

## ESTRUTURA E FUNÇÃO DO PROCESSO CIVIL<sup>722</sup>

### STRUCTURE AND FUNCTION OF THE CIVIL PROCEDURE

**Enio Nakamura Oku**

Doutorando em Direito na Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Professor Adjunto da Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade Tuiuti do Paraná (UTP). Consultor Jurídico do Poder Judiciário do Estado do Paraná. Advogado. Curitiba/PR, Brasil. E-mail: nkm\_enio@yahoo.com.br

**RESUMO:** O processo civil é tradicionalmente tratado como se fosse essencialmente neutro e técnico, em grande parte autônomo em relação ao direito substantivo. O objetivo deste artigo é fornecer uma pequena janela e penetrar luzes sobre como o processo judicial pode servir de instrumento para a manutenção da ordem política e social e a hegemonia imposta pela classe dominante. O método utilizado é o hipotético-dedutivo com abordagem qualitativa. O exame dos textos legais sobre procedimentos é baseado em livros, artigos, decisões do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Para decodificar uma parte do discurso de poder, são eleitos os preceitos apresentados por Claus Offe em sua teoria da seletividade das instituições para demonstrar as condições sob as quais a pressão das classes dominantes pode influenciar o comportamento do Estado. Como resultado, o processo judicial é identificado como um dos mecanismos ínsitos à estrutura estatal que trabalham na seleção de interesses em proveito do capital. A estrutura e função do

procedimento civil envolvem uma seletividade que não aparece, ocultando sobre quem e quais direitos serão tutelados em várias oportunidades.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo Civil; acesso à justiça; sistema de justiça civil; igualdade processual; devido processo legal.

**ABSTRACT:** Civil procedure traditionally is dealt with the object as if it were essentially neutral and technical, largely autonomous from the substantive law. The objective of this article is to provide a small window and shed light on how the judicial process can serve as an instrument for the maintenance of political and social order and hegemony imposed by the dominant class. The method used is the hypothetical-deductive with qualitative approach. The examination of legal texts about procedures is based on books and articles, decisions of the Supreme Federal Court and Superior Court of Justice. In order to decode a part of the discourse of power, the precepts

<sup>722</sup> Artigo recebido em 20/07/2022 e aprovado em 23/09/2022.

presented by Claus Offe in his institutional selectivity doctrine are chosen to demonstrate the conditions under which dominant classes' pressure can influence the state behavior. As a result, the judicial process is identified as one of the mechanisms inherent to the state structure that work in the selection of interests to the benefit of capital. The structure and function of civil procedure involve a selectivity that does not appear, hiding who and what rights will be to protect on several occasions.

**KEYWORDS:** Civil Procedure; access to justice; civil justice system; procedural equality; due process of law.

## INTRODUÇÃO

O processo está longe de ser mecanismo estranho e neutro em relação a qualquer condição histórica, política, econômica, ética ou cultural. Não é um objeto observável de forma destacada e indiferente à análise da realidade, como se a esfera processual situasse em mundo distinto e paralelo.

Na inter-relação entre o processo e a realidade social, a regulamentação processual não deve ignorar referências empíricas que variam no tempo e espaço. Como observa Michele Taruffo, o processo não é uma técnica neutra aplicável da mesma forma em qualquer ambiente. Ao contrário: o processo é

resultado da combinação - e até de interferência mútua - de uma pluralidade de fatores que vão desde as tradições jurídicas aos eventos históricos, da economia à política, moralidade e cultura<sup>723</sup>.

Diante da interação social, o processo também deixa de ser considerado como categoria independente do direito material ou um parceiro inferior contingente, um simples meio para alcançar a atuação da lei. Os direitos processuais, tais como o direito à prova ou audiência, são defensáveis por referência a uma elaboração dos direitos materiais. A ideia de dimensão autônoma do processo é afastada para, no lugar da dicotomia entre categorias, reconhecer um diálogo integrativo entre processo e direito material. Tal constatação permite reconhecer que os procedimentos e as técnicas processuais podem implicar a negação ou reconhecimento e realização dos direitos materiais<sup>724</sup>.

A multiplicidade das possibilidades do mundo leva a necessidade de seleção para se alcançar a estabilidade do sistema. Os elementos de um sistema, como é o caso do Direito, interagem para abarcar novas relações, selecionar opções

<sup>723</sup> TARUFFO, Michele. Ideologie e teorie della giustizia civile. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, n. 1, jan./jun. 2015, p. 293-304.

<sup>724</sup> RAGONE, Álvaro Pérez. El impacto del diálogo entre derecho sustantivo y derecho procesal.

*Revista Derecho del Estado*, Bogotá, n. 41, p. 255-283, jul./dez. 2018, p. 255-260. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book.

necessárias para alcançar seus fins e reduzir a complexidade do ambiente<sup>725</sup>.

O objetivo deste estudo é fornecer uma pequena janela e penetrar luzes sobre como o processo pode servir de estratégia para manutenção da ordem política e social e domínio das classes dominantes. Para decodificar parcela do discurso de poder, primeiramente são demonstradas as manifestações da desigualdade processual. Adota-se, como perspectiva, a teoria da seletividade das instituições formulada por Claus Offe para indicar a influência que o Estado sofre pelas classes dominantes e identificar o processo judicial como uma das engrenagens ínsitas à estrutura estatal que trabalham na seleção de interesses em proveito do capital. Por fim, são mencionados alguns exemplos no ordenamento jurídico pátrio para expor o uso do processo judicial como meio ideológico dessa seletividade.

## 1. O DISCURSO DA IGUALDADE PROCESSUAL E DESIGUALDADE MATERIAL

A igualdade é um mito proclamado com origem nas ideias liberais que desembocaram na Revolução Francesa de 1789. Mas a

desigualdade é própria da condição humana: a individualidade humana torna diferente uma pessoa em relação a outra.

Ao cotejar com a realidade, deparamos com uma lacuna entre o conceito construído pela doutrina de igualdade processual e igualdade material no mundo exterior, onde as “diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas”<sup>726</sup>.

Sobre os litigantes incidem vantagens e desvantagens que permitem a garantia de acesso efetivo à justiça ou sua denegação<sup>727</sup>.

As pessoas ou organizações dotadas de recursos financeiros consideráveis possuem o predicado de arcar com os litígios, suportar as delongas processuais e apresentar os argumentos de maneira eficiente. A demora do processo judicial acrescenta encargos para os litigantes e pressiona os economicamente enfraquecidos, que precisam do bem jurídico reclamado ou não tem recursos para financiar o litígio nem cobrir suas próprias despesas projetadas, a desistir das demandas ou aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito<sup>728</sup>. Em contrapartida, litigantes com porte econômico considerável podem se valer

<sup>725</sup> CARCOVA, Carlos Maria. *Las teorías jurídicas postpositivistas*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2012, p. 259-263.

<sup>726</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 15.

<sup>727</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 15-17.

<sup>728</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 20 e 21. FISS, Owen. *Contra o acordo*. In: *Um novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade*. Tradução e coordenação de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2004, p. 121-145.

da morosidade processual para alcançar ou manter elevados lucros em detrimento dos menos privilegiados.

