

CONDIÇÃO DA AÇÃO REVISIONAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: ALOPOIESE DO SISTEMA E O ACESSO À JUSTIÇA

CONDITION OF THE REVISED ACTION IN THE CODE OF CIVIL PROCEDURE OF 2015:
ALOPOIESE OF SYSTEM AND ACCESS TO JUSTICE

Cristiano Quinaia ¹

Tiago Ramires Domezi ²

RESUMO: O objetivo deste artigo é explorar o disposto no art. 330, § 2º, do Código de Processo Civil Brasileiro de 2015. Esta regra não apenas torna concreto o direito abstrato de ação, como também traz para o processo a desvantagem econômica do consumidor, implicando que sua hipossuficiência técnica ou incapacidade probatória tornem-se empecilhos ao desenvolvimento do direito de ação. Assim, além de os contratos bancários já gozarem de grande privilégio em procedimentos especialíssimos, agora, cerceia-se o direito de o cidadão controvertê-los. Logo, a ação é abstrata, eliminou-se a possibilidade jurídica como condição da ação, porém, o sistema econômico seleciona e mantém viva uma condição para o desenvolvimento da ação, tornando-a concreta.

Palavras-chave: Ação. Condições. Alopoiese. Contratos Bancários.

ABSTRACT: The purpose is to explore the provisions of art. 330, §2 of the Code of Civil Process of 2015. This rule not only makes concrete the abstract right of action, but also brings to the process the economic disadvantage of the consumer, implying that its technical hyposufficiency or evidential incapacity become obstacles to the development of a right of action. Thus, in addition to the fact that bank contracts already enjoy a great privilege in special procedures, the right of the citizen to controvert them is now denied. Therefore, action is abstract, legal possibility is eliminated as a condition of action, but the economic system selects and keeps alive a condition for the development of action, making it concrete.

Keywords: Action. Conditions. Alopoies. Contracts Banking.

¹ Mestre em Direito – Sistema Constitucional de Garantia de Direitos, Centro Universitário de Bauru. Advogado.
Contato: cquinaia@gmail.com.

² Mestre em Direito – Sistema Constitucional de Garantia de Direitos, Centro Universitário de Bauru. Advogado.
Contato: tiagodomezi@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O processo possui estreita relação com a Constituição: é ele o instrumento por meio do qual as pessoas reclamam perante o Poder Judiciário a violação de direitos e a ordem jurídica inaugurada pelo texto constitucional.

O acesso à justiça é princípio democrático basilar, por permitir que a ameaça e a lesão ao direito praticado por quem quer que seja (particular ou agente público) possa ser revisado por um procedimento legalmente disposto.

A história do processo no Brasil é marcada por vários diplomas legais, aprovados no período colonial e, após a independência, durante a ditadura. Há muito se aguardava que o Código de Processo Civil de 2015 pudesse ser hábil em estabelecer um novo rito democrático, atendendo aos anseios da população.

Alvo de polêmicas, o novo código traz dispositivo que merece atenção: estabelece regra especial de condição para o ajuizamento de ação revisional de contrato bancário, e exige que, desde a propositura, o autor demonstre especificamente quais os valores que pretende controverter.

O presente artigo pretende apresentar possível análise da relação entre regra processual e a disposição constitucional que assegura a todos o direito de acesso ao judiciário, bem como a interpretação harmônica dentro do sistema de princípios do Código de Processo Civil de 2015.

TEORIAS DA AÇÃO

O direito de ação é a junção que mantém a interdependência entre a ciência processual e a ciência do direito objetivo, e também marca a cisão entre o plano do direito material e o plano do direito processual, concebendo a independência científica da relação jurídico-processual.

Por muito tempo, não havia cisão científica entre o objeto de proteção pela norma de direito e a especificidade das regras dispostas acerca do procedimento em matéria processual. A atuação na lide era compreendida como uma consequência da ofensa ao direito material.

A ideia pioneira, no período inicial de desenvolvimento da ciência processual, era a de que a ação é direito em guerra ou o direito de perseguir o bem em juízo, sem a noção de um mecanismo instrumental disposto a favor da pessoa para que, a partir de regras previamente estabelecidas, o litígio fosse

resolvido.

O modelo teórico da ciência distanciada da prática por muito tempo ofuscou a importância do processo, prendendo-lhe nas amarras da evolução científica, vigorando, até meados do século XIX, a noção imanentista do direito de ação.

