

HUMILHADOS E OFENDIDOS*

Antecipando-se ao debate e à decisão do Congresso Nacional sobre a emenda constitucional de reforma da administração pública, o Poder Executivo Federal tomou a iniciativa de pôr em prática o Plano de Demissão Voluntária dos Servidores Públicos da União.

Tanto a iniciativa de emenda constitucional quanto a de normas de menor hierarquia confirmam o propósito de enxugamento da máquina administrativa do Estado, uma das metas prioritárias da Presidência da República.

A despeito de inúmeros pronunciamentos públicos buscando limpar essa política de pessoal de qualquer conotação ideológica, como se isso se prestasse a valorizá-la, na verdade se trata de projeto governamental nitidamente comprometido com a ressurreição do Liberalismo econômico, do *laissez-faire*, *laissez-passer*.

Pode-se vincular ao pensamento da filosofia liberal do século XVIII (Kant à frente dos demais) a idéia de que o Estado nacional não tem compromisso com o bem-estar ou a felicidade do povo. Mas é preciso reconhecer que o modelo de Estado meramente jurídico não é imune a influxos ideológicos. Muito ao contrário, reflete a política da burguesia européia da época, no intuito de assegurar o atendimento de seus próprios interesses.

Essa compreensão dos fins do Estado, hostil à promoção do bem-estar geral da sociedade, tem tudo a ver com a perpetuação do modelo ideológico exacerbado do Estado nacional de tipo ibérico, a investir recursos do Tesouro (que se confundiam com os do príncipe) no desenvolvimento de política colonial.

Este circunlóquio, que já vai longe, serve de pano de fundo da discussão do comprometimento que possa caber ao Poder Judiciário brasileiro (muito especialmente o federal) com o chamado enxugamento do Estado nacional, tão insistentemente apregoado como mola-mestra do rompimento da inércia e da busca do desenvolvimento econômico.

Anote-se, desde logo, que o bem-estar geral, com o qual o Estado brasileiro se comprometeu a partir da década de 30, tem sido o mínimo dos mínimos, quando comparado com o que é proporcionado em outros países. E é evidente que não há possibilidade de promoção do bem-estar da sociedade sem o

* In: ADV - Informativo. Boletim nº 05, 1997, pág. 73.

concurso do Estado. Assim, também, a eficácia da ação do Estado depende de um aparelho administrativo eficiente.

Nesse contexto, o Poder Judiciário não tem colaboração a prestar aos demais poderes, além do que já vem fazendo há algumas décadas. Ao contrário do que ocorre no Executivo e no Legislativo, os quadros de funcionários dos tribunais da União são de maior sobriedade, tanto pelo número, como pela estrita observância dos critérios de seleção e promoção, quanto pela modicidade dos seus salários.

Da modesta configuração da força de trabalho indispensável para apoiar a função fim do Judiciário dá testemunho o ritmo e produção que qualquer observador constata, quando em contato com as repartições judiciárias.

Não há, portanto, sequer cogitar da redução do número de servidores da Justiça, no âmbito da União. Por outro lado, a contribuição que o Poder Judiciário pode prestar a essa discussão consiste em reclamar para seus servidores o mínimo de equanimidade no tratamento salarial e no incentivo dos planos de atualização e aperfeiçoamento. Só assim será possível o preenchimento das centenas de vagas decorrentes do crescente processo de evasão de funcionários, humilhados e ofendidos pela campanha de desmoralização orquestrada por setores do Governo Federal, que tanta repercussão vem obtendo na mídia.

TESE DE DOUTORADO (Excertos)

CAPÍTULO II*

COISA JULGADA: CONCEITO, FUNDAMENTO JURÍDICO.

1. Introdução. 2. O direito romano. 3. Derivações: presunção e ficção de verdade. 4. Coisa julgada como efeito da sentença. 5. Liebman: coisa julgada como qualidade dos efeitos da sentença. 6. U. Rocco: A sentença e o exaurimento da função jurisdicional. 7. Coisa julgada formal e coisa julgada material.

1. Tem sido reiteradamente salientada a variedade de doutrinas e opiniões voltadas a conceituar o fenômeno da coisa julgada e a indicar o fundamento jurídico do instituto, cujas raízes se situam no Direito Romano. Cuidadoso balanço das proposições até então cogitadas se encontra na valiosa monografia de Guilherme Estelita, que a bem dizer inaugurou entre nós o debate do tema, à luz das novas perspectivas do direito processual moderno. Minucioso relato do desenvolvimento histórico do instituto, ao lado da apreciação crítica das diversas doutrinas empreendeu o eminente Professor Celso Neves.

Para os fins específicos deste escrito bastará ligeira referência a algumas teorias, cujos postulados mais de perto possam interessar à discussão do tema proposto, tendo em vista o direito brasileiro vigente, bem como a solução adotada pelo novo Código de Processo Civil para a questão dos limites subjetivos da coisa julgada nas demandas de estado.

2. Esclarece Chiovenda que a finalidade do processo para os romanos consiste na "atuação da vontade da lei em relação a um determinado bem da vida (*res in iudicium deducta*). Ressalta, a seguir, o caráter instrumental do processo romano. Mediante a sentença que o encerra, a *res in iudicium deducta* converte-se em *res iudicata*, uma vez que o bem da vida disputado pelos litigantes é reconhecido ou negado ao autor.

Buzaid, por sua vez, adverte: "Segundo os romanos, o objeto do processo era o julgamento da lide. Mas, para se entender com clareza, nesse sistema jurídico, o conceito de lide, torna-se necessário primeiro definir o de *res*. Em si a *res* designa um bem da vida juridicamente considerado". E depois de referir a

* Excerto do Capítulo II da Tese de Doutorado: *Limites Subjetivos da Coisa Julgada nas Demandas de Estado*.

opinião de Biondi, de conformidade com a qual o que nós chamamos relação jurídica os romanos chamavam simplesmente *res*, conclui: "quando se constitui o juízo, a *res* passa a ser objeto do processo civil e então se diz *res in iudicium deducta*. Quando o processo se encerra com o julgamento da lide, a *res in iudicium deducta* se torna *res iudicata* e o bem da vida controvertido entre os litigantes passa a ser reconhecido ou negado ao autor: *res iudicata dicitur quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accipit, quod vel condemnatione vel absoluteione contingit* (fr. I Digesto de re iud. 42, 1).

Com algumas variações, é o que também expõe Betti, ao acentuar que o processo romano "se constitui e se desenvolve entre sujeitos privados, sob a forma de uma nova relação jurídica, distinta da relação substancial que se torna litigiosa no momento em que, sob a forma de razão (*res, actio*) se deduz em juízo."

No sistema processual romano a sentença concedia ou negava ao autor o bem da vida por ele pleiteado, para tanto condenando ou absolvendo o réu.

Por uma necessidade prática, para que não perdurasse indefinidamente a incerteza quanto a titularidade de bens da vida e a fim de proporcionar segurança às partes o sistema processual romano impôs a coisa julgada como meio de impedir a reiteração da disputa a respeito do mesmo bem.

O texto que bem esclarece a finalidade prática do instituto é o de Paulo: "*Singulis controversiis singulas actiones, unumque iudicati finem sufficere, probabile ratione placuit; ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem: maxime si diversa pronuntiarentur: parere ergo exceptionem rei iudicatae, frequens est.*"

Outros textos constam das fontes romanas e seria escusado referi-los todos; outros, ainda, dizem mais de perto com o tema que nos ocupa, razão pela qual deles nos ocuparemos oportunamente.

A estabilidade do julgado no sistema romano era aliás assegurada, primeiramente, pela inexistência de recursos; e, depois, pela firmeza da sentença, esgotados os meios de impugnação.

Por outro lado, o julgado se impunha à observância das partes em virtude da *litiscontestatio*, ou seja, da recíproca aquiescência dos litigantes, a qual legitimava sua autoridade num sistema processual de caráter acentuadamente privatista, que lentamente caminha no sentido de uma mitigada publicização.

3. A ruína do império não impediu que o direito romano mantivesse sua influência. Relativamente à península ibérica que mais de perto nos toca, o convívio do direito dos invasores e do direito romano, consoante o sistema da "personalidade do direito", foi superado, no século VII, pelo advento do *Liber*

Judicum, ou Código Visigótico, ou Fuero Juzgo, cuja vigência não chegou a ser abalada pela invasão árabe na península.

Foi o Fuero Juzgo, portanto, o mais importante corpo de leis a vigorar na península ibérica até que Portugal e Espanha, como estados soberanos, promulgaram suas próprias leis.

Cuidou, a seu modo, da coisa julgada o Fuero Juzgo, no Livro II, tit. I, Lei XII (Que los pleytos pues que una vez fueren acabados que non sean despues rebueltos); e no mesmo Livro II, tit. I, Lei XXIII (Hy el iuez deve aver el traslado de todos los pleytos que iudgar, que non aya mas adelante contienda sobre aquello).

Mas o direito espanhol propriamente dito logo se cristaliza na Lei das Sete Partidas, que mandou publicar D. Afonso X, em 1265.

A Partida III, tit. 22, Lei 19, manifestando, aliás de modo pitoresco, as futuras vicissitudes do tema dispõe:

Afinado juyzio que da el Judgador entre las partes derechamente, de que non se alçe ninguna dellas fasta el tiempo que dize en el Titulo de las Alçadas, ha marauillosamente gran fuerza que dende adelante son tenudos los contendores, e sus herderos, de estar por el. Eso mismo dezimos, si se alçasse alguna de las partes, e fuere despues el juyzio confirmado por sentencia de aquel Mayoral que lo puede fazer.

Igualmente em Portugal, a primeira manifestação do direito nacional não descurou da coisa julgada. A Lei VII, de 1211, baixada por D. Afonso II, promulgada em virtude das resoluções das Cortes de Coimbra, estabelecia sanção para aqueles "*que demandam a suos auersaryos com que já ouueram sentença.*"

Deixando de parte as variadas feições com que a matéria foi contemplada em disposições legais posteriores, limitamo-nos a assinalar, nas Ordenações Filipinas, Livro III, primeiramente, a regra do Título XX, 15, onde se contempla a exceção peremptória de sentença, ao lado da de transação, de juramento, de paga, etc., "que concluam o autor não ter ação" depois, a do Título LXVI, 6 ("e depois que o julgador der uma vez sentença definitiva em algum feito, e a publicar, ou der ao Escrivão, ou Tabelião, para lhe por o termo da publicação, não tem mais poder de a revogar, dando outra contrária pelos mesmos autos") e, afinal, a regra do Título LXXXVII, 1, que concede embargos oponíveis às sentenças, os quais "São todos os embargos de nulidade, assim como, que a sentença foi dada contra parte não citada, ou que foi dada contra outra sentença."

Paralelamente a intensa elaboração legislativa que de certo modo espelhava o acidentado processo de formação dos estados ibéricos, a doutrina do direito comum, alentada pela renovação dos estudos romanísticos para a qual

tanto contribuiu o magistério de Irnerius em Bolonha, se, por um lado, salientou o instituto que provinha das fontes romanas por outro lado lhe imprimiu conotação e fundamentação acentuadamente diversa.

Na verdade, é o próprio processo que, no sistema do direito comum, se afasta das características de que se revestia no direito romano. Obscurecendo-se a idéia de que o seu escopo consiste na atuação da vontade concreta da Lei, segundo esclarece Chiovenda, surge o processo "como um modo de resolver questões". Insinua-se, com efeito, a distinção entre diversas espécies de questões. E assim Durante definiu e ao mesmo tempo classificou as sentenças: "*indicialis deffinitio controversiae finem imponens; diffinitiva sententia est quae principalem diffinit quaestionem; interlocutoria est quae fertur non super principali sed super incidentibus quaestionibus et emergentibus.*"

É assim que, ainda consoante a esplêndida lição de Chiovenda em lugar das simples *interlocutiones* surgem as *sententiae interlocutoriae*, ao lado das *sententiae deffinitivae*, categorias ou classes de que o direito processual romano não cogitou. Distintas, embora, em vista das questões por elas decididas, ambas estas espécies de sentenças se equiparam. Já porque são todas apeláveis, já porque transitam em julgado.

Por outro lado, esmaecido o fundamento prático da irrevogabilidade da sentença por uma exigência de certeza e estabilidade nas relações do convívio humano, volta-se a doutrina do direito comum para a presunção da verdade contida na sentença. Aduz Chiovenda o expressivo escólio de Scaccia: "*sententia quae transit in rem iudicatam habetur ex praesumptione iuris et de iure pro veritate*"; e ainda: "*... res iudicata facit de albo nigrum, originem creat, aequat quadrata rotundis, naturalia sanguinis vincula et falsum in verum mutat.*"

A fundamentação da coisa julgada na presunção de verdade dos fatos em que se baseia a sentença gozou do maior prestígio na doutrina, divulgando-se amplamente, repercutindo intensamente na legislação.

Tendo contado com a prestigiosa adesão de Pothier, adotou-a o Código de Napoleão e assim influenciou nas legislações modernas, entre elas a brasileira.

Afinal, para Savigny, o fundamento da imutabilidade da sentença se encontra na lição de que ela retrata a verdade. Admite, com efeito, que a apreciação da mesma hipótese objeto de julgamento anterior possa levar outro juiz a conclusão diversa. Entretanto, a necessidade de certeza nas relações jurídicas não se compadece com a reiteração das demandas. A ficção, segundo a qual a verdade se encontra na sentença de que já não cabe recurso, é o artifício que explica a proibição do reexame da causa.

Como logo se conclui, o rumo pelo qual se enveredou a doutrina do direito

comum nem se ajusta aos critérios enaltecidos pelo direito processual romano, nem sugeriu orientação que pudesse sobrepujá-los, seja no plano da elaboração científica, seja no da legislação. Ao contrário, pode-se dizer que durante o longo período da Idade Média o instituto da coisa julgada, embora preservado na doutrina e na legislação, perdeu em substância e relevo no contexto da teoria do processo.

E por outro lado, o desenvolvimento posterior da doutrina, máxime na obra de Pothier e Savigny, exaltou precisamente o que na doutrina do direito comum representou um desvio em relação à tradição do Direito Romano, sem nada acrescentar ao delineamento desse instituto fundamental do Direito Processual.

Nem o processo, com efeito, tem por escopo a descoberta da verdade; nem, afinal, corresponderia às exigências mínimas do espírito, em face dos obstáculos intransponíveis que se reconhecem no esforço de descoberta da verdade, apegar-se às razões do julgado para, dogmaticamente, inculcá-los como presunção ou ficção da verdade sempre fugidia.

De resto, sendo a sentença um comando ou norma jurídica concreta e individual, por sua própria natureza não se coaduna com o enunciado da verdade, que se situa em plano completamente diverso da realidade.

A se resumir a presunção ou ficção de verdade do julgado tão somente aos respectivos motivos, inútil e inócua resultaria a artificiosa construção, porque a imutabilidade diz respeito ao dispositivo, não abrangendo a motivação do julgado.

4. A mais augusta tradição sempre reconheceu na coisa julgada um efeito da sentença, como esclarece Liebman "Na opinião e linguagem comuns", adverte o notável processualista "a coisa julgada é considerada, mais ou menos clara e explicitamente, como um dos efeitos da sentença, ou como a sua eficácia específica, entendida ela quer como complexo das conseqüências que a lei faz derivar da sentença, quer como conjunto dos requisitos exigidos, para que possa valer plenamente e considerar-se perfeita. As opiniões correntes, ainda as mais autorizadas, oscilam entre os limites de tais fórmulas (*Eficácia e Autoridade da Sentença*, Trad. de Alfredo Buzaid Benvindo Aires, págs. 12).

Na doutrina processual alemã essa opinião é amplamente mantida.

Assim também, entre outros, Alfredo Rocco (*La Sentenza Civile*, Milano, 1962, pags. 148); Satta (*Diritto Processuale Civile*, Padova, 1967, pags. 183); Guasp (*Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1962, pags. 567).

Este modo de ver a coisa julgada é, sem dúvida, adequado à natureza e à índole do processo romano.

Liebman acentua que "a força criadora da sentença por um lado, e, por

outro, a consumação da *actio* bastam por si sós para configurar em todos os seus aspectos a significação da *res iudicata*, sem necessidade alguma de recorrer a qualquer carácter seu especial.”

Efetivamente, o efeito extintivo que a *litiscontestatio* exercia relativamente à relação jurídica posta em juízo criava, ao mesmo tempo, para as partes litigantes uma situação de incerteza ou de expectativa que somente a sentença poderia afastar, precisamente porque lhe incumbia estabelecer o direito das partes, condenando ou absolvendo o réu.

Ou, nas expressões de Gaio, “se legitimamente se constituiu o juízo, pela *litiscontestação* se extingue a obrigação. Por esta razão, fica o réu subordinado a *litiscontestação*: se for condenado, afastada a *litiscontestação*, fica subordinado ao julgado. É o que escreveram os antigos: antes da *litiscontestação*, ao devedor incumbe dar; depois, deve ter lugar a condenação; afinal, cumprir o julgado” (Inst. III, 180).

5. Tal o estado da questão, quando Liebman se propôs formular sua contribuição para o estabelecimento do conceito de coisa julgada.

Em sua esplêndida monografia, começa por salientar que a conceituação da coisa julgada como efeito da sentença patenteou sua completa inadequação, desde que, a partir da obra de Wach, um novo critério de classificação das sentenças se impôs. A se admitir que a sentença, como revela a análise de seu conteúdo, “ora produz simples declaração, ora efeito constitutivo, assim de direito substantivo, como de direito processual” considerar a coisa julgada como efeito da sentença redundava em “colocar frente a frente elementos inconciliáveis, grandezas incongruentes e entre si incomensuráveis.”

A seguir, tomando as expressões com as quais sempre se procurou esclarecer o alcance da coisa julgada (imutabilidade, definitividade, intangibilidade, incontestabilidade), depara na própria linguagem tradicional a sugestão da verdade: “que a autoridade da coisa julgada não é o efeito da sentença, mas uma qualidade, um modo de ser e de manifestar-se dos seus efeitos, quaisquer que sejam, vários e diversos, consoante as diferentes categorias de sentenças.”

E assim, distingue, por um lado, a eficácia da sentença, eficácia natural ou eficácia própria da sentença, que a caracteriza e de que se reveste, tal qual a se dá em relação a qualquer ato do poder público; e, por outro lado, a autoridade da coisa julgada, que consiste na imutabilidade do comando emergente da sentença.

A eficácia natural da sentença, uma vez que se acha ainda sujeita aos efeitos da interposição dos recursos, não obsta a sua modificação; e pode ainda ser confrontada por outro comando, pronunciado por outro órgão do Estado. Entretanto, com o trânsito de sentença em julgado, ou por ser irrecorrível, adquire

ela, a par de sua eficácia natural, a imutabilidade que a identifica como única formulação da vontade do Estado de regular concretamente o caso decidido.

Esta nova conceituação da coisa julgada mereceu entre nós a adesão de alguns de nossos mais ilustres processualistas, entre eles, Buzaid, Amaral Santos, Luiz Eulalio Vidigal, Frederico Marques.

6. No tocante ao fundamento jurídico da coisa julgada menor não tem sido a divergência da doutrina.

Deixando de parte, por manifestamente insatisfatórias, as teorias do contrato, do quase contrato, da presunção e da ficção da verdade, a que já nos referimos mencionaremos a teoria da força legal da sentença (Pagenstecher); a da eficácia da declaração (Hellwig), a da vontade do Estado (Chiovenda) e a da extinção da obrigação jurisdicional (U. Rocco).

Para Pagenstecher, a sentença cria ou constitui o direito que declara, mesmo quando seja meramente declaratória, uma vez que, mesmo que não existisse o direito, com declaração constante da sentença passa a existir. Precisamente para que o direito declarado efetivamente exista se impõe a incontestabilidade da declaração. "A declaração contida na sentença seria, portanto, uma declaração autêntica da existência do direito subjetivo declarado."

Ora, como a estrutura da sentença não difere essencialmente da de um simples parecer de um particular, a lei lhe acrescenta um *quid* que lhe confere estabilidade.

Essa doutrina não logrou aceitação. Objetou Ugo Rocco que a sentença não pode ser havida como declaração autêntica de direitos subjetivos, eis que tal atribuição pertence à função legislativa do Estado, que a atividade jurisdicional já pressupõe. Cabe acrescentar que nada se extrai da invocação a um *quid* que a lei acrescenta a sentença, quando precisamente se trata de esclarecer em que consiste esse *quid*, em virtude do qual a sentença se torna firme e imutável.

A teoria da eficácia da declaração se propôs solucionar o impasse que adveio da distinção recentemente salientada entre as sentenças meramente declaratórias e as constitutivas. Uma vez que se admitia a imutabilidade do julgado em razão da necessidade de certeza jurídica, tornou-se necessário harmonizar este resultado com a eficácia constitutiva de que certas sentenças se revestem.

Ora, as sentenças são "atos declaratórios de direitos (sentenças declaratórias) ou atos de formação de direito (sentenças constitutivas). Mesmo a sentença condenatória tem natureza constitutiva, porque além da declaração de certeza) que nela se contém, acrescenta uma ordem de prestação de dar, fazer ou não fazer."

Mas em toda sentença se encontra a declaração e é esta parte da sentença que produz a certeza do direito. A esta se restringe a autoridade da coisa julgada. Esta eficácia confere reciprocamente às partes a possibilidade de exigir a observância do julgado. Por outro lado, impõe a todos os juizes a obrigação de respeitar a mesma declaração.

Doutra parte, esta doutrina restringe a eficácia da declaração ao plano estritamente processual. O conteúdo da declaração não exerce influência sobre as relações jurídicas materiais controvertidas na causa. Não somente a declaração estabelece, em favor das pessoas para as quais a sentença é eficaz, um direito processual contra os órgãos jurisdicionais, que lhes permite exigir a observância do que foi declarado.

A crítica de Ugo Rocco a esta doutrina salientou a impropriedade de sua proposição, de confinar a eficácia da declaração contida na sentença ao plano estritamente processual, eis que a autonomia do processo não significa uma total desvinculação entre este e a relação substancial que lhe faz objeto.

As objeções de Liebman a esta doutrina, formuladas ao tempo em que ainda vigorava na Itália o Código anterior, ficaram postergadas pelo teor do art. 2.909 do vigente Código Civil, eis que este dispositivo limita expressamente a autoridade da coisa julgada à declaração contida na sentença.

A doutrina, contudo, sem embargo do altíssimo patrocínio que a enaltece, de um lado projeta o processo para fora do contexto do ordenamento jurídico, fraturando-lhe a unidade essencial que a teoria geral do direito cada vez mais ressalta.

De outro lado, faz sentir no próprio âmbito do processo o impacto de seu impulso desagregador, quebrando a unidade da sentença, para desmembrá-la em partes verdadeiramente incidíveis, discriminando nela elementos essenciais conjugados pela finalidade única de estabelecer a norma jurídica concreta e individual.

