

1. OS PORQUÊS DO JOGO

O JOGO: UM PARADIGMA PARA A EXECUÇÃO

Mônica Sette Lopes(*)

Juíza da 12ª Vara da Justiça do Trabalho de Belo Horizonte. Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFMG. Doutora em Filosofia do Direito pela FDUFG.

Sumário: 1. Os Porquês do Jogo – 2. As Correlações com o Jogo – 3. Estratégia e Representação – 4. Cooperação e Conflito – 5. Realidade e Ficção – 6. Regulação e Indeterminação – 7. O Interno e o Externo – 8. Conclusão – 9. Bibliografia.

* Como registro da passagem de meu pai, de Geórgia e da Nonga (que lhes faz companhia).

1. OS PORQUÊS DO JOGO

A experiência profissional de mais de um ano de trabalho exclusivo no julgamento de recursos interpostos de decisões proferidas em execuções trabalhistas (mais especificamente, no julgamento de agravos de petição — art. 897, *a* e §1º da CLT) constitui a justificativa *espiritual* para o desejo de desenvolver o tema da execução, como se segue.

A justificativa *racional* assenta-se na necessidade de *problematizar* os aspectos ligados à execução para além da singela interpretação dos cânones legais em que ela se baseia. A proposta, portanto, não será, propriamente, a de oferecer respostas, mas a de introduzir, francamente, alguns dos ângulos tormentosos que envolvem a prática da execução.

Quando se analisa o processo e suas várias etapas, usualmente, se é levado à convicção, quase exauriente, de que a sentença constitui um momento fundamental da atuação do Estado porque nela se expressa a conclusão sobre “a manifestação de vontade da lei”¹. Este ato processual é enfatizado como expressão máxima da maneira como o juiz a *sente* e como compatibiliza dados diversos que são, em sua essência específica, *fato* e *norma jurídica*. Dogmaticamente, esta sensação de definitividade explicita-se, por amostragem, no art. 463 do CPC, segundo o qual, ao publicar a sentença, “o juiz cumpre e acaba seu ofício jurisdicional”, como se nada mais dele se pudesse exigir a partir dali, como se não houvesse mais direito a ser dito.

É verdade que, do ponto de vista técnico, a sentença põe fim à demanda e consagra a impossibilidade de o juiz vir a manifestar outro entendimento sobre a questão decidida e sobre o modo como traduziu a realidade para o processo².

No entanto, o pedestal em que foi posta a sentença, com sua grandeza, rui com facilidade se se entender que o momento culminante do processo se dá com sua publicação. Ainda que a ela seja dado esse lugar de

¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. 2, p. 636.

² Não se cuida aqui, naturalmente, da decisão a ser proferida em embargos de declaração interpostos da sentença porque a possibilidade de reexame, em linha de estreitos pressupostos, foi aberta pela própria ordem jurídica.

honra na composição do quadro processual — porque com ela se define o litígio, se estabelece a cena completa em que o fato vivenciado pelas partes encontra, subsumido, seu reflexo na norma jurídica —, constitui, mesmo depois de atingida pela autoridade da coisa julgada, um mero ponto de passagem que se abre para o lado negro do processo, o vazio sem fim do misterioso destino: a execução.

Em tempos em que a eficácia do sistema de solução de conflitos a cargo do Estado é posta em cheque, não se pode tratar o processo de execução exclusivamente a partir de paradigmas teóricos ou pelas possibilidades abstratas que ele concede, com o uso da técnica jurídica e dos padrões normativos inseridos nas normas processuais. A lei, tampouco, pode ser enxergada como um vetor transparente da segurança sem o confronto com o problema, com o cenário do conflito que ela visa a apaziguar e do conjunto das soluções que de sua interpretação se originaram. Em última e definitiva análise, a ineficácia é da própria lei — produto do Estado *ordem-jurídica*³ — como mecanismo deflagrador desta segurança social possível⁴.

A posição de posterioridade no processo e mesmo em relação ao quadro completo em que se organizam o CPC, o CPP ou a CLT faz com que a execução seja relevada a um segundo plano, como uma preocupação menor, comezinha. A desimportância que equivocadamente se atribui ao processo de execução implica em superficialidade de análise e poderá ser vista dos bancos escolares até a preferência dos juízes. A situação agrava-se no que tange à esfera obrigacional porque, em geral, estar-se-á às voltas com a necessidade de raciocinar matematicamente, com o que não estão afeitos os que operam com técnica jurídica, para os quais, em sua grande maioria, basta o domínio do *verbo*, da *palavra*, que constitui, em essência, a forma de expressão do fenômeno jurídico.

³ Cf. VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Direito público e direito privado: sob o prisma das relações jurídicas*. 2. ed. rev. e aum. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

⁴ Cf. a posição de Antonio Hespanha para quem os sintomas mais evidentes da crise da lei estão a) na sua generalizada desobediência por parte dos cidadãos; b) na não aplicação (ou aplicação seletiva) da lei, por parte dos órgãos de poder e c) na ineficiência dos mecanismos de aplicação coercitiva da lei — HESPANHA, Antonio M. *Lei e justiça: história e prospectiva de um paradigma*. In: HESPANHA, Antonio. *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993, p. 10.

Não há dúvida de que, *pitagoricamente* falando, o ideal de justiça seria que toda a realidade pudesse ser convertida em padrões que se submetessem apenas à análise da lógica matemática, em que as leis não encontrassem modelos outros de interpretação. A justiça, num prisma idealizado, utópico, ficcional deveria ser interna e totalmente ponderável sob bases de regular aritmética, partindo da rigidez formal de um modelo normativo⁵, como um ideal de máxima segurança e de mínima interpretação, desdobrando as palavras de *Carlos Campos*.

O estigma tecnológico, entretanto, ainda não logrou converter a realidade — multifacetária, ambígua, difusa — em dados virtualmente traduzíveis em números.

Esta multiplicidade alcança naturalmente a execução em que fatores que vão desde a emocionalidade não ultrapassada pela força estatalizante da coisa julgada até a ameaça alienação da casa de morada da família para a garantia de débitos, passando pelos mais rudimentares percalços técnicos, compreendem o malévolos papel de dificultar a plena realização do direito.

Para outorgar uma maior visibilidade à questão devem-se conhecer os meandros que envolvem a execução e traduzi-los com tal clareza que permita definir, pela experiência, as faces do problema e, conseqüentemente, os modos de resolvê-lo.

A prática colore as manifestações jurídicas com tons que não foram, necessariamente, visualizados no momento da elaboração da norma e terminam por criar contextos marginais, em que corpos de regras *não-jurídicas* são não apenas aceitas como, muitas vezes, usadas como subterfúgio para afastar a configuração dos modos de incidência previstos na regra. Estas práticas devem ser trazidas para as investigações que tenham por objetivo conhecer o direito, como ele funciona, como ele se organiza.

Castanheira Neves enfatizando que “o *logos* é constitutivo da *praxis*”, sustenta que

⁵ Cf. a subdivisão dos modelos normativos de acordo com o grau de discricionariedade criadora que se outorga ao juiz, LOPES, Mônica Sette. *A equidade e os poderes do juiz*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 109 *et seq.* e CANARIS, Claus-Wilhelm. *O pensamento sistemático e o conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

“qualquer prática refletida — i. é, que não se confunda com o *habitus* inconsciente e antes convoque a razão numa autoconsciência crítica — assume uma pré-compreensão de sentido que, convertida em enunciação sistemática pela mediação do problema, se faz teoria. E se essa compreensão, na sua intencionalidade regulativa, depara com as condições históricas (histórico-sociais) em que se encontrará simultaneamente a possibilidade e a resistência à sua realização, é na dialética entre aquele regulativo, assumido pela liberdade, e estas condições impostas pela realidade, que se forja, afinal a prática de que a história dará testemunho”⁶.

