

Estímulo ao cumprimento espontâneo das decisões judiciais

RESUMO

Ressalta a importância do Código de Defesa do Consumidor na modernização do Direito brasileiro. Observa que a desordem no Direito Processual brasileiro é devida àqueles que lidam com o Direito material, por deixarem que este seja superado por aquele. Ressalta que, dentre os caminhos para se incentivar o cumprimento espontâneo de decisões judiciais, encontram-se a instituição do Direito "premiado" (estabelecimento de vantagens ao réu/devedor) e o estabelecimento de sanções ao réu. Apresenta o modelo norte-americano de execução judicial. Opina que as punições para litigância de má-fé devem existir no processo de execução. Critica o projeto de reforma do Poder Judiciário em tramitação no Congresso Nacional. Sugere alterações na estrutura do Poder Judiciário e no Direito Processual, visando à celeridade da prestação jurisdicional, em especial no que diz respeito ao processo de execução.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Processual; Direito material; cumprimento – decisão judicial; obediência – decisão judicial; processo de execução; execução judicial; Reforma do Poder Judiciário.

Quando se falar em "Modernização do Direito", além do desenvolvimento, do progresso, de um movimento de inovação, que é ínsito à figura da "modernização" – e neste campo, por exemplo, gostaria de ressaltar a importância do Código de Defesa do Consumidor, que implodiu, no sentido positivo, a Ciência Processual Civil brasileira, abrindo caminhos e horizontes que, até então, estavam ocultos por uma névoa muito densa – deve-se falar também nos erros que existiram, experiências que nunca deram certo, e que, portanto, têm de ser corrigidas. Enfim, não se pode falar em modernização sem se tratar de correção.

Por outro lado, sempre estaremos, ao pensar em modernização jurídica, voltando a institutos, a experiências antigas, exitosas, e que foram abandonadas por modismos, influências estrangeiras espúrias, e assim por diante. Destarte, modernização inclui algo prospectivo e, portanto, projetos, sugestões, propostas inovadoras; mas, igualmente, críticas e correção quanto àquilo que não funciona; e, até mesmo, a volta, positiva, a um passado jurídico do qual nos devemos orgulhar, e que, fértil e produtivo, deve ser aproveitado, porque, sem a história e sem o aproveitamento da experiência que, embora abandonada em certo momento, foi vivida e produziu bons frutos, certamente não poderemos partir para novos institutos, para a verdadeira modernização.

É com esse espírito que começo, dizendo que os processualistas têm sido atacados – muitas vezes, à revelia –, violentamente inculcados pela tortuosidade do processo judicial.

O Direito Processual, – há muito tempo –, era o Direito Judiciário, nome que os processualistas rejeitam, embora seja uma denominação pertinente, porque seu objeto é, exatamente, o exercício da função jurisdicional pelo Judiciário, já que, no Brasil, há uma coincidência praticamente absoluta entre aquele exercício e este Poder. Submetidos, como sempre tinham estado os processualistas, ao Direito material, encontraram a fórmula adequada de se emanciparem e detectaram, com muita propriedade, a autonomia do "direito de ação"; a diferença entre a relação jurídico-processual e a relação de Direito material. Enfim, desenvolveram uma ciência bastante fértil. Mas, como tudo aquilo que fica reprimido durante muitos anos, quando assume uma posição de relevo, adquire liberdade e identidade, tende a um certo exagero. O Direito Processual exagerou e, só mais recentemente, voltou à consciência de sua instrumentalidade. Mas os processualistas não legislam. Os legisladores adotam as soluções que, a par de outros defeitos, ligam-se, como retalhos, ao tecido do Direito nacional. Isso acontece também com o Direito Penal, o que faz com que haja uma quebra completa de unidade do sistema. O Direito é sistema. Tudo aquilo que for assistemático, agressivo ao sistema, é pernicioso. Daí, modificações tópicas e, muitas vezes, utópicas, nos levam a conseqüências, como as ocorridas com o agravo, que, ao invés de ter seu regime aprimorado, o teve sensivelmente complicado.

