

TÊNDENCIAS E TRANSFORMAÇÕES DO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO

*Zuleide Barbosa Vilaça**

SUMÁRIO: : 1. Direito Material e Direito Processual; 2. Evolução Histórica do Direito Processual Civil; 3. Conclusões; 4. Referências

1. DIREITO MATERIAL E DIREITO PROCESSUAL

As normas jurídicas de direito material são as normas legais que criam, regem e extinguem relações jurídicas, definindo o que é lícito e pode ser feito e o que é ilícito e não deve ser feito. Elas tratam das relações jurídicas travadas no mundo empírico, como as regras que regulam a compra e venda de bens, ou o modo como deve ocorrer o relacionamento entre vizinhos. Regulam as relações jurídicas em geral, excluía a matéria relativa à disciplina dos fenômenos que se passam no processo, inclusive da relação jurídica processual base.

O direito material cuida apenas das relações jurídicas em que o cumprimento da norma se dá espontaneamente pelos obrigados por força de lei ou de contrato. Ante o descumprimento da norma ou o inadimplemento de determinada obrigação, o direito material nada pode fazer, restando ao interessado buscar a tutela jurisdicional para seu interesse violado, cujas normas são reguladas pelo direito processual.

O direito processual trata da forma como se fará a veiculação da pretensão para a solução da lide, tendo conteúdo nitidamente vinculado ao que acontece em juízo, quando o litígio chega ao Poder Judiciário¹. Suas normas, como as normas de direito material, também proporcionam a criação, modificação e extinção de direitos e obrigações. A diferença é que nestas há disciplina das relações jurídicas que se travam nos diferentes

* Aluna do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá (CESUMAR). Advogada militante na comarca de Paranavaí (PR).

¹ Ou, se for o caso, quando se celebra o compromisso arbitral, conforme descrevem Wambier, L.R., Almeida, F.R.C. e Talamini, E. *Curso Avançado de Processo Civil*, 2. ed., São Paulo: ed. RT, 1999, p.50.

ambientes (familiar, negocial, etc), enquanto as normas de direito processual disciplinam os fenômenos endoprocessuais (que ocorrem dentro do processo) e a própria relação jurídica em que consiste o processo. Pode-se definir o direito processual como o conjunto de normas jurídicas voltadas à regulamentação da atividade característica da jurisdição.

O relacionamento entre o direito material e o direito processual é de instrumentalidade deste diante daquele. É através do processo que se consegue dar rendimento à norma jurídica de direito material que foi desrespeitada por um dos sujeitos da lide.

O direito processual é informado por princípios próprios, que decorrem da própria função do processo e tem por objeto específico o processo. Assim, é uma ciência autônoma no campo da dogmática jurídica. Na clássica dicotomia que divide o direito em público e privado, o direito processual está incluído no direito público, pois governa a atividade jurisdicional do Estado.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

A história do direito processual é formada por três fases, denominadas por Araújo Cintra, Ada Grinover e Cândido Dinamarco² de fases "metodológicas fundamentais":

2.1. Fase sincretista

O movimento racionalista, "século das luzes", trouxe transformações também no campo jurídico. Conforme lição de Cândido Rangel Dinamarco³ as transformações políticas e sociais na Europa, desde o século anterior, tinham alterado a fórmula das relações entre o Estado e o indivíduo e surgiu a preocupação em definir os fenômenos do processo, a partir de premissas e conceitos antes não revelados à ciência, que estudava o "direito judiciário civil".

Até aquele período, o processo era considerado simples meio de exercício dos direitos. A *ação* era entendida como o próprio direito subjetivo material que, uma vez lesado, adquiria forças para obter em juízo a reparação da lesão sofrida. A jurisdição, como sistema de tutela aos direitos; o processo como mera sucessão de atos.

² Teoria Geral do Processo, 8. ed.. São Paulo: ED RT, 1991, p. 43.

³ A Instrumentalidade do Processo, 8. ed. São Paulo: ED. Malheiros, 2000, p. 17-8.

Prevaleceu das origens até quando os alemães começaram especular a natureza jurídica da ação e do processo. Assim, o *sincretism jurídico* era caracterizado, sobretudo, pelo equívoco entre os planos substancial e processual do ordenamento.

2.2. Fase autonomista

Também fase conceitual; foi marcada pelas grandes construções científicas do direito processual. Durou quase um século e nela tiveram lugar as grandes teorias processuais, especialmente sobre a natureza jurídica da ação e do processo, as condições da ação e os pressupostos processuais.

Questionou-se o tradicional conceito civilista de ação, no plano conceitual ou funcional em face da *actio* romana. Concluiu-se que esta não instituiu de direito material, mas de direito processual; que não se dirige a adversário, mas ao juiz, e que não tem por objeto o bem litigioso, mas prestação jurisdicional.

Nela erigiu-se definitivamente uma ciência processual ansiosa em afirmar a autonomia científica do direito processual e definir amplamente seus conceitos e princípios⁴. Como firmou-se a idéia de autonomia em relação ao direito material, o sistema processual era estudado por uma visão, introspectiva, com o exame de seus institutos, categorias e conceito fundamentais. O processo era visto como mero *instrumento técnico* par realização da ordem jurídica material, sem a análise de seus resultados na vida das pessoas ou preocupação pela justiça que ele fosse capaz de realizar.

Desta forma, a angústia dos cientistas em afirmar a autonomia do, direito processual em relação ao direito material trouxe prejuízos: se quis demonstrar total independência de um em relação ao outro e não que são, ciências autônomas por terem princípios próprios, o que ocorre na realidade Assim, esqueceu-se de questionar os objetivos do direito processual, os quais vêm a albergar o cumprimento das normas de direito material desrespeitadas num prazo razoável e da forma mais justa possível, ideal que só seria buscado na fase posterior; a fase instrumentalista.

2.3. Fase instrumentalista

É o estágio em que o processo civil se encontra, sendo, eminentemente crítico. Apesar de a ciência processual civil ter atingido, níveis expressivos de desenvolvimento, o processualista moderno tem missão de buscar produzir justiça entre os membros da sociedade,

⁴ A autonomia do Direito Processual Civil decorre também do peculiar sistema de princípio próprios que o regem, determinando sua autonomia como ramo da ciência do Direito.

procurando ver o processo de um "ângulo externo"⁵, examinando-o nas suas necessidades prementes e visando seus resultados práticos.

Os conceitos científicos já atingiram os níveis mais elevados, não se aceitando mais a postura desprovida de índole teleológica nas investigações conceituais. Não basta interpretar o processo, sem investigar meios de transformá-lo para melhor. É importante, segundo Bedaque⁶, reavaliar conceitos e princípios, adequando-os a essa nova perspectiva, uma vez que, a maioria dos institutos processuais foi concebida na visão autonomista ou conceitual da ciência processual.

Recentemente tomou-se consciência da figura essencial deontológica do sistema processual e de sua difícil missão perante a sociedade e o Estado, e não só em face da ordem jurídico-material. Mas, esta fase está longe de atingir seu potencial reformista.

Conforme lição de referidos autores⁷, nesta fase tiveram lugar três ondas renovatórias, a saber: a) estudos para a melhoria da *assistência judiciária* aos necessitados; b) A tutela dos interesses *supra-individuais*, (interesses coletivos e difusos); c) Tentativas para a obtenção de fins diversos, ligados ao modo-de-ser do processo (simplificação e racionalização de procedimentos, conciliação, equidade social distributiva, justiça mais acessível e participativa, etc.).