No que concerne ao conhecimento da trama que envolve a construção de um direito mais eficiente e sua teorização numa autoconsciência crítica, os canais desta diversidade prática são muitos e podem se situar em esferas que se distanciam das bases pura e destacadamente jurídicas, os quais, exatamente por este distanciamento, merecem reflexão.

Um bom exemplo de fonte para este exame está em um livro, recentemente editado, de autoria de *Drauzio Varella*⁷, médico que durante alguns anos freqüentou Complexo do Carandiru — presídio imenso na cidade de São Paulo — para implantar medidas de profilaxia em relação à AIDS.

Poder-se-ia argumentar que a técnica de que ele se vale não tem qualquer nexos com a técnica jurídica e que, por isto, sua experiência não guarda significação para o Direito como ciência, para o Direito como modo de solução dos conflitos na esfera da sociedade.

Não é isto o que ocorre.

Os seus olhos leigos em relação ao direito possibilitam uma visão sem preconceitos da prática da execução das penas, uma apreensão de quadros variados da realidade pela dispersão das histórias narradas, dando

⁶ NEVES, A. Castanheira. A imagem do homem no universo prático. In: *Digesta: Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 1995, v. 1, p. 311-2.

⁷ VARELLA, Drauzio. *Estação Carandiru*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

um testemunho acurado de situações que se realizam no quadro efetivo da vida.

Vê-se ali que os detentos criam no espaço territorial que ocupam um mundo de regras próprias, um universo todo peculiar que corresponde a uma parcela da realidade com a qual nem a vida externa, nem as construções jurídico-conceituais têm qualquer contato. Quando a vida exterior (família, droga, relacionamentos, experiência pregressa) penetra na cadeia com seu colorido particular ganha modelagem própria e passa a ser interpretada e compreendida com base em valores que ali peculiarmente se compuseram. Aquele grupo social tem sua própria noção de direito e esta versão residual se insere e influi tremendamente no modo como se dará a execução da pena.

O caráter imprescritível de certos crimes e comportamentos indesejados, na versão dos detentos, a atribuição de valoração diversa para os crimes (os ladrões são mais respeitados do que os traficantes e estes mais do que os estupradores), a força da palavra empenhada (“mais força do que um exército”); as fábricas internas (de faca, de *marialouca*, a pinga destilada clandestinamente, de túneis); o organizadíssimo sistema de limpeza das acomodações e áreas de trânsito; a realidade implacável da entrada das drogas, principalmente do *crack*; os ratos, as doenças, o trânsito da alma humana entre bondade e degradação; o ínfimo segundo que leva alguém a derivar sua vida para fora da margem segura da legalidade — tudo isto são relatos trazidos no livro.

O aspecto, contudo, que causa maior perplexidade é a absoluta falta de controle, por parte da Administração, quanto aos rumos e à organização interna de todos os procedimentos ligados ao cumprimento das penas. Ultrapassados os umbrais da entrada, a execução da sanção penal, oriunda da condenação, foge inteiramente do controle do Estado. Os seus modos de realização submetem-se a uma ordem internamente composta e concretamente formulada por um compromisso tácito assimilado pela comunidade. Assim, as decisões sobre o local onde cada preso ficará, sobre divisão das celas, sobre quem distribuirá os alimentos ou cuidará da limpeza-faxina, em seus vários turnos, sobre os deslocamentos de presos entre

os diversos pavilhões e dentro deles, sobre a imposição de incomunicabilidade com presos não são tomadas pelo sistema administrativo mas por eles próprios, num intrincado esquema de divisão de poder que demonstra o descontrole e, mais uma vez, a inoperância do Estado.

Por outro lado, este mesmo modo de imposição de poder implica na criação de um sistema de regras *não-jurídicas*, marginais, pelo qual se impõe uma sanção direta, de execução imediata, sem recurso possível que vai desde a morte até as lesões corporais, passando pelo ostracismo compulsório:

“Na prisão, a violência que explode em ciclos invade a vida dos guardas. Nos acertos de contas entre a malandragem, quando um grupo decide dar cabo de alguém, os funcionários têm ordem de não interferir. Morra aquele que tiver coragem de morrer; paciência, trabalham desarmados:

— Nessa hora não dá, doutor, é como querer apartar briga de cachorro louco.⁸”

Os acertos de conta são incontroláveis e percorrem um mundo obumbrado no qual *ninguém-sabe-ninguém-viu*, que remonta ao sistema de castigo e vingança que constitui, precisamente, aquilo que o direito visa a eliminar.

Depois de ler o livro, fica a impressão de que toda a teoria em torno da sanção, como elemento integrante da norma jurídica, deve ser revista e constitui uma ilusão difundida, mas estranha à vida real.

Não se pode desconsiderar a constatação de que cada grupo social faz, numa certa medida, a construção de seu arcabouço específico de realidade jurídica relevante⁹. A própria consciência dos detentos em relação à tipificação da conduta ilícita em que incorreram, geralmente pela expressa menção do artigo do Código Penal em que ela é descrita, pode

⁸ VARELLA, 1999, p. 115.

⁹ Cf. neste sentido, como exemplo, ROULAND, Norbert. *Introduction historique au droit*. Paris: PUF, 1998, p. 213. O autor traça um panorama da forma como o direito é percebido sob diversos pontos de vista, a partir de pesquisa dos alunos de primeiro ano da faculdade em que leciona, que tomou como referência o direito tratado pelas revistas ditas femininas (*Marie Claire*, *Cosmopolitan* etc.).

constituir um exemplo de uma certa dispersão desta consciência leiga. No entanto, quando se fala em execução, em modos de fazer cumprir-se regularmente a sanção, estar-se-á na zona nebulosa em que a realidade não encontra ressonância no padrão frio e sem nuances da norma. Há a criação de um *universo paralelo* da vida que se impõe à organização formal da lei.

O destaque que pode ser dado a esta faixa arestosa que se extrai do tratamento, quase literário, da execução das penas não constitui uma representação da realidade que esteja afastada dos demais modos como se dá a execução de sentença e de títulos extrajudiciais, ou seja, dos procedimentos reais que levam à efetividade da sanção que, independentemente da corrente de pensamento jurídico por que se opte, constitui dado importante para a compreensão da essência do paradigma jurídico. Quando a realidade deixa a capa do processo em que a sanção estatal se expôs de forma definida na sentença e encontra sua substância no fluxo múltiplo da vida, o direito perde sua transparência formal.

Estes fenômenos são graves e desagregadores na esfera penal (vejam-se os casos de Carandiru e das Febem's). Na execução civil e/ou trabalhista, tampouco, a realidade pode ser vista sob uma ótica que se resume ao quadro estanque dos processos. A fragilidade da Justiça, no que concerne às obrigações, traz uma insatisfação imensa no contexto das relações privadas e a sensação de impunidade que fermenta o clamor da praça pública pela melhoria do sistema de controle jurisdicional do Estado.

