



**PUC**  
**CAMPINAS**  
PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA



# Revista Jurídica

Vol. 15 - Nº 1 - 1999

**FACULDADE DE DIREITO**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE CAMPINAS**

**GRÃO-CHANCELER**

D. Gilberto Pereira Lopes

**MAGNÍFICO REITOR**

Pe. José Benedito de Almeida David

**VICE-REITOR PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS**

Prof. José Francisco B. Veiga Silva

**VICE-REITOR PARA ASSUNTOS ACADÊMICOS**

Prof. Carlos de Aquino Pereira

**DIRETOR DA FACULDADE DE DIREITO**

Prof. Luís Arlindo Ferriani

**REVISTA JURÍDICA**

**Periodicidade Semestral**

**CONSELHO EDITORIAL**

Profª Régis de Moraes

Profª Constança Marcondes César

Renan Severo Teixeira da Cunha

Heitor Regina

Jamil Miguel

Yara Maria B. de C. F. Chaves Pinto

Editora responsável - Vera de Arruda Rozo Cury

Jorge Luiz de Almeida

Agerson Tabosa Pinto

Ana Maria Melo Negrão - Revisora

---

**REVISTA JURÍDICA**

Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas

Rua Marechal Deodoro, 1099 - Tels. 735-5899 ou 735-5833

Caixa Postal 317 - CEP 13020-904 - Campinas, SP

---

# Revista Jurídica

ISSN 0103-5622

Revista Jurídica	Campinas	v. 15	Nº 1	p. 1-61	1999
------------------	----------	-------	------	---------	------



## SUMÁRIO

### ARTIGOS

<b>A Prova Escrita na Ação Monitória</b> João Batista Lopes .....	5
<b>Liminar Cautelar e Antecipação de Tutela</b> Jorge Luiz de Almeida .....	11
<b>O Sagrado no Pensamento de Vicente Ferreira da Silva</b> Antônio Braz Teixeira .....	13
<b>Exceção de Pré-Executividade</b> Francisco Fernandes de Araújo .....	19
<b>Propostas de Alteração do Código de Processo Civil, como Contributo dos Alunos do Curso de Mestrado da Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Estado de São Paulo, Sob a Orientação do Professor Doutor João Batista Lopes .....</b>	31
<b>O Efeito Ativo do Agravo de Instrumento</b> Ricardo Hoffmann .....	37
<b>Admissibilidade ou não das Ações Mandamentais no Ordenamento Jurídico Brasileiro</b> Marcos Destefenni .....	48
<b>O Cosmos Humano: Ética e Utopia</b> Constança Marcondes Cesar .....	58

## A PROVA ESCRITA NA AÇÃO MONITÓRIA

João Batista LOPES\*

### 1. TUTELA JURISDICIONAL DIFERENCIADA E AÇÃO MONITÓRIA

Sensíveis aos males decorrentes da chamada ordinarização do processo civil, os processualistas vêm, há décadas, propugnando pela adoção de técnicas de agilização e sumarização que passaram a integrar o conceito amplo de tutela jurisdicional diferenciada.

Só nos últimos anos, porém, é que se fez sentir, efetivamente, pressão da comunidade jurídica no sentido de dotar o sistema processual de instrumentos mais eficazes para enfrentar as causas da morosidade da justiça.

Recorde-se que tentativa de mera simplificação dos procedimentos - notadamente a introdução, pelo Código de 73, do procedimento sumaríssimo - resultara infrutífera, como foi discutido, à larga, em congressos e simpósios de âmbito nacional.

Também não se revelara suficiente a adoção do julgamento conforme o estado do processo, pesem embora as vantagens técnicas e práticas da inovação.

Ainda que, setorialmente, algum progresso tivesse sido registrado nesse campo - a retirada do efeito suspensivo na apelação nos processos regidos pela Lei do Inquilinato é exemplo disso - persistiu o quadro de lentidão na justiça com grave repercussão na imagem do Poder Judiciário.

Em verdade, simples alterações legislativas não têm o condão de resolver a chamada crise da Justiça.

O insuficiente número de juizes, o atraso na informatização dos cartórios, a má remuneração dos servidores e o anacronismo da organização judiciária são algumas das causas principais desse magno problema.

De qualquer modo, era necessário ampliar o quadro de tutelas o que implicava alterações significativas no diploma processual, em harmonia com a evolução doutrinária registrada em outros países, notadamente, a Itália.

Partindo da premissa de que a tutela jurisdicional diferenciada não significa simples alterações procedimentais, mas requer perfeita adequação às exigências do direito material, a recente reforma processual contemplou moderno quadro de tutelas que inclui a tutela antecipada, a tutela específica e a tutela monitoria, tudo com o escopo de aprimorar a prestação jurisdicional e o acesso à justiça.

Nesta breve exposição, será objeto de análise um dos aspectos da ação monitoria, qual seja, o conceito de **prova escrita** para fins de admissibilidade deste instituto.

### 2. NATUREZA DA AÇÃO MONITÓRIA

A respeito da natureza da ação monitoria, a doutrina apresenta panorama de contrastes.

Em trabalho anterior, escrito pouco tempo após o início da vigência da lei, deixamos consignado:

"O que caracteriza o procedimento monitorio e o extrema dos demais é a ordem (mandado) de pagamento expedida *inaudita altera par-*

---

(\*) Professor do curso de mestrado em Direito Processual Civil da Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

te, em cognição sumária, com a finalidade de preparar a execução.

Cuida-se, em última análise, de processo de criação de títulos executivos segundo a sintética formulação de GUASP.

A ação monitória não se insere, pois, entre as ações de execução, mas constitui procedimento especial (sumário) do processo de conhecimento."<sup>1</sup>

### 3. DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

A Lei 9.079, de 14/7/95, ao introduzir a ação monitória no sistema processual pátrio, optou pelo procedimento monitório documental, como se vê da nova redação dada ao art. 1.102 a:

"A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou determinado bem móvel."

Independentemente da discussão sobre a natureza da ação monitória, não há possibilidade de confundi-la com outros tipos de tutela jurisdicional contemplados pelo legislador.

Assim, extrema-se da tutela executiva uma vez que não se lastreia em **título executivo**, nem objetiva ato de expropriação de bens do devedor.

Por outro lado, claras são as diferenças entre a tutela monitória e a tutela antecipada:

- a) a ação monitória caracteriza-se pela expedição de mandado *initio litis e inaudita altera parte*; a antecipação da tutela pode ser concedida *inaudita altera parte*, na hipótese do art. 273, I;
- b) a ação monitória, no sistema pátrio, deve lastrear-se em prova escrita; a tutela antecipada, a seu turno, requer prova inequívoca (*rectius*, segura) que não precisa ser documental;
- c) a antecipação da tutela tem por escopo *antecipar efeitos* da sentença; a ação monitória, a expedição de mandado de pagamento e a formação de título executivo;
- d) a tutela antecipada não pode ser concedida se houver risco de irreversibilidade dos

efeitos do provimento, requisito que não se exige na ação monitória;

- e) a revogabilidade é nota peculiar à antecipação da tutela (CPC, art. 273, § 4º), traço que não se apresenta na ação monitória;
- f) a tutela antecipada tem maior elastério que a ação monitória, certo que a última se circunscreve à proteção dos direitos do credor de soma em dinheiro, coisa fungível ou bem móvel determinado.

A disciplina legal da ação monitória é parcimoniosa e, por isso, vários pontos permanecem indefinidos na doutrina e na jurisprudência.

Assim, por exemplo, discute-se sobre o caráter da cognição nela exercida, a natureza dos embargos ao mandado, a admissibilidade da ação monitória em face da Fazenda Pública, o conceito de **prova escrita**, etc.

Vejamos, então, o último dos pontos mencionados (o conceito de prova escrita)

### 4. CONCEITO DE PROVA: ASPECTOS OBJETIVO E SUBJETIVO

Já foi dito que o legislador pátrio acolheu o procedimento monitório documental, como está claramente estabelecido no art. 1.102 a, que exige prova escrita para o seu manejo.

O conceito de prova escrita é, porém, polêmico.

O vocábulo **prova** tem origem latina (**probatio**: verificação, inspeção, exame).

Na linguagem técnico-jurídica significa **demonstração**, mas a doutrina distingue os aspectos objetivo e subjetivo da prova.

Objetivamente, prova é o conjunto de meios utilizados para formar a convicção do julgador sobre a existência ou inexistência dos fatos alegados no processo.

Subjetivamente, designa a própria convicção que se forma, no espírito do julgador, sobre a existência ou não desses fatos.

Assim, poder-se-á dizer que o autor produziu prova das suas alegações juntando documentos e arrolando testemunhas, isto é, valendo-se desses meios para convencer o juiz.

E o juiz, na sentença, poderá acolher ou rejeitar o pedido do autor com base na **prova** dos fatos alegados (isto é, na **convicção** que ele formou sobre tais alegações).

Há que ressaltar, ainda, a carga de subjetividade que envolve a análise do conjunto das provas. O advogado do autor, por exemplo, poderá dizer a seu cliente que conseguiu provar, com testemunhas, as alegações da inicial. E o do réu poderá dizer o mesmo com relação à defesa apresentada.

Considerando, porém, que o juiz é o destinatário da prova, tem-se que, rigorosamente, só se poderá afirmar que um fato foi provado nos autos no momento em que o juiz se convencer de sua existência ou veracidade.

## 5. HIERARQUIA DE PROVAS. PROVA ORAL E PROVA ESCRITA

É corrente a assertiva de que todas as provas têm valor relativo, razão por que devem ser avaliadas segundo o princípio da livre convicção do juiz (*fectus*, princípio da persuasão racional).

Em verdade, afastado o critério das provas legais ou tarifadas, vê-se o julgador livre para apreciar as provas produzidas pelas partes o que pode levar à conclusão de que, no sistema, não há hierarquia de provas.

Contudo, o próprio legislador, em certos casos, consagra tal hierarquia ao exigir, por exemplo, instrumento público na compra e venda de imóvel ou ao impor restrições à prova testemunhal.

Por outro lado, há fatos cuja demonstração se torna difícil (ou inviável) sem a inquirição de testemunhas (por exemplo, a culpa em acidentes de trânsito, a insinceridade do pedido de retomada, a recusa no recebimento de aluguéis, etc.).

Há que ressaltar, também, que, em outras hipóteses, sem exigir instrumento público para a validade do ato, a lei não abre mão, porém, da forma escrita como ocorre na **fiança**, na **alienação fiduciária em garantia**, na **convenção de condomínio**, etc.

Como se vê, a regra geral de que todas as provas têm valor relativo admite várias exceções que não podem ser esquecidas no estudo da matéria.

## 6. A PROVA ESCRITA NA AÇÃO MONITÓRIA

### 6.1 - Considerações gerais

Na nova redação do art. 1.102 **a**, valeu-se o legislador da expressão **prova escrita**, cujo conceito pode ensejar alguma controvérsia.

Cabe registrar, antes de tudo, que, em relação à tutela antecipada, diversa foi a orientação adotada: o art. 273 alude à **prova inequívoca**, sugerindo a possibilidade de se admitir, também, a prova oral.

Prova escrita é espécie do gênero prova documental.

**Documento** significa representação ou reprodução de um fato ou de um ato, em geral com a utilização do papel e, mais raramente, da madeira, da pedra, do metal etc..

Assim, há documentos escritos e documentos não escritos.

### 6.2 - Distinção entre documento, declaração e instrumento

Há que distinguir **documento** de **declaração** e de **instrumento**.

**Declaração** é ato de vontade que pode exteriorizar-se ou não, em documento. Nos negócios jurídicos não solenes (v.g. empreitada, comodato) as obrigações podem ser assumidas verbalmente.

Importa ressaltar, também, que, num único documento, pode haver mais de uma declaração como ocorre, por exemplo, com o aval na nota promissória.

Também não há confundir **documento** com **instrumento**, certo que o primeiro é gênero de que o segundo é espécie: **Instrumento** é documento adrede preparado para fazer prova no futuro, isto é, é prova preconstituída.

### 6.3 - Conceito de prova escrita

A expressão **prova escrita**, aparentemente clara, pode, porém, ensejar discussões teóricas com repercussões práticas.

Assim, indaga-se, para logo, se qualquer documento escrito é idôneo para instruir a ação monitoria.

A resposta é, evidentemente, negativa.

Surge, então, a questão central a ser deslindada: só os documentos emanados do devedor se prestam ao manejo da ação monitória?

Em princípio, seria lícito supor que, por implicar, a ação monitória, em expedição de mandado de pagamento **inaudita altera parte**, teria sempre de escorar-se em documento emanado e assinado pelo devedor.

A lei processual não faz, porém, qualquer exigência neste aspecto e a doutrina e a jurisprudência inclinam-se no sentido de conferir maior elastério à expressão **prova escrita**.

Assim, por exemplo, GARBAGNATI admite possa o autor valer-se de documento escrito que, posto não represente o fato constitutivo de seu direito, demonstre fato diverso de que se possa inferir a existência desse direito.<sup>2</sup>

Com maior ênfase, ALDO CAVALLLO, também monografista da ação monitória, considera prova escrita qualquer documento que, privado embora de certeza absoluta, seja merecedor de fé pelo juiz.<sup>3</sup>

E SCIACCHITANO, discordando de CARNELUTTI, mostra que a prova escrita, na ação monitória, não constitui título injuntivo devendo ser avaliada livremente pelo juiz<sup>4</sup>.

Na doutrina pátria, que já é copiosa, CÂNDIDO DINAMARCO entende que:

"Para tornar admissível o processo monitório, o documento há de ser tal que dele se possa razoavelmente inferir a existência do crédito (...)"<sup>5</sup>.

ANTONIO RAPHAEL SILVA SALVADOR admite, expressamente, que "a prova escrita referida no art. 1.102 a do Código de Processo Civil não precisa emanar forçosamente do réu-devedor"<sup>6</sup> e CARREIRA ALVIM mostra serem perfeitamente aplicáveis à monitória as disposições do art. 371 do código<sup>7</sup>.

Em verdade, a lei processual refere-se genericamente à **prova escrita**, sem fazer distinções. (**ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus**).

Daí não se conclua, porém, deva o juiz aceitar mera declaração unilateral do credor, desacompanhada de outros elementos de convicção.

Como anota ANTONIO CARLOS MARCATO, a prova escrita deve ser completa, conquanto possa o juiz autorizar sua complementação, sob pena de indeferimento da inicial.<sup>8</sup>

A questão deve ser resolvida à luz da teoria geral da prova, mediante aplicação do princípio da persuasão racional.

A tal respeito, importa recordar que, ao revés do que geralmente se sustenta, o estatuto processual vigente não consagra, em seu art. 131, o princípio da livre convicção, mas sim o da persuasão racional.

Com efeito, a liberdade concedida ao juiz, na apreciação da prova, não é absoluta, uma vez que ele não pode decidir com base, exclusivamente em suas impressões pessoais.

Como é curial, o juiz não pode desprezar os princípios lógicos, as regras jurídicas, as leis da economia, as máximas de experiência, etc. e, ao julgar, tem o dever de indicar os motivos que lhe formaram o convencimento.

#### 6.5 - Título executivo não é hábil para o manejo da ação monitória

É conhecida a divergência doutrinária acerca da natureza do título executivo matéria que, porém, regoge aos objetivos deste trabalho.

A questão que se põe, neste ensejo, é saber se a expressão prova escrita abrange, também, o título executivo.

Posto seja o título executivo, inquestionavelmente, documento escrito representativo da obrigação, isto é, prova dela, não se presta, porém, ao manejo da ação monitória.

É que a ação monitória, como já exposto, inclui-se entre as ações de conhecimento, por isso que objetiva a constituição, de forma célere, do título executivo.

Ora, dispondo já o credor de título executivo, cuja eficácia abstrata lhe permite, desde logo, fazer deflagrar o processo de execução, não necessita do processo de conhecimento, isto é, não tem interesse de agir.

Recorde-se que o interesse de agir é traduzido pela necessidade ou utilidade do provimento jurisdicional.

Na fórmula clássica de CALAMANDREI, o interesse processual surge quando se verifica, em concreto, fato que torne imprescindível o exercício do direito de ação.

A obtenção do bem deve buscar-se normalmente (fisiologicamente) na prestação do obrigado, surgindo a ação como sucedâneo em caso de omissão ou recusa do devedor.

Nem se alegue que ao credor possa interessar a obtenção de sentença que reconheça como bom o título apresentado. O processo de execução não se presta a tal fim, isto é, ao reconhecimento do direito alegado, mas tem por escopo atividade prática, traduzida em atos coativos que implicam agressão ao patrimônio do devedor.

Pode dar-se, porém, que ao documento apresentado pelo autor faltem requisitos essenciais para ser tido como título executivo. Nessa hipótese, em tese, o documento escrito poderá instruir a ação monitoria, como se tem entendido.

#### 6.6 - Casuística

Diversamente da técnica adotada no art. 585, a lei processual preferiu abster-se de fornecer elenco das situações ensejadoras do pedido monitorio.

Ainda que se possa considerar lacônica a disciplina da matéria, força é convir que, no ponto ora discutido, andou bem o legislador.

É que a dinâmica e complexidade da atividade comercial apresenta peculiaridades que o legislador não pôde prever e que somente a jurisprudência saberá equacionar.

De qualquer modo, em princípio, devem ser considerados prova escrita para os fins do art. 1102 não só os documentos emanados do devedor (vales, cartas ou bilhetes de que se possa inferir a existência de obrigação de pagar soma em dinheiro ou entregar coisa certa e, de modo geral, documentos desprovidos de duas testemunhas, por ex: contrato de abertura de crédito ou títulos a que falte algum requisito exigido por lei), mas também provenientes de terceiros (guias de internação em hospitais para fins de cobrança de honorários médicos, extratos contábeis regulares, requisições de exames

laboratoriais ou serviços protéticos, etc.). Também títulos de crédito prescritos ou imperfeitos, saques automáticos, duplicatas sem aceite desacompanhadas do comprovante processo, acordos não homologados, sentença declaratória de existência de dívida, etc.

#### 6.7 - Conclusão

De todo o exposto é lícito concluir que a prova escrita a que se refere a lei processual não é apenas a constituída pelo devedor ou dele emanada. Ao juiz caberá verificar, em cada caso, se os documentos apresentados pelo autor, ainda que produzidos por terceiros, têm o condão de estabelecer vínculo jurídico idôneo a autorizar a expedição, initio litis, de mandado de pagamento.

De outro lado, simples declaração unilateral do credor desacompanhada de outros elementos de convicção não constitui, à evidência, prova escrita para o fim sobredito.

#### NOTAS

- <sup>(1)</sup> Cf. R. T. 732/74. Diversamente, CANDIDO DINAMARCO prefere falar em processo monitorio, e não em procedimento monitorio: "Sob a denominação ação monitoria, a lei 9.079, de 14 de julho de 1995, incluiu no livro do Código de Processo Civil destinado aos procedimentos especiais uma modalidade de processo inteiramente nova em nova ordem jurídico-processual, que é o processo monitorio. Não se enquadra na figura do processo de conhecimento, nem na do executivo e muito menos na cautelar. É um processo que com extrema celeridade propicia um título executivo ao autor munido de documentos idôneos, prosseguindo desde logo, sem a instauração de novo processo, com a execução fundada nele" (A reforma do Código de Processo Civil, 3ª ed., Malheiros, p. 229). Cabe registrar que a lei processual optou por incluir a ação monitoria entre os procedimentos especiais do processo de conhecimento o que, porém, não elimina a controvérsia sobre o ponto. A exata medida do dissídio doutrinário acerca da natureza do instituto é dada por GARBAGNATI (II procedimento d'ingiunzione, Milão, Giuffrè, pág. 19 e segs.), SATTÀ (Diritto processuale civile, Pádua, 1987, pág. 756), SCIACCHITANO (cf. Ingiunzione, in Enciclopedia del Diritto, Ed. Giuffrè, 1971, vol. XXI), TALAMINI (Tutela monitoria, Ed. R. T., pág. 164), MARCATO (O processo monitorio brasileiro, Malheiros Editores, 1998), CARREIRA ALVIM (Código de processo civil reformado, Ed. Del Rey, pág. 307), ANTONIO RAPHAEL SILVA SALVADOR (Da ação monitoria e da tutela jurisdicional antecipada, Malheiros Editores, 1995), TUCCI (Ação monitoria, Ed. R. T., pág. 58 e segs.), MARIA DE FÁTIMA DOS SANTOS GOMES (Ação monitoria, tese, PUC/SP, 1998), etc.

(2) GARBAGNATI refere-se à "prova per presunzioni del fatto costitutivo del diritto del ricorrente, soltando nei limiti in cui l'art. 2729 ammette tale prova in un processo di cognizione ordinario" (Il procedimento d'ingiunzione, Milão, Giuffrè, 1991, p. 56).

Cabe registrar, porém, que não se pode falar, tecnicamente, em "prova por presunções", porque a presunção é mecanismo pelo qual se **dispensa** a prova.

(3) La prova scritta nel procedimento per ingiunzione, in l'opposizione al decreto ingiuntivo nei suoi momenti applicativi, Milão, Ed. Giuffrè, 1994, p. 81.

(4) cf. Ingiunzione, in Enciclopedia del Diritto, Ed. Giuffrè, 1971, vol. XXI, pág. 516.

(5) A reforma do Código de Processo Civil, 3ª ed., Malheiros Editores, p. 235/236.

(6) Da ação monitória e da tutela jurisdicional antecipada, Malheiros Editores, 1995, p. 20. Veja-se, também, Eduardo Talamini, Tutela monitória, Ed. RT, 1998, p. 70 e segs..

(7) Código de Processo Civil Reformado, 2ª ed, Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 1995, p. 38.

(8) O processo monitório brasileiro, Malheiros Editores, 1998, p. 64.

(9) Derecho procesal civil, trad. De Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ed. E. J. E.ª, 1986, vol. I/270.

## LIMINAR CAUTELAR E ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Jorge Luiz de ALMEIDA\*

O Código de Processo Civil de 1973, abandonando a advertência de CALANDREI, que tinha na cautelaridade simples "grupo de providências" de cognição e de execução (Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, p. 35), instituiu, com autonomia (Livro III), o processo cautelar.

Ao "*tertium genus*" de processo restaram reservadas as tutelas de urgência e provisória.

Galeno de Lacerda censurou a nova sistemática, que deixava a entendimento de reservar só para o processo cautelar, as medidas incidentes de urgência, dando a impressão que "deveriam ficar condensados no livro próprio, quando a validade era inteiramente outra, pois dita função, permanente e viva, manifesta-se muita mais através de atos diretos nos processos principais, do que no procedimento próprio para elas previsto no Código". E conclui com o ensinamento do ser viável a cumulação de ação principal e cautelar - "desde logo em petição inicial da ação principal, se presentes os pressupostos da cautelar para obter a liminar assecuratória do resultado útil da demanda" (Palestra proferida na PUC-Campinas em 26/10/92 - "Função e Processo Cautelar").

Igual é a posição de tese de doutorado constante da biblioteca da Faculdade de Direito da USP, aprovada em 1992, tema "*Liminar Cautelar em Procedimento Comum*", concluindo por "ser cabível cautelar incidente em qualquer tipo de processo e procedimento" (pg.126).

No processo de conhecimento (Livro I), dominado pelo procedimento comum, rito ordinário,

restou preservado o sistema romano de primeiro se definir o direito em lide no plano do juízo para, só após o alcance da coisa julgada, desencadear-se a atividade satisfativa, que é própria do processo de execução (Livro II).

Só em curso de procedimento especial codificado, como no caso das possessórias (art. 928 C.P.C.) ou de nunciação de obra nova (art. 937 C.P.C.), ou em hipótese de procedimento extravagante ao Código, como em mandado de segurança (Lei 1533/51, art. 7º II) ou em ação popular (Lei 4717/65, art. 5º § 4º), foi admitida a atividade satisfativa no curso do processo de conhecimento.

O direito, todavia, não é abstração lógica, castela conceitual de mundo jurídico idealístico. A força dos fatos desfaz a doutrina que não os respeite.

Foi o que sucedeu ao se afastar de incidência a liminar cautelar no processo de conhecimento, procedimento comum.

Com espírito criativo, os operadores do processo fizeram caminhar em apenso, após a citação conjunta, o processo cautelar com liminar incidente e o processo de conhecimento, procedimento ordinário. Foi onde se inspirou o art. 273 C.P.G.. Em consequência, generalizou-se, o que no procedimento especial do processo de conhecimento se admite, atividade satisfativa antes da solução da lide, antes da definição da direita.

A antecipação de tutela (art. 273 C.P.C.) é a providência urgente, adotada no direito italiano (arts. 700 a 702), alemão (ZPO § 935), no "*référé*" francês. São "medidas" provisórias, urgentes, para preservar o fim útil da tutela jurisdicional definitiva.

---

(\*) Professor do curso de mestrado em Direito Processual Civil da Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

Sem maior relevo, assim, o temor por equívoco processual terminológico, de rotular por cautelar liminar o que melhor se definiria como antecipação de tutela, ou vice-versa, esquecido o princípio da "efetividade", de ser função do processo realizar o direito material. No mínimo, o bom juiz há que se lembrar do princípio da fungibilidade, o fim instrumental do processo.

Para quem insiste em discriminar - "*liminar cautelar*" de "*antecipação de tutela*" - lembramos:

quando a tutela liminar concede satisfação fática do bem de vida da lide principal, coincidindo a "*decisão*" com a "*sentença*", a hipótese é a do art. 273 C.P.C.. Em caso contrário, a liminar é só cautelar. Ambas são medidas urgentes e provisórias, a serviço do fim útil da tutela jurisdicional.

O processo serve à realização da justiça, quando se pronuncia sobre a relação de direito material. Não assim, quando fica ensimesmado por suas figuras.

## O SAGRADO NO PENSAMENTO DE VICENTE FERREIRA DA SILVA

Antônio Braz TEIXEIRA\*

Uma leitura, ainda que medianamente atenta, da obra de Vicente Ferreira da Silva revela a existência de três fases bem distintas no seu itinerário especulativo.

Num primeiro momento, o jovem pensador paulista, recém bacharel em Direito, mas dotado de sólida formação matemática<sup>1</sup>, concentrou a sua atenção reflexiva nos estudos de lógica matemática, a partir das obras de Russell, Whitehead e Wittgenstein, como o testemunham o texto da conferência sobre *A Lógica Moderna* (1939) e o livro *Elementos de Lógica Matemática* (1940).<sup>2</sup>

O que, na nova lógica simbólica, parece haver seduzido o moço escolar de leis terá sido, por um lado, o que considerava a sua independência relativamente à filosofia, à metafísica e a qualquer dogmatismo e, por outro, a capacidade que nela vislumbrava para alcançar esquemas mentais cada vez mais apropriados à descrição da realidade, nomeadamente através do desenvolvimento do estudo das proposições relacionais.<sup>3</sup>

Esta juvenil confiança na razão, porventura fortalecida pela formação jurídica, e este inicial interesse pela lógica matemática, expressos naqueles primeiros trabalhos de índole especulativa, se lhe valeram ser convidado, em 1942, para assistente de Willard Van Quine, na Escola de Sociologia e Política e ser nomeado assistente de Lógica da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da recente Universidade de São Paulo. No entanto, não parece haverem sido duradouros nem logrado satisfazer, durante muito tempo, os anseios espirituais de Vicente Ferreira da Silva.

Com efeito, o volume de *Ensaio Filosófico*<sup>4</sup>, dado à estampa em 1948, bem como a

nova recolha de estudos, *Exegese da Acção*<sup>5</sup>, publicada no ano seguinte, revelam uma decisiva e radical mudança de rumo no seu pensamento, que o livro *Dialéctica das Consciências*, editado em 1950<sup>6</sup>, veio confirmar de modo mais acabado e sistemático.

Estes três livros e alguns outros ensaios dispersos deste mesmo período definem o segundo ciclo do percurso filosófico e espiritual do jovem pensador, cujo núcleo temático é, agora, de natureza antropológica, sendo o problema do homem considerado de uma perspectiva marcada por um longo, fecundo e reflectido diálogo com o pensamento existencial e caracterizado por uma atitude predominantemente humanista, se bem que atenta ao fundo sentido e valor do mito e do sagrado.<sup>7</sup>

Esta visão antropológica entrará, porém, em crise no início da década de 50, como claramente o documentam, primeiro, o longo ensaio *Notas para um novo conceito do Homem* (1951)<sup>8</sup> e, depois, de modo mais evidente, o opúsculo *Teologia e Anti-humanismo* (1953)<sup>9</sup>, abrindo caminho para o terceiro estágio do caminho especulativo do malgrado filósofo paulista.

Nesta derradeira e inconclusa fase do pensamento de Vicente Ferreira da Silva, consumada a crise aberta no mitigado humanismo que presidira ao ciclo especulativo que culminara com *Dialéctica das Consciências*, o centro passa a ser ocupado pela onto-teologia e pela reflexão sobre o Ser, o mito e o sagrado, sendo, agora, postos em causa, de maneira radical e reiterada, tanto a inicial confiança na lógica e na razão do homem como vias privilegiadas ou primeiras de acesso à verdade, a que o pensador contrapõe a afirmação da prioridade do mito sobre o logos ou da verdade do Ser sobre o

---

(\*) Universidade Autónoma de Lisboa

conhecimento fragmentado e fragmentário dos entes, como os anteriores conceitos de liberdade, de historicidade e de temporalidade e o lugar que atribuiu ao homem na ordem cósmica e ontológica, ao mesmo tempo que é anunciado um próximo regresso ou desocultação dos deuses e um novo paganismo e um novo politeísmo, que deverão suceder à idade humanista e cristã, definida, segundo o filósofo brasileiro, pela afirmação antropocêntrica da subjectividade e pela cisão entre sujeito e objecto, idade que tinha por esgotada ou cumprida.

Para o filósofo paulista, o homem deve ser compreendido, agora, como um princípio derivado e subordinado, que supõe ou pressupõe um princípio original e anterior a ele, princípio esse que se compõe das "decisões" que ultrapassam e envolvem o princípio humano. Com efeito, na filosofia vicentina da última fase, o homem é concebido como "traçado em seu próprio poder-ser por um poder" distinto dele e a ele superior e que, de modo algum, se confunde ou identifica com a iniciativa da sua substância finita, a qual, segundo o especulativo brasileiro, na sua insubstancialidade, consiste na pura actuação das suas possibilidades. Assim, "a abertura de um mundo" é sempre obra do "poder projectante" do próprio Ser, em sua transcendente e arrebatadora liberdade, constituindo esse poder "a condição de possibilidade das possibilidades humanas e de toda a condição particular do homem".

Daqui, resultará, então, que a liberdade humana deverá ser concebida como simples poder de escolha entre diversas possibilidades que lhe são conferidas pela liberdade fundante do Ser e não já como causa segunda ou auto-determinação do sujeito individual.<sup>10</sup>

Outra decisiva consequência que o filósofo retira deste seu novo conceito de homem é a que se refere ao modo de entender o tempo e a História.

Porque o homem não possui independência ontológica nem dispõe de um poder próprio, visto que a sua realidade lhe é conferida pelo poder original, fundante e dispensador que governa as épocas do Ser, a história humana faz parte da história divina, assim como o homem faz parte de uma seqüência anterior, é um evento ou um elo na "progénie dos deuses", "um dos capítulos ainda em curso no drama transcendente do Ser", o que impõe, com necessidade lógica e ontológica, que se

abandone, definitivamente, toda a noção antropocêntrica da História, que a veja como uma simples construção da subjectividade finita do homem e como um progressivo encarnar de valores criados ou postos pelo homem.<sup>11</sup>

De igual modo, também o tempo se não reduz à escala humana e à história do homem, porquanto está em essencial relação com o domínio fundamental do Ser, pelo que é imperioso superar uma sua consideração antropocêntrica que o entenda como uma ordem histórica ou sucessiva e desatenda a existência ou a possibilidade de outros processos temporais meta-históricos, de outras Idades ou Épocas do mundo, em que outros protagonistas, que não o homem, ocuparam ou poderiam ocupar "o cenário do tempo".<sup>12</sup>

Conforme pensa Vicente Ferreira da Silva, na fase final da sua abruptamente interrompida demanda filosófica, o ponto de partida para uma adequada e completa compreensão dos processos históricos não é o homem nem o tempo humano, mas a "existência transcendente e meta-humana dos poderes e figuras numinosos", pois a vida humana é um "ininus" relativamente ao "plus" da "vida prodigiosa dos deuses". Na verdade, se, como pensava o filósofo paulista, o homem mais não é do que um ponto de transição "num complexo de actuações numinosas e transcendentas", o ditado do Ser era, na sua essência, vida das figuras e potências divinas, misteriosas e sagradas, que constituía o mundo em si e por si, mais real do que o que chamamos "mundo real". Deste modo, o "dar-se original do Ser", através das potências divinas, é, em sua substância, *mitologia*, mundo dos deuses e universo prototípico, sendo tudo o mais fundado nas possibilidades oferecidas por este dizer projectante e por este oferecer protohistórico. Daqui resultará, então, que é o mito que explica e funda a História e não o inverso, dado que só no domínio transcendente do mito, no universo prototípico divino surgem os modelos de actuações axiologicamente relevantes que abrem um espaço de actuações históricas.<sup>13</sup>

Evidente se torna, então, que para Vicente Ferreira da Silva, o mito, enquanto complexo numinoso, não constitui uma criação da consciência do homem para procurar explicar certos factos ou fenómenos estranhos, perturbadores ou preocupantes, mas, pelo contrário, os poderes

míticos são poderes independentes, acima da consciência, a qual se apresenta como um mero "epifenómeno do divino", simples versão de um certo momento do processo teogónico, tradução ou expressão de uma essência fundada e "cifra de um capítulo da teoria do divino".<sup>14</sup>

Isto significa, pois, que, diferentemente do que pretendia a visão humanista, o homem não foi lançado no destino da antropogénese por iniciativa ou deliberação própria, mas resulta de uma instauração meta-histórica e transcendente, de uma destinação do Ser.