Atribui-se à Savigny a formulação da teoria civilista da ação, ou imanentista, segundo a qual *“não há ação sem direito; não há direito sem ação; a ação segue a natureza do direito”*.³

Essa teoria produzia dois problemas práticos: não resolvia a questão da extinção do processo sem resolução do mérito e não explicava a possibilidade de concessão de técnica diversa da pleiteada na inicial para a tutela de um direito. Se direito correspondia à ação, logo só existia ação quando existia direito. Assim, quando a ação era extinta, o que existia? Se a ação tem a mesma natureza do direito, como justificar a utilização de técnica de tutela diferenciada do direito?

A teoria imanentista não conseguia explicar o fenômeno da ação e a origem do processo como instrumento de defesa e efetividade do direito, como fenômenos científicos e culturais distintos. Ou a parte tinha ou não tinha o direito. O que se fez entre a postulação e a sentença foi mero desencadear das consequências do direito violado.

A teoria foi bastante criticada, recebendo da Alemanha os resultados dos estudos de Bernard Windscheid, que distinguia a queixa em face do devedor e a ação movida em face do Estado que era incumbido de monopolizar a justiça. Assim, de acordo com a doutrina, o conceito moderno de ação para a Alemanha abrangia *“um direito de agir, exercível contra o Estado e contra o devedor”*.⁴

Nesse sentido, a teoria de Windscheid, embora reconheça que a ação é um direito público movido em face do Estado, mas também em face do devedor, persiste na concretude do direito para a existência da ação, conforme esclarece o autor:

³ CINTRA, Antônio Carlos de Araujo. DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pelegrine. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 266.

⁴ Idem.

*Por actio não se designa o direito de acionar, entendido como meio para tutelar um direito, senão o meio para se impor o que se quer, e com isto a pretensão fundada em direito. Neste sentido, a actio nasce, por certo, com a obrigação, sendo seu único pressuposto que seja lícito exigir o que se exige.*⁵

O estudo da ação prossegue na Alemanha com Oskar Bülow. Desta vez, saindo da concretude que ainda relacionava a noção de um direito de ação movido em face do Estado e em face do devedor, a teorização avança na identificação dos pressupostos da relação processual. Partindo da diferença entre os pressupostos da relação de direito material e de direito processual, Bülow conseguiu isolar elementos científicos capazes de comprovar que processo e direito existem e convivem, em planos distintos da realidade jurídica:

*Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una relación jurídica pública.*⁶

A partir de então, o processo passou a ser concebido como a relação que se forma entre a parte que formula a pretensão, o devedor como tal indicado, e o Estado-juíz que está obrigado a prestar a tutela jurisdicional.

A ação existe independentemente de o direito material ser ou não declarado, ou da forma como a tutela jurisdicional será prestada em sua defesa ou efetividade. São planos de existência distintos, que não se confundem.

CONDIÇÕES DA AÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Uma vez concebida cientificamente a distinção entre a ação e o direito material, entre a relação jurídica de direito material e de direito processual, a doutrina passou a teorizar a respeito das condições para o exercício do direito de ação.

É dizer, diante do monopólio estatal da vingança pública que deve se dar por meio do Estado-juíz, que desvincula a ação da existência ou não do

⁵ WINDSCHEID, Bernard. MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "Actio"*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974, p. 67.

⁶ BULOW, Oskar Von. *Teoria de Las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Europa America, 1964, p. 02.

direito material, buscou-se definir elementos básicos estruturantes para o exercício da ação.

Nesse aspecto repousam bastantes controvérsias a respeito das condições da ação. O teorizador do tema foi Enrico Tullio Liebman, ainda na segunda metade do século XIX, sob o fundo da impossibilidade da ação de divórcio, hipótese na qual se impedia o desenvolvimento da ação. Podia-se propor a ação, intentá-la, porém, não havia o desenvolvimento, diante da impossibilidade jurídica do pedido.

Por meio da Teoria Eclética, Liebman não discute que o cidadão tenha o direito ilimitado e incondicionado de receber do Estado-juiz a tutela jurisdicional do direito material (ação em sentido material). Porém, não lhe é lícito promover a ação visando um resultado processual absolutamente desprovido de condições mínimas (ação em sentido processual).⁷

Assim, por muito tempo adotamos entre nós a Teoria Eclética, considerando como condições ao exercício válido do direito de ação a soma das seguintes condições: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade.

