada) por meio da demanda exhibitória. Em verdade, tal autor chega a ponto de afirmar que “a distinção científica entre tutela satisfativa e tutela cautelar nunca será mais imperiosa do que no momento em que se enfrente a tarefa de conceituar as ações de exibição, separando as que sejam cautelares de

³¹³ DIDIER JR., Fredie. Processo de conhecimento. In: JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR., Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A nova reforma processual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 87-88.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 88.

outras que não o sejam”.³¹⁵ Sem adentrar especificamente a tal celeuma, o que se pode observar é que, em sede da ação de exibição, disciplinada no art. 844 do Código de Processo Civil podem ser enquadradas, em verdade, situações de natureza cautelar e outras de natureza satisfativa, sendo que nestes casos, por óbvio, não há de falar em autonomia do processo cautelar em relação ao processo principal, mas sim em processo único, satisfativo.

Trata-se de raciocínio que pode ser aplicado ainda mais incisivamente em sede de caução (arts. 826 a 838 do Código de Processo Civil). É que, como bem esclarece Ovídio A. Baptista da Silva, todas as cauções de que trata a Seção III (“Da caução”) do Capítulo II (“Dos procedimentos cautelares específicos”) do Livro III (“Do processo cautelar”) do Código de Processo Civil brasileiro, não são cautelares, mas forma de tutela satisfativa, principal.³¹⁶

Mas, como visto, poder-se-ia tentar apontar ainda como resquícios da autonomia do processo cautelar, situações como a da propositura em momento anterior ao processo principal sendo que o autor ainda não dispõe, ao final daquele, de subsídios para a propositura deste. Ou até mesmo, os casos em que, findo o processo cautelar, o autor desiste da propositura da ação principal.

Nesse diapasão, deve-se observar que, conforme se verá adiante, com a aprovação do Projeto do novo Código de Processo Civil, tais argumentos perderão o sentido, na medida em que o processo cautelar perderá, definitivamente, seu caráter autônomo com relação ao principal. Além disso, nota-se que em tais casos o processo é único, não exigindo-se aplicação do sincretismo da atividade cautelar em relação à atividade principal, simplesmente porque esta última inexistente. Mas, isso não significa dizer que ele não possa ser sincrético, visto que, dentro do próprio processo cautelar, há manifestação de sincretismo entre conhecimento e execução.

Com efeito, o próprio autor que influenciou diretamente a adoção da autonomia processual no direito brasileiro, Enrico Tullio Liebman, admite que, em sede de processo cautelar, as atividades de conhecimento e de execução se realizam em procedimento unitário.³¹⁷ Cumpre acompanhar sua linha de raciocínio. Ao discorrer sobre as condições genéricas para a acolhimento da medida cautelar, ele esclarece que, no caso do *fumus boni iuris*, não se trata de verificar a existência

³¹⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Do processo cautelar**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 368.

³¹⁶ *Ibid.*, p. 331.

³¹⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1, p. 279.

do direito, o que constitui objeto do processo principal, mas somente de formular um juízo de probabilidade acerca da sua existência, calcada em cognição sumária e superficial. Sobre o *periculum in mora*, ele assevera que deve-se indagar da verossimilhança de um perigo que possa vir a torna impossível ou mais difícil a tutela do direito.³¹⁸

Enrico Tullio Liebman observa que o magistrado decidirá sobre esses pontos, concedendo ou não a cautela, por meio de um provimento sem valor de declaração, mas apenas de verificação, na situação concreta, da decorrência dos pressupostos fáticos estabelecidos pela lei para o exercício de seu poder cautelar. Ocorre que, na maior parte dos casos, a eficácia desse provimento se vê condicionada ao exercício de uma segunda atividade, por meio da qual lhe é dado cumprimento e efeito prático. O autor adverte, contudo, que embora as formas dessa atividade possam ser comparadas com as da execução, não se trata de execução em sentido próprio (atuação da sanção), mas de uma atividade inerente à própria função cautelar.³¹⁹

De qualquer modo, não se pode olvidar, em síntese, que na visão de Enrico Tullio Liebman, não se aparta, em sede de tutela cautelar, uma fase de cognição de outra de execução, na medida em que ela se realiza, em todos os casos, por meio de um procedimento unitário, no qual se encontram juntas e eventualmente misturadas as atividades de naturezas diversas que, em cada caso, concorrerão para a plena atuação da cautela.³²⁰

Ou seja, embora no entendimento de Enrico Tullio Liebman a tutela cautelar deva ser exercida necessariamente por meio de um processo, seja antecedente, seja incidentemente ao processo principal, ela constitui, em verdade, um exemplo de sincretismo que pode se situar entre os previstos no texto original do Código de Processo Civil de 1973, a exemplo de alguns procedimentos especiais já pontuados neste trabalho.³²¹

³¹⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1, p. 278.

³¹⁹ Ibid., p. 279.

³²⁰ Ibid., loc. cit.

³²¹ Ibid., loc. cit. Cumpre observar que Humberto Theodoro Júnior, ao discorrer acerca da execução de sentença e o devido processo legal, posiciona-se criticamente no que tange à doutrina de Enrico Tullio Liebman (que tanto influenciou a sistemática da autonomia processual adotada pelo Código de Processo Civil brasileiro, de 1973), afirmando, em síntese, que: “A lição de Liebman, que se acaba de expor, harmoniza-se perfeitamente com o direito positivo, tanto brasileiro como italiano, e de maneira geral, com o sistema cautelar de todos os povos de direito forjado à luz das tradições romanísticas. [...]. Mas, o que não nos parece necessária é a conclusão de que a sentença condenatória seja, por si só, a causa capaz de justificar a dicotomia entre o processo de conhecimento e o processo de

Feitos esses esclarecimentos, cumpre destacar, em síntese conclusiva, que Alexandre Freitas Câmara afirma que a existência autônoma do processo cautelar não mais se justifica. Em sua opinião, não se pode mais aceitar a necessidade de um processo autônomo de natureza cautelar, para que tal modalidade de tutela jurisdicional seja prestada. Sendo assim, na visão de Alexandre Freitas Câmara é, ao menos em tese, perfeitamente aceitável que a tutela jurisdicional cautelar seja prestada incidentalmente ao processo cuja efetividade se queira assegurar.³²²

Ora, uma primeira observação que se deve destacar no pensamento de tal autor é que negar a autonomia dos processos não significa abolir a referida tutela, mas sim, reconhecer que ela não precisa se desenvolver em um processo apartado. Outra observação é que o doutrinador compartilha do posicionamento aqui exposto de que é realmente possível avançar o sincretismo nessa seara.

Enfim, buscou-se demonstrar, até o presente momento deste trabalho, um inevitável fortalecimento do sincretismo, que já figura como novo paradigma do processo civil brasileiro, pelo menos nas hipóteses em que ele poderia se manifestar, ou seja, nos casos que envolvem mais de uma atividade. Em sede de tutela cautelar isso fica ainda mais claro, ante a sua forte interdependência com o processo principal. Em síntese, constata-se que o processo civil brasileiro caminhou e tem caminhado, paulatinamente, rumo à formação de um novo sistema processual, não mais estruturado na rígida autonomia processual, mas sim na ideia de processo único e, quando for o caso de combinação de atividades, sincrético.

execução, em tema de processo principal. Na realidade da vida, o credor que é vítima do inadimplemento de seu devedor não vem, à Justiça, segundo sua intenção, para obter título executivo que lhe permita, no futuro, propor uma execução forçada para, aí, sim, alcançar a satisfação de seu crédito. O que se passa, da parte do credor, é a atividade, desde o início, voltada para a meta final da realização de seu direito. A lei processual é que, artificialmente, complica a tramitação em juízo de sua pretensão, forçando um seccionamento que, em nenhum momento, corresponde à sua vera intenção. Logo, se no processo cautelar, a ação é única e único é o procedimento para alcançar-se a medida prática buscada pelo autor, razão de ordem lógica não há que impeça a instituição, também, na ação condenatória de um procedimento que se inicie por um estágio de accertamento e se finde por ato material de realização do direito insatisfeito do promovente. Tanto isto não é impossível que vários procedimentos especiais, como já demonstramos, consagram no direito positivo, figuras unitárias equivalentes à do processo cautelar, mesmo diante de pretensões de mérito (possessórias, depósito, despejo, etc.)” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O cumprimento da sentença e a garantia do devido processo legal**: antecedente histórico da reforma da execução de sentença ultimada pela lei 11.232 de 22.12.2005. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p. 193-194). Embora tal crítica tenha perdido o objeto por conta das mudanças operadas pela Lei n. 11.232/2007, é interessante para demonstrar a incongruência do pensamento de Enrico Tullio Liebman que, embora admita a combinação das atividades de conhecimento e de execução em um só processo, o cautelar, não a concebe em sede de processo principal.

³²² CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 5. ed. rev. e atual. até a Lei 11.441/2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 3, p. 33.

4.3.3 O processo sincrético nos Juizados Especiais Cíveis Federais e nos Juizados Especiais da Fazenda Pública

A sistemática da tutela cautelar prevista na lei que disciplina os Juizados Especiais Federais (Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001) e na que dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei n. 12.153, de 22 de dezembro de 2009), deve ser vista como um bom exemplo de processo sincrético.

É que, conforme estabelece o art. 4º da Lei n. 10.259/2001, “o Juiz poderá, de ofício ou a requerimento das partes, deferir medidas cautelares no curso do processo, para evitar dano de difícil reparação”.³²³ O art. 3º da Lei n. 12.153/2009 também confere ao juiz esse poder cautelar, caminhando em semelhante sentido ao artigo citado, ao determinar que “o juiz poderá, de ofício ou a requerimento das partes, deferir quaisquer providências cautelares e antecipatórias no curso do processo, para evitar dano de difícil ou de incerta reparação”.³²⁴

Como se pode abstrair da leitura dos dispositivos legais, a tutela cautelar incidental nos Juizados Especiais Cíveis Federais e nos Juizados Especiais da Fazenda Pública pode ser deferida, desde que presentes os requisitos, de forma incidental, no próprio processo em que se busca a tutela jurisdicional satisfativa.

Sendo assim, Alexandre Freitas Câmara observa que o microsistema dos Juizados Especiais Cíveis Federais e dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, afastou-se do sistema processual comum, previsto no Código de Processo Civil, que exigiu, originariamente, processo autônomo para a prestação da tutela cautelar, devendo ser instaurados, em regra, dois processos, o cautelar e o principal.³²⁵

Sabe-se que, como visto neste trabalho, essa estrutura foi relativizada com a inserção, pela Lei n. 10.444/2002, do § 7º no art. 273 do Código de Processo Civil, que passou a admitir a obtenção de tutela cautelar incidentemente ao processo de

³²³ BRASIL. **Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001**. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2011.

³²⁴ Id. **Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009**. Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2011.

³²⁵ Nesse sentido, conferir: CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados especiais cíveis estaduais, federais e da fazenda pública**: uma abordagem crítica. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 262.

conhecimento, quando pleiteada a título de tutela antecipada. Tal lei, contudo, não operou uma completa mudança de forma a não disciplinar o processo cautelar de forma autônoma, em que pese tenha levantado a discussão sobre essa possibilidade.

Deve-se observar, ainda, que o art. 4º da Lei n. 10.259/2001 e o art. 3º da Lei n. 12.153/2009 prevêm que a medida cautelar pode ser deferida de ofício ou a requerimento da parte. Alexandre Freitas Câmara nota que novamente há um afastamento do microssistema dos Juizados Especiais em relação ao sistema processual comum. É que, como bem observa tal autor, enquanto nos Juizados Especiais Cíveis Federais e nos Juizados Especiais da Fazenda Pública a tutela cautelar sempre pode ser deferida de ofício, no sistema previsto no Código de Processo Civil, isso só é possível, por determinação do art. 797, em situações excepcionais, expressamente autorizadas por lei.³²⁶

Esse alargamento da possibilidade de deferimento de ofício da medida cautelar, que se observa no processo sincrético dos Juizados Especiais Cíveis Federais e dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, pode ser visto como um indicativo no sentido de que a multifuncionalidade processual anda em sintonia com a ampliação dos poderes discricionários do magistrado – correlação que será desenvolvida em outro momento deste trabalho.