E ainda vale ressaltar que em grande medida esses postulados se propõem resolver o falso problema da sentença injusta.

Chiovenda vislumbrou na vontade do Estado, revelada na sentença, a razão da sua eficácia; sem dúvida, a sentença em tudo se parece com a opinião de um jurisconsulto privado. Sem o raciocínio lógico através do qual o juiz aprecia os fatos e os submete à lei não poderia chegar a qualquer conclusão.

Mas ao Estado não importa a atividade lógica desenvolvida pelo juiz. Uma vez concluído o raciocínio indispensável à realização de seu ofício e obtida a conclusão, esta se impõe em virtude da vontade do Estado e assim se traduz num comando revestido de força obrigatória. Na verdade, a sentença expressa a

própria vontade do Estado, razão pela qual, preclusos os prazos para os recursos, se torna imutável.

Lamentamos, neste ponto – enfim – divergir do preclaro Amaral Santos, no ponto em que aplaude a doutrina de Chiovenda.

Não vemos, contudo, como discernir a vontade do Estado. Nem, aliás, razão plausível para recorrer, quando menos, a uma desnecessária distorção da natureza do Estado e da atividade que lhe é própria, inculcando-lhe algo que de nenhum modo se ajusta ao seu modo de ser. A impropriedade da expressão não se justifica. Convém atentar para a fluidez em que mergulharia a atividade jurisdicional, entendida como hesitante procura de algo que o Estado não pode proporcionar, porque não se coaduna com seu específico modo de ser.

Pensamos, pois, que, no que diz com o fundamento jurídico da coisa julgada, é perfeitamente satisfatória a opinião de Ugo Rocco. O Estado revela o direito na lei, como enunciado geral e abstrato de normas de conduta humana em interferência intersubjetiva. Lavrando a incerteza quanto ao modo como a lei incide sobre certos fatos, não pode a este respeito prevalecer o critério dos sujeitos de direito em geral, postos em confronto, *“ne cives ad arma veniant”*. Lavrando o conflito de interesses, reserva-se o próprio Estado o monopólio de revelar a norma concreta e individual que haverá de regular o conflito. Pelo exercício da ação mediante processo se obtém a atuação da jurisdição. Efetuada a prestação jurisdicional a que o Estado se acha obrigado, nada mais se lhe pode exigir. Por outro lado, nem lhe é possível fazer mais; nem é necessário. Exauriu-se a obrigação assumida.

7. Liebman atribui a Chiovenda haver estabelecido com nitidez o conceito de coisa julgada, distinguindo-o, com precisão, de conceitos e fenômenos afins; separado a autoridade da coisa julgada da simples preclusão, assinalado a diferença entre a coisa julgada (substancial) e o fato processual da irrecorribilidade de uma sentença ou de um despacho interlocutório (coisa julgada formal).

Entre nós, como assevera Frederico Marques, foi Gusmão que primeiramente fez a distinção entre coisa julgada formal e material, procurando sintetizar a lição de Chiovenda.

Fato é que a distinção assinalada por Chiovenda foi amplamente acolhida na doutrina, encontrando-se referendada em Betti, Zanzuchi, Carnelutti, Liebman e entre os alemães, em Kisch, Schonke, Goldschmidt, Rosenberg.

A questão se prende à da natureza jurídica da sentença sujeita a recurso.

Deixando de parte qualquer referência mais ampla à matéria, que não constitui objeto desta exposição, o certo é que a eficácia da sentença sujeita

ainda a recurso não pode revestir-se do mesmo teor de eficácia próprio da sentença que transitou em julgado. Quer isto dizer que, qualquer que seja a natureza da sentença exposta a impugnações, fato que ela não se coloca, no contexto do ordenamento jurídico, como um elemento firme, cujo reconhecimento seja incontestável. Do contrário, ficariam os recursos despidos de significado. Tem-se, pois, que a característica firmeza da sentença como julgado somente se configura depois de utilizados os recursos que a lei prevê; ou depois de decorrido o prazo para a respectiva interposição, a menos que, na hipótese da que se trate, a lei não conceda recurso.

São, portanto, intimamente relacionados os conceitos de preclusão, coisa julgada formal e coisa julgada substancial ou material. A preclusão, entendida como perda da faculdade de praticar ato processual, ou advém da falta de interposição do recurso no prazo da lei, ou da impossibilidade de interposição do recurso por incompatibilidade lógica, ou do respectivo esgotamento (consumação).

Uma vez que a lei não mais autoriza a impugnação da sentença, ela se torna firme e imutável, no processo em que foi proferida. A apresentação da prestação jurisdicional se converte em entrega, como assinalou Pontes de Miranda, em virtude da preclusão máxima – coisa julgada formal.

A preclusão diz respeito às questões lógicas suscitadas durante o desenvolvimento do processo; sua utilidade é confinada ao processo em que se verifica.

A coisa julgada formal se refere à sentença que já não admite recurso.

Com o trânsito da sentença em julgado, o comando em que ela consiste se integra no ordenamento jurídico de tal modo que não pode ser ignorada por nenhum outro juiz, em qualquer processo futuro.

Da coisa julgada formal cuidou a lei brasileira, dispondo, no art. 6º, § 3º da Lei de Introdução ao Código Civil: “Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão de que já não caiba recurso”. Já o art. 287 do Código de Processo Civil sem empregar, embora, a designação própria, ressalta a coisa julgada substancial ou material: “A sentença que decidir total ou parcialmente a lide terá força de lei nos limites das questões decididas.” O dispositivo legal, que se ressentiu de graves imperfeições, é coadjuvado no seu alcance pela norma do art. 289.

Acresce que a coisa julgada material assume em nosso direito o caráter de garantia constitucional dos direitos individuais: “A lei não prejudicará a coisa julgada” (Constituição da República Federativa do Brasil, Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, art. 153, § 39).

CAPÍTULO III*

Foi já suficientemente ressaltada a coerência sistemática, a par da simplicidade das linhas gerais da teoria amplamente exposta por Liebman, cuja aptidão para nortear a disciplina normativa logo se patenteou. Na verdade, a distinção entre a eficácia natural da sentença, quaisquer que sejam os seus efeitos no plano do direito processual ou material, e a sua autoridade, entendida como coisa julgada – imutabilidade de seus efeitos – tem sido reconhecida, a despeito de algumas veementes discordâncias, como a alternativa mais viável aberta pela pesquisa científica, de a um só tempo, preservar o princípio fundamental oriundo da *lex saepe* e integrar a sentença, desde sua prolação, no contexto do ordenamento jurídico, sem discrepar de seus pressupostos.

Certo entretanto, que, ao abordar a questão da eficácia da sentença nas demandas de estado, admitiu Liebman uma equiparação, de cuja coerência não nos convencemos.

Eis o texto:

Assim, para as duas categorias extremas de terceiros, as conseqüências que se deduzem desta teoria coincidem praticamente com as da opinião dominante. Por um lado, há os chamados terceiros juridicamente indiferentes (por exemplo, todos os credores do vencido), que são prejudicados de fato pela sentença, e não poderia, por isso, insurgir-se contra ela; diga-se o mesmo para as sentenças em matéria de estado, pronunciadas entre os legítimos contraditores, porque a índole personalíssima dessas relações e a necessidade de que venham a ser configuradas uniformemente para todos não consentem reconhecer a terceiros um interesse tutelado pelo direito de discutir e falar sobre aquelas relações; nesses casos, a eficácia natural da sentença, não podendo ser contraditada, equivale à autoridade da coisa julgada.

Ora, foi em sentido bem diverso que eminentes processualistas brasileiros interpretaram o alcance da teoria, no tocante aos limites da coisa julgada nas demandas de estado. Assim, Lopes da Costa, Moacyr Amaral Santos, Jorge Salomão.

É seguramente fundamentada a afirmação de Jorge Salomão, em sua valiosa monografia já aqui reiteradamente referida, de que a história e o direito comparado demonstram a tendência da doutrina e da lei de atribuir autoridade *erga omnes* às sentenças sobre estado da pessoa. Na França, aliás, segundo

* Excerto do Capítulo III da Tese de Doutorado: *Limites Subjetivos da Coisa Julgada nas Demandas de Estado*.

esclarece Jorge Salomão, D'Argentrée, acompanhando Agursio e Bartolo, indicou que “a comum e decidida opinião é a de que a sentença a respeito do estado civil da pessoa faz direito e produz conseqüências contra todos”, desde que proferida ressalva à transcrição do saudoso autor de quem nos servimos proferida perante o “contraditor legítimo.” Entende-se este aquele que possua o primeiro e principal interesse.

Entretanto, o Código Civil Francês, em seu art. 1351, ao mesmo tempo em que preservou rigorosamente o grande princípio da *lex saepe*, não abriu espaço à consideração especial das sentenças relativas a estado, o que, segundo a opinião de Jorge Salomão, encorajou o reexame das bases da tendência amplificadora.

Logo se reconheceu a dificuldade, na determinação do legítimo contraditor, bem como a debilidade da doutrina, ao inculcar, no contraditor legítimo, a representação dos demais interessados.

Considere-se, por exemplo, a demanda sobre filiação. Falecendo os réus (pai e mãe), havendo parentes de diversos graus, qual, dentre todos, teria o mais próximo e principal interesse na contestação?

O caráter especial da noção de estado e a necessidade, nos julgamentos de estado, da presença do contraditor legítimo são as grandes dificuldades – anota Jorge Salomão – que depara a forte e antiga tendência da doutrina e da lei, de estender os limites da coisa julgada. Diríamos nós que os obstáculos constituem o áspero desafio a ser enfrentado, o segundo, aliás, mero desdobramento do primeiro.

O conceito de estado da pessoa, sem embargo das corajosas proposições de Allorio, não parece ter alcançado, até o momento evolução satisfatória. Ao que tudo indica, o conceito se prende ao de situação jurídica que, por sua vez, está ainda muito longe de alcançar definição satisfatória. Vittorio Frosini situa “o momento inicial de difusão e consolidação da noção de situação jurídica subjetiva” na obra de Duguít, no princípio do século, quando o ilustre publicista endereça “uma áspera crítica ao conceito tradicional de relação jurídica”, que veementemente repudia.

O próprio Frosini, no entanto, que vincula o significado original do instituto referido à condição de expectativa de quem não é ainda titular de um direito subjetivo, mas se encontra numa posição preliminar a caminho de se inserir numa relação jurídica.

Goldschmidt, por outro lado, propõe conceituação nitidamente diversa – estado de expectativa do sujeito, quanto a uma futura decisão judicial. Por outro lado, Roubier aproxima os conceitos de situação e de relação jurídica. Aquele, ora veio substituir, ora a integrar este último. Basta recordar as peremptórias assertivas de Allorio: “O *status* é efeito jurídico, não relação jurídica. E ainda: “...

observo que uma situação jurídica.” E ainda: “... observo que é uma situação jurídica: “*germe, annuncio di rapporto.*”

Melhor não se apresenta o estado da questão versante com os efeitos reflexos do ato jurídico e da julgada. Liebman mostrou que os critérios de distinção não são suficientemente seguros, quando aventou hipótese plausível em que as partes, “ao pedir uma sentença, podem ter em mira propriamente os efeitos que ela tiver contra um terceiro, o que poderia fazer concluir que o efeito contra o terceiro seja o direito e principal...”

Se assim se apresenta nebulosa e incerta a conceituação, de estado, quando se pretende depurá-la e extremá-la a pureza, que dizer da questão relativa aos legítimos contraditores?

Ao que tudo indica, revela um esforço pouco menos que inútil, desde o momento em que o direito de ação se depurou e desanexou da ilharga dos direitos subjetivos materiais. Dado que a ação apresenta condições próprias de vida e desenvolvimento, entre eles se insere a necessidade primacial de partes legítimas em confronto com o órgão da jurisdição. Determinar quem sejam os contraditores legítimos é, nem mais nem menos, resolver questão de legitimação para a causa. Estabelecer a necessidade de se travar a demanda entre legítimos contraditores, para que a sentença adquira força *erga omnes* é, quando menos, desnecessário, porque, no fundo se trata de reclamar da sentença que ela não seja nula.

PROCESSO CAUTELAR*

Devemos ser muito gratos à promulgação do vigente Código de Processo Civil Brasileiro, por especialíssimas razões. O Código de Processo Civil, com o que nos brindou o saudoso e inesquecível processualista brasileiro, Alfredo Buzaid, me proporcionou a oportunidade de conhecer a Amazônia, começando por Rondônia e pelo Acre, atendendo ao honroso convite que me foi dirigido na ocasião pela Ordem dos Advogados deste Estado, então ainda Território Federal. E é assim que posso rever algumas daquelas pessoas que na ocasião conheci. E, assim também se fez possível um contato que de vez em quando vem se intensificando com diversos aspectos da vida e da cultura da Amazônia brasileira.

Também, a propósito de temas do processo civil, já tive o privilégio de me dirigir a auditórios de Manaus e de Belém e, agora novamente em Porto Velho, Rondônia, como uma das mais novas unidades e das mais promissoras unidades da Federação brasileira.

Saúdo o Tribunal de Justiça de Rondônia: na pessoa de seu emente presidente Desembargador Dimas da Fonseca, e dos mais ilustres que integram essa mesa, bem como a Associação dos Magistrados de Rondônia, por este esforço que empreenderam de buscar o debate concernente ao seu próprio saber que é o instrumento diário de sua atividade judicante. Espero que no breve tempo da palestra possamos evoluir com utilidade e proveito sobre alguns aspectos, especialmente alguns que reputo dos mais importantes, deste vastíssimo, atualíssimo, complexíssimo e difícilíssimo tema da ação e do processo cautelar.

Algumas ligeiras observações iniciais eu procurarei resumir no propósito de permitir uma visualização da importância deste instrumento de realização da justiça, que é o processo cautelar. Tal como se apresenta disciplinado no Código de Processo Civil Brasileiro. Anotemos primeiramente que o Código de Processo Civil Brasileiro é o único em todo o mundo a conferir ao processo cautelar a mesma dignidade de tratamento que merecem o processo de conhecimento e o processo de execução. Nem mesmo o Código de Processo Civil da Itália, nem o Código de Processo Civil Português, alguns dos mais recentes e valiosos de todos legislativos desta área, chegou ao ponto de encarar e disciplinar a tutela cautelar como uma das classes de tutela equiparáveis por sua importância e por sua complexidade e por sua exigência e alternativas ao processo de conhecimento e ao processo de execução. Depois, é oportuno observar que remir o livro terceiro,

* Palestra proferida no dia 31/08/91, em Porto Velho, por ocasião do III Encontro dos Magistrados de Rondônia.

dentre os quatro livros do Código, o processo cautelar, não somente o Código de Processo Civil brasileiro, tratou de imprimir à essa classe de processo o caráter sistemático que decorre deste conjunto de normas, como dispõe sobre ele de forma muito mais minuciosa, incomparavelmente mais específica do que ocorria quando ainda em vigor o Código revogado de 1939.

O Código de 1939, que de modo algum foi um Código desprezível, entretanto, tratou do que hoje chamamos de processo cautelar, a título de processos incidentes e de medidas preventivas em apenas 13 artigos, enquanto o Código de Processo Civil brasileiro de hoje, dedicando todo o livro terceiro do processo cautelar, preserva para sua disciplina todas as disposições que vão desde o artigo 796 até o artigo 889, 113 artigos, ao invés de apenas 13. O que revela a importância que o novo Código confere a esta classe de tutelas dos direitos.

A técnica em que se esmerou o Código neste ponto, seguindo com toda exatidão o projeto do professor Alfredo Buzaid, constitui em inseminar as disposições concernentes ao processo cautelar, em algumas disposições gerais e disposições especiais, isto é, em disposições e anais que desenvolvem os princípios diretores desta providência cautelar. E regulam os institutos principais, e ainda definem o procedimento cautelar geral, a ser observado em todos os casos que não venham a coincidir com as figuras específicas do processo cautelar contempladas no capítulo segundo.

No capítulo segundo, o livro terceiro passa a tratar os casos específicos de tutela cautelar, como, arresto, seqüestro, a caução, a busca e apreensão, a exibição, a produção antecipada de provas, os alimentos provisionais, a justificação, os protestos, o atentado, e outras medidas provisionais. Quer isto dizer que, quando quer que haja necessidade de uma providência jurisdicional cautelar, e que não coincida com nenhuma destas figuras típicas nominadas, mesmo assim, o órgão da jurisdição competente poderá ser solicitado pela parte que carece de justiça, invocando-se os artigos 798 e 799, do Código que trate do título chamado "poder geral de cautela do Juiz". Dizendo assim, o artigo 798 além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no capítulo segundo deste livro, deverá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar acertadas, quando houver fundado receio de uma parte antes do julgamento da lide cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Portanto, além do poder cautelar do Juiz e a par dos procedimentos serem para todo tipo de cautela que não seja nominada, ainda dispõe o capítulo segundo das figuras típicas ou específicas de processo cautelar. Feitas estas observações de ordem meramente introdutória, proporcionando uma visão panorâmica no sentido do Código de Processo Civil brasileiro imprimir a tese a esta classe de tutela jurisdicional da importância e da qualidade deste Código, eu pretendo

fechar essas considerações de ordem preliminar com algumas observações a respeito daquilo que está se passando no foro brasileiro dos nossos dias.

Algumas poucas amostras de informações que pude colher nestes poucos dias em que estou em vias de enriquecer com outras anotações. O Processo Cautelar tem sido nos últimos anos e nos últimos meses uma figura processual de largo emprego, especialmente nas grandes cidades do Brasil. Uma pequena transformação do que falamos transparece destes algarismos que eu vou indicar: na Justiça Federal de São Paulo tem havido um acréscimo notável de pedidos de medidas cautelares com pedidos de decreto liminar. Oitenta por cento destas milhares de ações cautelares propostas perante a Justiça Federal de São Paulo, nos últimos meses, versam sobre temas relativos à tributação, cuidam de depósito judicial daquilo que as partes consideram devido e que nem sempre o réu considera delito.

A respeito de imposto de renda de pessoa jurídica e de fim social, de IPI e ICM na importação, 80 por cento das medidas cautelares, destas milhares de medidas cautelares ajuizadas na Justiça Federal de São Paulo versam sobre este assunto. Em 75 por cento destas medidas cautelares, os juízes têm concedido o decreto liminar, isto é, a tutela imediata por interesse, da parte litigante. Na Justiça Federal do Distrito Federal, onde também milhares de ações cautelares têm ingressado no foro nos últimos meses, 70 por cento versam sobre direitos dos servidores públicos federais, especialmente a propósito de descontos de parcelas de seus salários e também de pagamento das Unidades de Referência Padrão (URPs); 30 por cento delas, versam sobre tributação, depósitos de tributos, PIS, Imposto de Renda, fins sociais. E, destas ações cautelares distribuídas no foro da Justiça Federal de Brasília, 85 por cento delas obtém o decreto liminar.

Estes dados completam mediante uma apreciação imbilica, factual e atual, o sentido da importância do processo cautelar que se reveste como a pouco assinalávamos de notórias dificuldades de ordem teórica e sistemática.

Passando então ao tema que me foi proposto, Aspectos do Processo Cautelar, convém que eu justifique porque passo a abordar assim, sem prévios compromissos particulares ou específicos, alguns aspectos do processo cautelar, que é algo novo no direito processual de nosso tempo.

Tendo em vista a complexidade, a vastidão do tema, eu não poderia senão escolher um outro aspecto que me pareça mais relevante, levando para tanto em conta, não somente minha experiência de professor da Universidade de Brasília, mas também a minha experiência de Juiz ao longo de 25 anos. Não é demais recordar até que o primeiro ato que me coube praticar como Juiz foi precisamente em ato de jurisdição cautelar, tendo sido investido de Juiz substituto na Justiça do Distrito Federal. Num fim de tarde fui imediatamente designado para substituir o titular da 2ª Vara Cível. Isso já passava de 17 horas, quando o escrivão me

apresentou a petição inicial de uma medida preventiva, como então, se chamava de seqüestro de bens junto a um estabelecimento comercial. Verifiquei prontamente que por aquilo mesmo que o autor narrava de petição inicial, não se tratava de seqüestro, isto é, não se tratava de apreender bens, objetos de litígio e de depositá-los para preservar a eficácia da sentença quando transitasse em julgado. Verifiquei na verdade que o autor pretendia arresto de mercadorias integrantes do acervo de um estabelecimento, cujos responsáveis estavam a empreender a sua fuga com as carretas lotadas de mercadoria que a empresa pretendia desviar. Recebi o pedido de seqüestro como arresto e diante da prova documental apresentada, deferi liminarmente o arresto. E, quando chegava em casa para o jantar, logo depois chegava o oficial de justiça para me informar que o auto do arresto tinha sido lavrado com todo êxito e a fuga e o desaparecimento de bens tinha sido evitada. Este é o sentido do processo cautelar. É a expedição, a rapidez, a flexibilidade das providências que ele proporciona.

Deste processo cautelar que tanto se pode falar, eu selecionei alguns aspectos que me parecem dos mais apropriados para uma visão abrangente e que favoreça uma compreensão sistemática. Tenho como fundamental para compreender o sentido da tutela cautelar, que nós não tenhamos em vista aquilo que a jurisdição romana podia proporcionar. Nós sabemos que ela não é propriamente uma função do Estado. Era uma função mista e parte do Estado contava com a cooperação do cidadão privado.

Assim, o romano incumbido da administração da justiça recebia as partes desavindas e ouvindo-as pessoalmente tomava conhecimento do teor da controvérsia. Se o pretor compreendesse que aquela controvérsia poderia ser solucionada pela aplicação da lei romana, ele incumbia um cidadão romano, conhecedor das leis, pessoa dotada de moral, e que ficava, portanto, autorizada pelo pretor a tomar conhecimento daquele litígio e a proferir a sentença.

No processo romano, esse escopo que era a obtenção da sentença, na aplicação da lei ao caso concreto, reclamava algumas providências preliminares: a citação do réu, a convocação das testemunhas, o exame de coisas, a oferta de documento. E, para que essas providências de encaminhamento do processo pudessem ocorrer de forma adequada, o Juiz expedia as interlocuções, isto é, as determinações de ordem prática, necessárias para assegurar a marcha do processo, desde o momento da propositura da demanda até o momento que auferisse a sentença. E, assim convertia o litígio em coisa julgada.