Embora sua teoria seja da década de 40, período em que esteve no Brasil lecionando em São Paulo, posteriormente, com a Lei n. 898 de 1º de dezembro de 1970, a Itália passou a permitir o divórcio, fazendo ruir a única espécie existente de impossibilidade jurídica do pedido. Essa exclusão constou do seu *Manuale di Diritto Procesuale Civile*, na 3ª edição de 1973.

Porém, o ab-rogado Código de Processo Civil Brasileiro – Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973, que vigeu até 15 de março de 2016, carregou consigo a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação:

*Art. 267. Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito: VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.*⁸

O divórcio passou a ser autorizado no Brasil com a Lei n. 6.515 de 26 de dezembro de 1977.

⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 151.

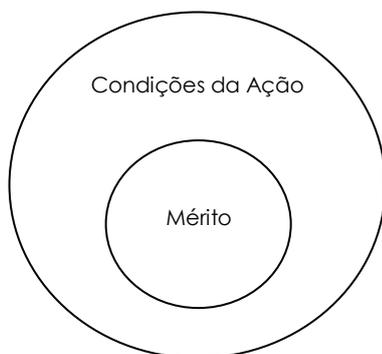
⁸ BRASIL. Código de Processo Civil de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: 13.12.2017.

Com a aprovação do novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105 de 16 de março de 2016 – novamente veio a lume a discussão a respeito da teoria das condições da ação. O legislador avançou na discussão e excluiu da redação do diploma processual qualquer referência expressa à teoria eclética, dispondo que: “Art. 17. *Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade*”.⁹

Já quando se refere à extinção do processo sem solução do mérito, a redação aprovada dispõe que: “Art. 485. *O juiz não resolverá o mérito quando: VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual*”.¹⁰

O CPC de 2015 avança eliminando a controvérsia a respeito da possibilidade jurídica do pedido, que passa a interessar o mérito propriamente dito a ser pronunciado pelo Judiciário. Se o pedido não encontra amparo jurídico, então ele não pode ser concedido, razão pela qual será improcedente. Do contrário, se a ação for extinta sem solução de mérito, poderia o autor intentar novamente a ação, repetindo o pedido que é contrário ao próprio ordenamento. É essa incoerência que o legislador elimina.

Assim, na regra geral, o CPC de 2015 preserva os dois planos de análise pela cognição do Magistrado: juízo de admissibilidade e juízo de mérito, como círculos concêntricos, na expressão cunhada por Adroaldo Furtado Fabrício, tem-se:



Legenda:

Condições da ação: Análise preliminar.

Mérito: Análise secundária de quem tem ou não razão.¹¹

⁹⁹ BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 13.12.2017.

¹⁰ BRASIL. Código de Processo Civil de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: 13.12.2017.

¹¹ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Extinção do Processo e Mérito da Causa*. Ensaios sobre direito processual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 379.

De tal sorte que, presentes a legitimidade para a causa que é a pertinência subjetiva entre o evento narrado e a ligação com a parte que pede e a parte contra quem se pede a tutela jurisdicional, e, somada à demonstração do interesse de agir como narrativa de um fato que faz emergir a necessidade de promoção da atividade judiciária recebe o Magistrado a petição inicial, iniciando o desenvolvimento do procedimento.

A CAUSA DE INÉPCIA DA INICIAL PREVISTA NO ART. 330, § 2º, DO CPC DE 2015

Causa estranheza um diploma processual civil que traga como baluarte o acesso à justiça, bem como haja excluída a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação, em outro artigo dispor a respeito de requisito especial quando o pedido versar sobre contrato bancário.

Outro dado relevante é que o Projeto de Lei n. 166 de 2010, iniciado no Senado Federal, continha disposições em um conjunto harmonioso que foi elaborado pela comissão de juristas nomeada pelo então Presidente do Congresso Nacional, Senador José Sarney. A mesma harmonia não foi observada após a passagem do texto pela Câmara dos Deputados.

Muitas disposições foram modificadas e, outras, acrescidas à surdina, inserindo odiosas discriminações no tratamento, na condução, na atuação do processo, à sorrelfa, deixando evidente o descompasso e a falta de preocupação com a harmonia do texto.