Ainda no que tange à tutela cautelar em sede de Juizados Especiais Cíveis Federais e de Juizados Especiais da Fazenda Pública, é preciso se atentar para o fato de que o art. 4º da Lei n. 10.259/2001 e o art. 3º da Lei n. 12.153/2009 só se referem à tutela cautelar incidental (aquela que se defere quando já se encontra em curso o processo cuja efetividade se pretende assegurar).

Nesse diapasão, Alexandre Freitas Câmara entende como justa a crítica que tem sido apresentada a tais artigos no que tange à falta de previsão acerca da tutela cautelar antecedente. Em sua visão, contudo, não obstante o silêncio das leis, tais juizados são competentes para o processo cautelar antecedente, quando forem competentes para o processo principal, cuja efetividade se busca assegurar. O autor ressalva, todavia, que nesse caso haverá a necessidade de instauração de dois processos, sendo que um se destina à obtenção da tutela cautelar, e o outro, à

³²⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados especiais cíveis estaduais, federais e da fazenda pública**: uma abordagem crítica. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 262. BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2011.

busca da tutela jurisdicional satisfativa do direito material. Além disso, aplicam-se ao processo cautelar antecedente, ante o silêncio das leis especiais supracitadas, todas as regras estabelecidas pelo Código de Processo Civil a esse respeito.³²⁷

Deve-se esclarecer que não se fez referência específica aos Juizados Especiais Cíveis Estaduais no presente tópico, porque a Lei n. 9.099/1995 foi absolutamente omissa no que diz respeito à possibilidade de concessão da tutela cautelar nessa seara. Alexandre Freitas Câmara entende, contudo, que essa omissão não pode ser invocada como obstáculo para a concessão da referida tutela. É que, conforme argumenta o autor, o poder cautelar do juiz é inerente à função jurisdicional, sendo que não pode haver exercício dessa função estatal sem que se reconheça o poder do Estado-juiz de praticar os atos necessários à salvaguarda da efetividade processual. Sendo assim, em sua visão, é cabível a concessão da tutela cautelar nos Juizados Especiais Cíveis estaduais.³²⁸

Em verdade, tal autor vai além. Ele assevera que à tutela cautelar em sede dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais, deve-se aplicar toda a sistemática acima prevista para os Juizados Especiais Cíveis Federais. Ou seja, a concessão da tutela cautelar incidente será deferida no bojo do próprio processo cuja atividade se busca proteger, podendo ser inclusive feita de ofício; e, no caso de concessão de tutela cautelar antecedente, far-se-á indispensável a instauração de um processo cautelar autônomo, de acordo com a sistemática do Código de Processo Civil, ante a omissão das lei especiais.³²⁹

Em síntese, toda a exposição acima traçada revela a evolução do sincretismo processual no que tange à relação entre a tutela cautelar e a tutela principal, em sede de Juizados Especiais Cíveis Federais e da Fazenda Pública, sendo extensiva aos Juizados Especiais Cíveis Estaduais, de acordo com a hermenêutica mencionada. Trata-se de um modelo a ser seguido em eventual Reforma do Código de Processo Civil brasileiro, porque com ele totalmente compatível.

³²⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados especiais cíveis estaduais, federais e da fazenda pública**: uma abordagem crítica. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 262-263.

³²⁸ Ibid., p. 179.

³²⁹ Ibid., p. 179-180.

4.3.4 O Projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro e as expectativas com relação ao sincretismo

Como visto no capítulo anterior deste trabalho, encontra-se em tramitação no Congresso Nacional, Projeto de Lei que visa à promulgação de um novo Código brasileiro de Processo Civil. Uma Comissão de Juristas, designada pelo Senado Federal e presidida pelo Ministro Luiz Fux, elaborou e encaminhou o Anteprojeto aos Senadores, em junho de 2010. Na dita Casa Legislativa, a proposta tramitou como Projeto n. 166/2010 e foi aprovada em dezembro do mesmo ano, sendo, por conseguinte, encaminhado à Câmara de Deputados, onde atualmente se encontra como Projeto n. 8.046/2010.

Entre outras modificações substanciais que pretende operar no processo civil brasileiro, torna-se relevante mencionar que, caso o Projeto venha a ser aprovado, nos moldes definidos no Anteprojeto, será o fim do processo cautelar. Ou seja, um breve estudo do conteúdo das mudanças propostas possibilita a afirmação de que só existirá processo autônomo no Brasil para títulos executivos extrajudiciais, em consonância com o que se mencionou neste trabalho.

Cumprindo observar que as propostas andam em sintonia com o pensamento de Glauco Gumerato Ramos que, ao analisar a segunda etapa da reforma do Código de Processo Civil brasileiro, constatou que, atualmente, o processo cautelar, disciplinado no Livro III do referido Código, carece de funcionalidade, sendo que o atual perfil das tutelas de urgência acabou por causar a primeira grande fratura na estrutura tripartida do processo. Sendo assim, o autor é enfático ao afirmar que o processo civil brasileiro não perderia em nada se uma eventual lei reformista simplesmente revogasse os dispositivos do Livro III do Código de Processo Civil.³³⁰

³³⁰ RAMOS, Glauco Gumerato. Sentença substitutiva da declaração de vontade. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção et al. **Reforma do CPC**: leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 114. Cumpre conferir a explanação recente desenvolvida pelo autor sobre esta temática: “E se hoje é possível a antecipação de quaisquer efeitos da tutela pretendida no pedido inicial (art. 273, *caput*), então parece evidente que cada vez mais será possível que se antecipe também efeitos acautelatórios (=cautelares), tornando o processo cautelar autônomo (Livro III) totalmente destituído de utilidade-funcional. Aliás – em meu entender –, a ‘pá-de-cal’ sobre o Livro III foi posta pelo § 7º do art. 273, que acertadamente e em absoluto respeito ao princípio do acesso à justiça (CR, art. 5º, XXXV) prevê a fungibilidade entre as tutelas de urgência. A propósito, o anteprojeto de lei de estabilização da tutela antecipada elaborado pelo IBDP, e disponível no *site* do nosso Instituto, em sua Exposição de Motivos confessadamente opta por razões eminentemente pragmáticas para deixar que as próprias partes decidam sobre a conveniência da instauração ou prosseguimento da demanda em seus termos tradicionais, viabilizando, se assim o fizerem, a cognição judicial plena e exauriente que os

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero também entendem que é acertada a opção do Anteprojeto de não destinar um livro específico ao processo cautelar. Mas, asseveram que o ideal seria que o Anteprojeto tivesse mantido certas tutelas cautelares em espécie, como o arresto, o sequestro, as cauções, a busca e apreensão e o arrolamento de bens.³³¹

Além disso, os autores observam que o Anteprojeto segue a esteira de pensamento que Luiz Guilherme Marinoni já sustentava há muito tempo, ao reunir sob o gênero das tutelas de urgência, as espécies da tutela antecipatória fundada em perigo e da tutela cautelar. Eles ressaltam que, seguindo essa linha, o Anteprojeto propôs a disciplina conjunta do tema.³³²

Nesse diapasão, deve-se notar que, embora o art. 277 do Anteprojeto não tenha esclarecido a diferença entre tais institutos, no Projeto 8.046/2010, tal dispositivo, renumerado como art. 269, foi modificado sendo-lhe acrescentado dois parágrafos: o primeiro esclarece que “são medidas satisfativas as que visam a

conduzir à sentença definitiva (=mérito). Agora, caso a opção política seja a de manter o Livro III – por razões históricas e em homenagem à construção jurisprudencial consolidada em torno dos chamados procedimentos cautelares específicos –, que então ele (Livro III) passe a tratar da obtenção da tutela cautelar em sua generalidade, sem que com isso se imponha qualquer submissão ao jurisdicionado em ter que se valer de um processo cautelar autônomo. Isso não! Insisto: o pressuposto para a obtenção de qualquer tutela jurisdicional de direito é a existência de um processo jurisdicional civil (= atividade estatal), ainda que instaurado com eventual caráter preparatório e que, por conveniência das partes nele envolvidas, acabe por conduzir à estabilização da tutela de urgência nele obtida” (RAMOS, Glauco Gumerato. *Processo jurisdicional civil, tutela jurisdicional e sistema do CPC: como está e como poderá estar o CPC brasileiro*. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio. **Bases científicas para um renovado Direito Processual**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 578).

³³¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 106.

³³² *Ibid.*, loc. cit. Em semelhante sentido se manifestaram Flávio Cheim Jorge e Marcelo Abelha Rodrigues que, ao discorrerem sobre as bases científicas para um renovado direito processual, situaram entre as ideias e propostas de agilização da marcha processual, a seguinte: “No tocante à tutela de urgência, com o advento do art. 273, § 7º, tornou-se obsoleta e inócua a utilização das ações cautelares incidentais, sendo as medidas cautelares requeridas de forma avulsa e incidental ao ‘processo ajuizado’, para utilizar a dicção do dispositivo. Penso que tal dispositivo causou uma revolução na estrutura do Código, e, tornou-se, igualmente, obsoleta a manutenção das cautelares específicas previstas no art. 813 ao art. 889 do CPC. É fato inconteste hoje a fungibilidade das medidas específicas nas inespecíficas e vice-versa, sendo importante a demonstração dos requisitos cautelares do *fumus* e *periculum*. O nome iuris de cada medida típica não é – e nem deveria – ser óbice à obtenção da medida cautelar para a hipótese reclamada. Nenhum juiz deixa de conceder uma medida específica se, presentes os requisitos gerais, não está corretamente indicada a medida reclamada. Por isso, pensamos, deve sobreviver das cautelares específicas apenas as regras de operatividade da medida que não são muitas e que poderiam estar concentradas na teoria geral da tutela de urgência cautelar. Aliás, diga-se, o reconhecimento do tronco único da ‘urgência’ deveria ensejar a reunião das técnicas antecipatórias todas no livro III, tratando de forma clara a fungibilidade regressiva que a doutrina e a jurisprudência ainda vacila em aceitar. Haveria melhor ordenação do Código e supressão de dispositivos que ficaram inúteis com o tempo (cautelares específicas)” (JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Idéias e propostas de agilização da marcha processual*. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio. **Bases científicas para um renovado Direito Processual**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 771-772).

antecipar ao autor, no todo ou em parte, os efeitos da tutela pretendida” e o segundo, que “são medidas cautelares as que visam a afastar riscos e assegurar o resultado útil do processo”. Utiliza-se, assim, o critério da satisfatividade para a distinção entre a tutela antecipada e a tutela cautelar.³³³

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero asseveram, porém, que o Anteprojeto confunde tutela antecipatória com tutela cautelar em vários momentos, em especial quando exige, em seu art. 283, os mesmos requisitos para ambas,³³⁴ quando propõe que “para a concessão de tutela de urgência, serão exigidos elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação”.³³⁵

Tais autores esclarecem que o risco de dano irreparável ou de difícil reparação constitui tecnicamente requisito para concessão da tutela cautelar, em sede da qual se acautela de um dano irreparável ou de difícil reparação para poder atingir o direito à tutela reparatória. Por outro lado, a tutela antecipatória é devida quando não se pode esperar, ou seja, quando se identifica um perigo na demora da prestação jurisdicional; sendo que, na medida em que não se pode esperar, o único remédio é a antecipação da tutela, que será substituída por outra final.³³⁶

Outro ponto de confusão entre tutela antecipatória e tutela antecipada, apontado por Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, consiste no fato de que, em diversos artigos que tratam de tutela de urgência (arts. 280, 282, I, 287, § 1º, 289, 290, 291, I, 292 e 294), o Anteprojeto faz alusões ao “processo principal” e ao “pedido principal”, terminologias obviamente relacionadas com a tutela cautelar (ante a sua referibilidade), mas não à tutela antecipatória.³³⁷

Nesse diapasão, deve-se notar que não foram efetuadas alterações substanciais no Projeto 8.046/2010, pois os artigos citados nos três parágrafos

³³³ BRASIL. **Projeto n. 8.046/2010.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=490267>. Acesso em: 02 de março de 2011.