Com a ruína do império, com o desaparecimento da autoridade pública e da lei conhecida e publicada; com a pulverização do poder político agravada pela organização econômica do feudalismo, a jurisdição assumiu caráter eminentemente privado ao invés de prosseguir num rumo da sua crescente publicização. A jurisdição ainda mais se privatizou. Deixou de ser finalidade da

jurisdição a atuação da lei. Mesmo porque, não havia lei, a Europa estava toda politicamente fragmentada, dividida e desorganizada. O processo comum medieval um processo que se impõe pela autoridade intelectual dos doutores, nos seus tratados, nas práticas forenses, que se praticam nos tribunais dos reis, dos monarcas, dos príncipes, nos seus próprios palácios. É o tempo da justiça do rei ou da justiça do senhor feudal. E essa jurisdição não tem evidentemente como escopo a atuação da lei como acontecia em Roma. Porque aí somente se poderia tratar de critérios, de decisão.

Até que se sobrevenha a sentença, os direitos de uma das partes podem sofrer danos irreparáveis. Pode acontecer que quando sobrevenha a sentença, ela já não possa mais encontrar resposta na realidade da vida. Assim também os atos de execução que a jurisdição assume modernamente. Estes atos não podem muitas vezes ser praticados prontamente. Enquanto eles não se praticam, direitos podem sofrer lesões e então pode haver necessidade de providências que resguardecem os direitos das partes, enquanto se trata de obter sentença, como também, enquanto se trata de obter os atos de execução. É esta a tutela cautelar.

E vimos como ao longo do processo comum medieval, não havendo mais lei que devesse ser aplicada pela sentença, destinando-se a jurisdição a resolver as questões, surgiram as classificações de questões e as classificações de sentenças, sentenças interlocutórias e sentenças definitivas, todas admitindo apelação, tornando-se processo moroso, complicado e dispendioso. E, vemos agora, como, principalmente no fim do século passado, todo o sistema processual do mundo do Ocidente é submetido a uma profunda revisão sistemática.

E o processo se moderniza e se reconhecem as 3 classes principais de demandas: as demandas que visam execução das sentenças, e as demandas que visam providências cautelares, aquelas destinadas a resguardarem os interesses das partes, enquanto se aguarda a sentença ou enquanto se aguarda a execução.

A certeza jurídica é por si mesma um bem da vida, e assim, as demandas podem ser até mesmo demandas meramente declaratórias em que a sentença se limita apenas a declarar e tomar certa a existência de uma relação jurídica e de um direito subjetivo. Muitas vezes, as sentenças são solicitadas para impor uma condenação ao réu e, neste caso, vencido que seja o réu pode ser que espontaneamente realize a prestação. Pode ser que não realize. Os atos de execução, podem, então, tornar-se necessários. É a forma como a jurisdição também se expressa, não somente por sentenças declaratórias, condenatórias ou constitutivas, mas também por atos executivos que se destinam com que a vida social seja um fiel reflexo do comando contido na sentença condenatória. Fazer com que a vida seja como a sentença mandou. Isto requer providências práticas, de interferência no patrimônio, na liberdade das pessoas, para fazer com que o comando contido na sentença seja refletido na realidade da vida. Esta

interferência não pode ser feita por ato do próprio autor vitorioso lançando mão do réu, impondo ao réu a sua vontade, gerando situações de arbitrio, de excesso, de violência, de danos, de lesões do direito.

É preciso que a própria jurisdição, mediante o processo, verifique a viabilidade dos atos de execução e administre a prática dos atos de execução na estreita conformidade dos títulos legítimos de execução. Mas, a demora na obtenção da sentença e dos atos de execução podem determinar perigo de dano a direitos de difícil reparação.

Inauguramos, em Brasília, a jurisprudência de sustação do processo cambial, porque encaramos diversas situações em que a extração do processo caracterizaria dano impossível ou de difícilíssima reparação. E, como é que podemos atender àquelas que vinham a Juízo pedir que o Juiz proibisse o protesto do tipo? Nós o fizemos, exigindo do autor dessa providência uma caução. Alguém que protestar um título de cem mil cruzeiros; aquele que se apresenta temeroso de que o protesto seja feito e que lhe cause dano injusto, pode obter a sustação do protesto desde que ofereça alguma garantia, que pode ser até uma garantia de fiança, que assegure ao Juiz que ao sustar aquele protesto, e ao tutelar o direito do requerimento, não exporá a perigo o crédito ou o direito da parte contrária.

Do processo de conhecimento, o processo cautelar se distingue, nitidamente, porque não visa obter sentença. Se o processo cautelar visasse obter segurança, ele não poderia proporcionar o benefício que lhe é próprio. Precisamente, o ponto fraco do processo de sentença é a demora que desnecessariamente ele envolve. O processo cautelar exhibe uma grande importância pelo fato de poder proporcionar os decretos liminares, que são providências de contornos doutrinários difíceis.

O Código de Processo Civil estabelece as competências dos tribunais para as ações cautelares, quando a necessidade de cautela significa o propósito de uma demanda que a encontra em grau de recurso, em qualquer tribunal. Por isso, o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade da Lei 8038 de 28 de maio de 1990, no artigo 288 cuida da ação cautelar no próprio Superior Tribunal de Justiça. A ação cautelar ou as medidas cautelares tem sido solicitadas algumas vezes ao Superior Tribunal de Justiça, porque as situações de riscos de danos se apresentam enquanto o recurso especial, que é o recurso específico de que cuida o Superior Tribunal de Justiça, está entregue ao exame e decisão daquele Tribunal.

Anotei que o nosso Tribunal teve já a oportunidade de deferir medidas cautelares em recursos especiais em dois casos de nossa jurisprudência. A quarta turma que integro, e que há pouco tempo presidia, na petição 34 de 28 de agosto de 1990, deferiu medida cautelar, sendo relator o Ministro Sálvio de

Figueiredo Teixeira. E o Ministro Cláudio Santos, na Terceira Turma, em 28 de agosto de 1990, foi relator da petição 47, também de medidas cautelares pleiteadas em relação a um determinado recurso especial. São esses únicos casos em que o Tribunal deferiu medida cautelar.

Devo terminar, aludindo ao grande relevo que as ações cautelares têm assumido nos nossos dias. Todos sabemos que o Estado contemporâneo é um Estado que acentua cada vez mais a sua presença em todos os setores da vida social, o próprio povo reclama a presença do Estado. Quer que o Estado patrocine a instrução, a saúde, a pesquisa, o desenvolvimento econômico, industrial, tecnológico, e os meios de comunicação, de transportes e enfim, a rede de segurança, dos serviços de segurança. Ao providenciar tudo o que a sociedade moderna exige ou solicita, o Estado deve munir-se cada vez mais de recursos financeiros, de funcionários, de servidores e até mesmo de empresas.

E, assim, na ocasião de exercer toda esta intervenção, freqüentemente o Estado atropela direitos das pessoas. Especialmente do Brasil do nosso tempo, é razoável dizer que a falta de apreço, a falta de respeito à lei, é infelizmente, uma nota característica de muitos governos. Sejam eles municipais, sejam estaduais, governos da própria União Federal. Não admira, portanto, que ao lado do mandado de segurança, ao lado da ação popular, as ações cautelares, os decretos liminares, estejam sendo buscados a todo momento por aqueles que se sentem molestados.

Claro que os pressupostos são diferentes. Há casos em que litigantes deveriam postular as pretensões por mandado de segurança por terem perdido o prazo de 120 (cento e vinte) dias. Por terem incorrido em decadência, prevalece a cautelar em casos que na verdade não deveriam comportar medida cautelar. É claro que há aí um abuso das cautelares. As liminares das cautelares sendo pleiteadas como substitutivos de última hora para mandado de segurança decadentes. Claro que cabe ao Juiz discernir, com segurança e com critério, a propriedade e a adequação das medidas que lhes são solicitadas.

O fato é que, ou por ação popular ou por mandado de segurança, ou por ações cautelares, em cada caso, segundo seus pressupostos, as pessoas dispõem, hoje, segundo o instrumental do Código de Processo Civil e da Constituição do nosso tempo, que assegura em mandado de segurança coletivo e que amplia as possibilidades de acesso aos tribunais, de meios e modos, de opor barreiras legais a todo o excesso que seja cometido pelo Poder Público.

Para isto, se torna cada vez mais necessário a adequação do Poder Judiciário com recursos humanos, materiais e técnicos, suficientes para as necessidades da hora. É preciso também que os Juizes aprimorem o seu saber para que possam administrar, com equilíbrio e adequação, providências tão delicadas como estas das ações cautelares. E que os advogados em geral

também aprimorem a sua capacidade profissional de postularem juízo pelos direitos das partes.

Somente assim, aquilo que o Código proporciona e a Constituição assegura, poderá encontrar a resposta prática e concreta que todos desejamos. Não somente aqueles que são partes litigantes, mas todos aqueles que têm parcelas de responsabilidade na vida jurídica do País.

Sou muito grato e sensibilizado pela honrosa atenção com que me ouviram. E concluo renovando a impressão tão agradável que experimento por retornar a Porto Velho, e por, de novo, tomar contato com a parte nova do Brasil, para a qual devem convergir cada vez mais as nossas renovadas esperanças. Muito obrigado.

A OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E O PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO DOS DEMAIS RECURSOS*

I) ATUALIDADE DO TEMA

Contra o voto do Ministro Gonçalves de Oliveira, decidiu a eg. 3ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em 19 de agosto de 1966, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 59.867, da Guanabara, sendo Relator o Eminentíssimo Ministro Luiz Gallotti, que:

A suspensão do prazo para outro recurso, por efeito dos embargos declaratórios, ocorre apenas em relação à parte que os ofereceu. A própria sanção que se cria na parte final do § 5º do art. 862 do C.P.C. (não se suspende aquele prazo se os embargos são declarados manifestamente protelatórios) está a indicar que se visou, aí, a parte que ofereceu os embargos e não a outra, pois seria incompreensível ficasse esta sujeita a sanção por culpa que não lhe cabe. Vindo o acórdão a ser declarado, novo recurso extraordinário poderá ser interposto. (RTJ 139/335)

Foi, assim, provido, em parte, o recurso extraordinário, uma vez que o eg. Tribunal de Justiça da Guanabara adotara entendimento oposto.

De fato, julgadas em uma só sentença demandas de consignação do preço e de rescisão do contrato de compromisso de compra e venda, uma das partes opôs embargos declaratórios. O juiz os rejeitou e, somente então, apelaram ambas as partes. O Tribunal *a quo* entendeu tempestivas ambas as apelações, mas o Supremo Tribunal repudiou esse entendimento.

A orientação sufragada pelo Supremo Tribunal, patrocinada no referido recurso pela Procuradoria da República como sendo a preconizada pela doutrina, tem em seu prol, como está expresso no aresto, opinião de Pontes de Miranda, em comentário ao art. 862 do Código de Processo Civil.

O ensejo que se nos apresentou de admitir agravo de instrumento contra decisão que prolatamos, e que fora objeto de declaração para suprimento de omissão, levou-nos a ampliar as indagações sobre o tema, que o acórdão da Guanabara deu como assentado, supondo consolidada a jurisprudência no rumo que propôs (R.T.J., 39/336).

Como se vê, a matéria está longe de ser tranqüila.

* Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do DF, pág. 13/20, março de 1970.

Com efeito, desde logo impressionam os argumentos em que se estriba o sucinto, mas substancioso voto divergente do Ministro Gonçalves de Oliveira.

Os argumentos são: a) "a decisão dos embargos declaratórios integra o julgado"; b) a oposição de embargos declaratórios por uma das partes dificulta a apelação da outra, porque os autos, no prazo de quarenta e oito horas, são conclusos ao relator.

A questão se reveste, portanto, de atualidade prática, ao mesmo tempo em que reflete opções prévias no plano da doutrina, razões pelas quais nos animamos a expor, com a extensão que os interlocutórios não consentem, o fio da reflexão, através da qual concluímos por adotar a opinião esposada pelo Tribunal da Guanabara no acórdão já referido, e pelo Ministro Gonçalves de Oliveira, no seu douto voto divergente, não podendo render-nos às razões do aresto do Supremo Tribunal.

II) NATUREZA JURÍDICA DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Ainda não é pacífica a conceituação dos embargos declaratórios.

Porque tais embargos não visam à reforma da decisão, pois esta, ainda que providos, se manterá intangível na sua substância, acentua o eminente Ministro, Professor Moacyr Amaral Santos, uma parte da doutrina (Gabriel de Rezende Filho, Machado Guimarães, Lopes da Costa, Odilon de Andrade, João Monteiro) não lhes reconhece a natureza de recurso¹

De fato, a despeito das lições de Paula Baptista² e João Mendes,³ perfilhando a tradição do direito português, mais recentemente lavrou a divergência.

Assim, para João Bonumá, "pode-se afirmar que eles não constituem propriamente um recurso, porque não se destinam a provocar perante a mesma ou superior instância, a reparação de gravame ou injustiça."⁴

E, Lopes da Costa, ao confrontar a questão de que nos ocupamos, deu com a dificuldade: a sentença pode padecer de "defeitos mais graves que os de natureza material." Estes não pode o juiz, por sua própria iniciativa, desfazer, bastando, porém, "simples requerimento." E o despacho obtido "não represente uma decisão, mas apenas esclarece a decisão proferida, em que se integra."

Entretanto, observa o saudoso mestre, pode também ocorrer que a

¹ Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 2ª ed., Max Limonad, São Paulo, 1965, 3º vol. pág. 255.

² Compêndio, Livr. Clássica Editora, Lisboa, 1930, §§ 219 e 220, pág. 177.

³ Direito Judiciário Brasileiro. Ed. Freitas Bastos, 1954, pág. 351.

⁴ Direito Processual Civil, Ed. Saraiva, São Paulo, 1946, 3º vol., pág. 98.

sentença seja incompleta, e não, apenas incorreta, por contraditória ou obscura. Neste caso, “falta uma parte da decisão.” Impõe-se, pois, obter “sentença complementar”, mediante embargos declaratórios. “O despacho é uma verdadeira sentença e, pois, da sentença deve ter a forma: sentença complementar.”⁽⁵⁾

Neste último caso, “desta cabem os mesmos recursos que cabiam contra a sentença que ela veio integrar”.⁽⁶⁾

E contudo, a antiga redação do art. 862, § 5º, do Código de Processo Civil dispunha que a interposição dos embargos declaratórios não suspendia o curso do prazo, se fossem rejeitados, de outros recursos. “Era um evidente absurdo.”⁽⁷⁾

Como suplantar o absurdo?

Propunha Lopes da Costa “recorrer-se da sentença e ao mesmo tempo embargá-la”, uma vez que “eram duas sentenças distintas.”

E, quanto ao obstáculo oposto pelo art. 809 do Código, inadmitindo recursos simultâneos, o emérito processualista o contornava, mostrando que “apesar de classificados como recurso, os embargos de declaração não são, em verdade, um recurso.”⁽¹¹⁾

O que sejam os embargos declaratórios, se recursos não são, é outro ponto em que não há acordo. Enquanto, para Bonumá, os embargos são meio de aperfeiçoar, esclarecer e explicitar a sentença, para Lopes da Costa, pelo menos quando visam a suprir omissão do julgado, os embargos são meio de obter sentença complementar. Poder-se-ia dizer, portanto, que os embargos declaratórios constituem meio de integração da sentença, peculiar, aliás, ao nosso direito, porque desconhecido de outros ordenamentos jurídicos passados⁽⁹⁾ ou contemporâneos⁽¹⁰⁾.

Precisamente aqui, parece-nos, reside a dificuldade. Sempre se reconheceu que, instruído quanto aos fatos em que as partes baseiam suas pretensões, mediante as alegações e a atividade probatória exercida segundo a ordem legal do procedimento (pois, quanto ao direito, deve estar previamente instruído), deve o juiz prolatar a decisão definitiva da lide. Isto feito, não pode retroceder.

E depois que o julgador der uma vez sentença definitiva em algum feito, e a publicar, ou der ao Escrivão, ou Tabelião, para lhe pôr o termo da publicação, não tem mais poder de a revogar, dando outra contrária pelos mesmos autos. E se depois a revogasse, dando outra contrária, a segunda será nenhuma, salvo se a primeira fôsse revogada por via de embargos, tais que por direito pelo neles alegado, ou provado a devesse revogar ...⁽¹¹⁾

⁽⁵⁾ (5 a 8) Direito Processual Civil Brasileiro, 2ª ed., Forense, Rio, 1959, 3º Vol., pág. 315.

⁽⁹⁾ Alexandre Caetano Gomes, *apud* por João Mendes, op. cit., ibidem.

⁽¹⁰⁾ Liebman, Manuale, Ed. Giuffrè, Milão, 1959, nº 290.

⁽¹¹⁾ Ordenações Philipinas, Liv. III, § 6º.

Pode ocorrer, no entanto, como, em continuação, o mesmo texto admite, que a sentença tenha partes “escuras e intrincadas”, cabendo, neste caso, declará-la ou interpretá-la. Da declaração e da interpretação, todavia, “poderá a parte, que se sentir agravada, apelar ...” (id., ib.).

Impõe-se, pois, bem delimitar a tarefa do julgador, em face dos embargos declaratórios.

Se é certo que o juiz não pode, acolhendo embargos declaratórios, dar sentença contrária à sentença definitiva que proferiu nos mesmos autos, também é certo que, ao provê-los, freqüentemente acrescenta algum *comando*, que a sentença embargada não continha.

Assim, não pode o juiz retroceder; isto é, não pode contrariar a convicção que já adotou na sentença embargada, vindo a prover demanda, quando já a rejeitou, ou a rejeitá-la, se já lhe deu provimento.

Somente neste sentido se pode entender que ao juiz não é dado alterar o julgado, por obra de embargos declaratórios.

Mas, por um lado, a declaração deve ter alguma utilidade para a embargante.

E, na mesma medida em que, para o embargante, a declaração é útil, obviamente porque lhe assegura algum bem da vida cuja titularidade não lhe parecia tranqüila, nessa mesma medida a declaração pode ser – e certamente será – danosa à parte que não embargou.

Com efeito, sem a declaração, poderia passar em julgado a sentença em termos mais favoráveis ao sucumbente.

A não ser assim, como se compreenderia (e isto sempre se reconheceu) que a parte, conformando-se com a sentença, tenha contudo, interesse em recorrer do ato que apenas a interpreta, declara ou explicita?

Desde que o ato interpretativo em nada altera a decisão, a situação continuará a ser a mesma com a qual a parte já se dera por satisfeita.

Consideremos hipótese de relativa freqüência no foro. A sentença provê a demanda; omite, contudo, a condenação do réu à verba honorária. Se o réu, porventura, se conforma com o julgado, não se segue que ficará também conformado, se o juiz, acolhendo embargos declaratórios do autor, fixar honorários em quantia que o réu repute excessivo. Sua inconformidade poderá cingir-se ao vulto dessa verba.

E o comando em que esta condenação se traduz, até então, não existia.

Noutra hipótese, acolhendo a demanda, a sentença manda reintegrar o autor na posse do imóvel mas não se pronuncia quanto às perdas e danos pela

indevida ocupação.

É difícil dizer que o provimento dos embargos declaratórios deixa tudo no mesmo estado.

Ora, opostos que sejam os embargos, não há senão aguardar que o julgador se pronuncie, uma vez que *somente então* ficará exausta a sua jurisdição no processo em causa, podendo ser que a sentença sofra alguma alteração, bastante para afetar a medida da sucumbência da parte contrária, muito embora rigorosamente afinada com a convicção já anteriormente adotada pelo juiz.

Assim, o interesse de recorrer, *para o embargante*, se traduz, como em qualquer outra figura de recurso, na discrepância entre o pedido e o julgado, seja por omissão, seja por contradição, seja por obscuridade, que possa ensejar dúvida quanto ao alcance do provimento de seu pedido. Isto se aplica ao réu, na medida em que este também formula pedido, embora apenas em sentido amplo.⁽¹²⁾

Entretanto, no que respeita a qualquer outro recurso que não os embargos declaratórios, é perfeitamente manifesto que o interesse em recorrer somente emergirá, após a integração da sentença embargada.

De fato, antes de que ela efetivamente se integre, não há como aferir a ocorrência desse pressuposto necessário de qualquer recurso.

Nestas condições, não vemos como se possa cindir o termo inicial do prazo para interposição de recursos, para fixá-lo num determinado ponto, em relação a uma das partes litigantes; e noutro, relativamente à parte contrária. A sentença de que se recorre é sempre una.

E sob o ângulo do procedimento recursal seria incontornável o tumulto, aliás, perfeitamente supérfluo.

Parece-nos, pois, que o § 5º do art. 862 do Código do Processo Civil não justifica a divergência, ao dispor: “Os embargos declaratórios suspendem os prazos para outros recursos, salvo se manifestamente protelatórios e assim declarados na decisão que os rejeitar.”

Esse dispositivo não é contraditório.

O prazo para interposição dos outros recursos, efetivamente, não começa a fluir, se são opostos embargos declaratórios. E isto vale para ambas as partes.

Mas, se os embargos são tidos como protelatórios, deve o juiz, concomitantemente, aplicar ao embargante a sanção processual consistente na

⁽¹²⁾ Frederico Marques. Instituições de Direito Processual Civil, 1ª ed., Forense, 1959, 3º vol., pág. 131.

impossibilidade de usar de outros recursos, por abuso do direito processual de recorrer, verificado na oposição de embargos *meramente protelatórios*.

Com efeito, não tendo abusado do direito de recorrer, não se expõe a parte, que não embargou, a qualquer sanção.

Não havendo qualquer propósito – mas, apenas, inconveniência – no uso simultâneo de recursos diversos a tumultuar o procedimento, como reconheceu Lopes da Costa, segue-se que à parte que não embargou cabe aguardar a integração do julgado ou o desprovemento dos embargos de declaração.

Somente então poderá apurar a medida da lesividade do julgado, para, por ela, pautar a sua irresignação, até então prematura.

Este entendimento, aliás, foi o que prevaleceu em acórdão de 19 de dezembro de 1946 da 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, do qual foi relator conceituado processualista e comentador do nosso Código, o saudoso Desembargador Erotides da Silva Lima (R.T. 165/614).

Assim se expressa o aresto:

A doutrina da reforma processual é a melhor. Desde que há omissão, erro, contradição ou incongruência do julgado, reclamando correção por via dos embargos, não está o julgamento completo. Só após o conserto se obtém a decisão em sua certeza, segurança e inteireza; aí é que a parte tem a decisão integral e os elementos para recorrer, pois os embargos declaratórios fazem corpo com a decisão declarada. Só então é que deve começar o prazo para recurso. Em sentido semelhante se manifestam Garsonnet et César Bru ("Traité de Procedure", 6, nº 399 e nota 10).

No mesmo sentido perseverou a 2ª Câmara Cível do Tribunal Paulista, em 15 de janeiro de 1949 (RT 179/709), em acórdão cuja ementa dispõe: "Recebidos os embargos declaratórios, a suspensão do prazo para o recurso ordinário aproveita a ambas as partes e não somente àquela que interpôs os embargos, pois não é possível a qualquer dos litigantes interpor recurso de uma decisão cujo conteúdo tornou-se duvidoso."