Destacam André Parente e Flávio Luís de Oliveira, há desarmonia entre a Exposição de Motivos e os Livros, consoante o seguinte trecho que colacionamos para elucidar este ponto:

Segundo a Exposição de Motivos, o Código de 2015, tem a seguinte organização estrutural: O conteúdo da Parte Geral (Livro I) consiste no seguinte: princípios e garantias fundamentais do processo civil; aplicabilidade das normas processuais; limites da jurisdição brasileira; competência interna; normas de cooperação internacional e nacional; partes; litisconsórcio; procuradores; juiz e auxiliares da justiça; Ministério Público; atos processuais; provas; tutela de urgência e tutela da evidência; formação, suspensão e extinção do processo. O Livro II, diz respeito ao processo de conhecimento, incluindo cumprimento de sentença e procedimentos especiais, contenciosos ou não.¹²

¹² NOGUEIRA, André Parente. OLIVEIRA, Flávio Luís de. *Um Novo Código de Processo Civil sem “certidão de nascimento”*. XXV Congresso do CONPEDI – Curitiba, 2016, p. 160.

*O Livro III trata do processo de execução, e o Livro IV disciplina os processos nos Tribunais e os meios de impugnação das decisões judiciais. Por fim, há as disposições finais e transitórias. A estruturação do NCPC, por mais aberrante e aterrador que pareça, não é igual à da sua própria Exposição de Motivos; o Código vigente é constituído por uma Parte Geral, que possui seis Livros (Livro I – Das Normas Processuais Cíveis, Livro II – Da Função Jurisdicional, Livro III – Dos Sujeitos do Processo, Livro IV – Dos Atos Processuais, Livro V – Da Tutela Provisória e Livro VI – Da Formação, Da Suspensão e da Extinção do Processo), por uma Parte Especial, composta por três Livros (Livro I – Do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença, Livro II – Do Processo de Execução e Livro III – Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais) e, finalmente, por um Livro Complementar, que cuida das Disposições Finais e Transitórias.*¹³

Constata-se, assim, que o Código de Processo Civil de 2015 foi mutilado na passagem pela Câmara dos Deputados, recebendo diversas emendas, exclusões, aditivas que culminaram na aprovação final de um texto destoante do objetivo ideológico inicialmente proposto por sua Comissão de Juristas.

Observa-se, ainda, naquilo que interessa especificamente ao tema do presente trabalho, que a redação do PLS n. 166/2010 trazia o seguinte dispositivo referente ao tema da inépcia da petição inicial:

Art. 305. A petição inicial será indeferida quando:
I - for inepta;
II - a parte for manifestamente ilegítima;
III - o autor carecer de interesse processual;
IV - não atendidas as prescrições dos arts. 103 e 295.
Parágrafo único. Considera - se inepta a petição inicial quando:
I - lhe faltar pedido ou causa de pedir;
II - da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão;
*III - contiver pedidos incompatíveis entre si.*¹⁴

Ocorre que, após a tramitação pela Câmara dos Deputados, foram acrescentados dois parágrafos e a redação foi reposicionada para o art. 330, trazendo tratamento diferenciado quando se trate de ação ajuizada em desfavor de instituição financeira:

¹³ NOGUEIRA, André Parente. OLIVEIRA, Flávio Luís de. *Um Novo Código de Processo Civil sem “certidão de nascimento”*. XXV Congresso do CONPEDI – Curitiba, 2016, p. 162.

¹⁴ BRASIL. Projeto de Lei do Senado n. 166 de 2010. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97249>. Acesso em: 13.12.2017.

§ 2º. *Nas ações que tenham por objeto a revisão de obrigação decorrente de empréstimo, financiamento ou alienação de bens, o autor terá de, sob pena de inépcia, discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, além de quantificar o valor incontroverso do débito.*

§ 3º. *Na hipótese do § 2º, o valor incontroverso deverá continuar a ser pago no tempo e modo contratados.*¹⁵

O dispositivo transcrito esclarece sobre as ações de revisão de obrigação, mas, na verdade, dispõe sobre as ações de conhecimento cujo objeto é discutir a legalidade ou abusividade de condições e cláusulas contratuais. Segue, especificando os casos de empréstimo, financiamento ou alienação de bens que, consoante se sabe, são realizados por intermediação de instituição bancária. O empréstimo é o mútuo feneratício concedido por bancos ou instituições similares, conforme reza o art. 4º da Lei n. 4.595 de 1.964, que também regula a atividade de financiamento:

Art. 18. As instituições financeiras somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização do Banco Central da República do Brasil ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras.