³³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 106.

³³⁵ BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. SENADO FEDERAL. COMISSÃO DE JURISTAS RESPONSÁVEL PELA ELABORAÇÃO DE ANTEPROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. **Código de Processo Civil: anteprojeto.** Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 02 de março de 2011.

³³⁶ MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 107.

³³⁷ Ibid., p. 106-107.

acima situados, embora renumerados, permanecem, essencialmente, com o mesmo conteúdo.³³⁸ Trata-se, portanto, de pontos que precisam de aprimoramento técnico.

Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni destacam, ademais, que na linha das ideias preconizadas por este autor, o Anteprojeto busca outorgar o devido valor ao tempo no processo e distribuí-lo de forma paritária entre as partes independentemente do requisito da urgência, pautando-se, para tanto, tão somente na maior ou menor evidência da posição jurídica sustentada por uma das partes no processo.³³⁹ Trata-se da disciplina jurídica das “tutelas de evidência”, conforme nomenclatura adotada pelo Anteprojeto,³⁴⁰ e mantida essencialmente com a mesma disciplina jurídica no Projeto 8.046/2010.³⁴¹

É preciso observar ainda que o Anteprojeto admite, em caráter excepcional ou nos casos expressamente autorizados em lei, a prestação de tutelas de urgência de ofício. Trata-se do art. 284, que preconiza literalmente que “em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, o juiz poderá conceder medidas de urgência de ofício”.³⁴² Tal artigo está mantido literalmente no Projeto 8.046/2010, renumerado como art. 277.³⁴³

³³⁸ BRASIL. **Projeto n. 8.046/2010.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=490267>. Acesso em: 02 de março de 2011.

³³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 106.

³⁴⁰ BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. SENADO FEDERAL. COMISSÃO DE JURISTAS RESPONSÁVEL PELA ELABORAÇÃO DE ANTEPROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. **Código de Processo Civil: anteprojeto.** Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 02 de março de 2011.

³⁴¹ Sobre a tutela de evidência, cumpre conferir a proposta de art. 278 do Projeto n. 8.046/2010, que se encontra com a seguinte redação: “A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação, quando: I - ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido; II - um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva; III - a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca; ou IV - a matéria for unicamente de direito e houver tese firmada em julgamento de recursos repetitivos, em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em súmula vinculante. Parágrafo único. Independência igualmente de prévia comprovação de risco de dano a ordem liminar, sob cominação de multa diária, de entrega do objeto custodiado, sempre que o autor fundar seu pedido reipersecutório em prova documental adequada do depósito legal ou convencional.” (BRASIL. **Projeto n. 8.046/2010.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=490267>. Acesso em: 02 de março de 2011).

³⁴² BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. SENADO FEDERAL. COMISSÃO DE JURISTAS RESPONSÁVEL PELA ELABORAÇÃO DE ANTEPROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. **Código de Processo Civil: anteprojeto.** Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 02 de março de 2011.

³⁴³ BRASIL. **Projeto n. 8.046/2010.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=490267>. Acesso em: 02 de março de 2011.

Nesse sentido já apontam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, mesmo diante do Código de Processo Civil vigente. Com efeito, ao comentarem o art. 273 do referido Código, tais autores afirmam que, embora em regra a tutela antecipada tenha de ser requerida pela parte, excepcionalmente, sob a égide da razoabilidade e em casos graves e de evidente disparidade de armas entre as partes, é possível antecipar a tutela de ofício no processo civil brasileiro. Com efeito, os autores esclarecem que o assistente simples pode requerer a antecipação da tutela em favor da parte requerida; o réu pode pleitear a antecipação da tutela nos casos em que propõe reconvenção e quando em causa uma ação dúplice; assim como, o Ministério Público, atuando como fiscal da lei, pode requerer a antecipação da tutela em favor da parte.³⁴⁴

Em síntese, no que tange ao fortalecimento do sincretismo entre o processo cautelar e o processo principal, as expectativas deste trabalho serão satisfeitas caso o Projeto n. 8.046/2010 venha a ser aprovado. É que suas propostas atingirão o ponto crucial aqui defendido, acabando com a autonomia do processo cautelar e fazendo com que a tutela cautelar passe a ser exercida como função dentro de um processo único e, quando necessário, sincrético. Contudo, não se pode deixar de ressaltar que falta ao referido Projeto mais amadurecimento e aprimoramento técnico para que a concretização de suas propostas esteja em plena sintonia com o direito fundamental a tutela jurisdicional efetiva.

³⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 269.

5 REFLEXOS DO AVANÇO DO SINCRETISMO E A MULTIPLICIDADE DE FUNÇÕES DENTRO DE UM PROCESSO ÚNICO

Para que se possa compreender os reflexos do avanço do sincretismo do processo civil brasileiro, retratado, pontualmente, nos dois capítulos anteriores, é preciso avaliá-lo globalmente. Chega-se, então, à última etapa da linha metodológica de investigação do sincretismo processual que partiu de suas manifestações pontuais até chegar à sua análise global ou sistematizada, momento em que serão auferidos os resultados do fortalecimento e de seus possíveis avanços na sistemática do processo civil brasileiro.

Em um primeiro momento, será investigado o fenômeno da unificação do processo civil pátrio, que abarca, de forma sólida e paulatina, as atividades de conhecimento, execução, cautelar e antecipatória, dentro da estrutura de um processo único, e que será desenvolvido à luz da discussão acerca da unidade da jurisdição e do anacronismo existente na repartição do processo em espécies autônomas, quando se tratar de atividades a serem combinadas.

Ocorre que essa unificação traz implícita a busca por uma nova técnica que se mostre adequada e eficaz para estruturar o processo sincrético substituindo ou, pelo menos, apontando-se como alternativa, para a dogmática da autonomia processual. É nesse contexto que surge a multifuncionalidade, devendo ser investigada sua compatibilidade com o equilíbrio entre ativismo e garantismo processual, com o objetivo final de buscar a satisfação do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, verificando, assim, sua adequabilidade às dimensões axiológicas do neoprocessualismo.

5.1 UNIFICAÇÃO DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

5.1.1 Unidade da jurisdição e anacronismo da repartição do processo em espécies autônomas

A jurisdição é una por essência. Sendo assim, é preciso observar que o cidadão que bate as portas do Poder Judiciário, espera que o Estado-Juiz conheça e solucione o conflito, satisfazendo o direito do autor (se julgado procedente o pedido),

e acautelando o processo ou antecipando a tutela quando necessário.

Não é congruente que esse cidadão tenha que se sujeitar a uma série de ações, processos e sentenças, para que possa atingir um único fim, que é a realização do seu direito renegado. Por conseguinte, não é lógico e nem plausível que, diante da incontestável característica da unidade da jurisdição, o processo civil brasileiro seja estruturado em multiplicidade de ações e de processos para solucionar uma única lide.

Entretanto, como demonstrado nos capítulos anteriores deste trabalho, essa foi a estruturação que prevaleceu no processo civil de origem romana, que influenciou a maioria dos países europeus, e foi acatada pelo direito brasileiro. Essa constatação restou clarificada pela forte ingerência de Enrico Tullio Liebman na estruturação da ciência jurídica brasileira, expressa no Código de Processo Civil de 1973.³⁴⁵

Com efeito, Humberto Theodoro Júnior, ao estabelecer uma correlação entre a unidade da jurisdição e o anacronismo da execução de sentença, assevera que “o romanismo de nosso sistema jurídico nos conduziu a uma dicotomia entre processo de conhecimento e processo de execução, em grande parte desnecessária e até mesmo pernicioso”.³⁴⁶

Somando essas afirmações às dos capítulos anteriores, no que tange à inversão paradigmática do sincretismo com relação à autonomia não apenas do processo de conhecimento com relação ao de execução, mas também do processo cautelar em relação ao principal, conclui-se que há numa nítida incongruência entre a anacrônica repartição do processo em espécies autônomas e a unidade da jurisdição. Sendo assim, a análise global do sincretismo (somadas as manifestações

³⁴⁵ Nesse sentido, Alexandre Freitas Câmara assevera que: “É indiscutível que o Direito brasileiro vigente foi estruturado com base na idéia de autonomia entre os dois processos, cognitivo e executivo. Tal se deu, até mesmo, pela inegável influência das idéias de Liebman sobre nosso sistema processual. Não nos parece, todavia, seja este o sistema adequado *de lege ferenda*. **A unicidade da jurisdição é inequívoca. [...]. Ora, em sendo única a atividade jurisdicional, não parece razoável afirmar a necessidade de dois [quicá três] processos distintos para que a tutela jurisdicional plena possa ser prestada**” (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 16. ed. rev. e atual. até a Lei 11.419/2006. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1, p. 231, **grifo nosso**).

³⁴⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O cumprimento de sentença e a garantia do devido processo legal**: antecedente histórico da reforma da execução de sentença ultimada pela lei 11.232 de 22.12.2005. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, 207. Em verdade, o autor parte do pressuposto de que houve um equívoco na história da execução da sentença quando se regrediu do avanço alcançado com a sistemática da *officium iudicis* (que não exigia processo de execução autônomo quando se tratasse de sentença condenatória), para sistematizar a execução dos títulos extrajudiciais em ascensão, com a dos títulos judiciais, em consonância com os moldes romanísticos da *actio iudicati* (ibid., p. 208).

pontuais abordadas neste trabalho às possíveis hipóteses de expansão e fortalecimento do fenômeno) deve caminhar no sentido de sua predominância na sistemática do processo civil brasileiro, sempre que o mesmo se fizer necessário.

5.1.2 Síntese conclusiva do avanço do sincretismo e a unificação do processo civil brasileiro

Ao analisar a autonomia dos processos, em sua atual conjuntura, diante das reformas e perspectivas, observa-se um caminhar paulatino rumo ao restabelecimento da ordem natural das coisas. Em outros termos, o avanço pontual e prospectivo do sincretismo faz com que se reconheça uma nova realidade do processo civil pátrio: a sua unificação.

Trata-se, pois, no apropriado dizer de Glauco Gumerato Ramos de um “movimento de ruptura”³⁴⁷. Já Teori Albino Zavascki suscita o reconhecimento da “relatividade da segmentação do processo em espécies” ao se referir às três espécies de tutela jurisdicional sobre as quais o legislador de 1973 formulou a estrutura do sistema processual civil brasileiro, atribuindo, a cada uma delas, “processo”, “ações” e “procedimentos”, com seus princípios e normas próprias, bem como separados em Livros específicos.³⁴⁸

O que se tem notado, no presente estudo, é que a unificação é um fenômeno concreto e progressivo, que traduz uma antiga insatisfação com a proliferação de petições iniciais, custas, impugnações, provas, recursos, enfim, etapas mortas que emperram o razoável andamento dos processos, comprometendo, por conseguinte, a concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, que, num Estado Democrático de Direito, deve ser a mais ampla possível.

A doutrina brasileira já reconhece literalmente a existência da unificação processual. Alexandre Freitas Câmara, por exemplo, identifica-se como um dos precursores desse reconhecimento. Com efeito, o autor foi um dos pioneiros na luta pela reformulação do processo civil brasileiro. A sua visão prospectiva do processo serviu, indubitavelmente, como mola propulsora para o desempenho da presente

³⁴⁷ RAMOS, Glauco Gumerato. Sentença substitutiva da declaração de vontade. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção et al. **Reforma do CPC: leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 112.

³⁴⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 09.

pesquisa, na medida em que não se atém à análise comum da desestruturação da autonomia processual apenas no que diz respeito à relação do processo de conhecimento e de execução, mas estende também à relação entre processo cautelar e processo principal.³⁴⁹

Nota-se que a doutrina brasileira, que impulsionou muitas reformas legislativas, entende que é preciso avançar com o fito de simplificar a tutela jurisdicional, unificando o processo civil brasileiro, de modo a garantir o célere e efetivo acesso à ordem jurídica justa, restando desestruturados, assim, os dogmas processuais de outrora. Afinal, é nítida a consciência de que o jurisdicionado, quando bate às portas do Poder Judiciário, não almeja uma tutela incompleta do seu direito.