A este campo de realidades que, não sendo postas pelo homem nem representando o resultado da produtividade criadora do sujeito finito, constituem o princípio mítico do desenvolvimento homínideo, chamava o pensador, recorrendo a um termo forjado por Hölderlin, o aórgico. Para o filósofo brasileiro, o aórgico significaria o não feito pelo homem mas resultante das possibilidades que lhe são oferecidas pelos deuses, pelo poder supervolitivo e transentitativo do Ser, incluindo nelas a própria idéia do homem, pois também ela provém de uma sugestão transcendente e meta-humana do Ser e não da liberdade humana.<sup>15</sup>

Ora, a *antropofania*, que está na base ou na origem do humanismo e do seu antropocentrismo, realizou-se sobre o fundo da ocultação do divino, constituindo, por isso, a contrafigura ou o inevitável e complementar reverso de uma *teocriptia*.

Efectivamente, segundo o final modo de pensar vicentino, foi a revelação cristã que possibilitou o trânsito para a fase humana da História, representando a figura de Cristo o momento em que ocorre a humanização de Deus e a divinização do homem. Assim, para Vicente Ferreira da Silva, o cristianismo, em vez de constituir um máximo de presença divina nos factos humanos, operou a dessacralização da natureza em proveito do homem, concebido agora como único e novo templo de Deus sobre a terra e como depositário da totalidade do sagrado, transformando a natureza, de realidade viva, animada e divina, em que os deuses habitavam e eram, num mero conjunto de manifestações físicas, deprovidas de qualquer interioridade ou animação e objecto exclusivo das manipulações ou transformações utilitárias, proporcionadas pelo conhecimento analítico e pela técnica.

Daí que, para o filósofo paulista, a epifania cristã haja constituído "o documento eónico da teocriptia", "a revelação de uma ocultação" ou o sinal histórico do "crepúsculo dos deuses". Mas esta ocultação dos deuses, ao mesmo tempo que suscitou o "contra-movimento das forças criaturais e homínideas", manifestou-se como revelação do sagrado.

Porque, contudo, consoante pensava Vicente Ferreira da Silva, a missão fundamental da civilização cristã ocidental se encontrava plenamente cumprida no plano histórico, com o consequente esgotamento do humanismo que a define, haveria já prenúncios e sinais de uma nova cultura ou de uma nova Idade, que só poderia nascer de uma ilimitada receptividade a acções ou desempenhos ditados ou sugeridos pelo gravitar divino. Impor-se-ia, por isso, ao pensamento mais esclarecido e desperto, não já a tarefa *demiúrgica* que caracterizara o ciclo humanista, mas uma missão *teúrgica*, cuja primeira exigência seria a superação do que designava por "princípio ocludente do hominismo" e a elaboração de uma nova sabedoria do não-humano, do trans-humano ou do meta-humano, que reconhecesse o principal, transcendente e fundante valor do *aórgico*.<sup>16</sup>

É oportuno sublinhar aqui o que há de convergente entre o pensamento da última fase da evolução espiritual do filósofo de *Teologia e Anti-humanismo* e a visão que sobre o paganismo e a presença ou o regresso dos deuses anteriores ao ciclo cristão entre nós apresentaram os poetas-filósofos Teixeira de Pascoaes (1877-1952) e Fernando Pessoa (1888-1935).

Para o visionário decifrador do *verbo Escuro*, paganismo e cristianismo constituem, respectivamente, a acção criadora e redentora do divino, representando, por isso, fases do mesmo processo evolutivo, através do qual o Criador imanente à criação, começando por ser animalizado e coisificado, nas religiões primitivas, se humanizou e adquiriu uma expressão moral. Os deuses do paganismo, sendo embora menos verdadeiros do que o Deus redentor cristão, não morreram, estando adormecidos, dentro do próprio cristianismo, à espera de ressurgir.<sup>17</sup>

Por seu turno, Fernando Pessoa, pela voz do seu heterónimo Ricardo Reis, sustentará,

igualmente, que os deuses não morreram nem se foram, mas subsistem e vivem, "com a mesma divindade e a mesma calma". O que morreu foi a nossa visão deles. Deixámos de os ver, ou porque fechámos os olhos para eles ou porque entre eles e nós se entremeteu uma qualquer névoa que nos impede de continuar a vê-los, como os vimos no passado. Necessário se tornaria, por isso, reatar a tradição grega, através da recriação, em nós, da alma grega, pois não só a presença dos deuses do paganismo "adoça e simplifica", como nada melhor do que eles interpreta a natureza.<sup>18</sup>

Enquanto, porém, os dois poetas-filósofos portugueses de algum modo são ainda tributários do que Vicente Ferreira da Silva considerava o ciclo humanista e cristão, o especulativo brasileiro procurou esboçar uma filosofia religiosa e uma teoria do sagrado a partir de uma onto-teologia que fosse radicalmente independente dos quadros limitados e limitantes da razão analítica e discursiva do sujeito finito e se fundasse na revelação do sagrado transmitida pela original palavra mítico-poética.

Esta afirmada prioridade ou superioridade epistemológica do mito sobre o logos, estudada, há alguns anos, por Constança Marcondes César<sup>19</sup>, com aguda sensibilidade intelectual, tinha a sua razão ou o seu fundamento na teoria do Ser delineada pelo filósofo brasileiro na última fase da sua demanda especulativa.

Inspirando-se na distinção heideggeriana entre Ser e ente, a filosofia vicentina deste período entende o Ser, não como conceito ou, sequer, como o Logos joanino, mas como Sugestão ou Fascinação instauradora, Abertura e desvelamento, matriz originante e fonte de todos os possíveis, totalidade viva, poder pulsional suscitador de paixões, liberdade superior que é fonte trópica de todos os comportamentos e desempenhos, iluminação projectiva "que abre e inaugura poeticamente um mundo".

Sendo o imutável "foco estável da proliferação", o Ser é, igualmente, a imobilidade em que está fundado todo o movimento, o poder deflagrador da totalidade dos entes e das possibilidades de agir que, em si mesmo, é uno e isento de qualquer multiplicidade e, porque é transcendente, é metatemporal e alheio às

epocalidades do sugerido, pelo que as diversas teofanias de modo algum pluralizam ou temporalizam a sua própria origem. Embora presente em todas as suas parusias ou desvelamentos, visto que a sua acção essencial é a de desvelar, essa sua acção não só não se serializa, mantendo-se o Ser como puro actuar, como as suas fulgurações não logram comprometer a substancial unidade da sua fulguração originante.<sup>20</sup>

Deste modo, a afirmação vicentina da prioridade cognitiva do mito sobre o logos pretende vincar que, enquanto o segundo nos liga ao já oferecido, ao mundo fragmentário do ente, o primeiro conduz-nos ao domínio desvelante primordial, à Abertura do Ser que se exprime pela palavra poética e, instalando-nos na vida divina, revela a face de Deus ou dos deuses.<sup>21</sup>

Na onto-teologia de Vicente Ferreira da Silva, os deuses, sendo, como o Ser, transcendência absoluta, são a projecção ou emanação desvelante do divino originário, cuja hierofania equivale à absoluta excedência da matriz originante, a uma iluminação projectiva da totalidade do ente. Daí que, no pensamento vicentino, na senda da lição de Kerényi, os deuses se apresentem como origens absolutas e poderes desvelantes originais, que, nessa medida, estão não só no começo como no meio e no fim, pois são eles que mantêm o próprio originado.

Os deuses são a fulguração imediata do Ser como Fascinador, pelo que constituem um pólo pulsional erótico, expandem em torno de si um campo atractivo-passional e despertam um mundo de arrebatamento. Uma vez que, no entanto, são fulguração desvelante do Ser que se não identifica com o Fascinador, são fascinados em seu modo particular de ser, constituindo essências fascinantes-fascinadas.

Desta natureza própria dos deuses resulta, então, constituir o processo teogónico um "conjunto de cenas passionais", caracterizado por uma constitutiva litigiosidade interna, que marca a epocalidade do divino. É esta "teomaquia", esta luta dos deuses e das dinastias divinas que define a divisão dos tempos, correspondente ao predomínio alternativo ou sucessivo das várias teofanias. O mundo, que nasce do nocturno e do desconhecido primordial, surge marcado pela luta, resultando aquela estrutura epocal do tempo, distribuída por

períodos ou idades, das vicissitudes das dominações ou das afirmações despóticas provenientes do conflito que constitui a sua essência.

Assim, na teologia filosófica do pensador brasileiro, a vida dos deuses desenrola-se num mundo de polaridades, de "forças que arrastam, subjagam e dispõem", pelo que cada figura numinosa corresponde a uma idade ou a um ciclo atractivo-projectivo, que indefinidamente se propaga ou se projecta, assim como a epifania de um deus desencadeia sempre um conjunto de paixões e de relações conflituais e eróticas<sup>22</sup>.

Segundo o pensamento de Vicente Ferreira da Silva, não é possível nem adequado aplicar aos deuses as noções ou categorias de identidade pessoal ou de objectividade substancial, porquanto não assumem sempre e necessariamente a configuração de uma personalidade fechada e idêntica a si mesma e, porque não são coisas ou algo de individualizável mas sim a série das suas hierofanias, podem ser e manifestar-se como vida fluida e difusa e revestir diversas formas e aspectos.<sup>23</sup>

É através do *mito* que os deuses se revelam e que a Fascinação instituidora do mundo se manifesta, sendo, nessa medida, aquela sempre forma de expressão da presença do sagrado.

O mito envolve, assim, a abertura de um regime de Fascinação, constituindo a tradução histórico-humana de um processo que a transcende e a determina e que excede, por isso, a formulação que lhe é dada nas diversas tradições. Sendo um saber fundante, sendo poesia ou a palavra poética original da vida dos deuses, o mito não é mera palavra literária nem criação imaginativa do homem ou projecção do inconsciente da humanidade, mas presença real e efectiva dos deuses, é pensamento do Ser e não pensamento humano, é pensamento simbólico e não saber discursivo. Esta a razão por que, segundo Vicente Ferreira da Silva, os conteúdos do relato ou narração mítica remetem sempre para as coisas mesmas que, enquanto presenças sagradas, são coisas míticas, apresentando-se, por isso, o mito como única e absoluta forma de realidade, anterior à dualidade ou à cisão humano-divina e à dessacralização da Natureza.<sup>24</sup>

Por seu turno, o culto mais não é do que a representação do mito e do conteúdo religioso por ele determinado. Desfechado pela "proximidade e

incidência do divino", o culto constitui a representação de cenas e acontecimentos divinos ou sobre-humanos, ocorridos num tempo primordial ou das origens, tempo arquetípico, que é a superação ou a transcensão do tempo profano. Deste modo, nunca os homens adoraram as coisas como tais, ou aspectos das coisas ou forças da Natureza, assim como nunca existiu, verdadeiramente, uma religião da natureza enquanto ordem cósmica ou poder físico. Dado que o culto se manifesta como o vir-a-ser do mito, constitui sempre uma *mimesis* de modelos ou arquétipos dados na origem sagrada dos tempos.<sup>25</sup>

Associado ao culto está o *sacrifício*, que, na teoria da religião do filósofo brasileiro, encontra a sua explicação e o seu sentido no papel que atribui ao sangue como matriz do ser do homem.

Para Vicente Ferreira da Silva, a vida, antes de se configurar sob forma orgânica-representativa, como corpo, existe em forma fluida e sub-liminal como sangue, emergindo a forma apolínea do corpo da "Noite dionisíaca do sangue" ou do "sangue passional", que, segundo ele, constituiria o verdadeiro ser do homem, pois é a partir dele, enquanto emblema ou símbolo da vontade, que somos investidos de uma determinada corporalidade.

Assim, o corpo humano, que o filósofo considerava um factor variável através da História, seria "algo de consignado e oferecido por um Poder ofertante primordial", manifestação da dimensão transcendental do Ser como Sugestão, o que significaria, então, que o sangue, de que provém a vivência e a representação somáticas, tem origem divina.

Este o fundo motivo, segundo a inacabada filosofia religiosa vicentina, pelo qual, nos sacrifícios rituais, desde tempos imemoriais, o sangue é, de novo, oferecido aos deuses ou às potências divinas. Deste modo, na circulação ritual do sangue - oferecido originariamente pelos deuses e oferecido, depois, aos deuses no sacrifício religioso - revelar-se-ia que o sangue provém da matriz mítica original, mais não sendo, então, o sacrifício religioso do que a contínua e reiterada confirmação desta oculta e insondável verdade.<sup>26</sup>

## NOTAS

- (1) Milton Vargas, "O jovem Vicente Ferreira da Silva", *Convivium*, ano XI, nº 3, S. Paulo, Maio-Junho de 1972, p.198.
- (2) Recolhidos no vol. II, pp. 9-91 das Obras Completas, S. Paulo, Instituto Brasileiro de Filosofia, 1966.
- (3) Obr. Completas, vol. II, pp. 10-11 e 91. Cfr. Milton Vargas, est. c loc. cits., p. 199 e Newton C.A. da Costa, "Vicente Ferreira da Silva e a lógica", *Revista Brasileira de Filosofia*, nº 56, S. Paulo, Outubro-Dezembro de 1964.
- (4) Publicado em S. Paulo, pela I.P.E. e recolhido no vol. I das Obras Completas, 1964, pp.15-104.
- (5) Publicado em São Paulo, pela Livraria Martins Editora, e recolhido nas Obr. Compl., vol. I, pp.105-141.
- (6) Publicado em São Paulo, em edição do autor e recolhido nas Obr. Compl., vol. I, pp.143-227.
- (7) Ver o estudo "O primeiro ciclo do caminho especulativo de Vicente Ferreira da Silva", no nosso livro *Ética, Filosofia e Religião*, Évora, 1997, pp. 201-217.
- (8) Publicado na *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. I, fasc. 4, Out.-Dez. 1951, e recolhido nas Obr. Compl., vol. I, pp. 229-272.
- (9) Publicado em São Paulo, em edição do autor, e recolhido nas Obr. Compl., vol. I, pp. 273-296.
- (10) Obr. Compl., vol. I, pp. 267 e 391.
- (11) Ob. cit., vol. I, pp. 266 e 276.
- (12) Ob. c vol. cits., pp. 268 e 275.
- (13) Obr. e vol. cits., pp. 277-284.
- (14) Ob. e vol. cits., pp. 320-321.
- (15) Ob. cit., vol. I, p. 324 e vol. II, p. 528.
- (16) Obr. e vol. cits., pp. 271, 294-296, 324 e 528-530.
- (17) Cfr., sobrehzdo, *Duplo Passeio*, Porto, 1942, pp. 38 e 70 e A. Braz Teixeira, ob. cit., p. 62.
- (18) *Fernando Pessoa e o Ideal Neo-Pagão*, ed. Luís Filipe B. Teixeira, Lisboa, Acarte, 1996, em especial pp. 92-96.
- (19) "Valor epistemológico da prioridade do mito sobre o logos em Vicente Ferreira da Silva", *Reflexão*, nos 20 a 26, Campinas, Maio-Agosto 1981 a Maio-Agosto 1983.
- (20) Obr. Compl., vol. I, pp. 314-317, 319, 321, 336, 345, 355 e 381 e vol. II, pp. 505 e 537-538.
- (21) Obr. Compl., vol. I, pp. 397 e vol. II, p. 522.
- (22) Ob. cit., vol. I, pp. 281-282, 302, 304, 309, 316 e 319.
- (23) Ob. e vol. cits., p. 319.
- (24) Ob. e vol. cits., pp. 284, 304, 318, 321, 336 e 345.
- (25) Ob. e vol. cits., pp. 355-356.
- (26) Ob. e vol. cits., pp. 364-367. Cfr. Miguel Reale, *Filosofia em São Paulo*, 2ª ed., S. Paulo 1976, pp.171-173 e *Estudos de Filosofia Brasileira*, Lisboa, 1994, pp. 201-205, Adolpho Crippa, "Vicente Ferreira da Silva", na obra colectiva por ele coordenada *As Ideias Filosóficas no Brasil - Séc. XX - Parte I*, S. Paulo, 1978, pp.107-129 e Constança Marcondes César, est. c loc. cits.

## EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Francisco Fernandes de ARAÚJO\*

### 1. A AUTONOMIA DO PROCESSO DE EXECUÇÃO

No sistema do Código de Processo Civil existe o Processo de Conhecimento, o Processo de Execução e o Processo Cautelar, todos com vida própria, embora com aplicação subsidiária de alguns princípios comuns entre eles (arts. 598, 615, III, etc.). A autonomia do Processo de Execução também está bem evidenciada pelo disposto no art. 269, do mesmo estatuto processual, que prevê a extinção do Processo de Conhecimento pelo mérito nas diversas hipóteses enumeradas em seus incisos, e ainda no art. 463, que dispõe ter o juiz cumprido e acabado o ofício jurisdicional ao publicar a sentença, deduzindo-se disso que, para o Processo de Execução é necessária a instauração de nova instância, pelo menos nas ações de natureza condenatória. Essa autonomia também está clara quando da execução de títulos extrajudiciais.

Conforme lapidar lição de Francesco Carnelutti, citado por Alberto Camiña Moreira, “O Processo de Conhecimento transforma o fato em direito, enquanto o Processo de Execução transforma o direito em fato”.<sup>1</sup> Entretanto, afigura-se-nos correto falar em fase de execução e não em Processo de Execução, quando se tratar de execução em ações de natureza declaratória, constitutiva, mandamental ou executiva lato sensu, que não dependem de Processo de Execução, mas apenas de execução.

#### 1.1. O contraditório no Processo de Execução

Alberto Camiña Moreira, em defesa de tese de mestrado pela Faculdade de Direito da Pontifícia

Universidade Católica de São Paulo, agora transformada em livro, abordando a matéria da exceção da pré-executividade, registra que “Acórdão do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo declarou inexistir contraditório no Processo de Execução, mas é afirmação cada vez mais isolada, embora prepondera, entre nós, o entendimento de que o contraditório, no Processo de Execução, é direito diferido aos embargos, no sentido de que é transferido aos embargos, mas os embargos não formam outro processo, outra relação processual, e, por isso, não se pode falar em diferimento do contraditório”.

Nelson Nery Júnior, prossegue Camiña, “preconiza a obediência do princípio do contraditório no Processo de Execução e dá como exemplo a própria exceção de pré-executividade, embora se insurja contra o nome do instituto. E Cândido Dinamarco também admite a existência de contraditório no Processo de Execução, embora entenda que é assunto a ser aprofundado”. Conclui o mesmo autor que “no direito alemão e italiano a execução não é promovida perante o juiz mas perante um executor judicial não perito em Direito, razão de não existir o contraditório naqueles países. Não obstante, autores, como Francesco Carnelutti e Giuseppe Tarzia, admitem a existência do contraditório no Processo de Execução, sendo que a exceção da pré-executividade só viceja amparada no contraditório”.<sup>2</sup>

Luiz Peixoto de Siqueira Filho, por sua vez, combatendo posições contrárias sobre a existência do contraditório em Processo de Execução, de Alcides de Mendonça Lima e de Enrico Tullio

---

(\*) Mestrando do curso de Mestrado em Direito Processual Civil da Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

Liebman, deixou assente que “É comum a estes dois posicionamentos a constatação de que o contraditório entraria ligado à atividade de conhecimento. Observe-se, também, que ambos os argumentos partem da constatação falsa de que inexistia atividade de conhecimento no Processo de Execução”. E mais adiante, assevera que: “... Proposta a demanda, o juiz passa a verificar se estão presentes as condições da ação e os pressupostos processuais, que dizem respeito à viabilidade do processo, mais ainda, ao objeto imediato do pedido... Disto conclui-se estar presente o princípio do contraditório no Processo de Execução, especificamente na matéria relativa à admissibilidade do processo”.<sup>3</sup>

Também já tivemos a oportunidade de abordar o tema do contraditório em Processo de Execução, há mais de uma década, concluindo pela existência de um **contraditório amplo** quando da oposição de embargos, e de um **contraditório mitigado** quando da defesa do executado sem oposição de embargos, como ocorre no caso da exceção de pré-executividade.<sup>4</sup>

## 2. A ORIGEM DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

O primeiro jurista a traçar os contornos desse meio de defesa foi Pontes de Miranda, em Parecer de 1966, encomendado pela Companhia Siderúrgica Mannesmann, que sofria várias execuções e pedidos de falência em diversas comarcas do País, sempre com base em títulos que continham assinatura falsa de um de seus diretores. Portanto, à luz do Código de Processo Civil de 1939 tal Parecer foi emitido, mas suas conclusões permanecem válidas para o Código de 1973.

Entretanto, Luiz Peixoto de Siqueira Filho alude a que José da Silva Pacheco, em seu Tratado das Execuções, já dizia mesmo antes de Pontes de Miranda, que “a defesa do executado não se esgota nos embargos e que esta poderia revestir-se de defesa imediata com demonstração cabal da impossibilidade do ato executivo, antes da sua concretização”.<sup>5</sup>

Pontes de Miranda sustenta, no referido Parecer que, “... Se o sacador ou aceitante da letra de câmbio, diz que a sua assinatura é falsa, ou que

o nome é igual, ou parecido, porém não foi ele que se vinculou ao título cambiário ou cambiário-forme, o juiz tem de decidir quanto a isso, porque está em exame a pretensão à execução, e não o mérito da causa”.<sup>6</sup>

Como primeiros opositores à tese que admitia a exceção, levantaram-se as vozes de Enrico Tullio Liebman e de Alcides de Mendonça Lima, para quem a medida ensejaria indevidas manobras protelatórias do executado e enfraqueceria o próprio objetivo dos embargos. O autor por último citado defendeu sua posição em Parecer encomendado pela Cooperativa Central dos Produtores de Açúcar e Alcool Ltda. - Copersucar.<sup>7</sup>

### 2.1. Posições doutrinárias e jurisprudenciais

Luiz Peixoto Siqueira Filho,<sup>8</sup> destaca diversos outros doutrinadores favoráveis à tese, dentre os quais Araken de Assis, Cândido Rangel Dinamarco, Carlos Renato de Azevedo Ferreira, Galeno Lacerda, Humberto Theodoro Júnior, José Alonso Beltrame, José Antonio de Castro, José da Silva Pacheco, Luiz Edmundo Appel Bojunga, Mário Aguiar Moura, Nelson Nery Júnior, Ovídio A. Baptista da Silva, Vicente Greco Filho etc., sendo que, em sentido contrário, foram detectados apenas os dois autores já mencionados, Enrico Tullio Liebman e Alcides de Mendonça Lima.

Mas entre os doutrinadores que se posicionam favoráveis à tese existe divergência quanto a alguns pontos, tais como em relação ao momento da oferta da exceção e à extensão da matéria a ser argüida, questões que serão analisadas em tópicos adiante.

Por outro lado, na jurisprudência pesquisada também boa parte dos tribunais se posiciona favoravelmente ao acolhimento da tese. Assim, decidiu o antigo Tribunal de Alçada Cível do Rio Grande do Sul, hoje incorporado ao Tribunal de Justiça daquele Estado, que pedido sobre a nulidade da execução pode ser feito a qualquer momento do processo.<sup>9</sup>

No mesmo sentido decidiram o Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo,<sup>10</sup> o Tribunal de Alçada de Minas Gerais,<sup>11</sup> o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo,<sup>12</sup> o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro,<sup>13</sup> e o Superior Tribunal de Justiça.<sup>14</sup>

Outras decisões no mesmo sentido podem ser encontradas in RT 511/221, 596/146; JTA 57/37, 95/128, 97/278 e 107/230; RJTAMG 18/111; RJTJESP 157/214.

### 3. QUESTÃO TERMINOLÓGICA. NATUREZA JURÍDICA

Alberto Camiña Moreira registra que “sobre o significado da palavra exceção houve profunda divergência entre os autores. Em relação à exceção de pré-executividade, apesar de o instituto ser pouco conhecido, já há controvérsia sobre a denominação. Nelson Nery Júnior critica o emprego do termo exceção, que encerra idéia de disponibilidade. Propõe o emprego de objeção, já que a argüição do devedor deve conter matéria de ordem pública, decretável de ofício”.<sup>15</sup>

Mas Camiña discorda de tal posição, sustentando, a nosso ver com razão, que o pedido de reconhecimento de prescrição em direito disponível, por exemplo, pode ser formulado por simples requerimento e não é matéria decretável de ofício. A propósito, Camiña nos dá a honra de citar em seu trabalho parte de artigo de nossa lavra, publicado na Revista de Processo n. 42, p. 106, nos seguintes termos: “... Bem por isso, Francisco Fernandes de Araújo, ao estudar a atuação do curador especial no processo de execução, concluiu que a matéria ‘pode ser argüida diretamente nos próprios autos da execução, sem oposição de embargos, seja porque há autorização expressa no art. 162 do Código Civil para a argüição a qualquer tempo, seja porque dispensa qualquer formalidade para ser alegada, seja porque sua natureza originária é de defesa’”.<sup>16</sup>

Aliás, referido autor invoca também os ensinamentos de Couture, no sentido de que “Em su más amplio significado, la excepción es el poder jurídico de que se halla investido el demandado, que lhe habilita para oponerse a la acción promovida contra él”, e de Marcos Valls Feu Rosa, no sentido de que “A exceção de pré-executividade não é nem ‘exceção’, nem ‘pré’, nem de ‘executividade’, muito embora tenha usado essa expressão em sua obra na qual abordou a matéria. Não é ‘pré’ porque ao ser exercitada pressupõe a existência de um processo de execução, e a ‘executividade’ se abre verdadeiramente com o ato construtivo da penhora, mas a exceção poderá ser exercitada a qualquer

tempo, como se verá em outro tópico deste trabalho.<sup>17</sup>

Na verdade, prossegue Camiña, “a exceção de pré-executividade tem caráter defensivo, como o seu próprio nome diz; assim, deve ser afastada a idéia de que se trata de ação (Alberto dos Reis) ou processo incidental (Anselmo de Castro). Exceção de pré-executividade é incidente defensivo. Não goza de contemplação normativa, nem precisa, pois é latente no sistema processual. Para Antonio Scarance Fernandes, “o incidente constitui momento novo no processo, formado por um ou mais atos não inseridos na cadeia procedimental prevista pela lei”.<sup>18</sup>

Com efeito, a exceção não tem forma nem figura de juízo, resumindo-se a simples petição do executado. Ao contrário dos embargos, a exceção não enseja a produção de prova testemunhal nem pericial.

Ainda sobre a natureza jurídica da exceção de pré-executividade, releva observar que, depois de anotar que continua a existir divergência a respeito da matéria, Luiz Peixoto de Siqueira Filho afirma que “Tanto a exceção quanto a objeção são defesas contra o processo, sua distinção consiste em que, enquanto por meio das exceções são argüidas matérias das quais depende provocação para o conhecimento pelo juiz, por meio de objeção são argüidas matérias apreciáveis de ofício. No mesmo sentido Wellington Pimentel: “Parte da doutrina reconhece a existência de dois tipos de defesa contra o processo. As objeções, assim entendidas as alegações do réu contra o processo, versando a respeito de matéria sobre a qual pode o juiz, de ofício, se pronunciar, e as exceções processuais, entendidas como as que abrangem matéria em que se faz mister a argüição”.

“As matérias argüíveis mediante exceção de pré-executividade são de ordem pública, portanto são passíveis de ser apreciadas de ofício pelo juiz. Tendo isto em conta, chega-se à constatação de que a natureza jurídica da exceção de pré-executividade é de objeção”, arremata Luiz Peixoto.<sup>19</sup>

Porém, conforme já demonstrado, a prescrição de direito disponível, não reconhecível de ofício, também pode ser, segundo nosso entendimento, argüida mediante exceção de pré-exe-

cutividade e, então, a divergência sobre a natureza jurídica da exceção continuará a existir.

### 3.1. Momento para o exercício da exceção de pré-executividade. Prazo

Entende Alberto Camiña Moreira que não existe prazo para a sua prática, porque não contemplada legislativamente, e nem haveria razão de prazo preclusivo porque a natureza das matérias possíveis de serem alegadas não se subordina à peremptoriedade inerente à preclusão. Questões processuais de ordem pública podem ser alegadas a qualquer tempo; da mesma forma a prescrição, a decadência, o pagamento, a novação, a transação e a compensação.<sup>20</sup>

Luiz Peixoto de Siqueira Filho, por sua vez, igualmente conclui que a arguição de ausência dos requisitos da execução poderá ocorrer em qualquer tempo ou grau de jurisdição, conforme disposto no art. 267, §3º, do CPC, como, aliás, também é o nosso entendimento. E essa autor invoca a posição de diversos outros doutrinadores, no sentido de que também eles se posicionam a favor do exercício da exceção mesmo depois da penhora, ato constitutivo que não pode constitui-se em óbice à utilização da exceção.<sup>21</sup>

Siqueira Filho pondera, no entanto, que não é questão pacífica na doutrina a relativa ao momento em que se poderá, no processo de execução, fazer uso da exceção de pré-executividade, havendo quem, por exemplo, sustente que a exceção deveria submeter-se ao prazo para se opor as demais exceções, que, no caso, seria de 15 dias, conforme dispõe o art. 305, do CPC, prazo esse contado do fato que dá ensejo ao exercício da exceção.<sup>22</sup>

## 4. COMPETÊNCIA

A competência é pressuposto processual de validade e uma das hipóteses de exceção de pré-executividade. O Juízo competente para conhecimento da exceção é, evidentemente, o Juízo da execução. O mesmo regime dos embargos vale para a exceção de pré-executividade; assim, no juízo em que for aforada a execução, o executado oferecerá a sua defesa mediante simples requerimento e a qualquer tempo.

Se houver necessidade de ataque a ato praticado em Juízo deprecado, especialmente os

atos referentes à penhora, lá oferecerá a sua petição o devedor-executado. Assim também entende Alberto Camiña Moreira.<sup>23</sup>

## 5. MEIO DE PROVA ADMITIDO

As fases do processo de execução compreendem a introdutória, a instrutória e a atribuição ou entrega de bens ao credor. A fase instrutória nada mais representa do que o ato de penhora, avaliação e venda de bens, inexistindo, assim, a fase apropriada para a instrução decorrente de discussão sobre o direito material envolvido no processo, já que tolhida esta discussão, de modo a inviabilizar a oitiva de testemunhas e a realização de prova pericial. Portanto, há que conciliar a força do título executivo com os limites da instrução. Por isso, nos limites da exceção de pré-executividade, sem oposição de embargos, a exemplo do mandado de segurança e da ação monitória, admite-se somente a prova documental.

Luiz Peixoto de Siqueira Filho adverte que, não obstante a prova preconstituída seja suficiente para o exame dos requisitos da execução, independente da oposição de embargos, se a exceção de pré-executividade tiver sido oposta antes do prazo para oposição destes, o oponente ainda terá a oportunidade de se valer de outras modalidades de prova no momento da oposição dos embargos, quando a possibilidade do contraditório se mostra ampla e plena.<sup>24</sup>

### 5.1. A exceção de pré-executividade e os embargos

A possibilidade da convivência entre os dois institutos defensivos. O executado poderá se valer de uma ou outra via defensiva, ou ambas, conforme as circunstâncias e for de sua conveniência, obedecido sempre o princípio da lealdade processual. Se exercitadas as duas vias defensivas ao mesmo tempo, o juiz deverá apreciar como preliminar dos embargos a exceção de pré-executividade, em regra, conforme lição de Marcos Valls Feu Rosa, um profundo estudioso da matéria, citado por Alberto Camiña Moreira.<sup>25</sup> Dizemos 'em regra' porque, de acordo com a natureza da matéria, nem sempre a exceção poderá ser apreciada em primeiro plano. Assim, digamos que ocorra a arguição da prescrição

por meio de embargos, e o pagamento mediante exceção de pré-executividade. Nesse caso, a apreciação dos embargos dar-se-á em primeiro lugar, prejudicada a exceção em caso de procedência.

Mas não se admitem atitudes defensivas simultâneas sobre a mesma matéria, que se excluem por força da preclusão consumativa, de sorte que não é possível argüição de pagamento por meio de exceção e, concomitantemente, por meio de embargos, pois vedado é o "bis in idem". O que se admite é a presença simultânea dos dois institutos, mas versando sobre matéria distinta.

No entanto, se argüida matéria por meio de exceção de pré-executividade, que venha a ser rechaçada pelo juiz, por não se submeter ao regime da coisa julgada material, a mesma questão poderá vir a ser reapreciada em sede de embargos do devedor, se estes ainda puderem ser opostos no prazo legal.

Se os embargos opostos forem julgados pelo mérito, formando-se coisa julgada material, já não poderá a mesma matéria ser apreciada novamente em exceção de pré-executividade, conforme, aliás, se vê do disposto no art. 474, c/c art. 598 do CPC, salvo se se tratar de prescrição, pois o art. 162 do Código Civil permite a alegação dessa matéria "a qualquer tempo", além de outras questões de ordem pública, reconhecíveis igualmente a qualquer tempo (art. 267, §3º, do CPC, por exemplo).

Entende Alberto Camiña Moreira que a existência de recurso pendente sobre a improcedência de embargos não obsta a argüição e apreciação da exceção de pré-executividade em primeira instância, mas não percebemos como possa esse entendimento ter guarida, em razão do disposto no art. 463, c/c art. 598 do CPC, no sentido de que ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional, só podendo alterá-la por meio de embargos declaratórios, nas hipóteses em que estes têm cabimento.

## 6. PROCEDIMENTO DA EXCEÇÃO

Formulará o executado petição endereçada ao Juízo em que tramita a execução, com exposição das razões com que infirma a pretensão do exequente. Deve o juiz, recebendo a petição, determinar a intimação do credor para se manifestar ou deve desde logo proferir decisão? Em suma, deve

oportunizar o contraditório sobre o incidente ou proferir julgamento no estado do processo?