Penso que o grande culpado por toda essa situação processual a

que chegamos é o próprio Direito material; são aqueles que lidam com ele, porque, se o Direito material é o Direito substantivo, o Direito de fundo, pois ele é que nos confere os direitos, as garantias, os poderes, os deveres; se o Direito Processual é instrumental; se aqueles que lidam com o Direito material e com o Processual deixam o primeiro ser superado pelo segundo, eles têm culpa. Esquecem-se de que, se existe a pretensão processual, a pretensão à tutela jurídica, exercida por meio do "direito de ação"; se existem os remédios processuais, se há a relação jurídico-processual, tudo isso com autonomia e identidade, há, antes, a pretensão de Direito material e a ação de Direito material. Se tenho um direito subjetivo, o Direito o protege, como também os interesses legítimos. E, se esse direito ou interesse é exigível em certo momento, temos a pretensão material; tem-se a capacidade e o poder de exigir; é a exigibilidade da satisfação do direito. A palavra "exigir", em latim, foi composta de *ex + agere*, isto é, "exorto, aquele que tem a obrigação, a agir". Se, como titular do direito ou interesse, não sou atendido, mesmo tendo exigido, eu próprio tenho de agir; e, daí, a noção de ação de Direito material, ou seja, um poder que está agregado ao direito subjetivo ou ao interesse legítimo e que tem por finalidade torná-los efetivos. Sabemos que existem direitos sem pretensão ou sem ação, obrigações naturais etc., mas o ordinário é que haja essas figuras: o direito, a pretensão e a ação de Direito material. Essa ação de Direito material, dependendo das circunstâncias e do regime jurídico, pode ser exercida

* Texto produzido pelo autor, baseado em conferência proferida no Fórum de Debate sobre Modernização do Direito, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, Associação dos Magistrados Catarinenses e Escola de Magistrados de Santa Catarina, no Balneário Camboriú-SC, de 9 a 11 de novembro de 2000.

pessoalmente, como nos casos de legítima defesa, de desforço pessoal na defesa da posse, do estado de necessidade. O Poder Público, por exemplo, tem o poder de autotutela, de auto-executoriedade dos atos administrativos e estará exercendo a ação de Direito material.

A ação de Direito Processual é autônoma. Certamente, na nossa realidade jurídica, o meio mais comum de se exercer a ação de Direito material, com exceção de hipóteses como as citadas, e, a esta altura, restritas, de exercício não-arbitrário, legítimo, das próprias razões: a chamada "justiça de mão própria" com exceção desses casos, como agir em defesa ou na efetivação de um direito? Indo-se ao Poder Judiciário. É certo que podemos ir, também, à Administração, e Pontes de Miranda fala em "ação administrativa". Entra-se com o requerimento, tem-se a ação de Direito material. Exemplificando: não estão pagando os vencimentos adequadamente, ou impuseram um "teto" remuneratório que não é cabível: pode-se ir à Administração e exercer uma "ação" também autônoma, criando uma outra relação jurídica de Direito Administrativo Processual, diferente daquela de Direito Administrativo material. Mas o ordinário é que se desemboque no Judiciário e, neste caso, exerce-se o direito de ação processual. Mas essa é a realidade: esquecemo-nos completamente da ação de Direito material. Os processualistas, em geral, não a admitem, embora quando o Código Civil, no art. 75, dispõe que (...) *a todo direito corresponde uma ação que o assegura*, essa ação, como fica bem para um Código de Direito material, é uma ação desta natureza.

Nessa linha, precisamos observar, portanto, que a ação não é um privilégio do Direito Processual, e que ela, embora o nome seja o mesmo, também é este poder material de agir. Os processualistas gostam de monopolizar palavras, como é o caso de "processo"; e não admitem o "processo administrativo" ou "legislativo", achando que são apenas "procedimentos". Perdemos-nos, muitas vezes, nessas questões terminológicas. E fala-se de "pretensão deduzida em juízo", que é a expressão que todos os livros trazem. Na verdade, porém, o que sempre me pareceu é que não se trata, necessariamente, de pretensão, mas já ação de Direito material.