Diferenças de poder e posição social desfrutadas pelos indivíduos favorecem o acesso ao conhecimento jurídico básico sobre a existência ou não de um direito juridicamente exigível e aos meios disponíveis para tutelá-lo, ao grau de capacitação e preparação dos advogados, à facilidade de se proverem de provas e outros elementos decisivos<sup>729</sup>.

Os contatos frequentes com o sistema judicial concedem aos litigantes geralmente organizacionais a possibilidade de promover o melhor planejamento do litígio diante da maior facilidade de acesso ao conhecimento e às fontes de consulta. Estrategicamente, a partir do aumento de quantidade de casos, podem maximizar os ganhos e reduzir os prejuízos, restringindo estes em alguns casos. Diluem-se os riscos da demanda por maior número de casos em relação

aos *repeat players* (para usar a nomenclatura de Marc Galanter). Apesar de existirem exceções, essa categoria de litigantes habituais pode, em boa medida, ser relacionada aos possuidores de riqueza, poder e status social<sup>730</sup>.

O envolvimento em muitos litígios semelhantes e de maneira habitual confere ainda oportunidades aos litigantes de desenvolver relações e comunicações informais com os ocupantes de cargos do Judiciário, além de testar estratégias em determinados casos com intuito de garantir uma expectativa de resultado mais benéfico para as controvérsias futuras, formando jurisprudência favorável à órbita de seus interesses<sup>731</sup>.

A capacidade de prever comportamentos na formulação de estratégias processuais entorno da satisfação das vantagens pode fazer com que uma parte assuma posição avassaladora em relação a outro litigante. Robert G. Bone destaca que a

<sup>729</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Procedimento e Ideologia no Direito Brasileiro Atual. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, v. 33, 1985, p. 79.

<sup>730</sup> Marc Galanter classifica os requerentes que recorrem ocasionalmente aos tribunais (*one-shotters* ou OS) e os que estão habitualmente envolvidos em muitos litígios (*repeat players* – RP): “It is not suggested that RPs are to be equated with ‘haves’ (in terms of power, wealth and status) or Oss with ‘have-nots’. In the American setting most RPs are larger, richer and more powerful than are most Oss, so these categories overlap, but there are obvious exceptions. RPs may be ‘have-nots’ (alcoholic derelicts) or may act as champions of ‘have-nots’ (as government does from time to time); Oss such as criminal defendants may be

wealthy” (GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal chance. *Law & Society Review*, Amherst, v. 9, n. 1, Litigation and Dispute Processing: Part One, 1974, p. 95-107).

<sup>731</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Acesso à justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 25. BECKER, Laércio A.; MARINONI, Luiz Guilherme. Influência das Relações Pessoais sobre a Advocacia e o Processo Civil. In: *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 464-472. GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal chance. *Law & Society Review*, Amherst, v. 9, n. 1, Litigation and Dispute Processing: Part One, 1974, p. 95-107.

decisão de processar deve depender de, pelo menos, três fatores que apresentam maior influência sobre o comportamento individual: a provável recuperação, a probabilidade de sucesso e o custo do julgamento. É mais provável que uma pessoa processe quanto maior a recuperação, maior a chance de sucesso ou menores os custos do julgamento. As decisões de litígios tomadas por advogados com experiência e conhecimento podem envolver uma análise de valor esperado considerando as variáveis (probabilidade de sucesso, a provável recuperação e o custo), com base em várias fontes, incluindo investigações factuais e jurídicas, experiência pessoal, publicações profissionais e até bancos de dados informatizados relatando os resultados de casos semelhantes<sup>732</sup>. Essa desproporção informacional afeta as chances de êxito entre as partes, mas a forma de estruturação das regras processuais pode acentuar os dispêndios e benefícios privados do litígio, alterando o valor líquido esperado e a perda suportada pelos litigantes.

Outro fator de desequilíbrio de forças configura-se na dispersão das partes ou incapacidade de alinhar uma estratégia em comum. O próprio sistema jurídico pode contemplar, por intermédio da organização do processo, obstáculos para que o interesse possa

ser unificado na tutela de causas de menor valor econômico, acirrando as dificuldades para os autores individuais e vantagens aos litigantes organizacionais<sup>733</sup>.

Todas essas assimetrias tendem a afetar o próprio direito material dependente de instrumentos processuais que permitam ao litigante obter sua proteção judicial. As vias de acesso à justiça são determinantes sobre a justiça a ser alcançada. Os procedimentos não apenas sentenciam se as pessoas terão acesso às tutelas e com qual rapidez e eficácia esses remédios funcionarão. Também podem afetar a forma como se lida com determinados conflitos e os tipos de possíveis resoluções que tais conflitos possam ter<sup>734</sup>.

## 2. PROCESSO CIVIL “VIVO”: ALÉM DA APARÊNCIA NORMATIVA E SELETIVIDADE ESTRUTURAL

Compreender o processo civil em sua complexidade requer análise além de sua aparência normativa. A relação social guiada pela crença de validade da dominação tem o efeito prático de assegurar o cumprimento da referida ordem com eficácia empírica. Essa adesão dos dominados é construída com base em fundamentação legitimadora do poder para que o

<sup>732</sup> BONE, Robert G. *Civil Procedure: The Economics of Civil Procedure*. New York: Foundation Press, 2003, p. 20, 29, 35 e 55-59.

<sup>733</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 27 e 28.

<sup>734</sup> ANDERSON, Michael R. Access to justice and legal process: making legal institutions responsive to poor people in LDCs. *Working paper series*, 178. Brighton: IDS, 2003, p. 14 e 15. Disponível em <https://opendocs.ids.ac.uk/opendocs/handle/20.500.12413/3969> Acesso em 22 jun. 2022.

sistema de dominação se torne operacional<sup>735</sup>.

Por trás das barreiras perceptíveis ao acesso à justiça que consolidam a desigualdade entre as partes, o próprio ordenamento jurídico acaba servindo como obstáculo ao exercício de direitos proclamados expressamente pelo mesmo.

Dialogando no campo da realidade, o processo se insere em contexto de comunicações e representa um dos inúmeros cenários em que o direito pode ser criado e modificado. A esse respeito, Adriano Camargo Gomes e Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes observam que “a realidade do direito abrange mais que as aparências; sob as aparências existem estruturas subjacentes; por uma questão de legitimidade, essas estruturas são ocultadas; as estruturas subjacentes implicam mecanismos de seletividade”<sup>736</sup>

## 2.1 A TENSÃO ENTRE ESTRUTURA E FUNÇÃO

Ao perceber o Direito como fenômeno complexo, não limitado a ser aquilo que é manifesto ou percebido, os autores propõem que o conhecimento deve ultrapassar as aparências do fenômeno jurídico expressado em seu delineamento normativo, implicando a identificação de estruturas subjacentes. A *estrutura*, entendida como “arranjo formal de uma totalidade, revelada a partir do equilíbrio precário dos elementos essenciais, regulares e constantes dessa totalidade”<sup>737</sup>, possui a *função* de forma imanente. Essas noções devem ser conjugadas para compreensão de fenômenos complexos, como os jurídicos: a primeira (*estrutura*) representada pelas normas preestabelecidas, de forma hierárquica e logicamente concatenadas, ao passo que a segunda (*função*) pelos procedimentos existentes para alcançar suas