Considerando que as matérias argüíveis estarão, em regra, compreendidas no disposto dos arts. 301 e 326 do CPC, é razoável que se empregue a analogia (art. 126), e por extensão do art. 598, concedendo o prazo de 10 dias ao exequente para falar sobre o incidente (art. 326 c/c art. 398). O julgamento imediato atenta contra os princípios da igualdade e do contraditório.

Mas cabe aqui a advertência de Luiz Peixoto de Siqueira Filho, no sentido de que "este comportamento põe em risco todo o processo de execução, pois, a todo momento, poderiam ser apresentadas argüições de nulidade com o fim único de perturbação do andamento processual. Por este motivo, caso se configure a mera protelação da execução, caberá ao juiz zelar pelo bom andamento do processo, aplicando a sanção prevista para o caso (arts. 600, II e 601, do CPC).<sup>26</sup>

Ainda segundo o mesmo autor, que traduz o nosso entendimento, "É necessário ter em conta que, quando o juiz, no momento do despacho inicial, se depara com a ausência de um dos requisitos necessários à execução, ele não pode indeferir de plano a petição inicial. O art. 616 do CPC impõe que, antes desta providência, o autor seja chamado para suprir a deficiência no prazo de 10 dias, e só não atendendo é que se justifica o indeferimento da inicial.<sup>27</sup>

E se a nulidade for argüida pelo exequente? Neste caso, embora remotíssimo, caberia aplicar o disposto no art. 569, interpretando-se como desistência da execução, mas, de qualquer forma, vale ressaltar que a discussão sobre o procedimento cabível à exceção de pré-executividade é ainda bastante recente, e os argumentos sustentados constituem-se num esforço para a harmonização desta nova figura com o Processo de Execução. Enquanto não se proceda à incorporação da exceção de pré-executividade na legislação, certamente a jurisprudência encarregar-se-á de dar maiores subsídios às especulações dos estudiosos do assunto.

Uma vez oposta a exceção de pré-executividade, entendemos que o processo deva ficar com o andamento em suspenso, por aplicação da analogia, permitida em direito processual (art. 126 c/c art. 598), com fundamento no art. 791, II, do CPC, que remete para as hipóteses previstas no art.

265, III, no sentido de que a execução ficará suspensa quando for oposta exceção de incompetência do juízo, da câmara ou do tribunal, bem como de suspeição ou impedimento do juiz.

### **6.1. Sanção pela não argüição da exceção da pré-executividade na primeira oportunidade.**

A lei não fixa prazo para opor a exceção de pré-executividade, mesmo porque essa categoria de exceção também não está expressa em norma legal, mas nem por isso resulta que o executado não deva fazê-lo na primeira oportunidade em que se manifestar nos autos. Como o artigo 267, §3º, do CPC, é aplicável ao Processo de Execução, não resta dúvida que a sanção aí prevista, na parte final, incide sobre o executado que comparece ao processo e se furta ao ônus de esgotar as alegações que tiver, vedado o acumular de armas para serem utilizadas ulteriormente, em caracterização alicantina e afronta à dignidade da Justiça. Nesse caso, percebendo o juiz que houve intuito de procrastinação indevida, poderá deixar de condenar o exeqüente em honorários advocatícios, mesmo que a exceção seja julgada procedente, com fundamento no art. 22 do CPC, conforme ocorreu em argüição de prescrição feita tardiamente em processo de conhecimento.<sup>28</sup>

### **7. MATÉRIAS ARGÜÍVEIS NA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. INCIDENTE DE FALSIDADE**

O exercício da atividade jurisdicional está condicionado a determinados requisitos. O juiz, quando recebe a petição inicial, deve verificar, de ofício, se estes requisitos estão presentes. Entretanto, a realidade é bem outra, seja em virtude do acúmulo de serviço, ou porque alguns vícios não são facilmente detectáveis, não é incomum escapar do exame inicial a ausência de algum dos requisitos necessários ao desenvolvimento da atividade executiva.

A construção doutrinária do que se convencionou chamar de exceção de pré-executividade, veio dar resposta à situação de impasse criada por falhas no controle da admissibilidade do processo executivo. Antigamente, devido ao mito dos embargos, acreditava-se que, mesmo nos casos de nulidade do processo, seria impossível, àquele que de forma

indevida figurasse no pólo passivo da relação processual executiva, argüir nulidades antes que se procedesse à penhora. Tendo sido superado o tabu da segurança do juízo, vislumbra-se a possibilidade de, por meio de exceção de pré-executividade, se dar notícia sobre a falta de preenchimento de todos os requisitos da execução.

Desse modo, é importante salientar que as matérias argüíveis por meio da exceção de pré-executividade devem ser daquelas que o juiz possa conhecer de ofício, mesmo porque é esse o fato pelo qual fica dispensada a segurança do juízo. São as chamadas matérias de ordem pública. Contudo, como em toda regra existe alguma exceção, entendemos que matérias como a prescrição e a decadência, em direitos disponíveis, o excesso de execução, o pagamento, a compensação, a novação etc., também possam ser argüidas sem a necessidade de oposição de embargos.

Apenas, exemplificativamente, citaremos alguns casos em que se apresenta a oportunidade de defesa por meio de exceção de pré-executividade no Processo de Execução. Assim, na ausência de pressupostos de constituição da execução (art. 267, IV, do CPC), como a falta de jurisdição, falta de sujeito de direitos, falta de petição inicial, falta de citação, falta de capacidade postulatória etc., bem como a ausência de pressupostos processuais de validade, como petição inicial apta, citação válida, juízo competente, juiz imparcial, capacidade processual das partes, etc.

Também os pressupostos processuais negativos são aptos a ensejar a defesa por meio de exceção de pré-executividade (art. 267, V), como a coisa julgada, a litispendência, a perempção e o compromisso arbitral (art. 301, IX), embora sobre este último paire controvérsia a respeito de sua classificação. As condições da ação (art. 267, IV), consubstanciadas na possibilidade jurídica do pedido, na legitimidade das partes e no interesse processual, também darão ensejo à defesa pelo meio mencionado, quando ausentes.

No que concerne à falta de legitimidade "ad causam", podemos enumerar alguns exemplos mais significativos:

a) - a pessoa cujo nome não conste da inscrição da dívida, não bastando a certidão mencionar o nome de um devedor acrescido da expressão "e outros";

b) - na exceção por cheque o executado que, mesmo sendo titular de conta conjunta, não assinou a cártula;

c) - o mandatário executado como responsável tributário, se a Fazenda Pública não apurar previamente sua responsabilidade em processo administrativo fiscal, devendo seu nome constar na certidão de dívida ativa;

d) - o sucessor na execução fiscal por multa, pois o sucessor é responsável pelos tributos pertinentes ao fundo ou ao estabelecimento adquirido, não, porém, pela multa, que, mesmo de natureza tributária, tem caráter punitivo;

e) - o fiador, pois a declaração de locatário da qual não participou o fiador, não é um documento que configure título executivo a legitimar execução contra este.

Já no que diz respeito à falta de interesse de agir, ocorrem situações em que podem ser argüidas igualmente sem oposição de embargos. Assim, se o quanto entranhado com a petição inicial não é título, há carência de ação, há falta de interesse-adequação se a ação executiva estiver lastreada em:

1) - carta de arrematação;

2) - fotocópia de nota promissória ou de cheque, salvo, quanto a este, se houver certidão de que o original permanece em cartório;

3) - nota promissória preenchida incorretamente, com aposição do valor correspondente a OTNs no lugar destinado à indicação do nome do beneficiário;

4) - contrato de financiamento adotando o sistema de cartão de crédito, porquanto não consigna obrigação de pagar quantia determinada;

5) - contrato de alienação fiduciária para execução de saldo devedor, se existir venda extrajudicial do bem, independentemente de prévia avaliação ou da anuência do devedor quanto ao preço, a retirar do contrato a característica de título executivo pela perda da liquidez;

6) - duplicata cujo saque corresponde a ato de novação de dívida, em desconformidade com a fatura, mesmo que aceita;

7) - contrato de comodato;

8) - duplicata extraída com base em contrato de locação de móveis, pois a duplicata com base em

contrato de prestação de serviços supõe obrigação de fazer, enquanto a locação supõe obrigação de dar;

9) - contrato de seguro relativo a responsabilidade civil por furto ou roubo de automóvel, porquanto o inciso III do art. 585 do CPC reconhece como título executivo apenas os seguros de vida e acidentes pessoais de que resulte morte ou incapacidade;

10) - contrato de cessão de direito de uso de linha telefônica, desprovido de força executiva;

11) - certidão de dívida ativa inscrita em repartição diversa da prevista em lei, ou que não discrimina, em se tratando de ICMS relativo a fornecimento de alimentação e bebidas em bares e restaurantes, o preço total da alimentação e o valor integral da bebida, a descaracterizar a liquidez;

12) - instrumento particular de promessa de venda e compra de bem imóvel não-subscrito por duas testemunhas;

13) - contrato de locação mas com a finalidade de respaldar execução direta de verba correspondente a despesas de reparação de danos no imóvel;

14) - certidão de dívida ativa em execução fiscal movida por autarquia que atua como banco. O contrato de mútuo entre a autar-quia-banco e o tomador é título executivo, para execução no rito do CPC e não no rito da Lei 6.830/80, inadmitida a fungibilidade porque a execução estava embasada somente na certidão da dívida ativa;

15) - nota promissória porque o devedor teria adimplido a obrigação em concordata, sendo incerta a existência do crédito ou de remanescente; em sentido semelhante, tendo a Caixa Econômica Federal se habilitado no processo de concordata da devedora, não pode, depois, executar os antigos fiadores para cobrança de importâncias acessórias, não incluídas na habilitação;

16) - borderô de descontos, que não se caracteriza como documento particular, tal como o exige a segunda parte do art. 585, II do CPC;

17) - contrato de abertura de crédito em conta corrente mesmo que acompanhado de extrato de movimentação, por não representar obrigação de pagar quantia determinada;

18) - nota promissória de que não conste a data de emissão;

19) - letra de câmbio sem aceite;

20) - contrato de abertura de crédito e nota promissória, como assinalação, de modo unilateral, d o saldo devedor no verso da cambial; é mister que a inicial venha acompanhada do adequado demonstrativo contábil;

21) - nota promissória emitida com base em compra e venda mercantil, pois, para documentar o saque do vendedor, pela importância faturada, admite-se somente a duplicata;

22) - nota promissória sem indicação do nome do beneficiário, a infringir o art. 75, nº 5, da Lei Uniforme e o art. 54, III, do Decreto nº 2.044/1908;

23) - vale, que é começo de prova de dívida mas não é título executivo;

24) - cheque sem data de emissão;

25) - cheque furtado e com assinatura falsificada; mas se admitiu, como título, cheque furtado e na posse de terceiro de boa-fé;<sup>29</sup>

26) - duplicata extraída com base em contrato de compra e venda para entrega futura, pois o negócio que enseja a emissão dessa espécie de título tem de ser puro;

27) - duplicata extraída para cobrança de juros e correção monetária de dívida paga pelo valor nominal em cartório de protestos, pois a duplicata é título causal e só pode ser emitida para cobrança de preço de mercadoria ou de serviço, sendo ilegal seu saque quando representativo de juros e correção monetária;

28) - duplicata extraída com base em contrato de "renting" (locação de equipamentos eletrônicos), pois pressupõe a compra e venda mercantil;

29) - duplicata extraída contra a Fazenda Pública, pois entendeu-se que contra esta só é possível execução com base em título judicial;

30) - duplicata extraída contra autarquia municipal, por existir proibição expressa pelos arts. 1º parágrafo único, e 6º da Resolução do Senado Federal n. 62/75, editada em conformidade com o art. 42, VI, da Constituição Federal de 1969;

31) - duplicata aceita por menor, sem a concorrente assinatura do pai;

32) - duplicata emitida com base em diferenças de frete apuradas em reajuste, pois, como título causal que é, só se admite quando vinculada a compra e venda mercantil ou prestação de serviços;

33) - contrato de compra e venda;

34) - duplicata emitida com base em contrato de comissão mercantil (consignação de venda e compra), que não se equipara a compra e venda;

35) - duplicata desacompanhada do comprovante de entrega da mercadoria;

36) - duplicata emitida com base em contrato de promessa de compra e venda de unidade autônoma, que não se equipara a prestação de serviços nem a compra e venda mercantil;

37) - contrato de honorários não-subscrito por duas testemunhas;

38) - duplicata não-aceita, não-protestada e sem comprovação documental da entrega e recebimento da mercadoria, defeito esse que pode ser alegado por intermédio de simples petição e que leva à inversão do ônus da prova;

39) - contrato de apoio à realização de espetáculo artístico, a depender de apuração de fatos, atribuição de responsabilidade e exegese de cláusulas contratuais;

40) - contrato de consórcio, no qual não há obrigação de o devedor pagar quantia determinada, mas prestação mensal a ser estabelecida em função do preço do bem, a depender de complexos cálculos, evidenciando falta de liquidez;

41) - contrato de "leasing" para cobrança do saldo devedor do contrato posterior à reintegração do arrendante na posse do bem, seja porque não há fundamento para cobrança das prestações vincendas posteriores á recuperação de posse do bem arrendado, seja porque a análise da execução não permite verificar sequer qual o número de prestações cobradas, o valor de cada uma, quais se referem às vencidas até a data da reintegração de posse e o abatimento do valor da venda dos veículos e a data até a qual foi feita a atualização ou se está sendo cobrado o valor residual, evidenciando, a um só tempo, falta de título executivo e falta de liquidez;

42) - título ainda não vencido.<sup>30</sup>

Nessas hipóteses, quase todas elencadas na precitada obra de Alberto Camiña Moreira, é

possível a defesa sem os embargos, por meio de simples petição do executado no próprio processo de execução. Não entraremos no mérito da questão de cada caso apontado, para não alongar demasiadamente o presente trabalho, mesmo porque o nosso objetivo limita-se a demonstrar o vasto campo de possibilidade do exercício da exceção de pré-executividade.

Outrossim, no tocante à impossibilidade jurídica do pedido, como casuística apontamos as hipóteses a seguir, igualmente argüíveis por meio de exceção de pré-executividade:

I) - se a execução estiver baseada em documento assinado pelo devedor e por duas testemunhas reconhecendo uma dívida de jogo;

II) - o pretender-se na execução a expropriação contra a Fazenda Pública;

III) - na execução de obrigação de fazer objetivar coagir o devedor a cumprir especificamente a obrigação;

IV) - a pretensão de execução de crédito recair diretamente na pessoa do devedor e não sobre seus bens.

A discussão da causa “debendi”, admitida em alguns casos, é assunto a ser levado para os embargos. Na exceção de pré-executividade não tem cabimento defesa dessa natureza. A exceção é via hábil para atacar-se defeito do título, desde que não dependa de prova a ser produzida, salvo a documental, e desde que a alegação do executado aponte vício que possa ser verificado com a leitura mais atenta do título.

No que diz respeito ao incidente de falsidade, que tem natureza de ação declaratória, reina controvérsia na jurisprudência sobre a admissibilidade, ou não, no Processo de Execução.<sup>31</sup> Doutrinadores como Pontes de Miranda e Cândido Rangel Dinamarco admitem-no na execução, conforme observa Camiña, que também é favorável a essa medida.<sup>32</sup>

Por outro lado, o renomado jurista João Batista Lopes não admite declaração incidental no Processo de Execução, mas concorda em que o executado possa, nos embargos, fazer pedido declaratório dessa natureza, “já que é perfeitamente possível o surgimento de controvérsia sobre a existência da questão prejudicial de que dependa a

sorte dos embargos”.<sup>33</sup> Este também é o nosso entendimento.

## 8. QUEM PODE EXCEPCIONAR

De ordinário é o executado (ou seus sucessores) que se opõe à execução. Os titulares dos bens que ficam sujeitos à execução, conforme rol do art. 592 do CPC também têm legitimidade para o mesmo mister.

Marcos Valls Feu Rosa, citado por Luiz Peixoto de Siqueira Filho, entende que o próprio credor tem legitimidade para argüir eventuais nulidades do processo de execução, pois o seu objetivo é unicamente a satisfação do crédito, que só será alcançado se o processo for constituído regularmente e desenvolver-se de acordo com os ditames da lei.<sup>34</sup>

Também Luiz Peixoto conclui que “estariam legitimados para opor a exceção de pré-executividade o credor, o devedor e terceiros cujos bens fossem ameaçados pela execução. O que significa que, suscitada a nulidade no processo, por quem seja legitimado para tal, obrigatoriamente o resultado será uma decisão do juízo, positiva ou negativa, a respeito da questão... Além do mais, os requisitos da execução são apreciáveis de ofício, independentemente de qualquer provocação. No momento em que se dá a notícia da nulidade no processo, pouco importa quem o faça, podendo mesmo partir do serventuário responsável pelo processo tal notícia”.<sup>35</sup>

## 9. DECISÃO DO JUIZ. RECURSOS

O tema não oferece maiores dificuldades. Extinto o processo de execução por sentença definitiva ou terminativa, em decorrência da provocação por meio da exceção de pré-executividade, o recurso cabível é o de apelação.

Se o incidente não logrou êxito, seja por ter sido rejeitado liminarmente, seja porque após regular cognição não convenceu o julgador, o recurso cabível é o de agravo de instrumento. Incabível o agravo retido, posto que não haverá oportunidade para ulterior apelação, diversamente do que ocorre nos embargos.

Observa Luiz Peixoto de Siqueira Filho que “Existe divergência na doutrina a respeito de a

decisão que o juiz tomaria se fosse acolhida a arguição de nulidade. A corrente minoritária defende que mesmo havendo ocorrido a citação do devedor, o caso seria de indeferimento da inicial, enquanto, de outro lado, o entendimento majoritário é de ser impossível o indeferimento da inicial após a efetivação da citação, já que o despacho de citação contém em si o deferimento da inicial; assim, seria pouco técnico e fora de lógica entender ser possível indeferir a inicial após o advento da citação do devedor”.<sup>36</sup>

Releva observar também que a extinção do processo sem julgamento do mérito, nova execução baseada no mesmo título executivo poderá ser proposta, desde que observado o disposto no art. 268 do CPC, com aplicação ampliada ao processo de execução pelo disposto no art. 598. Mas se o autor der causa, por três vezes, à extinção do processo pelo fundamento previsto no inciso III do art. 267, não poderá intentar nova ação contra o réu com o mesmo objeto, ficando-lhe ressalvada, entretanto, a possibilidade de alegar em defesa o seu direito, conforme está previsto no parágrafo do art. 268.

## 10. CUSTAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

O §4º do art. 20 do CPC, com redação dada pela Lei nº 8.952/94, estabelece: “Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que 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”. Assim, não resta dúvida que cabem honorários advocatícios nos processos de execução, haja ou não oposição de embargos.

Se houver oposição de embargos, a parte sucumbente arcará com as custas e demais despesas do processo. E no caso de não oposição de embargos, mas de oposição de exceção de pré-executividade, também permitida implicitamente pela expressão “ou não”, e se houver acolhimento com extinção do processo, entendemos que, nesse caso, caberá ao exequente a responsabilidade não só pelas custas e demais despesas do processo, mas também pelos honorários a favor do patrono do executado, e isto por duas razões relevantes: a) os honorários

pertencem ao advogado, por força de seu estatuto (art. 23 da Lei nº 8.906/94); b) e mesmo que assim não fosse, não seria justo que o executado, que não podia estar no processo senão por intermédio de advogado, tivesse de arcar com os honorários de seu patrono.

## 11. ALGUMAS CONCLUSÕES

a) - O Processo de Execução goza de autonomia em relação aos Processos de Conhecimento e Cautelar.

b) - O princípio do contraditório se aplica plenamente nos embargos à execução e aparece de forma mitigada nos casos de oposição de exceção de pré-executividade ou defesa sem embargos. A propósito do tema, artigo de nossa lavra publicado na Revista de Processo nº 42, ps. 89/113, 1986, onde abordamos a matéria com maior amplitude.

c) - Coube a Pontes de Miranda o primeiro Parecer sobre o exercício prático da exceção de pré-executividade, mas José da Silva Pacheco já doutrinava bem antes sobre a defesa na execução sem embargos.

d) - Predomina o entendimento doutrinário sobre a admissibilidade da exceção de pré-executividade no Processo de Execução, havendo apenas divergências pontuais em relação ao momento e à extensão de sua aplicação. O seu exercício insere-se nas atitudes comprometidas com a efetividade do processo, preocupação dominante dos estudiosos da matéria.

e) - A exceção de pré-executividade tem natureza de objeção porque a maioria das matérias argüíveis por esse meio podem ser decididas de ofício.

f) - A exceção de pré-executividade pode ser argüida a qualquer tempo, mas o excipiente deve fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de falar nos autos, para ficar ileso de punição judicial.

g) - A competência para a exceção de pré-executividade é do Juízo da execução, mas também pode ser do Juízo deprecado, quando nele forem praticados os atos que ensejam a sua oposição.

h) - A exemplo do mandado de segurança e da ação monitória, na exceção de pré-executividade só comporta a prova documental preconstituída.

i) - Em regra, o exercício da exceção não impede o uso dos embargos. Se forem concomitantes, aquela deve ser apreciada preliminarmente. Em determinados casos, no entanto, como a argüição de prescrição nos embargos, e a de pagamento na exceção, esta ficará prejudicada se a prescrição for acolhida nos embargos.

j) - Argüida a exceção de pré-executividade, entendemos deva ser aplicado o art. 616 (prazo de 10 dias), por analogia, para o exequente se manifestar. Se houver abuso na argüição, cabe ao juiz aplicar a sanção dos arts. 600, II e 601, do CPC; se a argüição da exceção partir do exequente, situação remotíssima mas possível, deve ser interpretada como desistência da execução (art. 569).

k) - Na esteira de Luiz Peixoto de Siqueira Filho, Ovídio A. Baptista da Silva, Araken de Assis e outros, entendemos que uma vez argüida a exceção deve o processo de execução ter seu andamento suspenso, por aplicação da analogia (art. 791, II).

l) - A injustificada não-argüição da exceção na primeira oportunidade deve levar à sanção de não concessão de honorários, mesmo que a exceção seja acolhida, porque a atitude do executado é incompatível com a lealdade processual (art. 22 do CPC).

m) - As matérias argüíveis na exceção de pré-executividade são de ordem pública, que podem ser decididas de ofícios (pressupostos processuais e condições da ação), e também outras de natureza relevante para a defesa, como a prescrição de direito disponível, o pagamento (objeção substancial), a transação, a compensação (que opera efeitos 'ipso jure' e permite sua dedução) e a decadência (em execução fiscal).

Na esteira do autorizado doutrinador João Batista Lopes, entendemos não caber ação declaratória incidente no Processo de Execução, por meio de exceção de pré-executividade, matéria que poderá, no entanto, ser argüida em sede de embargos, porque nestes se desenvolve plenamente o princípio do contraditório.

n) - Todos os titulares de direitos sobre bens que possam vir a ser objeto de constrição judicial no Processo de Execução têm legítimo interesse para exercer a exceção de pré-executividade. Assim,

legitimados estão o executado, os que têm responsabilidade patrimonial secundárias e alguns terceiros.

o) - Não cabe o recurso do agravo retido em sede de exceção de pré-executividade, porque não haveria depois a possibilidade de sua apreciação pelo tribunal. A matéria, no entanto, ainda carece de um maior e melhor estudo.

## 12. BIBLIOGRAFIA

ABRÃO, Carlos Henrique, Exceção de Pré-Executividade na Lei nº 6.830/80, Revista Dialética de Direito Tributário, nº 22/11, julho 1997.

ARAÚJO, Francisco Fernandes de, Revista de Processo nº 42, São Paulo, 1986.

ASSIS, Araken de, Manual do Processo de Execução, Revista dos Tribunais, São Paulo, 4ª edição, 1997.

BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel, A Exceção de Pré-Executividade, Revista de Processo nº 59/61, São Paulo.

BORGES, José Souto Maior, O Contraditório no Processo Judicial, Malheiros, São Paulo, 1996.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda, Exceção de Pré-Executividade, Aspectos Teóricos e Práticos, Revista Dialética de Direito Tributário, nº 24.

DINAMARCO, Cândido Rangel, Execução Civil, Malheiros, São Paulo, 1997.

, A Reforma do Código de Processo Civil, Malheiros, São Paulo, 3ª edição, 1996.

FREITAS, José Lebre de, A ação Executiva à Luz do Código Revisto, Coimbra Editora, Portugal, 2ª edição, 1997. (Nota: CPC português).

LOPES, João Batista, Ação Declaratória, Revista dos Tribunais, São Paulo, 4ª edição, 1995.

MOREIRA, Alberto Camiña, Defesa sem Embargos do Executado, Saraiva, São Paulo, 1998.

ROSA, Marcos Valls Feu, Exceção de Pré-Executividade, Sérgio A. Fabris, Porto Alegre, 1996.

SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de, Exceção de Pré-Executividade, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Processo de Execução*, Editora Universitária de Direito, São Paulo, 18ª edição, 1997.

VITTA, Heraldo Garcia, *Exceção de Pré-Executividade*, *Revista Literária de Direito*, maio e junho de 1997.

## NOTAS

- (1) Defesa sem Embargos do Executado, Saraiva, São Paulo, 1998, p. 3.
- (2) Id., ps. 9 e segs.
- (3) Exceção de Pré-Executividade, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1997, p. 17.
- (4) ARAUJO, Francisco Fernandes de, *Revista do Processo* n. 42, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1986, ps. 89/113.
- (5) Ob. cit., p. 63.
- (6) MOREIRA, Alberto Camiña, Ob.cit., p. 9 e segs.
- (7) Id., p. 24.
- (8) Ob. cit., ps. 41, 56/60.
- (9) Apelação n. 185037405, 3ª Câmara, acórdão de 4.9.85, rel. Juiz Celso Vicente Rovani.
- (10) Agravo de Instrumento nº 350.619, 4ª Câmara, rel. Juiz José Bedran.
- (11) Apelação n. 23.847, acórdão de 14.2.84, publicado no DJMG em 31.10.84, rel. Juiz Maurício Delgado.
- (12) *Revista do Tribunal de Justiça do Espírito Santo* nº 43/228, 1988.
- (13) *Revista dos Tribunais* nº 511, maio de 1978, ps. 221/2.
- (14) RT 671/187 e *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, n. 40/447.
- (15) Ob. cit., p. 35.
- (16) Ob. cit., p. 152.
- (17) Id., p. 32.
- (18) Id., p. 37.
- (19) *Exceção de Pré-Executividade*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1997, p. 84.
- (20) Ob. cit., p. 55.
- (21) Ob. cit., ps. 64/65.
- (22) Id., p. 62.
- (23) Ob. cit., ps. 72 e segs.
- (24) Ob. cit., p. 75.
- (25) Ob. cit., p. 45.
- (26) Ob. cit., p. 76.
- (27) Id., p. 77.
- (28) RJTJERGS n. 150/452.
- (29) RT 645/174.
- (30) RE n. 100.397-9, in JSTF, Lex, vol. 90, ps. 69/96.
- (31) RT 638/116; AI n. 270.537, 3ª Câmara do 1º TACSP, julgado em 6.2.80, rel. Juiz Geraldo Roberto.
- (32) Ob.cit., p. 122.
- (33) *Ação Declaratória*, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 4ª edição, 1995, ps. 141/142.
- (34) Ob. cit., p. 66.
- (35) Id., p. 67.
- (36) Id., p. 81.

PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL,  
COMO CONTRIBUTO DOS ALUNOS\* DO CURSO DE MESTRADO  
DA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE CAMPINAS, ESTADO DE  
SÃO PAULO, SOB A ORIENTAÇÃO DO  
PROFESSOR DOUTOR JOÃO BATISTA LOPES

PRIMEIRA PROPOSTA:

**Inclusão de § 2º no artigo 588, alterando-se o parágrafo único para § 1º:**

"§ 2º A caução pode ser dispensada nos casos de indenização a ser antecipada para superar estado de necessidade causado por ato ilícito, ou nos casos de comprovada pobreza do exequente".

JUSTIFICATIVA:

O § 2º contempla a possibilidade de o juiz dispensar a caução em casos particularmente agudos, como o de indenização que deva ser antecipada para superar estado de necessidade causado por ato ilícito, ou em casos de comprovada pobreza do exequente.

Não há como ignorar que, acima de todos os direitos e das garantias fundamentais dos cidadãos, está o direito natural à vida, aqui entendido num sentido amplo que envolve as necessidades vitais dos seres humanos, incluído o direito alimentar, dentre outros.

Por isso, muitas vezes é preferível que se corra o risco de se iniciar e finalizar a execução provisória, com eventual possibilidade de se causar uma injustiça ao devedor, hipoteticamente reparável - já que haverá a possibilidade de reparação dos danos - sem sacrifícios intransponíveis ao exequente, a se optar pelo resguardo do patrimônio daquele em

detrimento deste, que necessita do valor para sobreviver.

SEGUNDA PROPOSTA:

Alteração do artigo 513.

**Redação atual:**

Art. 513. Da sentença caberá apelação (arts. 267 e 269).

**Redação proposta:**

Art. 513. Da sentença caberá apelação (arts. 267 e 269), com exceção daquelas proferidas nas causas de menor complexidade previstas no art. 3º, da Lei nº 9.099, de 26.9.95, de despejo, consignatória de aluguel, ação revisional de aluguel, ação renovatória, ação de alimentos e embargos à execução, contra as quais caberá recurso endereçado à turma recursal, composta por juízes de primeiro grau de jurisdição, respeitado o disposto no art. 475, assim como o duplo grau de jurisdição previsto para as ações relativas ao estado e à capacidade das pessoas.

§ 1º - A turma recursal, em comarca onde houver mais de quatro (4) varas, será composta pelos três (3) juízes das varas de numeração subsequente à daquele que proferiu a sentença.

§ 2º - Nas comarcas onde o número de varas for inferior a quatro (4), a turma recursal será composta por um período de dois (2) anos, levando

(\*) Mestrando do curso de Mestrado em Direito Processual Civil da Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

em conta a antigüidade dos juizes na circunscrição judiciária respectiva, com as substituições pela ordem decrescente de antigüidade, a cada dois (2) anos, e nos casos de reexame das sentenças proferidas pelos integrantes da mesma.

§ 3º - Aos Tribunais de Justiça competirá estabelecer as causas civis de menor complexidade, além das enumeradas no "caput" do artigo.

#### JUSTIFICATIVA:

A Lei nº 9.099, de 26.9.95, para, apreciação de recursos das causas enumeradas em seu art. 3º, atribuiu competência, conforme dispõe o seu art. 41, § 1º à turma composta por três juizes togados, em exercício no próprio grau de jurisdição, reunidos na sede do juizado.

Considerando-se o entendimento majoritário no sentido de que ao autor compete a escolha da Justiça Especial ou da Comum, sem qualquer manifestação por parte do réu, em atenção ao princípio da igualdade de tratamento, impõe-se o mesmo critério para o reexame, na hipótese de ser eleita a Justiça Comum.

Levando-se em conta a composição restrita, em termos numéricos, de julgadores nos tribunais, e o volume crescente de recursos, na proporção da demora para a reapreciação da questão, afigura-se mais consentâneo com os anseios dos jurisdicionados a preservação dos tribunais, que passarão a reexaminar apenas as causas de maior complexidade jurídica, segundo prudente e sábio critério a ser estabelecido pelos desembargadores.

Não se afigura justo, outrossim, seja para com os magistrados integrantes das altas cortes dos Estados, seja para com os contribuintes e, mais ainda, para com as próprias partes, que questões, como cobrança de taxas de condomínio, despejos, alimentos, embargos de devedores às execuções em geral, etc., continuem a integrar a pauta de julgamentos de tribunais.

Outrossim, a alteração proposta já conta com o apoio do disposto no art. 98 da Constituição federal, que ao impor à União e aos Estados a criação de juzados especiais e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau, resguardou o princípio do duplo grau de jurisdição como necessidade de reexame das decisões para

eventual reforma ou manutenção, mesmo por órgão colegiado composto por juizes de igual grau de jurisdição, e está em perfeita consonância com o anseio de criar mecanismos mais prontos para garantir e ampliar o acesso à Justiça e a sua efetividade.

#### TERCEIRA PROPOSTA:

Alteração do inciso III do artigo 575.

##### Redação atual:

Art. 575. A execução, fundada em título judicial, processar-se-á perante:

I - ...

II - ...

III - o juízo que homologou a sentença arbitral;

##### Redação proposta:

Art. 575. A execução, fundada em título judicial, processar-se-á perante:

I - ...

II - ...

III - o juízo do foro em que se processou a arbitragem;

#### JUSTIFICATIVA:

No regime anterior a sentença arbitral tinha de ser homologada e essa homologação era efetivada pelo juízo que, originariamente, julgaria a causa.

Pela Lei nº 9.307/96 (Lei da Arbitragem) não se exige mais essa homologação, porquanto seu artigo 31 dispõe: "A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo".

Dessarte, o inciso III do artigo 575 não mais pode permanecer com a redação atual.

#### QUARTA PROPOSTA:

Acréscimo de parágrafo único ao artigo 604.

##### Redação atual do artigo 604:

Art. 604. Quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor procederá à sua execução na

forma do art. 652 e seguintes, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo.

**Inclusão proposta:**

Parágrafo único. O credor, beneficiário da assistência judiciária, poderá, em petição fundamentada, requerer ao juiz que a memória discriminada e atualizada do cálculo seja elaborada pela contadoria judicial.

**JUSTIFICATIVA:**

Em muitos casos, a elaboração de cálculo se revela operação complexa a exigir a intervenção de profissional técnico especializado. Ora, sabidamente o beneficiário da assistência judiciária não tem recursos para pagar os honorários de um perito. Para obviar tal situação e tendo em conta, ainda, o princípio imperante da efetividade da Justiça, é que se propõe o acréscimo de um parágrafo único ao artigo 604, possibilitando-se a feitura do cálculo pelo contador judicial, sem qualquer custo adicional para a parte beneficiária da assistência judiciária.