Há a evasão do crédito, a transferência dos bens, a utilização das vias impugnatórias legítimas como um meio de protelar o fim do processo. Há a recalcitrância de quem não aceita a condenação. Há a transferência de bens com simulação. Há a inviabilidade total dos modos de executar empresas e sócios-gerentes que desaparecem no mundo sem deixar qualquer vestígio que possa ser transformado em pecúnia. Há os erros de cálculo — prejudiciais ao credor ou ao devedor — que se convertem em verdade imutável pela displicência das partes com acompanhamento do processo. Há a constatação da absoluta impossibilidade de arcar com a execução que culmina em muitos casos com a tristeza de se ter que analisar a penhora de quinquilharias domésticas sem nenhum valor material, mas cheio de ressonâncias emocionais.

Composta esta cena ampla é fácil concluir que o maior problema do direito não é enunciar, com tónus de juridicidade, os elementos de vida que, valorados pela regra jurídica, passarão a compor a ordem jurídica e a constituir representação de um determinado sentido tutelar com o estigma da exigibilidade. O grande dilema é o dos meios disponíveis para obter-se efetivamente a observância da conduta devida, quando a adesão a seus pressupostos de conduta não se tenha dado espontaneamente.

Norberto Bobbio, cuidando dos direitos fundamentais, insiste em que se deva recordar que

“o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, particularmente contra os direitos sociais, não é a sua falta de fundamento, mas a sua inexecutabilidade. Quando se trata de enunciá-los, o acordo é obtido com relativa facilidade, independentemente do maior ou menor poder de convicção de seu fundamento absoluto; quando se trata de passar à ação, ainda que o fundamento seja inquestionável, começam as reservas e as oposições”¹⁰.

Se esta é uma constatação que se faz notar em relação aos direitos sociais e/ou fundamentais, sob o prisma de sua materialização, não será elemento estranho quando se queiram avaliar os desdobramentos gerais do paradigma legal, a partir desta face, pouco desvendada da realidade operacional do direito, que é o modo como se opera a exigência do cumprimento da norma e da aplicação da sanção.

2. AS CORRELAÇÕES COM O JOGO

Se o desejo de problematizar as contingências da realidade que envolvem a execução se deveu à experiência na atividade de julgar, a definição do modo como fazê-lo e do que abordar deveu-se a uma necessidade de expor o tema numa linguagem que fosse além da mera dogmática ou da dissensão de interpretação que ocorre em torno das questões formais dis-

¹⁰ BOBBIO, Norberto. Sobre os fundamentos dos direitos dos homens. In: *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1995, p. 24.

cutidas nos processos.

François Ost e *Michel van de Kerchove* coordenaram a edição de um livro, de cujo título se tomou o nome dado a este trabalho — *Le jeu: un paradigme pour le droit* (O jogo: um paradigma para o direito)¹¹. Ali vários autores, além dos organizadores, procuram analisar se é possível o estabelecimento de correlação entre o direito e o jogo, assimilação que tem suas raízes no caráter lúdico que por vezes preside a direção do pensamento pós-moderno¹².

A regra interna do jogo da execução deve enfrentar uma realidade mais abrangente que *não está no autos, mas que está no mundo*, ultrapassando o espectro puramente normativo. Ainda que, sob o prisma de sua construção conceitual, ao direito não importe a aceitação da sanção, já que ela incide de forma incondicionada, até à força da coisa julgada, a sua não assimilação concreta pelo destinatário é um tormentoso fenômeno que o Estado não tem meios efetivos para conter.

A idéia de jogo e a noção de antagonismo de interesses exprime-se na relação processual, em um esquema de propulsão de ações que muitas vezes envolve mais do que as próprias partes, porque as decisões do juiz geralmente provocam respostas de autor e de réu que exercem marcada influência no desdobramento do processo. Assim, independentemente do suposto material que esteja por detrás do objeto do litígio (relações comerciais, de família, de consumo, de posse e propriedade, conflitos entre capital e trabalho) haverá sempre a possibilidade de equiparação e de reprodução do conflito que se opera no *jogo*.

No artigo final, como conclusão, os autores apontam os tópicos dicotômicos que devem ser considerados para o estabelecimento de correlações analógico-dialéticas entre o direito e o jogo: *estratégia e representação; cooperação e conflito; realidade e ficção; regulação e indeterminação; o interno e o externo*¹³.

¹¹ OST, François, KERCHOVE, Michel van de (Coord.) *Le jeu: un paradigme pour le droit*. Paris: LGDJ, 1992.

¹² Cf. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Posmodernidad y derecho*. Bogotá: Temis, 1993 e HESPANHA, Antonio Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica européia*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1998, p. 200-13.

¹³ OST, KERCHOVE, 1992, p. 249-50.

A análise proposta partirá da disputa ambivalente entre estes tópicos, com a observação de que eles não podem ser analisados como pólos isolados. Na verdade, há o estabelecimento de uma interação e os suportes adotados interferem com reciprocidade em cada um deles.

3. ESTRATÉGIA E REPRESENTAÇÃO

O jogo constitui a representação de algo ou um ponto de vista simbólico em relação a uma faixa da realidade e pode ser apreendido como estratégia ou luta por alguma coisa, do ponto de vista utilitário ou instrumental¹⁴, sem que haja uma dissociação ou uma contraposição entre estes dois espectros de análise.

A execução representa o momento em que a força de retenção do Estado substitui o *fazer-se justiça pelas próprias mãos*, a valoração livre do *olho por olho dente por dente*. A decisão ou o título que se executa, por isto, deve traduzir o modo mais adequado para restabelecer o equilíbrio entre as partes e/ou entre elas e a coletividade. Tudo isto baseia-se na simbologia de que a lei contém a realidade e de que sanção, por seu reverso, poderá difundir a rejeição a um comportamento pela ordem social. O simbolismo ganha, com isto, uma mão dupla a exigir que o processo de execução funcione de modo a revelar esta representação de forma adequada, não apenas porque significa o êxito na repressão de um comportamento não aceito, como porque embute a construção de um modelo que tem um tom paradigmático, exemplar.

A luta por alguma coisa é entrevista na forma como a substituição se realiza e como o Estado responde às necessidades de controle eficaz das relações conflituosas na sociedade.

Por isto o sucesso do jogo será obtido sob um ângulo interno entre vencedor e perdedor ou a partir do confronto da habilidade dos jogadores com os resultados obtidos.

¹⁴ OST, KERCHOVE, 1992, p. 250-1.

Seria preciso que o objetivo almejado pelas partes ou a estratégia composta a partir do padrão normativo abstrato chegasse a um resultado ótimo ou, mais ainda, que a posição dos envolvidos se situasse em igual medida, dirigida a uma mesma direção. No entanto, cada um dos *jogadores* tem um objetivo, concebido segundo suas próprias contingências pessoais, e até o juiz, com representante da voz do Estado, fala segundo seu ponto de vista e compõe um quadro de estratégias, tomado da interpretação da lei, que pode não lograr o resultado ideal. Ele, na verdade, leva sua própria personalidade para o processo e a condução firme antevendo a jogada de cada parte e os seus objetivos — reais e velados — situa-se como essencial.

A execução revela a peculiaridade do caso. O ideal seria que se desse uma descrição neutra do desfecho do conflito sintetizado na sentença: *Fulano* foi condenado a pagar a *Ciclano* o equivalente a um valor determinado de dinheiro referente a tais e tais parcelas, aceita a condenação e faz o depósito no prazo de 48 horas que se segue à citação para a execução. O ideal seria que esta posição juridicamente definida bastasse como pólo deflagrador da ação ou omissão no sentido de seu cumprimento.

As estratégias, contudo, não se voltam explicitamente para este resultado unívoco. Elas reproduzem, na verdade, a representação da realidade possível no processo e esta representação nem sempre alcança todos os elementos acidentais e móveis que interferem diretamente na concretização da execução.

