

JURISDIÇÃO SEGUNDO GIUSEPPE CHIOVENDA *versus* JURISDIÇÃO NO PARADIGMA DO PROCESSO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ALGUMAS REFLEXÕES

JURISDICTION BY GIUSEPPE CHIOVENDA *versus* JURISDICTION IN THE PARADIGM OF DEMOCRATIC PROCESS OF RIGHTS: SOME REFLECTIONS

Elaine Harzheim Macedo¹
Paola Roos Braun²

RESUMO. O presente trabalho aborda o impacto que o racionalismo, cuja ideologia irradiou-se por muitas áreas do conhecimento humano, inclusive o Direito, causou no processo, partindo do modelo defendido por Giuseppe Chiovenda, cujas ideias a respeito de jurisdição e processo se fizeram presentes no Código de Processo Civil Brasileiro em vigor, propondo um contraponto com o paradigma a ser desvelado do texto constitucional pátrio de 1988. A análise perpassa pelas reformas legislativas processuais já efetivadas e, também, pela previsão de um novo estatuto processual, especialmente a partir de 1994, cujas alterações no CPC podem ser compreendidas como tentativa de superação do conceito de jurisdição teorizado por Chiovenda, adequando-se o modelo de jurisdição e do processo civil pátrio aos comandos constitucionais, em especial com vistas a um processo democrático de direito, sem olvidar as profundas transformações sociais e culturais ocorridas no seio da sociedade. Impõe-se, nesse patamar, uma visão crítica, cujo olhar se estende ao Projeto de lei do novo CPC.

PALAVRAS-CHAVE: Paradigma; Jurisdição; Racionalismo; Processo civil.

ABSTRACT: This paper discusses the impact that rationalism, whose ideology radiated into many areas of human knowledge, including the law, caused in the process, starting from the model advocated by Giuseppe Chiovenda, whose ideas about jurisdiction and procedure were present in Brazilian Code of Civil Procedure in force, offering a counterpoint to the paradigm to be unveiled in the constitution of 1988. This analysis permeates the procedural legislative reforms, and also the prediction of a new procedural status, especially since 1994, whose changes in the Code of Civil Procedure can be understood as an attempt to overcome the concept of jurisdiction theorized by Chiovenda, adapting the model of jurisdiction and civil procedure to the homeland constitutional objectives, in particular with a view to a democratic process of rights, without forgetting the profound social and cultural changes occurring in society. It is necessary, at this level, a critical view, whose gaze extends to the bill of the new Code of Civil Procedure.

KEYWORDS: Jurisdiction; Paradigm. Rationalism; Civil Procedure.

SUMÁRIO: 1. Notas introdutórias. 2. O pensamento racionalista. 3. Jurisdição segundo Giuseppe Chiovenda. 3.1. A ideia de substitutividade. 3.2. O juiz como mero aplicador da lei e a concepção dispositiva de processo. 3.3. A dicotomia cognição-execução e a classificação ternária das ações. 4.

¹ Professora dos programas de pós-graduação da PUCRS em nível de mestrado e doutorado. Doutora em Direito pela UNISINOS e Mestre em Direito pela PUCRS. Especialista em Direito Processual Civil pela PUCRS. Ex-presidente do TRE-RS. Membro do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul-IARGS. E-mail: elaine@fhm.adv.br

² Mestranda do Programa de Pós Graduação em Direito da PUCRS. Especialista em Direito Notarial e Registral pela Ritter dos Reis - Laureate International Universities. Advogada. E-mail: paola@roos.adv.br

Superação do modelo de jurisdição de Chiovenda via reformas legislativas. 5. O paradigma constitucional do processo democrático de Direito e o novo modelo de jurisdição. Considerações finais. Referências.

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

A palavra jurisdição, analisada a partir de sua definição literal, significa dizer o direito (do latim *dicere ius*). Nessa perspectiva, percebe-se que a definição do que se entende por jurisdição se encontra intimamente ligada ao que se entende por direito em determinada organização social e política e em determinado momento histórico.

A concepção de jurisdição está - da mesma forma - intrinsecamente ligada à ideia de Estado, podendo-se dizer que varia conforme varie a forma estatal.

O modelo de jurisdição adotado por determinado Estado como paradigma reflete-se em várias áreas do sistema jurídico-processual. Entre esses reflexos podem ser citados, por exemplo, a dimensão do conceito de imparcialidade do juiz, a estruturação do modelo de processo judicial, a classificação das ações existentes no sistema, o poder de império das decisões, entre outros. Por outro lado, inegável que o processo – ou mais precisamente a prestação jurisdicional produzida no processo – se refletirá diretamente na composição do conflito e, por via de consequência, na própria manutenção ou denegação da ordem jurídica como um todo, respondendo pelo próprio direito material e pela concretização dos direitos fundamentais quando dependerem da intervenção do Poder Judiciário.

O Código de Processo Civil, que é anterior à Constituição de 1988, como não poderia deixar de ser, passou por significativas reformas, a ponto de se encontrar hodierna e temporalmente em compasso face ao Projeto de Lei n. 8.046-B/2010, que já se encontra no Senado Federal, em vias de ser aprovado, objetivando a instituição de um novo Código de Processo Civil. O presente estudo faz uma abordagem do modelo de jurisdição de Giuseppe Chiovenda, processualista italiano que representou um ícone para o processo civil moderno,³ cuja doutrina em muito influenciou o Código de Processo Civil vigente, no período compreendido principalmente entre 1973 e 1994, marco inicial das principais reformas processuais, mas da qual culturalmente a comunidade jurídica não se afastou radicalmente, como adiante se verá.

³ Aqui a expressão “moderno” está comprometida como o modelo de Estado e as teorias do Direito e do processo civil produzidos nos séculos XIX e XX.

O presente trabalho se estrutura em quatro tópicos distintos, inicialmente tratando da influência da ideologia racionalista, corrente filosófica que influenciou fortemente o pensamento de Giuseppe Chiovenda e de seus contemporâneos, a exigir a análise do modelo de jurisdição proposto pelo doutrinador italiano, trazendo suas características mais marcantes, como a ideia de substitutividade, a figura do juiz como mero aplicador da lei, a concepção de processo fortemente vinculada ao princípio do dispositivo, a dicotomia cognição-execução e a classificação ternária das ações.

Segue-se com o estudo das principais reformas por que passou o Código de Processo Civil vigente desde 1994, a exemplo das Leis 8.952/94, 10.444/02 e 11.232/05, responsáveis, respectivamente, pela introdução do instituto da antecipação de tutela no processo de conhecimento, pela expressa previsão de sentenças mandamentais e executivas no âmbito das demandas que cuidam das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, e estabelecendo um sincretismo também nas ações que se voltam a compor obrigações de pagar quantia certa, rompendo definitivamente com a teoria da classificação ternária das ações e eliminando, tanto quanto possível, a dicotomia entre cognição x execução, mantendo apenas o processo de execução para títulos extrajudiciais ao criar a figura do cumprimento de sentença. Tais temas, ainda, são visitados nos textos correspondentes do Projeto de Lei instaurador de um novo Código de Processo Civil, até para se avaliar eventuais avanços ou recuos. De acordo com o que se demonstra, todas essas reformas foram, no mínimo, inspiradas a atender as exigências de um processo conforme um Estado democrático de Direito que sustenta a sua existência na dignidade da pessoa humana e na garantia dos direitos fundamentais, individuais, coletivos e sociais, instituído pela Constituição Federal de 1988, o que não significa que a superação do modelo racionalista esteja consolidada.

Derradeiramente, apresenta, em linhas gerais, o que se compreende como paradigma constitucional do processo democrático e o novo modelo de jurisdição a ele vinculado. Esta nova forma estatal possui como principal característica a transformação da realidade social e a concretização dos direitos fundamentais, função que não é exclusividade do Poder Legislativo ou do Poder Executivo. Nesse cenário, a jurisdição passa a ter uma função mais ativa e construtiva, ao invés de ser passiva e meramente declaratória. Transporta-se de um pronunciamento de mero acerto da relação ou situação jurídica controvertida para a tomada de decisão (menos julgamento, mais decisão) capaz de transformar o mundo fenomênico, onde efetivamente os direitos acontecem, com vistas a um paradigma conforme o de um Poder Judiciário garante dos direitos fundamentais.

2 O PENSAMENTO RACIONALISTA: O DIREITO COMO CIÊNCIA

Após a Revolução Europeia, o princípio da separação de poderes e as grandes codificações buscaram a certeza do direito como forma de proteção contra a onipotência estatal através da lei. O predomínio do valor segurança sobre os ideais de justiça acabou por identificar o direito como a lei, extraindo qualquer preocupação com eventual injustiça material.

Segundo a análise de Ovídio A. Baptista da Silva, em sua obra "Jurisdição e execução na tradição romano-canônica",⁴ vários filósofos influenciaram significativamente o pensamento jurídico do Estado Moderno,⁵ produto do século XVIII à primeira metade do século XX. A primeira grande influência adveio de Thomas Hobbes.⁶ O filósofo concebia o Estado como uma personalidade artificial, criada mecanicamente pelo engenho humano. Segundo ele o juiz era apenas o oráculo da vontade do soberano, a quem cabia decidir o que era justo e injusto. A lei - expressão da justiça (vontade do soberano) - deveria conter sentido unívoco, cabendo ao julgador apenas proclamá-lo na sentença.