<sup>735</sup> MARTINEZ-FERRO, Hernán. Legitimidad, dominación y derecho em leoríaia sociológica del estado de Max Weber. *Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, v. 12, n. 1, jun. 2010, p. 405-427. MAGALHÃES, Pedro T. *The Legitimacy of Modern Democracy: A Study on the Political Thought of Max Weber*, Carl Schmitt and Hans Kelsen. Nova Iorque: Routledge, 2021, p. 23. PASSOS, J. J. Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 5 e 47-52. Entre os possíveis fundamentos identificados em Max Weber para a legitimidade, a qual constitui critério essencial para definir os tipos puros de dominação, a dominação racional ou legal importa a crença na legitimidade proveniente de ordens estatuídas e direito de mando daqueles que foram investidos para exercer a dominação

(WEBER, Max. *Economia e sociedade*: fundamentos de uma sociologia compreensiva, vol. 1. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB, 2004, p. 141-144. WEBER, Max. Os três tipos puros de dominação legítima. In: COHN, Gabriel (Org.). *Max Weber: sociologia*. 7ª ed. São Paulo: Ática, 2003, p. 128-131).

<sup>736</sup> CAMARGO GOMES, Adriano; CAMARGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves. Seletividade estrutural, técnica processual e direito concorrencial. *Revista Brasileira da Advocacia*, São Paulo, v. 1, n. 3, out./dez., 2016, p. 142.

<sup>737</sup> CAMARGO GOMES, Adriano; CAMARGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves. Seletividade estrutural, técnica processual e direito concorrencial. *Revista Brasileira da Advocacia*, São Paulo, v. 1, n. 3, out./dez., 2016, p. 144.

necessidades funcionais, ou seja, o objetivo ou finalidade do sistema.

Diante da tensão existente, há necessidade de manter o aparente equilíbrio entre *estrutura* e *função*, eclodindo a importância de *legitimação* que envolve mecanismos de seletividade (inclusão e exclusão) em toda estrutura, inclusive a do Direito.

No interior da aparência do Direito, existem estruturas para o cumprimento de funções e reguladas por métodos de seletividade. Por meio de regras de inclusão e exclusão, as relações são submetidas ou não ao abrigo das tutelas estatais. Essa seletividade representa “um complexo sistema de filtragem operado por engrenagens institucionais (de natureza legislativa, administrativa e judiciária) cujos espaços de possibilidade são concebidos e organizados a negar a existência de espaços de impossibilidade” para, assim, concretizar ou negar o direito material<sup>738</sup>.

Os mecanismos de seletividade de tutela jurídica, dentre os quais as técnicas processuais, fazem parte da estrutura do Direito que, por sua vez, os esconde por uma questão de legitimidade.

## 2.2 MECANISMO ESTRUTURAL DE SELETIVIDADE COM BASE NO PENSAMENTO OFFEANO

No campo das ciências sociais, essa abordagem perpassa a proposta teórico-metodológica apresentada por Claus Offe sobre a natureza do Estado capitalista, com referência à tese de seletividade, de dependência estrutural do Estado em relação à acumulação e de desequilíbrio tendencial das funções de acumulação e legitimação estatal, pensado com matizes weberianas.

O debate sobre a influência que o Estado sofre pelas classes dominantes da sociedade é abordado pelo sociólogo alemão que inicialmente critica as teorias da influência e as dos fatores limitativos, considerando-as incorretas ou, pelos menos, insuficientes<sup>739</sup>. Essas duas linhas de argumentação são consideradas inadequadas para promover a interlocução entre capital e estrutura, visto que não demonstram o *caráter classista do Estado*. São perspectivas que, em seu entender, limitam a explicação considerando os fatores externos e incapazes de externar a necessidade estrutural desse fenômeno<sup>740</sup>.

<sup>738</sup> CAMARGO GOMES, Adriano; CAMARGO E GOMES, Manoel Eduardo Ales. Seletividade estrutural, técnica processual e direito concorrencial. *Revista Brasileira da Advocacia*, São Paulo, v. 1, n. 3, out./dez., 2016, p. 142-147.

<sup>739</sup> As teorias da influência são aquelas que encaram o aparelho do Estado, assimilador de competências e funções legislativas, executivas e judiciárias, como um instrumento à serviço dos interesses da classe dominante, pois está submetido às influências, ameaças e pressões,

direta ou indiretamente, assim como às relações de dependência. As teorias dos fatores limitativos negam a possibilidade de que as instituições políticas se transformem em algum momento instrumento de influência de interesses não capitalistas.

<sup>740</sup> OFFE, Claus. Dominação de classe e sistema político. Sobre a seletividade das instituições políticas. In: *Problemas Estruturais do Estado Capitalista*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 140-143.

Para Offe, o Estado atua com base em estrutura interna que acaba favorecendo interesses capitalistas. As estratégias emergem das próprias rotinas e estruturas formais das organizações estatais, norteadas por *regras de exclusão* institucionalizadas, as quais correspondem o conceito de seletividade constitutivo de qualquer sistema e detentor da função de incluir ou excluir elementos.

De acordo com essa proposta metodológica, o modo de atuação das regras de exclusão exige identificar o que será excluído: os não-acontecimentos. Os acontecimentos podem ser excluídos *socio estruturalmente* quando derivam das características estruturais anteriores à formação das sociedades capitalistas<sup>741</sup>. Além disso, a rejeição dos acontecimentos pode ocorrer

*acidentalmente* ao privilegiar uma alternativa legal em detrimento da outra que está ao mesmo tempo em debate, mas sem que as estruturas e regras de procedimento do sistema político sejam afetadas<sup>742</sup>. Em breves palavras, os acontecimentos se tornam impossíveis por acaso. E são *sistêmicas* as operações de seletividade impostas imediatamente pelas estruturas e processos organizacionais do sistema político e explicadas sem referência a tais processos<sup>743</sup>.

Claus Offe observa que, na estrutura interna do sistema de instituições políticas, o aparelho estatal apresenta uma seletividade equipada de uma triagem dentro dos múltiplos interesses capitalistas, auxiliando na formulação de um interesse positivo e global de classe<sup>744</sup>. Essa realidade vincula o Direito às forças dominantes

<sup>741</sup> Trazendo essa noção para o estudo do processo, o sistema de convicção do povo Azande, narrado por Oscar G. Chase, era permeado por bruxaria, oráculos e mágica para resolução de litígios. Os processos utilizados pelo povo Azande para solucionar seus conflitos eram um elo em uma cadeia de circularidade que ia da crença, à autoridade, à ação e, enfim, novamente à crença: o papel central do oráculo como determinante de fatos sustentava o sistema de estratificação social, as ideias sobre as relações de gênero adequadas e a metafísica. Nota-se, então, que, na sociedade ocidental contemporânea, não há espaço para essa forma de processo perante suas características sociais e estruturais. (CHASE, Oscar. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Tradução de Sérgio Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 37-54 e 187-193).