*§ 1º Além dos estabelecimentos bancários oficiais ou privados, das sociedades de crédito, financiamento e investimentos, das caixas econômicas e das cooperativas de crédito ou a seção de crédito das cooperativas que a tenham, também se subordinam às disposições e disciplina desta lei no que for aplicável, as bolsas de valores, companhias de seguros e de capitalização, as sociedades que efetuam distribuição de prêmios em imóveis, mercadorias ou dinheiro, mediante sorteio de títulos de sua emissão ou por qualquer forma, e as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam, por conta própria ou de terceiros, atividade relacionada com a compra e venda de ações e outros quaisquer títulos, realizando nos mercados financeiros e de capitais operações ou serviços de natureza dos executados pelas instituições financeiras.*¹⁶

Já a alienação fiduciária, que é uma espécie de garantia real, pode ter como objeto tanto bem móvel quanto imóvel, por meio do qual, uma vez inadimplida a dívida, o credor se reserva o direito de consolidar a seu favor a propriedade real do bem dado em garantia.

Da alienação fiduciária de veículos cuida o Decreto-Lei n. 911 de 1969; do procedimento da alienação fiduciária de imóvel trata a Lei n. 9.514 de 1997. Estes

¹⁵ BRASIL. Código de Processo Civil de 2105. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 13.12.2017.

¹⁶ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm. Acesso em: 13.12.2017.

procedimentos especialíssimos trazem a previsão legal de liminares sem a oitiva da parte contrária no interesse do credor.

Assim, o que o CPC de 2015 contempla é o velho costume de criar tratamento diferenciado e privilegiado para a casta social dos representantes de instituições financeiras, dando-lhes, além do poder econômico, também prerrogativas jurídicas de imediata expropriação de bens.

Nesse sentido, o CPC de 2015 cria, com o dispositivo do art. 305, uma verdadeira condição especial da ação quando intentada contra instituições financeiras, criando um invólucro de proteção dos seus contratos.

De tal forma, (i) em que pese a ação seja abstrata, (ii) embora o CPC de 2015 tenha excluído a possibilidade jurídica do rol das condições da ação, quando se trata de ação movida contra instituição bancária o legislador criou, novamente, um privilégio processual manifestamente descabido.

DO TRATAMENTO PROCESSUAL DISPENSADO ÀS INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS

O ranço de prestigiar as instituições bancárias por meio de procedimentos processuais especialíssimos data da década de 60, quando foram aprovadas as primeiras leis e decretos no tocante à matéria.

Calha, preambularmente, registrar o pano de fundo processual que se tinha à época, na vigência do Código de Processo Civil de 1939, projeto de Francisco Campos.

O processo civil era marcadamente regido pela "ordinariedade" como pressuposto da segurança jurídica. Adotou-se a ideia da desconfiança do Judiciário, tal como o fizeram os franceses após a queda da Bastilha. Agarravam-se na esperança (vã) de que o legislador se concentrasse como o núcleo emissor da lei e a legislação como a fonte primária do direito, irradiando, dos diplomas legais, o regulamento da vida civil e comercial.

Resultado disso é que, quanto à propriedade, bens e patrimônio, o CPC de 39 não previa nem a tutela satisfativa de forma antecipatória e nem o cumprimento provisório dos julgados. Quem quisesse executar e modificar a propriedade deveria aguardar o trânsito em julgado em consagração do princípio da *nulla executio sine titulo*.

Ainda, quando autorizada a concessão das medidas cautelares, se fazia

sob o viés da instrumentalidade do processo, para resguardar o exercício da jurisdição, e não pela proteção do direito material. A ideologia, conforme se observa da redação do texto do Decreto-Lei n. 1.608 de dezoito de setembro de 1939:

Art. 676. As medidas preventivas poderão consistir:

I – no arresto de bens do devedor;

II – no sequestro de coisa móvel ou imóvel;

III – na busca e apreensão, inclusive de mercadorias em trânsito;

IV – na prestação de cauções;

V – na exibição de livro, coisa ou documento (arts. 216 a 222);

VI – em vistorias, arbitramentos e inquirições ad perpetuam memoriam;

VII – em obras de conservação em coisa litigiosa;

VIII – na prestação de alimentos provisionais, no caso em que o devedor seja suspenso ou destituído do pátrio poder, e nos de destituição de tutores ou curadores, e de desquite, nulidade ou anulação de casamento;

IX – no arrolamento e descrição de bens do casal e dos próprios de cada cônjuge, para servir de base a ulterior inventário, nos casos de desquite, nulidade ou anulação de casamento;