**QUINTA PROPOSTA:**

Alteração dos artigos 522 e 524.

**Redação atual:**

Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, retido nos autos ou por instrumento.

Art. 524. O agravo de instrumento será dirigido diretamente ao tribunal competente, através de petição com os seguintes requisitos:

**Redação proposta:**

Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo retido, no prazo de 10 (dez) dias, salvo o disposto no art. 524.

Art. 524. Caberá agravo de instrumento, dirigido diretamente ao tribunal competente, se o recorrente demonstrar a necessidade de pronta decisão da segunda instância, para evitar prejuízo grave ou de difícil reparação, através de petição com os seguintes requisitos:

**JUSTIFICATIVA:**

O sistema em vigor permite o recurso de agravo de instrumento contra todas as decisões

interlocutórias, abarrotando os tribunais e causando demora na solução dos litígios, não atendendo ao espírito atual da busca de uma maior celeridade processual para que a população reconquiste a confiança na Justiça.

Deveria ser introduzida mudança, para que o agravo de instrumento só fosse cabível quando houvesse prejuízo grave ou de difícil reparação (conceito que a jurisprudência poderá amoldar a diversos casos concretos).

**SEXTA PROPOSTA:**

Alteração do inciso IV do artigo 649.

**Redação atual:**

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

I - ...

II - ...

III - ...

IV - os vencimentos dos magistrados, dos professores e dos funcionários públicos, o soldo e os salários, salvo para pagamento de prestação alimentícia;

**Redação proposta:**

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

...

IV - os vencimentos dos magistrados, dos professores e dos funcionários públicos, o soldo e os salários, até 10 (dez) salários mínimos e 1/3 (um terço) do que exceder esse valor, salvo para pagamento de prestação alimentícia.

**JUSTIFICATIVA:**

Há situações concretas em que essa proibição se mostra injusta e precisa ser temperada com a modificação do dispositivo legal.

De fato existem profissionais que ganham altos salários, levam uma vida de muitas facilidades financeiras, desfrutam de condição verdadeiramente invejável em relação à maioria da população, mas que, ainda assim, residem até mesmo em imóvel alheio, talvez para não tê-lo penhorado, nos casos não configuradores de "bem de família", e tem dívidas perante instituições financeiras ou

particulares, causam danos materiais e morais às pessoas, e, porque a lei os protege, não podem ter seus salários penhorados, a não ser para pagamento de pensão alimentícia. Essa situação é flagrantemente injusta.

Para se evitar que milhares de situações injustas com as quais, amiúde, se defronta o magistrado, é que se propõe a modificação.

Outrossim, o percentual impenhorável proposto é o mesmo que, em regra, vem sendo fixado pela Justiça para a prestação alimentícia, e que, portanto, também se mostra razoável para a sobrevivência do próprio devedor.

#### SÉTIMA PROPOSTA:

Alteração do inciso II do artigo 527.

##### **Redação atual:**

Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, se não for o caso de indeferimento liminar (art. 557), o relator:

I - ...

II - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), comunicando ao juiz tal decisão.

Redação proposta:

Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, se não for o caso de indeferimento liminar (art. 557), o relator:

I - ...

II - poderá, nas hipóteses do art. 558, atribuir efeito suspensivo ao recurso ou conceder liminarmente a providência negada, comunicando ao juiz tal decisão;

#### JUSTIFICATIVA:

No que diz respeito ao sistema recursal, mostra-se recomendável que o legislador inclua no art. 527, II, a possibilidade de o relator, além de suspender o cumprimento da decisão recorrida, também conceder liminarmente a providência negada em primeira instância (efeito ativo do agravo de instrumento), nos casos do art. 558, para que se evite a utilização de mandado de segurança em hipóteses dessa espécie.

A omissão legislativa pode dar margem à ofensa a um dos próprios objetivos do novo sistema do agravo, que visou, justamente, a colocar um freio na enorme quantidade de mandados de segurança intentados para que se conseguisse efeito suspensivo no agravo de instrumento; ademais, aludida omissão também gera uma incerteza jurídica às partes quanto à providência a ser adotada nos casos em que se necessita de uma medida urgente, sob pena de perecimento de seu direito.

#### OITAVA PROPOSTA:

##### **Alteração dos artigos 508, 541, 542, 543, 544 e 545, para:**

"Art. 508. Na apelação, nos embargos infringentes, no recurso ordinário e nos embargos de divergência, o prazo para interpor e para responder é de quinze dias".

"Art. 541. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, no prazo de 30 dias, em petições distintas, para formação de instrumentos distintos, que conterão:

I ...

II ...

III ...

§ 1º Para a formação de cada instrumento, deve o recorrente instruir cada petição:

a) - obrigatoriamente, sob pena de inadmissão do recurso, com cópia da decisão de primeira instância; do recurso contra ela apresentado e das suas contra-razões; da decisão recorrida; da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do recorrente e do recorrido; do comprovante de pagamento das respectivas custas e do porte de remessa e retorno, quando devidos;

b) - facultativamente, com outras peças que o recorrente entender úteis.

§ 2º (redação do atual par. único)".

"Art. 542. Recebida a petição pela secretaria do tribunal e aí protocolizada, será formado o instrumento, e intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista para apresentar contra-razões, no prazo de 30

dias, podendo instruí-las com outras peças que entender convenientes.

Parágrafo único. (redação igual ao atual § 2º

"Art. 543. Apresentados um ou ambos os recursos, e formado o ou os respectivos instrumentos, a secretaria do tribunal recorrido:

I - certificará acerca da tempestividade dos recursos, do pagamento do preparo, e da presença das peças obrigatórias, e remeterá os mesmos ao Superior Tribunal de Justiça;

II - certificará nos autos principais a interposição dos recursos e os remeterá ao juízo de origem.

§ 1º Caso interpostos ambos os recursos, concluído o julgamento do recurso especial, serão os instrumentos remetidos ao Supremo Tribunal Federal, para apreciação do recurso extraordinário, se este não estiver prejudicado.

§ 2º (redação atual).

§ 3º (redação atual).

§ 4º Sendo manifestamente protelatório qualquer dos recursos, o tribunal competente, ao julgá-lo, condenará o recorrente a pagar ao recorrido multa não excedente a 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo".

"Art. 544. Inadmitido o recurso pelo tribunal recorrido, nas hipóteses da ausência das peças obrigatórias, de intempestividade, ou de ausência de preparo, caberá agravo, no prazo de 10 dias, no mesmo instrumento, ao tribunal competente para apreciar o recurso inadmitido.

Parágrafo único. Distribuído e processado o agravo na forma regimental, o relator proferirá decisão, sendo que, em caso de provimento do mesmo, observar-se-á, daí em diante, o procedimento relativo ao recurso então admitido".

"Art. 545. Da decisão do relator que não admitir o agravo de instrumento, ou negar-lhe provimento, caberá agravo para o órgão julgador, no prazo de 5 dias.

Parágrafo único. Mantida a decisão, serão os instrumentos remetidos ao tribunal recorrido, que os remeterá ao juízo de origem".

#### JUSTIFICATIVA:

A redação sugerida objetiva restringir substancialmente o juízo de admissibilidade para recursos destinados ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, abreviando o tempo para processamento desses recursos, agilizando o processo de execução, aliviando os tribunais regionais do ônus de examinarem a admissibilidade dos recursos destinados aos tribunais superiores, e respeitando a competência dos tribunais superiores para o exame do cabimento dos recursos.

#### NONA PROPOSTA:

**Revogação do artigo 42 da Lei 9.307/96 (arbitragem), e do inciso VI do artigo 520, do GPC.**

#### Redação atual:

Art. 42. O art. 520 do Código de Processo Civil passa a ter mais um inciso, com a seguinte redação:

"Art. 520 .....

VI - julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem."

#### JUSTIFICATIVA:

O atual inciso VI do art. 520 do CPC confere efeito devolutivo à apelação da sentença que houver instituído o compromisso arbitral. Conforme arts. 18 e 31 da Lei 9.307/96, a sentença do juízo arbitral tem os mesmos efeitos da coisa julgada judicial e o juiz arbitral é o juiz de fato e de direito. Assim, situação incongruente poderia surgir tornando inócua a decisão judicial "ad quem". Vejamos:

Se uma das partes não concorda com a instituição do compromisso arbitral determinado judicialmente, pode a mesma apelar e o recurso terá o efeito devolutivo, não impedindo a realização do juízo arbitral. Se neste íterim, entre a sentença e o acórdão, vier a ser proferida a sentença no juízo arbitral, e, posteriormente, o acórdão do tribunal vier a julgar improcedente a instituição deste compromisso, dando provimento ao recurso, a eficácia do acórdão será indiscutivelmente nenhuma, porquanto não ensejará a desconstituição da

instituição do compromisso determinado pelo juiz singular; será, portanto, de nenhuma valia ou operacionalidade jurídica, posto que já se tenha desenrolado a solução arbitral com força de coisa julgada e sem possibilidade de recurso, consoante a Lei 9.307/96.

Dupla situação haveria, prevalecendo a arbitral sobre a judicial, não tendo a Justiça como reparar seus próprios atos neste caso, ainda que legitimamente aparelhada pelo duplo grau de jurisdição, vale dizer, teríamos a decisão judicial definitiva no acórdão decidindo pela improcedência da instituição do compromisso arbitral e a sentença arbitral proferida já em face do compromisso instituído, à revelia da justiça e contrariando a vontade de uma das partes; ademais, com força de coisa julgada e sem possibilidade de recurso, conforme determina a Lei.

#### RELAÇÃO DOS ALUNOS:

- Alexandre Torrezan Masserotto
- André Lucas Carvalho de Moura
- Antonio Augusto Machado
- Antonio Carlos Palmieri Rocha

- Claide Manoel Servilha
- Cleuza Aparecida Carnielli
- Cristiane de Sales Pupo
- Cristina Reginato Hoffmann
- Etevaldo F. Pimentel
- Fernanda G. R. Nogueira
- Francisco Fernandes de Araújo
- Francisco Vicente Rossi
- Jamil Miguel
- José Eduardo Q. Regina
- José Heitor A. Rebecca
- José Joaquim Chiavegato
- Josepha Guido Petrini
- Luiz Arlindo Feriani
- Marcos Destefenni
- Maria de Lourdes C. Glasner
- Maria Fernanda P. Q. Magalhães
- Pedro José Santucci
- Pedro Pessotto Neto
- Ricardo Hofmann
- Rodrigo Andreotti Musetti
- Sérgio Henrique P. Avelleda
- Silvana Machado Cella
- Tereza Nascimento Rocha Dóro
- Yara M. B. P. de C. F. C. Pinto

## O EFEITO ATIVO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Ricardo HOFFMANN\*

A Doutrina aponta o agravo de instrumento como uma típica criação do direito português, como afirma, aliás, Vicente Greco Filho.<sup>1</sup>

No Direito Brasileiro, foi adotado o sistema positivo português e a maior parte dos Estados tinha o seu próprio Código Processual, sendo certo que, como regra, mantiveram-se os agravos de petição e o de instrumento.

O primeiro Código de Processo Civil, que vigorou para todo o país, datou de 1939 e previa o agravo de petição (contra as sentenças terminativas, ou seja, que extinguíam o processo sem o julgamento do mérito); a maior parte das interlocutórias não ensejavam agravo, ressalvados alguns casos em que destas sentenças cabia agravo de instrumento ou agravo no auto do processo, quando a lei assim o previsse.

Na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973, o então Ministro da Justiça, Alfredo Buzaid, apontou pela necessidade de se estabelecer uma nova sistemática dos recursos, pois a que vigia se ressentia de dois defeitos fundamentais: a) sob o aspecto terminológico, o emprego de uma expressão única para designar institutos diferentes; b) sob o aspecto sistemático, uma quantidade excessiva de meios de impugnar as decisões.

Foram extintos, assim, no projeto que deu origem à lei 5.869/73 (Projeto Buzaid), o agravo de petição e o agravo no auto do processo, havendo uma simplificação no sistema recursal, prevendo-se o recurso de apelação contra sentenças (quer definitivas, quer terminativas) e o de agravo de instrumento contra quaisquer decisões interlocutórias.

Porém, por meio da Emenda nº 89 (denominada Emenda Aragão, em homenagem ao processualista Egas Moniz de Aragão), foi introduzido o agravo retido, que trazia uma importantíssima finalidade prática, qual seja, a de evitar a preclusão das decisões interlocutórias, sem a obrigatoriedade de formação do instrumento.

Basicamente, podemos dizer que o procedimento do agravo de instrumento no CPC/73 era o seguinte: petição de interposição no prazo de 5 dias; formação do instrumento após a intimação do agravado para indicação de peças; intimação do agravado para responder; preparo em 10 dias; despacho do juiz mantendo ou reformando a decisão; subida do instrumento ao Tribunal competente, caso mantida a decisão ou, se reformada, caso houvesse pedido do agravado.

A lei nº 9.139/95 trouxe substanciais modificações ao recurso de agravo, considerando-se o texto do Código de 1973.

O que objetivou o legislador, segundo bem diz a doutora Teresa Arruda Alvim Wambier, foi "agilizar, desburocratizar, enfim, simplificar o andamento dos processos. Quis-se impedir que o agravo possa converter-se num expediente para provocar tumulto e atrasar o curso do procedimento em 1º grau de jurisdição, como às vezes ocorria no regime anterior. Procurou-se, também, reduzir à mais absoluta excepcionalidade o uso do mandado de segurança contra atos do Juiz, com a possibilidade de que, diante do preenchimento de certos requisitos, o próprio Tribunal imprima, ao agravo, efeito suspensivo."<sup>2</sup>

As principais modificações são as seguintes:

---

(\*) Mestrando em Direito pela PUC-Campinas.

a) o recurso contra decisões interlocutórias, como gênero, passa a denominar-se apenas agravo, cujas espécies são o agravo retido nos autos e o agravo de instrumento (convém observar-se que há outros agravos no CPC, conforme previsões dos artigos 557, 532, 544 e 555, como, por exemplo, aquele que se opõe contra a decisão do relator que nega seguimento ao agravo);

b) o prazo foi aumentado de 5 para 10 dias;

c) expressa possibilidade de o juiz reformar a sua decisão (juízo de retratação) no agravo retido, com manifestação prévia da parte contrária em 5 dias (o que já era defendido por expressiva corrente doutrinária e Jurisprudencial);

d) expressa admissão do agravo retido oral de decisões interlocutórias proferidas em audiência;

e) o agravo de instrumento deve ser dirigido diretamente ao Tribunal competente para apreciá-lo;

f) foi abolida a formação do instrumento tal qual ocorria anteriormente; agora, o agravo de instrumento já deverá vir instruído com as peças obrigatórias e com outras que o agravante reputar úteis. Esta importante alteração elimina ou, ao menos, ameniza consideravelmente a demora que a formação do instrumento e o seu processamento enfrentavam em primeira instância;

g) em três dias, o agravante deverá requerer a juntada aos autos do processo de cópia da petição de interposição do agravo de instrumento, do comprovante da interposição e, ainda, da relação dos documentos que instruíram o recurso;

h) o agravo de instrumento será distribuído incontinenti ao relator, ficando-lhe facultado requisitar informações do juízo a quo (penso que, nesse caso, não se faz recomendável que, de maneira aleatória e genérica, sejam solicitadas informações, principalmente se a decisão estiver substancialmente fundamentada, sob pena de acarretar-se uma delonga desnecessária ao recurso);

i) ampliou-se a possibilidade de o relator conceder efeito suspensivo ao agravo de instrumento, não só nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens ou de levantamento de dinheiro sem caução idônea, como também em outros casos dos quais possa resultar lesão grave ou de difícil reparação, sendo relevante a

fundamentação (nova redação ao artigo 558 do CPC);

j) o relator, como consta da nova redação do art. 557 do CPC, deverá negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à Súmula do respectivo tribunal ou de tribunal superior (veja-se que o legislador alude a recurso, em termos genéricos, não se restringindo exclusivamente ao agravo de instrumento).

k) se antes havia dúvidas, parece-me claro que, agora, o agravo retido deverá vir acompanhado das razões do agravante (ainda que sucintas), como consta do art. 523, §3º do CPC, até mesmo na hipótese de a decisão não ter sido proferida em audiência;

l) o recurso de agravo de instrumento poderá ser interposto diretamente no Tribunal, ou por meio de correio com AR, ou por qualquer outro meio previsto na lei local (como é o caso do protocolo integrado).

Pois bem, feita a exposição, ainda que sumária, das inovações trazidas com a lei nº 9.139/95, passo a enfrentar a questão que é objeto específico deste estudo, envolvendo o efeito ativo do agravo de instrumento.

O que se quer saber nesse ponto é se, em face de uma decisão interlocutória negativa do juiz (como, por exemplo, quando indefere uma liminar ou indefere a antecipação da tutela, enfim, em todos os casos em que se negue uma tutela de urgência) poderia o relator, a quem incontinenti é encaminhado o agravo de instrumento, conceder de imediato a providência solicitada, ou seja, antecipar - ainda que provisoriamente, até o julgamento - o resultado do mérito do agravo de instrumento, tal como pretendido pelo agravante?

Tal hipótese não foi prevista no novo regime do agravo de instrumento, que, em seus artigos 527, II e 558, somente contempla a possibilidade de o relator conceder efeito suspensivo ao recurso, ou seja, suspender o cumprimento da decisão agravada até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

Nesse caso, para que se suspenda o cumprimento de uma decisão, há que se presumir logicamente que tal decisão tenha cunho positivo (ou seja, quando o juiz defere algum pedido da

parte, proferindo uma decisão interlocutória que terá de ser cumprida).

Se a decisão envolver os casos especificamente enumerados no artigo 558 ou outros dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, desde que seja relevante a fundamentação, o relator poderá dar o efeito suspensivo ao agravo.

Poderia ter o agravo, porém, o efeito ativo de fazer com que o próprio relator, antes do julgamento do recurso, concedesse a tutela negada pelo juiz a quo?

Passo a analisar algumas posições da Doutrina Pátria sobre o assunto.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, no seu Código de Processo Civil Comentado, dizem o seguinte:

"Quando a decisão agravada tiver conteúdo negativo, como por exemplo no caso de o juiz de primeiro grau indeferir pedido de liminar, pode o relator conceder a medida pleiteada no primeiro grau, por aplicação extensiva do CPC 527 II, combinado com o CPC 558. A concessão, pelo relator, da medida denegada pelo juiz de primeiro grau é, na verdade, antecipação do resultado do mérito do agravo de instrumento, perfeitamente admissível no sistema brasileiro, à luz do CPC 273. A essa circunstância a Doutrina dá o nome de efeito ativo do agravo. A parte pode optar, ainda, pela impetração do mandado de segurança para obter a liminar denegada pelo juiz. Neste caso, o novo sistema não impede a utilização do MS contra ato judicial passível de recurso, porque o recurso (agravo) é ineficaz para obtenção do provimento liminar denegado pelo juiz de primeiro grau. V. coment. CPC 273.".<sup>3</sup>

Em trabalho publicado na Revista de Processo no 80, assim pensa Eduardo Talamini:

"Há casos em que a decisão impugnada deixou de conceder uma providência (ativa) pleiteada pelo recorrente. Em certas situações, há urgência na obtenção de tal providência. O simples futuro provimento do recurso contra sua denegação poderia vir

a ser inútil- uma vez que já concretizado o dano que se pretendia evitar. É precisamente o que se dá em relação as decisões que indeferem liminares em cautelares, em mandados de segurança, em possessórias. Também se enquadra nessa hipótese a decisão que, no processo de conhecimento, nega a antecipação de tutela fundada em risco de dano irreparável (CDC, art. 84, §3º, CPC, arts. 273, I, e 461, §3º). Enfim, é o que ocorre em todos os casos em que se nega uma tutela de urgência.".<sup>4</sup>

Para referido autor, a hipótese acima ensejaria à parte lesada utilizar-se do mandado de segurança, sugerindo, ainda, quanto à possibilidade de que se dê uma interpretação teleológica ao artigo 558 do Código de Processo Civil.

Prossegue Eduardo Talamini:

"Com tudo isso, quer-se chegar ao seguinte ponto: a simples possibilidade de concessão de efeito suspensivo ao agravo, nos casos em que haja relevância e urgência, não eliminará a utilização do mandado de segurança contra ato jurisdicional. Restariam, sempre, os casos em que não se busca a suspensão do cumprimento da decisão agravada e, sim, um efeito que se poderia chamar de "ativo". Assim, de duas uma: (a) ou se interpreta teleologicamente o novo art. 558 do CPC, entendendo-se que ele autoriza não só a suspensão do "cumprimento da decisão" agravada (como diz literalmente o preceito), mas também a própria concessão antecipada da providência negada pelo órgão a quo e que se busca através do recurso; (b) ou, para esses casos (que tendem a ser cada vez em maior número, sobretudo após a realista adoção generalizada da tutela de urgência em nosso sistema), continuará sendo usado o mandado de segurança. A mesma ratio que se põe para a admissão da suspensão do cumprimento da decisão agravada existe para autorizar a concessão antecipada da providência ativa que a decisão agravada negou: a garantia do resultado do recurso."

O que se depreende é que os autores acima mencionados entendem que é possível à parte utilizar-se tanto do agravo de instrumento (pedindo

ao relator o efeito ativo), como do mandado de segurança (pois o novo sistema não impede a utilização deste remédio jurídico).

Teresa Arruda Alvim Wambier afirma que o ato do juiz, no caso de negar uma providência de urgência solicitada, ensejaria a que a parte lesada fizesse uso do mandado de segurança, como se vê abaixo:

"Outra das situações a que a lei ordinária não oferece solução, e que portanto, faz nascer o interesse de agir para a parte lançar mão do mandado de segurança, é aquela em que a possibilidade de que o relator conceda efeito suspensivo ao agravo ou à apelação fica DESPROVIDA DE SIGNIFICAÇÃO PRÁTICA, na medida em que o ato recorrido seja NEGATIVO, ou seja, por exemplo, A NÃO CONCESSÃO DE UMA LIMINAR (A QUE A PARTE FAZ JUS).

Em hipóteses como esta, agravando a parte prejudicada, e pedindo efeito suspensivo ao agravo, NÃO LOGRARÁ OBTER DO RELATOR A DECISÃO QUE O JUIZ, ILEGALMENTE, NÃO CONCEDEU."

E prossegue a doutora:

"O mandado de segurança, evidentemente, tem de ser admitido em casos como esse, desde que seu objetivo seja o de CORRIGIR A ILEGALIDADE COMETIDA PELO JUÍZO A QUO, pois que, este, estando presentes os pressupostos de concessão da medida, NÃO A CONCEDEU."(...) " NESSES CASOS O JUIZ TEM UMA SÓ SAÍDA: proferir a decisão CORRETA. Caso contrário, este ato é controlável pela via do mandado de segurança, em princípio, se a lei ordinária não der solução real e que efetivamente satisfaça, no plano concreto e fático, a parte lesada."<sup>5</sup>

Em trabalho publicado na RT 734/129, o Juiz e Professor das Escolas Superiores da Magistratura e do Ministério Público do Rio Grande do Sul, José Carlos Teixeira Giorgis, ao tratar da questão atinente à suspensão do processo pelo relator, observa que " a meta do dispositivo é soffrear o uso exagerado do mandado de segurança, mote da reforma que instituiu norma para inibir aquela demasia" (...) "A postulação será inócua

quando se trate de decisão interlocutória de conteúdo negativo, como a que nega a fixação provisória de aluguel em ação revisional, pois o provimento não obrigará à estimação judicial do locativo."<sup>6</sup>

O eminente Professor Doutor João Batista Lopes, em trabalho publicado no Repertório IOB de Jurisprudência, faz a seguinte consideração sobre o assunto em tela:

"E a suspensão da decisão agravada pelo Relator não pode implicar concessão de medida liminar indeferida pelo juízo de primeira instância como observou, recentemente, o eminente Prof. Kazuo Watanabe em palestra no Centro de Estudos do II Tribunal de Alçada Civil."<sup>7</sup>

No entanto, o respeitado professor reformulou o seu entendimento anterior, como se pode ver do artigo que escreveu e que foi publicado no jornal Tribuna do Direito, apontando, em resumo, os seguintes pontos por meio dos quais conclui no sentido da admissibilidade do chamado efeito ativo do agravo de instrumento: insuficiência da interpretação literal da lei, em face do efeito devolutivo que tem o agravo e da filosofia da reforma no que respeita à agilização e à presteza da jurisdição; utilização anômala do mandado de segurança visando o efeito ativo, em descompasso com os fins perseguidos pela nova legislação; ao dar nova redação aos arts. 527 e 558, o legislador dixit minus quam voluit (disse menos do que seria necessário dizer).

A conclusão do douto professor João Batista Lopes é a seguinte:

"A conclusão que se impõe é, pois, no sentido da admissibilidade do chamado efeito ativo do agravo de instrumento. De qualquer modo, para se evitar que interpretação escorada no fetichismo da letra da lei possa deixar ao desabrigo situações que exigem pronta resposta do relator, mostra-se recomendável, de lege ferenda, a introdução de disposição expressa contemplando tal efeito."<sup>8</sup>

De fato, é bastante pertinente a colocação do professor João Batista Lopes- no sentido de que seria recomendável que o legislador expressamente previsse a possibilidade do efeito ativo (embora entendo que não seja isso necessário para que o relator possa conceder o efeito ativo)- haja vista que, como vimos nos entendimentos anteriores,

sufraga-se a viabilidade de utilização de ambos os instrumentos processuais (agravo de instrumento com pedido de concessão da liminar ao relator e mandado de segurança), o que, além de colaborar para que haja uma incerteza jurídica às partes (qual dos instrumentos adotar?), também ofende um dos próprios objetivos do novo sistema do agravo, que visou, justamente, colocar um freio na enorme quantidade de mandados de segurança intentados para que se conseguisse efeito suspensivo no agravo de instrumento.

Diz Carreira Alvim que "no atual sistema, em que o processamento do agravo de instrumento é direto no Tribunal, o relator dispõe tanto do poder de "suspender" a eficácia da decisão, em caso de provimento de conteúdo "positivo", quanto do poder de conceder liminar ao agravante, nos próprios autos do agravo, no caso de provimento do conteúdo "negativo". De lege lata, o legislador minus dixit quam voluit (disse menos do que queria)."(...) "Mais coerente com o espírito da reforma é a interpretação mais ampla do artigo 558, caput, de modo a compreender ambas as hipóteses, evitando continue o mandado de segurança a ser utilizado para possibilitar ao agravante alcançar um resultado que pode ser obtido no bojo do próprio agravo."<sup>9</sup>

Penso, no entanto, que não se mostra muito prática tal solução, já que a pretendida intenção de suspender os efeitos da decisão poderá ser obtida no próprio agravo de instrumento, sem que o agravante necessite intentar uma ação específica para tanto, de cunho cautelar.

Athos Gusmão Carneiro entende desconselhável o uso de uma ação incidental, quando o efeito pretendido pode ser obtido no próprio recurso de agravo de instrumento.

Consigno, abaixo, a posição deste eminente processualista:

"Neste ponto cabe uma perquirição: quid iuris, se a decisão interlocutória tiver conteúdo negativo e, portanto, não comportar cumprimento a ser suspenso? Assim, p.ex., a decisão denegatória da perícia, que a parte insta necessária e urgente ante a iminência de desaparecimento dos vestígios de um determinado evento. A mera suspensão dos efeitos da decisão impugnada manteria sem solução o requerimento de realização da prova pericial.

Será possível, em casos desta ordem, a impetração de mandado de segurança para que a decisão denegatória seja substituída por decisão com conteúdo positivo?

Esta não nos parece ser a melhor solução, inclusive porque a ausência do pressuposto do direito líquido e certo (- fatos incontestáveis, no clássico magistério de Costa Manso) manteria a deturpação no emprego do writ. O melhor caminho processual afigura-se, destarte, o de permitir ao relator, usando inclusive do poder geral de cautela previsto no art. 798 do Código de Processo Civil, determinar seja efetuada perícia, com o que será evitado o risco da procrastinação, capaz de torná-la impossível.

Como mencionou Sérgio Fadel, a lei aqui minus dixit quam voluit: o juiz, pelo poder geral de cautela, pode tornar positiva a decisão denegatória, "e cuja só suspensão, exatamente porque negativa a decisão agravada, nenhum sentido prático ou lógico conteria."<sup>10</sup>

Torna-se interessante, ainda, mencionar nesse estudo duas decisões oriundas da 4ª Região do Egrégio Tribunal Regional Federal, nas quais figurou como relator o Juiz Teori Albino Zavascki, inseridas nas RTs 732/456 e 731/446; com efeito, em ambas foi indeferida a petição inicial de mandado de segurança por meio dos quais se buscava a obtenção de medida antecipatória negada pela decisão agravada.

Peço venia para transcrição de uma das ementas:

"TUTELA ANTECIPATÓRIA-Indeferimento- Agravo de Instrumento- Meio idôneo.

Ementa Oficial: Em sua nova sistemática, o recurso de agravo, que será dirigido diretamente ao Tribunal (art. 524 do CPC), enseja que o relator, "a requerimento do agravante" e desde que seja "relevante a fundamentação", suspenda o cumprimento da decisão agravada, entre outros, nos "casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação" (CPC, art. 558). O desiderato do legislador foi, indubitavelmente, o de conferir ao relator a faculdade de antecipar os efeitos do futuro e provável juízo de provimento do agravo e, com isso, assegurar a utilidade dessa decisão, que

estaria comprometida sem uma providência oposta à que decorre da decisão agravada.

A finalidade da norma, e não a estrita literalidade do dispositivo, é que deve presidir a interpretação do art. 558 do CPC. Nesse pressuposto, impõe-se concluir que o relator do agravo poderá, sendo relevantes os fundamentos e havendo perigo de dano determinar as providências consistentes na antecipação do futuro e provável juízo de provimento do recurso, para o efeito de suspender o cumprimento do ato agravado, ou, sendo ele omissivo ou indeferitório, para adiantar a tutela por ele negada.

Assim, mesmo em caso de urgência, é o agravo de instrumento, e não a via autônoma da ação de mandado de segurança, o meio processual adequado para controlar decisão judicial que indefere pedido de antecipação da tutela."<sup>11</sup>

O juiz Newton De Lucca, do TRF da 3ª Região, proferiu decisão em autos de agravo de instrumento, por meio do qual concedeu efeito ativo ao aludido recurso, mencionado as recentes reformas por que passou o sistema processual, na busca, entre outras coisas, de agilização, desburocratização e simplificação do processo, tudo com vistas à instrumentalidade das formas para proporcionar celeridade e acesso à Justiça; diz, ainda, mencionando nesse ponto o entendimento de Eduardo Talamini, que "o reformador introduziu severas mudanças no sistema processual, consciente de que "apenas se conferir às partes a oportunidade de recorrer não basta. Mais do que isso, têm de ser fornecidos meios para que eventual resultado favorável do recurso possa ser concretizado. Há casos de que nada adiantaria o futuro provimento do recurso, se os fins por ele visados já se houverem tornado irrealizáveis" (Eduardo Talamini, A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo, in Revista de Processo, nº 80, p. 132)."<sup>12</sup>

Pois bem, procurei compilar algumas posições da Doutrina e da Jurisprudência sobre o assunto, sem contar outros respeitáveis entendimentos acerca do efeito ativo do agravo de instrumento e, só pelo que aqui consta, pude chegar à conclusão da polêmica que a matéria desperta.

Numa análise literal do texto do artigo 527, II e 558, ambos do CPC, realmente pode-se dizer que não foi expressamente prevista a possibilidade de o relator conceder uma providência de urgência que foi negada pelo juízo de primeira instância; quando se fala em "suspender o cumprimento da decisão", por óbvio, há que se presumir que o juiz tenha decidido positivamente certo pedido que haja sido formulado nos autos, cujo cumprimento poderá ser suspenso pelo relator, nas hipóteses previstas no artigo 558 do CPC.

Não penso, porém, seja esta a solução mais acertada (quanto à impossibilidade de concessão de efeito ativo ao agravo de instrumento), com o devido respeito aos doutos entendimentos em contrário.

Passo, assim, a indicar os argumentos que, no meu entender, permitiriam a concessão do efeito ativo mencionado.

Primeiramente, há que se ponderar que um dos intuitos da lei nº 9.139/95 foi o de justamente buscar a agilização e a desburocratização do processo, bem como o de restringir ao máximo a utilização de mandado de segurança- buscando-se obter por meio dele (mandado de segurança) um efeito suspensivo que a lei por si só não conferia ao recurso (agravo de instrumento)- para que se pudesse garantir o resultado útil e eficaz do recurso.

Ora, se foi por esta razão que o legislador ampliou consideravelmente o campo para que o relator pudesse atribuir o efeito suspensivo ao agravo (agora não só nas exaustivas hipóteses contempladas na redação antiga do art. 558 do CPC, mas também em todos os casos que possam resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação), também por esta mesma razão há que se admitir a concessão antecipada da providência ativa negada, ou seja, para que se garanta o resultado útil e eficaz do agravo de instrumento, evitando-se, ainda, que continue havendo uma excessiva utilização de mandados de segurança visando obter a tutela positiva negada em 1ª instância.

De fato, se a providência que foi negada é de tamanha importância ao agravante a ponto de que não possa esperar o julgamento definitivo do agravoso sob pena de perecimento de seu direito- por certo que a impossibilidade de concessão do efeito ativo

pelo relator esvaziaria a própria finalidade recursal, haja vista que inútil seria o recurso.

Há que se levar em conta, portanto, a finalidade da norma contida nos artigos já mencionados, e não a sua estrita literalidade.