Estes elementos que a conformam internamente são também eles representativos — ou ficcionais — na medida em que não se pode, por exemplo, fazer dinheiro imediatamente ou que não se consegue definir valores precisos que quantifiquem uma situação de dano relevante na realidade de fato.

Bert van Roermund situa com clareza o papel da representação no direito, destacando a ocorrência do que ele chama de uma *eleição radical*, em que o representacionismo leva a um duplo sentido, em que se acen-tuam, por um lado, o reforço de sua possibilidade e, por outro lado, a possibilidade de sua contradição:

“ou bem o jurista reforça a auto-representação de direito positivo, dissimulando-a atrás de uma *realidade* que, *a priori*, dá a ele razão e não o deixa ser surpreendido, ou bem se impõe a tarefa de explicitar esta *auto-representação*, relatando em cada oportunidade possível a custa de quem e de que se fala, regula e decide juridicamente”¹⁵.

Aqui revela-se o pólo de dissensão entre os jogadores, assim considerados aqueles que estão envolvidos na execução.

A medida da lei em cada execução é marcada pela peculiaridade do caso, no que reside a importância da consciência de que ao juiz cabe definir a estratégia que levará de forma mais adequada ao resultado final indicado pela sentença que se executa ou pelo teor do título extrajudicial. Ele é, em última análise, quem define as cartas, quem direciona o jogo.

Estas peculiaridades envolvem nuances materiais e processuais, assim como dados da realidade contingente e/ou superveniente das partes.

A CLT traz um exemplo contundente desta situação.

Até a edição da Lei 8.432, de 11.06.92, o único momento processual em que se poderia impugnar a execução (cálculo, penhora etc.) era aquele a que se refere o art. 884 da CLT, em que está disciplinada a apresentação de embargos à execução pelas partes. Uma modificação, ao que tudo indica visando a uma celeridade maior, introduziu nova situação segundo a qual, na forma do §2º do art. 879 da CLT, após elaborada a conta de liquidação “o Juiz poderá abrir às partes prazo sucessivo de 10 (dez) dias para impugnação fundamentada com a indicação dos itens e valores objeto da discordância, sob pena de preclusão”.

Se o juiz aquiesce na utilização da faculdade que lhe é outorgada e se as partes apresentam a impugnação, caberá a ele se posicionar e homologar a conta como lhe parecer mais acertado. No entanto, como o art. 884/CLT não foi revogado, a parte deverá, no prazo de 5 dias contados da penhora, apresentar embargos renovando a impugnação que não tiver

¹⁵ ROERMUND, Bert van. *Derecho, relato y realidad*. Trad. Hans Lindahl. Madrid: Tecnos, 1997, p. 123.

sido acatada. Por outro lado, se a parte não houver se manifestado, a possibilidade de apresentação de embargos continuará aberta, sendo porém o entendimento dominante no sentido de que a discussão dos cálculos estaria fulminada pela preclusão. A antinomia, nesta situação, reside na existência formal de dois canais quase simultâneos de impugnação, o que funciona como um estratagema para o credor que tenha o interesse em protelar a execução, já que terá sempre escondida na cartola a alegação de não observância da ampla defesa e do contraditório.

O resultado útil da absorção da faculdade de concessão de prazo preclusivo é nenhum porque para o ritmo processual não há qualquer contribuição pela pouca utilidade da via impugnatória, condicionada sempre à renovação em embargos, pela inexistência de recurso cabível contra a decisão homologatória do cálculo.

A opção do juiz pode significar um desgaste ainda maior para o fluxo do processo, sendo que a estratégia tende a não atingir o fim utilitário presumivelmente objetivado.

Nesta como em outras situações, a argúcia do técnico-advogado costuma converter instrumentos abstratamente fornecidos pela ordem jurídica para a defesa e a segurança das partes em meios de protelar e de frustrar a execução, assim como a inabilidade instrumental de alguns termina por abrir um amplo flanco para que estes estratagemas espúrios atinjam plenamente seu objetivo. Para solucionar o impasse não bastará ao juiz simplesmente aplicar multa, porque muitas vezes esta é exatamente a centelha de controvérsia, a *deixa* que faltava para imprimir um ritmo mais lento ao processo com a profusão de impugnações.

Muitas vezes o reconhecimento de uma nulidade causa uma frustração muito maior à parte que a alegou do que a negativa de sua existência e esta artimanha deve ser atentamente observada pelas partes que contra ela se insurgem e pelo juiz. Certa feita, veio uma carta precatória de São Paulo, com longa argüição de nulidade pelo fato de a memória de cálculo não ter acompanhado a citação. A superação da argüição seria possível a partir da possibilidade de manusear os autos por advogado constituído em Belo Horizonte, pela impugnação já feita aos cálculos e por outras

peculiaridades menores que o tempo se encarregou de apagar da memória. No entanto, decidindo os embargos, pela insistência da alegação, pareceu mais adequado acolher a nulidade e determinar que nova citação se fizesse, agora regularmente acompanhada da memória descritiva dos cálculos. Um mês após publicada a primeira decisão de embargos, voltou a carta precatória regularmente cumprida e novos embargos: a peça não conseguiu esconder a amargura de haver perdido o único ponto que, configurando suposta ofensa à Constituição, poderia ser um caminho para veicular o conhecimento de recurso de revista pelo TST e sobretudo o agravo de instrumento que certamente seria interposto do não recebimento daquele.

A sensação, em hipóteses como esta, é de que a marca da estratégia que leva à construção jogo e à trama das partes no sentido de uma vitória envolve variáveis múltiplas que exigem atenção de tantos quantos devem se posicionar no processo. A idéia de propiciar o resultado útil do processo que sustenta o deferimento de liminares deve também acompanhar as escolhas feitas porque aqueles que têm a intenção de levar o processo a bom êxito.

A definição da estratégia, portanto, revela um outro pólo de interesse na comparação com o jogo, que é a dimensão de cooperação e conflito.

4. COOPERAÇÃO E CONFLITO

A execução faz traduzir-se a mesma dificuldade que se dá na aceitação espontânea da lei, na adesão sem pressões ao sentido de regulamentação prevista pelo Estado.

Esta contingência reforça a imposição das idéias de cooperação e conflito que constituem ponto angustiante do procedimento executório e se associam às noções de lealdade e artimanha. No processo pode-se revelar o assentimento das partes com a direção dada ou um absoluto antagonismo que pode até impossibilitar se atinja o resultado final.

No que concerne a *práxis* de incidência das normas jurídicas, a maior parte das situações de vida é presumivelmente de aceitação, de es-

pontânea adesão. No entanto, como ruptura, é o conflito que se oferece como ponto para necessário estudo, porque é ele que põe o direito em movimento e que traz a incidência da sanção. São as hipóteses de resistência e de descumprimento — ou que representem a dúvida sobre a regularidade de cumprimento, uma vez que nem todas as ações são julgadas procedentes — que ganham relevância como dado de representatividade de conflito, de não cooperação, porque elas é que exigem a mobilização do aparato do Estado e, procedentes ou procedentes em parte, trazem a necessidade da execução.

Ela, por sua vez, envolve a aceitação da interpretação da decisão, da qualidade e da quantidade da sanção, que, em última análise, coincide com a aceitação da própria lei. Este enfrentamento constitui a base que estabelecerá a diferença entre as idéias de cooperação e de instigação do conflito.

