

A CRISE DO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

Alexandre Nemer ELIAS*

1. UM RESUMO DA EVOLUÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL

Desde o direito romano até a Revolução Francesa, o processo civil esteve muito ligado ao direito material sendo considerado como *simples meio de exercício de direitos*¹. Nas ordenações, o direito processual e o material faziam parte de um corpo só confundindo institutos que se interagiam intensivamente entre si dificultando o desenvolvimento jurisdicional.

Com a proclamação da Revolução Francesa e o surgimento dos princípios da separação dos Poderes e do monopólio da justiça por um poder soberano da nação, a legislação napoleônica, que era vigente, foi substituída pelo *Code de procédure civile* de 1806 começando, assim, as construções científicas entorno do direito processual.

A criação do *Code de procédure civile* francês de 1806 foi o marco histórico da evolução processual na Europa continental influenciando muito a Itália quando da ocupação francesa. Com isto, o direito processual italiano teve seus institutos e princípios

(*) Advogado especializado em direito do consumidor

Aluno do curso de especialização em direito processual civil pela PUC-Campinas.

nascidos das idéias francesas e assim copiados pelo *Codice di procedura civile* italiano de 1865.

Também na Alemanha, a legislação processual teve como ponto de partida o código processual francês, sobretudo na oralidade, dando surgimento, assim, ao *Zivilprozessordnung* de 1877.

Com todas estas modificações e com o advento da obra de Oskar von Bülow, *Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias*, em 1868, os juristas europeus perceberam que o processo não era apenas a exteriorização do direito substancial e sim um complexo de atos que dão corpo e originam uma ligação entre os seus sujeitos.

Desde lá, se intensifica o estudo do direito processual como ciência própria que possui seus pressupostos, seus sujeitos e seu objeto e, acrescentando a tudo isto, Celso Neves instituiu, a contrário ao trinômio processual, o seu quadrinômio processual².

No Brasil, estamos presos ainda a certos dogmas que ligam, ou erroneamente o processo ao direito material confundindo o mérito aos pressupostos processuais e condições da ação, ou simplesmente abandonam todos liames necessários que assim caracteriza o processo como instrumento do direito material.

Na Itália, com a promulgação do Código de Processo Civil de 28.10.1940 e em vigor a partir de 21.4.1942, não se tem a preocupação quanto à ligação das condições da ação ao mérito da causa. O Código de Processo Civil italiano, com a influência de Redenti e Carnelutti, simplesmente afastou esta possibilidade que Liebman inseriu no direito processual brasileiro e adotado pelo Código de Processo Civil de 1973 sob a influência de Buzaid.

Determina o artigo 100 do Código de Processo Civil italiano:

“Para propor uma demanda ou para contradizê-la será necessário ter interesse nela.”

Por isso, a inserção da condição *possibilidade jurídica do pedido* só faz regredir o direito processual à teoria utilizado em séculos atrás e acaba por difundir esta idéia imamentista atrapalhando as demais condições da ação.

Por quantas vezes não se vê o julgador extinguir o processo sem o julgamento do mérito porque aquele demandante não possui o direito material em nome próprio quando, na verdade, este deveria julgar o mérito antecipadamente impedindo que haja nova propositura da ação.

2. A CRISE DA AUTONOMIA DO PROCESSO CIVIL

A crise da autonomia do direito processual surgiu da própria evolução da escola processual brasileira em perceber que o Código de Processo Civil não mais estava apto a tutelar os novos direitos materiais tendo que reverter em grande *enxertos* de legislações esparsas para que se corrigisse esta falta, sem mencionar que, mesmo na Itália e na França, ocorre o mesmo porém, lá há uma diversificação legislativa que possibilita uma maior elasticidade em seus provimentos e tutelas jurisdicionais.

Percebeu-se que durante todo este século o direito processual se distanciou e muito do direito material na euforia da escola paulista em pregar a autonomia processual resultando na criação de vários institutos processuais que resultou na cisão do direito processual ao direito material. Sabemos, ainda, que esta preocupação não é só em nível nacional. Na Itália e na França a preocupação é a mesma.

É claro que a legislação nacional guarda certos resquícios da teoria imamentista da ação, porém, o que fazer neste sentido com um Código Civil criado durante a primeira década de nosso século se a teoria autônoma do processo só se firmou após a metade deste século até a atualidade.

Grande exemplo é o artigo 75 do Código Civil que reza:

"A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura."

É patente que a ligação entre a ação como instituto processual e o direito material é existente porém, deve-se comedir a força entre esta conexão já que um direito não pode interferir diretamente no outro sob pena de se perder a real finalidade de cada instituto.