III) CONCLUSÕES

Podemos, pois, concluir:

Visando a ampliar o comando contido na sentença, ou, simplesmente, a afastar dúvidas quanto à extensão da vitória ou da derrota, os embargos declaratórios conduzem impugnação do julgado que solicita reexame do processo. Não tem relevo o fato de serem opostos ao mesmo prolator da decisão recorrida. São, portanto, *recurso*.

Antes de rejeitados ou decididos os embargos declaratórios, não se pode determinar se a sentença embargada está integrada ou se não está. Impõe-se aguardar o pronunciamento do juiz.

Somente com a rejeição ou a apreciação dos embargos se define a sucumbência de qualquer das partes, ou de ambas. É este o único termo inicial para emprego de qualquer outro recurso, por qualquer das partes litigantes.

Entretanto, havidos como protelatórios os embargos, deverá o embargante sofrer a sanção, consistente na perda do direito a outros recursos.

Poderá, porém, o embargante valer-se do agravo de instrumento, se, por esse motivo, lhe for rejeitada a apelação, de modo que a qualificação de seus embargos como meramente protelatórios não se esgote no juízo *a quo* (CPC., art. 842, IX).

EFICÁCIA DO SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NO MERCOSUL*

Peço respeitosa licença para muito mais exprimir preocupações do que, propriamente, contribuir com soluções ou propostas de soluções, ao fazer esta breve reflexão, que será dividida em três tópicos: no primeiro, deter-me-ei, ainda que de modo sucinto, em como devemos encarar o tema da eficácia propriamente dita no quadro das instituições do Mercosul; em seguida, farei breve alusão às normas do Mercosul atinentes à eficácia de decisões de controvérsia ou soluções de controvérsia e, finalmente, uma avaliação das perspectivas que se abrem, diante de nós, de consolidação do Mercosul e dos seus mecanismos de solução de controvérsias no contexto do convívio dos Estados nacionais que o integram e, portanto, dos demais que a ele unir-se-ão no futuro próximo.

A eficácia de decisões jurisdicionais é, de fato, um tema inçado de dificuldades na teoria do Direito Processual, tanto civil, como penal; no entanto, não se aconselham, no âmbito das instituições dos mecanismos de solução de controvérsias do Mercosul, as disposições que o tema comporta em outras áreas. O pragmatismo deve ocupar aqui o espaço que lhe é próprio. Assim, os organismos ou órgãos incumbidos de proporcionar a solução de controvérsias devem ter uma composição muito simples, um *modus operandi* também bastante flexível. Certamente não se devem notar, nas normas que regulam a composição e atuação desses órgãos, os requintes de normativismo próprios do Processo Penal, quando, por exemplo, entra em jogo a observância de princípios como o do juiz natural e outros mais.

As características próprias, por conseguinte, de eficácia da solução de controvérsias no plano do Mercosul devem dizer respeito à disposição da ordem jurídica dos Estados nacionais que o integram, a fim de acatar as decisões emanadas das instâncias deste organismo. Significa que se trata, afinal, daquilo a que Carnelutti se referiu no seu linguajar poético: "... se num certo momento a resolução da controvérsia consiste em transformar fato em direito, isto é, o teor do litígio numa norma concreta e individual, contudo a tarefa de resolver litígios deve dar um passo adiante e converter a norma numa realidade histórica, numa realidade concreta."

Em outras palavras, a solução de controvérsias deve contar, necessariamente, com alguma possibilidade de que o produto do seu

* Revista do Centro de Estudos Judiciários, CJF, pág. 86 a 91, maio/agosto – 1997.

pronunciamento encontre resposta prática e de que a realidade social corresponda ao teor da decisão.

Tal proposição assume dificuldades compreensíveis nas relações entre estados soberanos, sendo preciso privilegiar, nesse terreno, princípios políticos e constitucionais muito mais que regras de procedimento ou de técnica processual. Fazendo, portanto, referência à obrigatoriedade dos pactos, assevero que os estados integrantes dos organismos de grupos de países certamente renunciam a uma parte da sua liberdade de autodeterminação e abrem-se para a inclusão, prestando obediência às normas provenientes do tratado.

Entre essas características próprias, acentuo que, no mundo de hoje, alguns estados não se reúnem com as suas vistas limitadas ao âmbito dos estados participantes. O Mercosul congrega estes Estados do Cone Sul, da América, todavia, tem em vista, sem dúvida, fortalecê-los, à sua economia e aos seus índices de bem-estar, não, apenas, internamente, mas mediante as condições novas que conquistam para negociação de tudo quanto lhes diz respeito na cena mais ampla da globalização da economia, bem como da política mundial hodierna.

Estão, nesse contexto, o princípio *pacts sunt servanda* e a *comitas gentium*. Eis aí princípios supranacionais aos quais os estados espontaneamente se submetem como integrantes dos tratados, pena de não poderem auferir os benefícios que, como o caso do Mercosul, tendem a proporcionar. Nesse sentido, quero focalizar certas normas do Mercosul que, precisamente, lidam com esta temática. Aludo, em primeiro lugar, ao Protocolo de Ouro Preto, de 17 de dezembro de 1994. No art. 10, referindo-se ao Grupo Mercado Comum, afirma ser ele um órgão executivo do Mercosul e, no art. 14, estabelece que são funções e atribuições do Grupo Mercado Comum “velar, nos limites de suas competências, pelo cumprimento do Tratado de Assunção, de seus protocolos e dos acordos firmados em seu âmbito”. O Mercosul anseia que as normas por ele adotadas e as suas decisões de controvérsias sejam assinaladas pela possibilidade, a maior possibilidade possível de atuação na prática das relações no seu campo de ação.

Ainda no Protocolo de Ouro Preto, o art. 37 e seguintes: “As decisões dos órgãos do Mercosul serão tomadas por consenso e com a presença de todos os Estados-Partes”. Infere-se que há preocupação com a legitimidade das normas e decisões, entre elas, as decisões sobre controvérsias. A participação dos países significa, portanto, que há requisitos e imposições de legitimidade do foro a se instaurar. O art. 42 prossegue: “As normas emanadas dos órgãos do Mercosul previstos no art. 2º deste Protocolo terão caráter obrigatório e deverão, quando necessário, ser incorporadas aos ordenamentos jurídicos nacionais mediante os procedimentos previstos pela legislação de cada país.”

Fala-se da inviabilidade de um tratado de mercado comum que dependa de normas das nações dele participantes. Aponta-se a irremediabilidade da existência de regras supranacionais. Estas precisam revestir-se daquele caráter de obrigatoriedade, donde se deduz que as limitações da soberania nacional não de conciliar-se com tais exigências.

No Protocolo de Brasília para a resolução de controvérsias no Mercosul, os arts. 19, 21 e 23 trazem disposições que reiteram a importância do tema. Assim reza o art. 19: "O Tribunal Arbitral decidirá a controvérsia com base nas disposições do Tratado de Assunção (...)."

Há, aqui, pois, uma clara delimitação da esfera dentro da qual não de atuar esses mecanismos de solução de controvérsias, assim como nos acordos celebrados no âmbito do mesmo Mercosul, nas decisões do Conselho do Mercado Comum e nos princípios e disposições de Direito Internacional, a dois dos quais acabo de me referir. Prossegue o texto: "A presente disposição não restringe a faculdade do Tribunal Arbitral de decidir uma controvérsia *ex aequo et bono*, se as partes assim o convierem."

Novamente, há a abertura desses mecanismos de resolução de controvérsias. Há influxos de doutrina, de princípios políticos a disputarem preferência e a prevalecerem sobre normas estritamente legais. O Tribunal Arbitral deverá pronunciar-se, por escrito, no prazo de sessenta dias. A eficácia é encarada sob o ponto de vista da rapidez da solução de controvérsias, assunto sobre o qual apresentarei algo um pouco mais adiante.

O laudo arbitral será adotado por maioria, fundamentado e firmado pelo presidente e demais árbitros. É interessante observar que as normas do Mercosul encampam certas propostas típicas do processo jurisdicional do estado constitucional, a publicidade do processo como o contraditório, na sua instrução, na alegação das razões e na exposição das pretensões. Refiro-me, agora, ao art. 21, I e II: "Os laudos do Tribunal Arbitral são inapeláveis, obrigatórios para os Estados-Partes na controvérsia a partir do recebimento de respectiva notificação e tendo relativamente a eles força de coisa julgada". Então, a coisa julgada é aqui assumida como a "imodificabilidade" e a obrigatoriedade da decisão. É claro que poderá ter um efeito condenatório ou meramente esclarecedor, como também efeitos constitutivos de normas concretas que devam ser acatadas pelos Estados componentes do Mercosul. "Os laudos deverão ser cumpridos em prazo de 15 (quinze) dias, a menos que o Tribunal Arbitral fixe outro prazo."

Encontrei, nessas disposições, a prática dos embargos de declaração, instrumento típico de Direito português, inclusa no art. 23. Há uma previsão de que os estados participantes da controvérsia peçam esclarecimento ao órgão prolator da decisão sobre o seu exato alcance e cumprimento. Se, no prazo de trinta dias, um Estado-Parte não obedecer ao laudo do Tribunal Arbitral, os outros

poderão adotar medidas compensatórias temporárias, tais como a suspensão de concessões ou outras equivalentes, visando a obter a sua plena satisfação. É o que realmente pode caber nas relações entre estados soberanos que, embora tendo transigido quanto ao teor da sua soberania para abrir espaço à vigência de normas emanadas de órgãos supranacionais, não se rendem a essas disposições. Nesse caso, se os interesses proporcionados pelo Mercosul não são obtidos no seu âmbito pelo estado que não cumpre a decisão, o próprio Mercosul sofre vicissitudes na busca e realização de objetivos gerais, ao confrontar-se com outros organismos semelhantes no mundo da globalização em que vivemos.

O Tratado de Assunção é tido como a fonte do Direito Material, principalmente, nos protocolos a que me referi, os quais se ocupam de instrumentos de normatização e resolução de controvérsias.

Assim, após estas breves considerações a respeito da eficácia da resolução de controvérsias e de normas que se ocupam deste tema, resumirei algumas proposições em termos de perspectivas ou, melhor dizendo, cogitações para o futuro sobre soluções eficazes de controvérsias no Mercosul. Desejo, em primeiro lugar, realçar que vivemos na época da globalização, do neoliberalismo e da projeção do mercado como instância arbitral da vida contemporânea. Encontramos, aqui, uma provocação para reflexões tanto de ordem histórica como política que devem, necessariamente, lastrear as possibilidades de consolidação de um mercado comum como esse.

Quero referir-me, pois, a algumas atualidades do passado, a revivescências que, às vezes, até de modo surpreendente, são encaradas como descobertas, quando, na verdade, consistem no aproveitamento de formas antigas da experiência humana em contexto diverso: essas formas antigas que, em determinado momento, supúnhamos ultrapassadas e abandonadas e que surgem, agora, com novas feições, mas mostram como a continuidade histórica é um patrimônio do qual não podemos abrir mão.

Direi, então, das vicissitudes que a História, apenas por referência, testemunha no jogo que se processa ao longo dos séculos entre a presença pública e a privada na normatização da vida e na resolução de conflitos. A experiência humana, no período clássico, de uma colaboração do poder público com as instâncias privadas na solução de controvérsias, não foi compatível com a expansão da organização política do Estado romano. A burocratização funcionou muito mais como "publicização" da Justiça na fase final da história de Roma; e a derrocada do Império frustrou a caminhada, no sentido que se poderia presumir, de uma Justiça eminentemente pública, proporcionada pelo Estado e por ele assegurada. A fragmentação e a dispersão do poder político ensejariam, no entanto, vários modelos de ressurreição das formas de administração da Justiça, como nos pequenos ducados e principados, nas regiões em que os bárbaros

assentaram os seus costumes, as suas tradições e as suas técnicas de convívio, do Direito da Igreja e nas repúblicas italianas, já no alvorecer da Renascença.

Aí verificamos, de novo, o convívio do público com o privado, as corporações mercantis, por exemplo, cuidando das relações de comerciantes, de financistas, de empresas de transporte marítimo e de seguro, na busca de um Direito que instrumentasse relações entre unidades políticas que não dispunham de um patamar abrangente; um Direito comum para uma época em que a Europa se apresentava sumamente dividida, praticando, cada setor, cada região, instituições diversas, tradições e costumes específicos.

O Estado monárquico não obteve uma distinção nítida; por isso, nunca se interessou pelas relações entre o público e o privado: o patrimônio da coroa nunca se distinguiu claramente do patrimônio do estado. Assim, tivemos de esperar pela eclosão dos movimentos políticos e constitucionais dos Séculos XVII e XVIII para começarmos a ver, na História, os primeiros ensaios de estados modernos, nacionais e constitucionais, fundados em um mínimo de separação de poderes, de declaração de direitos e garantia desses direitos.

Neste contexto em que nos achamos – beneficiários da evolução dos últimos dois séculos no aperfeiçoamento de um estado nacional que, entretanto, ainda está muito distante do cumprimento dos melhores propósitos de um estado comprometido com o bem-estar, a liberdade e a amplitude da atuação da ordem privada no comércio, na indústria e no desenvolvimento da nação – o estado nacional está sitiado pelas exigências que se lhe dirigem, para cujo atendimento já não se considere suficientemente apetrechado.

Daí o aparecimento do mercado com um ímpeto que seria insuspeitável no período seguinte à Segunda Guerra Mundial, época em que os Estados Unidos se preocupavam com a democratização do Japão, proporcionando-lhe uma Constituição mais moderna que a norte-americana, até mesmo em aspectos muito específicos. É surpreendente, pois, que, hoje, o mercado esteja liberto no âmbito, por exemplo, do nosso País ou procure libertar-se de intervenções do Estado na regulação do mercado e na determinação de normas que resguardem interesses da comunhão nacional.

Refletindo desse modo, afirmo que o Mercosul surge na cena histórica, em momento crucial para muitos estados da América do Sul que buscam, precisamente agora, consolidar as suas instituições democráticas e a sua configuração como estados de direito; no entanto, os influxos da globalização da economia e da política contribuem para recrudescer o papel de uma economia inspirada em princípios neoliberais econômicos não propriamente políticos. E a exclusão social cria, dentro desses Estados, gravíssimas tensões que comprometem a consolidação das instituições democráticas.

Aludo a este tema por quê? Se pensamos na eficácia das normas do Mercosul e das formas de resolução de controvérsias que ele contém, é porque contamos que esses Estados estão efetivamente comprometidos com a clara compreensão do papel do estado nacional; com a compreensão de que o estado nacional continua tendo um papel fundamental na vida humana do nosso tempo e de que, sem a sua presença, solto de qualquer peia, o mercado globalizado afastará as conquistas da filosofia político-liberal, aquela que instrumenta o estado constitucional, comprometendo-as.

Ponho, por conseguinte, tanto o tema da eficácia das normas de disciplina do Mercosul quanto o das soluções de controvérsias no contexto da seriedade, do compromisso dos Estados integrantes do Mercosul com os seus pressupostos e os seus fundamentos democráticos. Somente à medida que o estado nacional puder arbitrar, ainda que nas suas linhas gerais, regras básicas de um mercado compatível com as nossas exigências humanísticas é que esse estado estará comprometido, de modo consistente e coerente com as regras do Mercosul, que, como todo instrumento amplo de atuação tem de contar com fundamentos muito claros, assim como os Tribunais do Comércio, na Península Itálica, legitimavam-se pela presença ativa e eficiente dos mercadores. Do mesmo modo, é preciso que, no estado nacional, as forças vivas que o sustentam estejam reconhecidas e atuantes, sem o que ele não terá condições de assegurar o êxito de tal projeto.

Recordo que, lendo um dos nossos matutinos, deparei com todo um suplemento de publicidade de bens, como eletrodomésticos, veículos e outros. O curioso é que se vai expandindo, no mercado de varejo do Brasil, esta técnica diabólica de vendas: podemos conferir os preços das mercadorias anunciadas e verificamos que as empresas vendedoras oferecem-nas por cinco, seis, dez ou cinquenta prestações, e a soma do valor das prestações é igual ao prego à vista, técnica esta que está sendo consolidada no mercado, dominando-o. Então, oferece-se uma mercadoria por mil reais – pagamento à vista – ou em cinco prestações de duzentos reais ou, quem sabe, em quinhentas de dois reais. Em uma economia em que a moeda é estável, significa que o mercado impõe regras disparatadas, e o consumidor, certamente, não vai comprar à vista por mil reais se pode pagar dez prestações de cem reais. Por que ele não pode ter um desconto no pagamento à vista? Porque ali, naquele preço, já estão embutidos juros da ordem de seis por cento ao mês, ou seja, oitenta por cento ao ano. Isso acontece em uma economia estabilizada mediante sacrifício de camadas da população.

Tudo quanto expus justifica por que pedi licença no início para, como iniciante nessas conversações tão avançadas a respeito do Mercosul, trazer uma preocupação muito brasileira, muito atual que, no entanto, busca a sua legitimidade histórica nas vicissitudes experimentadas em termos de legitimação do poder, para assegurar a eficácia prática das normas no contexto da consolidação de uma sociedade democrática e de um estado de direito.

AUSÊNCIA DO ADVOGADO DO AUTOR E SUAS CONSEQÜÊNCIAS NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO*

1) ATUALIDADE DO TEMA: *Jurisprudência do Tribunal de Justiça da Guanabara.*

Em acórdão de 29 de setembro de 1966, decidiu a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, por maioria de votos, anular a sentença e a audiência em que foi proferida, de conformidade com a ementa do seguinte teor:

Sentença proferida em audiência de instrução e julgamento a que não compareceu o advogado da parte autora e em que não requereu o réu absolvição de instância. Nulidade da audiência. Recurso provido. (*Rev. de Jurisp. do TJEG nº 19/286.*)

A hipótese era de ação de desquite. A autora apelou, uma vez que, ausente seu advogado, julgou improcedente a demanda. O julgamento do mérito agravou sua situação, que seria mais cômoda, tivesse sido o réu absolvido da instância. Apelando, postulou anulação da sentença ou, pelo menos, absolvição da instância.

O acórdão reconheceu que, ocorrendo a ausência do patrono do autor, cabe absolvição da instância a requerimento do réu, pois o art. 266, I, do Código de Processo Civil deve ser aplicado em conjugação com o art. 201. Assim, dispôs: "Será, todavia, absolvido da instância se assim o requerer, como está expresso no art. 201, a que faz remissão o inciso supra indicado. Não requerida, a absolvição não será decretada *ex officio*."

Entretanto, logo a seguir, o julgado enveredou por outro caminho, ressaltando a contradição em que incorreu, quando acentua que, pelo confronto desses textos legais, "chega-se à conclusão de que não cabe ao réu optar entre a absolvição da instância e a realização da audiência". E prossegue:

Tal opção não se coadunaria com a índole do instituto da absolvição da instância, de vez que essa absolvição não obsta à propositura de outra ação sobre o mesmo objeto (art. 203). E, mesmo

* Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do DF, pág. 13 – 21/outubro, 1970, Brasília.

na hipótese de perempção da ação, o direito pode ser invocado em juízo em caráter de defesa (parágrafo único do art. 204). A realização da audiência, sem a presença do advogado do autor, contrariando a regra salutar traçada no art. 112 do Cód. de Proc. Civil, representaria a prevalência da celeridade do processo sobre a defesa dos interesses de uma das partes – e justamente daquela que solicitara a interferência judicial no conflito.

É certo que o voto divergente, do Desembargador Graccho Aurélio de Sá Vianna Pereira de Vasconcelos, recordou julgado discrepante, da 2ª Câmara Cível do mesmo Tribunal, datado de 20 de outubro de 1961, de cuja ementa consta:

A absolvição de instância, *ex officio*, por não comparecimento do advogado *ex adversus* à audiência onde nenhuma prova seria produzida não tem apoio em qualquer dispositivo do atual Código de Processo Civil. (*Rev. de Jurisp. do TJEG* nº 2/226.)

A verdade, no entanto, é que a 3ª Câmara Cível da mesma Corte já havia firmado posição no mesmo rumo do julgado a que primeiramente nos referimos. De fato, o acórdão de 16 de julho de 1962, sendo Relator o Desembargador Alcino Pinto Falcão, declarou:

Por outro lado, não devia ter realizado a audiência. O processo civil distingue-se do criminal, pois dá sanção específica, no art. 266, inciso 1, para a hipótese de não comparecimento do advogado do autor. Este inciso não permite ser o autor julgado à revelia. (*Rev. de Jurisp. do TJEG* nº 5/174.)

Esta decisão, por sua vez; invoca precedente posto pela 6ª Câmara Cível, em 7 de maio de 1946, com o seguinte enunciado: “É absolvido o réu da instância quando o procurador do autor não comparece à audiência. (*Diário da Justiça da União*; 17 de julho de 1947, págs. 3.201.)”

A matéria é, portanto, atual. Reveste-se, por outro lado, de inegável interesse prático, dado que, com a crescente complexidade da vida contemporânea, máxime nas grandes cidades – onde, aliás, já se adota a descentralização dos órgãos da justiça –, ficam os mais diligentes causídicos sempre expostos ao risco de não comparecer à audiência, na hora aprazada. Caracterizar-se-á revelia, se se tratar do advogado do autor? Quais as suas conseqüências?

II) DISCUSSÃO:

A) Os princípios.

A oralidade do processo civil realça a importância da audiência de instrução e julgamento como ato culminante do processo de conhecimento de rito ordinário.

Antes considerada mera formalidade processual, despida de maior relevo, porque nela somente se decidiam “questões de fácil expedição”⁽¹⁾; ou havida como “momento processual, destinado a comportar “a acusação das citações, quando também se assinavam e se lançavam os prazos e se faziam as intimações e citações sob prego,”⁽²⁾ tornou-se a audiência de instrução e julgamento da causa o ponto de confluência de todas as proposições das partes, de fato ou de direito, relevantes para a resolução do mérito.⁽³⁾

O íntimo contato com as questões da causa propiciado ao julgador pelo exame dos autos na fase procedimental de saneamento específico do processo civil não pode, em princípio, proporcionar-lhe a convicção final quanto às razões das partes litigantes. A audiência constitui preciosa oportunidade com a qual contam as partes, a fim de exercerem atividade instrutória idônea para finalmente, convencer o julgador.

O relevo das questões cuja resolução cabe na audiência de instrução e julgamento exalta a sua natureza de ato jurídico processual complexo.

De fato, a audiência de instrução e julgamento é ato subjetivamente complexo, de vez que nela tomam parte o juiz, o escrivão, os advogados dos litigantes, as próprias partes, quando chamadas a depor, além de peritos e testemunhas. Também é ela ato processual materialmente complexo, como seu próprio nome esclarece, não somente porque nela se colhem subsídios (instrução) para a construção da sentença (julgamento) que a encerra, como também porque durante o seu transcurso, cabem despachos de expediente e interlocutórios, necessários para a solução das questões de ordem nela suscitadas, com apreciáveis repercussões sobre o resultado da causa.