<sup>742</sup> Transportando o raciocínio para o processo judicial, podemos imaginar os procedimentos especiais de jurisdição voluntária, que objetivam

a fiscalização de interesses privados e integração de negócios jurídicos, como acontecimento que, caso fosse retirado do CPC, não afetaria a estrutura do processo civil.

<sup>743</sup> OFFE, Claus. *Dominação de classe e sistema político*. Sobre a seletividade das instituições políticas. In: *Problemas Estruturais do Estado Capitalista*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 147 e 148.

<sup>744</sup> “A dominação política como dominação de classe caracteriza-se, portanto, por funções de formação de vontade, de seleção e de integração, estruturada de tal forma que permitem ao Estado, graças à sua forma de organização burocrática, sua neutralidade formal e seu acervo de informações (especialmente na área das ciências sociais) articular um interesse de classe, por assim dizer como representante da classe capitalista. Para que a dominação política possa constituir-se como dominação de classe, ela precisa justamente encontra-se em uma situação tutelar, autoritária ou de controle – numa

na sociedade em que o poder político se institucionaliza e formula seu discurso do poder, a fim de assegurar determinado modelo de convivência<sup>745</sup>. De forma simplificada, a seletividade é compreendida como restrição não-aleatória (isto é, sistemática) de um espaço de possibilidades.

Mecanismos de seleção constituem um sistema de filtros expresso em atos e processos político-administrativos, vinculando aos interesses de classe uma racionalidade estratégica objetiva assegurada pela estrutura interna do sistema institucional político. As operações de seleção podem ser identificadas em, pelo menos, quatro níveis de escala:

(a) *estrutura*: cada sistema institucional político dispõe de um raio de ação definido, um espaço de possibilidade fixado juridicamente e de caráter factual que determina o que pode ser objeto da política estatal. A estrutura de cada sistema institucional-político pode ser interpretada como um programa de seleção instituidor de premissas e barreiras de ação,

inaugurando um espaço de atuação mais ou menos estreito para uma política possível.

(b) *ideologia*: a estrutura das instituições políticas é delimitada pelo sistema de normas ideológicas e culturais que promovem a percepção e articulação seletiva de problemas e conflitos sociais.

(c) *processo*: são os procedimentos institucionalizados de formulação e implementação política. As estruturas formais de regulamentação prejudgam o possível conteúdo ou resultado do processo, ao conferir a certos conteúdos políticos probabilidades maiores de realização, de sorte que, segundo Claus Offe, cada “regra processual cria condições de favorecimento e, inversamente, de exclusão para certos temas, grupos ou interesses”<sup>746</sup>.

(d) *repressão*: aplicação ou ameaça de atos repressivos do aparelho estatal (polícia, exército e justiça), alcançando condutas contrárias aos interesses do capital<sup>747</sup>.

---

espécie de ‘mera distância’ – relativamente aos interesses articulados das unidades empíricas de capital. (...)”. Agrega-se a seletividade complementar e negativa que consiste em defender Estado e seu sistema contra articulação de interesses contrários e conflitos anticapitalistas em prol do interesse de classe que ele próprio constituiu e reduziu ao seu núcleo racional (OFFE, Claus. Dominação de classe e sistema político. Sobre a seletividade das instituições políticas. In: *Problemas Estruturais do Estado Capitalista*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 149 e 150).

<sup>745</sup> PASSOS, J. J. Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 4 e 47-52.

<sup>746</sup> OFFE, Claus. Dominação de classe e sistema político. Sobre a seletividade das instituições políticas. In: *Problemas Estruturais do Estado Capitalista*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 151-153.

<sup>747</sup> OFFE, Claus. Dominação de classe e sistema político. Sobre a seletividade das instituições políticas. In: *Problemas Estruturais do Estado Capitalista*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 154-156 e 159. A respeito disso, Claus Offe invoca a teoria sistêmica na versão desenvolvida de Niklas Luhmann e a concepção

Tudo isso se evidencia pelos discursos ou construções teóricas que amparam a estrutura jurídica capaz de sustentar relações e situações que são negadas ou excluídas em sua realidade prática. No plano processual, as técnicas processuais e os procedimentos se apresentam como um mecanismo de seletividade excludente em relação aos direitos materiais, privilegiando alguns interesses e segmentos sociais em detrimento de outros. A estrutura seleciona os direitos que serão protegidos e os que não os serão, assim como possui estratégias de ocultação da seletividade inerente à própria estrutura no sentido de que certos direitos materiais serão tuteláveis de maneira mais efetiva do que outros<sup>748</sup>. Em vários momentos, a inefetividade do direito decorre da ausência de correlação adequada entre o direito material e as técnicas processuais.

behaviorista de seletividade e propõe o estabelecimento de um padrão de medidas para a averiguação de seletividade do sistema político. O uso do conceito de seletividade exige estar em condições de indicar fenômenos e acontecimentos situados fora da esfera coberta pelas regras de exclusão que são codificadas por um sistema político – por exemplo, regras de processo administrativo, ou leis civis e penais.

<sup>748</sup> CAMARGO GOMES, Adriano; CAMARGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves. Seletividade estrutural, técnica processual e direito concorrencial. *Revista Brasileira da Advocacia*, São Paulo, v. 1, n. 3, out./dez., 2016, p. 147, 148 e 152. De acordo com os autores, “o direito material deve ser responsável por prever os direitos que devem ser tutelados e o processo civil deve prever meios e técnicas necessários para essa tutela (função)”. No entanto, a “realidade do direito processual é outra: as

### 3. SELETIVIDADE ESTRUTURAL DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

#### 3.1 POSIÇÃO PROCESSUAL PRIVILEGIADA DA CLASSE DOMINANTE

Da análise feita no tópico anterior, subjaz a *seletividade estrutural do processo* que constitui “pressuposto ou ponto de partida das investigações sobre os quais direitos materiais possuem déficit de efetividade devido aos mecanismos de seletividade existentes no processo civil”<sup>749</sup>. Alinha-se ao pensamento offeano, segundo o qual o Estado assume funções sob o pretexto de neutralidade e universalidade, mas, ao mesmo tempo, precisa tornar invisível as operações divergentes ou que seguem direções opostas e o emprego das operações de seleção<sup>750</sup>.

técnicas processuais selecionam, dentre os direitos previstos no campo substancial, aqueles que serão tutelados e os que não serão, isso apesar da expressa previsão de que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’ (art. 5.º, XXXV, CF/1988) – é dizer, mesmo se negando expressamente a existência de seletividade” (p. 148).

<sup>749</sup> CAMARGO GOMES, Adriano; CAMARGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves. Seletividade estrutural, técnica processual e direito concorrencial. *Revista Brasileira da Advocacia*, São Paulo, v. 1, n. 3, out./dez., 2016, p. 153.

<sup>750</sup> OFFE, Claus. Dominação de classe e sistema político. Sobre a seletividade das instituições políticas. In: *Problemas Estruturais do Estado Capitalista*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 163.

O processo não é um fim em si mesmo, ligando-se a propósitos ou objetivos que o legitimam no contexto jurídico, social e político<sup>751</sup>. Revelada a estrutura subjacente resultante do confronto das forças sociais contrapostas em busca da satisfação de seus interesses, é possível constatar que as classes dominantes se beneficiam da engrenagem processual para impor a força da autoridade pública em proveito de seus desejos, bem como manter ou até mesmo aumentar o desequilíbrio de possibilidades entre os litigantes.