O afloramento do espírito científico moderno tornou-se responsável pela submissão do pensamento jurídico aos métodos e princípios das ciências experimentais e lógicas. A filosofia de Thomas Hobbes acabou dando ensejo a outras premissas ideológicas que foram decisivas para o conceito de jurisdição no Estado Moderno: a lei como medida exclusiva da justiça e a demonstrabilidade dos problemas morais e jurídicos análoga à demonstrabilidade das equações geométricas.

Segue-se o pensamento de René Descartes,⁷ sustentando a razão como forma de perceber o mundo através de ideias claras e distintas, o que levou ao abandono da retórica forense, a recusa em conceber o direito como uma ciência da cultura e essencialmente hermenêutica, submetendo o direito à metodologia das ciências que buscam a verdade através da razão.

Aos poucos foi se consolidando o pensamento jurídico moderno, segundo o qual a lei tinha sentido único e certo, de modo que bastava ao juiz descobrir a verdade e pronunciar-la na

⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista Tribunais, 1996, p. 102 e ss.

⁵ Também concebido como Estado de Direito, enquanto Estado vinculado à lei.

⁶ HOBBS, Thomas. **Elementos de derecho natural y político**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1979, p. 296 e ss.

⁷ DESCARTES, René. **Discurso do método**. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 64.

sentença. A contribuição do pensamento de Montesquieu⁸ foi relevante para o movimento racionalista, pois sustentava que o juiz nada mais deveria fazer do que aplicar a lei, sob pena de tornar-se legislador, o que, em razão do princípio da separação dos poderes, traria grave risco à liberdade dos cidadãos.

O ordenamento jurídico – produto da razão – era concebido como um sistema completo, fechado, destituído de lacunas e, conforme refere Ovídio A. Baptista da Silva, capaz de “oferecer ao juiz a solução para casos concretos que lhe cabia julgar, de modo que a função De julgar não seja nada além da mecânica declaração da vontade concreta da lei”.⁹

Miguel Reale,¹⁰ ao comentar o racionalismo, refere:

O racionalista reconhece que o fato, aquilo que é dado de maneira direta e intuitiva, é elemento indispensável como fonte do conhecer, mas sustenta também que os fatos não são fonte de todos os conhecimentos e que, por si sós, não nos oferecem condições de certeza. As verdades de fato, para os racionalistas, são sempre contingentes e particulares, implicando sempre na possibilidade de correção, sendo válidas dentro de limites determinados. Em se tratando de verdades de fato, os resultados são sempre provisórios, sujeitos a verificações e ratificações sucessivas. Todavia, as verdades da razão, ao contrário, inerentes ao próprio pensamento humano, são dotadas de universalidade e certeza.

A partir das ideias racionalistas difundidas no chamado "século das luzes", foi concebido o processo de conhecimento - declaratório e ordinário por natureza - no qual a verdade é proclamada depois de um amplo debate judicial, como resultado de um juízo de certeza obtido pelo magistrado, através da utilização integral dos meios de ataque e defesa pelos litigantes. O processo de conhecimento surgiu como instrumento capaz de abrigar uma espécie de filosofia política que tem na ideologia da separação de poderes a sua base de sustentação.¹¹

Ovídio A. Baptista da Silva leciona que uma consequência lógica da filosofia política deste período histórico foi a supressão dos juízos de verossimilhança que até então haviam acompanhado a hermenêutica jurídica desde Aristóteles. A doutrina de Thomas Hobbes se prestou a fundamento das modernas correntes do positivismo jurídico e ofereceu contribuição decisiva para a sustentação do conceito de jurisdição como função subalterna, atribuída aos magistrados servidores para que eles fossem meros aplicadores das leis e, ainda, como

⁸ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 101.

⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**, p. 205.

¹⁰ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 85-6.

¹¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**, p. 117.

elemento de reforço a evitar a criação de formas de tutela preventiva do direito quando fundadas em juízo de verossimilhança.

No mesmo alinhamento, autor cuja filosofia contribui para a formação de um dos pilares do pensamento jurídico no Estado Moderno foi Gottfried W. Leibniz.¹² Sustentava o autor a existência de uma ciência natural e também de uma ciência do direito cuja exatidão e demonstrabilidade fossem tão evidentes como a demonstração de um teorema matemático. Segundo ele, também as verdades da metafísica, da moral e do direito poderiam ter a mesma clareza e ser objeto de demonstração com o mesmo rigor de um postulado matemático. Leibniz transferia a ciência do direito para o domínio das ciências que prescindem da experiência, propondo uma ciência que se desliga cada vez mais do campo da existência para refugiar-se no campo do normativismo, engessando, desta forma, o sistema processual em uma teoria de conceitos, regras e pretensões de universalidade que o torna inflexível.

No particular, refere Ovídio A. Baptista da Silva que

o repúdio ao individual, ao estudo do caso e à tradição foram os pressupostos para o normativismo e a conseqüente recusa da busca da justiça do caso concreto, pois o critério para a determinação do justo e do injusto passara a ser tarefa do legislador e não do juiz. Sendo o direito uma ciência racional, que prescinde da experiência, exata como as verdades matemáticas e como a geometria, elimina-se do horizonte teórico do direito todo o probalismo inerente às concepções clássicas, à filosofia aristotélica e aos juízos retóricos. Eis a ética da ordinariedade, pois nada poderia ser mais adequado que o procedimento ordinário para impedir que o julgador emitisse juízos de simples verossimilhança, obrigando-o somente a julgar com base nas verdades claras e distintas.¹³

A doutrina jurídica do Estado Moderno foi significativamente influenciada pela herança do direito romano do período posterior (também chamado período pós-clássico), principalmente no que tange à universalização das ações de conhecimento (mais precisamente, fenômeno da universalização da sentença condenatória) em detrimento dos interditos, o que teve como consequência a universalização do procedimento ordinário, através do processo de conhecimento, portanto, sem executividade na mesma relação processual. Verdadeira ficção jurídica, que se tornou dogma, a absoluta dicotomia entre cognição *x* execução.

Foi exatamente este pensamento racionalista, aqui apresentado em rápidas linhas, que influenciou visceralmente Giuseppe Chiovenda na formulação de sua teoria sobre a jurisdição.

¹² LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. **Los elementos del Derecho Natural**. Madrid: Tecnos, 1991, p. 48.

¹³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**, p. 126

3 JURISDIÇÃO SEGUNDO GIUSEPPE CHIOVENDA

Para Giuseppe Chiovenda, a jurisdição é função exclusivamente estatal, que conjuntamente com outras duas grandes funções - a legislativa e a governamental (ou administrativa) - formam o poder uno que é a soberania estatal.

Segundo o autor, a partir da proclamação do princípio da divisão das funções estatais (legislativa, administrativa e jurisdicional), não mais se admitia - como ocorria em eras passadas - que instituições ou pessoas diversas do Estado constituíssem órgãos para a atuação da lei (como ocorreu com a Igreja, por exemplo, que por muitos séculos, quando ainda não havia uma exata separação entre o Estado e o Poder Religioso, atuava a vontade da lei através de seus próprios juízes que sentenciavam acerca de muitas matérias, especialmente nas relações entre eclesiásticos, mas com irradiação de efeitos civis¹⁴).

A atuação da função jurisdicional - que é inerente à soberania - no Estado Moderno se dava através dos juízes, que eram funcionários do Estado, não mais sendo nomeados para o cargo a mero capricho do governante, mas sim por nomeações que se davam através de normas fixadas em lei, que abriam caminho a magistrados mais idôneos e preparados.

Giuseppe Chiovenda correlaciona o conceito de jurisdição com o de processo, em suas próprias palavras, jurisdição

é a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio de substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade concreta da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.¹⁵

A afirmação da vontade concreta da lei bem como a efetivação da mesma se dá, segundo a compreensão do autor, através do processo civil, por ele conceituado como "o complexo dos atos coordenados ao objetivo da atuação da vontade da lei (com respeito a um bem que se pretende garantido por ela) por parte dos órgãos da jurisdição ordinária".¹⁶

Vedada a autodefesa, ou seja, o uso arbitrário das próprias razões, é o processo judicial o meio idôneo a assegurar a observância do ordenamento jurídico. Assim Giuseppe Chiovenda tem o processo judicial como instrumento através do qual a jurisdição é prestada.

¹⁴ Exemplo disso, o casamento religioso com efeitos civis que vigorou no Brasil até o advento do Código Civil de 1916.

¹⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1969. v. II, p. 37.

¹⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**, p. 37.

Enfoque absolutamente formalista, compreendendo o processo como mera técnica, a ser seguida, onde o elemento humano é totalmente desconsiderado, quase inexistente.

3.1 A ideia de substitutividade

Com o advento do Estado Moderno sobre o Estado Absoluto, no qual a lei refletia a vontade de um ou de poucos e os órgãos jurisdicionais eram, portanto, executores da vontade de um só ou de uma minoria - sujeitos à mutabilidade e ao arbítrio destes - deu-se o início da inserção na maioria dos Estados do princípio da divisão/separação dos poderes como garantia de liberdade, a fim de dificultar as usurpações. Giuseppe Chiovenda, adepto à nova concepção de Estado, divide a soberania estatal em duas funções distintas: a de produção do direito (função legislativa) e a de aplicá-lo (administrativa e jurisdicional).