Quando se fala em execução, cumprimento, atendimento voluntário ou forçado de decisões judiciais, cumpre atentar para o fato de que,

(...) o Direito brasileiro (...) está num estado caótico, o que até dificulta o cumprimento voluntário das obrigações. (...) Se estamos almejando a obtenção da efetividade das decisões e das ordens judiciais (...), devemos mostrar que o Judiciário é forte, também, no momento da declaração, do reconhecimento da inconstitucionalidade de leis e medidas provisórias que afetam o desiderato da efetividade.

desde o momento em que a pretensão se tornou exigível e não houve o atendimento a essa exigência, e se é obrigado a agir, do ponto de vista do Direito material, para se obter a efetivação do direito, não nos devemos limitar a, prioritariamente, considerar que o que ocorre é o cumprimento ou a execução da sentença; o que se está pretendendo é que o réu, o devedor, cumpra sua obrigação, questão de Direito material, e este é que, no fundo, tem de ser efetivado.

Se fui a juízo, obtive um título executivo judicial, dando-se, mais uma vez, ao devedor a oportunidade de pagar, e ele continua descumprindo sua obrigação, já agora cancelada, proclamada e declarada pelo Poder Judiciário, tenho de partir para um outro tipo de pretensão, agora de novo dirigida ao Judiciário, para que este, na sua função substitutiva da atuação do devedor, execute aquilo que esse não cumpriu. Daí, usarem-se dois termos: quando se trata de cumprimento voluntário, – pelo menos até certo ponto – do devedor, antes da condenação, ou antes do início do processo da execução, ou mesmo já iniciado este, falamos em "cumprimento", e não em "execução"; mas, se sou obrigado a exercer minha pretensão e também minha ação em face do Estado, dizendo que o devedor não pagou, que foi condenado e continua não pagando; então se trata de "execução", para tornar efetivo o meu direito, a minha pretensão, a minha ação, já que isso, em termos de cumprimento e de atuação voluntárias do devedor, não foi possível.

Destarte, quando se imaginam mecanismos que conduzam à efetividade do direito, temos de ter em mente esses aspectos: uma coisa é incentivar o devedor a cumprir voluntariamente a sua obrigação antes de qualquer processo, ou, então, no curso do processo de conhecimento, ou mesmo depois deste, mas antes de se ter necessidade de obter do Judiciário a atuação substitutiva que torne efetiva o direito.

Daí, as sugestões que têm sido feitas. Um dos caminhos é este: o do Direito chamado "premiado", porque existem, no Direito, os prêmios, os incentivos jurídicos, dados para estimular as pessoas a que cumpram com suas obrigações, satisfazendo direitos relativos alheios ou, quando se trata de direito absoluto, não perturbando o titular na sua fruição, como é o caso do direito de propriedade.

Nesse sentido de incentivo ao cumprimento voluntário da obrigação, com seu cumprimento até mesmo quando já iniciado o processo, algumas vantagens são dadas ao devedor-réu; foi o caminho adotado pela lei que introduziu a ação monitória. Pelo art. 1.102-c, § 1º, do CPC, se o réu, uma vez intimado, efetivar o cumprimento, tem isenção de custas e de honorários advocatícios. Isso também existe na ação de despejo: citado o locatário, se se comprometer a desocupar o imóvel, terá um prazo para fazê-lo, e certas isenções (art. 61 da Lei n. 8.245/91).

Esse é o caminho do prêmio. O outro trajeto é o das sanções, dos gravames; e, em face do descumprimento, o réu terá ônus, como a sucumbência nos recursos, sua oneração, de modo que a pessoa não seja levada a prolongar a relação jurídico-processual.

Outros expedientes consistem em, já proferida a decisão, dar-se, igualmente, alguma vantagem – Direito premial – ou impor-se alguma oneração – Direito punitivo –, de modo que isso estimule ou ameace o devedor, e faça com que ele seja levado a cumprir, voluntariamente, a sua obrigação, agora judicialmente declarada, embora, a esta altura, já na iminência de um processo de execução. Claro que, quando

falamos em estímulos e sanções no cumprimento ou não-cumprimento de decisões judiciais, não estamos nos referindo, apenas, à sentença. Estamos pensando, igualmente, nas tutelas antecipadas, nas liminares, nas tutelas específicas, também antecipatórias; enfim, em uma série de medidas e situações que exigem o pronto atendimento.