O direito processual foi elevado a direito processual constitucional, havendo, inclusive, conforme João Carlos Pestana de Aguiar⁸, na atual Constituição Federal pátria, a conversão do direito processual a um "superdireito, sendo maximizado seu potencial instrumental na defesa dos direitos individuais, coletivos, sociais, da nacionalidade e políticos".

2.3. Direito processual constitucional

O direito constitucional fixa as bases do direito processual, instituindo o Poder Judiciário, criando os órgãos jurisdicionais que o compõem, assegurando as garantias da Magistratura e fixando princípios de ordem política e ética que consubstanciam o acesso à justiça e a chamada garantia do devido processo legal. A constitucionalização do direito processual visa a assegurar a conformação e o funcionamento dos institutos processuais aos princípios que são insculpidos pelos valores constitucionais⁹

⁵ *Op. cit.*, p. 44.

⁶ Bedaque, J.R. dos S. *Direito e Processo - Influência do direito material sobre o processo*, 2. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001, p. 15.

⁷ *Idem*, p. 45.

⁸ Cf. Pestana de Aguiar, J.C. *A Constituição Federal de 1988 e o Processo Civil*. Livro de estudos jurídicos (s.c.). v. 1/59-105. *Apud* Bedaque, J.R.S. *Direito e Processo - Influência do direito material sobre o processo*. 2. Ed. São Paulo:Ed. Malheiros, 2001, p. 23.

⁹ Marinoni, L.G. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. São Paulo:Ed. Malheiros, 2000, p. 21.

A teoria do processo é marcada pela noção de Estado própria de determinado momento histórico e tem a jurisdição como manifestação de poder, ao lado da administração e da legislação. Sendo o objetivo do Estado o bem comum, o fim do Estado, através da jurisdição, também é o encontro do bem comum pela pacificação social.

A jurisdição deve realizar e permitir a participação popular no poder, através do processo. O direito à adequada tutela jurisdicional e à efetividade da defesa são garantias de justiça do cidadão que descendem da Constituição. Liebman¹⁰ já dizia em 1952 que "o Código de Processo Civil não é outra coisa a não ser a lei regulamentar da garantia de justiça contida na Constituição".

Clemerson Clève¹¹ lembra que hoje se busca somar a técnica necessária da democracia representativa com as vantagens oferecidas pela democracia direta e cita Canotilho¹² que afirma a necessidade de democratizar a democracia, intensificando a otimização das participações dos homens no processo decisório. E na Constituição brasileira encontramos participação por via representativa e por via direta. A Constituição prevê, ainda, várias formas de participação, como a ação popular, as ações coletivas e a ação de inconstitucionalidade. A participação do cidadão na gestão do bem comum está entre os escopos da jurisdição.

A participação pode-se dar através do processo jurisdicional (da ação popular, das ações coletivas e da ação de inconstitucionalidade) e através da própria participação na administração da justiça, que pode ser direta ou indireta. A presença de "leigos" nos juizados de pequenas causas configura a participação direta e a indireta verifica-se através dos princípios constitucionais da publicidade e da motivação.

Através da ação popular é deferida ao cidadão a possibilidade de influir na gestão da coisa pública. Fábio Konder Comparato¹³ propõe seja deferido a todo contribuinte a legitimidade de ingressar com ação popular; Egas Dirceu Moniz de Aragão¹⁴ sugere a abertura de legitimação à ação popular aos partidos políticos e entidades intermediárias, todas estas sugestões a fim de efetivar a democracia participativa.

¹⁰ Diritto costituzionale e processo civile" *Rivista di diritto processuale*, 1952, p. 328-329.

¹¹ O cidadão, a administração pública e a nova Constituição, *Revista de informação legislativa*, n. 106, p. 83.

¹² Canotilho, J.J.G. *Direito Constitucional*, 4. ed. Coimbra: Ed. Almedina, 1989, p. 365.

¹³ "A função social do advogado", *Para viver a democracia*, São Paulo: Ed. Brasiliense, 1989, p.169.

¹⁴ "O Estado de Direito e o direito de ação (a extensão do seu exercício)", *Revista Brasileira de Direito Processual*, v 16, p. 78.

2.3.1.1. Acesso à justiça

Os sistemas jurídicos mais modernos, através das Constituições, adotaram uma tendência de tornar a justiça acessível a todos. Após a guerra, os novos direitos sociais e econômicos passaram a meras declarações políticas e surgiu a necessidade de investigar as funções sociais, desempenhadas pela justiça civil e processual.

Conforme os estados burgueses dos séculos dezoito e dezenove, o direito à jurisdição significava apenas o direito formal de propor ou contestar uma ação e estaria em juízo quem pudesse suportar os ônus de uma demanda. A desigualdade econômica ou social não era objeto das preocupações do Estado.

Marinoni¹⁵ afirma que nas democracias os direitos sociais surgem a partir do momento em que se toma consciência da transformação das liberdades públicas em privilégios de poucos. O direito à igualdade, em direito processual, atualmente, significa direito à igualdade de oportunidades de acesso à justiça, ideal que está longe de ser realizado. A expressão "acesso à ordem jurídica justa" utilizada por Kazuo Watanabe¹⁶ expressa de forma mais significativa as preocupações da doutrina processual moderna.

2.3.1.2. Entraves a um efetivo acesso à ordem jurídica justa

A falta de acesso faz com que o cidadão aceite, muitas vezes, calado, a autotutela do mais astuto ou do mais forte. Assim, o cidadão sente-se desprotegido, desamparado pelo Estado. Esta situação gera infelicidade e, num plano coletivo pode gerar desestabilização social.

Para a efetividade do processo, isto é, para a plena consecução de sua missão social de eliminar conflitos e fazer justiça, é preciso superar os óbices ameaçadores da boa qualidade de seu produto final.

2.3.1.2.1.0 custo do processo

O excessivo custo do processo, exigindo antecipação das despesas judiciárias, atinge principalmente, as camadas de baixa renda da população, a maioria no Brasil.

Pelo inciso LXXIV, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, a assistência jurídica gratuita é dever do Estado¹⁷. Há pacífico entendimento

¹⁵ *Op. cit.* p. 26.

¹⁶ "Acesso à justiça e sociedade moderna", *Participação e Processo*. São Paulo: Ed. RT, 1988, p.134.

¹⁷ Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery, *Código de Processo civil comentado*, 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 29 explanam que mais ampla do que a assistência judiciária, a assistência jurídica consiste na consultaria, auxílio extrajudicial e assistência judiciária. A assistência jurídica deverá ser prestada pela defensoria pública (art. 134 da CF), criada e organizada na forma da lei. Parte da assistência jurídica (a judiciária), se encontra regulada pela LAJ, que foi recepcionada pela nova ordem constitucional.

dos tribunais pátrios que a assistência judiciária deve ser concedida mediante a simples afirmação de pobreza, até prova em contrário¹⁸, que se concretiza mediante declaração do interessado, no sentido de que não tem meios suficientes para arcar com o custo do processo, sem prejuízo para o sustento próprio e de sua família¹⁹.

A assistência judiciária tem sido prestada pelos órgãos do Estado (Procuradoria do Estado, Defensoria Pública) e por convênios firmados com as seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil, que elaboram listas de advogados para as várias comarcas, por sistema de rodízio, havendo um limite de número de causas para intervenção por período, vindo a remuneração destes profissionais de fundos instituídos pelos órgãos oficiais.