No Direito do Trabalho, os credores — geralmente os empregadores — em grande parte dos casos, não estão satisfeitos com a materialidade das previsões de tutela legal do trabalho subordinado trazidos nas normas jurídicas, o que se reflete na dificuldade de se executar as sentenças. As alegações são de que o custo da mão de obra é muito alto e de que os ônus e obrigações a eles atribuídos são prejudiciais ao pleno desenvolvimento da atividade produtiva. A dispersão e a variedade das obrigações trabalhistas, como se o aumento de desdobramentos representasse sempre aumento de segurança do empregado, simbolizam, na verdade, o conflito básico entre capital e trabalho, que remonta, com variadas acepções, aos primórdios do homem. A presunção de conhecimento da lei, em que se deve incluir a presunção de conhecimento das normas coletivas, constitui uma *ficção*, notadamente para as empresas de pequeno porte, quando se considera esta pluralidade normativa.

A cooperação viria naturalmente se se pudesse acreditar que a esta presunção de conhecimento da norma — aí incluídos os efeitos da sentença — correspondesse sua efetiva aceitação.

Em todos os casos, a idéia de profilaxia, de prevenção do conflito, de antevisão das repercussões da prática constitui o modo como mais

objetivamente se pode lograr a cooperação e, por conseguinte, afastar a incidência da sanção ou a imposição compulsória da execução, a partir da conduta básica que afasta a dissensão.

Por outro lado, a execução processar-se-ia de modo mais fácil se houvesse uma desemocionalização do processo, fulcrada na difusão da idéia de que o direito constitui um recurso da técnica, cujo conhecimento deve ser francamente facilitado.

Os momentos na execução passam por estes influxos, na ambivalência de *aceitação-cooperação* e *rejeição-conflito* e, como ressaltam *Ost* e *van de Kerchove*, há a introjeção de uma dialética entre consenso e dissenso:

“Numa perspectiva normativa e crítica, pode-se admitir a idéia de que todo o processo de legitimação racional das normas jurídicas supõe necessariamente uma dialética entre os momentos de consenso, que traduzem um acordo estável sobre a hierarquia de valores, e de momentos de dissenso, que traduzem o questionamento por grupos determinados das hierarquias estabelecidas (*par tel ou tel groupe des hierarchies établies*)”¹⁶.

Na execução esse dissenso pode ter duas raízes: uma discordância ressaltada pela vontade de dilatar a margem de aplicação da sanção ou uma discordância efetiva pela não aceitação da própria regra fundamental do jogo. A não aceitação da sentença ou de uma determinada decisão pode decorrer da substância mesma do caso ou de algum aspecto contingencial que se traduza para qualquer das partes em ruptura no curso do conflito.

Entre tantos exemplos concretos, pode-se citar o daquela empresa, que normalmente paga de modo imediato suas execuções e num processo específico faz de tudo para tumultuar e protelar. A razão desta conduta discrepante é o fato de, naquele processo, não haver sido recebido seu recurso ordinário porque houve omissão na impugnação oportuna do valor da causa, estranhamente fixado abaixo do limite de alçada. A sua

¹⁶ OST, KERCHOVE, 1992, p. 253-5.

insatisfação está ressaltada no fato de a liquidação haver chegado a ordem de R\$80.000,00, valor absolutamente incompatível com os limites fixados na peça inicial. Assim, ainda que não haja um erro no processo que possa ser objeto de revisão, o *ânimo* do credor está inexoravelmente marcado pela insatisfação e não haverá, definitivamente, qualquer cooperação.

Às vezes móveis personalíssimos, inerentes à relação concretamente havida entre as partes, sustentam o conflito judicial que, na verdade, é a representação do estrangulamento da relação sob o prisma psicológico e/ou sociológico. As separações judiciais e os divórcios são exemplos disto, quando o embate ultrapassa a linha emocional dos agentes e se sedimenta nas folhas dos autos.

Um outro exemplo é o do erro de cálculo que pode levar quem deve a pagar mais do que deve ou que é credor a receber menos do que seu crédito. Descoberto o equívoco, geralmente quando já se tenham esgotado todas as vias impugnatórias, constituirá um grave empecilho à concretização da execução.

Nas situações em que o credor esteja em efetiva dificuldade financeira, impedido pela fragilidade de seus fundos de cumprir com a execução, a falta de cooperação do devedor poderá constituir um meio de agravar a situação de ambas as partes e tornar interminável o processo.

Nestes casos, não haverá cooperação e o conflito será reproduzido na execução pela não aceitação da sentença e, conseqüentemente, da execução em que a sanção se materializa.

A situação, ainda que pouco razoável, é real.

Se a noção de cooperação constitui objetivo do direito¹⁷, a de conflito é a justificativa de sua existência, já que as normas jurídicas existem para afastá-lo.

Os fatores que podem levar ao exacerbamento do conflito ou à assimilação da cooperação são variados e, em regra, vem de fora do pro-

¹⁷ Sobre a tendência do direito a uma idéia de cooperação, cf. D'AGOSTINO, Francesco. *La sanzione nell'esperienza giuridica*. Torino: G. Giappichelli, 1993, p. 79-81.

cesso, da peculiar situação e ânimo das partes em relação à controvérsia.

Nesta etapa, impõe-se outro contingenciamento que pode ser feito entre *realidade* e *ficção*.

5. REALIDADE E FICÇÃO

Seria a execução uma realidade pura, uma realidade virtual, uma ficção completa?

Tudo se resume à perspectiva do enfoque e cada uma destas possibilidades tem sua cota de participação devidamente reservada.

O direito é uma realidade porque as normas jurídicas tendem à materialização de seus efeitos. No entanto, é artificial, ficcional já pelo fato de que a sua construção é caracterizada pela heteronomia, só remotamente traduzindo a vontade autônoma e concreta dos destinatários, mesmo que se teorizem com idéias como a de contrato social e a de representatividade dos que são encarregados de editar as leis e de, *ultima ratio*, aplicá-las nos conflitos concretos.

Por isto, as noções de *realidade* e de *ficção* contingenciam-se em relação à execução, que, como se tem acentuado, configura o momento em que a exigência de cumprimento da sanção se faz mais translúcida. Ainda que o monopólio de aplicação da sanção não esteja em todos os casos nas mãos do Estado e que as próprias partes, sobretudo nas questões obrigacionais, possam estabelecê-las e fazê-las cumprir extrajudicialmente, é no processo que ela mais agudamente se realiza e se deixa visualizar.

Aceitando a idéia de que se deva ver nas divisões, como a que se segue, um caráter estreitamente metodológico ou didático, toma-se a discriminação trazida em *Ascensão*, como uma referência para o que se desenvolverá. Para ele as sanções se dividiriam em *a) compulsória*, que é aquela que atua sobre o infrator para tentar compeli-lo a uma conduta por ele não adotada espontaneamente, sem prejuízo da exigência daquela conduta (p. ex, a prisão por dívida de alimentos, a prisão do depositário infiel, multa diária até reintegração do empregado ou entrega de guias, sanção cominatória, os juros de mora); *b) reconstitutiva*, que tem como objetivo

reposição ou restauração natural da situação (p. ex., uso da força nas possessórias, pagamento da prestação devida); *c) compensatória*, quando a reconstituição não é possível, ou não é equitativa ou não é atingível, ou não é suficiente, fixando-se então uma indenização (p. ex., indenização em vez de reintegração do empregado, indenização de perdas e danos e/ou lucros cessantes); *d) preventiva*, cujo objetivo é prevenir violações futuras (p. ex., a advertência trabalhista e administrativa, a liberdade condicional ou vigiada) e, finalmente, *e) punitiva*, de que o principal exemplo é o da **pena** propriamente dita, de índole criminal, além da sanção disciplinar — suspensão, dispensa motivada¹⁸.