Como bem explica a teoria geral do estado, não há possibilidade de uma separação absoluta de poderes, de modo que órgãos legislativos exercem funções, muito embora atípicas, também administrativas, como provimentos sobre seu serviço interno, inquéritos parlamentares, deliberações sobre construções de obras públicas de suas instituições próprias, etc. Da mesma forma, órgãos judiciários têm funções administrativas, como, por exemplo, a administração dos serviços, seja pelo elemento humano, seja pela infraestrutura, que lhe cumpre prestar. Por sua vez, órgãos administrativos desempenham funções legislativas: decretos legislativos, portarias, provimentos, e também funções jurisdicionais, de atuação da lei, como é caso do processo administrativo disciplinar. Percebe-se, pois, que não há contraposição entre os distintos poderes, mas coordenação, distinção de tarefas que se mostram indispensáveis à sua sustentabilidade orgânica e funcional.

A fim de particularizar a função jurisdicional, Giuseppe Chiovenda realiza a distinção entre a atuação da vontade da lei quando feita pelo administrador e quando realizada pelo juiz, cujo principal traço é de ser a jurisdição exercida pelos magistrados através do que ele denomina de substituição, *verbis*:

...a atividade jurisdicional é sempre uma atividade de substituição: é - queremos dizer - a substituição de uma atividade pública a uma atividade alheia. Opera-se esta substituição por dois modos, correspondentes a dois estágios do processo, cognição e execução.

a) Na cognição, a jurisdição consiste na substituição definitiva e obrigatória da atividade intelectual do juiz à atividade intelectual não só das partes, mas de todos os cidadãos, no afirmar existente ou não existente uma vontade concreta de lei concernente às partes. (...) Na sentença, o juiz substitui para sempre a todos ao afirmar existente uma obrigação de pagar, de dar de fazer ou não fazer. (...). b) E quanto à atuação definitiva da vontade verificada, se

se trata de uma vontade só exequível pelos órgãos públicos, tal execução em si não é jurisdição: assim, não é jurisdição a execução da sentença penal. Quando, porém, se trata de uma vontade de lei exequível pela parte em causa, a jurisdição consiste na substituição, pela atividade material dos órgãos do estado, da atividade devida, seja que a atividade pública tenha por fim constranger o obrigado a agir, seja que vise ao resultado da atividade (...). Em qualquer caso, portanto, é uma atividade pública exercida em lugar de outrem (não, entendamos em representação de outros).¹⁷

De acordo com a teoria chiovendiana, enquanto a administração age em conformidade com a lei, considerando-a como norma de sua própria conduta e tendo ela como limite de seu agir, o juiz age atuando a lei e a tem como finalidade precípua de seu agir. O administrador tem como objetivo a realização do bem comum, enquanto o juiz objetiva a realização da própria lei. A partir dessa distinção entre administração e jurisdição decorre a ideia de substituição, dando o caráter de substitutividade à natureza jurídica da jurisdição, uma vez que tanto o administrador quanto o juiz atuam a lei, todavia, o administrador formula um juízo sobre a própria atividade, enquanto o juiz formula juízo sobre atividade alheia.¹⁸

A substituição – ou substitutividade – se dá em dois diferentes estágios do processo: cognição e execução. Na cognição, a substituição se dá através de uma atividade intelectual do juiz que absorve pretensão de ambas as partes (que na sentença irá se consolidar tanto para as partes quanto para toda a coletividade no afirmar ou negar a existência de uma vontade concreta de lei), enquanto que na execução, a substituição se dá através de atividade material, que é a procura, em lugar do credor, do bem que é garantido por lei.

De sorte que nesse universo da substitutividade, o conceito de jurisdição de Giuseppe Chiovenda se restringe à concreta atuação da lei, não indo além da mera submissão do juiz ao direito material, o que guarda aderência ao momento político, social, cultural e até econômico do seu tempo.

3.2 O juiz como mero aplicador da lei e a concepção dispositiva de processo

Com e através da Revolução Francesa, a lei¹⁹ passou a ser a fonte única do direito, centrando-se o poder criativo do direito no Legislativo. Acreditava-se, devido à grande influência racionalista, que a lei - entendida como expressão da vontade geral do povo - era obra perfeita, sem lacunas ou contradições e que seu texto não poderia dar margem a

¹⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. II, p. 11.

¹⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 63.

¹⁹ Posta pelo parlamento.

interpretações divergentes. Por outro lado, essa opção assegurava a nova estrutura de poder, assentada na democracia (ainda incipiente, é verdade) representativa que ganhava fôlego especialmente na Europa ocidental, como reação ao Estado absolutista.

Refere Giuseppe Chiovenda,²⁰ *verbis*:

Essas minuciosas normas não representam simples complexo desorgânico: constituem um sistema, cuja força dinâmica reside no princípio de que "sempre que uma controvérsia não se possa decidir com uma precisa disposição de lei, atender-se-á às disposições que regulam casos similares ou matérias análogas; quando o caso perdure, ainda assim, duvidoso, decidir-se-á segundo os princípios gerais de direito" (art. 3º, disposições preliminares do Cód. Civil). De sorte que, a mais das normas escritas nas leis existe indefinido número de outras, inferíveis da analogia ou dos princípios gerais de direito; e é muito difícil que um fato novo, não somente imprevisto na lei, mas jamais ocorrido antes dela, não encontre nesse sistema de normas seu regulamento preventivo e potencial. Pois que, se, em verdade, ocorresse um fato novo, a que fosse impossível encontrar no sistema das normas uma disposição aplicável, significaria que neste caso falta uma vontade de lei que garanta o bem reclamado pelo autor e se formará uma vontade negativa de lei, (pág. 28).

Dentro deste panorama, ao juiz cabia a função única de aplicar o ordenamento jurídico (leia-se, direito positivado) ao caso concreto que lhe fosse apresentado. A sua atividade resumia-se em analisar se o direito que afirmava ter o autor da demanda era reconhecido por uma norma abstrata prevista no ordenamento jurídico, caso em que o resultado da atividade jurisdicional seria a atuação da vontade da lei mediante a sentença de admissão do pedido ou, eventualmente, através de execução. Diversamente, se após analisar o direito pretendido pelo autor, o magistrado concluísse não haver previsão no ordenamento jurídico para tal caso o resultado da atividade jurisdicional seria a atuação da vontade negativa da lei - mediante rejeição do pedido.

Sobre a atividade do juiz, refere Giuseppe Chiovenda:

...em conformidade com o nosso direito, o juiz atua, em todos os casos, vontade de lei preexistente e, se faz obra da especialização da lei, é tão só no sentido de que formula, caso por caso, a vontade de lei concretizada antes do processo. (...) Uma coisa é dizer-se que renovadas condições econômicas, sociais, políticas, culturais determinam correntes e tendências novas que lentamente dispõem a doutrina a novas interpretações da lei velha, e que o juiz, como jurisperito, participa incidentemente dessa renovação. Outra coisa é considerar isso como mister do juiz, perigosa máxima que pode encorajar as interpretações individuais e cerebrinas. Com redobrada razão podemos dizê-lo das doutrinas inspiradas no princípio da maior liberdade do julgador (a chamada escola do direito livre) e que exageram ao ponto de admitir um poder de correção de lei. Os juízos rigorosamente fiéis à lei conferem aos

²⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. I, p. 42.

cidadãos maior garantia e confiança do que os farejadores de novidades em geral subjetivas e arbitrárias.²¹

Esta concepção do juiz “boca da lei”, externada na doutrina de Giuseppe Chiovenda, é reflexo da influência racionalista, ideologia da qual decorre também uma concepção essencialmente dispositiva de processo - presente na doutrina de Chiovenda - onde se verifica o predomínio do valor segurança em detrimento dos ideais de justiça do caso concreto.

Segundo a concepção dispositiva, o processo é entendido como “coisa das partes” e a atividade do juiz restringe-se a verificar a regularidade no cumprimento dos atos processuais. Essa tendência fica bem clara na seguinte passagem da obra de Giuseppe Chiovenda:

Toca às partes propor as provas que julguem oportunas. O magistrado julga sobre as provas produzidas: tanto pior para as partes se forem insuficientes (...). A prevalência do princípio do dispositivo sobre a iniciativa do juiz na formação das provas, nesta matéria como em matéria de escolha dos fatos por verificar, funda-se, em parte, sobre a natureza da ação cível e dos interesses que normalmente se entrebatem nela: ninguém é melhor juiz que a parte no tocante às provas de que pode dispor e no que respeita aos seus interesses individuais.²²

Esse modelo dispositivo de processo é a pedra de toque²³ de uma atividade inerte por parte do magistrado. Michele Taruffo discorre sobre a ideologia que contextualiza o modelo dispositivo de processo, aproximando-o do *adversarial system* do direito norte-americano. Esta concepção de processo tem como valor de fundo um individualismo competitivo. Nas palavras de Taruffo:

A concepção adversarial da justiça é somente uma das diversas manifestações de uma ideologia do processo que parece bastante difundida mesmo fora do contexto norte-americano. Essa ideologia funda-se no princípio segundo o qual deveria acontecer tudo o que as partes quisessem, e nada mais, ou nada diferente disso. Como se costuma dizer, o processo é uma *Sache der Parteien* e - mais adequadamente - uma coisa privada das partes. É sabido que esta concepção do processo foi por muito tempo dominante na cultura jurídica europeia do século XIX (...) em que se diz que o valor prioritário do processo civil (...) é a realização da plena liberdade e da autonomia das partes na condução do processo e no desenvolvimento de suas defesas.²⁴

²¹ Referia-se Chiovenda à diferença, que ele supunha existir, entre o sistema processual suíço, perante o qual o legislador está autorizado a decidir como se fosse legislador, sempre que o sistema legal não disponha de regra aplicável ao caso e o direito italiano onde, segundo ele, não haveria essa liberdade criadora da jurisprudência. Daí dizer ele, referindo-se à denominada escola de direito livre, mas dirigindo-se, sem dúvida, contra todas as formas de discricionariedade judicial, que pudesse legitimar interpretações diferentes para um mesmo texto de lei. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**, p. 206.

²² CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. I, p. 349-350.

²³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**, p. 59-61.

²⁴ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales S.A, 2012, p. 136.

Um processo assim concebido assemelhar-se-ia a uma competição esportiva,²⁵ na qual o papel do juiz seria garantir o regular desenvolvimento da partida “apitando faltas e sancionando as violações às regras do jogo” sem, entretanto, interferir no comportamento dos “competidores” (partes) e, sobretudo, não influenciando de maneira alguma o resultado final:

A controvérsia é com base no êxito do livre confronto das partes e, se o confronto desenvolver-se regularmente, esse êxito será considerado justo por definição, sendo aceito como tal. A decisão, por conseguinte, nada mais é do que uma espécie de registro do resultado da competição.²⁶

O modelo dispositivo de processo tem em si a forte ideia de método, segundo a qual através da correta utilização do método (processo e forma) se chegaria ao justo. Disso deriva ser irrelevante a verdade ou falsidade da apuração dos fatos, ou mesmo o contingencial em que esses, os fatos, inevitavelmente acontecem, a exigir profunda intervenção hermenêutica, desde que a contenda desenvolva-se regularmente, cumpridas as etapas e formalidades impostas pela lei processual. Não há preocupação com a qualidade e conteúdo da decisão e tampouco preocupação com o valor verdade.

A ideologia, portanto, que norteia esta concepção de processo, nunca se comprometeu realmente com a busca da identificação e enquadramento dos fatos e suas contingências, que Taruffo definiu como “verdade”, e, com isso, ofereceu às partes inúmeras oportunidades para se ocultarem, distorcerem e manipularem a realidade dos fatos:

Elas podem decidir apresentar somente as provas que são favoráveis a seus interesses, bem como excluir as provas que são a esses contrárias; cada parte, de resto, tende a fazer com que apareça somente uma parte dos fatos, não tendo qualquer interesse em uma obtenção neutra das informações que servem à apuração dos fatos. A oportunidade que ambas as partes têm de comportar-se desse modo, não garante o fato que, ao final do confronto, chegue-se verdadeiramente a uma reconstrução confiável dos fatos da causa.²⁷

Critica Taruffo que o modelo dispositivo de processo funda-se em uma ideologia da justiça segundo a qual à busca da verdade não se atribui qualquer valor positivo sendo, portanto, estruturalmente inidôneo.

O predomínio do valor segurança exige juízos de certeza e, com essa finalidade, o modelo de jurisdição de Giuseppe Chiovenda concebe forte dicotomia entre cognição e

²⁵ O autor utiliza a expressão *Sporting theory of justice*, que atribui a Roscoe Pound.

²⁶ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**, p. 133.

²⁷ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**, p. 135.

execução, isso porque no primeiro caso, a certeza deve ser alcançada pelo processo e, no segundo, forte na segurança jurídica, a execução parte da certeza.

3.3 A dicotomia cognição-execução e a classificação ternária²⁸ das ações

A doutrina de Giuseppe Chiovenda reflete a “pessoalização” dos direitos reais que teve origem no direito romano posterior. Para ele todo direito - pessoal ou real - se apresenta como obrigação no momento do processo, *verbis*:

Quando ao direito a uma prestação deixa de corresponder o estado de fato, por não se haver satisfeito a prestação, diz-se lesado o direito; e da lesão a um direito pode exsurgir um direito a uma nova prestação: daí que as vontades concretas de lei se distingam em originárias e derivadas. Da lesão de um direito absoluto (isto é, da violação da obrigação negativa de não lesar meu direito) extrai-se um direito novo contra determinada pessoa, que é obrigada a satisfazê-lo (por exemplo, restituindo o que me pertence) e, caso não possa, a ressarcir o dano. (...) Daí se conclui que não é só das relações jurídicas de obrigação - se não há termos, ou decaíram, ou não há condições, ou se verificaram - nem só daquelas é que surge um direito a uma prestação com direção pessoal determinada - isto é, dirigido à pessoa obrigada, mas também surge um direito, com direção pessoal determinada das relações jurídicas absolutas, e em particular das relações reais.²⁹

Ovídio A. Baptista da Silva, ao analisar esta posição de Giuseppe Chiovenda, refere, *verbis*:

Vê-se então, que a generalização da ação condenatória, tanto para o direito de propriedade quanto os direitos de crédito, exigiu a redução de todo o Direito Material a uma relação obrigacional de débito-crédito. Para que Chiovenda pudesse dizer que ação e obrigação se equivalem, teve de pressupor que toda ação de direito material deriva de "direito a uma prestação". Ora, tem direito a uma prestação o credor do Direito das Obrigações, não, pelo menos originariamente, o proprietário em sua relação com o objeto do domínio.

Para que toda ação seja resultante de uma prestação não satisfeita, como diz Chiovenda, é necessário, antes, que se tenha uniformizado o Direito Material, e de um modo geral, todos os direitos reais reduzindo-os a direitos pessoais, originários de uma relação obrigacional.

Diz Chiovenda: "quando o direito a uma prestação deixa de corresponder ao estado de fato". Que significa isso? Significa que, tendo o proprietário "direito a uma prestação" contra quem usurpara seu domínio, apossando-se do que lhe pertence, sua ação será sempre orientada numa "direção pessoal determinada": quer dizer, não será mais uma pretensão genérica à omissão, dirigida contra toda comunidade jurídica e sim uma ação pessoal contra o

²⁸ Parte da doutrina identifica a classificação como “trinária”.

²⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. I, p. 17-8.

violador. Em última análise, da usurpação teria milagrosamente nascido uma relação obrigacional entre o titular do domínio e o usurpador.³⁰

Esse alargamento do conceito de obrigação foi reforçado na teoria de Giuseppe Chiovenda, que vislumbra a função de legislar e de aplicar a lei como funções praticamente antagônicas, o que foi determinante para a classificação das demandas em condenatórias, constitutivas e declaratórias.

Giuseppe Chiovenda leciona que a atuação da lei no processo pode assumir três formas: cognição, conservação e execução. Na cognição, que é efetuada no processo de conhecimento, o juiz realiza “diversas atividades intelectuais com o objetivo de se aparelhar para julgar se a demanda é fundada ou infundada, e, pois para declarar existente ou não existente a vontade concreta da lei, de que se cogita”.³¹ A atuação da lei mediante conservação se dá através das ações assecuratórias, que se prestam a “prover com urgência à manutenção do *status quo*, como a assegurar a futura satisfação de um possível direito depois de sua declaração”.³² Por fim, Giuseppe Chiovenda refere a atuação da lei mediante execução, que se opera através das ações executórias, que são aquelas que visam “ao objetivo de realizar praticamente uma vontade de lei declarada, definitivamente ou não”.³³

Todavia, somente através da cognição (conhecimento) que o magistrado é capaz de dar um provimento de certeza, *verbis*:

A cognição gera a mais plena forma de provimento do juiz - a sentença - que, baseada em completo conhecimento da causa, com prévio exame a fundo - bem entendido - de todas as razões da partes, acolhe ou rejeita a demanda, afirmando ou negando a existência da vontade concreta da lei invocada pelo autor.³⁴

É nesta parte de sua doutrina que fica evidenciada com mais vigor a grande influência do pensamento racionalista, no sentido de que somente através da cognição é possível ao magistrado expressar a vontade, o sentido unívoco da lei, o que ele chamava de vontade concreta da lei.

Por outro lado, a cognição proposta por Giuseppe Chiovenda é uma forma de garantir que a atividade do juiz seja meramente de aplicar a lei posta pelo legislador, vez que através dela não se concebe qualquer provimento do juiz baseado em juízo de verossimilhança, esse a dispensar a certeza e a colocar em risco a segurança jurídica.

³⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**, p. 49.

³¹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. I, p. 174.

³² CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**, v. I, p. 35.

³³ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. I, p. 35.

³⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. I, p. 182-3.

Na cognição o juiz realiza a verificação dos seguintes requisitos: existência de um direito previsto no ordenamento jurídico, legitimação de agir e interesse de agir. Realizada a cognição que tem por objeto a investigação dos fatos, verificados os requisitos e sua aderência, o juiz está apto a sentenciar.