Fredie Didier Jr. enquadra-se nesse contexto. Em 2003, logo após a segunda etapa da reforma do Código de Processo Civil o autor já afirmava que o processo de conhecimento – o qual com a primeira etapa da reforma processual já havia recebido grandes doses de efetivação e asseguuração -, com essa segunda etapa, atingiu a quase-plenitude do sincretismo das funções jurisdicionais, pois possibilitou que, na própria relação jurídica processual com função cognitiva, pudessem ser alcançadas a tutela cautelar e a tutela executiva.³⁵⁰

Com efeito, em uma visão prospectiva, tal autor já afirmava que, observando-se o quadro de mudanças legislativas, notadamente no que diz respeito ao incremento da tutela diferenciada das obrigações de dar coisa distinta de dinheiro, fazer e não fazer, era possível identificar com tranquilidade uma tendência inexorável na legislação brasileira: a unificação dos “processos”.³⁵¹

Ademais, Fredie Didier Jr. antevê que, com claro objetivo de extirpar, definitivamente, a desnecessária exigência de que, para cada função jurisdicional

³⁴⁹ Cumpre conferir as próprias palavras do autor nesse sentido: “Há, aliás, no moderno direito processual brasileiro uma **tendência à unificação do processo**, passando-se a um sistema em que as atividades processuais de conhecimento e de execução se desenvolvem no mesmo processo (com a execução imediata da sentença, dispensada a instauração de processo executivo autônomo quando o título executivo seja uma sentença condenatória). Não podemos deixar de lembrar, aliás, que estas Lições foram das primeiras obras (não a primeira, certamente, mas uma das primeiras) em que se sustentou, na doutrina brasileira, a necessidade de abolição do processo de execução de sentença como figura autônoma. Por coerência ideológica, parece-nos necessário, pois, que defendamos aqui também a abolição do processo cautelar autônomo.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 5. ed. rev. e atual. até a Lei 11.441/2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 3, p. 33, **grifo nosso**).

³⁵⁰ DIDIER JR., Fredie. Processo de conhecimento. In: JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR., Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A nova reforma processual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 86-87.

³⁵¹ *Ibid.*, p. 87.

deva corresponder uma relação jurídica processual própria, transforma-se a relação jurídica processual de conhecimento, que passa a assumir a característica da multifuncionalidade.³⁵²

Deve-se esclarecer que a afirmação do doutrinador refere-se a momento anterior à entrada em vigor da Lei n. 11.232/2005 (que alterou definitivamente a sistemática da execução de sentença condenatória proferida no cível, fortalecendo o sincretismo e desestruturando ainda mais a autonomia processual). Contudo, não obstante essa ressalva, nota-se que, já naquela época, o autor identificava o fenômeno da unificação do processo civil brasileiro que, certamente, se viu fortalecido com essa terceira etapa de reforma processual.

Em verdade ousa-se afirmar que, caso o Projeto do novo Código de Processo Civil venha a ser aprovado, ter-se-á praticamente processos únicos no processo civil brasileiro, com manifestações de sincretismo (combinação de funções), quando necessárias. Explique-se: No caso do processo de execução (em relação ao processo de conhecimento), apenas os títulos executivos extrajudiciais ainda justificariam processo autônomo, mas, observe-se, tal processo é único e, nele, a atividade executiva pode ser combinada com considerável atividade cognitiva, em sede de embargos do executado. No processo de conhecimento (em relação ao de execução), permaneceria a autonomia para os casos de ação constitutiva, ação declaratória ou de cumprimento voluntário da sentença, mas, em todos eles, o processo é único, não sendo o caso de combinação de atividades (sincretismo). Por outro lado, a tutela cautelar deixará de figurar em processo autônomo, sendo regida, ao lado da tutela antecipatória, como espécie das tutelas de urgência, que são exercidas no próprio bojo do processo de conhecimento. Deve-se destacar, ademais, a tutela cautelar pode envolver uma combinação entre conhecimento e execução, comportando, deste modo, manifestação de sincretismo.

Cumpra observar ademais que há uma íntima relação entre a unificação dos processos e a multifuncionalidade, que se desponta como uma característica do processo único e sincrético. Torna-se imperioso investigar essa ideia mais a fundo, inserindo-a no contexto neoprocessualista e correlacionando-a com os institutos que se destacam como adequados para a garantia de cumprimento do direito

³⁵² DIDIER JR., Fredie. Processo de conhecimento. In: JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR., Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A nova reforma processual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 86-87.

fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

5.2 MULTIFUNCIONALIDADE DO PROCESSO SINCRÉTICO E CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA

5.2.1 Noções introdutórias sobre a multifuncionalidade do processo civil sincrético

O que se almejou demonstrar neste trabalho, até o presente momento, foi que a repartição do processo civil em espécies processuais autônomas não é a melhor forma de organizá-lo, quando se mostrar cabível a combinação de processos. Exigir autonomia rígida para casos nos quais é plenamente aceitável o sincretismo processual é sinônimo de imposição de formalismos prejudiciais aos jurisdicionados e comprometimento do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e tempestiva.

Qual seria, então, a melhor forma de organizar o processo, nesses casos? Bem, ao analisar o avanço do sincretismo processual, em busca de tal solução, duas opções (ou critérios organizacionais) parecem, inicialmente, viáveis para estruturar o processo numa concepção unificada e sincrética: 1) a multiplicidade de fases; 2) a multifuncionalidade processual.

Sejam vistas cada uma delas. A primeira consiste na ideia de um processo único, desenvolvido num desenrolar de fases na busca da justa solução para a lide apresentada ao Estado-juiz. Alexandre Freitas Câmara prefere utilizar o termo “módulos processuais”, ao afirmar que as mudanças legislativas acarretaram um abandono, por completo, do modelo liebmaniano, restando desaparecida a autonomia do processo de execução de sentença. Em síntese, na visão do autor, o que se tem, agora, é um processo misto, sincrético, desenvolvido em duas fases (ou módulos processuais): o módulo processual de conhecimento e o módulo processual executivo.³⁵³

Ocorre que, quando se dá uma miscigenação de fases, quebrando a

³⁵³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 14. ed. rev. e atual. até a Lei 11.419/2006. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 2, p. 162.

linearidade natural do processo, melhor se faz recorrer à sua visão como um conjunto de funções a serem exercidas pelo Estado-juiz a fim de que se garanta ao jurisdicionado a segurança inerente ao devido processo legal e a efetividade inerente ao mais amplo acesso à ordem jurídica justa. Nessa visão, o juiz há de exercer suas funções apenas quando necessárias à resolução da lide, sejam elas concomitantes, antecedentes ou únicas (bastando-se por si mesmas).

A multifuncionalidade, como critério organizacional, desconstrói, assim, uma série de argumentos que sustentava a autonomia processual em casos nos quais era exigida uma multiplicidade de processos para solucionar uma única lide. Interessante observar que tal critério pode ser construído sob o fundamento das remotas origens do direito medieval, quando se concebeu a ideia dos *officium iudicis*, que compreendia todas as atividades que o juiz devia exercer em virtude do seu ofício.

É preciso esclarecer, contudo, que negar a autonomia de processos não é negar a autonomia das funções.³⁵⁴ O que se opõe, neste trabalho, não é ao exercício das “funções” de conhecimento, execução, cautelar ou antecipatória, mas sim, à multiplicidade de processos em uma única lide. Em outros termos, o que se entende como viável para a definitiva unificação do processo civil brasileiro é a estruturação do processo único e, quando envolver mais de uma função, sincrético. A crítica situa-se, insiste-se, na desnecessidade de múltiplos processos para solucionar uma única lide.

Cumprido observar, ainda, que diferente da clássica tripartição do processo civil brasileiro em processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar, aqui se trabalha com função cognitiva, função executiva, função cautelar (não-satisfativa) e função antecipatória (satisfativa).

À função cognitiva será atribuído o papel de verdadeira base processual, na medida em que é expressão da atividade jurisdicional por excelência. Em outros termos, é preciso ter em mente que não é possível “jurisdizer” sem conhecer, ainda que de forma sumária.

Nesse diapasão, Sergio Bermudes, ao comentar o processo de

³⁵⁴ Nesse sentido é a afirmação de Kazuo Watanabe, no que tange à bipartição do processo em espécies: “O binômio ‘cognição-execução’ continua a ser utilizado pelos doutrinadores pra explicar a natureza da atividade do juiz e a utilidade e o alcance dos provimentos diferenciados. Uma coisa, porém, é o binômio ‘cognição-execução’ e outra a dicotomia ‘processo de cognição (ou de conhecimento) – processo de execução’” (WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 47).

conhecimento, afirma que as duas outras espécies, embora autônomas, são tributárias dele. É que, nelas se encontram muitas das instituições típicas do processo de conhecimento e sobre elas incidem vários dos seus princípios e normas como, por exemplo, o disposto no art. 598 do Código de Processo Civil, que determina que ao processo de execução se aplicam, subsidiariamente, as disposições que regem o processo de conhecimento. Além disso, na opinião do autor, o mesmo fenômeno ocorre em sede de processo cautelar, mesmo na ausência de norma explícita.³⁵⁵ Ora, se as outras espécies processuais são “tributárias” da de conhecimento, ou seja, se há tamanha interdependência, certamente não há que se falar em “autonomia” (pelo menos não no rigor defendido pela doutrina tradicional).

Feitos esses esclarecimentos, é preciso observar que a multifuncionalidade pode ser identificada como a técnica mais capaz de se associar harmonicamente à ampla concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva, efetiva e adequada, já que por meio dela o processo deve ser visto como um conjunto unificado de atividades que podem ser revezadas de acordo com a necessidade do caso concreto.³⁵⁶

Essa associação, contudo, precisa ser inserida no contexto do neoprocessualismo, na medida em que, como visto no primeiro capítulo deste estudo, a tutela jurisdicional efetiva deve ser compreendida sob a égide das dimensões axiológicas desse fenômeno, que se consubstanciam na busca pelo equilíbrio entre segurança e efetividade, trazendo intrínseca a preocupação com a duração razoável do processo. Enfim, percebe-se que essa contextualização pode ser aprofundada com uma investigação da harmonia entre a multifuncionalidade e o equilíbrio entre ativismo e garantismo processual.

³⁵⁵ BERMUDEZ, Sergio. **Introdução ao processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 94.

³⁵⁶ Nesse sentido, cumpre observar as palavras de Glauco Gumerato Ramos: “[...] a míngua de pureza funcional que justifique a existência autônoma de três tipos diferentes de ‘processos’, parece-me que a estrutura tripartida carece de real *utilidade*, e, se assim o é, a artificialidade da existência estrutural de três ‘processos’ diferentes, ao invés de simplificar o manejo do processo civil, acabou por burocratizá-lo em demasia. Em miúdos: penso que não é mais legítimo pensar em ‘processo’ de conhecimento, de execução ou cautelar, dado o prejuízo que isso causou à própria funcionalidade do direito processual; **processo é atividade de poder representada na relação processual – *rectius*, num único “processo” – seja realizada ora atividade cognitiva, ou atividade executiva, ou atividade cautelar, o que variará de acordo com o momento procedimental e com a *tutela jurisdicional pretendida e adequada ao caso concreto*.” (RAMOS, Glauco Gumerato. Sentença substitutiva da declaração de vontade. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção et al. **Reforma do CPC**: leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 111-112, **grifo nosso**).**

5.2.2 Multifuncionalidade e equilíbrio entre ativismo processual e garantismo processual

A multifuncionalidade do processo sincrético vale-se de institutos que trazem consigo um nítido incentivo ao ativismo processual, uma vez que, ao buscar garantir ao jurisdicionado a efetividade inerente ao mais amplo acesso à ordem jurídica justa, acaba acarretando a ampliação dos poderes discricionários do magistrado.

Ocorre que, uma forma equilibrada e ponderada de visualizar o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva deve se coadunar com a fixação de possíveis limites a essa ampliação de poderes; limites esses capazes de conferir segurança jurídica ao jurisdicionado. É nesse contexto que se pode afirmar que a multifuncionalidade do processo sincrético deve ser analisada em sintonia com a busca pelo equilíbrio entre o ativismo processual e o garantismo processual.