A instituição da audiência de instrução e julgamento é consentânea com os princípios científicos que informam o processo civil marcado pela oralidade. As questões que enseja não podem, por esta razão, tratar-se à luz de conceitos próprios de fases já ultrapassadas da história do Direito Processual, mediante critério meramente formalista. Com sucinta alusão a alguns desses princípios, intentamos demonstrar que, na espécie a que nos referimos no pórtico deste trabalho, a sentença que o Tribunal da Guanabara anulou perfilhou a boa doutrina; enquanto que o acórdão se rendeu a uma avaliação do tema, despida de acuidade dogmática.

Quando o processo era assemelhado ao contrato, ou quase contrato; ou seja, enquanto se entendeu, de harmonia com a mais antiga tradição advinda do

(1) Pereira e Souza. Primeiras Linhas, Acomodadas ao Foro do Brasil por Teixeira de Freitas, ed. Garnier, Rio. 1907, nota 913, pág. 409.

(2) Costa Carvalho. Curso Teórico e Prático de Dir. Jud. Civil. 1952, II/57.

(3) Liebman. Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro, Ed. Saraiva, SP, 1947. Pág. 120.

Direito Romano, que a força da sentença judicial repousava na litiscontestação, em que se consubstanciava o acordo das partes em constituir o processo, era este coerentemente havido como instituição de Direito Privado, muito embora a sua natureza jurídica não resultasse satisfatoriamente desvendada.

Como instrumento regulado por lei no interesse exclusivo das partes litigantes, compreende-se que o processo ficasse inteiramente à mercê das conveniências destas. A caricatura do juiz-relógio é coeva dessa doutrina: juiz-relógio, que o exercício de suas funções dependia estritamente da medida do impulso que as partes imprimissem ao feito, tanto quanto o relógio somente trabalha, conforme se lhe dá corda.

Ora, o processo moderno é processo de ação.⁽⁴⁾ Não se instaura, senão por iniciativa de parte, segundo a regra *nemo iudex sine actore*. Instaurado, porém, o processo passa a revelar dinamismo que lhe é próprio, que assegura sua marcha para a frente⁽⁵⁾. Assim é que, concretizada a citação do réu com a juntada do mandado citatório cumprido, começa a fluir, sem mais, o prazo para contestação; decorrido este lapso, o escrivão fará conclusão dos autos para o saneador, não sendo para isso mister providência das partes; o juiz, por sua vez, se o achar sem vícios, designará data para a audiência (CPC, arts. 292, 293, 294 e 296). O impulso da parte, indispensável à instauração do processo civil de conhecimento, é, contudo, suficiente para que ele se desenvolva até a sentença, que é a sua meta.

A doutrina tradicional, não tendo feito clara distinção entre processo e procedimento; ou seja, entre a relação jurídica processual em que se confrontam as partes litigantes e o órgão da jurisdição, cujo conteúdo é a prestação jurisdicional (sentença, atos de execução), não podia construir em termos aceitáveis a teoria dos atos processuais, uma vez que se consumia no exame de seu aspecto meramente exterior ou formal. Quando se elaborou em bases científicas a teoria dos atos processuais, uma de suas características, logo ressaltada, foi sua marcante instrumentalidade. Esta característica dos atos processuais constituiu-se mesmo em valioso critério para a reelaboração da teoria

⁽⁴⁾ Calamandrei, Istituzioni, I/103; Rosenberg, Tratado de Derecho Procesal Civil, trad. De A. Romera Vera, EJEA, Buenos Aires, 1955, II/3 e 69/ Goldschmidt, Derecho Procesal Civil, trad. De Prieto Castro, ed. Labor, Barcelona, 1936, págs. 82; Lopes da Costa, Dir. Proc. Civil Bras., ed. Forense, Rio, 1959, II/309, Moacyr Amaral Santos, Primeiras Linhas, ed. M. Limonad, SP, II/71; Alfredo Buzaid, Agravo de Petição, ed. Saraiva, SP, 1956, pág. 101.

⁽⁵⁾ Chiovenda, Instituições, trad. De J. Guimarães Menegale, ed. Saraiva, SP, 1965, II/359; Goldshmidt, op. cit., págs. 84; Carnelutti, Sistema, ed. Cedam, Pádua, 1936, I/434; Micheli, Corso di Diritto Processuale Civile, ed. Guiffre, Milão, 1959, I/224; Moacyr Amaral Santos, op. cit., II/74.

das nulidades. As novas concepções vigentes na doutrina deste tema repercutiram em nosso Código de Processo Civil, como se pode ver pelos arts. 273 e 274.⁽⁶⁾

A construção do concerto estritamente processual de partes pôs em relevo a convergência das pretensões dos litigantes, embora contrastantes e reciprocamente excludentes. Com efeito, sem embargo de suas expectativas antagônicas quanto ao conteúdo da sentença, o fato é que, assim o autor como o réu, ambos almejam a prestação jurisdicional. O direito de defesa é, portanto, o mesmo direito de agir. Chiovenda assinalou que o autor é aquele que pede primeiro ⁽⁷⁾.

III) DISCUSSÃO:

B) Atuação dos princípios.

À luz destes princípios, aqui apenas ligeiramente mencionados, todos rigorosamente afinados com o da oralidade, vindo conjugadamente desaguar na instituição da audiência de instrução e julgamento, evidencia-se, sem maior esforço:

a) que a realização da audiência não pode ficar na estrita dependência do comparecimento do advogado do autor, nem da presença do patrono do réu, pois o processo não fica à indiscriminada disposição das partes; nem, ainda menos, de uma delas em detrimento da outra;

⁽⁶⁾ Liebman, nota a Chiovenda, Instituições, cit., III/6; Micheli, op. cit. I/281; Moacyr Amaral Santos, op. cit., II/59 e 64.

⁽⁷⁾ Instituições op. cit., II/235-6; Cernelutti. Sistema, op. cit., I/398 400/2; Gabriel de Rezende Filho, Curso, ed. Saraiva, SP, 1953, II/123; Lopes da Costa, op. cit., III/62 e 63, Moacyr Amaral Santos, op. cit., II/144. Pedro Batista Martins, sem embargo do que anota Lopes da Costa, (op. cit., III/63), também assim entende, verbis:

Dois princípios condicionam o instituto da absolvição da instância. O primeiro é o de que o Juiz não pode absolver o réu da instância sem que preceda requerimento seu. Este princípio justifica-se pela circunstância de formada a relação processual, adquirir não só o autor, mas também o réu, direito à decisão de mérito. E o réu pode ter maior interesse nesta decisão do que na aplicação da pena de absolvição da instância ao autor negligente ou improbo.

Opinião contrária é sustentada por Salvatore Satta (Diritto Processuale Civile, ed. Cedam, Pádua, 1967, págs. 124/5).

b) que o dinamismo próprio do processo basta para conduzir ao seu encerramento, com a prolação da sentença definitiva, à luz do que constar nos autos respectivos;

c) que o desinteresse do autor pela sentença não basta para excluir o legítimo interesse do réu em obtê-la, no mesmo processo, valendo-se de tudo quanto nele possa favorecê-lo.

A absolvição da instância é, portanto, para o réu, uma simples alternativa, a respeito de cuja conveniência ele mesmo deve ajuizar. É precisamente o que provém da interpretação, ainda meramente gramatical, desde que contextual, das normas legais.

Com efeito, ao dispor o art. 266, I, que, na ausência do procurador do autor, será o réu absolvido de instância, o preceito faz expressa remissão ao art. 201, VI, do mesmo Código. E o artigo chamado à colação consigna de modo taxativo:

“O réu poderá ser absolvido da instância, a requerimento seu:

VI. Nos casos dos arts. 110, 160 e 266, nº I.”

A cláusula “a requerimento” não pode, portanto, ser desprezada ou ignorada. E não pode porque, na espécie de que se trata, ela reflete a incidência de um conjunto de princípios que estruturam o processo civil brasileiro, desde que ele, como de resto os de outros povos, deixou de ser um precipitado de praxes para se constituir, nas expressões do Professor Alfredo Buzaid, como um sistema de princípios.”⁽⁸⁾

O próprio aresto que comentamos, como já foi assinalado, o reconheceu (v. supra, 3), embora em seguida se deixasse afastar da boa doutrina.

Na verdade, o comparecimento à audiência é um direito que o autor pode exercer, através de seu advogado. Usando desse direito, certamente o autor amplia suas possibilidades de êxito. Deixando, porém, de usar desse direito, evidentemente o autor não cria obstáculo ao normal prosseguimento do processo, mesmo porque a lei não impõe de modo imperativo que o advogado do autor esteja presente. De resto, se a ausência do patrono do réu não impede a realização da audiência, não se percebe a razão pela qual a falta do advogado do autor o impedia. De fato, o réu bem pode preferir que a audiência se realize e que a sentença definitiva seja prolatada naquele processo, no qual, porventura, aumenta expectativas de vitória. Como, com que fundamento negar-lhe a prestação jurisdicional a que também ele, tanto quanto o autor, tem legítimo direito?

Por outro lado, se é certo que a absolvição de instância na hipótese em causa não obsta à propositura da mesma demanda em outro processo, não menos exato é que o réu pode pretender licitamente forrar-se aos riscos que cor-

⁽⁸⁾ Op. cit., pág. 82.

reria em novo processo. Na segunda oportunidade poderia ser menos feliz na produção das provas. Um fato qualquer imprevisível poderia inverter as chances de vitória de cada uma das partes. Ora, o réu não é obrigado a pacientemente aguardar que o autor queira ou se disponha a ouvir a sentença. O processo tem a sua própria lei e o autor não é o árbitro exclusivo e todo-poderoso de sua observância.⁽⁹⁾

IV) A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

A pesquisa, certamente incompleta, a que procedemos nos mais autorizados repertórios apontou apenas, ferindo o nosso tema, o julgado de 16 de maio de 1961, da 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, com a seguinte ementa: "Se o procurador judicial do autor não comparece à audiência de instrução e julgamento e o réu não solicita a sua absolvição da instância, não pode o juiz decretá-la *ex officio*. (R.T., 323/211)."

O aresto paulista, aliás, se refere à orientação do Supremo Tribunal Federal, como consta do seguinte tópico:

O réu, ora apelado, não solicitou a sua absolvição de instância. E não podia o juiz decretá-la *ex officio*. A absolvição de instância, disse-o o acórdão do egrégio Supremo Tribunal Federal, contido no "Arq. Judiciário", vol. 108/254, não é automática, pois depende de requerimento do réu, segundo a regra geral. A remissão feita, nesse próprio inciso, ao art. 201, nº VI, do mesmo Código, não permite solução contrária.

Prestigiou, portanto, o precedente único que deparamos na jurisprudência paulista, a opinião que aqui sustentamos, ao repelir a tese segundo a qual a realização da audiência ficaria na dependência do comparecimento do procurador do autor, como se este fosse *dominos litis*.

V) A QUESTÃO, NOS CÓDIGOS ITALIANO, PORTUGUÊS E MEXICANO

Os mesmos princípios para os quais rapidamente acenamos presidem ao sistema do vigente Código de Processo Civil da Itália.

Dispõe quanto à matéria o art. 290, que trata da contumácia do autor e a sua consequência:

Art. 290 - Contumácia do autor. Ao declarar a contumácia do autor, nos termos do art. 171, última parte, o juiz instrutor, se o réu o requerer, ordenará o prosseguimento do processo e dará as disposições previstas no art. 187 . . .

⁽⁹⁾ Luís Eulálio de Bueno Vidigal. "O Escopo do Processo Civil," in Rev. de Dir. Proc. Civil, SP, 1/10.

O texto deixa perfeitamente claro que o direito à sentença de mérito não é somente do autor, porventura contumaz, mas também do réu, de modo que, ausente o procurador do autor, cabe ao réu optar pela absolvição de instância ou pela prolação de sentença de mérito.

É o que também consta do art. 181: "Se o autor não comparece à primeira audiência e o réu não requerer que se proceda na sua ausência, o juiz designará nova audiência."

Pode-se, pois, concluir que também no direito italiano o autor não pode, a seu exclusivo talante, obstar a prolação da sentença de mérito, deixando seu procurador de comparecer à audiência. Se o réu o requerer, o processo prosseguirá.

Diverso não é o sistema do novo Código de Processo Civil Português.

Por um lado, ao traçar, no art. 288, as causas que podem conduzir à absolvição do réu da instância, não cogita ausência do procurador de qualquer das partes na audiência.

Por outro lado, regulando o procedimento da audiência de discussão e julgamento da causa, prevê:

"Mas esta será adiada:

C) Se, por motivo ponderoso e inesperado, faltar algum dos advogados...

Não é admissível o adiamento por acordo das partes, nem pode, por falta do advogado ou de pessoas que tenham sido convocadas, adiar-se a audiência mais do que uma vez.

Impõe-se concluir portanto, que, ausente o advogado do autor, o juiz poderá adiar a audiência somente uma vez. Por conseguinte, ausente o procurador do autor na segunda oportunidade, haverá ensejo para a sentença de mérito, eis que o acordo das partes é também inócuo para adiá-la.

Outro não é o sistema do Código de Procedimentos Civiles para el Distrito Federal y Territorios, do Mexico, publicado em 1º de setembro de 1932.

Eis o texto do art. 387, que dispensa qualquer consideração:

La audiencia se celebrará concurran o no las partes y estean o no presentes los testigos y peritos y los abogados.

VI) A QUESTÃO, NO ANTEPROJETO DO PROF. ALFREDO BUZUID

O anteprojeto Buzuid, diversamente do que ocorre no Código Português, admite o adiamento por convenção das partes; porém, essa possibilidade de adiamento ocorre apenas uma vez.

É o que consta do art. 492, como segue:

A audiência será adiada:

I - Por convenção das partes; caso em que só admissível uma vez."

Mas o § 2º do artigo citado dispõe:

A parte, cujo advogado não compareceu à audiência, fica inibida de produzir as provas que indicou.

Portanto, a sanção para a referida ausência é a perda do direito à produção de provas. E é evidente que a ausência do procurador do autor não impede a realização da audiência, com o julgamento da causa.

O anteprojeto, aliás, expressamente agasalha o princípio do impulso oficial suficiente para conduzir o processo ao seu normal desfecho, como se vê pelo teor de seu art. 292:

O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial.

VIII) CONCLUSÕES

1ª) o direito de defesa, que o réu exerce, é o mesmo direito de ação. Tem o réu, portanto, o mesmo direito à sentença, que também cabe ao autor;

2ª) instaurado o processo, não pode o autor livremente encerrá-lo. O escopo do processo é dar razão a quem a tem;

3ª) o impulso que o autor imprime ao processo de conhecimento, com a propositura da ação, é suficiente para conduzir à sentença definitiva, desde que se reúnam os pressupostos processuais e as condições da ação;

4ª) a absolvição de instância, não sendo por falta de pressuposto do processo ou de condição de ação, é meio que a lei põe à disposição do réu, a este cabendo deliberar quanto à sua conveniência;

5ª) a ausência do advogado do autor na audiência de instrução e julgamento não é obstáculo à sua realização, muito embora constitua motivo para que o réu requeira absolvição de instância;

6ª) ausente o advogado do autor, não serão realizadas as provas orais que ele porventura pretendesse produzir; e

7ª) a revelia do autor efetivamente se configura. Mas o julgamento da causa há de ser pelo estado dos autos, diversamente do sistema alemão, em que cabe sentença de conteúdo predeterminado (uniprocedência da ação).⁽¹⁰⁾

Em resumo: o acórdão do Tribunal da Guanabara, ao arrepio da lei e da melhor doutrina, anulou sentença que fez perfeita aplicação do direito, vigente e constituendo.

⁽¹⁰⁾ Rosenberb, op. cit., II/165.

CICLO DE CONFERÊNCIAS PARA JUÍZES FEDERAIS*

PROCESSOS CAUTELARES

Eminente Ministro-Presidente Torreão Braz, que não apenas me concedeu a honra da grave incumbência de dar início a este Seminário e, ainda mais, comparece para presidir o início dos seus trabalhos; meus prezados Colegas, Ministros José Dantas, William Patterson, Dias Trindade, Geraldo Sobral e Gomes de Barros, que comparecem em testemunho de solidariedade e, espero eu, com suficiente paciência e resignação; ilustres magistrados dos Tribunais Regionais Federais e juizes federais da Primeira Instância, ilustres advogados, procuradores, e também funcionários investidos de funções de assessoria, cujas presenças tanto me lisonjeiam.

É muito grande a satisfação que tenho em comparecer perante tão respeitável auditório, para tratar de um assunto que se reveste de importância, complexidade e atualidade, que, dificilmente, poderia ser exagerado na cena da vida pública brasileira de hoje. Refiro-me, portanto, ao processo cautelar. A literatura sobre o tema é sumamente expressiva, tanto a nacional, como a estrangeira. Na Europa, o tema começou a ser tratado, monograficamente, em 1936, de forma sistemática, por Calamandrei, depois da obra precursora, porém extremamente monográfica, *De Coniio*. O título da obra de Calamandrei dá testemunho de suas ambições e de um sistema providencialmente cautelar. Calamandrei já empreendia um esforço de sistematização. Calvoza e Frederick Lange são apenas alguns exemplos de processualistas italianos e alemães dedicados, especificamente ou principalmente, ao tema do processo cautelar.

No Brasil, a literatura, na vigência do Código revogado, de 1939, não exibia ainda a desenvoltura sistemática e muito menos o ímpeto monográfico que hoje a caracteriza, em razão, sob certo aspecto, do modo como o Código de 1939, evoluindo, embora sob as codificações estaduais, discorreu sobre as medidas preventivas, a propósito de processos acessórios, em apenas 13 dispositivos.

O Código de Processo Civil que hoje temos, calcado no projeto do saudoso e maior dos processualistas brasileiros, Alfredo Buzaid, alterou substancialmente o aspecto da questão. Ao invés de perseverar na tradição, de cuidar, digamos

* Cadernos do Conselho da Justiça Federal. Brasília, 1992.

incidentalmente, de medidas preventivas a títulos de processos acessórios, o projeto do inesquecível Professor Buzaid instituiu o Livro Terceiro do Código com a mesma importância doutrinária e prática dos primeiros livros. O Primeiro foi dedicado ao Processo de Conhecimento; o Segundo, ao de Execução; e o Terceiro, ao Processo Cautelar.

Dedicou-lhe noventa e três artigos; distribuiu a matéria em um título, compreendendo dois capítulos; um para as disposições gerais sobre esta tutela específica e o outro sobre o procedimento padrão a ser utilizado quando não houvesse um procedimento específico, a saber, um daqueles contemplados no capítulo segundo. Essa iniciativa do legislador brasileiro assinalou para o Código de Processo Civil, que temos em vigor, uma posição única na legislação processual em todo mundo. Não há ainda, em parte alguma do mundo, um Código de Processo Civil que tenha erigido a tutela cautelar numa classe determinada de tutelas, muito embora a doutrina seja, a essa altura, consolidada no sentido de fundamentar, de desdobrar os institutos e de formular os princípios próprios desta específica tutela jurisdicional.

A Itália se esforça pela reformulação do seu Código de Processo Civil. Há pouco concluiu a edição do novo Código de Processo Penal, que substituiu o diploma coetâneo da ditadura do regime facista. E, agora, prosseguem os debates em torno de um novo Código de Processo Civil. Dois aspectos assinalam, sem dúvida, como os principais nos debates que preparam esse novo código: o primeiro é a grande preocupação com o acesso à Justiça.

Ovídio Baptista da Silva, ilustre Advogado, Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, tem dedicado ao tema algumas monografias e tem tomado posição polêmica. Ovídio Batista da Silva não se mostra inteiramente conformado com proposições de Chiovenda, de Calamandrei ou mesmo de Carnelutti. Ovídio Baptista da Silva entende que pode ocorrer no processo cautelar um certo teor de satisfação do requerente e também desenvolve muitas impugnações, não somente ao sistema, mas também à própria terminologia do nosso Código. Tive a ocasião, há pouco tempo, em simpósio, tendo a honra de participar com S. Exa., de ponderar que, provavelmente, esse ilustre monografista nessas suas anotações, nesses seus escritos sempre de grande valor, reflete a angústia dos advogados, o que é perfeitamente compreensível. O aparelhamento judiciário em nenhum país do mundo tem chegado ao ponto de ser plenamente satisfatório. É compreensível, penso eu, que advogados atuantes do foro sejam sempre portadores de uma apreciação crítica da própria lei, uma vez que não há lei perfeita. Por outro lado, não há jurisprudência que esteja completamente atualizada com as dificuldades concretas da vida.

Arruda Alvim e Nelson Luiz Pinto acabam de publicar, neste mesmo ano, pela Editora Revista dos Tribunais, um repertório, muito interessante, de

jurisprudência e doutrina sobre processo cautelar, em que são compilados os julgados de vários Tribunais do país e também de Cortes Federais, em que vários temas são afluídos, variadíssimos temas, que seria impossível percorrê-los num período apropriado para uma palestra. Esse grande princípio de política judiciária é, na verdade, esse grande postulado da democracia do nosso tempo, segundo o qual a Justiça deve ser uma efetiva garantia das pessoas, da coletividade e de todas as entidades que se achem sob o manto do Estado.

O outro aspecto, que predominantemente preocupa os processualistas italianos, austríacos, poloneses, e de outros lugares da Europa (na França e na Bélgica), consiste em proporcionar à legislação processual, que se quer elaborar, a aptidão para os chamados provimentos de urgência.

O fato de o Código de Processo Civil brasileiro ter sido pioneiro neste caminho, enveredando para o rumo de criar especificamente a tutela cautelar, encorajou, como dizíamos, a literatura, que até então era muito modesta. É impossível, entretanto, deixar de lembrar Lopes da Costa com as suas medidas preventivas, e Vilar de Castro com a sua pequena monografia. Todos aqueles que se deparam com graves questões em torno deste tema, ou como estudiosos, ou como profissionais do Direito, encontram no Direito brasileiro excelentes fontes de estudo, como os comentários ao Código de Processo Civil editados pela Revista Forense, obra coletiva, e, portanto, o Volume 8º, em três tomos. Este dado concreto parece-me muito adequado para refletir a importância que se confere ao processo cautelar. Estes 93 artigos do Livro Terceiro reclamaram um volume distribuído em três tomos nesta Coleção Forense. Nele colaborou aquele que certamente é o maior dos especialistas brasileiros sobre o tema: o Professor Galeno Lacerda, Advogado, Professor da Universidade do Rio Grande do Sul, e depois Desembargador do Tribunal de Justiça daquele estado. Em um segundo volume, colaborou Adroaldo Furtado Fabrício, também professor no Rio Grande do Sul, e Desembargador do Tribunal daquele estado. Há ainda os comentários, as anotações de Barbosa Moreira, extremamente úteis, especialmente as que recentemente apareceram no seu novo Código de Processo Civil Brasileiro, 10ª edição, Revista Forense. Esse Código, na verdade, já não é novo, é de 1973, e está em vigor desde 1974. Quando ainda se fala no novo Código, dá-se um testemunho do impacto que ele vem exercendo sobre diversos segmentos da vida pública brasileira. Humberto Theodoro Júnior tem se dedicado ao tema, não somente no seu acatado Curso de Direito Processual Civil, como na sua monografia *Sobre Processo Cautelar*, que se acha hoje, em 1990, em sua 12ª edição, o que também dá uma evidência da grande procura por esclarecimentos e por informações sobre esse assunto.