As sentenças são classificadas por Giuseppe Chiovenda conforme o bem a que a ação visa. Assim, a sentença será condenatória se a ação objetivar o cumprimento de uma obrigação, constitutiva se a ação objetivar a modificação de determinado estado jurídico existente e por fim, declaratória, se a ação visar a certificar a existência de um direito (subjetivo) ou relação jurídica. Ressalta o autor que "num e noutro caso, deve a sentença certificar a existência do direito, como preparação à obtenção do bem; por isso a sentença de condenação e a constitutiva equivalem, antes e acima de tudo, a sentenças de declaração".³⁵

Explicita o autor, *verbis*:

Se a vontade da lei impõe ao réu uma prestação passível de execução, a sentença que acolhe o pedido é de condenação e tem duas funções concomitantes, de declarar o direito e preparar a execução; se a sentença realiza um dos direitos potestativos que, para serem atuados, requerem o concurso do juiz, é constitutiva; se, enfim, se adscreeve a declarar pura e simplesmente a vontade da lei, é de mera declaração.³⁶

De acordo com a eficácia preponderante da sentença resultante da cognição, Giuseppe Chiovenda classifica também as ações segundo o provimento judicial a que tende. Assim, no processo de conhecimento, têm-se as ações declaratórias, constitutivas e condenatórias. Dentre as finalidades do processo civil, conforme a sua teoria, encontra-se - em primeiro lugar - a de criar certeza jurídica nas relações correntes entre os homens.

Segundo ele, a certeza jurídica é um dos mais importantes bens, uma vez que assegura o gozo e a disponibilidade de outros bens da vida, introduzindo confiança, exatidão e tranquilidade nas relações humanas. Todavia, só é possível obter-se a certeza jurídica mediante um processo judicial. E dar certeza jurídica às relações sociais é o principal efeito das sentenças, sendo que nada é capaz de substituir a certeza jurídica proveniente da coisa julgada. São as palavras de Giuseppe Chiovenda, *verbis*:

Tal produção da certeza jurídica como fim em si mesma é, de um lado, a mais autônoma função do processo, porque acarreta um bem de outra forma inconsequível; de outro, é na verdade a sua mais elevada função.³⁷

³⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. I, p. 182-3.

³⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. I, p. 34-5.

³⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. I, p. 211.

A ideologia racionalista e a influência da teoria de Giuseppe Chiovenda estiveram fortemente presentes na gênese do CPC de 1973. Para exemplificar, o diploma processual civil brasileiro vigente, até 1994, abarcava nos artigos 162, § 1º, 269, inciso I, 463 e 584, o dogma de que sentença (de mérito) é ato que põe fim ao processo, acolhendo ou rejeitando pedido do autor, só podendo ser modificada face a erro material porque se torna imutável para o próprio prolator e, carecendo de uma fase executiva, constituía o título executivo judicial, remetendo o autor/credor para novo processo. Ademais, os arts. 621, 629, 632, 642 e 646 respectivamente, contemplavam a execução de título judicial irrelevante se a obrigação era de entregar coisa certa, incerta, de obrigações de fazer ou não fazer, ou, ainda, de pagar quantia certa por conta de devedor solvente.

A adoção da linha teórica da universalização da sentença condenatória, proposta por Giuseppe Chiovenda, fez com que todas as pretensões - reais e obrigacionais - carecessem sempre de demanda executória posterior ao processo de conhecimento, estabelecendo um divórcio absoluto entre uma e outra atividade jurisdicional.

Em 1994 importantes reformas começaram a romper com esse modelo, dando sinais de seu esgotamento. Tais modificações se fizeram necessárias, pois inconfessável que a ordinaryness (por sua lentidão) e o modelo de tutela ressarcitória para todos os tipos de conflito de direito material implicavam inefetividade do processo. Além disso, falou mais alto a voz que passou a defender que o sistema processual precisava adequar-se ao paradigma constitucional democrático, o qual, conforme demonstrará no tópico que se segue, instituiu um novo modelo de jurisdição.

4 SUPERAÇÃO DO MODELO DE JURISDIÇÃO DE CHIOVENDA VIA REFORMAS LEGISLATIVAS

Entre as reformas legislativas de 1994, as que mais revelam destacar para os fins deste trabalho, são as que dizem com a alteração do art. 273 e do art. 461 do CPC, introduzindo-se a antecipação de tutela no processo de conhecimento, prevendo a hipótese para demandas genéricas, independentemente da pretensão de direito material deduzida, e a contemplação de tutela jurisdicional para obrigações de fazer ou não fazer, com previsão de provimento liminar específico e de mecanismos coercitivos e adjudicatórios para o cumprimento da sentença de procedência, com predominante carga cominatória (ordem) e auto-executiva, tudo em decorrência da Lei 8.952/94.

Tais alterações foram os primeiros passos para superação do modelo de jurisdição proposto por Chiovenda. Através delas foram resgatados os juízos de verossimilhança,

emergindo a possibilidade de acesso ao bem da vida (ou ao resultado de determinada obrigação) pretendido pelo autor da demanda anteriormente a uma cognição exaustiva e, portanto, da certeza jurídica³⁸ - tão preconizada por Chiovenda - caracterizando-se como atividade executiva e esvaziada de cognição exauriente. Não bastasse isso, a sentença passou a ser contemplada com meios próprios de cumprimento, afastando definitivamente a necessidade de em processo distinto buscar a execução do comando cominatório.

Mais tarde, com o advento da Lei 10.444, de 07 de maio de 2002, foi introduzido no Código de Processo Civil o artigo 461-A, que trouxe a tutela específica nas obrigações de entregar coisa. Através dessa última alteração legislativa foi que a tutela específica pode ter mais visibilidade, já que apesar de estar presente no CPC desde 1994, ao artigo 461 não era dada muita importância prática, havendo uma utilização generalizada do artigo 273. A reforma então implantada era tão de vanguarda, que nem os operadores mais pró-ativos foram capazes de desvelar o alcance da reforma, responsável pela revogação, pelo menos parcial, do manto da ordinariade que até então a tradição, afiançada pelos juristas processualistas e eleita pelo Código Buzaid, reinava absoluta: sentença é declaração da vontade da lei, a função do juiz é atuar acertando a relação jurídica conflituosa, ao dizer quem tem direito.

A introdução no sistema processual do artigo 461-A, ao contrário, acendeu uma nova luz, pondo à evidência uma mudança paradigmática. A doutrina apercebeu-se de que, através da tutela específica (tanto nas obrigações de entrega de coisa como nas de fazer ou não fazer), transcendeu-se a grande dicotomia cognição-execução, admitindo-se, por consequência, a adoção da classificação quinária das sentenças no sistema processual,³⁹ uma vez que dentro do processo de conhecimento o procedimento da tutela específica permitiu que o juiz adotasse medidas executivas imediatas (tutelas mandamentais e executivas *lato sensu*). Além de romper com a dicotomia cognição-execução, a tutela específica emprestou maior efetividade ao processo, ao permitir ao titular do direito obter pela via do processo exatamente o pretendido, ou seja, a prestação *in natura*, superando a tutela meramente ressarcitória, presente no modelo chiovendiano de jurisdição. A maior efetividade decorre também das regras contidas nos parágrafos 5º e 2º, respectivamente, dos artigos 461 e 461-A, dotando o juiz brasileiro de amplos poderes para coibir o desrespeito à decisão, estimulando, assim, o seu cumprimento imediato pela parte.

³⁸ Segundo Chiovenda a certeza jurídica era somente atingida ao final da demanda, na sentença.

³⁹ Por todos, Pontes de Miranda, in **Tratado das Ações**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970/1972.

Luis Rodrigues Wambier, ao comentar as modificações legislativas mencionadas, logo referiu a preocupação com a efetividade:

Entre as consequências mais recentes dessa preocupação do legislador, anote-se a regra do artigo 461 do CPC. Essa norma, inicialmente restrita às ações voltadas ao cumprimento das obrigações de fazer e de não fazer, e agora, com o advento da lei 10.444, de 07.05.02, alcançando também a entrega de coisa, promoveu um significativo avanço. Trata-se, na verdade de importante passo em favor da efetividade do processo, e que certamente contaminará o sistema todo.⁴⁰

Sobre a efetividade do processo, refere Luiz Guilherme Marinoni⁴¹ em obra relativa à tutela específica:

É preciso compreender que o direito de ação não pode mais ser pensado como simples direito à sentença, mas sim como o direito ao modelo processual capaz de propiciar a tutela do direito afirmado em juízo. Se o cidadão deve buscar o judiciário, e este possui a obrigação de lhe prestar a efetiva tutela de seu direito, é evidente que, por meio da ação, o direito deve encontrar o caminho para que, quando reconhecido, possa ser efetivamente tutelado.

Joaquim Felipe Spadoni⁴² leciona que a tutela jurisdicional desacompanhada de adequação e efetividade pode representar sério risco à legitimação do Poder Judiciário perante a sociedade, já que, uma vez proibida a autotutela, os envolvidos no litígio ver-se-iam impossibilitados de realizarem, de forma útil, seus direitos.

Segundo Nelson Rodrigues Netto,⁴³ o principal reflexo da morosidade e inefetividade da prestação jurisdicional está na falta de utilidade dos provimentos judiciais, realçada em situações em que o mero ressarcimento pecuniário (tutela ressarcitória) desatende por completo a pretensão deduzida em juízo. Refere o autor:

A radical alteração sofrida no modelo de se tutelar os credores nas obrigações de fazer e de não fazer, ex vi do artigo 461 do CPC, representa a quebra do paradigma da clássica divisão do processo e das respectivas

⁴⁰ WAMBIER, Luis Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Anotações sobre a efetividade do processo. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, p. 63, ago. 2003.

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória** (individual e coletiva), p. 32.

⁴² SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação Inibitória** – a ação preventiva prevista no artigo 461 do CPC, p. 22.