Não se pode indeferir o pedido de assistência judiciária sem a "exposição específica dos motivos pelos quais o juízo conclui pela insuficiência econômica", ou sob a mera alegação de que o requerente "exteriorizava sinais de patrimônio", embora os interessados no pagamento das custas processuais comumente protestem e tentem influenciar a decisão judicial pelo indeferimento do requerimento de assistência judiciária. O serviço da escrivania deve ser extremamente vinculado à lei e à fiscalização do Poder Público.

Tem-se entendido que "a condição de pobreza, enquanto requisito da condição de concessão do benefício da assistência judiciária gratuita (...) não sofre com a circunstância eventual de a parte ter bens, móveis ou imóveis, se esses nada lhe rendem, ou o que rendem não evitam o prejuízo do próprio sustento". Antigo acórdão do STP reconhece também que "o espólio pode pedir e obter justiça gratuita, desde que o inventariante prove que não pode, sem perda grave de seu patrimônio, intentar lide. Assim, a Constituição não exige a miserabilidade para o deferimento da assistência judiciária ou da justiça gratuita.

Na condição de pequeno empresário, tanto a doutrina, quanto a jurisprudência dominante entendem que só cabe a concessão de assistência judiciária às pessoas jurídicas, se estas forem entidades beneficentes.

Também a fim de ampliar o atendimento aos economicamente carentes, os tribunais têm afirmado que advogado particular pode ter interesse econômico na causa e patrociná-la, mediante assistência judiciária, como ocorre nas ações de indenização, ações trabalhistas, etc.

Determinadas provas, como exames de DNA e toxicológicos, não são realizadas gratuitamente pelo Estado e nem por particulares, sendo muito custosas para a maioria pobre. Não haverá acesso à ordem jurídica justa para o carente, se tiver acesso à ação, mas não puder fazer prova de

¹⁸ STJ: RSTJ 7/414. Boi. AASP 1847/153.

¹⁹ TJSP, RT 708/88.

suas alegações. Dinamarco²⁰ sugere a instituição de um fundo proveniente das custas pagas pelos processos, a fim de suprir esta deficiência.

O Estado social que objetiva o bem-estar dos cidadãos e reconhece a dignidade humana como valor fundamental do seu ordenamento jurídico, está obrigado a estruturar adequadamente a assistência judiciária, de forma que efetivamente atenda aos reclamos sociais. No Brasil, a assistência judiciária, de maneira genérica, não tem sido suficiente, tornando distante o ideal de acesso à justiça. Para que funcione de forma adequada, é necessário número bastante de causídicos para atender carentes, com devida remuneração a estes profissionais, além de um treinamento especial.

Buscando, ainda, solucionar o entrave econômico no acesso à ordem jurídica justa, foi criada a lei dos Juizados Especiais. A ideologia destes requer uma mentalidade própria para atender a pessoas carentes (há exclusão do pagamento de custas em primeiro grau, para causas cíveis de menor complexidade, enumeradas estas no art. 30. da lei). O pobre, consumidor dos juizados, é quem mais sofre com o retardo na prestação jurisdicional, sendo, por esta razão, obrigatória a celeridade do processo nos juizados especiais.

A lei limita a legitimidade ativa às pessoas físicas e não obriga acompanhamento de advogado nas causas de até vinte salários mínimos, sendo estes obrigatórios apenas na fase recursal e nas causas de valor superior a vinte salários mínimos. Deve o juiz suprir a ausência do advogado no caso concreto, a fim de que as duas partes tenham acesso à ordem jurídica justa.

O art. 2º da Lei determina que o processo se oriente pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação²¹. A conciliação é pressuposto para a passagem à fase de instrução e julgamento. O pedido e a contestação podem ser apresentados oralmente, devendo, neste caso, ser reduzidos a escrito. Apenas excepcionalmente o recurso será recebido no efeito suspensivo.

A figura do juízo arbitral, expressamente prevista na Lei 9.099/95 também poderá contribuir para resolver determinadas controvérsias como de vizinhança e proteção ao locatário.

2.3.1.2.2. A falta de informação

Num país ainda carente como o nosso, boa parte da população sequer conhece seus direitos. É freqüente encontrar até pessoas com recursos, que não conhecem, ou não compreendem as normas jurídicas.

²⁰ A *Instrumentalidade de Processo*, São Paulo: Ed. Malheiros, 2000, p. 276.

²¹ Figueira Jr. J. D. e Lopes, MAR. *Comentários à lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*, São Paulo: Ed. RT, 1995, p. 43.

Além disso, nossa legislação está sempre mudando (também pela necessidade de evolução), diferentemente de países que têm seu direito fixado em bases tradicionalistas e antigas, como a Inglaterra e Estados Unidos, sem mencionar as diferenças culturais e econômicas.

A aplicação indiscriminada, no Brasil, do provérbio *ignorantia iuris non excusat* demonstra uma sociedade que não consegue viver plenamente a democracia²². Muitas vezes, as pessoas sabem da existência de problemas, mas não identificam sua natureza jurídica: não têm instrução e cultura, não fazem parte dos círculos de advogados e residem nas periferias distantes dos escritórios de advocacia.

A democratização da justiça deve passar pela democratização do ensino e da cultura, através do intercâmbio de idéias e informações. O Estado, a Ordem dos Advogados, a Universidade, os veículos de comunicação de massa e outros setores da vida privada²³ devem oferecer informação e orientação a respeito dos direitos²⁴.

Os "escritórios de vizinhança", nos Estados Unidos, são localizados na periferia das grandes cidades, perto dos seus problemas frequentes e atuam através da orientação e prevenção. Encaminham, ainda, os conflitos coletivos aos órgãos do Ministério Público ou de associações de classe. Mas, não raro, atuam contra o governo, de onde vem o seu apoio, o que tem sido grande problema²⁵.

Desta forma, é imprescindível a atuação de um órgão independente, como o Ministério Público, que, no Brasil, tem agido firmemente na proteção de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, várias vezes contra entidades governamentais, e ainda, nos casos de acesso da criança e adolescente²⁶. Também o atendimento e orientação ao público, pelo Ministério Público, é fundamental ao correto exercício das funções deste; conhecendo, desta forma, fatos que não chegam à polícia ou a outros órgãos, ou que não são devidamente apurados.

²² Cappelletti, M. Problemas de Reforma do Processo Civil nas sociedades contemporâneas, O *Processo Civil Contemporâneo*, coord. Marinoni, L.G. Curitiba: Ed. Juruá, 1994, p. 16: "Se é verdade que democracia significa, antes de mais nada, participação e se é verdade que o fenômeno mais típico do processo é a existência de um procedimento destinado a assegurar às partes o direito de participar da formação do *judicium*, não se pode conceber como verdadeira jurisdição aquela em que a parte pobre esteja privada de informações e de representação, que se constituem em condições inarredáveis para sua participação".

²³ O Poder Judiciário paranaense fez imprimir e divulgar uma cartilha, com linguagem popular, que informa ao cidadão que o acesso à justiça não é difícil, nem oneroso.

²⁴ Marinoni, L.G. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. São Paulo:Ed. Malheiros, 2000, p. 21. 25.

²⁵ *Op. cit.* p. 82.

²⁶ Mazzilli, H.N. O *Ministério Público no Estatuto da Criança e do Adolescente*, RT, V. 684, p. 273.

2.3.1.2.3. Descrença na justiça

A crença na autoridade do Estado é o que leva o sujeito a socorrer-se da lei e da jurisdição, pois, perdidas as referências comportamentais baseadas nos padrões religiosos e éticos, a sociedade vê-se obrigada a orientar-se, cada vez mais, por preceitos jurídicos²⁷.