O processo é instrumento de que o Estado e a classe dominante utilizam-se para exercer o poder e conferir legitimidade. “Ninguém ignora”, nas profícuas palavras de José Carlos Barbosa Moreira, que “o ordenamento jurídico se deixa e sempre se deixou modelar, em todos os tempos e em todos os lugares, pela vontade dos detentores do poder e pelos interesses que ela visa a resguardar”<sup>752</sup>. Assim como o Direito, o processo não se imuniza a essa curvatura.

A economia e o mercado são amparados pelo Estado, pelo quadro

jurídico institucional, empregando técnicas de poder sobre condutas e subjetividades. A racionalidade do mercado se desenvolve como lógica normativa generalizada, em que, mesmo o neoliberalismo, “o verdadeiro motor da história continua a ser o poder do capital, que subordina o Estado e a sociedade, colocando-os a serviço de sua acumulação cega”<sup>753</sup>. O jurídico faz parte das relações de produção e molda-as em seu interior.

As regras processuais têm um impacto significativo no resultado do litígio, impõem custos e afeta o valor da recuperação ou do crédito sobre o qual opera e também exerce um efeito prospectivo sobre os valores esperados de créditos futuros<sup>754</sup>.

Portanto, por meio de escolhas seletivas, os mecanismos processuais podem ser utilizados em proveito das classes dominantes, seja como as regras são concebidas, seja no modo de sua aplicação, sinalizando um elemento de funcionamento do sistema que informa o quê e a quem o processo irá tutelar ou não<sup>755</sup>.

<sup>751</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 314-316.

<sup>752</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 7, jan./jun. 1995, p. 198.

<sup>753</sup> DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 19, 21, 23-25, 27 e 34.

<sup>754</sup> LEVY, Inbar. Simplifying Legal Decisions: Factor Overload in Civil Procedure Rules.

*Melbourne University Law Review*, Melbourne, v. 41, 2017, p. 733 e 734.

<sup>755</sup> À luz da codificação revogada, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira afirmava que as “classes dominantes legaram-nos um CPC de alto conteúdo técnico, incorporando as mais modernas conquistas científicas, mas, *intencionalmente*, esqueceram de atender aos graves problemas de organização judiciária, de administração forense, de efetiva assistência judiciária aos pobres e, no fundamental, de prover o Judiciário com verbas próprias e adequadas ao desenvolvimento do seu grave

### 3.2 COLHENDO EXEMPLOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO: A QUEM É “DEVIDO” O PROCESSO LEGAL?

Casos semelhantes não deveriam ser processados de acordo com regras e técnicas processuais semelhantes? Existem procedimentos especiais que prestigiam determinado interesse e sejam dispensáveis ao sistema?

É cediço que o direito processual não pode contentar com um único procedimento ou forma de tutela. Diante da impossibilidade de rito padrão, as escolhas do design procedimental são feitas para atingir certos objetivos e inclusive responder questões particulares. Nem sempre critérios jurídico-dogmáticos ditam as nuances dos procedimentos para a obtenção da tutela jurídica, decorrendo de razões variadas que são ocultadas ou justificadas por escolha política na criação de mecanismos processuais diferenciados. Embora parte dos procedimentos considerados especiais possam ser identificados como expressão dos diferentes direitos, existem outros provenientes de pressões particularizadas. A ação de grupos mais organizados pressiona para que seus direitos sejam protegidos

mediante técnicas e ritos diferenciados. Como nem todos indivíduos ou variações de direito material são atendidos pelo mesmo procedimento, isso poderia romper a proclamada isonomia<sup>756</sup>.

Coloca-se em debate para ilustrar o Decreto-Lei nº 70/1966, que disciplina a execução extrajudicial de cédulas hipotecárias em proveito às instituições financeiras e companhias de seguro. Em caso de inadimplemento da dívida hipotecária, o art. 29 prevê que o credor poderá, à sua escolha, se valer da execução judicial contemplada no CPC ou do procedimento extrajudicial regulado nos arts. 31 a 38 do aludido Decreto-Lei. De modo similar, a Lei nº 9.514/1997 regulamenta a execução extrajudicial de dívidas provenientes de contratos de mútuo garantidos por alienação fiduciária de imóvel.

A busca e apreensão em alienação fiduciária, que se desenvolve em processo autônomo e independente de qualquer procedimento posterior (art. 3º do Decreto-Lei nº 911/1969), e a execução extrajudicial de crédito hipotecário (Lei nº 5.471/1971) similarmente podem ser lembrados como exemplos de tutela privilegiada a

mister” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Procedimento e Ideologia no Direito Brasileiro Atual. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, v. 33, 1985, p. 80 – destacou-se).

<sup>756</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro; CABRAL, Antonio do Passo Cabral. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador:

Juspodivm, 2018, p. 16 e 26-31. SICA, Heitor Vitor Mendonça. Reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, n. 208, p. 61-89, jun. 2012. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book.

favorecer um determinado tipo de crédito<sup>757</sup>.

No delineamento das estruturas processuais de satisfação de créditos, judiciais ou extrajudiciais, o legislador se insere no espaço de conflito entre posições jurídicas: de um lado, o direito ao crédito e, do outro, o direito à propriedade privada<sup>758</sup>. Diante dessa alternativa, os procedimentos protegem certos valores, interesses ou grupos, podendo servir especialmente às classes dominantes. Acentua Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

*As contendas mais sensíveis, que ponham em jogo os valores de maior interesse para as classes dominantes, essas escapam ao rito demorado e ineficiente, prolongado e desastroso. Para esses litígios criaram-se, simplesmente, procedimentos especialíssimos, geralmente com total desconhecimento do tão*

*decantado princípio da igualdade das partes no processo, gerando-se, com isso, dupla desigualdade: desigualdade de procedimento e desigualdade no procedimento<sup>759</sup>.*

Como se percebe, a própria engenharia dos procedimentos e a das respectivas tutelas ocultam interesses e, por isso, precisa ser vigiada para evitar que se transforme em perversidade. Dito de outra forma: o processo acaba definido questões relevantes, emaranhando em uma rede de privilégios e desigualdades, expressando os interesses e aspirações do grupo social dominante. Isso nos conduz a refletir sobre o que o processo seleciona e para quem é feita essa escolha (ou, em última análise, a quem é “devido” o processo legal?).

Outro exemplo a ser mencionado é o art. 333 do CPC, que foi vetado<sup>760</sup> e

<sup>757</sup> Nessa toada, Laércio Alexandre Becker afirma que a celeridade do processo civil e da prestação jurisdicional não pode minar os fundamentos da democratização do processo. Por isso, ele sustenta a inconstitucionalidade dos procedimentos especiais dos Decretos-Leis nº 70/66, 167/67, 413/69, 911/69 e seu prolongamento no Sistema Financeiro Imobiliário (BECKER, L. A. Sobre a incerteza e o conteúdo ético do processo civil. In: *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 316 e 317).