Quando se retoma certa tradição da sanção que envolve um grau de visibilidade maior, notadamente a partir de uma direta incidência sobre o corpo do agente até mesmo no que concerne às dívidas, o moderno sistema de execução se assemelha a um *faz de conta*. A construção de um arcabouço de reparação ou de substituição reinstaura a idéia de *ficção* pela implantação na realidade de uma assimilação: *faz de conta* que o pagamento de *x-dinheiros* é suficiente para reparar o dano causado pela clínica de cirurgia plástica que deixou a jovem mulher morrer, se esvaindo em sangue, porque não dispunha do equipamento necessário para tentar com mais proficiência salvar-lhe a vida após a lipoaspiração; *faz de conta* que a condenação do Estado em *x-dinheiros* é suficiente para tornar compreensível a necessidade de sacrificar animais porque o sistema de saúde pública não consegue evitar a disseminação da *leischimanie*; *faz de conta* que a possibilidade de prisão vai fazer o pai inescrupuloso cumprir a obrigação de pagar alimentos a seus filhos.

Assim, retomando a divisão trazida, na sanção *compulsória* estar-se-á quase sempre e simultaneamente às voltas com a versão *reconstitutiva*, porque não haverá como afastar o cumprimento da parte principal da obrigação, de que aquela primeira constitui um reforço acessório.

Na execução de sanção *compensatória* delineia-se a *ficção plena* decorrente da impossibilidade de reversão do quadro ou de reimplantação

¹⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito — introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira*. 8. ed. rev. (Portugal) Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 49-58.

do objeto real desejado (a *não-morte*, o *não-acidente*, a *não-lesão corporal* etc.). Aqui o caráter plenamente substitutivo enseja um reforço do conflito, quanto à sua definição qualitativa e quantitativa e a representação da realidade, que se desejava, será uma porta sempre aberta para o dissenso.

A sanção *preventiva* tem seu resultado projetado para o futuro, ou seja, para a não renovação do ato que a originou e, por isto, a sua realização faz-se de modo diferido.

A sanção *punitiva* guarda sua máxima expressão na pena e atrai a afirmativa de *Foucault* de que a prisão tem uma papel mais simbólico e exemplar do que econômico, penal ou corretivo:

“A prisão é a imagem da sociedade, sua imagem invertida, uma imagem transformada em ameaça. A prisão emite dois discursos: aqui está o que a sociedade é; não posso ser criticado porque faço unicamente aquilo que fazem diariamente na fábrica, na escola etc. Eu sou, portanto, inocente, sou apenas uma expressão de um consenso social. (...) A melhor prova de que não está na prisão é que eu existo como instituição particular separada das demais, destinada apenas a quem cometeu uma falta contra la lei”¹⁹.

A vigilância, controle e correção constituem características do chamado *panoptismo* que é

“uma forma que se exerce sobre os indivíduos por meio de vigilância individual e contínua, como controle de castigo e recompensa e como correção, isto é, como método de formação e transformação dos indivíduos em função de certas normas”²⁰.

A idéia do *panoptismo* identificada, hoje, em diversas formas de controle difuso — p. ex., as fotos que ilustram as multas de trânsito por excesso de velocidade em algumas vias de acesso da cidade — não se revela na noção de cumprimento de penas, tal como descrito no livro de *Drauzio Varella* a que se referiu. Em relação ao sistema penitenciário, a

¹⁹ FOUCAULT, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. 4. ed. Barcelona: GEDISA, 1995, p. 137.

²⁰ FOUCAULT, 1995, p. 117.

noção que se olhe ali é, ao contrário, da mais absoluta ausência de vigilância.

A sanção afastou-se do corpo, mas aquilo que a lei impõe como realidade jurídico-processual, na forma de mecanismo destinado à realização da sanção prefigurada na sentença constitui direto da experiência uma ponderação ficcional.

O crédito só se realiza se o devedor tem condições de pagá-lo. A sentença, então, passa a representar apenas uma satisfação ética (*Kant*) e isto muda toda a feição de tessitura a ela outorgada pela ordem jurídica, porque ela vem significar uma aspiração volátil e distante.

Não se pode desprezar o fato de que a ordem jurídica é farta em instrumentos para tornar real a execução. Entre outras assim se situam as figuras da *fraude contra credores*, da *fraude à execução*, além de todos os mecanismos que vão da *antecipação de tutela* às *cautelares inominadas*, passando pelo *arresto*, pelo *seqüestro*, pela *busca e apreensão*, pelos *alimentos provisionais* etc.

Por outro lado, existe a possibilidade de se rechaçarem construções conceituais básicas — como a da higidez das pessoas jurídicas — quando a personalidade distinta daquela que detém os sócios funcionar, em abuso de direito, como mera capa protetora. A chamada teoria da *desconsideração da personalidade jurídica* põe-se a serviço da viabilização da execução.

Há ainda aquelas situações especiais em que a tutela para a garantia de execução em uma determinada situação constitui um obstáculo, mesmo que provisório, à sua concretização em outras esferas (assim na *alienação fiduciária em garantia*, nas *garantias cedulares* etc.).

Mesmo as realidades matemáticas que se situam como suporte para a execução (anos de condenação, liquidação de sentença — por cálculo, por artigos, por arbitramento —, estabelecimento de valor para a indenização) transitam neste espaço entre realidade e ficção. Não se saberá, na grande maioria dos casos, se os modelos em que se compuseram as sanções que se executam abrangem a efetiva extensão da realidade que a norma jurídica deveria conter.

Do mesmo modo, os instrumentos de que se vale a ordem jurídica na representação dos resultados, fluem entre tais e duvidosas angulações. Alguém pode acreditar que a alienação de bens na praça poderá conduzir ao resultado querido?

Sabe-se, da experiência, que os valores pelos quais os bens são alienados estão sempre longe de sua cotação de mercado e, muitas vezes, até o valor de avaliação é dela dissonante. Por outro lado, o valor proposto para a arrematação chega a ser risível. No entanto, o juiz é levado a acatá-lo muitas vezes porque sabe que não há qualquer possibilidade de uma reversão da situação e isto pode significar o dilação da execução a limites absolutamente imprevisíveis.

Um outro ponto de choque entre realidade e ficção que alcança a base estrutural do direito, hoje, no Brasil, é a questão da execução contra o Estado e seus órgãos, notadamente os da administração direta. Sabe-se pelo conhecimento da evolução histórica do Estado e do próprio direito que um ponto de grande propulsão foi aquele em que o Estado e seus agentes passaram a ser passíveis de responsabilização. O Estado passa, então, a ser sujeito de *direitos* e de *deveres*.

A questão é que, ainda que se fale em evolução da responsabilidade do Estado ou que se reconheça que a ele também se dirija a ordem no sentido do cumprimento das sentenças condenatórias, vigora o princípio do *ganha-mais-não-leva*. O rito previsto especialmente para a execução em obediência ao art. 100 da CF/88 funciona com uma fonte de escape, de fuga e o cumprimento da norma jurídica individual se perde no esvair do tempo e das esperanças. Os precatórios não são atendidos no prazo de vigência dos orçamentos em que são inscritos e cena se converte em um fingimento da existência de direito. A ordem jurídica, neste caso, sequer prevê uma sanção que guarde equipolência com a situação: a intervenção no Estado ou no Município (arts. 34 e 35 da CF/88) não se impõe com tranqüilidade por seus inúmeros inconvenientes práticos e políticos, que levam a uma interpretação cheia de detalhamentos>

Por outro lado, a ineficiência do controle dos agentes estatais a que incumbe o acompanhamento dos casos faz com que erros graves de

conta e/ou de procedimento aumentem muitas vezes o débito, provando a inutilidade de todos os mecanismos impostos pela ordem jurídica para controle (intervenção obrigatória do Ministério Público, prazos elastecidos, recursos necessários).