Nesse campo, é preciso lembrarmos que o Direito brasileiro – e nisso, certamente, há uma importante participação da Justiça – está num estado caótico, o que até dificulta o cumprimento voluntário das obrigações. A partir da Constituição vigente, com suas emendas, passando pelo câncer do Direito brasileiro, que são as medidas provisórias, tudo – permitam-me – sem uma resposta adequada do Judiciário. Em termos de processo, está-se bitolando, aviltando o exercício da função jurisdicional, embora sejam aceitas e até canceladas por Tribunal Superior, como é o caso da Lei n. 9.494/97, que não padeceria de inconstitucionalidade, estando suspensas as decisões que a consideram inválida. Ao contrário, a resposta do Judiciário teria de ser imediata. Se estamos almejando a obtenção da efetividade das decisões e das ordens judiciais, com a caracterização, em caso de recalcitrância, de crimes, mediante a tipificação de novos delitos, de novas hipóteses de prisão, devemos mostrar que o Judiciário é forte, também, no momento da declaração, do reconhecimento da inconstitucionalidade de leis e medidas provisórias que afetam o desiderato da efetividade. Se a Constituição nos diz que não só as lesões, mas as ameaças a direitos devem ser combatidas ou evitadas, e, para tanto, há o direito de ação, isto deve ser plenamente viabilizado.

O Ministro Humberto Gomes de Barros nos apresentou – e já a conhecemos de outros momentos e de outros escritos – sua idéia, muito fértil, de se embutir, no processo de conhecimento, o momento de liquidação: haver, sempre, o segmento de liquidação na sentença, ou seja, ser a sentença sempre líquida. Isso não é impossível. A legislação dos juizados especiais nos traz essa solução. As sentenças têm de ser sempre líquidas, porque uma sentença ilíquida é uma meia-sentença. Ademais, rica a sugestão da unificação dos processos, não só de conhecimento, de cognição, mas de liquidação e execução.

Afirmei, anteriormente, que a modernização nos leva também à volta ao passado. Lembremos, pois, que o

art. 196 do Código de Processo Civil, de 1939, dizia-nos, com todas as letras, que a instância que se traduzia pela relação jurídico-processual começava pela citação inicial válida e terminava pela absolvição ou cessação, ou pela execução da sentença. Assim, já em 1939, tinha-se essa noção de que a execução é algo necessariamente aglutinado à sentença.

Os autores costumam dizer que lhes perturba muito a idéia dos processualistas e até dos magistrados de que a função jurisdicional é a de solucionar conflitos. A tendência, então, é considerarmos que estamos plenamente satisfeitos, quites com a nossa obrigação de prestar a jurisdição, com a solução, que é fácil, porque se trata de algo de que gostamos muito: o abstrato, o mundo das idéias; a solução de proferir decisões.

Enquanto os italianos dizem que a jurisdição consiste, apenas, no julgar, no “dizer o direito”; os norte-americanos, com sua linguagem simples, direta, afirmam que (...) *o julgamento em si mesmo nada resolve*.

Com relação aos remédios legais, em muitos casos, no Direito estadunidense, a execução é desenvolvida, é presidida pelo xerife. Se o julgamento é para recuperar dinheiro, e a dívida não foi paga prontamente depois da sentença, o escrivão expedirá um documento ao xerife, ordenando que ele apreenda algum bem do réu, venda-o, retenha o dinheiro necessário às suas custas e dê o resto ao autor. Dessa maneira, ou pelo pagamento voluntário, ou por esse procedimento, o julgamento é satisfeito e o débito é pago. Se for pela *equity*, a coisa é ainda mais rigorosa – nesse caso, o xerife não funciona. Começa-se com um decreto, e, portanto, torna-se mandamental a sentença, expedindo-se uma *injunction*; e, se há desobediência, considera-se que há um procedimento de *contempt*, e, portanto, de desrespeito à Justiça, e o réu “será jogado na cadeia”, até que queira cumprir a sentença.

É entendimento correto, do ponto de vista teórico, mas muito pouco prático, o de que há a necessidade de uma nova ação, de um novo processo, de uma nova citação, para se iniciar a execução, a qual, sabemos, transforma-se, infelizmente, num novo processo de conhecimento.

O nosso processo de execução, com as suas raízes portuguesas, admite os embargos com efeito suspensivo, em que o indivíduo pode arguir, até mesmo se a citação, no segmento cognitivo, não for bem feita; enquanto a única razão justificável de defesa é a

de ter havido algum fato, posterior à sentença, que tenha influído, de alguma forma, no direito que fora declarado.