<sup>758</sup> SILVA, Paula Costa e. A constitucionalidade da execução hipotecária do Decreto-lei 70, de 21 de novembro de 1966. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 284, out. 2018, p. 185-209.

<sup>759</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Procedimento e Ideologia no Direito Brasileiro Atual. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, v. 33, 1985, p. 81.

<sup>760</sup> O veto alcançou também o inciso XII do art. 1.015 do CPC, tendo por justificativa a mensagem nº 56/2015: “Da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas. No sentido do veto manifestou-se também a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB”. Ocorre que os mecanismos para tratar da litigância repetitiva foram estruturados para reunir demandas e julgar algumas delas por amostragem, aplicando a mesma tese aos demais processos que ficam suspensos. As ações são individuais e as decisões somente produzem efeitos *inter partes*. Quanto às razões da OAB para o veto, as ações coletivas não trazem proveito aos advogados. Uma única

disciplinaria o incidente de coletivização das demandas individuais<sup>761</sup>. Sem adentrar às várias críticas formuladas pela doutrina, é possível detectar a proibição de coletivização de demandas individuais para proteção dos direitos individuais homogêneos que estaria contida no § 2º como uma regra processual destinada a atender os interesses dos detentores do poder econômico. Negar a coletivização das demandas individuais que veiculam tutela individual homogênea, de forma que a decisão judicial tenha potencial de atingir atores externos ao processo, mantém o problema do processamento apartado de milhares de demandas individuais repetitivas. Representa, de resto, a insuficiência de tutela jurisdicional adequada para esse tipo de pretensão, que geralmente envolve

pequena quantia de dinheiro em litígio, implicando em pouca proposição de ações individuais dessa espécie.

Acima de tudo transparece, como constata Elton Venturi, “a marca indelével do poderoso lobby de grupos políticos e econômicos que, por via do uso de exacerbação conceitual (travestida de técnica processual), mais uma vez lograram inibir o pleno funcionamento do sistema de tutela coletiva nacional”<sup>762</sup>. Isso porque autorizar a conversão de uma ação em que o consumidor discute sobre a validade da cláusula de determinada tarifa bancária ou telefônica “seria extremamente desvantajoso às grandes empresas que operam o sistema bancário e o setor telefônico, em razão da iminência de condenações milionárias”<sup>763</sup>.

demanda coletiva resolveria o problema da multiplicidade de ações individuais, privando os advogados de seus honorários por milhares de causas esfaceladas. Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. A coletivização de ações individuais após o veto. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação civil pública após 30 anos*. São Paulo: RT, 2015. p. 19-24.

<sup>761</sup> De acordo com a regra projetada, durante a tramitação de uma demanda individual cujo objeto pudesse ter transcendência transindividual, o juiz estaria autorizado a converter a demanda individual em demanda coletiva, a fim de que a decisão pudesse alcançar eficácia *erga omnes* ou *ultra partes*.

<sup>762</sup> VENTURI, Elton. O problema da “representação processual” das associações civil na tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos segundo a doutrina de Alcides Alberto Munhoz da Cunha e a atual orientação do STF. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 255, mai. 2019, p. 277-290. Diversamente, José Rogério Cruz e Tucci concorda com o veto ao art. 333 do CPC,

“porquanto ofensivo às garantias do devido processo legal, bem como se descortina como exemplo emblemático de processo autoritário” (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Contra o processo autoritário*. In: *O novo Código de Processo Civil – questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 277 e 278).

<sup>763</sup> CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Marcos Vargas. Conversão da ação individual em ação coletiva: análise do conteúdo do artigo 333 do CPC/2015, das razões do veto da presidente da república e do aproveitamento do instituto no atual sistema processual. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 13, n. 2, p. 389-409, ago. 2017. Disponível em <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1669>. Acesso em 22 abr. 2022. Outras hipóteses de aplicação do incidente de coletivização podem ser mencionadas, como as discussões sobre a cobrança de tributos e cobertura em contratos de seguro saúde, que propiciariam tratamento uniforme a todos os interessados (contribuintes e segurados).

### 3.3 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA ARQUITETURA DOS PROCEDIMENTOS

Essas constatações suscitam questionamentos sobre o que fazer para preservar os direitos das partes em condições desfavorecidas. É possível reverter a lógica da seletividade em proveito de interesses menos favorecidos? De que forma o Poder Judiciário poderia atuar sobre as regras processuais para efetivamente assegurar a igualdade entre as partes?

A igualdade desponta-se como valor de grandeza que penetra no processo. Além do legislador, a significação prática da lei provém da confrontação entre diferentes categorias de intérpretes voltadas ora para a elaboração puramente teórica, ora para avaliação prática de um caso particular, reunindo ainda interesses divergentes e mesmo opostos<sup>764</sup>. Nesse labor, a doutrina e o Poder Judiciário possuem a responsabilidade de neutralizar as desigualdades que porventura existam ou possam existir na arquitetura dos procedimentos<sup>765</sup>.

Mais uma vez, o reconhecimento de direitos materiais depende da existência de instrumentos processuais

que permitam ao litigante obter sua proteção judicial de maneira efetiva.

Nesse cenário, convém mencionar que o art. 16 da Lei nº 7.345/1985, modificado pela Lei nº 9.494/1997, estabeleceu limitação territorial para alcance da coisa julgada *erga omnes* na ação coletiva. Referida alteração normativa atuava na contramão da proteção aos direitos metaindividuais e criava condições propícias para os grandes empresários e instituições financeiras, pois estes poderiam se beneficiar de atos ilícitos praticados no mercado nacional contando com a inércia dos legitimados coletivos quantas sejam as comarcas e subseções judiciárias do país<sup>766</sup>.

No RE 1.101.937/SP, o STF declarou a inconstitucionalidade da norma<sup>767</sup>. Em seu voto, o relator Ministro Alexandre de Moraes afirma que a modificação legislativa pretendeu fracionar por células territoriais a defesa dos interesses supraindividuais ao limitar os efeitos da decisão unicamente aos titulares do direito pleiteado residentes no território do órgão jurisdicional prolator do *decisum*. Tal situação levaria “a propositura de tantas demandas quanto fossem os territórios em que residem as pessoas lesadas,

técnica sobre o tema de Repercussão Geral 1.075: limites territoriais da coisa julgada coletiva. Disponível em

[https://www.cnmp.mp.br/portal/images/noticias/2020/dezembro/Nota\\_Tecnica\\_do\\_GT\\_da\\_Presidencia.pdf](https://www.cnmp.mp.br/portal/images/noticias/2020/dezembro/Nota_Tecnica_do_GT_da_Presidencia.pdf) Acesso em 13 jul. 2022.

<sup>767</sup> STF, RE 1101937, Relator Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 08/04/2021, processo eletrônico repercussão geral - mérito DJe-113 divulg 11-06-2021 public 14-06-2021.

<sup>764</sup> BOURDIEU, Pierre. A força do Direito: elementos para uma sociologia no campo jurídico. In: *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Lisboa: DIFEL, 1989, p. 216-218 e 224.

<sup>765</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 59.

<sup>766</sup> CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Nota Técnica nº 1/2020 – PRESI*. Nota

acarretando grave prejuízo ao necessário tratamento isonômico de todos perante a Justiça<sup>768</sup>. Protegeu-se, ao exercer a jurisdição constitucional, a vulnerabilidade dos detentores do direito coletivo reclamado.