Vêem assim, os meus ilustres ouvintes, que eu deveria, e devo, efetuar uma opção que possa ser de alguma forma útil para a ocasião em que aqui nos reunimos. Porquanto, para controverter sobre tantos aspectos debatidos de um

tema tão vasto, tão complexo e tão difícil, nossos prezados colegas têm ao alcance dos seus olhos, não somente comentários do Código, como monografias, compêndios, tratados nacionais e internacionais e as revistas (como as revistas *Extra-processualis* da Itália que estão praticamente dedicadas, nos últimos anos, a esse tema *Dos Providimenti di Urgenza*, que aflora com grande ansiedade nos tribunais europeus). Daí que me propus resumir algumas breves observações de ordem geral, isto é, de ordem sistemática, que me parecem aconselháveis pelo fato de que, ao percorrer as diversas controvérsias documentadas nesses estudos, aqui ou lá, pude encontrar a evidência de que alguma reflexão mais sistemática estava insuficiente para aclarar os caminhos, para abrir as alternativas.

É claro que, dirigindo-me a um auditório tão qualificado, corro o risco de, certamente, ser repetitivo, mas penso que certas proposições são aceitas ou rejeitadas, elas não podem ficar perambulando, soltas no espaço. E, trabalhando com elas, de vez em quando, ocasionalmente, invocando-se um suposto princípio a propósito de um caso concreto, depois abandonando-se o mesmo a propósito de outro; parece-me que em alguns episódios da jurisprudência e da doutrina do tema, esta incoerência se faz notar. Por acréscimo a esta consideração, há aspectos concretos, portanto, aspectos de duas ordens: teóricos e concretos (estes também merecendo alguma reflexão). Penso que não é indelicado mencionar aqui que o ilustre Monografista e Especialista do tema, o Prof. Ovídio Baptista da Silva, em sua valiosa monografia sobre o processo cautelar, publicado em 1978, no prefácio, já antecipava certo desencanto com o Livro Terceiro do Código, e o autor foi ao ponto de explicitar, de procurar conferir a jurisprudência quatro anos transcorridos sobre o instituto mais exaltado do processo cautelar brasileiro, ou seja, o processo cautelar inominado, a tutela cautelar inominada, a medida inominada.

O Prof. Ovídio Baptista da Silva mostrou-se decepcionado, porque – mesmo com o auxílio valioso, imagino que insuperável, do nosso Colega, o Ministro Athos Carneiro – não conseguiu encontrar senão seis exemplos de medidas cautelares inominadas, que teriam constado na experiência forense de dois estados brasileiros: Rio Grande do Sul e Santa Catarina. Cada um deles contribuiu irramamente com três casos que se conseguiu fisgar.

Ovídio Baptista da Silva passou a analisar esses casos para concluir que, na verdade, desses seis, apenas dois seriam realmente de tutela cautelar inominada, e nenhuma delas foi concedida. Pois bem, neste ano, o ilustre Prof. Ovídio Baptista da Silva reeditou a sua Monografia e manteve o mesmo prefácio.

Veremos na segunda parte da nossa exposição o que as estatísticas dizem sobre a presença da ação cautelar, sobre a invocação da tutela cautelar no foro brasileiro de hoje.

Divido minha exposição em duas partes: uma em que eu pretendo, embora ligeiramente, referir-me a alguns princípios, algumas proposições da ciência, sem as quais, de fato, não me parece exitosa qualquer tentativa de lidar com segurança com esses delicadíssimos instrumentos que formam hoje o luxuriante, podemos dizer assim, da tutela cautelar brasileira.

Vou dizer algo sobre a finalidade e a forma de realização da jurisdição no sistema de Roma; farei uma breve comparação disto com o que ocorreu no Direito Comum Medieval, para que possamos recapitular o sentido da contribuição, da revisão sistemática de Adolf Wach e, principalmente, Chiovenda (no mundo latino), porque, precisamente, isso determine o aparecimento da tutela cautelar.

Penso que é geralmente sabido que a jurisdição antecedeu à legislação, o Direito não começou a ser revelado, de modo geral, abstrato, prévio e público. Sobre isto estão de acordo, praticamente, todos os grandes juristas, mas não é demais mencionar alguns de diferentes escolas como Kelsen, Emilio Bethé e Calamandrei. O juiz aparece na cena histórica antes do legislador, o que, aliás, parece-me perfeitamente compreensível que as coisas comecem pequenas, e aos poucos vai-se introduzindo na organização social da vida humana o contingente de princípios, de proposições que devam governá-la.

Seria ilusório supor que, numa determinada época, repentinamente, alguns homens reuniam-se numa praça, num recinto ou numa casa de familiar e elaboravam uma lei. Moisés recebeu os mandamentos no Sinai, e isto é matéria de fé (estas pedras não permanecem até hoje).

A jurisdição romana tinha por intuito estabelecer uma norma ou, como elegantemente diz Alfred Buzaid no seu antológico estudo sobre o *Agravo de Petição*, converter a *res in judicio deducta* em *res judicata*, isto é, transformar o litígio numa regra concreta, e isto permaneceu mesmo depois que apareceram as leis escritas, publicadas nas 12 Tábuas, porque muitas vezes verificava-se que a lei não era bem compreendida ou então ela era claramente afrontada, a dano de um sujeito lesado.

Sentiu-se, então, a necessidade de que, mesmo existindo lei, continuasse a existir o juiz: por causa do risco, do perigo de que a lei nesta ou naquela situação, mesmo conhecida, deixasse de ser, até mesmo de boa fé, observada.

O juiz romano admitido, nomeado e autorizado pelo pretor, como autoridade pública, deveria então conhecer os fatos, ouvir as partes, recolher provas e proferir a sentença, o *judicium*, e por isso, em Roma, o processo (como hoje é chamado) chamava-se *judicium*, isto é, o escopo que visava a alcançar, dava o nome à atividade que o viabilizava.

O processo romano era, portanto, um processo de sentença, isto é, um processo de definição de fatos e de certificação de direito, a propósito de condenar ou absolver o réu. Foi somente para situações muito agudas de conflito insurgente que o próprio pretor dispensava o juiz, cidadão privado, e ele próprio intervinha com a autoridade, mediante os interditos, para que a força não prevalecesse nas relações sociais. Se alguma força devesse prevalecer, que fosse a força do direito, do Estado representado pelo pretor.

Essa situação se transmudou por completo, porque ao longo da Idade Média não há o Estado presente, e a administração pública romana se desorganizou, desmantelou-se. Não há mais estradas, funcionários, coleta de tributos, administração financeira. A burocracia desapareceu, desarticulou-se – parece-me que não é tão difícil acabar com a burocracia –, e não era mais possível, naquela situação, contar com um juiz referido a uma lei.

Exerceu uma grande influência nessa situação o papel da Igreja. Esta, com as suas procissões litúrgicas, mostrava que as coisas se fazem aos poucos. A própria conversão do incréu, o batismo, a formação dos catecúmenos, a sua reunião nos atos litúrgicos da Igreja – tudo isso é uma seqüência de ritos –, e a procissão de *Corpus Christi*, percorrendo as ruas, era um caminhar seguindo etapas.

Foi daí, segundo grandes estudiosos, que se tirou a palavra "processo". Por quê? Porque a aparência predominou sobre o conteúdo, porque não havia lei escrita, publicada, geral, que trouxesse a chancela da autoridade pública, que se impusesse pelo prestígio e pela força do Estado à obediência geral. Então, o direito era revelado nos livros, nos tratados dos doutores, nos seus compêndios, nas universidades, nas catedrais da Igreja, pelos cônegos, pelos clérigos e pelos bispos (que também eram juizes). E não se tratava tanto de transformar uma *res in iudicium deducta* em *res iudicata*. Tratava-se, isto sim, de responder à questão, à pergunta, à dúvida que era trazida perante os sábios, os legistas e os padres. Qual é o direito aqui, agora, para este caso? Então, dada a grande dificuldade de encontrar esse direito; o processo, o método, aquela seqüência de atos, aquele rito, seria observado. Ao cabo dele, todas as questões deveriam ser resolvidas e, neste contexto, Guilherme Durant, no século XIII, classificou as questões (que em qualquer processo se trata de resolver) em questões emergentes, incidentes, ou então a própria questão principal, e, segundo as questões, classificam também os atos do juiz. O juiz romano somente praticava dois atos: as *interlocutiones*, mediante as quais ele assegurava a marcha do processo; e a sentença, que era ato único, a qual ele concedia ou denegava, no todo ou em parte, aquilo que o autor havia pedido, condenando ou absolvendo o réu. E somente dessa sentença é que, tardiamente, admitiu-se a apelação.

Pela influência do Direito Canônico e da obra de Guilherme Durant, no *Speculum Judiciale*, ergueram-se as resoluções de questões à dignidade de sentença, e, em simetria com a classificação de questões, Durant também classificou os atos dos juizes: sentenças interlocutórias, que decidem questões emergentes ou incidentes; sentença definitiva, que decide a questão principal; e, como todos esses atos são sentenças, contra eles admite-se apelação, e o processo torna-se moroso, complicado e difícil. Mas os praxistas, nessa época, alertaram-nos para um aspecto muito importante: "Nem tudo, neste mundo, é tão perfeito e nem tudo é tão imperfeito."

Foram os doutores do Direito Comum, debaixo de uma perspectiva muito casuística, todavia, que acentuaram a complexidade dessa função jurisdicional, que ainda não era pública, e acentuaram que ela se desdobra primeiro na necessidade de o juiz ouvir as partes, *notio vocatio*, isto é, ouvir o autor e tomar uma primeira notícia dos fatos, chamar o réu, ouvir o réu e tomar conhecimento da complexidade dos fatos, *notio, vocatio, cognitio*.

O juiz está disponível, o juiz está ao alcance das partes, pode ser o rei, pode ser o emissário do rei, mas há um juiz (discute-se muito sobre quem deve ser o juiz), isto depende do poder temporal, depende do poder da Igreja, depende das licitudes do poder político da época, do senhor feudal que está realmente governando determinada região. Por imposição até da influência cristã – o povo hebreu foi dirigido por juizes por muitos anos – há abertura para a Justiça. E a Justiça, a jurisdição se revela assim: primeiramente ouvindo aquele que vem procurá-lo, tomando noção dos fatos, depois mandando chamar o réu. Não proceda o juiz sem provocação, não decida sem ouvir o réu. Ouvindo o réu, o juiz forma conhecimento dos fatos. E agora, sim, a jurisdição pode revelar por *juditium*, por sentença. Mas esses doutores entenderam que a *coertia* era necessária para a jurisdição, que esse juiz precisava de um contingente de autoridade, e essa autoridade foi admitida por razões de ordem prática, até que os Estados soberanos da Europa chamassem para o Monarca a atribuição da Justiça e a coerção se tornasse pública, e foram esses doutores que também disseram que a execução, que o *juditium* sem execução é como um sino sem badalo. Portanto, a execução não consiste somente em *juditium*, mas também em execução. E foram eles, como sabemos, que lançaram os primeiros fundamentos do processo de execução. Roma não havia, realmente, feito progressos importantes nesse terreno. No século passado, Adolf Wach considerou superadas as propostas decorrentes de toda essa evolução. Antes de tudo, Adolf Wach entendeu que o sistema romano havia empobrecido a utilidade da jurisdição, limitando-a à prolação de sentenças apenas condenatórias, e propôs que as sentenças pudessem ser também declaratórias e constitutivas, e propondo também uma nova classificação das ações, e, portanto, das sentenças e da tutela jurisdicional.

Chiovenda desenvolveu esses princípios propondo os três tipos fundamentais de tutelas: a tutela de conhecimento, que é voltada a proferir sentença; a tutela de execução, que dá por transitado em julgado a sentença condenatória, ou que reconhece um título a ela equivalente para esse efeito e, portanto, se acha autorizada a expedir atos de mudanças da realidade para satisfação do autor, que também é credor; e, finalmente, a tutela cautelar, porquanto, não somente a certeza é por si mesma um bem da vida, e não somente a jurisdição deve estar pronta a fazer cumprir a coisa julgada, mas também, enquanto se obtém a sentença e enquanto se obtém a execução, pode acontecer que os fatos se transformem, pode acontecer que o direito da parte sofra lesões, e que essas lesões sejam de reparação impossível, ou pelo menos difícil ou incerta.

A tutela cautelar foi, portanto, compreendida, na sua circunspecção mais ampla, pelos grandes reformuladores do processo contemporâneo, desde a Alemanha, com Adolf Wach e Cholet; e na Itália, principalmente, com Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei, mais recentemente com Liebman, e agora com uma multidão de estudiosos, todos entusiastas do processo cautelar.

A tutela cautelar se distingue nitidamente da tutela de conhecimento ou, em outras palavras, quem procura a cautela não procura a sentença. É bem verdade que o Código diz que haverá uma sentença. Deve haver uma sentença.

Finalmente, não há terminologia, ou legal ou científica, que seja completamente satisfatória para todas as exigências da própria ciência ou de todos os cientistas.

O Código, no art. 162, foi um tanto sumário, e admitiu apenas como atos do juiz os despachos de expediente, as decisões interlocutórias e as sentenças. E das sentenças disse que são terminativas ou definitivas. Poderíamos perguntar: o que é que o Código pensa dos decretos liminares? Porventura são eles despachos de expediente? Porventura são despachos interlocutórios? São, porventura, sentenças? O tema foi discutido agora no último volume da *Ajuris*, pelo já referido ilustre Prof. Ovídio Baptista da Silva – decisões interlocutórias e sentenças liminares são um interessante estudo que o Prof. Ovídio vai apresentar ao XVI Congresso Nacional de Derecho Procesal, que se realizará em Buenos Aires, em outubro de 1991. No volume, o eminente processualista brasileiro discute se as sentenças liminares são decisões interlocutórias – e penso que não são, porque as decisões interlocutórias são conceituadas: aquelas decisões do juiz destinadas a assegurar a marcha do processo e, mediante as quais, o juiz resolve alguma questão concernente ao processo, atos do juiz, que, para assegurar a marcha do processo, resolvem questões processuais – aquilo que Carnelutti chamou “pontos de dúvidas”, que decorrem das contradições das partes e que incumbe ao juiz resolver. O réu diz que o juiz é incompetente; o juiz dirá se é

competente ou não. Alguém diz que o juiz é suspeito; o juiz vai decidir isso. Se vai haver ou não conexão, se vai haver ou não litispendência, são questões processuais alheias ao litígio, concernentes ao processo. A sua resolução se faz por decisões interlocutórias sujeitas a agravo (recurso de expedição mais rápido para, assim, não retardar demasiadamente o andamento do processo e a solução da questão principal – diriam os doutores antigos – ou a decisão da lide – diria Liebman ou Calamandrei).

Ora, o Código não cogitou desses atos do juiz, mas o fato é que, tendo embora chamado de sentença o ato do juiz que decide sobre a ação cautelar, contudo, parece óbvio que de sentença não se trata. Ela não é voltada a produzir coisa julgada, mas, por outro lado, a produzir providências práticas, rápidas e eficazes. Tenho, então, resumido assim, para meu uso, e até o momento tem sido suficiente esta visão deste tema.

A tutela cautelar (ou o processo cautelar ou a ação cautelar) se distingue do processo de conhecimento porque não é processo de sentença. Quem vai buscar cautela não vai buscar sentença. Certamente haverá uma sentença, mas não é isto que ela foi buscar.

Essa sentença é assim chamada por falta de melhor nome, porque seria muito complicado inventar outro nome para este ato do juiz. Mas não é sentença, porque não termina processo algum e porque não decide lide.

Nesse ponto de vista, o processo cautelar já se distingue do processo de conhecimento e se assemelha ao de execução, porquanto o processo cautelar é destinado a obter do juiz a expedição de providências rápidas, urgentes, fundadas na sua autoridade pública, destinadas a mudar a realidade. Alguns dizem que é apenas para manter, mas costumam dizer que, mesmo quando o ato cautelar mantém a realidade, ele a muda, porque, se não tivesse mudado, ele poderia mudar-se. Mas o juiz, tendo intervindo, muda a realidade, porque aquilo que era desta maneira, provavelmente agora deva ficar desta maneira. Tudo isso cabe na cautelar. E é isto que se procura: a providência prática do juiz, que só o juiz, como órgão da soberania, pode praticar.

Portanto, o processo cautelar se distingue do de conhecimento e aproxima-se do de execução. Mas, em outra sorte de idéias, aproxima-se do de conhecimento e afasta-se do de execução – e aproxima-se do de conhecimento porque é evidente que nenhum juiz vai apreender crianças no aeroporto, nenhum juiz vai decretar um arresto ou um seqüestro, se não forem verificadas certas situações de fato e se não houver alguma presunção de direito. E aqui há uma atividade de conhecimento, que é tão característica do processo de sentença, mas o conhecimento aqui é interino, superficial, é apenas o conhecimento necessário para que o juiz possa prover sobre a cautela. É um conhecimento limitado, quanto ao seu tema, porque é um conhecimento voltado para a

existência ou não de uma presunção de direito alegada pelo autor e de um perigo que comprometa o bem da vida que o autor almeja, pela demora da sentença a ser obtida no processo de conhecimento. E, por outro lado, não se parece com execução, porque a execução é um processo para (como dizia Liebman) fazer com que a realidade social se constitua num fiel reflexo do comando contido na sentença condenatória, isto é, o processo de execução tem por finalidade satisfazer o credor. Daí dizer Alfredo Buzaid: "Na ação de execução já não há igualdade de partes. Autor, na execução, é sinônimo de credor, o autor da execução é aquele que tem razão; o réu, executado, é aquele que não tem razão." A execução se destina, então, a satisfazer o credor.

Alega-se, às vezes, que a cautela satisfaz. No caso dos alimentos provisionais, por exemplo, não há possibilidade, caso não se reconheça o direito aos alimentos, de restituí-los.

Portanto, diz o Prof. Ovídio: "eis aí um exemplo de cautela satisfativa." Peço licença para divergir, parece-me que os princípios precisam de novo ser invocados.

Foi visto que se examinou a existência de uma presunção de direito subjetivo e de um perigo de demora. Por exemplo: o perigo de morte de uma pessoa decorrente da omissão de alguém, em face de quem essa pessoa parece ter direito.

A outorga provisional de alimentos não tem caráter satisfativo; ela, sem dúvida, concorre para manter a pessoa que, de outro modo, poderia perecer, mas essa é uma imposição de princípios maiores de ordem social, política e cultural da sociedade a que pertencemos, tanto que o juiz não imporá alimentos provisionais a quem quer que seja; imporá aquele que se apresenta, presumivelmente, como pai, avô ou tio, e diante de uma situação em que o juiz possa verificar a ocorrência de um risco. A não ser assim, a providência cautelar não seria possível e, por amor aos princípios, ou seja, para que a cautela não fosse satisfativa, para que a Ciência não se sentisse perturbada, deixaríamos perecer a criança, mesmo parecendo que ela seja filha daquele pai.

Enfim, o Direito Processual tem que ver com a vida humana em sociedade. Muitas tentativas de classificar as cautelares foram feitas, e essas classificações são úteis, pois auxiliam o aplicador na lei. Calamandrei, por exemplo, classificou as cautelares assim: aquelas que visualizam o processo de conhecimento para diligenciar em prol da sentença, como a vistoria, as inquirições *ad perpetuam rei memoriam*; outras visam a assegurar a execução, como o arresto e o seqüestro; outras já, de certa forma, antecipam, ainda que provisoriamente, alguns bens da vida que o próprio autor reclama (é o caso dos alimentos e da separação de corpos).

Outras providências são aquelas que facilitam a concessão de outras pelo juiz, como é o caso da caução. O juiz pode achar-se muito mais liberado para certas providências cautelares, quando ele puder exigir, daquele que a pleiteia, uma caução que possa garantir a restituição das coisas ao estado anterior, ou então a reparação de danos que possam decorrer de uma cautela adiantada, sem que fosse caso de ser adiantada.

As características do processo cautelar brasileiro são amplamente reconhecidas, e, antes de tudo, a autonomia. Mas, o que é a autonomia do processo cautelar?

A autonomia tem de ser entendida em termos. A autonomia do processo cautelar brasileiro significa que ele está erguido, está baseado em princípios próprios, que ele conta com princípios próprios que não são comuns aos outros tipos de tutela. Assim, por exemplo, a fungibilidade: o autor pede uma providência, e o juiz concede outra. O primeiro ato, perdoem-me a alusão pessoal, que tive ocasião de praticar como juiz, foi na técnica da fungibilidade. Ao assumir, em substituição, a Vara Cível de Brasília (no começo do mundo, quando aqui quase ninguém era nascido), fui surpreendido por um pedido de seqüestro. Alegava-se que um estabelecimento comercial estava sendo esvaziado. Havia carretas enormes. Em Brasília, naquela época, isto não era muito raro. E pedia-se seqüestro daqueles bens. No fim da tarde, recebi o pedido, qualifiquei-o como arresto, deferi a liminar e, de noite, fiquei satisfeito quando os oficiais de justiça passaram por minha casa, para mostrar o auto de arresto de quatro carretas, que já estavam realmente carregadas e já quase saindo da cidade.

A fungibilidade é um princípio próprio do processo cautelar, e não está no processo de conhecimento nem no de execução. O processo cautelar é autônomo, no sentido de que ele trabalha com princípios próprios, como o princípio da conversibilidade, e também o princípio da revogabilidade. O outro princípio do processo cautelar é o princípio da provisoriedade, das providências que ele outorga. Por isso, embora autônomo, os bens que ele proporciona são de eficácia provisória. E por quê? Porque ele, na verdade, é um processo instrumentalíssimo. E me explico assim: todo processo tem natureza instrumental, o processo visa a proporcionar a tutela a um bem da vida. Ele presta serviço a esse bem da vida que se acha ameaçado, desconhecido ou violado. O processo tem natureza instrumental. E o processo cautelar tem natureza duplamente instrumental, porque ele presta serviço ao processo de conhecimento ou ao processo de execução. A sua autonomia é científica, em razão dos princípios, das suas características, e do tipo de procedimento que ele adota, mas esta sua autonomia não impede que ele seja acessório e que as providências que ele expeça sejam providências revogáveis, transitórias.