Assim, com grande propriedade, PROTO PISANI ensina que entre o direito processual e o direito material existe uma *interdipendenza* já que:

"Come, infatti, il diritto processuale no potrebbe esistere senza il diritto sostanziale (indispensabilità del diritto sostanziale), così - è ora da aggiungere - il diritto sostanziale non potrebbe esistere senza il diritto processuale. Por nella diversità, vi è una stretta interdipendenza (cioè dipendenza reciproca) tra diritto sostanziale e diritto processuale)."³

Esta interdependência não chega ao ponto da autonomia e nem aproxima-se muito na doutrina que firmava a adjetividade entre os direitos influenciando muito nas conceituações como por exemplo do instituto da ação no direito processual.

Justifica-se este entendimento ainda na presença do monopólio jurisdicional pelo Estado e na proibição da autotutela e da autocomposição. Assim explica PROTO PISANI que:

"Ne segue che senza diritto processuale il diritto sostanziale non può esistere in un ordinamento caratterizzato dal divieto di autotutela privata (quanto meno non può esistere come fenomeno giuridico, in quantola sua attuazione, anziché essere garantita dallo Stato, è rimessa ai meri rapporti di forza: com la conseguenza che il detentore o i detentori del potere di fatto divengono i detentori del

*potere legale, indipendentemente da quanto dispongono le norme sostanziali e che i conflitti di interesse si risolvono non secondo "giustizia", alla stregua dei criteri legali, bensì secondo i rapporti di forza)."*⁴

Com isto não podemos chegar ao entendimento que não se tem uma independência e muito menos uma dependência entre os direitos processuais e materiais.

Engrandecer a importância do direito material impondo uma submissão ao direito processual resulta nos grandes problemas que hoje passa os juristas brasileiros na discussão da extensão de certos institutos como o das condições da ação notadamente quanto a *possibilidade jurídica do pedido* abandonada por seu criador nas últimas edições de seu *Manuale di diritto processuale civile*⁵, além das outras grandes confusões em se utilizar os princípios fundamentais de um direito material individualista em confronto a um direito processual extremamente social⁶.

Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo prosseguem com este entendimento na doutrina italiana reafirmando as posições quanto da interdependência entre o direito material e processual utilizando-se das garantias constitucionais para fundamentar a necessidade da elasticidade das tutelas processuais para alcançar a sua finalidade como meio:

"Gli ultimi due problemi dianzi prospettati completano il quadro garantistico, ponendo solide premesse per l'elaborazione di un concetto costituzionale di tutela, il quale sappia collocarsi al di sopra delle formali distinzioni tra diritto sostanziale e diritto processuale, incorporando senza contraddizioni aspetti giuridici dell'uno e dell'altro."

E continua:

*“Ora, l’effettività qualitativa, di cui si è fatto cenno, attribuisce alla tutela in senso costituzionale un’elasticità intrinseca e un’atipicità contenutistica, proprie dei remedies di common law, sottolineando la particolare rilevanza che, in proposito, assume lo scopo funzionale dell’«agire in giudizio», «per la tutela» di un diritto o di un interesse sostanziale (articolo 24, comma 1).”*⁷

Fica claro assim que a necessidade vem de uma exigência própria da Constituição da República tanto quanto na Itália quanto no Brasil. A exigência constitucional do acesso à justiça é mundial e não pode ser restringido e muito menos limitado por normas constitucionais não aptas a efetivar esta imposição.

Assim, a lacuna da norma que não protege o direito material em sua inteireza não pode ser obstáculo para a efetividade destas e, com fundamento no artigo 4^a da Lei de Introdução do Código Civil, é totalmente cabível o julgador mobilizar-se com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais de direito para dar, à esta norma material, a efetividade reclamada pela Constituição da República.

Os mesmos autores arrolam os requisitos essenciais das tutela jurisdicionais necessárias atualmente:

“Così concepita ex ante, la tutela in senso costituzionale, cui tende l’azione in giudizio viene ad implicare:

a) la possibilità, seria ed effettiva, di ottenere dal giudice un provimento di tutela (cioè, in altre parole, un provvedimento di merito), il quale sai consocio alla natura delle situazioni soggettive tutelabili e sai omogeneo com esse, soddisfacendo pienamente il "bisogno di tutela" di chi abbia agito;

b) l'elasticità e la differenziabilità delle forme di tutela, in rapporto alle caratteristiche variabili dei diritti o interessi azionati;

*c) la rilevanza garantistica di qualsiasi forma ammissibile di tutela giurisdizionale (sai essa: di condanna, d'accertamento o costitutiva; tipica o atipica; preventiva o reitregativa; esecutiva, o anche cautelare), purché omogenea com la situazione tutelabile e adeguata a tal punto da accordale il massimo possibili di protezione concreta."*⁸

Não é senão esta a idéia crescente em nosso direito. Cândido Rangel Dinamarco, com a enorme propriedade que lhe é peculiar, ensina que:

*"A tutela constitucional do processo tem o significado e escopo de assegurar a conformação dos institutos do direito processual e seu funcionamento aos princípios que descendem da própria ordem constitucional."*⁹

Portanto, elasticidade das tutelas processuais para alcançar toda e qualquer tipo de direito material é necessidade atual e imprescindível para o desenvolvimento do processo civil sem que seja necessário, a toda mudança legislativa no plano substancial, ter que alterar ou completar os dispositivos processuais para acompanhar o direito substancial.