Diz-se que é preciso fazer a diferença entre o uso e o abuso dos remédios processuais. Nessa linha, as punições para a litigância de má-fé devem existir no processo de execução. Há uma idéia interessante que prega, além do enxugamento dos embargos – os embargos são uma ação de impugnação, e não uma defesa, até mesmo quando se trata de título extrajudicial, o que é algo que foge, completamente, às necessidades do mundo de hoje –, deveria, tal como na ação rescisória, estabelecer-se a obrigatoriedade de um depósito.

Para encaminharmos uma solução, não só do problema da execução, mas do problema, em geral, do Judiciário, no Brasil – cientes de que o ritmo judicial é lento no mundo todo –, temos de partir para soluções radicais, no bom sentido da expressão, isto é, no sentido etimológico, devendo-se ir até as raízes, e não ficando apenas numa “maquiagem”. Tenho a impressão de que não basta, nem mesmo, uma operação plástica. Temos de buscar, na verdade, a reconstrução de toda a instituição e, evidentemente, do Direito que disciplina a função jurisdicional, que é exatamente o Direito Processual.

Sabemos que a Reforma do Judiciário, que tramita no Congresso, antes de uma reforma, é uma deformação; e isso não é por acaso. Não somos ingênuos a ponto de ignorar que a Reforma do Judiciário se enquadra dentro da famigerada Reforma do Estado, que, na configuração globalizante e neoliberal, senão “Estado nanico”, pelo menos se faz “Estado mínimo”, e, na realidade, “aquém do mínimo”. Devemos estar lembrados da publicidade inicial. O Estado era um elefante, um paquiderme pesado, do qual tínhamos de “cortar gorduras”, para que pudesse ele cumprir as suas funções clássicas, as mais “liberais” possíveis, como no final do século passado: a justiça, a segurança, a saúde, a educação. Mas nem mesmo isso ocorre; a polícia está cada vez pior; a Justiça com todos seus problemas; a educação, a saúde e o saneamento básico, que compõem trinca sempre citada, completamente desatendidos.

Devemos ter em mente que essa Reforma do Judiciário aconteceu em outros países, inclusive vizinhos nossos, inspirada por modelos exportados pelo Banco Mundial. A nossa crítica aqui tem de ser também uma crítica política (não partidária, mas

axiológica), porque não podemos ignorar o que está por trás dos atos que são praticados, sejam administrativos ou legislativos.

O seu principal ponto é a concentração do que há de mais importante quanto à função jurisdicional no órgão de cúpula. No momento em que todos estamos querendo prestigiar – o que é perfeitamente correto – a 1ª e a 2ª Instâncias, concentraremos o mais relevante. Em uma Constituição analítica como a nossa, todas as questões passarão, praticamente, a ser resolvidas diretamente por esse órgão.

Não adianta só aumentar o número de juizes, mas há de se considerar que em um País como o nosso, em que milhões de ações – porque o problema não é somente de recursos – são propostas por ano, esse número não é suficiente.

Mas há necessidade de uma solução radical.

Nossa sociedade é altamente conflituosa, porque ninguém vai à Justiça “por esporte”, mas só por extrema necessidade. Se são propostas, no total da Justiça, milhões de ações por ano, evidentemente que se trata de uma sociedade em litígio. O Poder Público ainda potencializa esse quadro, renitentemente, chegando-se a caracterizar, muitas vezes, a improbidade administrativa, com dolo, má-fé, consciência absoluta da ilicitude, tipificada pela delonga, pela chicana, na medida em que se serve do Judiciário como um instrumento para tal. O Direito Processual é instrumental, mas temos de nos atentar para aquilo que ele instrumentaliza.

Tenho para mim – e já que, em nosso País, gosta-se de copiar modelos estrangeiros – que há uma solução como, por exemplo, na Alemanha, onde existem cinco Justičas absolutamente paralelas, mais um Tribunal Constitucional, a que aqui somaríamos o atual STJ, Tribunal também Superior, encarregado das questões jurídico-normativas nacionais, enquanto ao STF continuariam a caber as questões constitucionais. Cada Justiça seria completa: 1ª Instância, 2ª Instância e um tribunal, de modo que só fossem encaminhadas aos dois tribunais superiores as questões realmente de interesse nacional, em função da Constituição ou da legislação infraconstitucional. Essas Justičas – está no art. 95 da Constituição alemã – englobam a Justiça Administrativa; a Previdenciária; a Ordinária; abrangendo o cível e o crime; e a Justiça Tributária.