Um segundo ponto a ser considerado é que não verifiquei proibição na lei quanto à concessão do efeito ativo ao agravo de instrumento; de fato, embora não seja expressa a lei quanto a esta possibilidade, também não a proíbe.

Assim, se o recurso de agravo de instrumento é recebido no seu efeito devolutivo (aqui seria um efeito devolutivo diferido, pois o juiz de cuja decisão se recorre poderá retratar-se), tem-se que é devolvido ao conhecimento do Tribunal a matéria especificamente abordada no agravo e, se assim o é, não se me afigura impossível a que o relator, verificando que a decisão interlocutória que negou uma providência almejada poderá resultar lesão grave ou de difícil reparação à parte, não possa desde logo conceder - ainda que provisoriamente - a aludida providência.

Outro argumento que tenho para rechaçar esse entendimento literal dos artigos 527, II e 558 do CPC refere-se à circunstância de que não se coaduna com a moderna tendência do processo civil, especialmente à vista do princípio da instrumentalidade do processo.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, "o processo, como instrumento, tem por fim realizar os direitos e eliminar os conflitos. O processo que não chega a produzir os seus efeitos normais não só não permite à jurisdição realizar os seus objetivos como, também, gera angústia e decepção àqueles que buscam a tutela jurisdicional. O processo, em outras palavras, é instrumento que apenas tem valor quando serve ao direito material e aos escopos da jurisdição."<sup>13</sup>

Confira-se, também, o pensamento de José Roberto dos Santos Bedaque, a saber: "O processo é instrumento e, como tal, deve ser moldado de maneira a melhor proporcionar o resultado pretendido pelos que dele necessitam. Isso somente é possível se for concedido a partir da realidade verificada no plano das relações de direito material. As necessidades encontradas em sede das relações substanciais devem nortear o processualista na construção de sua ciência. O processo desenvolve-

se sob várias formas, mas deve adequar-se à sua finalidade precípua, a tutela de uma situação concreta. Se se trata de evitar a violação de direito, concede-se a tutela preventiva. Caso a atuação jurisdicional diga respeito a fato passado, a direito já lesado, a tutela será reparatória."<sup>14</sup>

Ora, como mencionou com muita propriedade o professor João Batista Lopes, em aula no curso de Mestrado da Pontifícia Universidade Católica de Campinas, em 3.11.97, a teoria instrumentalista significa não apenas que o processo é um instrumento para a resolução dos conflitos de interesse, mas que tem uma função social cujos escopos são a própria solução destes conflitos, além da busca da certeza jurídica, da pacificação social, da garantia dos direitos constitucionais (especialmente por meio do devido processo legal), da atuação da ordem jurídica.

Prossegue o professor dizendo que a efetividade do processo constitui uma das questões ligadas ao princípio da instrumentalidade do processo; tem-se em mira, por meio da efetividade do processo, garantir ao titular de um direito que obtenha pelo processo tudo aquilo que obteria caso a prestação fosse cumprida espontaneamente, devendo a prestação jurisdicional ser qualificada e oportuna (tempestiva), sob pena de ser ineficaz.

Pois bem, segundo essa ótica da teoria instrumentalista, penso que não seria razoável negar-se ao agravante o efeito ativo pretendido no recurso, no caso em que a decisão negativa do juiz a quo resulte em lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, pois, nesse caso, o próprio recurso seria inócuo, ineficaz para o fim a que se destina e, por fim, restaria prejudicada a prestação jurisdicional.

Não me parece suficiente pensar-se que, em casos deste jaez, não estaria a parte absolutamente despida de meios legais para buscar fazer valer os seus direitos, já que se vislumbraria a possibilidade de intentar o mandado de segurança; de fato, é preciso que se encare o processo como um instrumento adequado, seguro e eficaz por si mesmo para a tutela do direito substancial. "Está a serviço deste, para garantir sua efetividade. A consequência dessa premissa é a necessidade de adequação e adaptação do instrumento ao seu objeto. O processo é um instrumento, e, como tal, deve adequar-se ao objeto com que opera. Suas regras técnicas devem

ser aptas a servir ao fim a que se destinam, motivo pelo qual se pode afirmar ser relativa a autonomia do direito processual." (conforme José Roberto dos Santos Bedaque, em obra já citada nesta exposição, p. 18).

Outro argumento que posso acrescentar é no sentido de que a concessão do efeito ativo pode ser vista como uma forma de desdobramento da antecipação da tutela prevista no art. 273 do CPC, o que também envolve a própria tendência do processo civil na busca de se evitar lesão grave ou de difícil reparação à parte (como exemplos cito o poder geral de cautela-art. 798 do CPC; a tutela antecipada: v. arts. 273 e 461 do CPC; a concessão de liminares em mandados de segurança, em ação civil pública, em possessórias, em ações que versem sobre o direito do consumidor, conforme previsão da lei nº 8.078/90).

Há que se dizer, ainda, que está absolutamente claro no novo sistema do agravo de instrumento a intenção do legislador em ampliar sobremaneira o campo de atuação do relator no recurso de agravo de instrumento, tanto é que, além das hipóteses específicas que já existiam anteriormente à lei nº 9.139/95 (que eram exaustivas), estendeu o efeito suspensivo a "outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação".

Se assim o é, não vejo motivos que impeçam o relator de - em face de uma decisão negativa que acarrete lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação do agravante - conceder liminarmente a providência objetivada pelo agravante.

Outro argumento a demonstrar que não se deve dar uma interpretação literal aos artigos 527 e 558, II e 558 do CPC, agora especificamente quanto ao verbo "suspender", está na própria utilização analógica da lei do Mandado de Segurança.

De fato, o art. 7º, II da lei nº 1.533/51 diz que, ao despachar a inicial, o juiz ordenará "que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida".

Ora, se interpretarmos literalmente este artigo, teremos de entender que somente quando a autoridade coatora pratica um ato (no sentido ativo) ilegal ou com abuso de poder é que caberia a liminar no mandado de segurança.

Mas, e se aludida autoridade, por outro lado, deixa de praticar um ato que por força de lei deveria praticar e, com isso, vem a ofender direito líquido e certo de alguém?

Não caberia a liminar no mandado de segurança?

Evidente que caberia e tal posição se apresenta pacífica na Doutrina e na Jurisprudência, ou seja, é cabível a liminar contra ato omissivo da autoridade impetrada.

Confira-se a Súmula nº 429 do STF:

"A existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade."

Eduardo Talamini, em trabalho já mencionado neste texto, p. 133, diz o seguinte:

"Além disso, nem vale o argumento de que, quando o juiz indefere a liminar, exerce poder discricionário. Primeiro, porque, como se verá a seguir, não há discricionariedade judicial em casos como esse. Depois porque o mesmo argumento valeria para a hipótese em que a liminar é concedida e, nesses casos, usualmente não se põe óbice à utilização do mandado de segurança. Por fim, de há muito a doutrina reconhece que, em geral, o mandado de segurança cabe tanto contra "ato comissivo" quanto para suprir omissão da autoridade coatora. E, na hipótese analisada, quando através do writ se concede a providência ativa que o juiz denegou, está em certo sentido a se suprir a omissão deste. Em suma, o mandado de segurança presta-se não só a suspender a decisão impugnada como também (e cada vez mais vem-se admitindo) serve para obter a providência ativa que o juiz indevidamente houvera negado)."

Assim, deve-se conferir ao verbo "suspender" previsto nos artigos 527, II e 558 do CPC uma interpretação de maior amplitude, de maneira

analógica a que a Doutrina e a Jurisprudência lhe deram em relação ao artigo 7º, II do CPC.

Finalmente, como último argumento na defesa deste meu entendimento, tenho a dizer que um dos princípios gerais do direito processual está na igualdade de tratamento entre as partes no processo.

Segundo Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco, "a igualdade perante a lei é premissa para a afirmação da igualdade perante o juiz: da norma inscrita no art. 5º, "caput", da Constituição, brota o princípio da igualdade processual. As partes e os procuradores devem merecer tratamento igualitário, para que tenham as mesmas oportunidades de fazer valer em juízo as suas razões".<sup>15</sup>

Pois bem, normalmente a suspensão do cumprimento de uma decisão interlocutória no processo é medida que só vem a favorecer o réu (suspende-se o cumprimento de uma liminar; suspende-se a realização de um leilão; suspende-se o levantamento de uma importância depositada, etc.), de maneira que seria injustificável que o relator só pudesse antecipar o provimento em favor do agravante-réu, e não pudesse fazê-lo quando quem agrava é o autor, em face de algum pedido de urgência que formulou no processo e que foi negado pelo juiz.

Volto a mencionar, nesta oportunidade, o acórdão do Egrégio Tribunal Federal da 4ª Região, em que figurou como relator o Juiz Teori Albino Zavascki (RT 731/446), do qual extraio o seguinte trecho:

"O desiderato do legislador ao editar tal dispositivo foi, indubitavelmente, o de conferir ao relator a faculdade de antecipar os efeitos do futuro e provável juízo de provimento do agravo e, com isso, assegurar a utilidade dessa decisão, que estaria comprometida sem uma providência oposta à que decorre da decisão agravada. As ordens de suspensão, com efeito, são também elas medidas antecipatórias. Seria inadequado a essa finalidade, além de absolutamente injustificável ante o princípio da paridade de tratamento, o dispositivo de lei que, presentes

as mesmas circunstâncias (relevância do direito e risco de dano), permitisse antecipar efeito do provimento do agravo apenas em favor de uma das partes e não em favor da outra. Realmente, a permissão para "suspender" representa antecipação da tutela recursal que favorece apenas ao demandado. A interpretação literal importa a conclusão de que o autor jamais teria direito àquela antecipação, mesmo quando presente situação de dano irreparável a reclamá-la."

Enfim, à vista do que foi exposto, concluo que o relator poderá atribuir efeito ativo ao agravo de instrumento, concedendo liminarmente a providência que o juiz a quo negou.

É a minha posição, s.m.j.

#### NOTAS

- (1) Direito Processual Civil Brasileiro, Saraiva, 1986, 2ª ed., 2º/252.
- (2) "O Novo Perfil do Agravo", in RT 724/75.
- (3) Código de Processo Civil Comentado e Legislação processual civil extravagante em vigor, Revista dos Tribunais, 3ª ed., pp. 772-773.
- (4) "A Nova Disciplina do Agravo e os Princípios Constitucionais do Processo", Repró 80/125.
- (5) O Novo Regime do Agravo, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1996, pp. 244-245.
- (6) "Notas sobre o Agravo", in RT 734/129.
- (7) "O Novo Agravo de Instrumento", in Repertório IOB de Jurisprudência, 2ª quinzena de fevereiro de 1996, nº 4/96, p. 69.
- (8) "O chamado "efeito ativo" do agravo de instrumento", in Tribuna do Direito, agosto de 1997.
- (9) Novo Agravo, Del Rey, 1996, 2ª ed., p. 129.
- (10) O Novo Recurso de Agravo e outros estudos, Forense, 1997, 3ª ed., p. 76.
- (11) M. S. 96.04.31418-1/RS- 2ª T.- j. 20.06.1996- rel. Juiz Teori Albino Zavascki-in RT 731/446.
- (12) AG-SP 97.03.000682-5 47836 (96.0041519-6)- despacho do Juiz Newton de Lucca, do TRF da 3ª Região, in Revista Dialética de Direito Tributário no 18.
- (13) Novas Linhas do Processo Civil, Malheiros Editores, 1996, 2ª ed., pp. 64-65.
- (14) Direito e Processo, Malheiros Editores, 1977, 2ª ed., p. 55.
- (15) Teoria Geral do Processo, Malheiros Editores, 1977, 13ª ed., p. 53.

## ADMISSIBILIDADE OU NÃO DAS AÇÕES MANDAMENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Marcos DESTEFENNI\*

Lembra o mestre João Batista Lopes<sup>1</sup> que “a doutrina contempla várias classificações das ações, levando em consideração o seu objeto, o seu fim, a providência jurisdicional reclamada, etc.”.

Em face da questão que nos foi proposta, ou seja, a admissibilidade ou não das chamadas ações mandamentais no ordenamento jurídico brasileiro, interessa-nos a classificação das ações<sup>2</sup> segundo o provimento jurisdicional pretendido pelo autor.

Sobre a questão, oportuna é a lição do mestre João Batista Lopes<sup>3</sup>, para quem, segundo o provimento reclamado, as ações classificam-se em:

- “a) ações de conhecimento;
- b) ações de execução;
- c) ações cautelares”.

A doutrina dominante classifica as ações de conhecimento em **declaratórias, constitutivas e condenatórias**”.

Prossegue o autor: “Pontes de Miranda, inspirando-se no direito alemão, contempla, além daquelas, outras duas espécies: as mandamentais e as executivas.

Dissentindo da assertiva de que as ações declaratórias são meramente (exclusivamente) declaratórias propõe esse autor, como **critério para diferenciar as ações, a preponderância (e não a exclusividade) de seus efeitos**.

Em magnífica passagem de sua obra, escreve:

“A preocupação da ciência do direito até há pouco foi a de conceituar as ações e classificá-las como se cada uma delas só tivesse uma eficácia: uma fosse declarativa; outra, constitutiva; outra

condenatória; outra mandamental; outra executiva. O que nos cumpre é vermos o que as enche, mostrarmos o que nelas prepondera e lhes dá lugar numa das **cinco classes**, e o que vem, dentro delas, em expectação de efeitos. Não só, por conseguinte, vermo-las por fora, com as suas características exteriores, mas também por dentro....

Não há nenhuma sentença que seja clara. Nenhuma é somente declarativa. Nenhuma é somente constitutiva. Nenhuma é somente condenatória. Nenhuma é somente mandamental. Nenhuma é somente executiva. A ação somente é declaratória porque a sua eficácia maior é a de declarar. A ação declaratória é a ação predominantemente declaratória. Mais se quer que se declare do que se manda, do que se constitua, do que se condene, do que se execute” (*Tratado das Ações*, Ed. RT, 1970, t. I, p. 124).

De acordo com essa posição é possível, em apertada síntese, estabelecer a diferença entre as diversas ações de conhecimento:

### a) As **ações declaratórias**:

São as que objetivam, preponderantemente, a declaração da existência, ou inexistência, de uma relação jurídica (ex. ação declaratória negativa de débito fiscal).

b) As **ações condenatórias**, conquanto visem também à declaração de uma relação jurídica, possuem eficácia *preponderantemente* condenatória, porque objetivam a formação de um título executivo judicial contra o devedor (ex. ação de indenização).

c) Nas **ações constitutivas**, também está presente o elemento declaração, mas o que nelas

(<sup>1</sup>) Professor e mestrando da PUC-Campinas.

prepondera é a constituição de uma relação jurídica (ex. ação de anulação de casamento).

d) Nas **ações mandamentais** almeja o autor preponderantemente, uma ordem, um mandado do juiz para que se faça ou se deixe de fazer alguma coisa (ex. mandado de segurança).

e) As chamadas **ações executivas *latu sensu*** são assim denominadas porque conduzem a uma sentença que contém, em si mesmas, a eficácia executiva, tornando dispensável o processo de execução (ex. ação de despejo, ação de reintegração de posse)<sup>4</sup> - fizemos grifos.

Pelo acima exposto, verifica-se que a doutrina não é pacífica sobre a questão da existência ou não de outras ações de conhecimento, além das declaratórias, constitutivas e condenatórias, como as ações executivas e mandamentais.

Como o nosso tema trata da admissibilidade ou não das ações mandamentais no direito brasileiro, vamos restringir a nossa abordagem à questão.

Lembra José Frederico Marques<sup>5</sup> que “alguns autores falam em ações mandamentais, como a quarta das modalidades das ações de conhecimento. PONTES DE MIRANDA, entre nós, é dos raros juristas que falam em ação mandamental.

As ações de mandamento foram criadas por KUTTNER e aceitas, entre outros, por GOLDSCHMIDT. Este as definiu nos seguintes termos: “A ação de mandamento tende a obter um mandado dirigido a outro órgão do Estado, por meio de sentença judicial”.

No direito brasileiro, além de Pontes de Miranda, outro autor que defende veementemente a existência das chamadas ações mandamentais é Ovídio A. Baptista da Silva.

Segundo Ovídio<sup>6</sup>, **“a ação mandamental tem por fim obter, como eficácia preponderante, da respectiva sentença de procedência, que o juiz emita uma ordem a ser observada pelo demandado, ao invés de limitar-se a condená-lo a fazer ou não fazer alguma coisa. É da essência, portanto, da ação mandamental que a sentença que lhe reconheça a procedência, contenha uma ordem para que se expeça um mandado. Daí a designação de sentença mandamental. Neste tipo de sentença, o juiz ordena e não simplesmente condena. E nisto reside, precisamente, o elemento eficaz que a faz**

diferente das sentenças próprias do Processo de Conhecimento. Tal como acontece com as ações executivas, também as mandamentais contêm atividade jurisdicional em momento posterior ao trânsito em julgado da sentença de procedência. Na mesma relação processual de conhecimento” - grifamos.

Ovídio Baptista, portanto, faz interessante constatação: **existem ações nas quais o juiz não se limita a proferir uma condenação, emitindo uma ordem a ser cumprida, inclusive sob pena de responsabilidade penal.**

Chama a atenção o autor, ainda, para o fato de que nessas ações existe atividade jurisdicional em momento posterior ao trânsito em julgado da sentença de procedência, na mesma relação processual em que a sentença foi proferida.

Também ensina Ovídio<sup>7</sup> que “as ações mandamentais **descendem diretamente dos interditos romanos**. Também nesse tipo de tutela jurisdicional, o pretor romano não condenava, mas ao contrário ordenava que o demandado fizesse ou deixasse de fazer alguma coisa” - grifos nossos.

Prossegue o autor afirmando que “esta origem das ações mandamentais explica a formidável resistência que lhe opõe a doutrina corrente que, até hoje, não obstante a proliferação deste tipo de ações, persiste em negar-lhe existência. A razão é simples. Os interditos não eram ações. As verdadeiras ações (*actiones*), como antes dissemos, ligavam-se invariavelmente, às obrigações, ao passo que os interditos eram remédios que o pretor se valia para proteção de outros interesses, especialmente de natureza pública. Enquanto as *actiones* eram julgadas por um juiz privado, sem *iurisdictio*, os interditos eram da competência exclusiva do pretor”.

Ovídio ainda chama a atenção para outros aspectos relevantes.

De fato, para o autor<sup>8</sup>, “a distinção entre sentenças executivas e mandamentais é fundamental: a execução **é ato privado da parte** que o juiz, através do correspondente processo ... realiza em substituição à parte que deveria tê-lo realizado. Na sentença mandamental, o juiz realiza o que somente ele, como representante do Estado, em virtude de sua estatalidade, pode realizar”.

Ovídio ainda faz uma interessante observação sobre a diferença fundamental entre o juiz do nosso sistema, da *civil law*, e o juiz do sistema anglo-saxão, da chamada *commom law*.

Ocorre que, segundo o autor, no nosso sistema prevalece a idéia de que a jurisdição tem um caráter privatístico, sendo que o juiz é tido como um mero aplicador da lei.

Assim, segundo Ovídio<sup>9</sup>, “não é de surpreender que nossa cultura haja resistido, com tanta tenacidade, à outorga de poderes *deimperium* ao juiz, cuja expressão mais significativa são as ações mandamentais”.

“Afirmar, como o faz acertadamente MERRYMAN, que os juízes contemporâneos dos sistemas de direito escrito “herdaram e realizam “funções reservadas ao *iudex* privado romano, é afinal dizer que nossos magistrados foram feitos para exercer *iuris + dictio*, jamais *imperium*, sabido como é que estas elevadas funções eram estritamente reservadas ao pretor romano, jamais ao *iudex* privado, cujas atribuições, à semelhança dos árbitros modernos, resumiam-se em dizer o direito, em ser, afinal de contas, como a doutrina posterior à Revolução Francesa pretendeu, simples “*bouche de la loi*”, sem qualquer poder criativo ou de império”<sup>10</sup>.

Ainda segundo Ovídio Baptista, justifica-se a resistência à admissão das ações mandamentais por um exagerado individualismo.

“Os pressupostos ideológicos que informam nossas instituições processuais civis, assentam-se no princípio da intangibilidade da pessoa humana cuja autonomia e liberdade deve ser preservada com tal profundidade e extensão que nenhuma lei poderá penetrar na esfera inviolável da autonomia da vontade individual. Esta idéia, quando levada a suas últimas conseqüências, como ocorre em nosso direito, determina que os meios de coerção processual sejam rigorosamente limitados a tímidas medidas de natureza patrimonial. A resistência oposta, com freqüência, até mesmo às *astraites*, como instrumento de índole igualmente patrimonial, capaz de fortalecer o cumprimento dos julgados, demonstra a exacerbação do conceito de autonomia da vontade e a sacralidade do princípio de que ninguém poderá ser compelido a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão através de um ato de livre

e consciente deliberação do agente. Este princípio determinou que as obrigações de fazer não contassem com execução específica, tendo o credor de contentar-se com o sucedâneo das perdas e danos sempre que o devedor, embora condenado a executar uma prestação desta espécie, se recusasse a cumprir o julgado. Este foi o legado do direito medieval que nos foi transmitido pelos juristas franceses que inspiraram o *Códe Civil* de 1804, particularmente POTHIER (GIUSEPPE BORRÈ, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, 1996, págs. 10 e sgts.)” - grifamos.

Esses princípios por nós adotados, ou seja, da **exacerbada autonomia da vontade e intangibilidade da pessoa humana** têm levado o nosso sistema à chamada **crise de falta de efetividade do ordenamento jurídico**, pois o nosso magistrado não exerce poder de *imperium*, limitando-se a declarar o direito aplicável ao caso sem ter poderes de coerção sobre o indivíduo.

O descumprimento de uma decisão judicial, no nosso sistema, não traz maiores conseqüências, pois gera tão somente o direito ao insatisfeito de propor uma outra ação.

Já no sistema da *common law* a situação é diferente: o descumprimento a uma decisão judicial pode ser encarado como uma desobediência a uma ordem do tribunal, ensejando, inclusive, sua prisão. Note que a prisão não é pelo não pagamento da dívida confirmada pela sentença, mas sim pelo descumprimento à decisão judicial.

Oportuna a lição do próprio Ovídio Baptista: “No sistema da *commom law* - como igualmente acontece, em certos casos, no direito alemão -, se a sentença determinar que o demandado pague uma certa quantia em dinheiro ou o condene a entregar coisa alheia, além naturalmente das condenações ao cumprimento de obrigação de fazer e não fazer, poderá o credor requerer que o tribunal imponha ao condenado uma injunção, determinando o cumprimento da sentença, sob pena de considerar-se a resistência como ato de desobediência e desacato ao tribunal (*contempt ou Court*), com a aplicação de sanções punitivas de natureza pessoal (MOLINA PASQUEL, *Contempt ou Court - Correcciones disciplinarias y medios de apremio*, Mexico, 1954, n. 63).

Como se vê, a sentença deixa de ser simplesmente condenatória para revestir-se de um mandamento imperativo e cogente, cuja desobediência pode acarretar ao demandado a imposição de uma pena, ao passo que em nosso sistema a condenação jamais conterà uma ordem dirigida às partes, pois, como diz LIEBMAN (Processo de execução, n. 7), não é função do juiz, na demanda condenatória, pronunciar ordens, mas apenas declarar o direito aplicável<sup>11</sup>.

**E essa é exatamente a característica fundamental da chamada ação mandamental: aqui busca-se mais do que uma condenação, ou seja, busca-se uma ordem judicial.**

Ou como ensina o próprio defensor da chamada ação mandamental, **“o que é decisivo para que exista uma ação mandamental, é que a respectiva sentença de procedência contenha um mandado, como sua eficácia preponderante”**<sup>12</sup> - grifamos.

Modernamente, é pacífico que **as ações não se classificam por um critério de exclusividade, mas por um critério de predominância de determinados efeitos.**

**Tanto é verdade que a doutrina reconhece existir atividade de conhecimento no processo de execução, bem como no processo cautelar e vice-versa.**

Dentro deste critério de preponderância, Ovídio Baptista defende a existência da chamada ação mandamental e critica os processualistas que dedicam pouca atenção ao problema referente à classificação de ações e sentenças.

**Para justificar a existência dessa classe de ações ou sentenças, Ovídio lembra a ação de mandado de segurança.**

**“O que ocorre com a ação de mandado de segurança é paradigmático. Os juristas que recusam a admitir a classe das ações mandamentais, procuram incluir o mandado de segurança ou dentre as condenatórias, ou declaratórias, ou constitutivas, segundo as respectivas eficácias que se sigam à eficácia mandamental (assim, dentre outros, CELSO BARBI, Do mandado de segurança, 2ª edição, págs. 151-153; ALFREDO BUZAID, ob. cit., n. 37)”**<sup>13</sup> - grifamos.

No entanto, segundo o autor, **“a ação de mandado de segurança ... é uma ação mandamental, criada pelo direito brasileiro, sem similar em outros sistemas jurídicos, por meio da qual todo aquele que se vê ofendido, ou ameaçado de sê-lo, em seus direitos, por ato arbitrário de uma autoridade pública, seja porque esse comportamento do agente configure uma ilegalidade, seja por caracterizar um abuso de poder, obterá uma sentença ordenando a imediata cessação do ato impugnada através da ação e, sujeitando o responsável, em caso de desobediência, a processo e condenação criminal, ou a outras conseqüências punitivas”**<sup>14</sup> - grifamos.

Portanto, para Ovídio Baptista existem as chamadas ações mandamentais, cujo maior exemplo é a ação de mandado de segurança.

**No entanto, tal posição, como se sabe, não é aceita por grande parte da doutrina nacional.**

Afinal, há inúmeros juristas que negam a existência da chamada ação mandamental.

A propósito, afirma José Frederico Marques<sup>15</sup> que **“essa categoria de ações, como observa ALCALÁ-ZAMORA, além de pouco difundida, não atingiu o grau de maturação alcançado pelas demais categorias do direito de agir. E a razão é simples: não há lugar para uma nova espécie de ação, como esse título. A ação mandamental, no dizer de GUASP, não é categoria processual congruente com as anteriores, pois não se funda em natureza peculiar do pedido ou prestação jurisdicional invocada, e sim, no destinatário especial da sentença, que é um órgão do Estado diferente do judicial”**.

Nesse sentido também é a lição de Celso Agrícola Barbi<sup>16</sup>, quando afirma que **“... essa classe de ações mandamentais não tem logrado maior aceitação na doutrina, não nos parecendo que constituam espécie distinta das demais ações”** - grifamos.

O próprio Celso Barbi<sup>17</sup> explica: **“esse tipo de sentença (mandamental) não tem conteúdo diferente do que comportam as três classes geralmente admitidas. Quando a sentença for proferida entre particulares e tiver de ser feita alguma averbação ou anotação por funcionários do Estado, como os oficiais de Registro em geral, teremos, na realidade, simples casos de execução**

**imprópria, como bem acentuou o ilustre processualista Amílcar de Castro. E se a sentença for proferida em ação na qual seja parte a Administração, a determinação para que esta pratique determinado ato configura o elemento condenatório.**

Não nos parece também decisivo o argumento do Prof. Lopes da Costa, segundo o qual, sendo impossível a execução direta contra o Estado, a sentença que tende à prestação deste será mandamental. Como bem acentua Roberto Goldschmidt, a impossibilidade de execução, por motivos jurídicos ou de fato, não exclui necessariamente o interesse jurídico em uma sentença condenatória. Deve-se notar que mesmo a execução de sentença contra o particular sofre limitações, decorrentes do respeito à liberdade individual; isso, porém, não impede que seja proferida sentença condenatória, como nas obrigações de fazer, infungíveis”.

E conclui Celso Barbi: “Parece-nos, portanto, que, na esteira da doutrina dominante, devemos recusar a possibilidade de existência da sentença mandamental”.

Vê-se, pois, a controvérsia entre grandes processualistas.

No entanto, como nos incumbiu a difícil tarefa de responder a esta questão, ou seja, sobre a admissibilidade ou não das ações mandamentais no direito brasileiro, vamos tentar uma resposta, um posicionamento.

**A razão parece estar com aqueles que admitem a existência da ação mandamental.**

Afinal, parece inquestionável a natureza mandamental da sentença proferida em mandado de segurança.

Como se disse acima, as ações não se classificam por um critério de exclusividade, mas de predominância.

Assim, podem existir declaração, constituição ou condenação na sentença mandamental. Todavia, **a ação mandamental tem uma peculiaridade não encontrada nas demais ações, que é o fato de o juiz emitir, através da sentença, uma ordem para cumprimento imediato e direto, no mesmo processo em que foi proferida a decisão.**

Apresentando, pois, uma peculiaridade própria, é justo que a ação mandamental seja classificada separadamente das demais ações de conhecimento.

Nesse sentido, aliás, é a opinião de Hugo de Brito Machado<sup>18</sup>:

“É sabido de todos que o objeto da ação se define pelo pedido. E a natureza da sentença depende, logicamente, do objeto da ação.

No mandado de segurança não se pede ao Juiz que anule, ou que declare nulo um ato, e por isto se diz que a sentença não é constitutiva. Nem que declare existente, ou inexistente uma relação jurídica, nem que lhe declare o alcance, ou o modo de ser, e por isto se diz que a sentença não é declaratória. Nem que condene a autoridade impetrada a pagar ao impetrante determinada quantia, ou a cumprir outras obrigações de dar, e por isto se diz que a sentença não é condenatória. Outra não é a razão pela qual o mandado de segurança não substitui a ação de cobrança, nem a sentença que concede o mandado de segurança produz efeitos patrimoniais relativamente ao período pretérito, devendo tais efeitos ser reclamados administrativamente, ou pela via judicial própria. Tais restrições ao mandado de segurança somente se explicam em face da natureza mandamental da sentença que no mesmo se obtém, a qual decorre da natureza do pedido que na impetração geralmente se faz”.

De fato, como bem observa Ovídio A. Baptista da Silva<sup>19</sup>, “quando classificamos ações, segundo a eficácia de suas respectivas sentenças de procedência (!), fazemo-lo levando em conta a carga de sua eficácia de maior peso, cuja identificação se há de fazer tendo em vista o objeto principal do pedido”.

Ovídio Baptista também afasta as críticas feitas por Celso Barbi e Alfredo Buzaid, que negam existência autônoma às ações mandamentais, classificando-as ora como ações declaratórias, ora como constitutivas e ora como condenatórias.

Em conclusão que parece irrefutável afirma: **“em verdade, o eventual “antecedente lógico”, declaratório ou constitutivo, que possa ocorrer na sentença de procedência da ação de mandado de segurança não “resolve a lide” correspondente a esta ação. O que nela necessariamente se quer**

é o mandado. Se o autor não pedir o mandado, sua petição inicial deve ser rejeitada por inepta. Por isso, pela existência do mandado, e apenas por isso, a ação é de mandado de segurança. Se lhe bastasse a “declaração” de nulidade do ato ilegal praticado pela autoridade, não teria o autor ação de mandado de segurança. A legitimidade desta ação decorre da necessidade de que a tutela jurídica se realize através do reconhecimento (juízo declaratório) da ilegalidade do ato impugnado e, como consequência, mediante a expedição do mandado, de modo que os efeitos da ilegalidade se desfaçam, em cumprimento da ordem contida nesse mandado. Por conter essa ordem, precisamente, é que a sentença, como anteriormente já vimos, não é condenatória” - grifos nossos.

Parece evidente que no mandado de segurança não há uma sentença condenatória, mesmo porque a condenação somente pode ser executada em outra relação processual, através de uma ação executória.

Além disso, na condenação também não existe uma ordem para cumprimento imediato e direto, pois, como dito acima, a sentença condenatória está sujeita a um processo de execução se não houver o cumprimento voluntário.

Ou, como ensina Nagib Slaibi Filho<sup>20</sup>, “na sentença mandamental, o juiz não substitui, pelo seu provimento, a vontade da parte - o juiz *manda* ou *impõe* uma determinada conduta. Enquanto na ação executiva é o juízo que transforma a realidade, praticando o fato (expropriando o bem, na execução de quantia certa contra devedor solvente; retirando o esbulhador do prédio, pelo mandado de reintegração; imitando o autor na posse etc.), na ação mandamental expede-se mandado ao sucumbente (embora caiba ao oficial de justiça intimar ou notificar) para que atue (ou se omita) nos termos do comando judicial.

Pontes de Miranda dá o conceito:

*A ação mandamental é aquela que tem por fito preponderante que alguma pessoa atenda, imediatamente, ao que o juízo manda*” - grifamos.

Para Nagib Slaibi Filho<sup>21</sup>, existem **sentenças mandamentais** nas seguintes ações:

**a) mandado de segurança:** trata-se de ação mandamental típica, pois nesse tipo de ação o juiz

*manda* que o administrador proceda de determinada forma;

**b) mandado de segurança coletivo:** também é ação mandamental, diferenciando-se apenas pelo objeto que, no caso, é a tutela de interesses coletivos;

**c) mandado de injunção:** se não é objeto do mandado de injunção obter provimento jurisdicional ao órgão legislador no sentido de que faça a norma jurídica, pode ser objeto da injunção (e comumente o é ...) a pretensão de se obter um comando à Administração para a realização de determinado ato ou fato;

**d) “habeas data”:** o pedido de conhecimento da informação pode ser cumulado com o pedido de ordem de correção;

**e) ação de manutenção de posse:** pleiteia-se uma ordem judicial no sentido de que cessem os atos turbativos ou de que seja mantida a posse;

**f) ação de interdito proibitório:** busca-se uma ordem judicial que determine a expedição de mandado proibitório ao réu para que não pratique, contra a posse do autor, turbação ou esbulho;

**g) embargos de terceiro:** é ação mandamental negativa porque o seu conteúdo é a cessação da “eficácia” do ato constitutivo;

**h) ação de depósito:** a ordem judicial buscada é no sentido de que se mande o réu entregar a coisa, depositá-la em juízo ou consignar o equivalente em dinheiro.