Mas muitos não se valem da justiça porque não confiam na figura do advogado. Em pesquisa realizada pelo Ibope, em fevereiro de 1998, 80% das pessoas entrevistadas afirmaram que "a justiça persegue os pobres e protege os ricos". Basta dar uma olhada, empiricamente, nas pessoas que lotam as cadeias públicas para se chegar a esta conclusão. Sem mencionar o número de resultados vitoriosos em demandas cíveis de pessoas que têm condições de contratar bons advogados e custear todas as provas necessárias... Experiências anteriores com a justiça, próprias ou de amigos, repercutem negativamente. Por total descrédito na justiça, muitas vezes o pobre deixa de procurá-la, mesmo quando tem informação sobre a assistência judiciária.

2.3.1.2.4. Temor de represálias

É notório que as pessoas menos favorecidas, comumente, temem represálias quando pensam em recorrer à justiça, tendo medo de serem punidas até pela parte contrária, geralmente mais forte economicamente. Cappelletti²⁸ dá o seguinte exemplo: pessoas que procurariam um advogado para obter o divórcio, dificilmente ingressariam com ação contra uma empresa cuja fábrica esteja expelindo fumaça e poluindo a atmosfera. Mormente quando se trata de direitos não tradicionais, como o mencionado.

A tutela coletiva como solução

O processo civil clássico tornou-se inidôneo para tutelar situações de massa, pois é individualista; isto é, nele a legitimação para a causa foi concebida nos limites da coincidência entre a titularidade do direito material e a titularidade da ação.

Além disso, os grandes danos em massa podem representar danos individuais e o ingresso do prejudicado em juízo, de forma tradicional, não resolve a questão. Exemplifica Cappelletti²⁹ que o consumidor isolado encontra-se em situação de desvantagem, diante do grande empresário; também o ambientalista, ante as poluições provocadas pelas grandes indústrias. Segundo o autor, produção e poluição, atualmente, atingem muitas pessoas. Unindo-se, os consumidores de um mesmo produto, ou as

²⁷ Cf. Ovídio Baptista da Silva. "Democracia moderna e processo civil", *Participação e processo*. São Paulo: Ed. RT, 1988, p. 102.

²⁸ *Acesso à justiça*, Porto Alegre: Ed. Fabris, 1988, p. 24.

²⁹ Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas, *O processo civil contemporâneo*, Curitiba: Ed. Juruá, 1994, p. 17.

vítimas de poluição, melhor poderão enfrentar as grandes potências econômicas.

Após a análise de vários entraves ao acesso à justiça, é de se concluir que a maioria, pobre, sem instrução e fé na justiça, há tempos carecia de uma representação efetiva, que veiculasse o acesso à ordem jurídica. Surgiu, então, no Brasil, com amparo constitucional, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública, tutelando os direitos transindividuais, detentores de legitimação autônoma para a condução do processo, como, por exemplo, a legitimação do Ministério Público para a tutela dos direitos difusos e os grupos associativos, representando interesses de classes. Com a adoção desta tutela, elimina-se o problema do custo do processo na ação individual e impõe-se o valor das normas de direito material, que ficariam sem viabilidade diante das lesões de massa.

Conciliação

Enumerando vários problemas da justiça, depreende-se que importa a pacificação social, independentemente da forma através da qual ela é obtida. Já que o Estado tem faltado tanto em sua missão pacificadora, surgiram a arbitragem e a conciliação, como formas alternativas de solução dos conflitos.

Ada Pellegrini Grinover³⁰ adverte que nem todas as controvérsias são idôneas a ser solucionadas pelas vias de conciliação extrajudicial, sendo importante, neste sentido, as pesquisas empíricas para destacar os litígios que melhor se coadunam com os equivalentes jurisdicionais.

Neste plano, o Ministério Público exerce papel relevante, escutando, atendendo ao público e atuando como agente de conciliação, como, por exemplo, nas chamadas "Promotorias do Consumidor".

2.3.1.2.5. A duração do processo

Problema flagrante tem sido a morosidade do processo, o que também gera a descrença na justiça. Chiovenda³¹ já dizia que a duração do processo prejudica o autor que tem razão e beneficia o réu, que não a tem, já que, se o bem da vida reivindicado pelo autor encontra-se na esfera jurídica patrimonial do demandado, o tempo necessário para a definição do litígio em que o autor tem razão faz com que o réu mantenha indevidamente o bem no seu patrimônio; o que o beneficia.

Carnelutti³² defendia que "a duração do processo agrava progressivamente o peso sobre as costas da parte mais fraca". Se o tempo do

³⁰ "A conciliação extrajudicial no quadro participativo", Participação e Processo, São Paulo: Ed. RT, 1998, p. 281.

³¹ Instituições de Direito Processual Civil, v. 3, p. 264 e ss.

³² Diritto e processo, p. 357.

processo prejudica o autor que tem razão, tal prejuízo aumenta na proporção da necessidade do demandante, pois a demora pressiona o mais frágil economicamente a aceitar acordos, na maioria das vezes, prejudiciais a ele.

A morosidade da justiça, algumas vezes, é opção dos próprios detentores do poder. Marinoni³³ exemplifica com a lei que proibiu, à época do "plano Collor" a concessão da medida liminar e a execução provisória da sentença na ação cautelar e no mandado de segurança contra o poder público: "o uso arbitrário do poder, sem dúvida, caminha na razão proporcional inversa da efetividade da tutela jurisdicional... Talvez falte vontade política para a redução da demora processual". Há, ainda, advogados que organizam e rentabilizam sua atividade respaldados na demora dos processos³⁴.

2.3.1.2.6. O número de juízes

O bom funcionamento do Poder Judiciário depende de vários fatores, entre os quais uma relação adequada entre o número de juízes e o número de processos. Observe-se que a Revista Veja, de 30 de abril de 2003, publicou, em estatística, o número de magistrados por cem mil habitantes em alguns países e no Brasil, a saber: Alemanha, trinta; França, quatorze; Estados Unidos, onze; Argentina, seis e Brasil cinco. No Tribunal de Justiça de São Paulo, em determinado momento recente caberiam 1882 feitos a cada juiz. Para Donaldo Armelin³⁵ "essa plethora de serviço é suficiente para prejudicar não só a celeridade da prestação da tutela jurisdicional, mas também sua própria qualidade".

Atualmente tem ocorrido, freqüentemente, a oferta de vagas para magistrados nos concursos e dificuldade de preenchê-las, questão que repousa na qualidade do ensino jurídico, com faculdades surgindo em todos os cantos, visando, primeiramente os lucros, e não correspondendo na qualidade. Desta forma, cresce a responsabilidade das Escolas da Magistratura, devendo fornecer formação jurídica, extrajurídica e preparação psicológica adequada.

2.3.1.2.7. Organização judiciária

Uma boa organização judiciária também é indispensável para a efetividade do acesso à justiça. É importante a criação de novos órgãos, quando necessária. Neste caso, novas comarcas e órgãos devem aparecer a partir de pesquisas e estatísticas, evitando, com isto, a desproporção de trabalho entre órgãos que devem ter semelhante volume de processos.

³³ *Op. citó* p. 33.

³⁴ Cl. Boaventura de Souza Santos, *Introdução à sociologia da administração da justiça*, cit. p. 127.

³⁵ *Acesso à justiça*, Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, v. 31, p. 173.