Há, porém, outros casos que afetam o sistema de proteção processual apontando para o proveito dos grandes empresários<sup>769</sup>. São julgamentos que, a pretexto de aplicação das regras processuais, contêm soluções atrativas aos seus interesses.

No REsp 1.801.518/RJ, o STJ examinou a legitimidade ativa do Ministério Público para promover a execução coletiva em proveito dos consumidores lesados. No caso versado, o Ministério Público fluminense propôs ação civil pública contra uma grande incorporadora imobiliária pedindo a declaração de nulidade da cláusula, presente nos contratos de compra e venda de imóveis, de retenção de parcelas pagas e a restituição do indébito em favor de todos os

consumidores prejudicados. Sem prejuízo da execução residual prevista no art. 100 do CDC, a Corte argumentou que os direitos são individuais homogêneos, restritos ao âmbito patrimonial e disponível de cada um dos consumidores lesados, razão pela qual comportam apenas execução individual na fase de cumprimento de sentença. Acrescentou que o interesse social que justificaria a atuação do *Parquet*, à luz do art. 129, inc. III, da CF, está vinculado ao núcleo de homogeneidade do direito, cuja controvérsia se encontra superada na etapa de execução. Em virtude dessa particularidade, concluiu existir óbice à atuação do Ministério Público na promoção da execução coletiva<sup>770</sup>.

Outro caso apreciado pelo Tribunal da Cidadania, igualmente antagônico à efetividade da tutela coletiva, consistiu em uma ação rescisória proposta pelo Banco do Brasil contra a Associação Paranaense de Defesa do Consumidor (Apadeco) com a finalidade de rescindir o acórdão do próprio STJ<sup>771</sup>. A decisão a ser rescindida

<sup>768</sup> Em posição contrária, restou vencido o Ministro Marco Aurélio, para quem a norma seria compatível com o Texto Constitucional: “Admitir o caráter amplo de decisão proferida, por certo Juízo, em ação civil pública, reconhecendo-se os efeitos sobre controvérsias análogas em todo o território nacional, além de contrariar o preceito constitucional relativo ao acesso à justiça – artigo 5º, inciso XXXV –, compromete a legitimidade do pronunciamento, muitas vezes distante da realidade da causa, em prejuízo dos jurisdicionados”.

<sup>769</sup> Sérgio Cruz Arenhart afirma que “parece evidente que a desarticulação da tutela coletiva no Brasil caminha em benefício de alguém. Sem dúvida, há quem se beneficie da falta de tutelas jurisdicionais eficientes, e conta com essa falta

para insistir em violar direitos e interesses. Infelizmente, também, esses interesses contam com quem os defenda, seja no Congresso Nacional, seja em outras vias institucionais, seja em doutrina, e isso também colabora para que não se consiga implementar de fato tutela coletiva adequada de interesses individuais” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: RT, 2014. E-book).

<sup>770</sup> STJ, REsp 1801518/RJ, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, julgado em 14/12/2021, DJe 16/12/2021.

<sup>771</sup> STJ, AR 4962/PR, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, 2ª Seção, julgado em 23/06/2021, DJe 03/08/2021.

entendeu ser válida a determinação judicial para que a execução de sentença de ação civil pública se realizasse mediante depósito direto em conta pelo próprio Banco dos valores devidos aos clientes diante da dificuldade de localizar todos os possíveis beneficiários. Na petição inicial, o Banco apresentou os seguintes argumentos: (i) o Juízo desfigurou *ex officio* a natureza do provimento jurisdicional para dar eficácia mandamental à decisão em desconformidade com a coisa julgada; (ii) uma obrigação de dar dinheiro estaria sendo transformada em obrigação de fazer depósito, descaracterizando o dispositivo da própria sentença de mérito transitada em julgado; e (iii) o cumprimento da condenação genérica deverá ser precedido por uma fase de liquidação.

Acolhendo as razões da instituição financeira, o Tribunal afirmou que o comando judicial transitado em julgado encerrava obrigação de pagar quantia certa a ser apurada em liquidação de sentença, e não de caráter mandamental. Em contraste com esse comando transitado em julgado, o Juízo decidiu, ao proceder à execução, atribuir eficácia mandamental à decisão e determinar ao Banco o depósito em nome dos poupadores a importância a que foi condenado a pagar, sob pena de

multa. Na sequência, declarou a ofensa do acórdão rescindendo aos arts. 95, 98, caput e § 1º, do CDC para impor prévia liquidação de sentença a que condena ao pagamento de expurgos em caderneta de poupança. Considerou-se, assim, que a liquidação e a execução da sentença coletiva são medidas imprescindíveis para a satisfação dos direitos individuais homogêneos, frustrando outras formas de cumprimento da decisão.

Por último, quanto à mencionada expropriação extrajudicial de dívida hipotecária prevista no Decreto-Lei nº 70/1966, a maioria do STF deliberou, ao julgar o RE 627.106/PR, pela constitucionalidade da norma. Conforme o voto do relator Ministro Dias Toffoli, o “procedimento não é realizado de forma aleatória e se submete a efetivo controle judicial, em ao menos uma de suas fases, sendo certo que o devedor é intimado a acompanhá-lo, podendo impugnar, inclusive no âmbito judicial, o desenrolar do procedimento, se irregularidades vierem a ocorrer durante o seu trâmite”<sup>772</sup>. O resultado desse *decisum* provavelmente repercutirá no julgamento do RE 860.631/SP, também com repercussão geral reconhecida<sup>773</sup> e que, de acordo com a movimentação processual datada de 18/04/2022, encontra conclusos ao relator, destinado à

<sup>772</sup> STF, RE 627106, Relator Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 08/04/2021, processo eletrônico repercussão geral - mérito DJe-113 divulg. 11/06/2021 public. 14/06/2021. Firmou-se a seguinte tese: “É constitucional, pois foi devidamente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, o procedimento

de execução extrajudicial, previsto no Decreto-lei nº 70/66” (Tema 249 da Repercussão Geral).

<sup>773</sup> STF, RE 860631 RG, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 01/02/2018, acórdão eletrônico DJe-022 divulg. 06/02/2018 public. 07/02/2018.

discussão sobre a constitucionalidade de dispositivos da Lei nº 9.514/1997.

Como se vê, decisões judiciais que interpretam as normas processuais podem modelar conceitos de direito processual, acarretando a criação de áreas específicas destinadas a salvaguardar ou obstruir determinados interesses, assim como exacerbar as dificuldades e os altos custos suportados por um dos polos da relação jurídica processual.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pretendeu (e nem teria condições) estruturar uma visão capaz de penetrar inteiramente sobre o universo processual, capaz de ser receptivo a propostas oriundas de outros domínios científicos, mas apenas despertar a realidade do processo que está longe de ser apreendida exaustivamente por uma esmerada técnica<sup>774</sup>.

A perspectiva traçada ao longo das linhas aponta para uma dependência estrutural, não exclusiva, do Estado com o modo capitalista. A estrutura e função do processo civil acomodam-se, em diversas oportunidades, aos ideais capitalistas e envolvem uma seletividade que não é aparente, obscurecendo sobre quem e quais direitos serão tutelados na contraposição dialética desprovida de paridade de forças.