Sendo assim, partindo da perspectiva do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, deve-se observar que, como bem ressalta Luiz Guilherme Marinoni, esse direito incide não apenas sobre o legislador (e a estruturação legal do processo), mas também sobre o juiz (e a conformação dessa estrutura legal pela jurisdição).³⁵⁷

É certo que, diante de tal direito fundamental, o legislador é obrigado a instituir procedimentos e técnicas processuais capazes de permitir a concretização das tutelas preconizadas pelo direito material e que não foram obtidas fora da jurisdição. Situam-se nesse contexto, por exemplo: os procedimentos que restringem a produção de determinadas provas ou a discussão de determinadas questões; os procedimentos relacionados com a proteção dos direitos transindividuais; a técnica antecipatória da tutela; e os meios de execução diferenciada.³⁵⁸

Esses dois últimos, como já observado pontualmente neste trabalho, enquadram-se perfeitamente na sistemática do processo sincrético, funcionando como verdadeiros instrumentos para o seu avanço no Direito Processual Civil brasileiro. Nesse sentido, cumpre ressaltar que Luiz Guilherme Marinoni, ao discorrer sobre as principais reformas legislativas processuais ocorridas nas últimas

³⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. In: CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de et al (coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**: Estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 229.

³⁵⁸ Ibid., loc. cit.

décadas e os seus significados diante do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, é enfático ao afirmar que as normas que tratam da tutela antecipada (art. 273 do Código de Processo Civil) e da tutela específica (art. 461 do mesmo Código) situam-se entre os principais avanços da legislação processual.³⁵⁹

Em verdade, tal autor ressalta que o significado de tais normas é tão intenso que o Código de Processo Civil de 1973 passou a ter outra feição, completamente diferente da original e muito mais adequada ao Estado contemporâneo e aos anseios da sociedade. Ele ressalta que os pressupostos da antecipação da tutela, bem como a verossimilhança necessária para a sua concessão, variam conforme a espécie de tutela do direito pretendida. Da mesma forma, a legitimação da utilização das técnicas processuais do art. 461 do Código de Processo Civil, em especial no que tange aos meios executivos, somente pode ser aferida a partir da tutela do direito almejada.³⁶⁰

Ainda na visão de Luiz Guilherme Marinoni, a introdução dos institutos sob comento no sistema processual civil brasileiro de tutela dos direitos, conferiu outra dimensão ao direito de ação, fornecendo-lhe atributos imprescindíveis para merecer a qualificação de direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Com efeito, o autor explica que, no Estado Constitucional, o direito de ação se encontra muito distante de seu conceito clássico (compreendido como mero direito a uma sentença de mérito ou como direito à resolução do litígio), devendo ser concebido, sim, como o “direito à pré-ordenação das técnicas processuais idôneas à viabilidade da obtenção da tutela prometida pelo direito material”.³⁶¹

Deve-se observar, contudo, que, apesar da magnitude das reformas processuais mencionadas, o legislador não é capaz, por si só, de atender às tutelas prometidas pelo direito material e às necessidades sociais com precisão, podendo a lei, inclusive, afastar-se dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais. É nesse contexto que se afirma que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide também sobre a compreensão judicial das normas processuais, sendo atribuído ao juiz o poder-dever de, mediante argumentação própria e expressa na

³⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Idéias para um “renovado Direito Processual”. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio. **Bases científicas para um renovado Direito Processual**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 142.

³⁶⁰ Ibid., loc. cit.

³⁶¹ Ibid., p. 143.

fundamentação de sua decisão, encontrar a técnica processual idônea à tutela do direito material.³⁶²

Sendo assim, exatamente por saber que não pode atender a todas as situações, diante da riqueza e multiplicidade de especificidades que as integram, o legislador hodierno trabalha com normas abertas e com normas com significados abertos, a fim de que se permita ao magistrado que as concretize de acordo com as peculiaridades do caso concreto, correspondendo com um direito voltado à realidade e transparecendo um ordenamento jurídico marcado pelos princípios e direitos fundamentais. É nesses termos que se pode observar, por exemplo, que o art. 461 do Código de Processo Civil outorga ao autor o direito, e ao juiz o dever de adequar a sentença e os meios executivos às necessidades e peculiaridades do caso concreto.³⁶³

No sentido das ideias acima expostas, faz-se interessante observar a linha de pensamento de Chaïm Perelman que, analisando o raciocínio judiciário desenvolvido depois de 1945, insurge-se contra o positivismo jurídico e contra seus dois aspectos sucessivos: 1) a escola de exegese e sua concepção analítica e dedutiva do direito, na qual a solução deve ser apreciada unicamente segundo o critério da legalidade; 2) a escola funcional ou sociológica, que interpreta os textos legais consoante a vontade do legislador.³⁶⁴

Chaïm Perelman destaca que o positivismo jurídico se opunha a qualquer teoria do direito natural e, associado ao positivismo filosófico, eliminava do direito qualquer referência à ideia de justiça e, da filosofia, qualquer referência a valores, uma vez que procurava modelar tanto o direito como a filosofia pelas ciências consideradas objetivas e impessoais e das quais compete eliminar tudo que é subjetivo (e, portanto, considerado arbitrário).³⁶⁵

Tal autor desenvolve, assim, a “Nova Retórica” que, ao passo em que se configura como meio de inserção dos juízos de valor por intermédio da

³⁶² MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. In: CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de et al (coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**: Estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 229-230.

³⁶³ Id. Idéias para um “renovado Direito Processual”. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio. **Bases científicas para um renovado Direito Processual**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 143.

³⁶⁴ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica. Tradução de Vergínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004 (Coleção Justiça e Direito), p. 91.

³⁶⁵ Ibid., loc. cit.

argumentação, não pode deixar de ser aplicado ao processo judicial. É que, como bem observa tal autor, o sistema jurídico não é um sistema fechado e isolado do contexto cultural e social no qual se insere, sofrendo, pelo contrário, constantemente seu influxo. Sendo assim, o direito jurisprudencial é elaborado por ocasião dos conflitos que o juiz deve arbitrar, encontrando-lhes soluções convincentes e satisfatórias em direito porque juridicamente bem motivadas.³⁶⁶

Chaïm Perelman observa que a dialética, concentrada na busca por uma solução convincente e instauradora da paz judiciária, coloca o Poder Judiciário numa relação nova diante do Poder Legislativo, já que não se vê inteiramente subordinado, nem simplesmente oposto a este, mas sim como um aspecto complementar indispensável seu, que lhe impõe uma tarefa não apenas jurídica, mas também política, de harmonizar a ordem jurídica de origem legislativa com as ideias dominantes que ditam a justiça no caso concreto. É por isso que a aplicação do direito não deve ser vista como simples processo dedutivo, mas como adaptação constante dos dispositivos legais aos valores em conflito nas controvérsias judiciais.³⁶⁷

É nesse contexto de um sistema processual aberto e indissociável do meio cultural e social em que está inserido, que surge a discussão acerca da ampliação dos poderes discricionários do juiz e sobre os limites dessa discricionariedade.³⁶⁸ Nesse sentido, pode-se afirmar que, por influência do direito norte-americano, tem sido aventada em vários países da América do Sul uma bifurcação entre duas

³⁶⁶ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica. Tradução de Vergínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004 (Coleção Justiça e Direito), p. 115.

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 116.

³⁶⁸ Quanto ao conceito de discricionariedade e à sua contraposição à vinculação, cumpre observar os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello: "Atos vinculados seriam aqueles que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma. Atos 'discricionários', pelo contrário, seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios e conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles. A diferença nuclear entre ambos residiria em que nos primeiros a Administração não dispõe de liberdade alguma, posto que a lei já regulou antecipadamente em todos os aspectos o comportamento a ser adotado, enquanto nos segundos a disciplina legal deixa ao administrador certa liberdade para decidir-se em face das circunstâncias concretas do caso, impondo-lhe e simultaneamente facultando-lhe a utilização de critérios próprios para avaliar ou decidir quanto ao que lhe pareça ser o melhor meio de satisfazer o interesse público que a norma legal visa a realizar" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 368). Trata-se de conceitos relacionados à Administração e aos atos administrativos, mas cuja essência pode ser aplicada à noção de discricionariedade judicial aqui afirmada.

correntes de conteúdos diversos e aparentemente antagônicos, às quais se tem convencionado chamar de “ativismo” e “garantismo” processual (ou judicial).

Na doutrina argentina, Adolfo Alvarado Velloso identifica o **garantismo** processual como posição doutrinária atrelada à manutenção de uma irrestrita vigência da Constituição, de modo que a ordem legal vigente no Estado deva se adequar, em sua plenitude, às normas programáticas nela preconizadas. Segundo ele, o autores garantistas buscam um juiz que se empenhe em respeitar ao máximo as garantias constitucionais.³⁶⁹

Com efeito, o autor observa que o garantismo processual se contenta modestamente com que os juízes declarem a certeza das relações jurídicas conflituosas, outorgando um adequado direito de defesa de todos os interessados e resguardando a igualdade processual com uma clara imparcialidade funcional para, assim, garantir como plenamente efetiva a tutela legal de todos os direitos.³⁷⁰

Adolfo Alvarado Velloso afirma que, ao tomar partido pela constituição e não pela lei, na luta ideológica que hoje enfrenta absurdamente os processualistas da América, prefere proclamar a liberdade, a garantia do devido processo legal e o gozo irrestrito da audiência prévia na Corte da Justiça, onde todo cidadão tem direito de ser julgado imparcialmente por um juiz e colocado em perfeita igualdade com o seu opositor, com absoluta bilateralidade de audiência e sem a assunção pelo juiz de atitudes paternalistas com as partes ou de tarefas que, conforme as normas constitucionais, não lhe incumbem.³⁷¹

Nota-se que a visão garantista se aproxima bastante de ideias apregoadas pelo positivismo jurídico como a observância da pirâmide jurídica concebida à luz da doutrina kelseniana, que concebe as normas numa hierarquia na qual as superiores figuram como fundamento de validade das inferiores, e cujo sistema deságua na norma fundamental hipotética de que “devemos obedecer às ordens do autor da Constituição”.³⁷²

³⁶⁹ VELLOSO, Adolfo Alvarado. El garantismo procesal. In: ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA (org.). **Activismo y garantismo procesal**. Córdoba, 2009, p. 145.

³⁷⁰ Ibid., loc. cit.

³⁷¹ Ibid., p. 162.

³⁷² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006 (Coleção Justiça e Direito), p. 227. Sobre a estrutura hierárquica entre as normas, cumpre observar a seguinte explanação de Hans Kelsen: “a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como

Ademais, cumpre observar que, no contexto garantista, a discricionariedade do juiz é mínima (quicá nula), já que as garantias constitucionais são colocadas como limite a qualquer avanço dos poderes discricionários. Essa corrente doutrinária não parece abrir margem para a adequação da norma à realidade do caso concreto, desconsiderando a carga valorativa que é inerente ao magistrado, e aproximando, desse modo, a imparcialidade da neutralidade, o que, definitivamente, não se coaduna com o contexto pós-positivista já delineado neste estudo.

Por outro lado, também na doutrina argentina, Jorge W. Peyrano retrata o **ativismo** processual como corrente que, em síntese: confia nos magistrados; é criativa e tem alavancado numerosos novos institutos processuais; é flexível e permeável (na medida em que traz intrínseca a possibilidade de dinâmica de seus próprios conceitos, permitindo correção de imperfeições ou excessos); preocupa-se, acima de tudo, com a justa solução do caso; propõe uma leitura distinta da constituição, visualizando-a não como um obstáculo, mas sim como um estímulo à distribuição da justiça, que pode ser alcançada com, sem ou contra a lei; enfim, que deposita nas mãos do juiz a faculdade de ditar provas de ofício, mas não se esgota com apenas essa atribuição.³⁷³

Para o autor, ante a riqueza da vida e a limitação do legislador em discipliná-la, o juiz não pode figurar apenas como boca da lei. Sendo assim, o ativismo judicial privilegia uma realista jurisprudência de necessidades, em vez de praticar uma asséptica e puramente intelectual jurisprudência de conceitos. Tudo isso se consubstancia na concepção do que o Jorge W. Peyrano denomina de “Direito Processual Civil de possibilidades ilimitadas”, que se calca em criações processuais que não se enquadram em um modelo teórico prévio e já conhecido.³⁷⁴

Deve-se ressaltar que, para o ativismo, a constituição não se configura como obstáculo, mas sim como estímulo à distribuição da justiça, que pode ser alcançada

a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*). [...]”. (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006 (Coleção Justiça e Direito), p. 217).