Muitas vezes, esta questão da acessoriedade tem trazido dificuldades de ordem prática, por exemplo: freqüentes casos ilustrados na jurisprudência atestam inconvenientes decorrentes do fato de que certos juizes mandam apensar os autos da ação cautelar aos da ação principal, ou porque concederam ou não a liminar, e ficam aqueles autos, de processo cautelar, apensos aos autos do processo principal, a tomar lugar no espaço inutilmente. Esta técnica, efetivamente, não se ajusta ao sistema do Código. O Código quer que o processo cautelar siga o seu procedimento, ele não é um procedimento – anota Frederico Marques –, é um processo, mas tem o seu procedimento, seja o comum, no capítulo I; seja alguns dos procedimentos especiais do capítulo II. E ele deve seguir por ali. A liminar pode ser concedida mesmo sem ouvir a parte contrária, com ou sem caução, mas há necessidade de citação, é preciso assegurar a defesa, ou não será processo. Onde não há defesa não existe processo. A defesa pode não ser feita, mas é preciso que ela seja assegurada. Vindo a defesa é preciso que o juiz decida se, enfim, concede a cautela (que ainda não concedeu a título de liminar) ou se a denega. É aquilo que se chama de sentença e, que não é propriamente sentença, é sujeita a agravo, portanto, pode seguir um destino diverso do ponto de vista procedimental do destino que cabe aos autos principais, da ação principal que nessa altura já deve ter sido proposta máxime se foi concedida liminarmente a cautela. Esta falta de apreço para estes temas – permitam-me ponderar com a liberdade de quem quer repartir experiências e certamente recolher o fruto da experiência de nossos eminentes colegas nos diversos setores de trabalho –, esta freqüente inobservância de aspectos que parecem desprezíveis, muitas vezes acarretam danos graves para as partes. Se, por exemplo – similarmente ao que venho dizendo –, o que acontece com os embargos à execução é de uso correntio no foro, em toda a parte do Brasil: os juizes mandam logo apensar os embargos da execução aos autos da execução. Ora, nos embargos pode haver agravo, pode haver apelação. E a execução? A execução fica subordinada, na verdade, aos embargos. É uma técnica que não se aconselha. Não se trata apenas de uma questão de técnica. Trata-se, a meu ver, de um desvio de técnica que compromete a eficácia da jurisdição e que contribui para torná-la morosa, dispendiosa, complicada aos olhos do povo, desmerecendo esta função de tão fundamental relevo na sociedade. Dou outro exemplo: os conflitos de competência. A lei é tão clara ao dizer que conflito deve ser suscitado por ofício e que o processo em que o conflito foi suscitado deve prosseguir onde ele se encontra, salvo se o juiz do conflito mandar paralisá-lo ou movê-lo para outra parte (mas não é isso que se verifica). Depois de onze anos no Tribunal Federal de Recursos e de um ano ou dois no Superior Tribunal de Justiça, não encontrei um caso sequer de conflito que tenha sido suscitado por ofício, trazendo as peças necessárias, permanecendo os autos no juízo de origem, até que o Tribunal decida. São desvios de prática e, por isso, dizia eu no princípio, que, na verdade, certos desvios de prática, que comprometem a

eficiência, têm que ver com princípios. Quando esses princípios, supostamente necessários pela legislação, ocorrem de serem discursados, tornam-se freqüentes as situações em que a prestação jurisdicional resulta insatisfatória.

A ação cautelar tem sido utilizada, às vezes com impropriedade, mas com uma impropriedade que traduz a ansiedade da parte e aquela medida de astúcia (que é tão comum para os litigantes). Assim, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deliberou editar duas súmulas de sua jurisprudência, e os colegas que são do Rio Grande do Sul são familiarizados com essas súmulas e, talvez, também, outros colegas. A Súmula n. 8 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul diz:

Não é admissível, no Primeiro Grau, a concessão de cautelar inominada, ou sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita em mandado de segurança à competência originária do Tribunal.

Essa súmula veio conjurar medidas cautelares liminares inominadas. Veja-se que o Professor Ovídio não levou na devida conta, *data venia*, que este fato, a propositura de cautelares inominadas, já se tornou freqüente, a ponto de merecer uma súmula do Rio Grande do Sul. O que se verificava lá, e o que esta Súmula quis conjurar, foi o desvio do juízo. A parte, conhecendo a tendência jurisprudencial do Tribunal de Justiça, e podendo antever que o Tribunal não lhe daria a liminar em mandado de segurança – que caberia ao Tribunal –, usa de ação cautelar perante o juiz singular, máxime se já está ciente de que o juiz singular costuma conceder liminar naqueles casos, e aqui se trata de liminar inominada.

No mesmo sentido, completando este entendimento, a Súmula n. 09: “Não é admissível, em cautelar inominada, a concessão de liminar nos casos em que, na via do mandado de segurança, houver vedação legal ao deferimento de liminares.” Realmente, parece-me que existe algo ousado nesta súmula. O que ela quer dizer, por exemplo, é que, se em mandado de segurança não se pode, desde logo, pleitear a título liminar, uma diferença de vencimentos, isso também não se pode pleitear na cautelar.

Tenho sérias dúvidas a respeito da compatibilidade desta ementa com o estado do Direito brasileiro de hoje, principalmente quando sabemos que as cautelares inominadas são principalmente aquelas que visam a tutelar o direito a alimentos, ou então que visam a tutelar o patrimônio de pessoas físicas ou jurídicas assaltadas e incomodadas pela prática tão usual, lamentavelmente, da ilegalidade ou do abuso do poder pela Administração Pública Estadual, mas principalmente a Federal.

Esta é, então, a primeira parte da minha exposição, cuja extensão peço excusas. Eu poderia ir ao ponto de me referir a alguns aspectos polêmicos, concernentes à competência, ao decreto liminar, a recursos, mas até imagino que

nos debates esta questão possa aflorar. Também peço desculpas pelo muito resumido da exposição, porque, evidentemente, temos que escolher. O tema é oceânico em sua grandeza e profundidade, e diria também em sua beleza.

Agora, desejo dar uma pequena amostra aos meus eminentes Pares, ilustres Colegas, daquilo que está acontecendo no Fórum. O que está acontecendo no Fórum, antes de tudo, é que a nossa informática ainda caminha um pouco precariamente. Certos *improvements*, dizem os ingleses, são urgentes. Se queremos ser contemporâneos, temos, de novo, que examinar a informática, porque estou a procura de alguns dados há bastante tempo, e de outros somente a partir de ontem, com os quais me favoreceu, com grande diligência e amabilidade, o eminente Ministro Geraldo Sobral, que é Corregedor-Geral da Justiça Federal. Mas ocorre que, na verdade, os dados do computador devem estar sempre disponíveis. De qualquer maneira, temos alguns dados conseguidos com algum esforço, e eu gostaria de que nós pudéssemos refletir um pouco sobre estes dados e, depois, eu faria uma proposição de ordem prática, para submeter à douta e prudente consideração de nossos eminentes colegas. Vamos a alguns dados concretos de que dispomos.

No primeiro semestre de 1991 deram entrada na Justiça Federal e Seção Judiciária do Distrito Federal, três mil e setecentos e uma ações cautelares, das quais trinta obtiveram liminares, mas não temos informações, por exemplo, se eram cautelares inominadas ou não. Não seria difícil obter tais informações, porque, em geral, a parte, na petição inicial, já apresenta seu pedido como cautelar inominada. De qualquer maneira, se não é arresto, seqüestro, busca e apreensão, certamente é cautelar inominada.

Na Justiça Federal de São Paulo, Primeira Instância, no mesmo período, até 30 de junho, cento e sessenta mil e quatrocentas e vinte e três demandas. Total de medidas cautelares: dezenove mil. Concessão de liminares: dezessete mil.

Na região do Rio Grande do Sul e Paraná, o total de distribuições, até 31 de agosto, foi de dezenove mil e setecentas.

Cautelares: quatro mil e quatrocentas.

Liminares: três mil e setecentas.

No Rio de Janeiro, até 30 de agosto: cinqüenta e três mil demandas; quatorze mil e quinhentas cautelares.

Agora, vamos fazer comparação com a Justiça Estadual de São Paulo (os meus eminentes Pares vão entender por que faço essa comparação com a Justiça Estadual de São Paulo, pois ali não está a Administração Federal, que é a grande vilã). Total de processos distribuídos no primeiro semestre de 1991, no

Estado de São Paulo: quatrocentos e cinquenta mil. Cautelares: dez mil e setecentas; concedidas liminarmente: três mil.

O que é que se passa com a Administração Federal?

Vemos, então, que o processo cautelar é, realmente, um instituto da maior importância, da maior atualidade, não somente no Brasil, mas em todo o mundo.

O que é que tem determinado essa crescente importância e atualidade do processo cautelar?

No Brasil, parece-me, primeiro de tudo, a inflação.

A inflação monetária e as conseqüentes medidas de natureza administrativa do Poder Executivo, transtornam os critérios negociais e levam as pessoas a entrarem em situação de presumível prejuízo ou risco de prejuízo. Essas pessoas são levadas a procurar a Justiça, buscando na mesma providências urgentes. São medidas de discutível legalidade, decorrentes da intensificação do processo inflacionário. Por outro lado, essas medidas são determinadas pelo desaparelhamento do serviço jurídico da União Federal.

A União Federal – Poder Executivo – é extremamente desassistida de assessoria legal, sendo assim, uma excelente ré, como todos os advogados sabem. Ninguém quer melhor réu do que a União Federal. Ela perde o prazo, não tem perito nem oficial de justiça, e tem poucos advogados. Não estou fazendo restrições aos Procuradores da República, que são excelentes juristas, dedicadíssimos. O Ministério Público da União não tem nada a ver com isso. Primeiro, porque o seu quadro não guarda nenhuma proporção com a realidade do País de hoje; e segundo, porque, na verdade, desde o advento da Constituição, a União está a dever ao Brasil seu corpo de advogados, que ainda não foi constituído.

Vejam alguns aspectos interessantes: na gestão do Conselho da Justiça Federal, de que tive a honra de participar – de 1985 a 1987 –, sob a Presidência do Exmo. Sr. Ministro Lauro Leitão, o Conselho deu início à descentralização da Justiça Federal.

Conseguimos naquele mesmo biênio instalar as primeiras varas descentralizadas em Santos, em Ribeirão Preto, em São José dos Campos, em Juiz de Fora, em Uberaba, em Uberlândia, e depois isso continuou.

Pois bem, nestas circunscrições judiciárias, onde estão os Juizes Federais, não há Procuradores da República, não há Delegacia de Polícia Federal, e, então, evidentemente que isto é um espelho de como a União encara o seu compromisso fundamental com o povo, que é o de revelar e manter a ordem jurídica, em cujo contexto os direitos subjetivos somente podem ser respeitados.

Proponho uma reflexão de ordem prática, que pela primeira vez esbocei em São Paulo, numa agradável reunião com os nossos prezados colegas, juizes federais da época, muitos deles hoje ilustrando o Tribunal Regional Federal. Não fui bem sucedido, havia proposto que considerasse que sempre que o Poder Executivo da União se destrambelhasse – o que acontece quase todas as semanas – e viessem mandados de segurança aos milhares, que os juizes federais procurassem entrar em um consenso: este caso merece liminar. E se o consenso fosse pela liminar, que todos, então, aderissem a esse entendimento, por maioria de votos, como se faz num Tribunal. Para evitar que o jurisdicionado ficasse procurando a vara “boa”. Quem iria impedir que o jurisdicionado peticione um mandado de segurança? Se o juiz não dá a liminar, o jurisdicionado já fica desanimando, desiste, e vai para outra Vara até achar um juiz que dê a liminar.

Como é que fica a Justiça? Qual é o seu rosto perante o povo?

Meus prezados colegas, eu disse tão pouco, tomei tanto tempo e há tanto para dizer, mas eu também apreciaria ouvir.

Muito Obrigado.

DEBATE

Ouve-se sempre com muito prazer e com muito proveito a palavra do Eminentíssimo Ministro **Bueno de Souza**, que acaba de demonstrar, para quem eventualmente não o tinha ouvido, ser realmente conhecedor profundo do processo, e não apenas do tema que abordou.

Pareceu-me, e V. Exa. afirmou expressamente, que a medida liminar no mandado de segurança é um provimento cautelar.

Sei que há dissenso, já havia no Tribunal Federal de Recursos e parece ainda haver no Superior Tribunal de Justiça, a respeito da validade do ato do juiz que, ao deferir uma medida liminar, exige um depósito para efetivação, para execução da medida liminar.

Tenho-me angustiado em inúmeras situações, tanto como juiz de 1º Grau e já como juiz de Tribunal Regional, diante de situações em que a medida liminar no mandado de segurança, embora provisoriamente tem um conteúdo de plena satisfatividade, e parece conduzir a uma situação irreversível e que, se, afinal, for denegado o mandado de segurança, não haverá como as coisas serem repostas na sua situação anterior.

Tenho para mim que quando dizemos que a liminar em mandado de segurança configura uma cautelar, precisamente conjuramos o risco de que a liminar do mandado de segurança possa ser satisfativa, como naquele caso da

liminar em mandado de segurança, para usar um argumento ao limite em que o impetrante pede uma certidão. Se liminarmente se dá a certidão, exaurido está o processo. Precisamente, a jurisprudência não admite que se vá a esse ponto, mas há situações em que a cautela, a título de liminar em segurança, proporciona alguma satisfação provisória, como, por exemplo, no caso em que um determinado desconto estava sendo feito e é suspenso. Então, não há dúvida, o impetrante, mediante esta cautelar, obtém um proveito prático, mas este proveito prático é interino, porque ele não é início de execução. Calamandrei, Carnelutti e Chiovenda, como se sabe, muito discutiram se a cautela configuraria uma execução, ou se a cautela coincidiria com um processo monitorio, isto é, de rápida formação de um título executivo, que seria logo posto em prática, e somente seria desconsiderado se agredido com êxito pelo adversário. E todas estas proposições foram rejeitadas.

Sempre se considerou importante insistir no caráter transitório da tutela cautelar.

O que pergunto ao Eminentíssimo Ministro Bueno de Souza é se, efetivamente, V. Exa. admite, a título de contra-cautela, por aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, a caução como condição para execução (não diria para o deferimento) da medida liminar?

O mandado de segurança fornece em liminar uma tutela transitória, que não deve ser exauriente, que pode ser suspensa, e que é tão transitória que está sujeita a um prazo de vigência.

Penso que o fato de encarmos (se é que todos nós encarmos) a liminar do mandado de segurança como cautelar não põe em questão o tema da garantia, porquanto, o que o juiz do mandado de segurança deve verificar é se o fato alegado é certo e se o direito é líquido. Neste caso, a liminar deve ser concedida, porquanto a permanência da situação em que se acha o impetrante é incompatível com a ordem jurídica vigente, salvo melhor juízo. O juízo se inclina, preliminarmente, antes pela ilegalidade do ato do poder público, do que pela falta do direito do impetrante. Tem havido casos na jurisprudência em que certas liminares em mandado de segurança são resguardadas por cauções, especialmente em matéria tributária.

Penso que não há mal em que os institutos jurídicos, sem desfigurar os seus princípios, sejam ajustados para novas necessidades. O princípio da instrumentalidade do processo prescinde a todo esforço da adaptação da prestação jurisdicional às circunstâncias adequadas. Isto, com todo respeito ao que pensa o Prof. Ovídio, abre muito o campo das cautelares inominadas, como também das liminares na segurança.

O PROCESSO DE EXECUÇÃO*

Proponho-me a discutir, tão brevemente quanto possível, alguns tópicos, cuja concatenação já anuncio.

São, na verdade, três linhas de considerações: uma delas a respeito de alguns momentos extraordinariamente transcendentais na evolução do Sistema Processual Civil ao longo do tempo, porquanto, nas principais etapas dessa evolução, podemos surpreender a problemática que foi enfrentada, as soluções propostas, os resultados obtidos e suas repercussões sobre o momento presente.

Depois direi algo a respeito de algumas daquelas características, para mim mais importantes, das inovações recentes ao Código de Processo em tema de execução.

Na terceira e última parte, pretendo problematizar a questão da adequação dessas normas ao processo executivo federal. Tema que, pelo que me consta, não foi ainda suficientemente enfrentado, mas que suponho seja de grande interesse para os juízes e tribunais.

Quanto ao primeiro tópico, direi que uma longa evolução, de mais de dois mil anos, tem levado a proposições como estas que agora começam a vigorar no Direito Positivo brasileiro. A partir de uma compreensão extremamente formalista da atividade judicial, que vigorou entre povos antigos como na Grécia, Roma, de uma visão sacral do teatro, do drama do processo, a evolução se impôs em várias direções. Primeiro, porque o desenvolvimento alcançado pela organização política e social de Roma até o surgimento do Império não tinha sido suficiente para imprimir ao processo o caráter eminentemente público, que depois veio a assumir. Por outro lado, o processo romano estava voltado para a ordem dos direitos privados, porquanto não é apropriado falar em direito público romano. Se, por direito público entendemos o que hoje se considera direito público, num contexto em que não havia limites objetivos, muito menos limites certos ao poder e à autoridade do príncipe, num sistema de organização política em que, muitas vezes, embora nem sempre, a vontade do príncipe era a lei, evidentemente não haveria espaço para o direito público; a relação, ali, a se verificar no convívio

* Conferência – A Reforma do Código de Processo Civil – promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal – 08/03/1996.

social, era a de sujeição, submissão do súdito ao titular da soberania, como uma emanção ou um modo de ser do seu poder pessoal.

Isso aconteceu, também, na Europa, logo depois da superação da pulverização medieval, com o aparecimento das monarquias dos estados modernos, monarquias dinásticas, quase sempre despóticas, onde o rei era a própria lei; o Estado se confundia com a pessoa do rei, naturalmente, com a da sua esposa, a rainha, e com seus conselheiros e bispos.

Nesse contexto, o processo não poderia mesmo proporcionar o conjunto de tutelas, cuja importância, hoje, reconhecemos de forma tão viva e freqüente. Daí que, retomando os textos do Direito Romano, os juristas do Direito comum, na baixa Idade Média, e, depois deles, os praxistas lusitanos, instigados pelas necessidades práticas do dia-a-dia, puderam perceber com clareza a restrição severa do sistema romano de administração da justiça civil no ponto em que o processo romano nunca chegou a proporcionar uma forma apropriada de atuação do direito, mesmo do direito reconhecido na sentença que tivesse passado em julgado. Aquilo que Carnellutti, com a sua conhecida elegância e senso poético, exprimiu numa frase que se lê uma única vez e se guarda toda a vida. "O processo de conhecimento se destina a transformar o fato em direito; e o processo de execução, a transformar o direito em fato", o que é uma suprema verdade; não era, contudo, uma aquisição nítida para os romanistas, que viam no processo - o que hoje podemos chamar o processo romano de execução -, com muita boa vontade, uma forma de concitação do vencido, de exortação do vencido, para que espontaneamente cumprisse a sentença. Foi penosa a evolução que, na última etapa, já no império, permitiu uma forma mais efetiva de separação de bens do patrimônio do devedor para que, mediante adjudicação desses bens ao credor, este pudesse ser satisfeito do seu crédito e a ordem jurídica pudesse concretamente prevalecer. Essa longa, penosa e insuficiente evolução do sistema processual romano somente poderia corresponder a um modelo de sociedade que já não se encontra no mundo de hoje, nem mesmo na Itália ou em qualquer outra parte. Pequenas sociedades em que o peso das tradições e costumes, em grande parte, servia para regular o bom andamento da vida social, em que a incidência de demandas era muito mais o exercício da cidadania, no sentido da época, do que propriamente uma forma de pacificação social. O escopo da pacificação social era próprio dos germânicos, que eram povos beligerantes, conquistadores, nômades, desprovidos de instrução e que não tiveram leis escritas por muito tempo; somente quando se assentaram em certas partes do sul da Europa e sob a influência do processo do Direito e da cultura romanos, chegaram a elaborar alguns ensaios de legislação.

Daí que principalmente os praxistas portugueses notaram, entre outras falhas que deveriam ser supridas, a da escassa efetividade prática da coisa julgada romana. Entenderam que o exercício da função judicial jamais poderia

exaurir-se pela prolação da sentença. A prolação da sentença não esgota a jurisdição; o *judicium*, o ofício do juiz, não insula *cognitio consistit*, isto é, não pode limitar-se a tomar conhecimento dos fatos alegados pelo réu e das pretensões que lhe são trazidas para sustentar, para, no confronto dessas alegações e pretensões com as resistências do réu, emitir um juízo de adequação da pretensão a lei, aos costumes ou à tradição. Os praxistas portugueses claramente perceberam, e o disseram de uma forma muito característica, que a jurisdição assim entendida estava incompleta, ela era como um sino sem badalo.

Tratava-se, portanto, de reformular o sistema de execução do julgado quando o vencido, espontaneamente, não se dispusesse a satisfazer o credor. As formas de execução que começam a se desenvolver na literatura ibérica, na literatura portuguesa de modo muito especial - o que, aliás, entre nós, Pontes de Miranda documenta, esclarece e expõe com imensa autoridade - levaram ao reconhecimento da execução como um tipo de tutela. Embora essas coisas não fossem tão nítidas, havia a compreensão de que era preciso erguer uma teoria da execução que completasse o elenco de tarefas a serem exercidas pela função jurisdicional. Outras contribuições sabemos que os juristas do Direito comum e da praxe também trouxeram, como, por exemplo, a expansão dos limites subjetivos de eficácia da coisa julgada. Nesse rumo, caminharam à procura de um consenso, de um acordo entre o sistema romano, severamente limitador da eficácia subjetiva das sentenças somente as partes litigantes, e a tradição impetuosa dos povos chamados germânicos, que realizavam o processo na floresta e decidiam tudo para todos, de uma só vez, mediante decisão que a todos afetava: a jurisprudência da época ergueu as figuras de intervenção de terceiros e tornou possível conferir ao produto do processo - a sentença - uma utilidade prática muito maior, uma eficácia muito mais pronunciada sem, contudo, romper com o dogma romano de que aquele que não foi parte não pode sofrer os efeitos diretos da sentença. Assim, também, no tema da execução.