A criação das Tutelas Específicas contidas no artigo 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor é um grande exemplo deste fenômeno.

Com elas percebeu-se a precariedade da classificação trinária dos efeitos das sentenças. os juristas devem tratar as tutelas da forma mais genéricas possíveis em uma procedimento de evolução elástico capaz de acobertar a prestação jurisdicional em sua totalidade.

3. A CRISE DA CLASSIFICAÇÃO TRINÁRIA DAS SENTENÇAS EM FACE DA INTERDEPENDÊNCIA ENTRE O DIREITO PROCESSUAL E O DIREITO MATERIAL

Um aspecto muito importante e que trouxe à doutrina processual a importância em reexaminar os conceitos formulados diante a eficácia sentencial no processo civil foi a identificação da insuficiência na concepção atual das eficácia das sentenças para a tutela de certos direitos materiais.

Luiz Guilherme Marinoni, precursor desta idéia no direito brasileiro, importando a doutrina italiana sobretudo a de Salvatore Mazzamuto¹⁰ além de Cristina Rapisarda¹¹ e Adrea Proto Pisani¹², alerta, com com grande propriedade, os aspectos negativos da imutabilidade do direito processual. Com isto, explica que:

*"Portanto, a primeira conclusão que se impõe, quando se constata que a doutrina processual moderna vive o momento da redescoberta dos laços do direito processual com o direito material, é no sentido de que a classificação trinária das sentenças, pelo simples fato de ignorar as necessidades do direito material, não está de acordo com as novas tendências do direito processual civil."*¹³

Apesar de concordar em termos com o emérito professor da Universidade Federal do Paraná, discordo no ponto que esta necessidade seria suprida quando da inserção das tutelas executivas para todos os direito materiais e da inserção da tutela material quando da prevenção do dano e do ilícito.

Isto só iria prorrogar mais problemas já que a possibilidade do surgimento de outras tutelas materiais que exigirão procedimentos e tutelas diferenciadas é só uma questão de tempo.

Uma saída para isto, com fundamentona doutrina italiana, é a criação de uma tutela processual única que acobertaria um procedimento condicionado ao desenvolvimento processual e dirigido

pelo julgado até que, ao final, tenha este mesmo julgado, a possibilidade de escolher a tutela que melhor ampararia o direito.

É claro que esta idéia é posta aqui a grosso modo não podendo ser analisada a fim de delimitar o alcance do instituto, porém, o próprio MICHELE TARUFFO admitiu esta idéia quando da análise constitucional do direito de ação visto *supra*.

4. CONCLUSÃO

Portanto, é de grande importância somar à fase instrumentalista, ora em curso, o conceito de interdependência do direito material ao direito processual, afastando do processo os valores materiais que impedem este direito de evoluir aos seus escopos sociais pois se prendendo a valores individuais prevalentes do direito material.

Não se devem apenas religar os laços entre o direito processual e o direito material. É necessário que esta relação seja suficientemente distanciada afastando as miscigenações institucionais entendendo que o processo não vive sem o direito material e muito menos o direito material vive sem o processo.

Portanto, a instrumentalidade não é somente do direito processual mas também do direito material e se para isto seja necessária a reformulação das tutelas jurisdicionais pela aplicação do artigo 4^a da Lei de Introdução do Código Civil, os julgadores deverão ater-se à necessidade da efetividade processual até que então seja possível, por uma reforma legislativa, a concretização deste sonho.

Portanto, vê-se que o direito processual pode e deve ter uma certa autonomia desde que não se prejudique a estrutura fundamental do próprio direito.

Discordo, assim, daqueles que pregam a qualquer ramo do direito a qualidade de *finalidade extrínseca*. Para mim, não há

campo jurídico que possa ser independente e seja o elo final da corrente.

O fim do Direito não é o próprio Direito e sim o aspecto geral incorporado por aqueles que se socorrem deste seja materialmente ou processualmente.

NOTAS

- (1) CINTRA, Antonio Carlos de Araújo e GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 13ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 1997, p. 42.
- (2) *Estrutura fundamental do processo civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995, p. 199.
- (3) *Lezioni di diritto processuale civile*. 3ª ed., Jovene Editore: Napoli, 1999, p. 04.
- (4) *Op. cit.*, p. 04.
- (5) LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1985, p. 153.
- (6) DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2000, p. 161.
- (7) *Lezioni sul processo civile*. 2ª ed., Bologna: il Mulino, 1998, p. 64.
- (8) *Op. cit.*, p. 65.
- (9) *A instrumentalidade do processo*. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 25.
- (10) *L'attuazione degli obblighi di fare*. Napoli: Jovene, 1978.
- (11) *Inibitoria (azione)*. Enciclopédia Giuridica Treccani. V. 17.
- (12) *Op. cit.*, p. 34.
- (13) MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 33.