X – na entrega de objetos ou bens de uso pessoal da mulher e dos filhos; na separação de corpos e no depósito dos filhos, nos casos de desquite, nulidade ou anulação de casamento. ¹⁷

Esse era o mundo do CPC de 39. Mas, não para as instituições bancárias. Laércio Becker enquadra no contexto histórico da década de 60, logo após João Goulart perder a chefia do Estado, seguiu-se que:

Logo após a deposição do governo de João Goulart, em 1º.4.1964, os ministros militares editam o primeiro Ato Institucional, em 9.4.1964, cujo preâmbulo afirma que a Revolução vitoriosa, investida do poder constituinte, se legitima por si mesma e legitima o próprio Congresso; conseqüentemente, edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória. ¹⁸

Sucederam os atentados ao regime democrático e à separação de funções, episódios que escapam ao escopo do presente trabalho, mas que são de conhecimento dos brasileiros, até a anistia celebrada em 1985 e a promulgação da Constituição Federal de 1988.

O que vem a lume é que nesse período de regime de exceção foram adotados programas e pacotes econômicos, financiamentos, com a aprovação de diversos diplomas legais atendendo aos interesses da elite econômica dominante.

¹⁷ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso em: 13.12.2017.

¹⁸ BECKER, Laércio. *Contratos Bancários – Execuções Especiais*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 90.

Iniciamos, citando a criação do Conselho Monetário Nacional e da Política Financeira, com a Lei n. 4.595 de 31 de dezembro de 1964, que dispõe a respeito do papel e das finalidades das instituições bancárias, outorgando-lhes plenos poderes para regular o financiamento e o crédito no mercado.

Depois foi publicado o Decreto-Lei n. 21, de 17 de setembro de 1966, que dispõe sobre assistência financeira à empresa pelas Caixas Econômicas Federais. O decreto contemplava, entre outras barbáries:

Art. 3º São também, condições essenciais para a concessão dos empréstimos previstos no artigo anterior;

I - obrigação do mutuário de vender, pelo mínimo da importância da avaliação realizada pela respectiva Caixa Econômica, os imóveis de sua propriedade, de propriedade pessoal dos Diretores, sócios ou acionistas das empresas proponentes das empresas coligadas que integrem o grupo econômico, se fôr o caso ou de terceiros, até o limite necessário para a boa liquidação do empréstimo, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, com a finalidade de reforço do capital de giro da sociedade e normalização de sua situação financeira, sob pena de vencimento da dívida e da venda dos mesmos imóveis em leilão público, nos termos deste artigo e seguintes.¹⁹

Note-se a discrepância: para o cidadão comum, o empreendedor comum, empresário, etc., a lei reservava-lhe o procedimento comum ordinário do CPC de 39, sem tutela antecipada, sem execução provisória e o recurso com efeito suspensivo. Já para o credor *instituição bancária* a lei conferia a possibilidade de expropriação direta e extrajudicial do bem dado em garantia para a rápida liquidação do empréstimo, no prazo de até 180 (cento e oitenta) dias.

Depois, temos o Decreto-Lei n. 70 de 21 de novembro de 1966, que cria a cédula hipotecária, dispondo sobre o procedimento extrajudicial para constituição em mora do devedor e:

Art. 32. Não acudindo o devedor à purgação do débito, o agente fiduciário estará de pleno direito autorizado a publicar editais e a efetuar no decurso dos 15 (quinze) dias imediatos, o primeiro público leilão do imóvel hipotecado.²⁰

Para a instituição bancária, a lei lhe excluía a necessidade de ingressar

¹⁹ Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-21-17-setembro-1966-375831-retificacao-48357-pe.html>. Acesso em: 13.12.2017.

²⁰ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0070-66.htm. Acesso em: 14.12.2017.

com processo judicial, reservando-lhe o direito puramente potestativo de expropriar diretamente o bem do devedor de forma extrajudicial. O decreto, puro e simplesmente, ignorava o direito ao contraditório.

Com o Decreto-Lei n. 911 de 1º de outubro de 1969, dispondo sobre o procedimento de busca e apreensão em garantia de alienação fiduciária de bem móvel, que dispunha:

Art. 2º No caso de inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver.

§ 1º O crédito a que se refere o presente artigo abrange o principal, juros e comissões, além das taxas, cláusula penal e correção monetária, quando expressamente convencionados pelas partes.

§ 2º A mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registada expedida por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título, a critério do credor.