⁴³ DEILTON RIBEIRO DO BRASIL refere que “o artigo 461 constitui uma resposta à necessidade de uma efetiva tutela das obrigações de fazer e não fazer, na medida que o juiz pode conceder a tutela específica ou o resultado prático equivalente ao do adimplemento, demonstrando uma inegável intenção de viabilizar a tutela efetiva e adequada dos direitos”. (BRASIL, Deilton Ribeiro. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer**. p. 226). JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE defende que “a utilidade do ordenamento jurídico material está intimamente relacionada com a eficácia do processo, que constitui o meio para garantir a atuação do direito, nas hipóteses de ausência de cooperação espontânea dos destinatários”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 56.). RODRIGUES NETTO, Nelson. **Tutela Jurisdicional Específica: Mandamental e Executiva Lato Sensu**, p. 99.

funções que cada qual pode desempenhar. Assim é que a inovação do direito positivo visou atender aos reclamos da efetividade do processo.⁴⁴

Conforme leciona Ovídio A. Baptista da Silva, uma das ideias que está na base da formulação do artigo 461 é

o princípio de que o processo deve, tanto quanto possível, satisfazer o direito como se ele estivesse sendo cumprido voluntariamente pelo devedor, a evidenciar o caráter instrumental do processo, o que, por si só, já seria capaz de recompor a camisa de força com que a Ciência do Processo se vestiu ao reduzir o fenômeno executivo exclusivamente à execução obrigacional, estruturada em esquemas rígidos e estereotipados, liberando-a para adequar-se instrumentalmente ao direito material que lhe cabe tornar efetivo e realizado.⁴⁵

É ainda do autor gaúcho a lição de que na formulação do artigo 461 está presente justamente a tentativa de superação da ordinariedade, atacando-a pelo lado do conceito de jurisdição e de ação condenatória, como simples conclamação ao condenado para que ele voluntariamente cumpra a obrigação.⁴⁶

A partir da tutela específica também foi superada outra importante faceta da teoria chiovendiana de jurisdição: a figura do juiz como mero aplicador da lei. A legislação refomista atribuiu maiores poderes ao magistrado. Os artigos 461 e 461-A - ao afirmarem que o juiz pode conceder a tutela específica da obrigação ou o resultado prático equivalente ao do adimplemento e, de ofício, fixar a multa ou determinar as chamadas medidas necessárias, de forte cunho adjudicatório, - consagraram não só a possibilidade de o juiz impor o meio executivo necessário a cada caso concreto, mas também o autorizam a determinar a providência adequada, ainda que diversa daquela requerida pelo autor, para que o direito seja efetivamente tutelado. A atividade jurisdicional não fica adstrita à imposição de um meio executivo diverso, mas pode conceder providência distinta da solicitada.

Sobre este tema refere Luiz Guilherme Marinoni:

São vários os fundamentos que podem ser alinhados para admitir tal proceder: i) a possibilidade de o juiz, de ofício, fixar multa ou determinar as “medidas necessárias”, ii) o fato de os artigos 461 e 84 terem admitido ao juiz, em desatenção ao princípio da congruência entre o pedido e a sentença, conceder a tutela específica da obrigação ou o resultado prático equivalente ao do adimplemento; iii) a ideia, que decorre do princípio constitucional da efetividade, e que preside dos artigos 461 e 84, no sentido de que cabe ao juiz buscar a tutela efetiva dos direitos, principalmente quando em jogo

⁴⁴ RODRIGUES NETTO, Nelson. **Tutela Jurisdicional Específica**: Mandamental e Executiva Lato Sensu, p. 104.

⁴⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1, p. 124.

⁴⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1, p. 125.

direitos não patrimoniais, afastando-se, de todas as formas, da inefetiva, e porque não se dizer injurídica, tutela ressarcitória.⁴⁷

A tutela específica, de fato, amplia os poderes do juiz, o qual passa de uma posição passiva e inerte para uma posição ativa – para uma postura mais *solucionadora* e menos *declaratória*.

A maior atividade do juiz implica também uma diminuição da vinculação, por nosso sistema processual, ao princípio do dispositivo,⁴⁸ ao contrário do preconizado por Chiovenda.

Depois, a Lei 11.232/05 – denominada reforma da execução - ao abolir a execução de título executivo judicial como processo autônomo (deixando em vigência as normas do processo de execução apenas para os casos em que houver título executivo extrajudicial) consolidou a superação do modelo de jurisdição de Giuseppe Chiovenda. Através do cumprimento de sentença, concretizou-se a adoção das ações sincréticas, eliminando-se a dicotomia cognição-execução, com vistas a simplificar o sistema processual e proporcionar uma tutela mais efetiva do direito.

Ainda que a atividade jurisdicional responsável pela busca de bens a satisfazer créditos junto ao patrimônio do devedor resistente se faça valer de medidas próprias da expropriação, típicas do processo de execução como a penhora, avaliação e licitação dos bens, o fato é que trazendo tal atividade para dentro do processo de conhecimento culminou por sacramentar a quebra da dicotomia cognição *x* execução, contribuindo também para ampliar o espectro da antecipação de tutelas em demandas com pretensão condenatória, o que sempre enfrentou muita resistência na doutrina e na jurisprudência.

Além disso, houve claro intuito de promover a celeridade processual, conforme preconizado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que incorporou no rol de direitos fundamentais do art. 5º, o inciso LXXVIII, dispondo que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

As diversas reformas pelas quais passou o Código de Processo Civil, sem dúvida, transformaram-no em uma verdadeira ‘colcha de retalhos’, o que gerou diversas incompatibilidades práticas e teóricas, muitas delas já enfrentadas pela doutrina e

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória** (individual e coletiva), p. 164.

⁴⁸ O princípio do dispositivo foi consagrado no CPC de 1973, conforme exposição de motivos, <http://www.ombadvocacia.com.br/acervo/CODIGOS/CODIGOPROCESSOCIVIL.PDF>, acessado em 13 de junho de 2013. Saliente-se que com a publicização do processo houve ampliação dos poderes instrutórios do juiz (artigo 130 do CPC) restringindo-se, por consequência, a vinculação do sistema processual pátrio ao princípio do dispositivo, permanecendo a disponibilidade quanto aos fatos.

jurisprudência e outras ainda a enfrentar. É certo, contudo, que todas as reformas buscaram atender, em maior ou menor grau, os reclamos da sociedade em razão das transformações ocorridas no seu seio desde a promulgação do CPC em 1973. Além do aumento da complexidade, outra razão de ser das reformas foi adequar o sistema processual ao paradigma democrático constitucional.

Para não deixar passar *in albis*, o Projeto de Lei n. 8.046-B/2010, que visa à instituição de um novo Código de Processo Civil, encontrando-se em sua fase final de discussão junto ao Congresso Nacional, no que diz com as reformas aqui estudadas – introdução do instituto da antecipação de tutela; contemplação de ações executivas e mandamentais, voltadas a tutelar pretensões de obrigação de fazer, não fazer e de entrega de coisa; e procedimento sincrético em relação às prestações de pagar quantia em dinheiro, típica ação condenatória – mantém os avanços alcançados ao longo das duas últimas décadas.

Relativamente à antecipação de tutela, a proposta é mais revolucionária, culminando por revogar o atual Livro III, do CPC vigente e trazendo para um único espaço legislativo, na parte geral do código, as tutelas satisfativas e as tutelas cautelares, prevendo para ambas a sua concessão como incidente ao processo ou através de procedimento antecedente, e inovando quanto às tutelas de evidência, que passam a ganhar tratamento próprio. Esse conjunto de regras – que aqui não cabe esmiuçar exegeticamente – mostra a preocupação em manter tão importantes institutos em relação a um processo efetivo e tempestivo, modelo que se afeiçoa aos ares constitucionais.

Com referência as ações que versam sobre pretensões de obrigações (ou deveres) de fazer, não fazer ou entrega de coisa, poucas são as inovações, porque o arcabouço nuclear está bem estruturado no Código atual, sendo, no mais de suas regras, aproveitado apenas com algumas alterações de caráter mais operacional e superação de algumas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, especialmente no que diz respeito à aplicação das astreintes.

Por derradeiro, mantém-se – e aqui sim, poder-se-ia acusar o Projeto de ter ficado aquém de inovações maiores, especialmente no que diz com a multa de 10% quando não realizado o cumprimento da obrigação espontaneamente⁴⁹ – o sincretismo nas ações de pretensão condenatória, com o cumprimento da sentença realizando-se como mera fase posterior à sentença.

⁴⁹ Remete-se o leitor para MACEDO, Elaine Harzheim. O cumprimento da sentença e a multa do art. 475-J do CPC sob uma leitura constitucional da Lei nº 11.232/05, **Revista da Ajuris**, v. 33, n. 104, Porto Alegre: AJURIS, dez 2006, p. 79-93.

5 O PARADIGMA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO DEMOCRÁTICO E O NOVO MODELO DE JURISDIÇÃO

Para se falar em processo democrático indispensável algumas ponderações iniciais sobre o Estado democrático de Direito.

A Carta Magna promulgada em 1988 provocou uma mudança no modelo de Estado que se refletiu, como não poderia deixar de ser, em grande monta no processo e na jurisdição. A rigor, falar em Constituição é falar em Estado,⁵⁰ sendo que alguns apontamentos são necessários para uma adequada compreensão da mudança paradigmática ocorrida com a instituição do Estado democrático de Direito.