A doutrina também tem vislumbrado aspectos mandamentais nas sentenças emitidas nos processos cautelares e também nos casos do artigo 461, § 3º, do CPC, quanto à imposição de multa.

O art. 461 do Código de Processo Civil trata da chamada “tutela específica”: Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

O § 3º estabelece que, sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

Como se sabe, o tema da execução das obrigações de fazer e não fazer tem sido fortemente influenciado pelo princípio da efetividade. Explica Carreira Alvim<sup>22</sup> que o princípio da efetividade, “na linguagem chiovendiana, significa que “o processo deve dar, no que é possível praticamente, a quem tem um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem direito de obter””.

Por isso, a reforma processual de 1994 trouxe avanços significativos na capítulo referente à tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, buscando-se uma maior efetividade.

Ocorre que nessa área sempre houve muitas resistências à execução específica, fundada na idéia da intangibilidade da vontade humana.

Dinamarca<sup>23</sup> bem demonstra a questão: “ao longo dos tempos a resistência do obrigado foi sempre muito respeitada como óbice intransponível à efetivação das obrigações de fazer ou não fazer por obra dos órgãos judiciários. O dogma da *intangibilidade da vontade humana*, zelosamente guardado nas tradições francesas pandectistas, fazia o mundo aceitar que “*toute obligation de faire, ou de ne pas faire, se resout en dommages et intérêts, en cas d’inexécution de la part du débiteur*” (art. 1.142 do Código Civil francês). Foi preciso muita tenacidade de pensadores sobre a obrigação de prestar declaração de vontade, para que viesse ter curso a distinção entre *infungibilidade natural e infungibilidade jurídica*. Hoje considera-se integrada em nossa cultura a idéia de que em nada interfere na dignidade da pessoa, ou na sua liberdade de querer ou não querer, qualquer mecanismo que permita a realização de atividades por outrem e produção, mediante elas, *da situação jurídica final* a que o cumprimento da obrigação de fazer ou de não-fazer deveria ter conduzido” - grifamos.

Seguindo essa orientação, caminhou a reforma processual civil no sentido de permitir, em maior número de casos, a execução específica das obrigações de fazer ou não fazer.

A execução específica, a título de esclarecimento, pode ser definida, segundo Carreira Alvim<sup>24</sup>, como aquela execução que “tem por objetivo a restauração (ou obtenção) da idêntica situação jurídica violada, através de uma restituição (ou atividade) direta, ou seja, outorgando ao credor o *bem da vida* a que tem direito, como se a obrigação

fosse voluntariamente satisfeita, na forma convencionada ou imposta na sentença” - grifamos.

No Código de Processo Civil brasileiro a execução das obrigações de fazer e não fazer está prevista nos artigos 632 a 645.

A obrigação de fazer pode ser definida como uma obrigação que tem por objeto a prática de um ato pelo devedor, enquanto que a obrigação de não fazer caracteriza-se por exigir do devedor uma omissão ou tolerância.

Verifica-se, pois, que há uma atuação sobre o comportamento do devedor, que deve agir ou não agir.

Ainda segundo Carreira Alvim<sup>25</sup>, “o princípio *diretivo* ou orientador das obrigações de *fazer* (positivas) e de *não fazer* (negativas) é o de que devem ser satisfeitas pelo devedor, ou à sua custa, *na forma como foram pactuadas*, derivando-se em *perdas e danos* apenas se impossível a sua satisfação”.

Como vimos acima, a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer está prevista no artigo 461 do CPC.

Esclarece Carreira Alvim<sup>26</sup> que “a ação ordinária do art. 461, *caput*, difere das ações dos arts. 632 a 645, na medida em que estas fundam-se em título executivo *judicial* ou *extrajudicial*, enquanto aquelas, embora admitindo a antecipação da tutela, prescindem do título, que será objeto de *acertamento*, em processo de conhecimento, mediante cognição exauriente ... A especial *particularidade* da ação do art. 461, com pedido de liminar (§ 3º), está não só em antecipar ao credor a satisfação da obrigação, mediante sumarríssima cognição, mas, sobretudo, em antecipar-lhe os meios executivos (de coação ou de sub-rogação) que influam na vontade do devedor, levando-o ao cumprimento específico da obrigação”.

Segundo Kazuo Watanabe<sup>27</sup>, “**valeu-se o legislador, no art. 461, da conjugação de vários tipos de provimento, especialmente do mandamental e do executivo *lato sensu*, para conferir a maior efetividade possível à tutela das obrigações de fazer ou não fazer.**”

Ao admitir a sub-rogação da obrigação de fazer ou não fazer, por opção do titular do direito ou por ser impossível a tutela específica ou a obtenção

do resultado prático-jurídico equivalente ao do adimplemento (§ 1º do art. 461), valeu-se o legislador do **provimento condenatório**, que dá nascimento a título executivo judicial e permite o acesso à execução forçada através da ação autônoma de execução.

Também a imposição da *medida coercitiva indireta*, consistente em multa (arts. 287 e 644 e parágrafo único do CPC), é feita através de sentença *condenatória*, que dá origem a título executivo judicial que, não sendo espontaneamente adimplido, enseja o acesso ao processo de execução forçada”.

Ainda segundo Kazuo Watanabe<sup>28</sup>, “**a execução específica ou a obtenção do resultado prático correspondente à obrigação pode ser alcançado através do provimento mandamental ou do provimento executivo “lato sensu”, ou da conjugação de ambos.**

Através do *provimento mandamental* é imposta uma ordem ao demandado, que deve ser cumprida sob pena de configuração do *crime de desobediência*, portanto mediante imposição de medida coercitiva indireta. Isto, evidentemente, sem prejuízo da execução específica, que pode ser alcançada através de *meios de atuação* que sejam adequados e juridicamente possíveis, e que não se limitam ao pobre elenco que tem sido admitido pela doutrina dominante. E aqui entra a *conjugação do provimento mandamental com o provimento executivo “lato sensu”*, permitindo este último que os atos de execução do comando judicial sejam postos em prática no próprio processo de conhecimento, sem necessidade de ação autônoma de execução” - grifamos.

Para o Professor Kazuo Watanabe, “dentre os vários meios de execução possíveis, certamente as *medidas de sub-rogação de uma obrigação em outra de tipo diferente* são bastante eficazes. Bem se percebe que não estamos falando de sub-rogação comum, que é a conversão da obrigação de fazer ou não fazer descumprida em *perdas e danos*. E sim de sub-rogação propiciadora da execução específica da obrigação de fazer ou não fazer ou a obtenção do resultado prático-jurídico equivalente.

Pensemos, por exemplo, no dever legal de *não poluir (obrigação de não fazer)*. Descumprida, poderá a obrigação de não fazer ser sub-rogada em obrigação de fazer (v.g., colocação de filtro,

construção de um sistema de tratamento de efluente etc.), e descumprida esta obrigação sub-rogada de fazer poderá ela ser novamente convertida, desta feita em outra de não fazer, como a de *cessar a atividade nociva*. A execução desta última obrigação pode ser alcançada coativamente, inclusive através de atos executivos determinados pelo juiz e atuados por seus auxiliares, inclusive com a requisição, se necessário, de *força policial* (§ 5º do art. 461). **São meios sub-rogatórios que o juiz deverá adotar enquanto for possível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, em cumprimento ao mandamento contido no § 1º do art. 461.** Para isto, o juiz usará do **poder discricionário** que a lei lhe concede (fala o § 5º do art. 461 em determinação de “medidas necessárias” para a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente). **A discricionariedade deve ser bem entendida. Não se trata de adoção arbitrária de qualquer medida, e sim apenas de medidas adequadas e necessárias** (eis o parâmetro legal) à tutela específica da obrigação ou à obtenção do resultado equivalente.

O resultado prático equivalente poderá ser obtido, também, através de outros atos executivos praticados pelo próprio juízo, por meio de seus auxiliares, ou de terceiros, observados sempre os limites da adequação e da necessidade...

**As medidas enumeradas no § 5º do art. 461 são apenas exemplificativas.** Portanto, outras podem ser adotadas, desde que atendidos os limites da adequação e da necessidade” - fizemos grifos.

Por outro lado, “o *provimento mandamental, isoladamente considerado*, poderá conduzir à tutela específica da obrigação através da colaboração do devedor. **Há a imposição de medida coercitiva indireta consistente em fazer configurar, ao descumprimento da ordem do juiz, o crime de desobediência.** Os executores da ordem judicial poderão, inclusive, lavrar a prisão em flagrante, mas o processo criminal respectivo será julgado pelo juízo criminal competente. Semelhante prisão não é proibida pelo art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, pois não se trata de prisão civil por dívida, e sim de prisão por crime de desobediência.

É chegada a hora de se interpretar adequadamente o mencionado dispositivo

constitucional, que não proíbe, de forma alguma, a imposição da prisão civil por ato de desprezo à dignidade da Justiça ou atos que embarquem o regular exercício da jurisdição, uma das funções basilares do Estado Democrático de Direito”<sup>29</sup>.

Nesse diapasão, conclui o Professor Kazuo Watanabe<sup>30</sup> que **“os provimentos mandamental e executivo *lato sensu*, e a conjugação deles, não dá origem à execução *ex intervallo*, através de ação de execução autônoma”** - grifamos.

Assim, apesar de muitos doutrinadores negarem a existência das ações mandamentais, como já destacamos, é de se observar que após a reforma processual de 1994 surge uma nova tendência na doutrina brasileira: a admissibilidade das ações mandamentais e executivas “*lato sensu*”.

Acima já vimos a posição de Kazuo Watanabe, que é respaldada por Ada Pellegrini Grinover.

Oportuna, também, a lição de Eduardo Talamini<sup>31</sup>: “Além da previsão genérica da antecipação de tutela contida no novo art. 273 do CPC, veiculou-se outra - específica para a consecução de prestações de “fazer” e “não fazer” - na norma do novo art. 461, § 3º, do mesmo diploma (ambas através da Lei 8.952/94). Estabelecidas no ordenamento das duas normas disciplinando o mecanismo antecipatório, cumpre a quem as interpretar extrair-lhes o máximo alcance ...”

Da relação entre a hipótese geral do art. 273 e a especial do art. 461, § 3º, destacam-se, entre muitos, dois aspectos para os fins do presente texto:

a) A segunda dessas duas regras tem de ser compreendida como *plus* à disciplina geral de antecipação consagrada naquela primeira: houve a explícita previsão de mecanismos especiais para efetivar a antecipação da tutela específica de pretensões a “fazer” e “não fazer”. Em outros termos, para essas pretensões não há exclusão do regime geral de antecipação, mas seu reforço no âmbito da atuação material da tutela.

b) A regra do art. 273 do CPC representa apenas a inclusão de mecanismo antecipatório no âmbito de um processo que, quanto ao mais, mantém suas anteriores características. Já o previsto no art. 461, §3º, conjugado com outros preceitos contidos no mesmo artigo, dá origem a processo tendente a

um provimento (e a um complexo de tutelas, eficácias) diverso do antes reservado às pretensões relacionadas com “fazer” e “não fazer” - o que também vem a peculiarizar a respectiva demanda. Na terminologia empregada no Código, há uma “ação” (e um novo “procedimento”) “especial”.

O caráter “mandamental” e “executivo *lato sensu*” dos provimentos concessivos de tutela emitidos no processo com base no art. 461 tem sido destacado pela doutrina como um dos aspectos que peculiarizam essa nova via” - grifamos.

O autor, inclusive, refuta a opinião daqueles que não aceitam a existência de ações mandamentais:

“Houve quem afirmasse que, ao se considerar a sentença mandamental como sendo de uma nova espécie, estaria sendo utilizado critério distinto do das outras três categorias tradicionais. Para estas, o critério seria o do conteúdo da sentença, para aquela o do destinatário (agente do Estado).

Mas, trata-se de crítica a uma noção superada. Consequentemente, é uma crítica, por igual, superada.

Sustentou-se, ainda que, para se conferir autonomia às categorias das mandamentais e executivas *lato sensu*, não se estaria levando em conta o conteúdo da sentença, mas “algo que lhe é exterior” e posterior: seu efeito, sua “execução”. Quanto ao conteúdo, seria o mesmo que o das condenatórias.

Mas o que é classificação tripartida senão a adoção de critério que já leva em conta precisamente os efeitos de cada sentença? O que são declaração, condenação e constituição, senão efeitos?

O que se faz é considerar a *eficácia* de cada espécie de sentença. Eficácia é *aaptidão de produzir determinado efeito*. E a eficácia está, ela mesma, *no conteúdo*.

Portanto, quando se pretende levar em conta a circunstância de que certas sentenças geram ordem e não apenas autorizam medidas executivas subrogatórias, não se está fugindo daquele mesmo critério usado para a classificação dos três tipos tradicionais de sentença. A diversidade dos efeitos, da firma de efetivação do comando da sentença é decorrência direta das diferentes eficácias - e, portanto, dos diferentes conteúdos. Então, quando a sentença é atuada praticamente através de ordem

para o réu, isso acontece porque no próprio conteúdo dela há uma ordenação, um mandamento - e isso faz seu conteúdo diferente do conteúdo da sentença condenatória ou executiva.

Em suma, a classificação que acolhe as tutelas mandamental e executiva *lato sensu* toma por base exatamente o mesmo critério usado para a distinção dos três grupos de sentença usualmente admitidos: conteúdo e eficácia.

Por fim, não há como coerentemente pretender introduzir as sentenças mandamental e executiva no âmbito das condenatórias e, ao mesmo tempo, persistir nas duas afirmações, tradicionalmente acolhidas, de que: a) condenatória é a sentença que gera “título executivo”, enseja novo processo, de execução; b) só há atividade executiva através de meios sub-rogatórios e não mediante ordens conjugadas com meios coercitivos.

Ora, em primeiro lugar, a sentença mandamental e a executiva não ensejam novo processo. Depois, o provimento mandamental jamais propicia atividade executiva (sub-rogatória) - nem mesmo naquele processo em que foi proferido. Afinal, ele não é efetivado através de meios sub-rogatórios e sim mediante medidas coercitivas, meios de pressão psicológica, a fim de que o próprio réu, por conduta própria, cumpra a ordem que lhe foi dada”.

Eduardo Talamini chega a admitir a viabilidade da reunião dos provimentos “condenatórios”, “executivos *lato sensu*” e “mandamentais” em uma única categoria, mas não deixa de destacar que “**tem importância prática e política especialmente o destaque da sentença mandamental diante das outras espécies de sentenças de “repercussão física”. Serve, para a conscientização de que, em certos casos, apenas ordem direta ao devedor, acompanhada de medidas coercitivas, pode garantir a tutela específica, assegurando que “o processo dê a quem tem direito tudo aquilo e exatamente aquilo a que tem direito”.**

Aliás, Eduardo Talamini conclui que o provimento antecipatório do § 3º, do artigo 461, tem eficácia mandamental (com a imposição de multa) e executivo “*lato sensu*”.

Essas são as palavras do autor: “o provimento antecipador de tutela, previsto no

**art. 461, § 3º, veicula ordem para o demandado . Há a direta determinação de que o réu cumpra o “fazer” ou “não fazer” objeto do dever tido como plausível .**

O mandamento contido nesse ato é radicalmente diverso da comunicação do preceito executivo, estabelecida no procedimento “ da execução das obrigações de fazer e não fazer” (Cap. III do Tit. II do Livro II do CPC)). No âmbito daquele processo executivo, cita-se o devedor a fim de satisfazer a prestação. (arts. 632 e 642). Contudo, fica desde logo estabelecido que, “não satisfeita a obrigação” no prazo assinado pelo juiz, nada mais restará senão a via do cumprimento por terceiro à custa do devedor ou a indenização por perdas e danos (arts. 633 e 643). Assim, a carga mandamental contida no preceito executivo é diminuta (mesmo se considerada a possibilidade de cominação de multa diária- arts. 644 e 645). Prepondera a eficácia de preordenação de medidas sub-rogatórias.

... O sistema instituído pelo art. 461, visa-se primordialmente ao exato resultado que se teria, caso o demandado houvesse assumido a conduta devida. O §1º desse artigo consagra em termos cogentes tal diretriz, tornando a conversão em perdas e danos hipótese excepcional (“somente se converterá” por opção do autor ou impossibilidade de conseguimento específico). E, para tanto, **o provimento concessivo da tutela, mais do que autorizar o emprego de meios substitutiva da conduta do réu, há de ter força suficiente para mandar que ele mesmo adote o comportamento devido. A cientificação desse ato ao demandado não constituirá, então, mera “oportunidade para cumprir”. Veiculará ordem, revestida de autoridade estatal, para que cumpra.**

Nem se afirme que diretriz contida no §1º não importaria a eficácia mandamental, sob o argumento de que só o manejo de mecanismos sub-rogatórios já seria suficiente para evitar ao máximo a conversão em perdas e danos.

**Está presente, por igual, o outro traço característico da eficácia mandamental: a imposição concreta da ordem ao demandado se opera no mesmo processo em que se concede a antecipação.** Afinal, é incompatível com as medidas jurisdicionais de urgência a instauração de processo autônomo para dar atuação ao provimento. Basta

considerar as medidas cautelares: embora não exista nenhuma norma expressa a respeito, não se discute que- concedidas no curso do procedimento ou na sentença final- “executam-se” no próprio processo cautelar. Ademais, o § 5º do art. 461, que disciplina a forma de efetivação da tutela, estabelece que essa ocorrerá no próprio processo de conhecimento (com as medidas voltadas para tal sendo adotadas até “de ofício”).

Eduardo Talamini também conclui que, além da eficácia mandamental encontrada no § 3º do artigo 461, também utilizou-se o legislador, na reforma de 1994, da ação executiva “lato sensu” e da conjugação entre essas ações.

A propósito, afirma o autor que “o § 5º permite ao juiz “determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além da requisição de força policial”.

Essas providências poderão ser tomadas “para efetivação da tutela específica ou para obtenção do resultado prático equivalente”. A norma do § 5º, portanto, autoriza não só o emprego de mecanismos sub-rogatórios da conduta do demandado. Confere ao juiz, igualmente, poderes para a imposição de outros meios coercitivos (além da multa, expressamente prevista no § 4º) destinados a acompanhar a ordem judicial dirigida ao réu, para que ele cumpra o “fazer” ou “não fazer”.

Mais à frente afirma: “os mecanismos sub-rogatórios e coercitivos, ademais, poderão ser utilizados simultaneamente. Aliás em face da absoluta preferência pelo resultado específica, a conjugação de ambos, sempre que viável, é uma imposição. Assim, não se descarta que, além da ordem para que o réu cumpra, acompanhada da cominação de multa, o provimento antecipador desde logo determine a atuação de instrumentos que atinjam o resultado equivalente prescindindo da colaboração do demandado ...

Concedida a tutela típica do art. 461, acompanha-lhe, ainda que não expresso no ato decisório, a determinação do emprego de todos os meios ali dispostos para a obtenção do resultado específico. Ou seja, desde logo o provimento terá eficácia executiva *lato sensu* e mandamental. A decisão posterior que comine a multa ou defina a

forma de atuação sub-rogatória apenas estará efetivando a decisão originária” - grifamos.

**Aliás, reforça a idéia da eficácia mandamental da decisão proferida em pedido de tutela específica o fato de que se o réu não cumprir a ordem, caracterizado estará o crime de desobediência (CP, art. 330).**

Esse fato também é destacado por Eduardo Talamini: “A possibilidade de ocorrer crime de desobediência deve-se diretamente, à eficácia mandamental de que se reveste o provimento concessivo da tutela (antecipadamente ou ao final) com base no art. 461”.

Observa o autor, também, que “ao lado da eficácia mandamental (tendente à “tutela específica”, na terminologia da lei), o provimento antecipatório do § 3º contém eficácia executiva *lato sensu*; autoriza a tomada de providências destinadas à “obtenção do resultado prático equivalente”, independentemente da participação do réu.

Entre tais providências, enquadram-se a realização por terceiro de tarefa que o réu se obrigara a fazer; o desfazimento por terceiro de obra que não poderia ter sido feita; o lacre de equipamento poluente, diante da inércia do réu em instalar filtros; a intervenção de auxiliar do juízo na administração da empresa, a fim de adotar medidas que vinham sendo descumpridas - e assim por diante.

Inquestionável, nos parece, que o artigo 461, do CPC, especialmente nos parágrafos terceiro e quinto, permitem a utilização da tutela mandamental e executiva “lato sensu” para uma maior efetividade da tutela específica<sup>32</sup>.

Nestes termos, após a reforma processual de 1994, parece inquestionável que existe, autonomamente, a categoria das “ações mandamentais”.

Afinal, são mandamentais as sentenças que se caracterizam pela emissão de uma ordem por parte do juiz, que deve ser cumprida no próprio processo, ou seja, sem necessidade de processo de execução subsequente, e que também podem sujeitar aquele que a descumprir a responder pelo crime de desobediência.

Reforçada está essa conclusão pela nova regulamentação dada ao art. 461 do CPC, que autoriza o juiz a expedir uma ordem determinando a realização prática da tutela específica concedida.

Assim, concordamos com Luiz Guilherme Marinoni<sup>33</sup> quando esse autor afirma que “a própria dicção da norma do art. 461, no sentido de que “o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento”, indica que o objetivo do legislador foi criar uma ação onde o conhecimento e a execução se misturam, viabilizando a tutela do direito na ação inicialmente aforada, sem a necessidade de uma ação de execução.

Ora, se a sentença deve *conceder a tutela específica, ou determinar* as providências que assegurem o resultado prático equivalente, não há como imaginar-se que é necessária a ação de execução. Note-se, aliás, que se o juiz pode, de ofício, impor a multa ou determinar as medidas do § 5º do art. 461, é porque a efetivação da tutela não requer um processo de execução”.

Por isso, concluímos que devem ser admitidas, no ordenamento jurídico brasileiro, as chamadas “ações mandamentais”, como categoria autônoma. Defendemos, portanto, uma classificação quádrupla das ações: meramente declaratórias, condenatórias, constitutivas, mandamentais e executivas *lato sensu*.

## NOTAS

- (1) “Ação Declaratória”, vol. 10 da coleção “Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman”, 3ª edição, RT, São Paulo, 1991, pág. 29.
- (2) Atualmente, fala-se em classificação das “tutelas jurisdicionais”.
- (3) *Idem, ibidem*.
- (4) João Batista Lopes, in “Ação Declaratória”, vol. 10 da coleção “Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman”, 3ª edição, RT, São Paulo, 1991, págs. 31/32.
- (5) “Instituições de Direito Processual Civil”, vol. II, editora Forense, Rio de Janeiro, 1966, pág. 57.
- (6) “Curso de Processo Civil”, vol. II, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1990, pág. 247.
- (7) *Idem, ibidem*.
- (8) *Idem*, pág. 248.
- (9) *Idem*, pág. 250.
- (10) *Idem*, pág. 250.
- (11) *Idem*, pág. 255.

- (12) *Idem*, pág. 262.
- (13) *Idem*, pág. 263.
- (14) *Idem*, pág. 269.
- (15) “Instituições de Direito Processual Civil”, vol. II, editora Forense, Rio de Janeiro, 1966, pág. 57.
- (16) “Do Mandado de Segurança”, editora Forense, 7ª edição, Rio de Janeiro, 1993, pág. 46.
- (17) *Idem*, pág. 218.
- (18) “Mandado de Segurança em Matéria Tributária”, RT, São Paulo, 1994, pág. 183.
- (19) “Curso de Processo Civil”, vol. II, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1990, pág. 263.
- (20) “Sentença Civil (Fundamentos e Técnica)”, 4ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1997, pág. 336.
- (21) “Sentença Civil (Fundamentos e Técnica)”, 4ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1997, págs. 338/351.
- (22) “Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer na Reforma Processual”, Del Rey, Belo Horizonte, 1997, pág. 20.
- (23) “A Reforma do Código de Processo Civil”, Malheiros Editores, São Paulo, 1995, pág. 150.
- (24) *Idem*, pág. 30.
- (25) “Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer na Reforma Processual”, Del Rey, Belo Horizonte, 1997, pág. 54.
- (26) *Idem*, pág. 44.
- (27) “Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer”, in *Reforma do Código de Processo Civil*, Saraiva, SP, 1996, coordenador Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, pág. 43.
- (28) *Idem*, pág. 44.
- (29) Kazuo Watanabe, “Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer”, in *Reforma do Código de Processo Civil*, Saraiva, SP, 1996, coordenador Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, pág. 46.
- (30) *Idem*, pág. 48.
- (31) “Tutelas Mandamental e Executiva *Lato Sensu* e a Antecipação de Tutela *ex vi* do art. 461, § 3º do CPC”, in *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*, Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier, RT, SP, 1997, págs. 135/170.
- (32) Outro ponto bastante explorado atualmente pela doutrina, decorrente da nova redação do artigo 461 do CPC diz respeito à possibilidade ou não de execução independentemente de processo executivo. Como vimos acima, Kazuo Watanabe defende que os provimentos mandamental e executivo *lato sensu*, e a conjugação deles, podem ser cumpridos independentemente da instauração de um processo de execução, ou seja, podem ser cumpridos na própria ação que pleiteia a tutela específica com fundamento no artigo 461, do CPC. Assim, também pode-se dizer que, para a efetivação do resultado específico, fica absolutamente afastado o emprego do processo executivo dos arts. 632 *et seq.*
- (33) “Tutela Inibitória - Individual e Coletiva”, RT, São Paulo, 1998, págs. 72/73.

## O COSMOS HUMANO: ÉTICA E UTOPIA

Constança Marcondes CESAR\*

É no contexto de uma teoria geral da imaginação que Paul Ricoeur discute o papel da imaginação no plano social. Na sua filosofia, a ideologia e a utopia são vistas como duas expressões do imaginário social.

Vamos nos deter, primeiro, na caracterização do papel da imaginação; em seguida, examinaremos as questões da utopia e, finalmente, as relações entre *ética e utopia*.

Nosso autor aborda "a função prática da imaginação" (*Du texte à l'action*, p. 214), mostrando que a palavra *imagem* pode ter vários sentidos. Significa tanto "a evocação arbitrária de coisas ausentes, mas existentes alhures..." (id., p. 215), quanto os "retratos, quadros, desenhos, diagramas (...) cuja função é ocupar o lugar das coisas que representam" (id.), bem como a ficção, enquanto evoca "coisas inexistentes" (id.) e a ilusão, que faz crer, ao sujeito entregue a ela, que o objeto considerado é real (id.).

A noção de imagem está, pois, ligada às ausências e ilusão: "do lado do objeto, o eixo da presença e da ausência; do lado do sujeito, o eixo da consciência fascinada e da consciência crítica" (id.); em suma, às noções de *verdade* e erro.

O uso metafórico da linguagem, o recurso à imagem poética, evidencia, diz Ricoeur, a força heurística de ficção, isto é, sua "capacidade de abrir (...) novas dimensões da realidade" (id., p. 221). É pela *imaginação antecipadora* que desdobramos possibilidades de ação. Nossa relação com os outros, por sua vez, é possibilitada graças à *intropatia*, transferência, no imaginário, à situação do outro (id., pp. 225-228).

O laço entre os seres humanos só se estabelece "através de um certo número de práticas imaginativas, tais como a ideologia e a utopia" (id., p. 228). A função da ideologia é a de preservar a sociedade; a da utopia, a de fazer surgir novas maneiras de viver, manter aberto o campo dos possíveis: "A utopia é o modo sob o qual repensamos radicalmente o que são família, consumo, governo, religião, etc. De 'parte alguma' jorra a mais formidável contestação daquilo-que-é" (id., p. 232).

A utopia, para o filósofo, tem uma função de subversão e de crítica aos paradoxos do poder e da vida em sociedade, submetendo a realidade ao sonho, ao dever-ser (id., p. 233). É, pois, a tentativa de "mostrar o que o homem é fundamentalmente (...)" (id., p. 234), a "... profecia do homem vindouro" (id., p. 235). O plano do dever-ser e o da utopia, sem coincidir, convergem, pondo em relevo a dimensão ética do homem.

Trata, assim, de discernir as funções positivas da ideologia e da utopia, aquela integrando a sociedade, esta "reinterpretando a vida real" (id., p. 387), expressando "as potencialidades de um grupo" (id., p. 388) e permitindo pensar, outros modos de ser. Para nosso autor, a utopia enquanto variação imaginativa sobre o poder, pretensão a "escatologia realizada" (id., p. 389), tem uma função libertadora, a de "manter aberto o campo do possível" (id., p. 390).

A função ética da utopia consiste, a nosso ver, na instauração, alhures, de um bem-viver. Podemos dizer que a pequena ética de Ricoeur, cuja regra de ouro é "visar a vida boa, com e para os outros, em instituições justas" (*Soi-même comme un autre*, pp. 199-236), já anuncia sua meditação

---

(\*) Mestrando do curso de Mestrado em Direito Processual Civil da Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

sobre o Estado de Direito, jamais completamente concretizado, mas eixo de sua reflexão sobre o político. A "cidade do futuro" é aquela onde os conflitos não são insuperáveis, onde a liberdade e a igualdade perante a lei, a racionalidade, podem se expressar. O caminho para tal cidade ideal é "a educação de todos para a liberdade, pela discussão" (*Du texte à l'action*, p. 400). O Estado ético é o que realiza eficazmente o justo, e "sua virtude é a prudência" (id.). Seu poder está fundado na razão, seu desafio é a mundialização da não-violência, "face externa da virtude da prudência" (id., p. 402). A utopia de Ricoeur assinala a urgência da criação de um Estado mundial, de uma autoridade reconhecida acima dos Estados individuais, como condição de sobrevivência destes "enquanto educadores não-violentos" (id.).

A utopia de Ricoeur enlaça ética e política; ela consiste na busca do Estado de Direito, na tentativa de criação de um espaço de liberdade, de igualdade jurídica; na "efetuação da intenção ética na esfera do político" (id., p. 403). O caminho para a utopia é o engajamento do cidadão numa democracia. O Estado democrático é, na opinião de Ricoeur, aquele que se caracteriza, não pela eliminação dos conflitos - posto que o conflito é inelutável, dada a condição humana precária e falível - mas pela "invenção de procedimentos que permitem expressá-los e mantê-los negociáveis" (*Du texte à l'action*, p. 404). A livre discussão propicia a formação de uma *opinião reta*; mas a liberdade só está assegurada quando o maior número de cidadãos participa das decisões.

A vida feliz, na cidade futura, está marcada pela amizade, o bem-viver junto. As instituições devem expressar o poder-em-comum, a vida ética no plano social. Assim, "a ação pública é um tecido (...) de relações humanas" (*Soi-même comme un autre*, p. 229), que deve buscar instaurar a justiça, a equidade, a igualdade proporcional: "A igualdade (...) é, para a vida das instituições, o que a solicitude é para as relações interpessoais" (id., p. 236).

Analogamente à cidade ideal, platônica e aristotélica, a democracia entendida como a perfeita realização da "vida boa, com e para os outros, em instituições justas", também não se concretiza plenamente. Há sempre um desnível entre o dever-ser e o real. A constatação de Ricoeur, da inelutabilidade do conflito, do mal e da falibilidade

na vida humana, faz lembrar as obras de maturidade de Platão e Aristóteles, assinalando que a cidade ideal não pode expressar-se inteiramente no mundo sensível. Como os mestres gregos, Ricoeur trata, perante tal desnível, de discutir as condições da melhor vida possível. Reitera, assim, no mundo contemporâneo, as antigas lições: da educação como caminho para a liberdade, da lei como garantia do bem-viver, do debate como instrumento do consenso.

Vendo o trágico da ação, Ricoeur busca, na democracia, o equivalente "da eubulia - a boa deliberação" (*Soi-même comme un autre*, p. 301).

O bem-viver aí se expressa como tolerância, pluralismo, respeito (id., pp. 304 e segs.). De modo semelhante aos mestres gregos, nosso filósofo aponta, nos totalitarismos de hoje - como os antigos apontavam, outrora, na tirania - o grande obstáculo à constituição da cidade feliz.

Analisando as "tarefas do educador político" (*Lectures I*, pp. 239-255), Ricoeur uma vez mais relaciona utopia e moral. Vejamos os passos dessa relação e os elementos dessa utopia; a inspiração na ética clássica, embora permaneça como fundo de sua abordagem, cede lugar à atenção do filósofo à complexidade e novidade da sociedade contemporânea e à busca de uma *paideia*, que responda às novas exigências éticas.

O filósofo é visto como um educador político, assim como os intelectuais e "todos os que se sentem responsáveis, por uma ação de pensamento, de palavra e de escrita, pela transformação, a evolução, a revolução de seu país. Esses homens se acham tanto nos sindicatos, nos partidos, quanto nas sociedades de pensamento e nas igrejas" (id., p. 239).

No sentido amplo, a civilização abrange "os utensílios, máquinas (...), a técnica (...), tudo o que pode ser considerado como acumulação de um bem adquirido" (...); ela é "o conjunto dos meios e mediações que permite a uma coletividade humana criar novos bens" (id., p. 240). Assim, envolve "o saber, as ciências (...) na medida em que não os consideramos somente como invenções atuais, mas como uma aquisição coletiva (...) recurso cristalizado em bens disponíveis" (id.).

A civilização é única, expressa uma humanidade, na medida em que "toda invenção é adquirida, por direito, por todos os homens" (id.).

Nossa época é talvez a primeira a ter consciência de pertencer a uma humanidade, a uma civilização mundial, que cresce sem cessar o seu saber. Mas enquanto apropriação da realidade técnica e econômica através de instituições, na pluralidade das experiências históricas, só há civilização no plural. Ou seja, o fenômeno da civilização se desdobra em muitos níveis, nos planos da vida política e dos valores; nosso desafio é que "em parte alguma (...) podemos descobrir um *ethos* universal (...)" (id., p. 246).

Em que consiste a utopia e qual sua relação com a ética, na complexa civilização mundial com a qual nos deparamos? Qual o papel do educador político, do filósofo, nessa civilização?