2.3.1.2.8. Poderes dos juízes

O antigo direito liberal eliminou os poderes do juiz. Nos países onde Montesquieu³⁶ teve maior repercussão, proibiu-se os juízes de interpretar a lei. O julgamento deveria ser apenas um "texto exato da lei". "Se os julgamentos fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos". Sobre a separação dos poderes, afirmou que "não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo". Definiu o juiz como "a boca da lei": poderia a lei ser, em certos casos, muito rigorosa. "Porém os juízes de uma nação não são mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor"³⁷. Se o juiz desse ordens ou exercesse *imperium*, retomaria o papel atribuído ao juiz francês, anterior à Revolução Francesa³⁸

Ovídio Baptista da Silva explica que a precedência da cognição sobre a execução é uma exigência da estrita submissão do juiz à lei, pois dar-lhe poder de executar antes de julgar seria como outorgar-lhe o direito de conceder a tutela a quem, depois, a sentença reconhecesse não ter direito. Além do mais, desta forma, o juiz tornar-se-ia legislador, com "grave risco para a liberdade dos cidadãos"³⁹ O juiz só deveria julgar após ter encontrado a "plena certeza jurídica" ou "a verdade". Desta forma, o procedimento ordinário clássico, com cognição ampla e exauriente servia como uma garantia da *neutralidade* do juiz, ou de que o juiz só julgaria após a sua "iluminação pela verdade".

Entretanto, a verdade varia conforme a subjetividade de cada um. A certeza seria a manifestação subjetiva de alguém sobre um dado, de onde pode surgir a verdade para ela, mas não para os outros, ou para todos. Esta certeza - mesmo porque a subjetividade do próprio ser pode mudar - não existe ou existirá como absoluta nem para aquele que a afirmou. Assim, toda certeza não passa de mera verossimilhança. Atualmente, o juiz deve procurar encontrar a "certeza do caso concreto", pautando-se com justiça ao apreciar a prova, ao enquadrar os fatos em normas e categorias jurídicas e ao interpretar o direito positivo⁴⁰.

No que tange à apreciação da prova, para um juiz consciencioso, é difícil ter de julgar apenas com as regras de distribuição do ônus da prova. Daí a necessidade de ampliação ao máximo possível - com preservação do

³⁶ Montesquieu, *Do espírito das leis*, cito p. 160.

³⁷ *Idem, ibidem*.

³⁸ George Ripert e Jean Boulanger, *Traité de droit civil*, Paris: Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1957, p. 591.

³⁹ Ovídio Baptista da Silva, *Jurisdição e execução*, São Paulo: Ed. RT, 1998, p. 147.

⁴⁰ Dinamarco, C.R.A *instrumentalidade do processo*, op. cito p. 295.

contraditório e dos limites constitucionais - das possibilidades de aquisição de conhecimentos dos fatos pelo magistrado, como a inspeção local, o que não causa perigo nenhum à imparcialidade do juiz⁴¹.

Com a democracia social, intensifica-se a participação do Estado na sociedade e, assim, a participação do magistrado no processo, cabendo a ele agora zelar por um processo justo, com a justa aplicação das normas materiais, pela adequada verificação dos fatos e a participação das partes em um contraditório real e pela efetividade da tutela de direitos, pois o abandono do processo à sorte que as partes lhe derem, não é compatível com os valores do Estado atual.

Cabe, ainda, ao juiz, reprimir energicamente a litigância de má-fé, pois não penalizando quem mal procede, está, na realidade, penalizando quem bem procede, o que coloca em risco o princípio da isonomia das partes.

2.3.1.2.9. Classificação trinária das sentenças

A tradição de nosso direito processual contempla apenas três espécies de ações de conhecimento: ações declaratórias, constitutivas e condenatórias. Esta classificação expressa os valores de um modelo institucional de Estado de matriz liberal e princípios da escola sistemática, sendo as tutelas da classificação trinária todas *lato sensu* declaratórias, já que não permitem ao juiz dar ordens.

A sentença condenatória também obedece a esses valores, pois também atua só no plano normativo. O que interfere, em concreto, no plano da realidade social é a execução. Na realidade, o juiz da sentença condenatória é um juiz sem qualquer poder criativo e de *imperium*, pois a sentença condenatória liga-se apenas às formas de execução por sub-rogação prevista na lei⁴².

⁴¹ Barbosa Moreira, J.C. "Os poderes do juiz", O processo civil contemporâneo, Curitiba: Ed. Juruá, 1994, p.93 - 96.

⁴² Theodoro Jr. H. *Processo de Execução*, São Paulo: Ed. LEUD, 2000, p. 40 explica: "Para fazer imperar a ordem jurídica, o Estado utiliza de meios de *coação* e meios de *sub-rogação*. No primeiro caso, temos a multa e a prisão, que são sanções de caráter intimidativo e de força indireta para assegurar a observância das regras de direito.

No conceito de direito processual civil, os meios de coação não integram o quadro das medidas executivas propriamente ditas, embora parte da doutrina costume apelidá-los de *execução indireta*.

No segundo caso - meios de sub-rogação - temos a atuação do Estado, como substituto do devedor, procurando, sem ou contra a vontade deste, dar satisfação ao credor, isto é, conseguir-lhe o benefício que para ele representaria o cumprimento da obrigação ou um cumprimento equivalente".

2.3.1.2.9.1. Ação mandamental e ação executiva *lato sensu*

Por influência de Pontes de Miranda, a doutrina brasileira mais recente passou a admitir, também, a categoria das ações mandamentais. O que caracteriza esse tipo de tutela é a ordem, o mandado expedido pelo juiz para que se faça, ou se deixe de fazer alguma coisa, sob as penas da lei (desobediência, multa, prisão, conforme o caso).

A diferença ontológica entre as ações mandamentais e as executivas *lato sensu*, é que, na primeira, a tutela se traduz e se exaure na ordem ou mandado, cujo cumprimento depende apenas da vontade do réu e, na segunda, exige a prática de atos coativos por auxiliares da justiça. Na tutela mandamental, o descumprimento sujeita o réu às sanções legais (multa, desobediência etc.), enquanto na executiva impõe seqüência de atos até se alcançar a satisfação plena do exeqüente⁴³.

Pelos artigos 461 e §§ e 461-A, nos processos que objetivam levar o réu a cumprir obrigação de fazer, não fazer, ou entregar coisa, pode haver antecipação da tutela, estando o juiz munido de poderes significativos para fazer com que pareça ao réu mais conveniente cumprir a obrigação espontaneamente do que se sujeitar a atos de força, como à busca e apreensão de bens, à remoção de pessoas e coisas, ao desfazimento de obras, ao impedimento de atividade nociva, tudo isso munido de força militar, em sendo necessário⁴⁴.

Parte da doutrina afirma que para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, é possível o emprego da prisão civil como meio de coerção⁴⁵. Outra parte entende que não é cabível, apontando como óbice a Constituição Federal, no art. 5.º, inc. LXVII, que veda a prisão civil por dívidas. Assim, se a prisão para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente ocorrer por causa da dívida, estará eivada de inconstitucionalidade.

Entendemos, no entanto, ser cabível a prisão *in casu*, pois a Constituição Federal veda a "prisão civil por dívidas, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel". O art. 461, § 5.º do CPC diz respeito a ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o art. 461-A a ações que tenham por objeto a entrega de coisa e não alude a dívida. Dívida, de acordo com De Plácido e Silva⁴⁶, "a rigor, entende-se toda obrigação cuja prestação é em dinheiro a ser cumprida pelo devedor".