Os exemplos são muitos e todos em execuções em que já se haviam esgotado toda a linha de possibilidade impugnatória: incidência de percentual de 84,32% devido a partir de março de 1990 sobre salários de março de 1998; incidência de índice de correção monetária 1.000 vezes maior; incidência de percentual de reajuste na data-base sobre parâmetros impróprios²¹.

Estas circunstâncias fazem impor-se como realidade uma contingência que é dispar em relação ao próprio processo e, também elas, ressaltam no processo o digladiar de *regulação e indeterminação*.

6. REGULAÇÃO E INDETERMINAÇÃO

Todo o jogo combina uma gama de regulação e um lastro de fantasia correspondente à indeterminação. Por isto vem a postura de *Ost e van de Kerchove* no sentido de que

“Nem verdadeiramente produto do acaso, da estrutura ou da vontade do jogador, o jogo é um espaço potencial de criatividade a qual traduz o efeito de intencionalidade dos jogadores sobre a rigidez das convenções; inversamente, como campo de regulação, ele reflete desvio de vontades (*l'inflechissement des volontés*) sob a ação de normas coletivas em boa medida indomáveis (*pour une bonne part non maîtrisables*).”²²

²¹ Esta decisão foi assim ementada: “ERRO DE CÁLCULO. Havendo nos cálculos de liquidação flagrantes erros de conta (especialmente a utilização dos salários do mês de abril de 1989 para a incidência de índice de reajuste na data-base aplicável tomando por referência o salário de maio de 1988) deve ser mantida a decisão de origem que determinou a adequação do ajustamento aos estreitos limites da coisa julgada” — TRT — 3ª Reg. — 5ª T. — AP 2615/98, em que foram partes MAURA DE SOUZA DELFIM E OUTROS e HOSPITAL ODILON BEHRENS, Rel. Mônica Sette Lopes, publicado no DJ — MG, de 26.06.99, atualmente pendente de julgamento de agravo de instrumento pelo não recebimento de recurso de revista interposto pelos Reclamantes.

²² OST, KERCHOVE, 1992, p. 259.

A indeterminação vem não só do fato do imponderável compreendido no modo como as partes vão responder ao estímulo para impugnar e se manifestar no processo, como da impossibilidade de prever a maneira pela qual o juiz vai estabelecer o ritmo dos acertamentos necessários para controle do fluxo processual.

Na dialética do processo, o estabelecimento do próximo passo flutua entre a noção de regulamentação (alinhada pela expressa previsão da norma jurídica) e a de indeterminação (concedida pela criatividade das partes e do juiz na interpretação da norma e no contingenciamento múltiplo que os fatos trazidos aos autos podem imprimir no seu percurso).

A regulamentação não evita a indeterminação, porque ela não vai ao ponto extremo de impedir o fluxo dos fatos e a própria manifestação da personalidade das partes, dos advogados, do juiz, no estabelecimento dos modos de condução do processo. Às vezes, até mesmo a dificuldade operacional de um oficial de justiça em conduzir uma citação pode trazer para o processo um desdobramento que influenciará todos os atos posteriores.

Quando se ensina o funcionamento do processo de execução parte-se de um esquema lógico e concatenado, fundado na razoabilidade de um quadro de fases destacadas: liquidação, penhora, impugnação e alienação dos bens que garantem a execução. Numa mesa de bar, no calor suado dos domingos de manhã, quando se solucionam os problemas da humanidade, poder-se-á defender o rigor destes passos, o seu acerto, a sua coerência.

A criatividade humana, porém, não permite se entenda que o ritmo seja absolutamente linear.

O processo do trabalho tem como característica um certo automatismo da execução que flui independentemente da necessidade de as partes a requererem. No entanto, nem esta possibilidade de mover-se por sua própria propulsão serve como elemento para excluir toda a possibilidade de variação e mudança na execução trabalhista.

Ainda que o juiz possa *de ofício* dispor sobre o andamento da

execução e, claramente, dirigi-la, não estará nunca isento da possibilidade de a criatividade da parte e a composição de um quadro estratégico específico vir a impor uma atenta análise, discricionária quase, do proveito de uma determinada decisão.

7. O INTERNO E O EXTERNO

O conceito de efetividade pela realização do paradigma tempo-consumação constitui um dos dados mais relevantes no que tange ao conflito entre o *interno* e o *externo* na execução, porque é aqui que ele é mensurado, qualitativamente, na resposta que é dada pelo Estado à sociedade.

O direito como conjunto de regras não se restringe aos códigos. E a questão fundamental são exatamente os mecanismos de que dispõe o juiz para conferir a esta realidade *exógena* efeitos jurídicos.

Ost e van de Kerchove insistem em distinguir:

“Visto como um conjunto de prerrogativas (*ensemble de prérogatives*), o direito não se restringe, tampouco, ao catálogo das prerrogativas consagradas sob a forma de direitos subjetivos; aqui ainda atua, à margem, da juridicidade oficial, uma faixa muito ativa de interesses, os quais, reconhecidos como *legítimos* pelo juiz, exercerão ou efeitos criadores de direitos, como, ao contrário, como nas teorias de abuso do direito, um papel de controle e de limitação dos direitos subjetivos”²³.

Os autores acrescentam a isto a indagação sobre se não seria mais adequado reconhecer que os *direitos subjetivos* estariam dentro e forma, e não seria, jurídicos e meta (ou infra-) jurídicos (*dedans et dehors, juridiques et méta- (ou infra-) juridiques*)”²⁴.

Os elementos externos podem ser absorvidos pelo processo de execução com sua conotação jurídica numa gama ampla de possibilidades que vão da declaração de litigância de má-fé, na forma dos arts. 600 e 601

²³ OST, KERCHOVE, 1992, p. 264-7.

²⁴ OST, KERCHOVE, 1992, p. 264-7.

do CPC, até aquelas situações em que a análise dos riscos leve as partes à composição por meio da qual se definam, definitivamente, os parâmetros a serem considerados.

No Processo do Trabalho, a transação constitui um meio sempre incentivado de por fim ao conflito, o que certamente abrange as execuções. Neste sentido, é considerável o volume de processos de execução nos quais se convocam audiências com vistas à tentativa de conciliação, com resultados gerais bastante positivos.

Naturalmente não é esta uma posição ideal e também ela revela um pluralismo na emissão jurídica, pela ênfase com a qual a situação concreta se sobrepõe à versão jurídica abstrata conformada como objeto da sentença condenatória e que deveria ser atendida ou compulsoriamente exigida pela simples força de sua incidência.

A dialética influencia o fluxo do embate na dificuldade sobre como transferir para o interno os aspectos externos que tem relevância. Da mesma maneira como é tormentosa a dúvida sobre a adequada apreensão da realidade vivenciada pelas partes e sua perfeita tradução na prova que, no processo de conhecimento, leva à formação da convicção do juiz, no processo de execução joga-se com a incerteza quanto à realidade que se invade com vistas à fazer cumprir a sentença ou a exigir o atendimento ao título extrajudicial.

Como trazer para o processo a certeza de que o sócio-gerente da empresa desaparecida tem seu iate ancorado em Angra dos Reis?