A constituição de 1988 consolidou este novo modelo de Estado na expectativa de superar as dificuldades do modelo estatal anterior, muito mais formatado no modelo de Estado liberal de Direito do que Estado social de Direito.⁵¹ No Brasil - em decorrência da economia ainda em desenvolvimento na época - muito se questiona se chegou a existir este modelo estatal social, que nas nações mais maduras (alguns países europeus e Estados Unidos) chegou a adolecer, com ações primordiais no campo do bem estar social da população.

Sobre as insuficiências do Estado-providência nos países de terceiro mundo, lembra Elaine Harzheim Macedo:

O fato é que também o Estado-providência, sem embargo de sua vocação para a consecução do bem-estar dos cidadãos, acusou insuficiências, mais acentuadas nos países que compõem o terceiro mundo, provocando sua esclerose. (...) O próprio elemento que inspirou o novel Estado transformou-se no germe de sua corrosão. Atuante – ou a tanto pretendendo ser – nas áreas de maior carência social, como seguro social, fornecimento de bens e serviços indispensáveis à sobrevivência humana, saúde e educação, passou o novo Estado a ficar diretamente dependente da arrecadação tributária, o que, por sua vez, está intimamente ligada ao crescimento econômico, que não acompanhou, principalmente na década de 70, as necessidades de investimento, isso sem falar em outras motivações, como a incompetência técnica e moral de muitos inúmeros governos, tradicionalmente afetados pela corrupção, coabitando tais fatores, por si só negativos, com uma forte exigência, de grupos de interesses bem definidos, com o comprometimento

⁵⁰ Macedo, Elaine Harzheim. **Jurisdição e Processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio**, p. 126.

⁵¹ O Estado Social, por sua vez, veio atender aos anseios provocados pela crise do Estado Moderno, marcada pela luta pelos direitos coletivos e sociais. Já que o normativismo liberal não conseguiu atingir a justiça social, estabeleceu-se este projeto normativo, que especificaria o conteúdo das normas vigentes do direito privado e introduziria direitos fundamentais de cunho social que saciassem as demandas sociais por distribuição mais justa da riqueza produzida.

de manter o modelo de repartição econômica de riquezas e de produção, na medida em que não bem resolvidas tais questões.⁵²

Utilizando as palavras da autora, como “as experiências, mesmo as mais infelizes, são o principal fomento para a revisão de conceitos”, surge, logo depois, o Estado democrático de Direito. Sob seu conteúdo próprio, estão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a inquietação social, constituindo um novo conjunto onde a preocupação básica é a transformação do *status quo*. Sobre o Estado Democrático de Direito é a lição de Lenio Streck e Luis Bolzan de Morais:

O conteúdo da legalidade assume a forma de busca efetiva da concretização da igualdade, não pela generalização do comando normativo, mas pela realização, através dele, de intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade.⁵³

A mais importante característica do Estado democrático de Direito é seu conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como no modelo estatal anterior, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Nas palavras de José Afonso da Silva,⁵⁴ “o democrático qualifica o Estado, o que irradia valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também sobre a ordem jurídica”. A ideia de democracia contém e implica, necessariamente, a questão da solução do problema das condições materiais de existência.

O princípio da igualdade passa a ser visto igualdade material, autorizando, por exemplo, a dar tratamento desigual aos desiguais, na medida de suas desigualdades, rompendo com a ideia de igualdade formal antes posta no Estado Liberal – berço da ideologia que influenciou a concepção chiovendiana de jurisdição. O Estado democrático de Direito passa a se preocupar, além da proteção dos cidadãos contra abusos por parte das autoridades estatais, com as diferentes necessidades sociais.

O Judiciário, neste sentido, passa a ter a função de proteger e efetivar tanto os direitos fundamentais como os sociais. Reflete Cappelletti:

Os direitos sociais pedem para a sua execução a intervenção ativa do estado, frequentemente prolongada no tempo. Diversamente dos direitos tradicionais, para cuja proteção requer-se apenas que o estado não permita sua violação, os direitos sociais – como direito à assistência médica, à habitação, ao trabalho – não podem ser simplesmente “atribuídos” ao

⁵² Macedo, Elaine Harzheim. **Jurisdição e Processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio**, p. 119/120.

⁵³ Streck, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria geral do estado** / Lenio Luiz Streck; José Luis Bolzan de Morais. 2ª ed. rev. ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 92-93.

⁵⁴ Silva, José Afonso da. **O estado democrático de direito**. Revista da PGE/SP, p. 131.

indivíduo. Exigem eles, ao contrário, permanente ação do estado, com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas para, enfim, promover a realização dos programas sociais, fundamentos desses direitos e das expectativas por ele legitimados. É evidente que, nessas novas áreas do fenômeno jurídico, importantíssimas implicações impõem-se aos juízes.⁵⁵

Na inércia das demais esferas de poder, cabe ao Judiciário, então, a função de concretizar estes direitos, o que leva o Judiciário ao papel de protagonista no cenário político-jurídico social. Nas palavras de Luiz Flavio Gomes⁵⁶:

O Estado Constitucional de Direito caracteriza-se por ser “o direito do direito”, isto é, direito e limite, direito e garantia. E quem deve assegurar o seu reconhecimento, a sua eficácia? Só pode ser o juiz. Isso implica em redimensionar seu papel (...) de garante do Estado Constitucional.

Tendo o novo modelo de Estado lhes outorgado novas e relevantes funções, os juízes migram da *passividade* para a *atividade*. Nesse contexto, o juiz deve ser, antes de tudo, sintonizado com a realidade sociopolítica, sensível ao mundo dos fatos, para desempenhar o mister que lhe fora imposto pela Magna Carta.

A jurisdição, no Estado democrático de Direito, não apenas atua a lei, mas constrói o direito através da participação das partes e eventuais terceiros interessados, respeitando as garantias inerentes ao devido processo legal e sempre por intermédio de uma interpretação jurídica constitucionalmente orientada, com respeito à vontade axiológica do Texto Maior, utilizando os princípios constitucionais como vetores de sentido, por traduzirem as diretrizes basilares do sistema jurídico, procurando concretizar em maior medida possível os direitos fundamentais.

Para realizar tais funções constitucionais, o processo passa não mais a ser visto como um mero instrumento (forma, técnica, procedimentos como atos ordenados e sequenciais), mas constituir espaço, indispensavelmente democrático – com participação colaborativa, responsabilidade e atuação de todos os que dele participam, comprometendo-se com a composição do conflito –, predominantemente jurídico de construção do direito do caso concreto, exigindo um modelo de jurisdição à luz do que dispõem os arts. 2º e 1º e seu parágrafo único da Constituição Federal, ou seja, que consagra a soberania popular.

Verifica-se hoje que os traços conceituais da jurisdição desde Giuseppe Chiovenda sofreram sérias transformações. E isso porque a ideologia estatal a influenciar o caminhar da sociedade também se alterou. A jurisdição mudou porque seu elemento histórico, o

⁵⁵ Cappelletti, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 41.

⁵⁶ Gomes, Luiz Flávio. **A dimensão da magistratura: no estado constitucional e democrático de direito.** São Paulo:Revista dos Tribunais, 1997, p. 116-117.

reconhecimento da atividade jurisdicional como atividade hermenêutica, prescindindo de se interpretar⁵⁷/compreender/construir o direito se revelou. Antes, a justiça guardava relação com a lei. Hoje, essa concepção ruiu, e a lei nem sempre se mostra como expressão ajustada à ideia de justiça. No Estado democrático de Direito a noção de Justiça encontra-se intimamente ligada aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais, que ilumina toda a ordem jurídica.

É insuficiente e inútil atribuir à jurisdição a tarefa ordenadora. Mais que isso, deve-se conferir a ela uma função transformadora, voltada à realização do conteúdo material da Constituição, em especial aqueles que dizem respeito aos direitos fundamentais e princípios constitucionais. Embora não seja essa uma empreitada solitária, a ser realizada apenas pelo Judiciário, a ele cabe, também, um papel fiscalizador, de maneira que inércias do Executivo ou a falta de atuação do Legislativo merecem ser supridas pela atividade jurisdicional, mediante a utilização de mecanismos jurídicos devidamente previstos na Constituição edificadora do Estado democrático de Direito.⁵⁸

Enfim, atualmente é insatisfatória a definição de jurisdição que se limite a considerar seu aspecto pacificador. É simplificação descuidada e alheia à ideologia do Estado democrático de Direito. E para tanto o processo deve se aparelhar. Deve-se conceber a atividade jurisdicional como atividade hermenêutica e construtiva, cuja finalidade é a de conferir significação ao texto normativo alinhada aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais, isso sempre num norte voltado a consecução de valores substanciais explicitados na Carta Maior.

CONCLUSÕES

⁵⁷ O juiz, no Estado Democrático, passa de mero aplicador à intérprete, exercendo atividade essencialmente hermenêutica. Cabe referir aqui a importância do pensamento de Gadamer que auxiliou a superar a noção de imparcialidade como sinônimo de neutralidade. O autor provocou uma verdadeira revolução no campo da linguagem ao transformar a interpretação - antes de caráter metodológico - em caráter ontológico. Segundo o pensamento de Gadamer interpretar é o modo-de-ser no mundo do homem. A ideia de círculo hermenêutico é no sentido de que o compreender possível é o parcial porque, uma vez compreendido, ele já se transforma em um pré-compreender de um novo compreender e assim por diante em um procedimento circular que somente acabará quando também acabar a vida do ser-no-mundo. A ideia de círculo hermenêutico é de suma importância à noção de jurisdição no paradigma constitucional democrático, no qual o juiz constrói o Direito. Tal noção de hermenêutica possibilita - desde que se tenha sempre a Constituição como vetor de sentido - a constante oxigenação e reelaboração do Direito no cenário da complexidade atual da sociedade. Conforme Gadamer. Hans- Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Traduzido por Flávio Paulo Meurer. 4ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2002. p. 32-33.