⁴³ Tutela antecipada no processo civil brasileiro. São Paulo: Ed. Saraiva, 2001, p. 120.

⁴⁴ Wambier, L.R e T.A.A, *Breves Comentários à 2ª fase da Reforma do Código de Processo Civil*, 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 56.

⁴⁵ Marinoni, L.G. *Novas linhas do Processo Civil*, p. 87-88.

⁴⁶ *Vocabulário Jurídico*, vol. I e II. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1989. p. 108.

Além do mais, o § 5.0 do art. 461 do CPC descreve medidas meramente exemplificativas, quando dispõe: "Para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial. Desta forma, apesar de não estar expressamente prevista a palavra "prisão", está prevista a expressão "medidas necessárias, tais como ", o que demonstra que o intuito da lei foi tornar o rol apenas exemplificativo.

O juiz que pode sancionar suas ordens com a multa, ou determinar as "medidas necessárias" para a obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente, em conformidade com os artigos 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor, afasta-se da figura do juiz neutro e inerte do direito liberal. Aplicado este artigo em consonância com o princípio instrumentalista do processo civil atual, utilizando os poderes do juiz do Estado social, a fim de dar efetividade ao processo civil, parece perfeitamente cabível a prisão em caso de descumprimento da ordem.

A admissibilidade da tutela mandamental agora é também contemplada, na nova redação do art. 14 do Código de Processo Civil, *verbis*: *São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: ...*

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

O descumprimento de provimentos mandamentais sujeitará o responsável à multa de até 20% sobre o valor da causa, sem prejuízo das sanções civis e penais cabíveis. As mesmas sanções serão aplicáveis à parte que criar embaraços ao cumprimento de decisões antecipatórias ou sentenças finais.

2.3.1.2.10. Universalização do procedimento ordinário

A confusão entre instrumentalidade do processo e neutralidade do processo em relação ao direito material, trouxe a adoção do procedimento ordinário como padrão no processo civil, o que também é responsável pela morosidade da justiça.

Tal posição provém do direito liberal, que não visava tutelar as posições economicamente mais fracas, nem a proteção de alguns bens, hoje considerados indispensáveis para a inserção do cidadão em uma sociedade mais justa e albergados pelo processo de forma diferenciada. A tutela não

precisava ser específica; bastava o restabelecimento do valor específico da lesão, a tutela ressarcitória.

Grande problema para se admitir os juízos sumários era o medo de dar ao juiz a possibilidade de ser arbitrário com o réu. O estudo da ampla defesa sem a consideração das divergências dos bens jurídicos tutelados e a ignorância de que a "defesa" deve ser vista de forma diferente, nos processos civil e penal, cria um processo civil alheio ao fato de que determinados bens não podem ser tutelados adequadamente, através do procedimento ordinário, e ao fato de que o tempo do processo deve ser distribuído com isonomia entre os litigantes.

2.3. 1.2. I O. I. Tutelas diferenciadas

Se o devido processo legal continuasse a ser entendido como mera garantia de formas, indiferente à realidade social, continuaria apenas preservando privilégios. Sérgio Chiarloni⁴⁷ cita a resistência das instituições financeiras e das seguradoras à tutela antecipatória, prevista na Lei 990/69, que trata do seguro obrigatório de veículos. Há interesse destas na manutenção da ordinariade, pois a demora do processo desestimula os acidentados a propor ações e os induz a aceitar transações despropositas.

Afirma Ovídio⁴⁸ que hoje "a maior novidade científica, no campo do processo civil, passou a ser, justamente, a busca de formas especiais de tutela jurisdicional indicadas pelos processualistas como espécies de 'tutela diferenciada', que outra coisa não é senão a redescoberta tardia de que a todo o direito corresponde, ou deve corresponder, uma ação (adequada) que efetivamente o 'assegure', proclamando-se, mais uma vez, a função eminentemente instrumental do processo". Tutela diferenciada é tutela jurisdicional adequada à realidade de direito material⁴⁹

Desta forma, elas se constituem na aceleração da prestação jurisdicional obtida pelo processo, fruto de uma sumarização do procedimento ou da cognição, além de mecanismos de antecipação da tutela, levando-se em conta o bem jurídico tutelado e a sua suscetibilidade ou não à demora do processo.

Talvez a celeridade seja o mais importante para a verdadeira "efetividade do processo", por ser o problema que mais aflige ao jurisdicionado quando da decisão de recorrer à justiça⁵⁰ Por isto, as medidas de urgência foram, em nosso sistema jurídico, sendo postas à disposição dos operadores do Direito pelo Código de Processo Civil: as tutelas cautelares,

⁴⁷ *Introduzione allo studio del diritto processuale civile*, Torino: Ed. Giappichelli, 1975, p.48.

⁴⁸ *Teoria Geral do Processo Civil*, 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 43.

⁴⁹ Marioni, L. G. op. Cit.

⁵⁰ Cf. Marioni, *Tutela Cautelar e Tutela antecipatória*, p. 11.

as tutelas antecipatórias e as liminares. A tutela cautelar foi empregada como técnica de sumarização do processo de conhecimento. Posteriormente, utilizou-se a tutela cautelar satisfativamente, surgindo a tutela antecipatória.

Em matéria de interesses metaindividuais, especialmente de meio ambiente, utiliza-se demasiadamente a tutela preventiva, mais precisamente, o provimento cautelar de não fazer. Isto porque, nestes casos, interessa a prevenção do dano, antes que sua reparação torne-se impossível ou ineficaz, como se dá no sítio paisagístico irremediavelmente desfigurado, na espécie animal extinta, no alimento deteriorado já distribuído à população. A prevenção do dano, assim, é reforçada pelos meios coercitivos voltados à obtenção de tutela específica da obrigação (*astreintes*, multa diária, prisão): CDC, arts. 84, §§ 3.º e 4.º e 117; CPC, art. 461 e §§ e 461-A.

O Código de Processo Civil não permitia o julgamento antecipado de parcela do pedido ou de um dos pedidos cumulados; adotando o princípio da unidade ou da unicidade do julgamento. Mas, a realidade forense demonstrou que se parcela da soma postulada não é controvertida, não é racional que o credor tenha que esperar o juiz decidir se a outra parcela é devida para ter o que não foi contestado. Por exemplo, o demandado que afirma não dever parcela do crédito que está sendo cobrado.

Se o direito à tempestividade da tutela jurisdicional está garantido na Constituição da República (art. 50, XXXV) e o sistema processual admite a cumulação de pedidos, não era correto deixar de conceder ao autor, que tem um pedido pronto e maduro para julgamento, a imediata tutela jurisdicional. Desta forma, a Lei 10.444/02 acrescentou o § 6º ao art. 273; a tutela antecipada poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

As novas exigências de tutela jurisdicional reviram o significado do princípio da *nulla executio sine titulo*. A tutela antecipatória, já que permite a tutela do direito no curso do processo, quebra a regra de que a execução deve seguir a certeza jurídica ou a formação do título executivo.

2.3.1.2.11. Apelação que tem o efeito suspensivo como regra

Para Alcides de Mendonça Lima⁵¹ "execução definitiva é aquela em que o credor tem sua situação reconhecida de modo imutável, decorrente da própria natureza do título em que se funda a execução". É o caso da execução baseada em título extrajudicial ou em sentença transitada em julgado.

A execução provisória é excepcional; só pode ser fundada em título judicial e só ocorre nos casos de expressa previsão legal, como no caso de pendência de julgamento de recurso recebido somente no efeito devolutivo.