³⁷³ PEYRANO, Jorge W. Sobre el activismo judicial. In: ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA (org.). **Activismo y garantismo procesal**. Córdoba, 2009, p. 11-20.

³⁷⁴ *Ibid.*, p. 13.

com, sem ou contra a lei.³⁷⁵ É preciso, contudo, observar com cautela este tipo de posicionamento, na medida em que ele pode ocasionar insegurança jurídica aos jurisdicionados.

Sobre essa questão, Jorge W. Peyrano admite os riscos que o ativismo é capaz de ocasionar, mas afirma que um possível mal uso das atribuições que essa corrente confia aos juízes não pode constituir argumento válido para descartar as excelências da referida concessão. Não é recomendável, porém, que se minore, nesses moldes, os perigos que posicionamentos extremistas podem ocasionar.

Ora, deve-se flexibilizar os excessos cometidos pelo ativismo e pelo garantismo processual, estabelecendo um **equilíbrio** entre as ideias apregoadas por essas correntes. Diante das dimensões axiológicas do neoprocessualismo, é fatível conciliar a busca pela concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e a consequente ampliação dos poderes discricionários do juiz, com a segurança advinda das garantias constitucionais processuais, de modo balizado e sopesado.

Destaca-se, nesse contexto, a necessidade de fundamentação das decisões (expressa no art. 93, IX, da Constituição de 1988) que propicia o controle e a contraposição a decisões teratológicas e sem argumentação explícita. Ora, é preciso ter em mente que a sentença imotivada é, em verdade, uma sentença inexistente por afrontar os parâmetros mínimos do Estado Democrático de Direito.³⁷⁶

Em outros termos, é imprescindível que o magistrado explicita o caminho argumentativo percorrido até a sua decisão, uma vez que o Direito Processual no contexto pós-positivista e neoconstitucionalista, deve ser calcado na valorização da

³⁷⁵ PEYRANO, Jorge W. Sobre el activismo judicial. In: ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA (org.). **Activismo y garantismo procesal**. Córdoba, 2009, p. 13.

³⁷⁶ Nesse sentido, cumpre conferir o precioso estudo de Wilson Alves de Souza que, em síntese conclusiva afirma: “a solução dada na presente tese no sentido de que não se deve dar qualquer valor jurídico a ‘sentença’ imotivada faz com que os juízes que atuam num Estado democrático de direito tenham consciência de que não podem tudo, de que seu poder só é poder legítimo quando atuado em conformidade com o ordenamento jurídico, de maneira que precisam eles não perder de vista que devem efetivamente julgar as demandas que lhes são submetidas, não apenas dispor sobre essas demandas, o que significa dizer que devem eles dispor exatamente a respeito das questões suscitadas pelas partes, mas com fundamentação razoável. Sendo assim, ‘sentença’ sem fundamentação não pode ser qualificada juridicamente como decisão, de maneira que, em verdade não solucionou o conflito. Trata-se, pois, de ato nitidamente arbitrário, ilegítimo, que transcende à antijuridicidade, de maneira que seu destino é a perda de autoridade. Assim, vê-se que a falta de motivação da sentença além de representar uma afronta à cidadania é fator de insegurança jurídica, não podendo ser tolerado tal tipo de comportamento do juiz no Estado democrático de direito”. (SOUZA, Wilson Alves de. **Sentença civil imotivada**: caracterização da sentença civil imotivada no direito brasileiro. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 230).

natureza retórica do processo, concebido como um local democrático em que os sujeitos processuais exercitam uma racionalidade comunicativa, cooperando para a busca de um ato decisório mais justo.³⁷⁷

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni é preciso ao afirmar que o discurso de Direito Processual, isto é, aquele que elege a técnica processual adequada em virtude da exigência de uma norma aberta - ou que identifica a necessidade de uma técnica processual não prevista em lei - não configura qualquer ameaça à segurança jurídica, já que se apóia em situações fáticas e no direito material. Com efeito, Luiz Guilherme Marinoni ressalta que o discurso processual busca atender a uma situação já demonstrada pelo discurso de direito material, sendo que a técnica processual eleita deve ser aquela que, tutelando o direito, cause menor restrição possível ao réu.³⁷⁸

Tal autor assevera, ademais, que a justificação, obedecendo a esses critérios, confere às partes a possibilidade de controle da decisão jurisdicional. Luiz Guilherme Marinoni observa, contudo, que, em tais situações, o controle da atividade do magistrado é muito mais complexo e sofisticado do que aquele que se dava com base no princípio da tipicidade, quando o juiz apenas podia usar os instrumentos processuais definidos estritamente em lei. Por outro lado, pondera que essa mudança na forma de pensar o controle jurisdicional é apenas reflexo da necessidade de ampliação dos poderes do magistrado – em parte a ele já entregue pelo próprio legislador ao fixar normas abertas – e da transformação do próprio conceito de direito que, no contexto neoconstitucionalista, submete a compreensão da lei aos direitos fundamentais.³⁷⁹

Nesse diapasão, Nicola Picardi também entende que, na situação hodierna, marcada por uma considerável ampliação dos poderes discricionário do juiz, torna-

³⁷⁷ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O devido processo legal**: uma visão pós-moderna. Salvador: JusPODIVM, 2008 (Coleção temas de processo civil / estudos em homenagem a Eduardo Espínola / coordenada por Fredie Didier Jr), p. 27. Neste momento, remete-se às ideias de Jürgen Habermas sobre o discurso racional: “[...] ‘discurso racional’ é toda a tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, na medida em que ele se realiza sob condições da comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído através de obrigações ilocucionárias. Indiretamente a expressão refere-se também a negociações, na medida em que estas são reguladas através de procedimentos fundamentados discursivamente” (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre factividade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 142).

³⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. In: CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de et al (coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**: Estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 236.

³⁷⁹ Ibid., loc. cit.

se de palpitante atualidade as tentativas de eliminação dos perigos de abuso e de arbítrio que podem vir a assolar a discricionariedade do magistrado. Sendo assim, na visão do autor, o poder discricionário termina por se caracterizar como figura intermediária entre poder vinculado e poder absoluto, podendo, talvez, ser qualificado como poder limitado. É que o poder absoluto mostra-se tendencialmente arbitrário e subtraído de qualquer controle. Já o poder discricionário, exatamente porque limitado, busca evitar os riscos do subjetivismo e da degeneração em arbítrio. Sendo assim, o respeito dos limites pelo magistrado deve ser submetido a um controle externo.³⁸⁰

Ou seja, segundo o entendimento de Nicola Picardi, o poder discricionário do juiz deve ser identificado como um poder limitado e controlável. O autor relaciona os limites ao coração da valoração discricionária que consiste na ponderação comparativa de vários valores e no poder conferido ao magistrado de fazer prevalecer um valor em detrimento do outro. Nesta seara, ele destaca que o juiz está vinculado por limites processuais (no que concerne ao modo de optar entre as várias alternativas que lhe são postas) e limites substanciais (que dizem respeito aos critérios que deve ter em conta no ato de escolha). Em outros termos, em sede de limites processuais, a liberdade de escolha do juiz será limitada pela imparcialidade; e nos limites substanciais, pela razoabilidade. Em síntese, em sua visão, imparcialidade e razoabilidade colocam o problema dos limites no plano da lógica do magistrado, da argumentação e da justificação. No que tange ao controle, por conseguinte, o dever de publicidade, tanto quanto o da motivação, enquanto discurso justificativo, constituem os trâmites necessários para averiguar se o magistrado exerceu ou não corretamente o poder discricionário.³⁸¹

Pelo exposto, conclui-se que não se pode conceber no sistema processual contemporâneo a ideia de um processo excessivamente formalista e fechado, cercado de regras absolutas e inquestionáveis, restando incontestes a aceitação do papel ativo do julgador na construção hermenêutica das normas jurídicas.³⁸²

³⁸⁰ PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 17-18.

³⁸¹ Ibid., p. 18-23.

³⁸² SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O devido processo legal**: uma visão pós-moderna. Salvador: JusPODIVM, 2008 (Coleção temas de processo civil / estudos em homenagem a Eduardo Espínola / coordenada por Fredie Didier Jr), p. 27. Sobre este aspecto remete-se, ainda, às ideias de Eros Grau, segundo o qual o intérprete [re]produz a norma no caso concreto. Para o autor, o produto da interpretação é a norma, que já se encontra potencialmente no invólucro do texto normativo, mas que deve levar em conta o caso concreto. Em síntese, interpretação e aplicação constitui um processo

Contudo, essa ampliação do papel ativo do juiz não pode figurar como pressuposto para a renegação das garantias constitucionais consubstanciadas na exigência de um devido processo legal, na medida em que deve permitir às partes o controle da decisão jurisdicional por meio da explícita e detalhada argumentação que a fundamenta.

A multifuncionalidade do processo sincrético pode e deve harmonizar-se com as garantias previstas na Constituição de 1988. É que a multifuncionalidade vale-se de institutos (como a tutela antecipada e a tutela específica das obrigações) que permitem a pluralidade de funções dentro de um processo único, buscando garantir a máxima efetividade processual, trazendo consigo um nítido incentivo ao ativismo processual, mas, ao mesmo tempo deve sintonizar-se com a segurança jurídica advinda das garantias do devido processo legal. Nestes termos, multifuncionalidade, ativismo processual e garantismo processual caminham em harmonia.

Enfim, é chegado o momento de apresentar uma solução ao problema central deste estudo, que foi delimitado nos seguintes moldes: em que medida é viável, no processo civil brasileiro, sob a perspectiva do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, negar a autonomia do processo de conhecimento, do processo de execução e do processo cautelar, miscigenando-os, sob a égide de um processo sincrético, único e multifuncional?

Responde-se: a análise global do sincretismo (somadas suas manifestações pontuais às possíveis hipóteses de expansão e fortalecimento) acarreta a conclusão de que ele deve se manifestar sempre que houver uma multiplicidade de funções a serem desempenhadas para resolução de uma única lide. Em outros termos, o principal foco do sincretismo do processo civil brasileiro é exterminar a artificial e desnecessária multiplicidade de processos em torno de um só pleito.

Isso não significa que ele não possa se manifestar em um determinado processo que seja naturalmente único, como se observou no caso da execução calcada em títulos extrajudiciais, que embora constitua processo autônomo, pode ter em seu bojo atividade cognitiva em sede de embargos do executado.

O mesmo se diga com relação ao processo cautelar antecedente que não tenha desaguado na propositura da ação principal. Ele pode envolver uma combinação entre conhecimento e execução, comportando, deste modo,

manifestação do sincretismo. Deve-se observar, contudo, que a autonomia do processo cautelar está seriamente ameaçada pela perspectiva de aprovação de um novo Código brasileiro de Processo Civil, cujo Projeto a enquadra a tutela cautelar e a tutela antecipada como espécies do gênero “tutelas de urgência”.

De qualquer modo, constata-se que a autonomia processual deve ser reservada apenas às hipóteses em que não haja necessidade de combinação de atividades, pois, nesses casos, ela deve ceder espaço ao processo único, sincrético e multifuncional. Essa é a medida da viabilidade do sincretismo do processo civil brasileiro, fruto da exigência da mais ampla concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

6 CONCLUSÕES

De tudo quanto exposto, apresenta-se as seguintes conclusões:

1) Após análise panorâmica da doutrina jusnaturalista nota-se que, em que pese a pertinência das críticas a ela apontadas, o direito natural, em uma concepção contemporânea, não tem sido totalmente descartado das formulações jurídicas atuais, já que estas atentam para a necessidade de uma visão axiológica do direito e para a preocupação com valores (como justiça) que devem inspirar e dirigir a formação das normas jurídicas, fundamentando a sua aplicação.