A utopia se apresenta como a proposição de um valor-horizonte, que assinala ao homem contemporâneo as tarefas urgentes, imediatas, na construção da cidade do futuro.

Essas tarefas, Ricoeur as resume como: "a luta pela democracia econômica; o oferecimento de um projeto para o conjunto dos homens e para a pessoa singular; a reinterpretação do passado tradicional, face à ascensão da sociedade de consumo" (id., p. 255).

Examinemos cada uma. A primeira tarefa consiste na instauração de uma democracia econômica em que os homens se tornem capazes de assumir uma responsabilidade coletiva, fazendo aparecer o significado ético de toda escolha aparentemente econômica (id., pp. 248 e segs.).

Tal democracia econômica deve "fazer participar o maior número possível de indivíduos na discussão e na decisão (...) para que a escolha coletiva não seja confiscada por um pequeno número (...), um partido (...), os tecnocratas (...) [ou] grupos de pressão" (id., p. 250). Criação coletiva, a existência deve implicar responsabilidade coletiva, voltando-se para o futuro, para possibilidade da existência de uma humanidade depois de nós ("Postfaceau Temps de ia responsabilitté in Lectures I, pp. 270-293).

A segunda consiste em integrar, na sociedade de consumo, as massas na vida histórica, exercendo "uma espécie de arbitragem permanente entre o universalismo técnico e a personalidade constituída no plano ético-político" (Lectures I, p. 254) e articulando "o tempo de aquisição e de progresso",

representado pelo mundo tecnológico e "o tempo da criação e da memória", representado pelas culturas, com seus valores e símbolos (id.).

A terceira tarefa urgente é tratar de reconhecer as espiritualidades, os valores do passado que podem sobreviver e, mediante "uma reinterpretação viva das tradições", auxiliar as sociedades modernas "a resistir ao nivelamento ao qual as submete a sociedade de consumo" (id., p. 255).

A democracia que buscamos ainda não existe; hoje, só conhecemos, "em toda a parte, a burocracia" (id., p. 250), o autoritarismo, a planificação selvagem, a luta de interesses (id.), diz Ricoeur.

É no plano político que a reflexão ética se torna essencial, para a edificação da cidade do futuro. A tarefa do filósofo consistirá em manter a tensão viva entre uma moral da convicção (a das comunidades confessionais, das culturas) e a da responsabilidade (a da violência regrada, a do cálculo político) (id., p. 251).

Cabe ao pensador atual articular "o desejável humano" e o "optimum ético" (id.), a eficácia social e a utopia.

Utopia e realidade não são opostos absolutos; a utopia, como a ficção, redescreve a realidade, contesta aquilo que é, mantendo abertas alternativas de vida (*L'Idéologie et l'Utopie*, p.12 e segs.). A utopia não é "um sonho, mas alguma coisa que exige ser atualizada" (id., p.11); ajuda "a repensar a natureza de nossa vida social" (id., p. 36), pondo em evidência a "contingência da ordem" vigente (id., p. 396).

Na sua utopia, Ricoeur enfoca a humanidade como um único ser, posto no limiar de um novo mundo, mais fraterno: tal é o valor-horizonte que move a sua esperança.

Não pretendemos esgotar as possibilidades abertas pela reflexão do nosso filósofo sobre a utopia. Em sua obra, os temas são recorrentes e abordados sob muitos ângulos.

Por isso, deixamos deliberadamente de lado o exame dos opostos complementares ideologia-utopia, e o das utopias de Manheim, Saint-Simon, Fourier, abordados no curso magistral *A Ideologia e a Utopia*, publicado em inglês, pela Columbia

University Press, em Nova Iorque, na certeza de que merecem estudos ulteriores.

Em resumo, podemos dizer que ao estudar o papel da imaginação na vida social, Ricoeur toma como ponto de partida de suas análises a consideração das noções de imagem, de imaginário, de utopia, tendo em vista estudar o papel crítico de utopia face aos paradoxos do poder.

Esta crítica tem por finalidade, também, a descrição do bem-viver e dos valores de não-violência, liberdade, tolerância e justiça, na civilização mundial que se anuncia. A utopia democrática de Ricoeur trata de articular o "desejável humano" e o "optimum ético" em vista de orientação da ação na busca de uma vida feliz para todos os homens.

## O PASSADO DA TUTELA INIBITÓRIA NO BRASIL

Ricardo Rodrigues GAMA\*

### SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Conceito. 3. Procedimento. 4. A Ação Inibitória e a Ação Ressarcitória. 5. Hipóteses de Tutela Inibitória. 6. Inibitória Atípica e Interdito Proibitório. 7. Mandado de Segurança Preventivo. 8. Ação de Nunciação de Obra Nova. 9. Uso Nocivo da Propriedade. 10. Tutela Inibitória e Ação de Abstenção. 11. Tutela Inibitória e Ações Proibitórias. 12. Conclusão.

### 1. INTRODUÇÃO

Em princípio, poder-se-ia dizer que se trata de um novel instituto, acerca do qual até a doutrina italiana apresentou os estudos preliminares.<sup>1</sup> No Brasil, seguindo as tendências italianas,<sup>2</sup> a tutela inibitória só é tratada sob tal perspectiva por Luiz Guilherme Marinoni.<sup>3</sup> Ao seu tempo, José Homem Corrêa Telles e Augusto Teixeira de Freitas trataram das ações proibitórias, as quais tinham o mesmo perfil da tutela inibitória.<sup>4</sup> Igualmente o fez Pontes de Miranda, ao tratar das ação de abstenção.<sup>5</sup>

No direito brasileiro, Marinoni acusa o interdito proibitório e o mandado de segurança preventivo, dentre outros, como sendo exemplos de tutela inibitória.<sup>6</sup> Em comentário às ações proibitórias, José Homem Corrêa Telles e Augusto Teixeira de Freitas tratam do interdito proibitório, como uma das suas espécies.<sup>7</sup> Ao tratar do interdito proibitório, Pontes de Miranda revela que ele traz uma *simples preponderância da negatividade, da abstenção*.<sup>8</sup> Mais adiante, vamos analisar os outros exemplos apresentados e estabelecer um parâmetro

entre a inibitória e as ações proibitórias e de abstenção.

Ainda, Marinoni vê a base legal da inibitória nos arts. 84 do Código de Defesa do Consumidor, 461 do Código de Processo Civil e inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal.<sup>9</sup> Analisando as legislações portuguesa e brasileira em tempos passados, sob a ótica das ações proibitórias ou da ação de abstenção, a tutela inibitória vai se servir de bases históricas, as quais não foram apreciadas pelo citado autor.<sup>10</sup>

A questão a ser resolvida versa sobre a existência ou a inexistência de raízes brasileiras da tutela inibitória. É mesmo necessária a importação da doutrina italiana sobre a tutela inibitória? É certo que a resposta deve ser negativa e adiante vamos apresentar as razões do nosso posicionamento.

### 2. CONCEITO

A tutela inibitória surgiu como uma forma de desfazimento do dogma do direito romano, segundo

---

(\*) Mestrando pela PUC-Campinas.

o qual a única tutela contra o dano seria a sua indenização.<sup>11</sup> Já se observou que existe uma impropriedade em incluir o dano como conseqüência ou requisito do ato ilícito. Assim não deveria ser, pois, na melhor técnica, pode-se dar o ilícito civil sem que haja o dano.<sup>12</sup>

Para nós, antes de ser apresentado o conceito de tutela inibitória, faz-se necessária a diferenciação entre os atos de perigo e de dano. Com relação ao bem da vida, seja ele qual for, ele pode sofrer um dano ou ser colocado em perigo. Com a tutela inibitória bem delineada, evitar-se-ia a lesão do bem, isto é, o perigo não atingiria o bem e desse modo não lhe causaria nenhum dano. Não se pode deixar de lado a possibilidade de inexistir, ao menos, o ato de perigo para ser cabível a tutela inibitória. Com isso, é bom acentuar que, objetivando impedir a prática de ato ilícito (não iniciado), a inibitória centraliza-se na probabilidade do bem ser colocado em perigo, devendo considerar-se que ele não sofre perigo efetivo.

A tutela inibitória é a ação ou o incidente que tem por fim impedir a prática, a continuação ou a repetição de ato ilícito. Para Marinoni, a tutela inibitória consiste *na tutela que tem por fim impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito, e não uma tutela dirigida à reparação do dano*.<sup>13</sup> Em verdade, não se exige o dano, contudo, ao acusá-lo, o titular do direito periclitante estará evidenciando a necessidade da medida.<sup>14</sup>

A inibição vai ser obtida por meio da ação inibitória ou da tutela antecipada. No primeira caso, a cognição é assegurada pela fase instrutória dilatada e, em caso de antecipação,<sup>15</sup> funcionaria como satisfação do direito deferida de forma provisória no bojo de uma ação de conhecimento.<sup>16</sup>

### 3. PROCEDIMENTO

A tutela inibitória pode ser alegada em petição inicial ou em requerimento.<sup>17</sup> Se se tratar de petição inicial e sendo o pedido desta, estaremos diante de ação autônoma, a qual deverá contar com cognição exauriente. Ainda na exordial, sendo outro o pedido, pode a tutela inibitória constituir somente um dos requerimentos, aí estaremos diante de um requerimento.

Depois de iniciada a ação inibitória, a tutela antecipada (inibitória) pode constituir somente um

requerimento localizado no seu bojo. Aqui, pela natureza de requerimento a ser interposto, cria-se uma situação rodeada de uma aparente ilogicidade, porque a tutela inibitória contaria com uma ação principal específica.

No caso de pedido, a inibição seria obtida por meio de uma sentença, enquanto, no caso de requerimento, de uma decisão interlocutória.

Para evitar a prática, a continuação ou a repetição de ato ilícito, além das outras ações de cognição, a *ação própria* na qual seria concedida a tutela inibitória poderia denominar-se ação inibitória, ação cominatória, ação de abstenção ou ação proibitória. Estas deveriam ser criadas por meio da inclusão de dispositivos no Código de Processo Civil. Não serviriam as ações cominatória ou de abstenção já existentes. É de se observar que a ação cominatória do art. 287 do CPC<sup>18</sup> está vinculada a obrigação decorrente de relação contratual e a ação de abstenção é tratada pelo nosso Código de Processo Civil como execução da obrigação de não fazer, isso nos arts. 642 e 643.

### 4. A AÇÃO INIBITÓRIA E A AÇÃO RESSARCITÓRIA

Para ter uma idéia mais precisa da tutela inibitória aqui proposta, é necessário diferenciá-la da ação indenizatória (ou ressarcitória).

Por razões lógicas, observado o que se falou sobre o dano e o perigo, a tutela inibitória e a ação ressarcitória são institutos (ações - considerando a inibitória como ação) bem diferentes, com os seus próprios requisitos e com sentenças de naturezas diversas.

A tutela inibitória não é dirigida ao dano causado e, por esta razão, não o tem como requisito. Noutro passo, a ação ressarcitória tem o dano como requisito e é marcada pela culpa de dano. Na inibitória, observado o que se disse alhures, a tutela se volta contra a prática, a continuação ou a repetição de ato ilícito, enquanto, na ressarcitória, o dano já aconteceu ou, caso não tenha ocorrido e não seja possível restituir a coisa ao estado anterior, resolve-se em perdas e danos.

Com relação ao direito, ele pode ser colocado em perigo ou sofrer dano efetivo. Enquanto existir a situação periclitante, a via deve ser a tutela inibitória<sup>19</sup> e, dando-se a lesão do direito, o caminho

a ser adotado deve ser a ressarcitória. Assim, fica claro que a inibitória tem por objetivo a proteção do próprio direito contra possíveis lesões e, noutro extremo encontra-se a ressarcitória, com a qual se busca a reparação ou a reintegração do direito já violado.

A ação ressarcitória substitui o direito lesado por um crédito, sem poder evitar que ele seja lesado, não restaria outra saída. Esta função de evitar o pior é atribuído à tutela inibitória e, após uma boa reflexão sobre o assunto, vê-se que ela representa uma evolução na proteção do direito.

Enquanto a inibitória estabelece uma relação direta com o direito, a ação ressarcitória está ligada à idéia patrimonial do direito já lesado. É por isso que a ressarcitória resulta sempre numa condenação e a inibitória, numa ordem(mandamental).<sup>20</sup> Aqui é bom acentuar que a inibitória mantém-se na esfera do ato ilícito e a ressarcitória, ultrapassando este, comporta o dano(resultado do ato ilícito). Presente o dano e não sendo possível restabelecer as coisas no estado anterior, a ressarcitória substitui o direito lesado por um crédito.

Numa análise temporal, observa-se que a inibitória visa evitar o futuro dano e, noutro passo, a ressarcitória volta-se para o passado. É depois do ato ocorrido que tem lugar a ação ressarcitória e, pelo contrário, a inibitória é cabível quando o ato ilícito está prestes a ser iniciado ou, já tendo início a sua execução, oferece mais ameaça de lesão ao direito.

Por fim, acentue-se que Marinoni defende que *a ação inibitória tem completa autonomia, seja porque é uma ação de cognição exauriente, seja porque objetiva um fim que nada tem a ver com aquele que pode ser obtido através da reparação de danos.*<sup>21</sup>

## 5. HIPÓTESES DE TUTELA INIBITÓRIA

Conforme já citamos, o interdito proibitório e o mandado de segurança preventivo são exemplos de tutela inibitória. Mas, além deles, existem outros, como nunciação de obra nova, a tutela cominatória contra o uso nocivo da propriedade, o interdito proibitório dos bens imateriais, a tutela cominatória do art. 287.

A decisão que impede que seja distribuído um jornal ou que determinado programa televisivo seja apresentado por causar prejuízos à honra de alguém serve de exemplo da tutela inibitória.<sup>22</sup> Aliás, este exemplo é citado por Marinoni como tutela inibitória e, também, por Pontes de Miranda como ação de abstenção. Nas palavras de Marinoni, *no campo dos direitos da personalidade, é possível pensar por exemplo, na hipótese em que se anuncia a veiculação de um 'programa' que lesará a honra de uma pessoa...*<sup>23</sup> Conforme Pontes de Miranda, *a pessoa que pede a abstenção da publicação falsa ou injuriosa, pode pedir a inserção da resposta ou da retificação; ou a apreensão referida, ou a divulgação contrária correspondente, com ou sem apreensão.*<sup>24</sup>

Na Itália, existem muitos casos de tutela inibitória. Francesco Carnelutti tratou do assunto sob a denominação de *processo cautelare inibitorio* e trouxe que *os exemplos clássicos do processo cautelare inibitorio são o processo possessório de manutenção(art. 1.170 do Cód. Civil) e o processo de seqüestro judicial.*<sup>25</sup> Além do seqüestro do art. 670 do Código de Processo Civil italiano, Carnelutti assinala a tutela dos direitos do autor, das patentes de invenções industriais, das patentes e marcas de empresa, e a suspensão da execução da deliberação da assembléia dos acionistas de uma sociedade comercial.<sup>26</sup>

Quiçá em favor da didática e para evitar divagações desnecessárias, pareceu-nos melhor esmielhar os exemplos nacionais no decorrer da presente exposição. Tudo para dar o destaque merecido a cada um deles.

## 6. INIBITÓRIA ATÍPICA E INTERDITO PROIBITÓRIO

No Brasil império, o interdito proibitório já protegeu direitos pessoais, conforme traziam as Ordenações Filipinas: *se alguém se temer de outro que o queira ofender na pessoa, ou lhe queira sem razão, ocupar e tomar suas coisas, poderá requerer ao juiz que o segure a ele e as suas coisas do outro que o quiser ofender, a qual segurança o juiz lhe dará; e se depois dela ele receber ofensa daquele, de que foi seguro, restituí-lo-á o juiz, e tornará tudo o que foi cometido e atentado depois da segurança dada, e mais procederá contra o que a quebrou, e menosprezou seu mandado, como*

*achar de direito* (Livro 3º, Título 78, § 5º). A norma é genérica e, como se vê, refere-se a proteção daquele que teme a ofensa pessoal (*se alguém se temer de outro que o queira ofender na pessoa...*).<sup>27</sup>

Nos moldes apresentados por Marinoni, embora este ilustre autor não tenha observado, a tutela inibitória teve defensores no Brasil como interdito proibitório. Atestam esta nossa afirmação, conforme as lições de Antonio Martellozzo,<sup>28</sup> os trabalhos de Vicente Ráo e Lino de Moraes Leme sobre a posse de direitos pessoais. Ainda, como é cediço, Rui Barbosa defendia o cabimento da proteção possessória aos direitos pessoais.<sup>29</sup>

Na atual conjuntura, não há divergência de que o interdito proibitório seja uma modalidade da tutela inibitória, daí, admitindo-se que ele já protegeu direitos pessoais no passado e encontrou simpatizantes como Vicente Ráo, Moraes Leme e Rui Barbosa, parece equivocada a idéia da ausência de precedentes doutrinários desta tutela no direito brasileiro. Assim, ao nosso ver, não é muito acertada a colocação de Marinoni de que *não há no direito brasileiro qualquer incursão teórica voltada a estabelecer uma tutela jurisdicional preventiva atípica*.<sup>30</sup> Ainda, protegendo os direitos reais e pessoais, como se deu no passado, o interdito proibitório atende aos direitos pessoais e patrimoniais, equivalendo a uma tutela atípica.

Por fim, o interdito proibitório é tido como ação proibitória e como ação de abstenção. Como acentua Pontes de Miranda, *a proibição constituía, e constitui, simples preponderância da negatividade, da abstenção...*<sup>31</sup> Ao comentar acerca das ações proibitórias, José Homem Corrêa Telles afirma que *o esbulhado, querendo desforçar-se, pode também pedir auxílio da Justiça... Do mesmo modo pode pedir auxílio que, temendo esbulho, o-queira repelir...*<sup>32</sup>

## 7. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO

Nas suas origens, o mandado de segurança está ligado aos interditos possessórios. Conforme apregoa J. M. Othon Sidou, *a garantia constitucional dos direitos é um interdito, ou uma ação interdital, e desde a sua origem os interditos foram marcados por uma só índole: afastar a fluência do ato turbativo e só depois examinar o*

*mérito da relação exsurgida*.<sup>33</sup> Ficam aqui expressos o caráter antecipatório e o impedimento da prática do ato gerador da futura lesão.

Relacionando diretamente com o interdito possessório, ao tratar dos antecedentes do mandado de segurança, Castro Nunes leciona que *na falta de meio judicial, que lhes permitisse conjurar o perigo iminente de violação ou restabelecer de pronto a situação anterior, quando já consumada a violência, começaram os prejudicados a lançar mão dos interditos possessórios e do 'habeas corpus'*.<sup>34</sup> A falta de lei regulamentando os atos administrativos lesivos ao direito individual, como se vê, foi a responsável pelo retorno às idéias insertas nas Ordenações Afonsinas.

Ao evitar a ofensa ao direito, o mandado de segurança preventivo assume a natureza inibitória e, estando ele ligado ao interdito proibitório, fica fácil visualizá-lo como ação proibitória e ação de abstenção.

## 8. AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA

A natureza da ação de nunciação de obra nova já foi bastante debatida. Para Ovídio Baptista da Silva, ela deve ser tida como providência cautelar.<sup>35</sup> Opondo-se a essa idéia, Rita Giancesini argumenta que, *considerando, outrossim, a possibilidade de cumulação de pedidos, inclusive de indenização, não pode ser incluído entre os cautelares, pois a ação de nunciação de obra nova não está restrita ao embargo*.<sup>36</sup> Embora negue o caráter cautelar, esta autora não deixa de observar que, *...com a concessão do embargo ocorre a antecipação da eficácia da decisão, a exemplo do mandado de segurança*.<sup>37</sup> Essa antecipação da decisão, qual seja, a de embargara obra, é inibitória.

Dentre as ações proibitórias, a ação de nunciação de obra nova é prevista pelo item 8º, do § 94, citado na Doutrina das Ações. Como observa José Homem Corrêa Telles, *Apenas começada a obra, ou se prepararem os materiais para ela, já se pode embargar*.<sup>38</sup> Assim, a ação de nunciação de obra nova, quando se tratar somente de embargo, pode ser incluída dentre as ações de abstenção. No mesmo sentido é a lição de Pontes de Miranda:

*pertence a ação a quem 'pretenda impedir' que o prédio de sua propriedade ou posse seja 'prejudicado' pela obra nova. ...A obra, desde que se estão a preparar os materiais, pode ser embargada...*<sup>39</sup>

## 9. USO NOCIVO DA PROPRIEDADE

Por ser possível a antecipação da tutela nas ações cominatórias, como é o caso do uso nocivo da propriedade, fica mais fácil compreendê-las como tutela inibitória.<sup>40</sup>

Pontes de Miranda já tinha o uso nocivo da propriedade como ação de abstenção. Aliás, a ação que vise impedir o mau uso do prédio vizinho tem o caráter preventivo e deve ser considerada modalidade da ação de abstenção.<sup>41</sup>

Visto o perfil da ação proibitória, não seria difícil incluir a ação de mau uso da propriedade dentre estas.

## 10. TUTELA INIBITÓRIA E AÇÃO DE ABSTENÇÃO

A proximidade entre a inibitória e a ação de abstenção revela uma identificação se aquela for tratada de forma autônoma. Observando-se detidamente a nova proposta e a antiga ação de abstenção, vê-se que muitos são os pontos de contato entre as duas ações.

Apontando e comentando as evidências entre estas ações, ficará mais clara a proposta do presente trabalho. Para nós, ao invés de avistar um novel instituto desconhecido, o melhor é utilizar os mecanismos já vivenciados pelo ordenamento nacional.

Seis são os pontos indicadores de uma certa identidade entre a ação inibitória e a ação de abstenção: a) a aplicação aos direitos patrimoniais e personalíssimos;<sup>42</sup> b) a ausência de culpa;<sup>43</sup> c) contra ato ilícito; d) para impedir a prática, a continuação ou a repetição do ato ilícito (voltada para o presente ou para o futuro);<sup>44</sup> e) natureza mandamental; f) a equivalência dos exemplos.<sup>45</sup>

Quanto à aplicação aos direitos patrimoniais e personalíssimos, Pontes de Miranda ensina que a *ação de abstenção, que se dirige contra toda usurpação, ou turbação, inclusive da posse, mas principalmente dos direitos de personalidade...*<sup>46</sup>

Marinoni utiliza-se de um exemplo de proibição da veiculação de filme cinematográfico atentatório contra à imagem e a honra como tutela inibitória.<sup>47</sup> Envolvendo patrimônio, servem de exemplos o interdito proibitório e a ação de nunciação de obra nova, os quais constituem modalidades de ação inibitória e de ação de abstenção. Além de todos os exemplos serem iguais nas duas ações, é importante frisar que, como já se disse alhures, o interdito proibitório foi utilizado no Brasil para tutelar direitos não-patrimoniais e teve grandes defensores. Deveras, por ser utilizável para vários direitos, essa utilização representa a própria tutela inibitória atípica que se quer apresentar como algo novo.

A ausência de culpa manifesta-se na tutela inibitória e na ação de abstenção. Conforme Pontes de Miranda, *nem a culpa lhe é pressuposto necessário. Se a culpa existe, é 'plus'*.<sup>48</sup> Marinoni apregoa que *o dano e a culpa não integram a demanda preventiva, o que significa dizer que não fazem parte da cognição do juiz e que, assim, estão obviamente fora da atividade probatória relacionada à inibitória.*<sup>49</sup> Podemos acrescentar que, se a ação de abstenção se volta contra o ato que se teme a prática (e que não foi iniciado), nela também não se exige o dano (lesão do direito).

Numa única passagem, Pontes de Miranda indica que a ação de abstenção é dirigida contra o ato ilícito e busca evitar a sua prática, a sua continuação ou a sua repetição. Pela lição Pontiana, *só se exige o ser contrário a direito o ato que se teme, ou cuja continuação se tem por fito evitar.* Por ser contrário a direito, estamos diante de ação que visa afastar a prática de ato ilícito. Ao evitar a continuação do ato ou a prática temida, encontra-se o conceito de tutela inibitória.

Sem exceção, todos os exemplos utilizados para a tutela inibitória servem para a ação de abstenção.

## 11. TUTELA INIBITÓRIA E AÇÕES PROIBITÓRIAS

Dentre as ações usadas no século passado, acentuando que a ação de abstenção também tem a mesma origem, as ações proibitórias nos chamaram a atenção pela proximidade com a ação inibitória. Aliás, o seu perfil é idêntico ao da ação de abstenção.

A primeira parte do § 94, trazido pela Doutrina das Ações,<sup>50</sup> sugere que as ações

proibitórias sejam a matriz portuguesa da tutela inibitória atípica apresentada em nossos tempos. Dispõe o referido dispositivo que *quando alguém teme, que outrem o quer ofender em sua pessoa, ou ocupar e tomar suas coisas, pode requerer ao juiz, que o segure da violência iminente, cominando certa pena ao réu, se transgredir o preceito policial*. Não se pode exigir especificidade técnica do dispositivo, o qual apresenta uma aparência cominatória. Mas, sem muito esforço, vê-se que as ações proibitórias voltam-se contra o ato ilícito, mais precisamente, visam evitar que ele seja iniciado, continuado ou repetido.

Nos itens do citado parágrafo, encontram-se especificadas como espécies da ação proibitória, dentre outras, o interdito proibitório<sup>(1º)</sup> e a ação daquele que *teme dano em seus bens, e alguém o impede de obstar*<sup>(2º)</sup>.

## 12. CONCLUSÃO

A tutela inibitória, como ação tuteladora dos direitos patrimoniais e não-patrimoniais, não é novidade no nosso direito processual, pois, herdamos de Portugal a ação proibitória e tivemos a ação de abstenção, às quais correspondem a ação inibitória atípica que se quer adotar. Como se viu *nashipóteses de tutela inibitória*, até o exemplo apresentado por Marinoni como tutela inibitória atípica já tinha sido pensado por Pontes de Miranda nos mesmos moldes.

Por outro lado, pela tradição legalista brasileira, a qual exige a previsão legal das providências e direitos, a tutela inibitória atípica deve ser incluída no ordenamento como medida que se impõe.

Por derradeiro, desconsiderando a ação proibitória e a ação de abstenção, a tutela inibitória atípica como tutela antecipada em todas as ações, em que parecer necessária, poderia ser um aparente avanço. Contudo, por exigências ocultas (legalistas), diante das presentes inovações no Código Processual Civil brasileiro, é preciso delinear bem o instituto que se quer adotar, afastando-nos das lições alienígenas, e retornando ao que já tínhamos aqui no Brasil.

A atualização da ação de abstenção parece-nos ser a única forma de evitar a prática do ilícito, assegurando a originalidade do nosso ordenamento

jurídico e elevando os valores da cultura jurídica nacional.

## BIBLIOGRAFIA

- CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y Proceso*, trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: EJE, 1.971.
- GANESINI, Rita. Ação de Nunciação de Obra Nova, São Paulo: RT, 1.993.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória, São Paulo: RT, 1.998.
- MARTELOZZO, Antônio. O Interdito Proibitório no Direito Brasileiro, Rio de Janeiro: Forense, 1.992.
- MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1.996.
- NUNES, José de Castro. Do Mandado de Segurança, 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1.988.
- SIDOU, J. M. Othon. As Garantias Ativas dos Direitos Coletivos: *Habeas Corpus*, Ação Popular, Rio de Janeiro: Forense, 1.977.
- SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. Do Processo Cautelar, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1.999.
- SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. Procedimentos Especiais, 2ª ed., Rio de Janeiro: Aide, 1.993.
- TELLES, José Homem Corrêa. Doutrina das Ações, acomodada ao Foro do Brasil por Augusto Teixeira de Freitas, Rio de Janeiro: Garnier, 1.880.
- TUCCI, Rogério Lauria. Da Ação e do processo Civil na Teoria e na Prática, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1.985.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadora). Aspectos Polêmicos da Antecipação da Tutela, São Paulo: RT, 1.997.

## NOTAS

- <sup>(1)</sup> *Aldo Frignani*, L'Injunction nella Common Law e L'Inibitoria nel Diritto Italiano, *Milão, Giuffrè*, 1.974; *Cristina Rapisarda*, Profili della Tutela Civile Inibitoria, *Pádova, Cedam*, 1.987; *Ugo Mattei*, Tutela Inibitoria e Tutela Risarcitoria, *Milão, Giuffrè*, 1.987; *Mario Libertini*, La Tutela Civile Inibitoria. Processo e Tecniche di Attuazione dei Diritti, *Nápoles, Jovene*, 1.989.
- <sup>(2)</sup> *Também sob a orientação italiana, Ovídio Baptista da Silva* ensina: eis a razão pela qual tanto o instituto da execução provisória quanto aquele outro criado para suspender-lhe os efeitos, denominado inibitória... Em suma, tanto a execução provisória como a medida que lhe inibe o efeito ('inibitória') operam com as eficácias de uma única demanda... (Do Processo Cautelar, p. 28 e 30). Como se vê, a palavra inibitória é utilizada aqui com sentido diverso do aplicado na locução tutela inibitória.
- <sup>(3)</sup> *Conforme Marinoni*, não há no direito brasileiro qualquer incursão teórica voltada a estabelecer uma tutela jurisdicional preventiva

- atípica (Tutela Inibitória). Não concordamos com este ilustre autor, isso porque, ainda que sob outra denominação, Pontes de Miranda (Tratado das Ações, t. 1), José Homem Corrêa Telles e Augusto Teixeira de Freitas (Doutrina das Ações), trataram do assunto.
- <sup>(4)</sup> Ibid., p. 204-8.
- <sup>(5)</sup> Ibid., p. 160-9.
- <sup>(6)</sup> Ibid., p. 46.
- <sup>(7)</sup> Ibid., p. 189 e 204.
- <sup>(8)</sup> Ibid., t. 6, p. 171.
- <sup>(9)</sup> Ibid., p. 29.
- <sup>(10)</sup> Mais adiante, tais observações serão feitas com mais precisão.
- <sup>(11)</sup> Cristina Rapisarda, apud Marinoni, Tutela Inibitória, p. 27.
- <sup>(12)</sup> Orlando Gomes, apud Marinoni, IBID.
- <sup>(13)</sup> Ibid., p. 26.
- <sup>(14)</sup> Na maioria dos casos, o dano deve ser evidenciado, senão o juiz pode pôr fim ao processo. Ao exarar um parecer para evitar que a ação de nunciação de obra nova tivesse o seu pedido considerado impossível, Rogério Lauria Tucci, defende que ela se caracteriza, ...com a causação, ou a possibilidade de causação, de prejuízo, ao proprietário ou ao possuidor do outro prédio, tanto em si mesmo considerado, como relativamente às respectivas servidões ou aos 'fins a que é destinado' (Da Ação e do Processo Civil na Teoria e na Prática, p. 88).
- <sup>(15)</sup> Não se pode negar que a tutela antecipada adotada pela lei brasileira visa onerar o réu pela demora do processo e a tutela inibitória tem por objetivo evitar a prática, a continuação ou repetição do ato ilícito (Marinoni, *ibid.*, p. 20).
- <sup>(16)</sup> No mesmo sentido, Marinoni apregoa a autonomia da ação inibitória (ação de cognição) ou a concessão da antecipação da tutela de forma inibitória (*ibid.*, p. 29).
- <sup>(17)</sup> O termo alegação tem vários sentidos. Na tutela inibitória, o autor poderia pleiteá-la por requerimento ou pedido, pondendo isso ocorrer em qualquer momento processual, isto é, desde a inicial até a interposição de recursos. Ao tratar da tutela antecipada, Araken de Assis acentua a variedade de sentidos da palavra alegação (Aspectos Polêmicos da Antecipação da Tutela, p. 24-5).
- <sup>(18)</sup> Dispõe o art. 287 do CPC: se o autor pedir a condenação do réu a abster-se da prática de algum ato, a tolerar alguma atividade, ou a prestar fato que não possa ser realizado por terceiro, constará da petição inicial a cominação da pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença (arts. 644 e 645). A remissão feita a estes artigos confirma que esta ação cominatória refere-se à obrigação decorrente de contrato e não de ato ilícito. Seria melhor a norma específica.
- <sup>(19)</sup> Marinoni crê que já existe suporte legal para a adoção da tutela inibitória, contudo, ao nosso ver, seria melhor se o legislador fizesse uma opção expressa pelo instituto, possibilitando até a tutela na sua forma genérica.
- <sup>(20)</sup> Marinoni atribui a natureza mandamental à inibitória (*ibid.*, p. 29).
- <sup>(21)</sup> Ibid., p. 50.
- <sup>(22)</sup> Todos os exemplos são citados por Marinoni (*ibid.*, p. 48).
- <sup>(23)</sup> IBID.
- <sup>(24)</sup> Tratado das Ações, t. 1, p. 169.
- <sup>(25)</sup> Derecho y Proceso, p. 419-20.
- <sup>(26)</sup> Ibid., p. 420.
- <sup>(27)</sup> Também segue os moldes anunciados por Marinoni.
- <sup>(28)</sup> O Interdito Proibitório no Direito Brasileiro, p. 42.
- <sup>(29)</sup> Martellozzo, IBID.; Castro Nunes, Mandado de Segurança, p. 5.
- <sup>(30)</sup> Ibid., p. 25.
- <sup>(31)</sup> Ibid., v. 6, p. 171.
- <sup>(32)</sup> Ibid., p. 204.
- <sup>(33)</sup> As Garantias Ativas dos Direitos Coletivos: Habeas Corpus, Ação Popular, Mandado de Segurança, p. 71.
- <sup>(34)</sup> Ibid., p. 4-5.
- <sup>(35)</sup> Procedimentos Especiais, p. 289.
- <sup>(36)</sup> Ação de Nunciação de Obra Nova, p. 17.
- <sup>(37)</sup> IBID.
- <sup>(38)</sup> Ibid., p. 212.
- <sup>(39)</sup> Tratado das Ações, t. 7, p. 368-9.
- <sup>(40)</sup> Marinoni, *ibid.*, p. 244.
- <sup>(41)</sup> Conforme apregoa Pontes de Miranda, a ação de abstenção é preventiva (Tratado das Ações, t. 1, p. 168). Observe-se ainda que Pontes de Miranda cita a ação de uso nocivo da propriedade como ação de abstenção.
- <sup>(42)</sup> Pontes de Miranda, Tratado das Ações, t. 1, p. 163.
- <sup>(43)</sup> Ao Pontes de Miranda coube tratar da ação de abstenção (Tratado das Ações, t. 1, p. 162) e Marinoni trata da inibitória (*ibid.*, p. 41).
- <sup>(44)</sup> Pontes de Miranda (*ibid.*, v. 1, p. 163). Marinoni refere-se somente ao futuro, contudo, considera que a inibitória visa impedir a prática, a continuação ou a repetição do ato ilícito (*ibid.*, p. 28-9). A continuação (podendo até ser incluída a repetição) refere-se ao presente.
- <sup>(45)</sup> Pontes de Miranda (*ibid.*, t. 1, p. 168-9).
- <sup>(46)</sup> Ibid., t. 1, p. 163.
- <sup>(47)</sup> Ibid., p. 40.
- <sup>(48)</sup> Ibid., t. 1, p. 162.
- <sup>(49)</sup> Ibid., p. 41.
- <sup>(50)</sup> Deu-se uma acomodação ao Foro de Portugal, com as adições da Nova Legislação do Código Comercial Português, do Decreto nº 24, de 16 de maio de 1.832 e outros que deram nova face à Administração da Justiça (Doutrina das Ações, p. XIV).