A partir da pesquisa elaborada foi possível chegar-se às seguintes conclusões:

1. As premissas ideológicas afloradas no racionalismo - a lei como medida exclusiva da justiça, demonstrabilidade dos problemas morais e jurídicos análoga à demonstrabilidade das equações geométricas - através da filosofia de autores como Hobbes, Descartes, Montesquieu e Leibniz, influenciaram a consolidação do pensamento jurídico moderno, segundo o qual o direito era uma ciência racional, exata como as verdades matemáticas e a geometria. À lei era reconhecido sentido unívoco, cabendo ao legislador a determinação do justo e do injusto. A atividade jurisdicional restringia-se a descobrir a verdade na lei e proclamá-la na sentença.

2. A doutrina de Giuseppe Chiovenda foi fortemente influenciada pelo racionalismo. O autor concebia a jurisdição como função do Estado cujo objetivo é a atuação da vontade concreta da lei. Essa atuação da lei é feita através da substituição de uma atividade pública a uma atividade alheia (própria da parte). Segundo o autor italiano, esta substituição se opera em dois estágios do processo: cognição e execução.

3. Giuseppe Chiovenda concebia o ordenamento jurídico como um sistema fechado, destituído de lacunas. A atividade jurisdicional, diante disso, limitava-se à mera aplicação da lei posta pelo legislador. Qualquer atividade de criação por parte de um magistrado significava insegurança jurídica e afronta à liberdade individual.

4. A doutrina de Giuseppe Chiovenda reflete o fenômeno da pessoalização dos direitos reais e conseqüente universalização da sentença condenatória originadas no direito romano posterior. Para o autor italiano, todos os direitos - reais e pessoais - apresentam-se como obrigação/relação débito-crédito no momento do processo, a gerar uma pretensão à condenação e respectiva sentença condenatória.

5. Giuseppe Chiovenda sustenta a classificação ternária das ações, segundo a qual a cognição (processo de conhecimento), abarca as ações declaratórias, condenatórias e constitutivas.

6. Desde 1973, quando de seu surgimento, até 1994, o Código de Processo Civil Vigente sofreu significativa influência do modelo de jurisdição de Giuseppe Chiovenda. Havia divisão bem acentuada da cognição-execução, ou seja a transformação da realidade fenomênica dava-se tão somente com a instauração de posterior processo executório. Por conseguinte, pode-se vislumbrar reflexo do fenômeno da universalização da sentença condenatória que passou a abarcar tanto pretensões ao pagamento de dinheiro, quanto

pretensões à entrega de coisa ou mesmo ao cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer. Esse é o reflexo mais evidente da teoria de Giuseppe Chiovenda no sistema processual civil brasileiro, pois o Código de Processo Civil trazia (até 1994), execução de título judicial para realização das prestações de fazer, não fazer, para as obrigações de entregar coisa certa ou incerta e para obrigações de pagar quantia certa.

7. A adoção da linha teórica da universalização da sentença condenatória, proposta por Giuseppe Chiovenda, fez com que todas as pretensões – reais e obrigacionais – carecessem sempre de demanda executória posterior ao processo de conhecimento. Situação esta que, invariavelmente, implicou em inefetividade processo diante dos longos anos de tramitação das demandas de conhecimento e execução.

8. A Lei 8.952/94 introduziu em nosso sistema a tutela específica para cumprimento de obrigações de fazer e não fazer. Com o advento da Lei 10.444/02, foi introduzido no sistema processual pátrio também a tutela específica das obrigações de entregar coisa. Em ambas as espécies de tutela específica, o juiz tem a possibilidade de determinar medidas coercitivas e adjudicatórias para compelir o demandado ao cumprimento da prestação *in natura*.

9. Em ambos os casos, há atividade jurisdicional posterior a sentença de mérito, consistentes em medidas tendentes à execução material daquilo que foi preconizado na sentença (medidas coercitivas). A partir desse novo panorama, adotou-se, no sistema processual pátrio, a classificação quinária das ações.

10. Têm sido muito grandes os esforços no sentido de dotar o sistema processual de meios que sirvam de estímulo ao cumprimento das decisões judiciais. A tutela específica - através das medidas coercitivas e adjudicatórias - vai contra a resistência, dando mais efetividade às decisões judiciais e, conseqüentemente, ao processo judicial como um todo, uma vez que visa o cumprimento da prestação *in natura* pelo demandado, e não mera tutela ressarcitória.

11. A tutela específica, sem dúvida, concedeu maiores poderes decisórios ao juiz, superando a ideia de juiz boca da lei presente na teoria de Giuseppe Chiovenda.

12. A Lei 11.232/05, ao abolir a execução de título executivo judicial, consolidou a superação do modelo de jurisdição de Giuseppe Chiovenda. Através do cumprimento de sentença, concretizou-se a adoção das ações sincréticas, adotando-se a classificação quinária das ações, eliminando-se a dicotomia cognição-execução, com vistas a simplificar o sistema processual e proporcionar uma tutela mais efetiva do direito.

13. Além disso, houve claro intuito de promover a celeridade processual, conforme preconizado pela Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, que incorporou no rol de direitos fundamentais o inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal.

14. As reformas citadas buscaram atender, em maior ou menor grau, os reclamos da sociedade em razão das transformações ocorridas no seu seio desde a promulgação do CPC em 1973. Além do aumento da complexidade, outra razão de ser das reformas foi adequar o sistema processual ao paradigma democrático constitucional.

15. O Projeto do novo Código de Processo Civil, nos tópicos aqui estudados, mantém os avanços conquistados nas últimas duas décadas, mas deixa de avançar ao não estabelecer medidas mais incisivas ao cumprimento das sentenças judiciais.

16. No paradigma constitucional da democracia, o Poder Judiciário possui papel central, pois exerce a função de garante da Constituição e dos direitos fundamentais.

17. A jurisdição, no Estado democrático de Direito, não apenas atua a lei, mas constrói o direito através da participação das partes e eventuais terceiros interessados, respeitando as garantias inerentes ao devido processo legal e sempre por intermédio de uma interpretação jurídica constitucionalmente orientada, com respeito à vontade axiológica do Texto Maior, utilizando os princípios constitucionais como vetores de sentido, por traduzirem as diretrizes basilares do sistema jurídico, procurando concretizar em maior medida possível os direitos fundamentais.

18. Verifica-se hoje que os traços conceituais da jurisdição desde Giuseppe Chiovenda sofreram sérias transformações. E isso porque a ideologia estatal a influenciar o caminhar da sociedade também se alterou. A jurisdição mudou porque seu elemento histórico, a forma de se interpretar/compreender/aplicar o direito igualmente mudou. Antes, a justiça guardava forte relação com a lei. Hoje, essa concepção ruiu, e a lei nem sempre se mostra como expressão ajustada à ideia de Justiça. No Estado democrático de Direito a noção de Justiça encontra-se intimamente ligada aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais.

19. Nesse fio, é preciso ver a jurisdição como soberania popular, aparelhada a atividade jurisdicional por um processo consagrador de um espaço democrático, predominantemente jurídico, de construção do direito do caso concreto, alimentado pelo agir hermenêutico e tendo como *topus* a Constituição Brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo.** São Paulo: Malheiros, 1995.

BRASIL, Deilton Ribeiro. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer.** São Paulo: Del Rey, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**, v.I, .II e v. III. São Paulo: Saraiva, 1969.

DESCARTES, René. **Discurso do método.** São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 64.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** Traduzido por Flávio Paulo Meurer. 4ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da magistratura: no estado constitucional e democrático de direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

HOBBS, Thomas. **Elementos de derecho natural y político.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1979.

LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. **Los elementos del Derecho Natural.** Madrid: Tecnos, 1991.

MACEDO, Elaine Harzheim. **Jurisdição e Processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. O cumprimento da sentença e a multa do art. 475-J do CPC sob uma leitura constitucional da Lei nº 11.232/05, **Revista da Ajuris**, v. 33, n. 104, Porto Alegre: AJURIS, dez 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória** (individual e coletiva). São Paulo: Saraiva, 2000.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O espírito das leis.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado das Ações**, v. I a VII, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970/1972.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** São Paulo: Saraiva, 1972.

RODRIGUES NETTO, Nelson. **Tutela Jurisdicional Específica: Mandamental e Executiva Lato Sensu.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, José Afonso da. **O estado democrático de direito.** Revista da PGE/SP.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica.** São Paulo: Revista Tribunais, 1996.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1.

_____; e GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação Inibitória** – a ação preventiva prevista no artigo 461 do CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz, e MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência política e teoria geral do estado**, 2ª ed. rev. ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales S.A, 2012.

WAMBIER, Luis Rodrigues; WAMBIER; Tereza Arruda Alvim. Anotações sobre a efetividade do processo. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, ago. 2003.