2) O juspositivismo, ao excluir o direito natural do âmbito jurídico, acabou enrijecendo o direito, na medida em que se abstém de qualquer reflexão axiológica mais aprofundada. Além disso, no que tange à exacerbada preocupação com a ordem e com a segurança jurídica como parâmetros para a fixação do direito justo, observa-se que o positivismo jurídico preocupa-se superficialmente com o problema da justiça, subordinado a legitimidade à observância de critérios de validade que presidem a produção das normas jurídicas. Por conseguinte, mostra-se inevitável a constatação de que os rígidos padrões estabelecidos pela doutrina positivista precisam ser flexibilizados, sendo preciso atentar-se para outros valores que não apenas a ordem e a segurança na fixação do direito justo.

3) Somada a diversificada funcionalidade decorrente da valorização da principiologia jurídica às demais mudanças paradigmáticas operadas pelo pós-positivismo jurídico, chega-se a conclusão de que essa corrente jusfilosófica consegue superar a dicotomia existente entre jusnaturalismo e positivismo jurídico e apontar ferramentas fundamentais para o alcance do direito justo, uma vez que se preocupa com a sincronia entre valores como segurança e efetividade.

4) As mudanças paradigmáticas alavancadas pelo neoconstitucionalismo influenciam diretamente na interpretação e aplicação do direito, que devem acompanhar as tendências do Direito Constitucional contemporâneo, calcando-se numa base axiológica e argumentativa, sob a égide da força normativa da constituição, que ilumina todo o sistema jurídico com os seus preceitos. E é desse complexo de fenômenos que resulta o processo de constitucionalização do Direito, que tem gerado reflexos suntuosos nos diversos ramos do direito infraconstitucional.

5) A Teoria do Direito tem passado por nítidas transformações nas últimas décadas, e a ciência do processo não esteve inerte diante desse quadro. Sendo assim, embora se tenha feito opções terminológicas e epistemológicas no presente trabalho, o que realmente importa é a essência da evolução (quicá revolução) pela qual esses ramos do direito vêm passando na contemporaneidade. E nesse sentido, não se pode olvidar que a ciência processual atingiu sua quarta fase metodológica em sua evolução sob a égide de ingerências pós-positivistas.

6) O neoconstitucionalismo, a constitucionalização do direito (seu fruto) e neoprocessualismo são fenômenos interligados. A partir do momento em que se configura a constituição como centro iluminador de todo o sistema jurídico, não apenas no que tange à elaboração, mas também à interpretação e aplicação da norma jurídica, o Direito Constitucional Processual vai desempenhar, em específico, o mesmo papel perante a sistemática do processo civil brasileiro.

7) Sob os pilares do acesso à justiça, deve-se garantir a adequação da técnica processual à prestação da tutela jurisdicional de modo efetivo, que atenda, na medida do possível e de modo seguro, às necessidades da vida, em tempo razoável e caminhando em sintonia com a tutela de direitos.

8) O neoprocessualismo traz consigo toda essa carga teórica, sendo que qualquer transformação estrutural que se proponha no processo civil brasileiro, por mínima que seja, não pode estar alheia a ela. Enfim, a identificação e o avanço do fenômeno do sincretismo do processo civil pátrio, bem como as reformas processuais e as mudanças práticas a ele inerentes, precisam se calcar em todo o aparato axiológico que envolve, hoje, a noção de tutela jurisdicional efetiva.

9) A relação entre atividade de conhecimento e atividade de execução passou por diferentes formulações no decorrer de sua evolução histórica. Do caráter essencialmente privado que marcou o início do processo civil romano, este conseguiu evoluir para a publicização do processo sem, contudo, abdicar-se da exigência de nova ação (a *actio iudicati*) para que se tivesse acesso à execução. Já o direito medieval, em que pese os exageros dos germânicos, conseguiu desvencilhar-se dessa sistemática, o que se deu de forma congruente com a ideia de *officium iudicis* formulada pelo direito comum ou intermediário.

10) Mas, toda essa evolução sofreu um paradoxo histórico com a ascensão e expansão dos títulos executivos extrajudiciais no direito moderno. Assim, prevaleceu a nova sistemática dos “títulos executivos”, tendo sido incluída em seu rol a

sentença condenatória, que exigia ação de execução como meio eficaz de atuação da sanção; restando consagrada, desse modo, a autonomia do processo de execução em relação ao processo de conhecimento.

11) A utilização do termo sincretismo no processo civil brasileiro traduz-se numa combinação ou miscigenação das diferentes espécies processuais às quais foi conferida autonomia, sendo que a sua intensidade pode desaguar na formação de um processo único, no qual as espécies se transformam em funções que se entrelaçam harmonicamente.

12) Embora o Código de Processo Civil de 1973, por forte influência de Enrico Tullio Liebman, tenha sido estruturado, basicamente, sob a égide do sistema binário entre cognição e execução, submetendo-as a processos autônomos, podem ser identificados procedimentos especiais no direito brasileiro (dentro do próprio Código ou em legislação extravagante) que permitem que a atividade jurisdicional seja desempenhada em uma única relação processual, evidenciando que não existe uma contradição que determine que essas atividades sejam necessariamente submetidas a processos estanques.

13) As mudanças advindas da primeira etapa da reforma do Código de Processo Civil consubstanciaram um nítido avanço do sincretismo do processo civil brasileiro na medida em que, ao estabelecerem as tutelas específicas das obrigações de fazer e não fazer, propagam a combinação das atividades de execução e conhecimento dentro de um só processo, sob a sistemática das técnicas mandamental e executiva *lato sensu*.

14) A segunda etapa da reforma do Código de Processo Civil estendeu a aplaudida tutela específica das obrigações de fazer e não fazer às obrigações de entrega de coisa (por meio da introdução do art. 461-A no Código de Processo Civil). Ela representou uma ampliação do sincretismo processual e enquadrou-se na opção do legislador em operar modificações paulatinas no sistema processual civil brasileiro, acarretando uma visão doutrinária prospectiva pela ampliação do sincretismo do processo civil brasileiro.

15) Seguindo o caminho traçado nas etapas anteriores de reforma - que consagraram a tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa - o legislador brasileiro atribuiu, na terceira etapa de modificações substanciais ao Código de Processo Civil, o caráter autoexecutável às condenações por quantia certa, de modo que a realização prática da sentença passa a operar-se,

definitivamente, em continuação à relação de cognição, sem necessidade de instauração de processo autônomo de execução. Eis um passo fundamental para o avanço do sincretismo entre a atividade de conhecimento e a atividade executiva.

16) Em se tratando de títulos executivos judiciais, os casos previstos nos incisos II, IV e VI do art. 475-N do Código de Processo Civil (que se referem, respectivamente, à sentença penal condenatória transitada em julgado, à sentença arbitral e à sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça) não devem ser vistos como justificantes da autonomia processual e nem como entrave ao fortalecimento do sincretismo processual. É que existe aí, em verdade, função jurisdicional executiva que se dá apenas com alteração de jurisdição, ou seja, o processo deve ser concebido como único e sincrético, continuando apenas com a fase executiva.

17) Há algo em comum nos resquícios apontados para a autonomia do processo de conhecimento e para a do processo de execução: a unificação processual. Essas situações (títulos executivos extrajudiciais, ação declaratória, ação constitutiva, cumprimento voluntário da sentença condenatória) não se configuram como casos nos quais caberiam sincretismo (combinação de atividades) e o mesmo não foi aplicado. Pelo contrário, são hipóteses de processo único e que, ainda assim, podem apresentar uma certa dose de sincretismo, como se dá com os títulos executivos extrajudiciais.

18) A adoção do processo sincrético, nos Juizados Especiais Cíveis Federais e nos Juizados Especiais da Fazenda Pública, possui um “plus” de efetividade processual (afora a que já é inerente ao sincretismo processual), uma vez que por meio da previsão de requisição de pagamento foge-se à sistemática dos precatórios (que vêm sendo, em verdade, utilizados como instrumentos de inefetividade no que tange ao cumprimento de decisões judiciais).

19) Sem pretensão de esgotar a abordagem das propostas de mudanças protagonizadas pelo Projeto do Novo Código de Processo Civil, nota-se que muitas delas ainda precisam de amadurecimento e aprimoramento técnico. Isso restou observado, por exemplo, nas oscilações entre o texto do Anteprojeto e o do atual Projeto 8.046/2010, sendo que este, em alguns aspectos, encontra-se com alterações produtivas, mas em outros apresenta retrocessos no que tange ao primeiro. Seguindo-se, contudo, as considerações explanadas neste trabalho, bem como outras que possam ser observadas, sob a égide da mais ampla concretização

do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, entende-se que a aprovação do Projeto permitirá, de modo geral, o fortalecimento do sincretismo entre conhecimento e execução, andando, via de regra, em sintonia com a sua consagração como novo paradigma do processo civil brasileiro.

20) Em termos gerais, o Código de Processo Civil brasileiro, de 1973, adotou a autonomia do processo cautelar em relação ao processo principal. É preciso verificar, contudo, que a situação excepcional prevista na segunda parte do art. 810 pode ser caracterizada como uma possibilidade de sincretismo processual, prevista originalmente no referido Código.

21) Por intermédio da primeira etapa da reforma do Código de Processo Civil, o legislador brasileiro decidiu admitir expressamente a possibilidade da antecipação da tutela no processo de cognição (art. 273), eliminando-se, definitivamente, os questionamentos acerca da possibilidade de o autor – para obter tutela sumária satisfativa – ter de valer-se do art. 798 do referido código.

22) É possível harmonizar, em sede de tutela antecipada, os princípios da efetividade da jurisdição e da segurança jurídica, ambos consagrados como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. Eis uma nítida aplicação dos pressupostos teóricos traçados neste trabalho, em especial, no que tange à conexão estabelecida entre pós-positivismo, neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, sendo que as dimensões axiológicas deste último envolvem exatamente a busca pela máxima conciliação entre a tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva, e a segurança jurídica advinda das garantias do devido processo legal.

23) A celeuma que se observava antes da alteração trazida pela segunda etapa da reforma do Código de Processo Civil, que exigia que a postulação da tutela antecipada se desse no bojo do processo de conhecimento e a tutela cautelar em processo próprio, foi resolvida pela previsão da fungibilidade, que possibilitou - por meio da introdução do § 7º ao art. 273 do referido Código - que a cautelar pudesse ser concedida a título de tutela antecipada, no próprio bojo do processo de conhecimento, fortalecendo, significativamente, o sincretismo entre processo cautelar e processo principal.

24) A maioria das características do processo cautelar, que são postas como sustentáculos de sua autonomia, devem ser analisadas sob uma visão crítica que, em verdade, só faz reforçar a miscigenação existente entre processo principal e processo cautelar, e o fortalecimento da fungibilidade entre este e a tutela

antecipada (devido à proximidade que possuem, salvo pelo critério da satisfatividade), fatores que, indubitavelmente, enfraquecem a sua autonomia.

25) Poder-se-ia tentar apontar como resquícios da autonomia do processo cautelar, situações nas quais se dispensa ajuizamento da ação principal, bem com a da propositura em momento anterior ao processo principal sendo que o autor ainda não dispõe, ao final daquele, de subsídios para a propositura deste, ou até mesmo, os casos em que, findo o processo cautelar, o autor desiste da propositura da ação principal. Deve-se observar, contudo, que com a aprovação do Projeto do novo Código de Processo Civil, tais argumentos perderão o sentido, na medida em que o processo cautelar perderá, definitivamente, seu caráter autônomo com relação ao principal. Além disso, nota-se que em tais casos o processo é único, não exigindo-se aplicação do sincretismo da atividade cautelar em relação à atividade principal, simplesmente porque esta última inexistente. Mas, isso não significa dizer que ele não possa ser internamente sincrético, visto que, dentro do próprio processo cautelar, há manifestação de sincretismo entre conhecimento e execução.

26) A evolução do sincretismo processual no que tange à relação entre a tutela cautelar e a tutela principal, em sede de Juizados Especiais Cíveis Federais e da Fazenda Pública, sendo extensiva aos Juizados Especiais Cíveis Estaduais, trata-se de um modelo a ser seguido em eventual Reforma do Código de Processo Civil brasileiro, porque com ele totalmente compatível.