Existem duas vantagens: mais uma vez o Direito material avultaria em importância, pois a cada “família” de

Nossa sociedade é altamente conflituosa, porque ninguém vai à Justiça “por esporte”, mas só por extrema necessidade. Se são propostas, no total da Justiça, milhões de ações por ano, evidentemente que se trata de uma sociedade em litígio. O Poder Público ainda potencializa esse quadro, (...) chegando-se a caracterizar, muitas vezes, a improbidade administrativa (...)

Direitos corresponderia uma Justiça e um processo, e o problema do juiz não é só de conhecimento: é de sensibilidade, de vocação para determinado tipo de atuação: um bom juiz de família provavelmente será um péssimo juiz criminal; ou um grande juiz criminal será um péssimo juiz de família. Em tudo isso, há os aspectos de sensibilidade, de vocação, de gosto, de critérios no recrutamento da Magistratura, dado absolutamente fundamental.

Parece-me que essa divisão é muito importante, porque não prejudica o jurisdicionado, continuando ele com as suas possibilidades de recursos; e, naturalmente, com essa divisão, tudo é muito facilitado e não se perderia a função, enfim, sobranceira, quer do Superior Tribunal de Justiça, quer do Supremo Tribunal Federal.

São necessárias, também, modificações processuais profundas, em matéria de execução.

Sempre achei que o Processo Penal tem soluções melhores, muitas vezes, do que o Processo Civil, e isso ocorre, inclusive, quanto à execução. Na execução penal, está claríssimo o aspecto concretizador da sentença, sem a propositura de nova ação,

havendo, inclusive, a Vara de Execuções a instrumentalizar, adequadamente, essa concretização.

Outrossim, evidenciando esse caráter materializador e, portanto, em grande parte administrativo, da execução judicial, aglutinado à parte do Processo Penal das execuções opera o Direito Penitenciário, que é a parte do Direito Administrativo vinculada ao Direito Judiciário Penal. O termo “execução” não mente. De onde vem a palavra “execução”, etimologicamente? Vem de *ex* mais *sequi*, isto é, “seguir até o fim”, “ir até o fim”, que é justamente o que o Judiciário não consegue fazer. O vocábulo está ligado, do ponto de vista do significado, à palavra “administrar”. O que significa “administrar”? Nela se incluem o *ad*, mais *manus*, mais *trahere*; *manus* no sentido do poder, da força; significando, o conjunto, o “trazer sob a força, à mão do agente”; o traduzir, concretamente, efetivamente, o que cabe a este fazer.

Há um artigo da Constituição Federal, ainda não aproveitado: o art. 24, inc. XI, que diz ser da competência concorrente da União e dos Estados Federados legislar sobre procedimentos em matéria processual. Diz-se que o objeto do dispositivo é só o processo administrativo não é exato. Outrossim, antes, no mesmo artigo, está dito que também compete à legislação concorrente a criação, o funcionamento e o processo do Juizado de Pequenas Causas, o que é matéria de Direito Processual. Por que não aproveitar esse dispositivo no segmento da execução? Muitos sustentam que a natureza, a essência do processo de execução judicial, na clássica distinção das funções estatais, seria materialmente administrativa, e não função jurisdicional. Tomado em sentido absoluto, isso não é verdade: a função executória é jurisdicional, embora concretizadora; quer dizer, não é abstrata como a do processo de conhecimento, o que ninguém pode negar. Mas, para isso, tal como no Processo Penal, temos de aparelhar a Justiça, administrativamente, porque não adianta pensarmos em regras procedimentais sem termos os órgãos adequados, porque regra, função, processo, procedimento, tudo é abstrato; o que existe mesmo são os agentes e os meios materiais de que disponham. Impõe-se a organização adequada ao exercício dos Poderes e ao desenvolvimento das funções e, portanto, dos processos, por meio dos procedimentos pertinentes. Exatamente por isso, cito o art. 24, inc. XI, da CF, porque, dependendo do Estado, das suas

comarcas, se dividissemos as funções dos juízos entre o processo de conhecimento – basicamente, o condenatório, que é o que leva à execução –, e o processo de execução, teríamos uma grande vantagem, porque o juiz que está preocupado em tomar a prova, em dar as sentenças abstratas; enfim, em resolver os incidentes processuais mais diferentes, não tem o vagar para cuidar da efetivação das sentenças que deu; não tem, muitas vezes, a vocação, porque o juiz que vai executar tem de ser um juiz com essa noção de concretização, e rigoroso, porque estamos no campo já praticamente repressivo – de alguém que não pagou, não cumpriu a sua obrigação de fazer ou não fazer, nem espontaneamente, nem depois de processado e condenado, embora fosse devedor desde o início.