Os fatos só tem relevância no processo quando se consignam como certezas, como dados de prova, firmemente, compostos. Por isto haverá uma luta constante entre aqueles que querem introjetar a realidade externa e aquelas que não permitem que a realidade seja efetivamente conhecida.

Se se compara com o jogo, a execução tem como várias óticas do direito, uma torcida, uma *claque* que quer um ou outro resultado e às vezes não aceita a solução tecnicamente correta como valoração do jogo, tendo como problema predominante o do conhecimento e apropriação dos

dados externos relevantes.

A convivência dicotômica entre o *interno* e o *externo* na execução, por outro lado, reforçam a necessidade de se disseminar o conhecimento real de como se efetiva a execução, como único vetor de reformas que, partindo do domínio inteiro da realidade, cheguem a apresentar soluções que realmente se traduzam como resultados afirmativos.

A execução, portanto, é um jogo cujas dificuldades devem ser reconhecidas publicamente, ainda que disto resulte um agravamento da inverossimilhança da eficácia do direito. Este é o grande confronto a que se obriga a chamada comunidade dos operadores do direito. O compartilhamento das dificuldades, a partir de seu contexto real, pode tornar menos vazia de significado palavras como *impunidade*. A sensação de ineficiência fez com que esta palavra se transformasse num jargão, num bordão que, naturalmente, pelo uso excessivo, tem seu sentido desgastado e não consegue absorver todo o repositório das contingências específicas que explicam, ainda que não justifiquem, as dificuldades na prática corrente do processo. Na verdade, a origem desta frustração pode ser sentida, precisamente, neste conflito entre o *interno* e o *externo*.

Não há dúvida de que o ideal de justiça operada pelo poder estatal responsável por esta faixa de poder-dever (a *jurisdição*) seria a realização da expectativa externa de segurança na aplicação dos mecanismos internos que lhe cabem. No entanto, o dado real a ser considerado é que estes dois ângulos, afetos à realidade jurídica, são substancialmente diversos. Ainda que se procurem meios de assemelhá-los²⁵, partindo até de pontos principiológicos que sustentam a linha de tutela erigida na norma jurídica, o fato é que a tradução dos embates da vida real (externa) nos modelos formais (internos) erigidos pela ordem jurídica em todos os níveis de sua estrutura hierárquica não é fácil.

²⁵ Cf. KAUFMANN, Arthur. *Analogia y "Naturaleza de la Cosa"*. Trad. de Enrique Barros Bourie. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.

8. CONCLUSÃO

Pode-se, portanto, após a apreensão de cada um destes variados tópicos firmar não uma conclusão, mas apropriar-se da mesma dúvida de *Norbert Rouland*:

“Freqüentemente considerados como acessórios de um direito sábio (*droit savant*), os atos da prática constituem o que os homens retêm do direito. O que se passa quando um sistema jurídico lhes é trazido ou imposto do exterior?”²⁶.

O conhecimento detalhado da prática do direito constitui um dado do exterior essencial para que se possam estabelecer os modos como ele opera e a partir daí compor uma teorização geral, com vistas a torná-lo mais apto aos fins pretendidos.

Canaris, em obra em que discute a efetividade do concreto como modo de apreender a realidade jurídica, insiste em partir de uma indagação *kantiana* e em concluir também com ela: “*Talvez isso seja correto como teoria, mas não serve para a prática*”²⁷.

Um dos grandes dilemas do direito é exatamente que as respostas conceituais a ele dadas pelas teorias, com sua magnitude e ajustamento, não encontram ressonância na prática.

O objetivo desta exposição terá sido apenas mostrar a fragilidade do que deveria ser o grande momento da prática jurídica: aquele em que sanção, materializada na sentença, se torna realidade pela execução forçada.

O que é magnificamente descrito na teoria e na abstração das normas, não funciona na prática. Neste jogo, perde o direito e perde a sociedade.

²⁶ ROULAND, 1998, p. 235.

²⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*. Trad. Daniela Brückner e José Luis de Castro. Madrid: Civitas, 1995.

9. BIBLIOGRAFIA

1. ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito — introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira*. 8. ed. rev. (Portugal) Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
2. BOBBIO, Norberto. Sobre os fundamentos dos direitos dos homens. In: *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1995.
3. CANARIS, Claus-Wilhem. *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*. Trad. Daniela Brückner e José Luis de Castro. Madrid: Civitas, 1995.
4. CANARIS, Claus-Wilhem. *O pensamento sistemático e o conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.
5. D'AGOSTINO, Francesco. *La sanzione nell'esperienza giuridica*. Torino: G. Giappichelli, 1993.
6. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Posmodernidad y derecho*. Bogotá: Temis, 1993.
7. FOUCAULT, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. 4. ed. Barcelona: GEDISA, 1995.
8. HESPANHA, Antonio Manuel. Lei e justiça: história e perspectiva de um paradigma. In: HESPANHA, Antonio Manuel (Org.). *Justiça e litigiosidade: história e perspectiva*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993, p. 10.
9. HESPANHA, Antonio Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1998.
10. KAUFMANN, Arthur. *Analogia y "Naturaleza de la Cosa"*. Trad. de Enrique Barros Bourie. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.
11. LOPES, Mônica Sette. *A equidade e os poderes do juiz*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

12. NEVES, A. Castanheira. A imagem do homem no universo prático. In: *Digesta: Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 1995, 3 v.
13. OST, François, KERCHOVE, Michel van de (Coord.) *Le jeu: un paradigme pour le droit*. Paris: LGDJ, 1992.
14. ROERMUND, Bert van. *Derecho, relato y realidad*. Trad. Hans Lindahl. Madrid: Tecnos, 1997.
15. ROULAND, Norbert. *Introduction historique au droit*. Paris: PUF, 1998, p. 235.
16. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. 2.
17. VARELLA, Drauzio. *Estação Carandiru*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
18. VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Direito público e direito privado: sob o prisma das relações jurídicas*. 2. ed. rev. e aum. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

RESUMO

A experiência de decisões envolvendo execuções trabalhistas justifica o trabalho em que se procurou apontar alguns aspectos fundamentais da prática desta fase do processo em que se dá a mais aguda mobilização do direito em torno da efetivação da sanção. A opção do tratamento do tema teve por referência a figura do *jogo* em que a configuração do conflito possibilita uma construção metafórica que sintoniza aspectos pertinentes do problema.

As dificuldades enfrentadas pelo Estado, mais especificamente pelo órgão responsável pela aplicação do direito, acentua-se na execução em que o padrão da legalidade encontra as maiores fontes de estrangulamento.

A necessidade de deduzido enfrentamento destas questões im-

põe-se para o efetivo *conhecimento* do que é o direito e dos modos como ele se expressa para além da própria norma jurídica, em suas variadas vertentes.

EQUIDADE

(JULGAMENTO COM EQUIDADE E JULGAMENTO POR EQUIDADE)

Osmar Brian Corrêa Lima

Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da UFPA e da Faculdade de Direito Pádua Campos

Inteligentibus parca.

Sumário: 1. Introdução – 2. Objetivo deste Trabalho – 3. As Divergentes Conotações do Vocábulo “Equidade” no Direito Positivo Brasileiro – 4. Equidade Social – 5. Julgamento com Equidade e Julgamento por Equidade – 6. O Julgador Sempre Deve Julgar com Equidade – 7. Julgamento por Equidade – 8. A Detorpação do Conceito de Equidade – 9. A Correta Aplicação da Equidade – 10. Um Caso – 11. A Equidade do Código Tributário Nacional – 12. Conclusões.