27) No que diz respeito ao fortalecimento do sincretismo entre processo cautelar e processo principal, as expectativas deste trabalho serão satisfeitas caso o Projeto n. 8.046/2010 venha a ser aprovado. É que suas propostas atingirão o ponto crucial aqui defendido, acabando com a autonomia do processo cautelar e fazendo com que essa tutela passe a ser exercida como função dentro de um processo único e, quando necessário, sincrético. Contudo, não se pode deixar de ressaltar que falta ao referido Projeto mais amadurecimento e aprimoramento técnico para que a concretização de suas propostas esteja em plena sintonia com o direito fundamental a tutela jurisdicional efetiva.

28) Há numa nítida incongruência entre a anacrônica repartição do processo em espécies autônomas e a unidade da jurisdição. Ao analisar a autonomia dos processos, em sua atual conjuntura, diante das reformas e perspectivas, observa-se um caminhar paulatino rumo ao restabelecimento da ordem natural das coisas. Em

outros termos, o avanço pontual e prospectivo do sincretismo faz com que se reconheça uma nova realidade do processo civil pátrio: a sua unificação.

29) Em verdade ousa-se afirmar que, caso o Projeto do novo Código de Processo Civil venha a ser aprovado, ter-se-á praticamente processos únicos no processo civil brasileiro, com manifestações de sincretismo (combinação de funções), quando necessárias.

30) A multifuncionalidade, como critério organizacional, desconstrói uma série de argumentos que sustentava a autonomia processual em casos nos quais era exigida uma multiplicidade de processos para solucionar uma única lide. Ela pode e deve harmonizar-se com as garantias previstas na Constituição de 1988. É que a multifuncionalidade vale-se de institutos (como a tutela antecipada e a tutela específica das obrigações) que permitem a pluralidade de funções dentro de um processo único, buscando garantir a máxima efetividade processual, trazendo consigo um nítido incentivo ao ativismo processual, mas, ao mesmo tempo deve sintonizar-se com a segurança jurídica advinda das garantias do devido processo legal. Nestes termos, multifuncionalidade, ativismo processual e garantismo processual caminham em harmonia.

31) Respondendo ao problema central proposto para este estudo, pode-se afirmar que a análise global do sincretismo (somadas suas manifestações pontuais às possíveis hipóteses de expansão e fortalecimento) acarreta a conclusão de que ele deve se manifestar sempre que houver uma multiplicidade de funções a serem desempenhadas para resolução de uma única lide. Em outros termos, o principal foco do sincretismo do processo civil brasileiro é exterminar a artificial e desnecessária multiplicidade de processos em torno de um só pleito. Isso não significa que ele não possa se manifestar em um determinado processo que seja naturalmente único (como se dá com os títulos executivos extrajudiciais).

32) De qualquer modo, constata-se que a autonomia processual deve ser reservada apenas às hipóteses em que não haja necessidade de combinação de atividades, pois nesses casos, ela deve ceder espaço ao processo único, sincrético e multifuncional. Essa é a medida da viabilidade do sincretismo do processo civil brasileiro, fruto da exigência da mais ampla concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

REFERÊNCIAS

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

ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Um Novo Código de Processo Civil para o Brasil**: Análise teórica e prática da proposta apresentada ao Senado Federal. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

ALVIM, J. E. Carreira; CABRAL, Luciana Gontijo Carreira Alvim. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Federais Cíveis**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

BACON, Francis. **Novum Organum**. Tradução e notas de José Aluysio Reis de Andrade. São Paulo: Nova Cultural, 1997 (Os pensadores).

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 21 de novembro de 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e ambivalência**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

BENTES, João Marques; CHAMPLIN, Russell Norman. **Enciclopédia de Bíblia Teologia e Filosofia**. São Paulo: Candeia, 1997. v. 6.

BERMUDES, Sergio. **Introdução ao processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova ed. Tradução de Carlos Nelson

Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **O Positivismo Jurídico:** Lições de filosofia do direito. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006 (Coleção elementos de direito).

_____. **Teoria do ordenamento jurídico.** Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. SENADO FEDERAL. COMISSÃO DE JURISTAS RESPONSÁVEL PELA ELABORAÇÃO DE ANTEPROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. **Código de Processo Civil:** anteprojeto. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 02 de março de 2011.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del5452.htm>>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2011.

_____. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2011.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2011.

_____. **Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991.** Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8245.htm>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2011.

_____. **Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001.** Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2011.

_____. **Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009.** Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2011.

_____. **Projeto n. 8.046/2010**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=490267>. Acesso em: 02 de março de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n. 25**. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=25.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. Bases para um pensamento contemporâneo do Direito Processual Civil. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio. **Bases científicas para um renovado direito processual**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 375-386.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares**. Campinas: Servanda, 2000.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **A nova Execução de Sentença**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Bases teóricas para um Novo Código de Processo Civil. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio. **Bases científicas para um renovado Direito Processual**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 29-42.

_____. **Juizados especiais cíveis estaduais, federais e da fazenda pública: uma abordagem crítica**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Lições de Direito Processual Civil**. 16. ed. rev. e atual. até a Lei 11.419/2006. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1.

_____. **Lições de Direito Processual Civil**. 14. ed. rev. e atual. até a Lei 11.419/2006. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 2.

_____. **Lições de Direito Processual Civil**. 5. ed. rev. e atual. até a Lei 11.441/2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 3.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 233-265.

CAMPOS, Antônio Macedo de. **Do conhecimento e da execução no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1977.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Traducción de la quinta edición italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, v.1.

COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Teoria quinária da ação**: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento. Salvador: JusPODIVM, 2010.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. 3. ed. (póstuma). Buenos Aires: Roque Depalma, 1958.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2010.

DIDIER JR, Fredie. Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo. In: _____ (org.). **Teoria do Processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPODIVM, 2010. v. 2, p. 257-263.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010, v. 1.

_____. **Processo Cautelar**: ainda é útil? Disponível em <http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_333.html>. Acesso em: 21 de novembro de 2010.

_____. Processo de conhecimento. In: JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR., Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A nova reforma processual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 01-119.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **A Instrumentalidade do Processo**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Nasce um novo processo civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 01-17.

_____. **A reforma da reforma**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de J. Baptista Machado. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Direito fundamental à jurisdição efetiva na sociedade da informação. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (org.). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 389-396.

FUX, Luiz. **A reforma do processo civil: comentários e análise crítica da reforma infraconstitucional do Poder Judiciário e da reforma do CPC**. 2. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2008.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. Quais as bases científicas para um renovado Direito Processual? In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio. **Bases científicas para um renovado direito processual**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 861-868.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso

italiano. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 49-73.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre factividade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição (*Die normative Kraft der Verfassung*)**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HUSSERL, Edmund. **Idéias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura**. Tradução de Márcio Suzuki. Aparecida, SP: Idéias & Letras, 2006.

JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Idéias e propostas de agilização da marcha processual. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio. **Bases científicas para um renovado Direito Processual**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 769-772.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Tradução de Rodolfo Schaefer. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006 (Coleção Justiça e Direito).

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006 (Debates; 115).

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2010.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Embargos do executado (oposições de mérito no processo de execução)**. Campinas-SP: Bookseller, 2003.

_____. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Bestbook, 2004.

_____. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1.

LIMA, Viviane Nunes Araújo. **A Saga do Zangão**: uma visão sobre o direito natural. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

MAFRA, Jeferson Isidoro. Sincretismo Processual. **Revista Jurídica. Universidade Federal de Blumenau. Centro de Ciências Jurídicas**, ano 7, n. 13, jan./jun., 2003, p. 152-169.

MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. In: CERQUEIRA, Luís Otavio Sequeira de et al (coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**: Estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 229-236.

_____. **A Antecipação da Tutela**. 7. ed. rev. e atual. em atenção às Leis 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002, que alteram o Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Idéias para um “renovado Direito Processual”. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio. **Bases científicas para um renovado Direito Processual**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 125-146.

_____. **Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social**. Disponível em: <http://www.professormarinoni.com.br/manage/pub/anexos/20080320041348DO_PR OCESSO_CIVIL_CLASSICO.pdf>. Acesso em: 21 de novembro de 2010.

_____. **Teoria geral do processo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007 (Curso de processo civil; v. 1).

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008 (Curso de processo civil; v. 2).

_____; _____. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009 (Curso de processo civil; v. 5).

_____; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____; _____. **O projeto do CPC: crítica e propostas.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 12. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado das Ações.** Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998, t.1.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009 (Coleção temas atuais de direito processual civil; v. 14).

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento.** 25. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo.** 9. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, Celso. **Estrutura fundamental do processo civil: tutela jurídica processual, ação, processo e procedimento.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. Novas perspectivas da execução civil – cumprimento da sentença. In: SHIMURA, Sérgio; NEVES, Daniel A. Assumpção (Coord.). **Execução no processo civil: novidades & tendências.** São Paulo: Método, 2005, p. 183-201.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo.** 4. ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010.

ORIONE NETO, Luiz. **Tratado das medidas cautelares: teoria geral do processo cautelar.** São Paulo: LEJUS, 2000 (Coleção tratado das medidas de urgência), v. 3, t.1.

PASSOS, J. J. Calmon de. Da antecipação da tutela. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 187-213.

_____. **Comentários ao Código de processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, v. X, t. I, arts. 796 a 812.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica. Tradução de Vergínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004 (Coleção Justiça e Direito).

PEYRANO, Jorge W. Sobre el activismo judicial. In: ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA (org.). **Activismo y garantismo procesal**. Córdoba, 2009, p. 11-20.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

POPPER, Karl Raymund. **Lógica das ciências sociais**. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004 (Biblioteca Tempo Universitário nº 50).

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RAMOS, Glauco Gumerato. Processo jurisdicional civil, tutela jurisdicional e sistema do CPC: como *está* e como *poderá estar* o CPC brasileiro. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio. **Bases científicas para um renovado Direito Processual**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 571-587.

_____. Sentença substitutiva da declaração de vontade. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção et al. **Reforma do CPC**: leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 99-146.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer e das obrigações de entrega de coisa. In: JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR., Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A nova reforma processual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 201-244.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

_____. **Um discurso sobre as ciências**. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

SHIMURA, Sérgio. Cumprimento de sentença. In: SHIMURA, Sérgio; NEVES, Daniel A. Assumpção (Coord.). **Execução no processo civil: novidades & tendências**. São Paulo: Método, 2005, p. 241-251.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. v. 3.

_____. **Do processo cautelar**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Teoría de la acción cautelar**. Tradução para o espanhol de Martha Olivar. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O devido processo legal: uma visão pós-moderna**. Salvador: JusPODIVM, 2008 (Coleção temas de processo civil / estudos em homenagem a Eduardo Espínola / coordenada por Fredie Didier Jr).

_____. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Orlando de. **Doutrina e prática das execuções de sentenças**. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Sugestões Literárias, 1970.

SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à justiça e responsabilidade civil do Estado por sua denegação: estudo comparativo entre o direito brasileiro e o direito português**. 2006. Tese (Pós-Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal.

_____. **Sentença civil imotivada: caracterização da sentença civil imotivada no direito brasileiro**. Salvador: JusPODIVM, 2008.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A reforma processual na perspectiva de uma nova justiça. In: _____ (coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 885-906.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A execução de sentença e a garantia do devido processo legal**. Rio de Janeiro: AIDE Ed., 1987.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 2.

_____. **O cumprimento de sentença e a garantia do devido processo legal: antecedente histórico da reforma da execução de sentença ultimada pela lei 11.232 de 22.12.2005**. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

_____. Tutela de Emergência. Antecipação de Tutela e Medidas Cautelares. In: _____. **O processo civil brasileiro: no limiar do novo século**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 75-96.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. El garantismo procesal. In: ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA (org.). **Activismo y garantismo procesal**. Córdoba, 2009, p. 145-162.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília-DF: Editora Universidade de Brasília, 1979.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 19-51.

ZANETI JR., Hermes. A Teoria Circular dos Planos (Direito Material e Direito Processual). In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 315-344.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.