Dentro desse *brainstorm*, e apenas a título de uma modesta colaboração no sentido de explorar uma das possibilidades de tornar efetiva a execução, cito a de transformar, senão todas, mas, pelo menos, uma grande parte das sentenças condenatórias em sentenças mandamentais. Vou trazer aqui a lição de um dos maiores processualistas brasileiros, Luiz Machado Guimarães, que sempre defendeu a posição de que a sentença condenatória, em que o juiz diz que condena A a pagar tanto a B, tem de ser tida como estando a declarar que A deve tanto a B; apenas com a diferença de que, não sendo meramente declaratória, possibilita o início do procedimento da fase de execução.

O descumprimento de uma sentença condenatória, no estágio atual, não pode levar à prisão, porque não há nenhuma ordem embutida na sentença condenatória. Para nós termos essa possibilidade ulterior, é preciso que a sentença se transforme em mandamental, como no caso do mandado de segurança. E gostaria de lembrar a Lei n. 5.021, sobre mandado de segurança, que traz uma série de medidas interessantes. Desenvolveu bem ela o caráter mandamental, como é próprio do mandado de segurança – e sabemos que um dos problemas que existe é o da autoridade administrativa dizer que não tem meios, recursos financeiros para cumprir decisão –, acrescentando que, na falta de crédito, a autoridade coatora ou a repartição responsável pelo cumprimento da decisão encaminhará, de imediato, a quem de direito, o pedido de suprimento de recursos de acordo com as normas em vigor. Diz o art. 3º que a autoridade que deixar de cumprir isso incorrerá nas sanções do art. 317, § 2º,

do Código Penal. No caso da Fazenda Pública, com relação aos atrasados, cai-se no precatório, que é uma ordem e, por isso, tem uma mentalidade insita.

Pensa-se na tipificação de um crime de “lesa-corte”, na linha do *contempt of court*. No nosso Tribunal Regional Federal da 2ª Região, como rebelde representante do “quinto”, sempre achei que, salvo essas hipóteses de previsão expressa, não haveria a caracterização do crime de desobediência, se o agente público se mostra rebelde. E não podemos, para resolver um problema, desnaturar o Direito Penal, pois se passarmos a quebrar o princípio da tipicidade, entraremos num caminho muito perigoso. Com relação ao crime de desobediência, salvo se houver uma remissão expressa, existe o problema de que o Código Penal o caracteriza como crime praticado por particular contra a Administração. Outrossim, o crime de prevaricação exige algumas conotações e características especiais.

Sabemos que todos aqueles que gostam do Direito Penal, que querem combater a criminalidade, almejam um enxugamento do Direito Criminal, porque ele chegou ao caos completo. Novas criminalizações são, muitas vezes, necessárias. Mas imaginem criar um novo crime que vai cair – dependendo da autoridade – num inquérito policial, numa denúncia ou numa ação penal originária, sempre cercada de problemas e entraves. Muito mais eficiente é a prisão administrativa, não no sentido subjetivo, isto é, não decretada por autoridade administrativa – o que é constitucionalmente vedado –, mas pelo juiz, e isso é perfeitamente possível. Aliás, essa matéria foi objeto do primeiro julgamento no nosso Tribunal, em que prevaleceu a tese de que a prisão administrativa, como prisão decretada pelo administrador, estava fora da nova Constituição; mas não aquela decretada pelo juiz.