⁵¹ *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1994, vol. VII, tomo II, p. 414.

Humberto Theodoro Junior⁵² explica o motivo de ordem prática que leva à orientação no sentido de permitir a execução de sentença ou acórdão ainda não passados em julgado: "Em algumas ocasiões seria maior o prejuízo com o retardamento da execução do que o risco de se alterar o conteúdo da sentença com o reflexo sobre a situação de fato decorrente dos atos executivos".

Contrariamente ao que ocorre na Itália, no direito brasileiro, a execução provisória tem caráter rigorosamente excepcional. Afirma Ovídio Baptista que "esta é uma das particularidades que torna anacrônico o direito brasileiro, em comparação com os sistemas europeus contemporâneos, especialmente o italiano, em geral fonte inspiradora do nosso legislador"⁵³. Na Itália, com a reforma processual de 1990, o art. 282 do Código de Processo Civil tornou imediatamente executáveis todas as sentenças de primeiro grau.

Segundo o art. 588 do Código de Processo Civil, o procedimento da execução provisória é o mesmo que o da definitiva. A execução provisória, no entanto, é realizada por conta e risco do exequente, que se obriga a reparar os prejuízos que o executado venha a sofrer, se a sentença for reformada. Dispõe o inc. III que se sobrevier acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, fica sem efeito, restituindo-se as partes ao estado anterior. Conforme o § 1º, neste caso, se a sentença for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta parte ficará sem efeito a execução.

O inc. II estabelece caução, que deve ser prestada na hipótese de se proceder o levantamento de depósito em dinheiro e para a prática de atos que importem alienação de domínio ou dos quais possa resultar grave dano ao executado. Pelo § 2º a caução pode ser dispensada em casos de crédito de natureza alimentar e o exequente estiver em estado de necessidade. O inc. IV determina que eventuais prejuízos serão liquidados no mesmo processo.

Em recente reforma, a lei nº 10.444/02 instituiu o art. 588, adotando parâmetros já consagrados. Na Alemanha, a alienação de bens, na execução provisória, é possível após a apresentação de caução (ZPO, par. 720). O direito português prevê a caução para o pagamento do exequente enquanto a sentença estiver pendente de recurso (art. 47.3). No direito italiano a execução provisória atua *ope legis* (art. 282), podendo levar à expropriação independentemente de caução.

Apesar do conteúdo do art. 588, no sistema jurídico brasileiro, em regra, os recursos têm efeito suspensivo, salvo se a lei expressamente determinar o contrário. Alguns recursos são dotados de efeito suspensivo e

⁵² *Processo de Execução*, p. 178.

⁵³ *Curso de processo civil*, 1998, vol. 2, p. 51.

outros não o são: sempre que o texto legal silencie, deve-se entender que o recurso é dotado de efeito suspensivo.

Num caso concreto, no exemplo dado por José Frederico Marques⁵⁴, condenado o réu, o recurso interposto que tenha apenas efeito devolutivo, não impede a execução da sentença condenatória. Para que as conseqüências da decisão como ato jurisdicional ainda não se produzam, é necessário que ao efeito devolutivo se acrescente o efeito suspensivo.

O efeito suspensivo é uma qualidade do recurso que, uma vez interposto, adia a produção dos efeitos da decisão impugnada⁵⁵, mantendo suspensos tais efeitos até que transite em julgado a decisão sobre O recurso. As eficácias do efeito suspensivo se direcionam para a não executoriedade da decisão impugnada.

A apelação, sendo o "recurso de primeiro grau mais abrangente de todos, por ser forma de impugnar sentenças, isto é, decisões que, se transitadas, extinguem o processo, ou, pelo menos, fase distinta do processo"⁵⁶, é recebida no duplo efeito (suspensivo e devolutivo), exceto em leis esparsas que lhe retirem o efeito suspensivo; também nos casos enumerados nos incisos do art. 520 do CPC: "Apelação interposta *de sentença que*: I - homologar a divisão ou a demarcação, II - condenar à prestação de alimentos, III - julgar a liquidação de sentença, IV - decidir o processo cautelar, V - rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes, VI - julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem e VII - confirmar a antecipação dos efeitos da tutela"; e na hipótese descrita na primeira parte do art. 1184 do CPC (sentença que decreta a interdição).

Nestes casos, o efeito é apenas devolutivo e, apesar de interposta a apelação, enquanto tramita o recurso, a decisão impugnada já pode ser executada, sendo, porém, esta execução incompleta ou provisória, já que ainda é possível sobrevir decisão do tribunal alterando o teor da sentença.

Esperava-se, com a alteração do art. 520 do CPC, a adoção da regra de que as apelações somente seriam recebidas no efeito devolutivo, com a imediata possibilidade de execução provisória, salvo casos expressos. Mas, revelou-se tímida a proposta de alteração do artigo. Segundo a mensagem do Ministro da Justiça, o critério para a manutenção do atual sistema reside na tradição jurídica de que a apelação será sempre recebida nos efeitos

⁵⁴ Marques, J.F. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. IV. Campinas: Millenium, 2000, p.76.

⁵⁵ Cl. Nery JR. N. *Princípios fundamentais - Teoria Geral dos Recursos*. São Paulo: RT, 2000, p.383.

⁵⁶ Santos, E.F. *Manual de direito processual civil*, vol. 1, 4. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1996, p.530.

devolutivo e suspensivo e também evitar o pedido de efeito suspensivo nos tribunais.

No atual momento do processo civil sobreleva a nota da efetividade de resposta judiciária; isto é, que o processo atue como instrumento de efetiva realização de direitos. Ao invés disso, adotou-se uma inversão de valores e restou novamente privilegiado com o efeito suspensivo como regra geral na apelação o derrotado - réu ou autor - que aparentemente *não tem razão*, tanto que sua postulação/objeção não foi acolhida, em detrimento daquele que se titulariza com a aparência de que tem razão⁵⁷.

Desta forma, o juiz, que teve contato direto com a prova e decidiu com base nesta, tem desvalorizada sua decisão frente à decisão de juízes de segundo grau (que não tiveram contato direto com a prova). Este sistema não condiz com a tendência atual, que visa dar mais poderes aos juízes de primeiro grau. É esdrúxula a situação criada pela reforma: a antecipação da tutela, derivada de cognição sumária, admite a sua efetivação; a sentença de primeiro grau, derivada de cognição exauriente, não admite a execução se houver recurso!⁵⁸

Luiz Manoel Gomes Junior⁵⁹ cita as apelações contra sentenças proferidas em demandas de natureza locatícia. Quando estas eram recebidas em ambos os efeitos, o 2.º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo via-se abarrotado de feitos. Com a alteração da Lei de Locações (§ 4.º do artigo 63 da Lei 8.245/91), permitindo a execução provisória, o número de recursos restou drasticamente reduzido, o que faz crer que eram utilizados apenas como manobra protelatória, ou, pelo menos, em sua maioria. O autor chegou a esta conclusão considerando que após a alteração da lei havia ainda a possibilidade de haver inúmeros pedidos de efeito suspensivo, endereçados ao Tribunal revisor; todavia como mera possibilidade de obter-se o provimento e não como algo certo.

O mesmo acontecerá com as apelações dotadas de efeito meramente devolutivo. O sistema necessita urgentemente de que a regra geral para os recursos passe a ser o efeito meramente devolutivo, ensejando a execução provisória da sentença, mas com todas as garantias que assegurem o direito do executado em eventual reversão do julgado.