Art. 3º O Proprietário Fiduciário ou credor, poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor. ²¹

Resumindo em poucas palavras: o credor, que determinava a quantia, alienava o bem independentemente de qualquer prévio exame judicial, também podia pleitear sua busca e apreensão cuja liminar deveria ser concedida com a prova da mora ou do débito. Outra vez o tratamento dispensado aos bancos é diferente do disposto no CPC de 39.

Os exemplos citados demonstram, inequivocamente, que durante o período de Estado de Exceção do Brasil, sobretudo na fase crítica durante a década de 60 e 70, aqueles que atuavam na qualidade de legisladores, privilegiaram a classe elitista econômica, concedendo favores jurídico-processuais em total discriminação ao sistema até então vigente.

O que causa estranheza é que, um Código de Processo Civil aprovado sob o regime democrático e sob a égide da Constituição de 1988, também

²¹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/De10911.htm. Acesso em: 13.12.2017.

carregue em seu âmago o ranço classista instituído pela Câmara dos Deputados que, mais uma vez, insere dispositivo para proteger os interesses da dominação econômica das instituições bancárias, em franco retrocesso de um sistema que busca proteger os direitos do consumidor e reduzir as desigualdades regionais.

NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DA ALOPOIESE ECONÔMICA DO PROCESSO

A sociedade é um grande sistema de comunicação que opera e processa por meio de códigos, que se retroalimentam, repetem a operação continuamente, consoante à teoria dos sistemas trazida por Luhman da sociologia de Maturana e Varella.

Niklas Luhman se inseriu na sociedade para estudar aquilo que a forma indistintamente, a partir do ângulo de um observador externo, isto é, não como sujeito que é parte da sociedade, mas como um observador de fora.

A sociedade, assim, seria o grande sistema de comunicação no qual se encontram inseridos os demais subsistemas que operam a partir de códigos próprios, conforme o próprio Luhman leciona:

*A teoria da sociedade conforme o pensamento a ser elaborado a seguir é a teoria do sistema social mais abrangente, aquele que inclui todos os outros sistemas sociais.*²²

O Direito, a Economia e a Política são, assim, os subsistemas sociais que, operando a partir de códigos, geram uma comunicação autopoietica própria, “do grego *autos* (‘por si próprio’) e *poiesis* (‘criação’, ‘produção’). Significa inicialmente que o respectivo sistema é construído pelos próprios componentes que ele constrói”.²³

De tal sorte, sendo autopoietico o sistema sempre se alimenta de seu próprio código e procedimento, que se reproduz continuamente. O Direito, assim, produz e se alimenta de normas que geram novas normas.

Diz-se que o sistema é autorreferencial, encontrando em sua própria linguagem a fonte de produção do código do qual sua comunicação se alimenta e se expande.

²² LUHMAN, Niklas. *Direito como sistema social*. Frankfurt: a. M. (Suhrkamp), 1997, p. 78.

²³ NEVES, Marcelo. *Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 113.

A diferenciação do Direito na sociedade moderna pode ser interpretada, por conseguinte, como controle do código-diferença 'lícito/ilícito' por um sistema funcional para isso especializado. ²⁴

Consequência dessa especialização comunicativa é que o Direito trabalhe a partir da distinção entre o que é lícito e ilícito, em um sistema autopoietico singular, ordenado e pragmático.

O Direito tem de reproduzir-se a partir do seu contexto, tomando como referencial o arcabouço de normas já produzidas que fixam a diferença entre o lícito e o ilícito, esclarecendo Marcelo Neves que:

Sistemas jurídicos utilizam essa diferença para combinar o fechamento da autoprodução recursiva e a abertura de sua referência ao meio ambiente. O Direito constitui, com outras palavras, um sistema normativamente fechado, mas cognitivamente aberto. ²⁵

De tal sorte, o que o ambiente provoca na operação do Direito é a necessidade de regulação de situações dentro do sistema lícito/ilícito, mas, jamais pode modificar a forma pela qual o sistema jurídico se reproduz.