Para abreviar essa mera recordação de algumas coordenadas que penso sempre necessário ter presentes quando tratamos dos casuísmos da lei, a evolução também se fez no plano da ciência para identificar os grandes temas do Direito Processual como distintos dos temas do Direito Civil, já encarados a partir da posição do Estado como responsável pela administração da justiça em formas ainda pouco claras como, por exemplo, no Parlamento de Paris, onde ao mesmo tempo se julgava, legislava-se e celebravam-se acordos com o monarca. A justiça do rei, no entanto, foi confrontada, como todos sabemos, pela eclosão revolucionária do século XVIII, quando se propôs, na teoria e na prática, um modelo novo de Estado, o Estado moderno, o Estado nacional, estruturado sob concepções filosóficas e antropológicas segundo as quais todos os homens são iguais e não se pode admitir que alguém exerça autoridade sobre outrem senão pelo livre consentimento da maioria. Essa autoridade somente há de ser exercida

por certo tempo, transitoriamente, segundo os critérios dos limites da lei e mediante responsabilidade pessoal, administrativa e penal de quem quer que exerça o poder político e, assim, a justiça não podia ficar mais entregue aos senhores de castelo, nem mesmo aos reis: passou a ser reivindicada. No Brasil, somente de cem anos para cá, temos a justiça confiada a um dos poderes da soberania nacional, o Poder Judiciário. Esta justiça, no Brasil, portanto, tem a mesma idade do cinema, quer dizer, sempre coisa muito moderna.

Não admira que o Poder Judiciário seja tantas vezes, embora nem sempre, alvo de suspeição, de má vontade por parte de outros núcleos de poder decisório, porquanto essa sede nova de poder no Brasil, com apenas cem anos, certamente ao assumir poderes na sociedade, retira esses mesmos poderes daqueles núcleos tradicionais, alguns deles exercidos no passado sem qualquer limitação. A evolução que se fez no campo da ciência, da sistemática, foi ao mesmo tempo extraordinariamente rápida e profunda a partir da reforma do Código de Processo Civil da Áustria, da edição da ordenação processual da Prússia, enfim, daqueles estudos de alto nível que se desenvolveram na segunda metade do século passado, em torno da ação, do processo, e mais no final do século, em torno da jurisdição. Isso levou a uma visão muito nova dos afazeres do processualista, da sua agenda de trabalho, da sua temática numa época em que o estado constitucional ganhava exemplificações históricas, algumas precárias e outras razoavelmente vitoriosas. No contexto desse novo modelo de estado nacional, de estado de direito, é que o processo encontrou o ambiente apropriado para que as conquistas da ciência, daquilo que o professor Alfredo Buzaid disse ser "o Direito processual como um sistema de princípios", pudessem nortear a edição de leis e a compreensão, interpretação e a aplicação da lei, não somente na atividade espontânea da sociedade civil, mas também, quando necessário, pela intervenção do juiz mediante o processo.

Foi no Congresso Internacional realizado em Florença, em 1950, que Calamandrei, presidindo a comissão organizadora, propôs abrir os olhos de seus ilustres colegas de tantos países como Alemanha, Iugoslávia, França, Espanha e até mesmo do Brasil. Foi ali, em 1950, logo depois de terminada a guerra, que, nesse notável congresso internacional, Calamandrei apresentou a fatura para exigir o seu resgate, dizendo, em palavras que não tenho a ocasião para traduzir de pronto, do débito dos processualistas, dos grandes cientistas, talvez dos mais cultivados cientistas de fins do século passado e começo deste. Os processualistas eram devedores de produtos apropriados para que a riqueza de princípios e a pureza de institutos do Direito Processual, escondidas ao longo de algumas décadas, fossem, urgentemente, traduzidas em benefícios concretos para o povo. Era uma época em que a explosão populacional já se configurava em várias partes do mundo, a intensificação do processo de industrialização impunha novas formas de relações, portanto de conflitos em que os Estados já

experimentavam muita dificuldade para responder pela visão clássica dos fins do Estado, consolidada no fim do século passado. Calamandrei cobra da comunidade dos processualistas a riqueza do arsenal jurídico processual como instrumento para servir ao povo, mediante a modernização da Justiça, mediante o seu aperfeiçoamento e mediante a ampliação do acesso à Justiça.

Vejo aqui um momento, provavelmente o primeiro, a convocar os processualistas para uma nova visão do processo, hoje tão divulgada, como a visão instrumental do processo e o compromisso do acesso amplo à Justiça. Calamandrei, logo depois, desenvolveu, em cinco conferências na Universidade do México, esse mesmo tema e reuniu essas conferências, ali proferidas, no quarto centenário de fundação daquela grande Universidade, com o título de *Processo e Democracia*, obra absolutamente clássica e de beleza insuperável, na qual o autor deixa bastante claro que nós, que nos dedicamos ao Direito Processual, temos de ter os olhos abertos para a realidade social que nos rodeia. Não admira, portanto, que o Código de Processo Civil Brasileiro em vigor tenha procurado trazer para o Brasil o aparato científico disponível à realização da justiça. Mas também é verdade que, no período histórico em que esse empreendimento se realizou, ainda entre nós não se tinham ressaltado suficientemente os aspectos sociais dramáticos da demanda de justiça. Ainda naquele tempo, cidades como São Paulo e Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Campinas e outras capitais do Brasil, e mesmo Brasília, não conheciam o fenômeno da expansão urbana desordenada, das populações marginalizadas e excluídas, muito menos tínhamos a experiência de setores de grandes cidades em que uma nova organização social se impõe quase incólume e onde existe um sistema próprio de segurança, senão mesmo de justiça. É razoável, portanto, que depois de 40 anos, o grito, o brado de Calamandrei seja ouvido e que alguma resposta lhe seja dada e que outras sejam ainda buscadas, descobertas, propostas e praticadas. É nesse contexto que vejo o esforço empreendido em setores da vida jurídica do Brasil. Posso mencionar a Escola Nacional da Magistratura, entre nós tão bem representada por nosso querido colega e seu Diretor, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, o Ministro Athos Carneiro e processualistas de São Paulo, de Minas Gerais, da Bahia e do Rio de Janeiro, reunindo-se, estimulados também pelo próprio Ministro da Justiça, pelo Congresso Nacional e por entidades científicas, no propósito de, mediante algumas leis, abrandar o rigorismo formal, atenuar a riqueza de aspectos técnicos do Código de Processo Civil Brasileiro e descobrir, nas franjas desse Código, aquilo que seja possível fazer para tomar a atividade do juiz mais ágil, porque mais simples também a forma de atuação dos advogados, dos auxiliares, criando assim também formas novas e efeitos novos dessas formas de busca da decisão judicial e de consecução das suas conseqüências práticas.

Vamos agora semear algumas inquietações ou simplificações a título de encorajamento, de reflexão e de estudo, especialmente por nossos jovens colegas juizes, que se deparam com essa temática, para a qual ainda não há muita, ou quase nenhuma experiência judicial. Estamos todos convocados para construir e não podemos ficar na situação daquele juiz de uma comarca distante de São Paulo que, diante de uma causa meio complicada, pressionado pelos advogados, disse: “aguarde-se jurisprudência.” Os senhores estão convocados para, em primeira mão, em primeira edição, dizer com autoridade aquilo que ilustres processualistas estão dizendo na perspectiva docente, na perspectiva reflexiva, no silêncio dos seus gabinetes e também nas aparições públicas, felizmente bastante freqüentes. A pena de um juiz de uma comarca distante vale mais para a ordem jurídica do que o parecer de Pontes de Miranda. Permito-me assim dizer que vocês, na verdade, estão com a palavra e, da minha parte, estou esperando. Eu, sim, esperando jurisprudência, porque, no Superior Tribunal de Justiça, essas causas vão levar algum tempo até se nos aproximarem.

Abordo, quase a título exemplificativo, alguns aspectos dessas inovações no tocante ao processo de execução. Começemos pelo art. 296 do Código, que sofreu alguma modificação.

Dispõe o art. 296: “Indeferida a petição inicial, o autor poderá apelar, facultado ao juiz, no prazo de quarenta e oito horas, reformar sua decisão. Não sendo reformada a decisão, os autos serão imediatamente encaminhados ao tribunal competente.”

Esse dispositivo, que é aplicável ao tema da execução, sofre, portanto, um aperfeiçoamento e uma simplificação de redação. Essa é uma interessante questão. O ato do juiz, que recebe a petição inicial de ação de execução, é um mero despacho de expediente ou é um ato decisório? Se ele fosse um ato de mero expediente, o juiz estaria legitimamente isento de qualquer responsabilidade no sentido de verificar, por exemplo, se o título fundante da execução proposta preenche requisitos legais para abrir as vias de execução, que não devem ser abertas irresponsavelmente pelos transtornos que elas se destinam a imediatamente produzir sobre a pessoa e o patrimônio do réu do executado.

O CPC, no art. 296, com a redação aperfeiçoada, deixa perfeitamente claro que admite a apelação, portanto, considera o caso como o de uma sentença terminativa.

Como o réu ainda não foi citado, como não se completou a relação processual, deve ser cientificado. Mas o réu não está sob o ônus de exercer o direito de defesa. E essa apelação dá ensejo ao juiz para que ele reconsidere.

E, assim, convencido que seja pelas razões do autor exequente, de que a execução não se apresenta defeituosa no ato de ajuizamento, ao contrário do que

foi assinalado pela decisão judicial, o juiz assegura, sem perda de tempo, o restabelecimento da ordem do processo, o procedimento do processo de execução. É, como se vê, uma inovação que responde àquele propósito a que aludimos: de agilização da prestação jurisdicional e de simplificação das formas adequadas para assegurá-la. Claro que, qualquer que seja a decisão do juiz, nesta instância, sobre a admissão, ou não, da execução, não é oponente ao réu, até então ausente da relação processual, e a questão porventura suscitada e resolvida não está resolvida para o réu, e este está livre para retomá-la e pleitear nova decisão.

Ainda no Livro Primeiro do CPC, há observações que me pareceram úteis, porque estou muito preocupado com os afazeres diários dos jovens juizes - a eles é que principalmente me dirijo. Falemos um pouco sobre honorários advocatícios na execução por título extrajudicial. Quando, em época muito remota, tive o privilégio de ser juiz da Segunda Vara Cível de Brasília, adotei a prática de, ao despachar a petição inicial de execução por título extrajudicial, arbitrar no rosto da inicial os honorários devidos ao exequente.

Naquela época, isso não era recomendado por nenhuma disposição. Essa prática se generalizou em Brasília, pelo que me consta também em outros lugares. Visava ela a agilizar a atuação jurisdicional e a facilitar também o trabalho e a vida do réu. O réu citado, desejando pagar, poderia pedir ao escrivão ou ao diretor de secretaria o cálculo do valor do principal dos juros, se houvesse correção monetária, e acrescentar a verba honorária. Assim, numa providência de um dia no fórum, ele teria tudo feito para que o juiz pudesse extinguir no nascedouro aquela execução e limpar o registro de feitos no que dissesse respeito ao réu. Isso foi muito importante em Brasília, por causa das circunstâncias próprias da cidade: muitos funcionários que queriam adquirir o apartamento funcional e precisavam de certidões diversas e esbarravam em processos que não tinham solução. Hoje isso está disciplinado expressamente no CPC, art. 20, § 4º. Esse artigo trata das despesas do processo. O § 4º diz que nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública e nas execuções embargadas ou não, os honorários serão fixados, consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo anterior. Essa orientação está hoje expressa e tende, sem dúvida, a facilitar e a abreviar essa fase do processo de execução, que pode perfeitamente por aí mesmo terminar.

Caso a execução seja embargada e o juiz deva, então, proferir uma sentença sobre os embargos, claro que esse arbitramento provisório de honorários já não poderá prevalecer, outras serão as circunstâncias que ele haverá de ponderar na sentença sobre embargos.

Ainda nessa parte, no tocante a honorários de perito, cabíveis, sem dúvida, também em embargos à execução, tive oportunidade de adotar, como juiz de Primeiro Grau, uma prática que não estava expressamente disciplinada. Costumava ouvir dos peritos indicados pelas partes, pois assim era o sistema do perito nomeado pelo juiz e dos assistentes, a proposta sobre honorários. Ouvidas as partes sobre a proposta, homologada a proposta, determinava que a parte requerente depositasse parte do valor dos honorários.

Na verdade, o perito, como profissional que é, não pode ser legitimamente constrangido a se afastar do seu ambiente de trabalho, a abandonar outros afazeres por conta de auxiliar o juiz e preparar um laudo, às vezes depois de dois ou três meses, e sujeitar-se a receber a remuneração dois ou três anos depois. Isso tornava até difícil para os juizes, em muitas causas, conseguir peritos competentes. Veja-se a projeção deste tema para o campo da execução fiscal, as dificuldades de ordem legal e administrativa para que o juiz federal possa proceder dessa forma; o CPC também está dispondo sobre isso no art. 19, § 2º, “salvo disposições concernentes à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento desde o início até a sentença final, e bem ainda, na execução, até a plena satisfação do direito declarado pela sentença.”

Vemos que, nesse capítulo introdutório do processo de execução e da admissão dos embargos à execução, as alterações introduzidas no CPC respondem sempre a este objetivo: de tornar mais simples a resolução de problemas muito freqüentes e, assim, tornar mais rápido o andamento do processo de execução e, como podemos ver, sem nenhuma quebra a qualquer dos grandes princípios do sistema processual.

Os embargos do devedor, evidentemente, são uma ação acessória. Suponha-se que o exequente venha desistir da execução, é claro que se ele desiste da execução, em linha de princípio, parece que os embargos ficam destituídos de interesse como condição de ação. O art. 569 do CPC dispõe do seguinte modo: “o credor tem a faculdade de desistir de toda a execução ou de apenas algumas medidas executivas.”

Providência muito sábia, porque atenua a rigidez dos modelos processuais, do ato postulatório inicial, por exemplo, facilita a atividade decorrente da boa-fé.

Aquele que é um exequente convencido de que uma das parcelas não é devida, pode perfeitamente agir no sentido de excluí-la da sua pretensão e isso queima, claro, sucessivas e numerosas etapas. O credor tem a faculdade de desistir de toda a execução ou de apenas algumas medidas executivas.

Na desistência da execução observar-se-á o seguinte: serão extintos os embargos que versarem apenas sobre questões processuais, pagando o credor as

custas e os honorários advocatícios. Nos demais casos, a extinção dependerá da concordância do embargante.

Claro que, se a objeção dos embargos diz respeito ao próprio processo, e a desistência torna essas questões irrelevantes, pode acontecer que os embargos busquem mesmo um reconhecimento da nulidade do título e, portanto, da inexistência da dívida. Então, nesse caso, a desistência do autor parece somente concorrer para coadjuvar a pretensão do réu embargante, caso em que os embargos devem prosseguir.

Mais que curioso e importante é ver aqui como a atividade ou a função de conhecimento, de cognição do juiz, está presente na execução. Recordo-me de ter ficado vencido e, douda feita, vitorioso por escassa margem de votos no Tribunal Federal de Recursos, quando insisti, junto aos meus doutos Pares, no sentido de reconhecermos que, ou existe espaço para alguma defesa na execução, mesmo que não haja embargos, ou então execução não é processo; processo em que não há espaço para contraditório não é processo. Claro que não é por contestação, por defesa ou por resposta que o executado vai realmente atingir no âmago a execução, mas é claro que ele deve ter a oportunidade de impugnar um laudo de avaliação; ou será necessário sempre embargar, mesmo não havendo motivo para isso, para resguardar um direito de, daqui a seis anos, impugnar um laudo?

Todos esses dispositivos que lemos convergem para aquilo que está expresso no Código que se mantém ali, isto é, a aplicação em execução dos grandes princípios próprios para ela, também, do processo de conhecimento.

Como título hábil para basear a execução, no elenco constante do art. 584, títulos judiciais, do inciso III do CPC, a sentença que homologa laudo arbitral de conciliação ou de transação, ainda que não verse questão posta em juízo.

São títulos executivos judiciais: a sentença condenatória proferida no processo civil, a sentença penal condenatória transitada em julgado; a sentença homologatória de laudo arbitral, de conciliação ou de transação, ainda que esta não verse questão posta em juízo, a sentença estrangeira: formal de partilha e parágrafos-títulos que se referem ao inciso V desse artigo. Têm força executiva exclusivamente em relação ... etc.

O art. 585 vai adiante: "São títulos executivos extrajudiciais: as letras de câmbio", e inclui aqui as debêntures. Estabelece o inciso II: a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores.

Essas disposições do Código se destinam a viabilizar a execução das transações feitas nos Juizados de Pequenas Causas, que não tinham força executiva, agora previstas como títulos hábeis para basear o processo de execução. No inciso II, o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores, advém da Lei nº 8.953, de 3 de dezembro de 1994, e, assim também, o parágrafo primeiro do art. 585 sofreu importante ampliação ao dizer: “a propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo não inibe o credor de promover-lhe execução.” Como sabemos, o dispositivo que tínhamos, até então, era apenas aquele da lei de execução fiscal em que se assegurava a viabilidade da ação de execução fiscal, mesmo que houvesse uma iniciativa do devedor em juízo de conhecimento. É claro que, como muitas vezes dissemos no Tribunal, havia causas conexas, o julgamento de uma envolvia o julgamento de outra. Agora, o CPC contém semelhante disposição não somente no tocante ao juízo da execução fiscal. A propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução. Claro que, promovida a execução, a ação de conhecimento que a antecipar a atrairá à competência do juiz, fará com que ela prevaleça e, as causas, tanto de conhecimento como de execução, porque a de conhecimento é prejudicial da outra, tenham andamento perante o mesmo juiz.

Uma observação a respeito do art. 601 do CPC:

Nos casos previstos no artigo anterior, art. 600, o devedor incidirá em multa fixada pelo juiz, em montante não superior a 20% do valor atualizado do débito em execução, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material, multa essa que reverterá em proveito do credor, exigível na própria execução.

Aqui o juiz é munido de um poder de iniciativa. Na verdade, é um poder de inspeção, de direção do processo. O propósito, é evidente, é o de desencorajar a chicana, a conduta meramente impeditiva da marcha normal do processo, porque, na verdade, o Código de Processo Civil, originariamente, previa para o caso a interdição de que a parte que se tresmalhava na conduta processual ficasse impedida de falar nos autos até que cessasse a sua intervenção perturbadora. Agora se prevê uma multa contra estímulo, ao que parece mais eficaz, e que, certamente, contribuirá para maior eficácia do processo de execução. Houve o aperfeiçoamento desse artigo original do CPC que, na verdade, incorria até em inconstitucionalidade ao vedar a parte de falar nos autos, contrapondo-se a um princípio fundamental de qualquer tipo de processo, que é o princípio do contraditório. Isso, portanto, foi corrigido. Por um lado, um deslize de ordem técnica, na verdade, uma afronta à Constituição e, por outro lado, de uma forma compatível a ela, assegurando-se a autoridade do juiz na direção do processo e na coibição dos abusos.

No tocante à liquidação, há algumas considerações a fazer: o CPC, na sua versão original, não previa citação do vencido para a liquidação, isto é, a fim de acompanhar procedimento de liquidação, como sabemos destinado à complementação do título executivo judicial, sentença de condenação genérica, mediante cálculo do contador. Se a complementação, a integração do título judicial condenatório dependesse de cálculo do contador, limitava-se o juiz a enviar os autos ao contador e depois dar conhecimento do cálculo às partes; havendo impugnação, a resolvia; não havendo, homologava o cálculo. Muitas vezes homologava-o sem mesmo ler, dado que não havia questão nenhuma e o cálculo fora feito por um oficial público.

O sistema adotado pelo CPC, penso, vai suscitar discrepâncias pretorianas, algumas dificuldades, especialmente no âmbito da Justiça Federal. O modelo que o CPC inicialmente propôs refletia um estágio não tão crítico do serviço forense como o do nosso tempo. A agravação da crise levou a esta engenhosa proposta: o exequente prepara um demonstrativo do seu crédito e oferece ao juiz, que ouve a parte contrária, e, não havendo impugnação - sem dúvida, de uma forma muito simples, rápida - completou-se o título executivo, a sentença agora se refere à quantia líquida. É claro que isso no âmbito da Justiça Federal suscita muitas preocupações.

Quando começamos a descentralizar a Justiça Federal, no biênio de 85/87, instalamos varas federais em cidades do interior de vários estados onde não havia procuradores da República e, ainda hoje, há juízes federais que precisam remeter os autos das causas, que correm perante eles, para ouvir, colher pronunciamento de procuradores da República. Se nós tivermos em mente não somente a Justiça Federal, mas também o Instituto Nacional de Seguridade Social e os fatos alarmantíssimos de que temos notícias freqüentes pelos jornais, de distorções absurdas ocorridas em vários processos, cabe-nos refletir sobre essa simplificação do procedimento de liquidação por cálculo aritmético, notadamente, quando, na Justiça Federal, existe o aparelho, embora deficitário, para a realização desses cálculos.

A citação, por outro lado, prevista para o procedimento de liquidação por artigos e por arbitramento é, segundo a inovação introduzida no CPC, feita na pessoa do advogado.

Também nesse ponto, do ponto de vista técnico, poder-se-ia indagar, se, de fato, há a verdadeira citação e também sobre os riscos que essa forma de citação possa envolver. Estou apontando aqui um problema que me parece, algumas vezes, suscitar questionamentos, ou seja, o problema dos limites que devam ser reconhecidos entre as possibilidades de simplificar e agilizar o processo e a necessidade de resguardo de certas formas, não por serem formas processuais,

às vezes antigas e consolidadas, mas por serem comprometidas com princípios fundamentais da atividade processual.

Termino propondo, como disse, um questionamento: como fica esse conjunto de inovações no âmbito da Justiça Federal?

Essa matéria não foi ainda suficientemente enfrentada; ou melhor, foi sim, por um lado, e aqui o outro aspecto que suscito: tenho comigo pelo menos três cópias de resoluções de presidentes de Tribunais Regionais Federais, deliberando sobre como devam ser efetuadas as liquidações por cálculo, como que regulamentando o Código de Processo Civil na sua forma atual, em que o credor apresenta a memória do seu crédito, justifica as parcelas e assim propõe a forma de liquidação a ser homologada pelo juiz, se não for impugnada.

Penso que esse tema exija uma reflexão madura, ampla, no tocante à Justiça Federal; por outro lado, penso que os atos de presidente de Tribunal, a respeito do modo como devam proceder os juízes no tocante a esse particular, dão margem a certas restrições. A matéria é jurisdicional; ela deveria ser decidida no plano legislativo ou no plano jurisprudencial. Tenho fortes dúvidas sobre a adequação da resolução unipessoal do presidente para dirimir questões concernentes ao modo como essa lei convive, ou não, com o velho código - chamemos o velho código, o código original, não tão velho. Se se convivia com o código original, parece que a execução fiscal certamente poderá viver também com a execução atual, as inovações de que falamos, introduzidas no CPC. De qualquer sorte, é preciso, primeiramente, identificar a instância competente para dirimir as dificuldades. E, muito especialmente aos juízes federais, esse assunto fala muito alto, por causa de tudo quanto já sabemos que tem acontecido em muitos lugares no Brasil, desguamecendo a forma como a liquidação tem sido feita, os interesses do erário público, e comprometendo gravemente a própria fisionomia e a conceituação da Justiça.