⁵⁷ Gomes JR. L.M. Anotações sobre a nova fase da reforma do CPC - âmbito recursal, *Aspectos polêmicos e atuais dos Recursos Cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*, coord. Nery Jr. N. e Wambier, T.A.A. v. 4, 2001, p. 660.

⁵⁸ Covas, S. O duplo grau de jurisdição, *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*, coord. Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda A. Wambier, 2000, p. 597 *apud op. Cito*.

⁵⁹ *Idem, ibidem*.

3. CONCLUSÃO

A fase autonomista, em que houve a descoberta do Direito Processual como ciência (autônoma porque possui seus próprios princípios), em que houve também o surgimento de importantes teorias do processo civil, foi muito importante. Mas, a preocupação excessiva desta fase em demonstrar a autonomia do direito processual fez com que se esquecesse de questionar os objetivos do direito processual, o que tem sido feito na fase posterior; a fase instrumentalista.

Nesta, concluiu-se que os objetivos do direito processual vêm a albergar o cumprimento das normas de direito material desrespeitadas, num prazo razoável e da forma mais justa possível. Este estágio, eminentemente crítico, está longe de atingir seu potencial reformista. Os sistemas jurídicos mais modernos, através das Constituições, adotaram uma tendência de tornar a justiça acessível a todos. Houve, então, a constitucionalização do Processo Civil, com a ampliação da participação popular na jurisdição, através, por exemplo, da ação popular, das ações coletivas e da ação de inconstitucionalidade.

As normas processuais devem visar superar os obstáculos à boa e efetiva qualidade da prestação jurisdicional. Após a análise de vários entraves ao acesso à justiça, é de se refletir que a maioria, há tempos carecia de uma representação efetiva no acesso à ordem jurídica, como na tutela dos direitos transindividuais, com a legitimação autônoma para a condução do processo. Com a adoção desta tutela e dos juizados especiais elimina-se o problema do custo do processo na ação individual.

É imprescindível a atuação de um órgão independente, como o Ministério Público, que, no Brasil, tem agido firmemente na proteção de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, várias vezes contra entidades governamentais, e ainda, nos casos de acesso da criança e adolescente. Também o atendimento e orientação ao público, pelo Ministério Público, tem sido fundamental na busca do acesso à justiça.

Nesta nova etapa, o modelo adotado pelo direito liberal de juiz inerte, de procedimento-padrão ordinário como garantia da "iluminação pela verdade" e da classificação trinária das sentenças, vem sendo substituído pelas novas atitudes, que visam a dar efetividade ao processo civil. São as seguintes: 1. ampliação máxima dos poderes dados ao juiz no tocante à investigação da prova e para o cumprimento de suas decisões, sejam estas antecipatórias ou sentenças; também no sentido da repressão à litigância de má-fé; 2. adoção de tutelas diferenciadas, levando-se em conta o bem a ser tutelado em lugar do antigo procedimento ordinário, como na antecipação da tutela, na ação monitória e juizados especiais. E, finalmente, a adoção de sentenças executivas *lato sensu* e mandamentais, que, dentro do próprio

processo têm o poder de efetivar a decisão judicial sem a necessidade do "arcaico" processo executório.

4. REFERÊNCIAS

"DEMOCRACIA MODERNA E PROCESSO CIVIL". *Participação e processo*. São Paulo: Ed. RT, 1988.

Acesso à justiça, Porto Alegre: Ed. Fabris, 1988.

ARAGÃO, E.D.M. "O Estado de Direito e o direito de ação (a extensão do seu exercício)", *Revista Brasileira de Direito Processual*, v 16.

ARMELIN, D. *Acesso à justiça*, Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, v. 31.

BAPTISTA DA SILVA, O. *Curso de processo civil*, 1998, vol. 2.

BARBOSA MOREIRA, J.c. "Os poderes do juiz", *O processo civil contemporâneo*, Curitiba: Ed. Juruá, 1994, p.93-96.

BEDAQUE, I.R. dos S. *Direito e Processo - Influência do direito material sobre o processo*, 2. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001

CANOTILHO, I.J.G. *Direito Constitucional*, 4. ed. Coimbra: Ed. Almedina, 1989.

CAPPELLETTI, M. Problemas de Reforma do Processo Civil nas sociedades contemporâneas, *O Processo Civil Contemporâneo*, coord. Marinoni, L.G. Curitiba: Ed. Juruá, 1 994

CHIARLONI, S. *Introduzione allo studio dei diritto processuale civile*. Torino: Ed. Giappichelli, 1975.

CINTRA, A; GRINOVER, AP.; DINAMARCO, C.R. *Teoria Geral do Processo*, 8. ed. São Paulo: Ed RT, 1991.

CLÉVE, C.M. O cidadão, a administração pública+ e a nova Constituição, *Revista de informação legislativa*, n. 106.

COMPARATO, F.K. "A função social do advogado", *Para viver a democracia*, São Paulo: Ed. Brasiliense, 1989.

COV AS, S. O duplo grau de jurisdição, *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*, coord. Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda A Wambier, 2000.

DINAMARCO, C.R. *A Instrumentalidade do Processo*, 8. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2000.

FIGUEIRA Jr. I. D.; LOPES, M.AR. *Comentários à lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*, São Paulo: Ed. RT, 1995.

GOMES JR.. L.M. Anotações sobre a nova fase da reforma do CPC - âmbito recursal, *Aspectos polêmicos e atuais d os Recursos Cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*, coord. Nery Jr. N. e Wambier, T.AA. v. 4, 2001.

Jurisdição e execução, São Paulo: Ed. RT, 1998.

LIEBMAN, E.T. *Diritto costituzionale e processo civile*" *Rivista di diritto processuale*, 1952.

LIMA, AM. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1994, vol. VII, tomo n.
MARINONI, LG. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. São Paulo:Ed. Malheiros, 2000.

MARINONI, *Tutela Cautelar e Tutela antecipatória*,

MARQUES, J.F *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. IV. Campinas: Millenium, 2000.

MAZZILLI, H.N. *O Ministério Público no Estatuto da Criança e do Adolescente*, RT, v. 684.

MONTESQUIEU, *Do espírito das leis*,

NERY JR., N. *Princípios fundamentais - Teoria Geral dos Recursos*. São Paulo: RT,2000.

NERY JR., N.; NERY, R. M. *A Código de Processo civil comentado*, 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002

PESTANA DE AGUIAR, J.c. *A Constituição Federal de 1988 e o Processo Civil*. Li vro de estudos jurídicos (s.d.). v. 1/59-105. *Apud* Bedaque, J.R.S. *Direito e Processo - Influência do direito material sobre o processo*. 2. Ed. São Paulo:Ed. Malheiros, 2001.

SANTOS, B. de S. *Introdução à sociologia da administração da justiça*, cit. SANTOS, E.F *Manual de direito processual civil*, vol. 1, 4. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1996.

SILVA, De Plácido e, *Vocabulário Jurídico*, vol. I e n. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1989

Teoria Geral do Processo Civil, 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.

THEODORO JR., H. *Processo de Exeução*, São Paulo: Ed. LEUD, 2000
WAMBIER, L.R.: ALMEIDA, FR.C.; TALAMINI, E. *Curso Avançado de Processo Civil*, 2. ed. São Paulo: ed. RT, 1999. Wambier, L.R e T.AA, *Breves Comentários à 2ª fase da Reforma do Código de Processo Civil*, 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2002

WATANABE, K. "Acesso à justiça e sociedade moderna", *Participação e Processo*. São Paulo: Ed. RT, 1988.