Implica dizer que o ambiente não pode influenciar o meio próprio no qual o Direito está inserindo, para que, por meio de sua comunicação, haja de intervir em sistemas alheios. Quando isso ocorre, é a corrupção sistêmica do Direito que deixa de se parametrizar sistemicamente, trazendo para sua comunicação a disposição de interesses de outros sistemas sociais. Nesse acontecimento, o sistema deixa de ser autopoietico e passar a operar de forma alopoietica, conforme leciona Marcelo Neves:

Só quando há uma assimetria externa ao nível da orientação normativa é que surge o problema da alopoiese como negação da auto-referência operacional do Direito. Derivado etimologicamente do grego ('um outro, 'diferente') + poiesis ('produção', 'criação'), a palavra designa a (re) produção do sistema por critérios, programas e códigos do seu meio ambiente. O respectivo sistema é determinado, por injunções diretas do mundo exterior, perdendo em significado a própria diferença entre sistema e meio ambiente. Por outro lado, bloqueio alopoietico do sistema é incompatível com capacidade de reciclagem (abertura cognitiva) e, por conseguinte, com a própria noção de referência ao meio ambiente como interrupção da interdependência dos componentes sistêmicos. ²⁶

²⁴ NEVES, Marcelo. *Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 119.

²⁵ *Ibidem*, p. 120.

²⁶ *Ibidem*, p. 125.

Ocorre corrupção sistêmica quando, por exemplo, o interesse econômico influi naquilo que é lícito e/ou ilícito, determinando o sistema de reprodução normativa pelo sistema jurídico, quebrando a cadeia de autorreferência.

É o que se verifica com a inserção do § 2º ao artigo 330 do Código de Processo Civil de 2015. Nessa hipótese, o legislador atendeu ao interesse bancário do setor econômico dominante ao criar uma condição especial da ação quando se tratar de ação revisional bancária.

Com essa manobra, afunilou-se a possibilidade de o consumidor pleitear em juízo a revisão de cláusulas bancárias, uma vez que terá de dispor de prova pré-constituída de seu direito que indique com precisão quais os valores a serem controvertidos.

O consumidor do serviço bancário vê-se, na maior parte das vezes, submetido a um sistema econômico corrompido pela classe elitista, que negocia à base de altas taxas de juros, cumulação de comissão de permanência, juros remuneratórios, taxas referencial das mais variadas, enfim, todo um arcabouço de condições abusivas e adesivas.

A disposição, então, também vai de encontro ao Código de Defesa do Consumidor, que torna lícita a condição de hipossuficiência técnica do consumidor, como tal desprovido de condições de aferir de antemão a licitude das cláusulas previstas em contratos bancários.

A disposição do CPC de 2015, então, acaba por privilegiar uma casta econômica bancária em detrimento do já cansado consumidor que luta pela possibilidade de realizar negócios sem ser achincalhado pelas cruéis condições que o mercado lhe oferece.

CONCLUSÃO

O sistema jurídico-processual havia eliminado qualquer condição à ação como direito concreto, afastando a necessidade de que o autor apresentasse prova inicial de seu direito, o que se demonstrava pelo contraditório em procedimento.

Exigir do autor, sobretudo do consumidor, que desde o ajuizamento da ação faça prova do direito que possui para revisar o contrato bancário, indicando o que julga lícito ou ilícito, é cercear o direito de questionamento das

extravagantes condições bancárias que gozam há décadas de privilégios procedimentais.

Não ressoa dúvidas de que a disposição prevista no § 2º do artigo 330 do CPC de 2015 não apenas é incompatível com o sistema processual democrático, como também se afigura materialmente inconstitucional, por malferir o princípio da ordem econômica de proteção do consumidor (art. 170, V) e mitigar o acesso à justiça em desrespeito ao disposto no art. 5º, inciso XXXV.

REFERÊNCIAS

BECKER, Laércio. *Contratos Bancários – Execuções Especiais*. São Paulo: Malheiros, 2002.

BULOW, Oskar von. *Teoria de Las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Europa America, 1964.

CINTRA, Antônio Carlos de Araujo. DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrine. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

FABRÍCIO, Adroaldofurtado. *Extinção do Processo e Mérito da Causa*. Ensaio sobre direito processual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

LUHMAN, Niklas. *Direito como sistema social*. Frankfurt: a. M. (Suhrkamp), 1997.

NEVES, Marcelo. *Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

NOGUEIRA, André Parente. OLIVEIRA, Flávio Luís de. *Um Novo Código de Processo Civil sem “certidão de nascimento”*. XXV Congresso do CONPEDI – Curitiba, 2016. Disponível em:
<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/nv8q3cca/D4lJ9Dzi5dq2r4JT.pdf>. Acesso em: 16/08/2017.

WINDSCHEID, Bernard. MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la “Actio”*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974.