Mas o Estado também possui relativa autonomia ao gerar situações que parecem ser (e, às vezes, são) contrários aos anseios das classes dominantes, visto que possui um interesse institucional e dependente de um nível de legitimação popular. Dessa constatação sobressaem circunstâncias em que o processo civil e o direito material se apresentam em benefício da classe dominada. Os aparatos jurídicos favoráveis à classe dominada decorrem da circunstância de que as decisões estatais são complexas, fruto do entrelaço de forças, podendo o Estado fazer tudo desde que não comprometa o modo capitalista.

Portanto, no processo judicial, a seletividade conduz a uma complexidade proveniente de adequação necessária dos interesses à estrutura do Estado, do capitalismo e do Direito. Ter plena consciência da estrutura, função e do caráter seletivo do processo, incluindo os critérios que os legitimam, pode contribuir para aprimoramento funcional do sistema que fornece vantagens e desvantagens aos litigantes.

### REFERÊNCIAS

ANDERSON, Michael R. Access to justice and legal process: making legal institutions responsive to poor people in LDCs. *Working paper series*, 178.

Barbosa. Dimensiones sociales del proceso civil. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, v. 6, n. 6, 1987, p. 111-113.

<sup>774</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça*, Rio de Janeiro, n. 31, jan./jun. 1990, p. 46-48, 54 e 55. MOREIRA, José Carlos

- Brighton: IDS, 2003. Disponível em <https://opendocs.ids.ac.uk/opendocs/handle/20.500.12413/3969> Acesso em 22 jun. 2022.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: RT, 2014. E-book.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Legitimidade do poder. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 22, n. 86, p. 13-28, abr./jun. 1985.
- BECKER, L. A. Sobre a incerteza e o conteúdo ético do processo civil. In: *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012. p. 285-339.
- BECKER, Laércio A.; MARINONI, Luiz Guilherme. Influência das Relações Pessoais sobre a Advocacia e o Processo Civil. In: *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012. p. 449-480.
- BONE, Robert G. *Civil Procedure: The Economics of Civil Procedure*. New York: Foundation Press, 2003.
- BOURDIEU, Pierre. A força do Direito: elementos para uma sociologia no campo jurídico. In: *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Lisboa: DIFEL, 1989.
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Nota Técnica nº 1/2020 – PRESI*. Nota técnica sobre o tema de Repercussão Geral 1.075: limites territoriais da coisa julgada coletiva. Disponível em [https://www.cnmp.mp.br/portal/images/noticias/2020/dezembro/Nota\\_Tecnica\\_do\\_GT\\_da\\_Presidencia.pdf](https://www.cnmp.mp.br/portal/images/noticias/2020/dezembro/Nota_Tecnica_do_GT_da_Presidencia.pdf) Acesso em 13 jul. 2022.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 860631 RG, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 01/02/2018, acórdão eletrônico DJe-022 divulg 06/02/2018 public 07/02/2018.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 1101937, Relator Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 08/04/2021, processo eletrônico repercussão geral – mérito DJe-113 divulg. 11/06/2021 public. 14/06/2021.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 627106, Relator Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 08/04/2021, processo eletrônico repercussão geral – mérito DJe-113 divulg. 11/06/2021 public. 14/06/2021.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1801518/RJ, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, julgado em 14/12/2021, DJe 16/12/2021.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AR 4962/PR, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, 2ª Seção, julgado em 23/06/2021, DJe 03/08/2021.
- CAMARGO GOMES, Adriano; CAMARGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves. Seletividade estrutural, técnica processual e direito concorrencial. *Revista Brasileira da Advocacia*, São Paulo, v. 1, n. 3, p. 141-160, out./dez. 2016.
- CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Marcos Vargas. Conversão da ação individual em ação coletiva: análise do conteúdo do artigo 333 do CPC/2015, das razões do veto da presidente da república e do aproveitamento do instituto no atual sistema processual. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 13, n. 2, p. 389-409, ago. 2017.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

- CARCOVA, Carlos Maria. *Las teorías jurídicas postpositivistas*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2012.
- CHASE, Oscar. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Tradução de Sérgio Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro; CABRAL, Antonio do Passo Cabral. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: Juspodivm, 2018.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- FISS, Owen. Contra o Acordo. In: *Um novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade*. Tradução e coordenação de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2004. p. 121-145.
- GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal chance. *Law & Society Review*, Amherst, v. 9, n. 1, Litigation and Dispute Processing: Part One, p. 95-160, 1974.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A coletivização de ações individuais após o veto. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública após 30 anos*. São Paulo: RT, 2015. p. 19-24.
- LEVY, Inbar. Simplifying Legal Decisions: Factor Overload in Civil Procedure Rules. *Melbourne University Law Review*, Melbourne, v. 41, p. 727-757, 2017.
- MAGALHÃES, Pedro T. *The Legitimacy of Modern Democracy: A Study on the Political Thought of Max Weber, Carl Schmitt and Hans Kelsen*. Nova Iorque: Routledge, 2021.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book.
- MARTINEZ-FERRO, Hernán. Legitimidad, dominación y derecho en la teoría sociológica del estado de Max Weber. *Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, v. 12, n. 1, p. 405-427, jun. 2010. Disponível em [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0124-05792010000100018&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792010000100018&lng=en&nrm=iso). Acesso em 14 jan. 2022.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 7, p. 197-208, jan./jun. 1995.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça*, Rio de Janeiro, n. 31, p. 46-55, jan./jun. 1990.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Dimensiones sociales del proceso civil. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, v. 6, n. 6, p. 111-120, 1987.
- OFFE, Claus. Dominação de classe e sistema político. Sobre a seletividade das instituições políticas. In: *Problemas Estruturais do Estado Capitalista*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 140-177.

- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Procedimento e Ideologia no Direito Brasileiro Atual. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, v. 33, p. 79-85, 1985.
- PASSOS, J. J. Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- RAGONE, Álvaro Pérez. El impacto del diálogo entre derecho sustantivo y derecho procesal. *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, n. 41, p. 255-283, jul./dez. 2018.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. Reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, n. 208, p. 61-89, jun. 2012.
- SILVA, Paula Costa e. A constitucionalidade da execução hipotecária do Decreto-lei 70, de 21 de novembro de 1966. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 284, p. 185-209, out. 2018.
- TARUFFO, Michele. Ideologie e teorie della giustizia civile. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, n. 1, p. 293-304, jan./jun. 2015.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. Contra o processo autoritário. In: *O novo Código de Processo Civil – questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 267-282.
- VENTURI, Elton. O problema da “representação processual” das associações civil na tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos segundo a doutrina de Alcides Alberto Munhoz da Cunha e a atual orientação do STF. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 255, p. 277-290, mai. 2019.
- WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos de uma sociologia compreensiva*, vol. 1. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB, 2004.
- WEBER, Max. Os três tipos puros de dominação legítima. In: COHN, Gabriel (Org.). *Max Weber: sociologia*. 7ª ed. São Paulo: Ática, 2003.