Outro caminho seria desenvolver a prisão civil, quando o caso fosse entre particulares. Outros países a aplicam. No Código alemão está dito, no que se relaciona à obrigação de fazer e não-fazer, ou tolerar: *Se o ato não pode ser realizado por terceiro – naquelas obrigações infungíveis –, e depende, exclusivamente, da vontade do devedor, deve o Tribunal de 1ª Instância, a pedido do credor, declarar que o devedor é obrigado ao cumprimento do ato, sob ameaça de pagamento de uma soma de dinheiro e, para o caso de esta não poder ser cobrada, de prisão coercitiva.*

Creio que, especificamente em termos de estímulo ao cumprimento voluntário de decisões judiciais, são melhores as cominações que os prêmios, que sempre tiram alguma coisa de outrem: ou os honorários ou as custas etc., embora o Direito norte-americano faça muito a relação custo-benefício nos acordos após a sentença. Mas a nossa realidade é diferente, e confesso que, em matéria, por exemplo, de juizados especiais, sempre tive muito temor com relação a essa questão de acordos do promotor, de transações. A mentalidade americana é diferente da nossa. Um sistema jurídico em que é melhor a pessoa dizer-se culpada, sendo inocente, do que dizer a verdade, não é sistema lógico, nem justo neste ponto. A ameaça de punição firme, dentro desse arcabouço que tentei traçar, mesmo que desalinhadamente, parece-me melhor.

No tocante às ações coletivas, sempre achei que, em se tratando de matéria estatutária – servidores, contribuintes –, o mecanismo do Código do Consumidor, em que a ação é proposta por uma pessoa, e outra, vencedora a primeira, e em se tratando de direitos individuais homogêneos, já poder entrar na fase da execução, facilita muito. Se o Poder Público perde, depois de esgotadas as instâncias, uma determinada ação sobre um certo tema, que é de direito objetivo, ele é vencido em relação a todos aqueles que se encontram investidos na mesma situação. A Administração não pode dizer que não perdeu. As outras pessoas, que estão na mesma situação, poderiam ingressar, provando isso na fase de execução, o que evitaria uma multiplicidade de novas ações.

A função jurisdicional, embora tenha a sua unidade, exija a imparcialidade, que não se confunde com a neutralidade, tem segmentos diferentes. Se temos a jurisdição voluntária, temos a contenciosa, a jurisdição penal, e assim por diante.

Parece-me fundamental, por isso, salientar que esse aspecto está dentro da nossa preocupação máxima, que é o cumprimento das decisões contra o Poder Público. Quando o juiz está exercendo a função jurisdicional, tendo como réus entidades públicas – no sentido amplo –, não está exercendo a função jurisdicional igual à que exerce no campo de família, cível, na área comercial ou penal. Por isso, é no Direito Administrativo que temos o estudo do “controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário”. A função é de controle e está ligada à lição de Montesquieu, que, como sabemos,

preocupou-se não tanto com a divisão de poderes, mas, ao contrário, com o inter-relacionamento e a interdependência dos mesmos. Quando o Judiciário está julgando outro Poder, está exercendo uma função de controle, o que significa participação na função controlada, e não somente fiscalização. E quem controla pode dar ordem; daí, o caráter mandamental. Destarte, não há nenhuma intromissão indevida na identificação e na ampliação da mandamentalidade: faz parte do nosso sistema. Essa noção de que se está exercendo uma função de controle e de que o outro Poder está sendo controlado certamente é muito importante, para que se possa montar um arcabouço de cumprimento de deveres e obrigações pelos administradores e agentes do Poder Público, em face das decisões judiciais, o que é objeto da maior preocupação do Judiciário brasileiro em nossos dias.

ABSTRACT

This paper focuses upon the importance of the Consumer Defence Code in the modernisation of Brazilian law. It observes that the confusion in Brazilian Procedural Law is due to those who allow Property Law to overlap with the former. It points out that among measures to encourage spontaneous compliance with judicial decisions is the implementation of 'reward' Law (the setting up of advantages for the convict/debitor) and the creation of sanctions for the former. It presents the North American model for judicial enforcement. It believes that penalties for malicious use of process should exist in the execution proceeding. This paper also criticises the bill for reform of the Judicial Power now being reviewed in Congress. It proposes changes to the structure of the Judiciary and Procedural Law in order to obtain expediency in legal service, especially in terms of the enforcement process.

KEY WORDS – Procedural law; judicial norms; compliance – judicial decision; obedience – judicial decision; execution proceeding; judicial enforcement; Reform of the Judiciary.

Sergio de Andréa Ferreira é Juiz Federal aposentado do Tribunal Regional Federal da 2ª Região e Professor Titular de Direito Administrativo na Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e na Universidade Santa Ursula, Rio de Janeiro.