## O PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ

José Eduardo Suppioni de AGUIRRE\*

### 1. O DIREITO COMO FATOR DE COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS

1.1. Como expressa J. J. Calmon de Passos, "o Direito, em última instância é sempre decisão de conflitos de interesses ("Direito, Poder, Justiça e Processo", Revista Forense, 1999, pág. 27).

É evidente que os interesses de determinada sociedade derivam da maneira como a mesma se estrutura econômica, social e culturalmente, modificando-se, historicamente, na medida em que a mesma se altera a vida social.

1.2. O Direito, como produto cultural e produto humano, cuida de reger os conflitos de interesses de determinada sociedade.

Mas, é de se indagar em que consiste o Direito, uma vez que dizer que é fator de solução de conflitos não esgota sua essência, até porque limita-se a reconhecer uma de suas finalidades, o que não é, obviamente critério para a identificação de um ser.

Parece-nos lúcida a visão tridimensional do Direito, estabelecida pelo Prof. Miguel Reale, que vê, no fenômeno jurídico, um ser composto pela norma, valor e fato, em relação dialética de complementariedade indissolúvel.

Só que os fatos e os valores mudam e, conseqüentemente, mudam as normas, posto que, como lembra o Prof. Miguel Reale, **"o DIREITO não é um fato que plana na abstração, ou seja, solto no espaço e no tempo, porque também está imerso na vida humana, que é um complexo de sentimento e estimativas"** ("Teoria Tridi-

mensional do Direito" - Situação Atual - Saraiva, 1994, pág. 123).

1.3. Até agora falamos, genericamente, do Direito, apontando-o como produto humano histórico e, porque histórico, variável em função das alterações dos interesses da comunidade.

No entanto, é preciso distinguir entre as normas de Direito que regram condutas e as que propiciam a aplicação daquelas, quando os conflitos ou incertezas se estabelecem, sendo as primeiras chamadas de materiais e as segundas de processuais.

As primeiras são normas de Direito material e as segundas de Direito processual, distinção estabelecida com nitidez, no século passado, por Von Billow e que deu ao Processo a condição de ramo distinto do Direito material, com princípios próprios, ensejando o seu estudo sistemático e, com isso, o surgimento da Ciência do Processo.

Incontrovertível é que as normas processuais têm a mesma historicidade das normas materiais, variando, portanto, no tempo e no espaço, junto com aquelas.

Ambas constituem o fenômeno jurídico como um todo.

1.4. Postas tais considerações iniciais, impõem-se analisar as mudanças operadas na estrutura de Poder e sua normatização, desde o surgimento do Estado Liberal até o atual Estado Social Democrático.

(\*) Professor do curso de mestrado em Direito Processual Civil da Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

## 2. DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL DEMOCRÁTICO EM FUNÇÃO DA VARIAÇÃO HISTÓRICA DOS INTERESSES

2.1. O Estado Liberal surge das profundas mudanças econômicas determinadas pela ruína do feudalismo e sua substituição pelo capitalismo.

O desenvolvimento do comércio e da indústria, com a compra e venda de produtos, gerando classes sociais que se agregam em torno dessas atividades, é absolutamente incompatível com o sistema econômico dos feudos, pequenos universos, de economia centrada, fundamentalmente, na produção agrícola, e cujos direitos são determinados pela posição de classe.

O comércio e a indústria são aventuras a que qualquer homem pode se entregar, independentemente de ser ou não proprietário rural.

A progressiva importância dessas atividades exige que os homens, doravante, sejam vistos como titulares de direitos, independentemente do seu posicionamento nos grupos sociais, ao contrário do feudalismo, onde os direitos de cada um adivinham de sua inserção social, determinada, fundamentalmente, pela propriedade da terra.

Enfim, todos os homens passam a ser titulares de direitos, pelo só fato de serem homens, proclamando-se o princípio da igualdade.

Para a proteção da igualdade, com a conseqüente não interferência do Estado nas novas atividades produtivas, impõe-se um sistema jurídico que proteja cada um do poder estatal, de forma a não serem comprimidos os direitos de todos, fracionando-se, inclusive, este último em Executivo, Legislativo e Judiciário.

Nascem assim as Constituições liberais, que se limitam a dispor sobre a divisão do Poder e sobre os direitos do cidadão oponíveis ao Estado, como observa com proficiência Paulo Bonavides ("**Curso de Direito Constitucional**", Malheiros Editores, 7ª Ed., págs. 200/201).

Claro está que, em tal contexto ideológico, o processo civil, malgrado a sua evolução científica, seria visto como relação jurídica, através da qual o Judiciário compunha conflitos fundamentalmente privados.

E o procedimento exaltado era o procedimento ordinário, onde o Judiciário exercia mera

atividade intelectual, solucionando conflito e, só depois disso procedimento, a prática dos atos invasivos do patrimônio privado.

Tal procedimento, como realçado por Ovídio Baptista da Silva, ostentava nítida marca ideológica, preservando o indivíduo diante do Estado ("**Curso de Processo Civil**", Ed. Sergio Antonio Fabris, 1987, Vol. I, pág. 101).

Mais ainda, cumpria o magistrado, ao decidir, ater-se, segundo o padrão do positivismo vigente, ao texto da lei, consoante bem estabelecendo por Norberto Bobbio ("**O Positivismo Jurídico**", ed. Ícone, 1996, pág. 214).

2.2 O ideário do liberalismo entra em crise, na medida em que esta se implanta no seio do Estado liberal, resultante da desigual distribuição de riquezas e da pressão das classes obreiras, que, desprotegidas por uma legislação que só visualizava indivíduos, pouco recebiam do sistema econômico.

Surge o Estado Social, que, na sua modalidade democrática, implicará constituições superadoras do antagonismo Estado e Sociedade, atribuindo ao primeiro a tarefa de realizar a progressiva igualdade substancial entre os cidadãos, através de programas a cerca de saúde, educação, previdência etc.

Nasce, enfim, a "**Constituição Dirigente**", que como esclarece Sebastião Botto de Barros Tojal, consiste em "**um texto que objetiva a mudança social**" ("**Os 10 anos da Constituição Federal**", Coordenação de Alexandre de Moraes, ed. Atlas, 1999, pág. 35).

## 3. O PODER JURISDICIONAL NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DO BRASIL

3.1. O Estado brasileiro cataloga-se entre os Estados Sociais Democráticos

A Constituição Brasileira é, marcadamente dirigente, tanto que, em seu art. 3º, estabelece os objetivos fundamentais do Estado, que, em última análise objetivam a preservação da dignidade humana bem como a sua promoção.

3.2. Facilmente perceptíveis os novos rumos impostos ao Poder Jurisdicional.

Sua atuação, que se faz através de procedimentos, deverá ser obediente ao Princípio do Devido Processo Legal.

Ressalve-se, no entanto, que o Devido Processo Legal não se identifica com a simples prescrição infraconstitucional de determinado procedimento, mas sim com procedimentos elaborados com respeito aos Princípios Constitucionais atinentes (Princípio do Juiz Natural, do Contraditório com todas as suas conseqüências, incluída a produção de prova, da Demanda, da Fundamentação das Decisões, do Duplo Grau de Jurisdição e da Efetividade da Prestação Jurisdicional).

Mas o novo rumo da atuação do Poder Jurisdicional não se esgota em sua simples submissão ao Princípio do Devido Processo Legal.

A nova visão envolve, outrossim, a questão do objetivo perseguido pela atividade jurisdicional.

Cabe-lhe, como é de primeiro saber, a predominante função de composição dos conflitos, que lhe são levados pelas partes, através da construção da norma concreta, extraída dos comandos legais abstratos.

A tal escopo, que os constitucionalistas e processualistas chamam de escopo jurídico.

O Poder Jurisdicional, como uma das faces sem sentido do Poder Estatal, está vinculado ao mesmo fim do Poder Executivo e Legislativo, qual seja, a realização do bem comum, expresso em última análise, na preservação e promoção da dignidade humana.

A contribuição do Poder Jurisdicional ao bem comum se faz pela paz e consiste em seu escopo social.

Mas dizer isso não é dizer tudo sobre os escopos do Poder Jurisdicional.

Não é qualquer paz, que interessa ao Estado Social Democrático, mas sim a paz justa, que não coincide, necessariamente, com a pura e simples determinação da norma concreta.

O que significaria a paz justa?

A paz justa significa a resultante da aplicação das normas de direito material, que não violem os valores abrigados nos princípios e direitos constitucionais.

A avaliação da constitucionalidade da norma ordinária não se faz apenas pelo parâmetro

consistente na adequação da lei menor aos ditames constitucionais tocantes aos critérios formais de sua criação.

A constitucionalidade da norma inferior exige, também, a conferência da adequação do seu conteúdo com os princípios constitucionais, que agasalham valores nitidamente materiais.

Uma lei que, por exemplo, limitasse o acesso às universidades, em função da opção sexual do aluno, embora formalmente perfeita, atritaria com o art. 3º, IV, da Constituição.

Ao Poder Jurisdicional cabe, então, não só aplicar a lei, como avaliar sua constitucionalidade, quer do ponto de vista formal, quer do material, bem como buscar, entre os vários significados possíveis, aquele que mais se ajuste aos valores contidos na Carta Magna.

Ao contrário do mero legalismo positivista, reconhece-se, hodiernamente, que a Constituição elenca valores e princípios hauridos da sociedade, dando-lhes eficácia normativa, e que estes últimos devem presidir criação das normas menores.

Passa a Constituição a ocupar, pois, o vértice axiológico do sistema jurídico.

Oportunas as considerações de Tereza Negreiros, fundadas nas lições do constitucionalista português Canotilho, mostrando que os princípios, além de fundamentos de regras jurídicas, cimentam todo o sistema constitucional (**"Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa-fé"**, Renovar, 1998, pág. 168).

A justa composição dos conflitos traduz-se, destarte, não apenas na aplicação de leis elaboradas em consonância com os princípios axiológicos da Constituição, como também em uma nova postura hermenêutica.

Exacerba-se a preocupação com a igualdade substancial no acesso à Justiça.

No tema do acesso à Justiça, insere-se, também, a possibilidade da própria coletividade, através de substituição processual, levar seus pleitos ao Judiciário, como é o caso das ações civis públicas.

Salienta-se, ainda, a simplificação dos procedimentos, bem como a abertura de possibilidade de antecipações de tutela, para vencer amorosidade da prestação jurisdicional, que poderá implicar a

ausência de efetividade do processo, que deverá, em conformidade com o princípio intuído por Ghioyenda, **"dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir"** (Instituições de Direito Processual Civil, 10 Vol., Ed. Saraiva, 1965, pág. 46).

Deve o sujeito do interesse tutelado, em razão do desfecho judicial, ostentar situação mais próxima possível da que teria, se seu interesse houvesse sido atendido pacificamente pela outra parte.

Ou como afirma José Roberto dos Santos Bedaque:

**Tutela jurisdicional deve ser entendida, assim, como tutela efetiva de direitos ou de situações pelo processo. Constitui visão do direito processual que põe em relevo o resultado do processo como fator de garantia do direito material. A técnica processual a serviço de seu resultado ("Direito e Processo", Ed. Malheiros, 1995, pág. 25).**

Adensam-se as propostas de procedimentos de cognição limitada, em função da peculiaridade bem da vida perseguido, de forma a dar proteção mais efetiva ao mesmo, aproximando, como sugere José Roberto dos Santos Bedaque, o direito processual do direito material, "com vista à assegurar, com eficiência, a efetividade deste" (Ob. cit., pág. 58).

**3.3.** Em resumo, no Estado Social Democrático o Poder Jurisdicional:

a) colima, através da prestação jurisdicional (escopo jurídico), a realização do bem comum, como poder através da produção da paz social justa (escopo social), o que deve ser alcançado através da aplicação de normas adequadas aos princípios formais e materiais abrangidos na Constituição;

b) exerce, através do processo, sua função com obediência aos princípios constitucionais referentes àquela relação jurídica;

Tal atividade, que é nitidamente instrumental, como é instrumental todo o exercício do Poder com vistas ao bem comum, implica a igualdade substancial ao acesso à Justiça, modo de ser

conveniente do processo e sua utilidade, como ensina Cândido Rangel Dinamarco, ao cuidar da instrumentalidade:

**Com tais ressalvas, indicam-se quatro aspectos fundamentais de interesse para essas investigações: a) o acesso à Justiça; b) o modo de ser do processo; c) a justiça das decisões; d) a sua utilidade ("A Instrumentalidade do Processo", Ed. RT 1987, pág. 390).**

Como se vê, está-se longe da concepção privatista do processo civil, o qual passa a refletir a visão mais ampla de que o valor básico de estado de direito é a realização de Justiça, o que se torna impossível com a atitude passiva do Estado, (Raquel Denize Stumm, "Princípio da Proporcionalidade no Direito constitucional Brasileiro", Ed. Livraria do Advogado, 1995, págs. 115/116).

#### **4. O PAPEL DO JUIZ E DAS PARTES NA ATIVIDADE PROBANTE**

**4.1.** Antes de ferir-se o tema, impende distinguir entre fonte probatória e meio probatório.

Precisa a lição de Hélio Márcio Campos:

**Costuma a doutrina diferenciar fonte e meio de prova. A isto não escapa Lopes da Costa (1947, pág. 299):**

**"a) o documento, a testemunha, o objeto sujeito à vistoria que são causas corpóreas, "meios de prova", naquele primeiro significado; b) o exame do documento, a inspeção da causa vistoriada, a inquirição da testemunha, são também, já noutro sentido, meios de prova, processos de cujo emprego resulta um estado de consciência do pesquisador, pela aquisição de um conhecimento" ("O Princípio Dispositivo em Direito Probatório", Ed. Livraria do Advogado, 1994, pág. 23.).**

**4.2.** A atividade probante terá visualizações diversas, conforme encarada pela ótica da concepção liberal do Estado ou pela ótica da concepção do Estado Social Democrático.

**4.3.** Na visão liberal, as fontes de prova devem ser levadas ao processo pelas partes,

cumprindo ao Juiz utilizá-las como meio, produzindo-as (caso da oitava de testemunhas), ou presidindo sua produção (caso da perícia).

Não cumpre ao Juiz, na visão mais clássica do liberalismo, sequer utilizar-se das fontes, se as partes, embora mencionando-as no processo não se preocuparem com o uso das mesmas (deixar de juntar documento comprobatório da causa de pedir remota, embora fazendo constar dos autos a repartição em que ele se encontra).

Os processualistas liberais encontram explicação para tal conclusão no fato de que, sendo disponíveis pelo sujeito da relação jurídica substancial os próprios direitos dessa natureza, conseqüentemente ampla será a disponibilidade sobre a prova, cuja não utilização levaria, na maior parte das vezes, a provimento jurisdicional que determinaria a perda do bem.

Busca-se, também, a explicação para inatividade do Juiz, quanto à busca das fontes de prova, ou para a não utilização das indicadas pelas partes, quando estas se desinteressarem, no manutenção do princípio da imparcialidade e igualdade das partes.

Em resumo, da disponibilidade dos direitos materiais, passa-se a disponibilidade da prova e, não apenas da prova, mas sim do próprio andamento do processo, elegendo-se o princípio do dispositivo como aplicável, tanto no plano material, como no processual.

Porém tais explicações não passam de discurso ideológico, entendida a ideologia como um modo de pensar produzido pelas próprias relações sociais e que, crendo-se científico, na verdade, apenas justifica os interesses nascidos daquelas articulações sociais (cf. Marilena Chauí "O Que é Ideologia", ed. Brasiliense, 1980, pág. 31).

Pois bem, as teses impeditivas da atividade probatória do juiz, tocantes à imparcialidade, igualdade e disponibilidade dos bens materiais, traduzem, no fundo, uma postura ideológica liberal, uma recusa da interferência do Estado na vida do cidadão, plenamente em sintonia com o interesse das classes produtoras.

Na verdade, não se sustentam os argumentos paralizantes da atividade jurisdicional probatória.

O direito material pode ser disponível, porém, na medida em que se solicita a intervenção do Estado, através da ação processual, para solucionar conflitos, não faz qualquer sentido tolher o Juiz dos elementos necessários à decisão, sob o argumento da disponibilidade dos bens.

Mais racional que, ao invés de manter-se o processo com os custos a ele inerentes, que a parte renuncie o direito controvertido.

Se lhe cabe a via da renúncia, não há porque manter-se a fluência do processo com o Juiz inerte, condenando-se o resultado do feito a mero jogo de aparência, sob o argumento da disponibilidade.

Quanto à imparcialidade, é óbvio que a mesma se manifesta na análise distorcida da prova produzida, por razões objetivas e subjetivas específicas que envolvem o Juiz.

Destarte, a parcialidade é fenômeno que tem lugar no exame e não na produção da prova.

Já no que concerne à igualdade das partes, sabe-se que o mero asseguramento formal da mesma não gera a igualdade real e que esta última só existirá desde que se lhes dê tratamento diferenciado, na medida em que elas se desigualam.

É evidente que tal postura, mesmo no mais extremado dos liberais, cede quando se trata de direitos indisponíveis.

É indiscutível, também, que existem graduações dentro do liberalismo, de forma tal que alguns processualistas sustentam que o princípio do dispositivo, se deve incidir sobre a prova, não incidirá, no entanto, sobre a fluência da relação processual, cuja direção caberá ao Juiz.

Essa a posição de Santiago S. Melendo, que não transige quanto à necessidade de que os meios de prova pressuponham fontes levadas pelas partes, mas admite o uso das fontes, mesmo que não haja interesse das partes em sua utilização:

**De igual manera que, sempre que se trata de derechos disponibles, la parte puede disponer de ellos, también siempre que se trate de elementos probatorios disponibles, deberá la parte poder disponer de ellos. Y ? de qué elementos puede disponer? De las fuentes. Esas son suyas. Cuando las ha dado a conocer al juez, ha perdido su**

**disponibilidad. Pero cuando las ha dado a conocer la parte, no cuando el juez ha adquirido el conocimiento por cuenta propia. ("La Prueba, Buenos Aires, E.V.E.A., 1978, pág. 17).**

4.4. Na perspectiva do Estado Social Democrático diversa será a visão da atividade do Juiz.

Na medida em que ele exerce o Poder Jurisdicional e que este, ao lado do Executivo e Legislativo, busca o bem comum - só que por via da pacificação social justa e através da aplicação da vontade da lei-, deriva ter ele o comando do processo, podendo, nessa medida, determinar a produção de provas cujas fontes foram levadas pelas partes, mesmo no caso de desinteresse destas últimas, bem como buscar fontes que as partes não tenham levado.

Exercendo função de Poder pacificador com justiça, não pode o Juiz furtar-se de determinar as provas que entender necessária à plena consecução do escopo social do processo.

4.5. O Código de Processo Civil brasileiro, em seu art. 130, deu ao Juiz o poder de produzir provas, estejam ou não nos autos suas fontes, independentemente da vontade das partes.

Sob a inspiração desse comando legal e da visão instrumentalista do processo, vários doutrinadores não impõem qualquer restrição à atividade do juiz.

Confira-se o escólio de Sérgio Alves Gomes:

**A ampliação dos poderes instrutórios do juiz visa a aumentar as possibilidades de encontro da verdade real, de modo a não se ver o juiz obrigado a julgar com base apenas no que provam as partes, podendo ele também, de ofício, ordenar a produção das que entender necessárias. Embora não raras vezes o juiz tenha de se contentar com verossimilhança, tal somente deve ocorrer após esgotar ele as possibilidades de fazer vir aos autos os elementos probatórios de que pode lançar mão, de ofício. Dentre os escopos do processo está o da solução justa do litígio e para tanto a verdade se faz necessária (CPC, arts.17, II, 332, 339, 415).**

**E somente a verdade real é efetivamente verdade, conforme ensina Teixeira Filho: "real é a que se pode denominar de verdade em si, vale dizer, aquilo que efetivamente aconteceu no mundo sensível; formal é que se estabelece nos autos, como resultado das provas produzidas pelas partes ("Os Poderes do Juiz na Direção e Instrução do Processo Civil", Ed. Forense, 1995, pág.258).**

Firme, também, a lição de José Roberto dos Santos Bedaque:

**A doutrina moderna abandonou definitivamente a concepção privatista do direito processual, que via no processo um instrumento para a proteção do direito subjetivo e, portanto, totalmente subordinado à vontade das partes litigantes. A orientação atual, de tendência nitidamente publicista, reconhece a existência de um interesse no resultado do processo que extravasa o estreito limite das relações nele discutidas. A atuação do ordenamento jurídico interessa a toda a coletividade. Por esse motivo, admite-se a ampliação dos poderes do juiz no processo, para investigação da verdade real, visto que a formal não mais satisfaz ao processualista atento aos fins sociais de sua ciência. O interesse na solução é tanto do juiz quanto das partes ("Poderes Instrutórios do Juiz", Ed. RT pág.91).**

E o mesmo magistrado destaca ainda:

**Assim, além dos interesses privados das partes, existe outro muito mais relevante, que é o interesse do Estado na correta atuação do ordenamento jurídico mediante atividade jurisdicional. É evidente que as partes almejam a satisfação de suas pretensões. Sobre esse interesse, porém, sobrepõe-se o do Estado.**

**Essa visão do fenômeno processual é absolutamente incompatível com a atitude passiva do magistrado, que não pode permanecer como mero assistente do "duelo" travado entre as partes, pois também o Estado tem interesse no resultado processo, ainda que disponível o direito material (ob. cit., p. 90).**

Não se esqueça, também, o magistério de José Renato Nalini:

**Quer na direção do processo, quer na formação do material submetido a julgamento, a regra que prevalece, embora temperada e compensada como manda a prudência, é a de que o juiz ordenará quanto for necessário ao conhecimento da verdade. Prevaleceu-se o Código, nesse ponto, dos benefícios que trouxe ao moderno direito processual a chamada concepção publicística do processo ("O Juiz e o Acesso à Justiça", Ed. RT, 1994, pág. 81).**

Enfrentando a questão do princípio dispositivo e distinguindo-o do princípio da demanda, Bedaque assenta que o primeiro se refere ao direito material, situando-se, portanto, em plano diverso da relação processual, de forma que cabe ao Juiz o comando do processo, inclusive, obviamente, com a determinação da produção das provas que entender necessárias aos escopos públicos do processo:

**Diante de tanta polêmica em torno da terminologia adequada para representar cada um desses fenômenos, e até mesmo da exata configuração deles, preferível que a denominação "princípio dispositivo" seja reserva tão-somente aos reflexos que a relação de direito material disponível possa produzir no processo. E tais reflexos referem-se apenas à própria relação jurídico-substancial. Assim, tratando-se de direito disponível, as partes têm ampla liberdade para dele dispor, através de atos processuais (renúncia, desistência, reconhecimento do pedido). E não pode o juiz opor-se à prática de tais atos, exatamente em virtude da natureza do direito material em questão. Essa sim corresponde à verdadeira e adequada manifestação do princípio dispositivo. Trata-se de um princípio relativo à relação material, não à processual. Qualquer outra limitação à atividade do Juiz, quer no tocante à propositura da demanda, quer no curso do processo, não decorre da natureza do direito substancial ("Poderes**

**Instrutórios do Juiz, Ed. Revista dos Tribunais, 1991, pág. 64).**

4.6. É certo, no entanto, que o art. 333 do C.P.C., ao estabelecer e distribuir entre as partes o ônus probatório, cria perplexidade ao intérprete sobre o momento e limites da utilização do comando do art. 130 do C.P.C.

Diante do art. 333 do C.P.C., sustentam alguns processualistas que a produção probatória oficial deve ter caráter supletivo da atividade das partes.

Nesse sentido, Vicente Miranda e Arruda Alvim ("Poderes do Juiz no Processo Civil Brasileiro, Ed. Saraiva, 1993, pág. 217 e "Código de Processo Civil Comentado", Vol. V, pág. 214), bem como Moacyr Amaral Santos ("Primeiras Linhas de Direito Processual Civil", Vol. II, Ed. Saraiva, 1987, pág. 376).

Outros entretanto, não vêem qualquer antinomia entre o art. 333 e 130 do C.P.C., sustentando a plena utilização deste último.

Orientam-se, para chegar a tal conclusão, pela tese de que o art. 333 do C.P.C. dispõe sobre regras de julgamento.

Vale dizer, as partes produzirão provas sobre os fatos pertinentes, mesmo que não enquadráveis, nos incisos I e II do art. 333 do C.P.C..

O art. 333 não estabelece limites à atividade das mesmas.

Melhor dizendo, nada impede que o autor produza provas da incoerência dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do seu direito, bem como nada impede que o réu produza prova da incorrência do fato constituintes do direito do autor.

O art. 333 opera, apenas, quando, produzidas todas as provas, inclusive as oficialmente determinadas, permanecer o julgador em dúvida inafastável.

Nesse sentido, as posições de Bedaque e Hélio Márcio Campo (Ob. cit., pág. 81 e Ob. cit. págs. 30/31).

4.7. Aponte-se, no seio da controvérsia sobre a prevalência dos poderes do juiz sobre o das partes ou Vice-versa, a original posição do Prof. João

Batista Lopes, em certa "in" "Rev. dos Tribs" nº 716/42-47.

Vislumbra ele um ponto de acomodação entre os poderes das partes e do juiz, mostrando que os deste último são naturalmente limitados em determinadas hipóteses.

É o caso do interrogatório das partes, onde não sobrevém confissão, como acontece no depoimento pessoal, bem como no da prova testemunhal, em que o juiz dificilmente encontrará fontes outras que não as indicadas por elas e na prova documental, cujo acesso do juiz será mínimo, ao contrário das partes, investigadoras por excelência das fontes de convicção.

Isso leva a uma interpenetração dos poderes de forma a criarem um micro universo harmônico.

## 5. CONCLUSÕES

Irretocáveis nos parecem as considerações sobre o processo como meio de atuação de Poder Jurisdicional, voltado ao bem comum, através dos escopos jurídico e de pacificação social justa, o que maximiza o caráter público da relação processual, realçando a figura do Juiz como condutor da mesma e dotado de poder voltado à produção da prova, mesmo através de fontes que as partes não tenham carreado aos autos.

Correta, também, sob o nosso entendimento, a tese de que o art. 333 do C.P.C. enuncia meras regras de julgamento.

Observável, no entanto, que malgrado não sofra o Juiz limitações ao poder que lhe confere o art. 130 do C.P.C., percebe-se, em todos os autores, uma preocupação de prudência na utilização do mesmo.

Na verdade, o que pode ocorrer, concretamente, em função das particularidades de cada processo, é a necessidade de se colocar em relação de proporção a faculdade do art. 130 do CPC, insita à sua condição de Poder e pertinente ao Princípio da Efetividade do Processo, com o Princípio da Igualdade das Partes.

Tais princípios podem, eventualmente, entrar em choque, cumprindo ao Juiz, em cada caso, determinar a compressão de um deles em benefício do outro.

Deve, em síntese, utilizar-se do princípios da Proporcionalidade, implicitamente contidos na Constituição, na medida em que é via de harmonização dos princípios e direitos fundamentais nela agasalhados, quando em confronto.

Ressalte-se que o desenvolvimento dos estudos sobre o Princípio da Proporcionalidade tem, quer no nível doutrinário, quer no nível jurisprudencial, inclusive alienígena (caso do Tribunal Constitucional Alemão), conduz às seguintes conclusões:

a) a proporcionalidade, em sentido amplo, significa razoabilidade e limitação do excesso de Poder;

b) a proporcionalidade impõe-se em decorrência dos seguintes fatos: a) todos os direitos e princípios constitucionais, na medida em que previstos na Carta Magna, devem ser preservados pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (Princípio da Unidade); b) quando os Poderes, em suas atividades específicas, deparam-se com o confronto entre os direitos e princípios, não podem, então, ignorar um deles, devendo respeitar o núcleo essencial de todos (Teoria da Proteção do Núcleo);

c) a proporcionalidade, que opera como elemento propiciador da atividade pública que, ao mesmo tempo, respeita e limita os direitos e princípios constitucionais em colisão, composta de três subprincípios: a) adequação da providência eleita ao fim social pretendido; b) necessidade da utilização da providência escolhida; c) proporcionalmente em sentido estrito, que significa a ponderação entre as desvantagens dos meios em relações as vantagens do fim (Nesse sentido, as lições de J. J. Gomes Canotilho ("Direito Constitucional e Teoria da Constituição", Ed. Almedina, págs. 259/263), Raquel Denize Stumm (ob. cit. págs. 78/82), Suzana de Toledo Barros ("O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritas de Direitos Fundamentais", Ed. Brasília Jurídica, 1996, págs. 67/84) e Luís Roberto Barroso ("Interpretação e Aplicação da Constituição" - Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora - Ed. Saraiva, 1996, págs. 208/209);

d) o princípio da proporcionalidade identifica-se com o princípio do devido processo legal, visto como de natureza substancial e processual.

Observável que o princípio da proporcionalidade tem encontrado guarida em manifestações do Supremo Tribunal Federal (Suspensão de Segurança no 1.320/9, Rel. Ministro Celso de Mello, D. J. de 14.04.99, Seção 1, p. 23, merecendo conferência outras emanações do Excelso Pretório lembradas por Suzana de Toledo Barros, "in" Ob. cit. págs. 98/125).

Finalizando, obtemperem-se que cumprirá ao juiz, em cada caso, estabelecer a prevalência ou não do seu poder de provar, frente ao princípio da igualdade das partes, não havendo como se estabelecer regras "a priori" de prevalência, excetuado, é claro, a hipótese de ser indisponível o interesse em confronto, quando, prevalecerá em toda linha o art. 130 do CPC.

#### BIBLIOGRAFIA

- ALVIM, Arruda - Código de Processo Civil Comentado, Vol. V;
- BARROS, Suzana de Toledo - "O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais", ed. Brasília Jurídica, 1996;
- BARROSO, Luís Roberto - "Interpretação e Aplicação da Constituição" - Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora, ed. Saraiva, 1996;
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos - "Direito e Processo", ed. Malheiros, 1995;
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos - "Poderes Instrutórios do Juiz", ed. RT, 1991;
- BOBBIO, Norberto - "O Positivismo Jurídico", ed. Ícone, 1996;
- BONAVIDES, paulo - "Curso de Direito Constitucional", ed. Malheiros, 7ª ed.;
- CAMPOS, Hélio Márcio - "O Princípio Dispositivo em Direito Probatório", ed. Livraria do Advogado, 1994;
- CANOTILHO, J. J. Gomes - "Direito Constitucional e Teoria da Constituição", ed. Almedina;
- CHAUI, Marilena - "O que é Ideologia", ed. Brasiliense, 1980;
- CHIOVENDA, Guiuseppe - "Instituições de Direito Processual Civil", 1ª Vol., ed. Saraiva, 1965;
- DINAMARCO, Cândido Rangel - "A Instrumentalidade do Processo", ed. RT., 1987;
- GOMES, Sérgio Alves, "Os Poderes do Juiz na Direção e Instrução do Processo Civil", ed. Forense, 1995;
- LOPES, João Batista, "Rev. Tribunais" 716/42-47;
- MELENDO, Santiago Santis, "La Prueba", ed. Buenos Aires, E.V.E.A., 1978;
- MIRANDA, Vicente - "Podres do Juiz no Processo Brasileiro", ed. Saraiva, 1993;
- NALINI, José Renato - "O Juiz e o Acesso à Justiça", ed. RT 1994;
- NEGREIROS, Tereza - "Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa-Fé", ed. Renovar, 1998;
- PASSOS, J. J. Calmon de - "Direito, Poder, Justiça e Processo", ed. Forense, 1999;
- REALE, Miguel - "Teoria Tridimensional do Direito - Situação Atual", ed. Saraiva, 1994;
- SANTOS, Moacyr Amaral - "Primeiras Linhas de Direito Processual Civil", Vol. II, ed. Saraiva, 1987;
- SILVA, Ovídio Baptista da - "Curso de Processo Civil", ed. Sérgio Antonio Fabris, Vol. I, 1987;
- STUMM, Raquel Denize - "Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro", ed. Livraria do Advogado, 1995;
- TOJAL, Sebastião Botto de Barros - "Os 10 Anos da Constituição Federal" - Coordenação de Alexandre de Moraes Atlas, 1999;



